

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les livres 1er et 5 du Code civil

Colson, Pauline; George, Florence

Published in:
Le nouveau Code civil

Publication date:
2023

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Colson, P & George, F 2023, Les livres 1er et 5 du Code civil. Dans *Le nouveau Code civil*. Conférence libre du jeune barreau de Liège, Anthemis, Limal.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les livres 1^{er} et 5 du Code civil

Pauline COLSON

*Avocate au barreau de Bruxelles
Chargée de cours à l'UNamur*

Florence GEORGE

*Avocate au barreau de Liège-Huy
Chargée de cours à l'UNamur
Chargée de cours invitée à l'UCLouvain*

1. Introduction. Deux nouveaux livres ont été insérés, au sein du Code civil, par deux lois du 28 avril 2022¹. D'une part, le livre 1^{er}, intitulé « Dispositions générales », et d'autre part, le livre 5, consacré au droit des obligations.

L'objectif poursuivi par le livre 1^{er} est d'incorporer dans le Code un « certain nombre de règles applicables à l'ensemble du droit civil, et plus largement du droit privé »².

L'utilisation de l'adjectif « général » dans le titre du livre 1^{er} signifie non seulement que les dispositions « s'appliquent de manière transversale », mais aussi qu'« elles ne sont pas spécifiquement rattachées à un des autres livres du Code. Ne pouvant trouver leur centre de gravité dans l'un de ces autres livres, elles sont rassemblées dans ce Livre 1^{er}, ce qui manifeste à nouveau la nature de droit commun du Code civil »³. La notion de droit commun renvoie à l'idée que les dispositions du Code « ont une vocation naturelle à s'appliquer de manière générale et ce non seulement à l'ensemble du Code mais aussi au-delà »⁴.

Parmi les douze dispositions que renferme le livre 1^{er}, on retrouve notamment les sources du droit (art. 1.1), les règles d'application de la loi dans le temps (art. 1.2), la notion d'acte juridique et son exigence de conformité à l'ordre public et aux dispositions impératives (art. 1.3) ainsi que les notions de manifestation de volonté (art. 1.4), de notification (art. 1.5) et de terme et condition (art. 1.6). La théorie de la représentation (art. 1.8), la bonne foi subjective (art. 1.9), la notion d'abus de droit (art. 1.10), *fraus omnia corrumpit* (art. 1.11) et la renonciation à un droit (art. 1.12) sont également réglées.

¹ Loi du 28 avril 2022 portant le livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022 ; loi du 28 avril 2022 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022.

² Proposition de loi portant le livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 5.

³ *Ibid.*, p. 1.

⁴ *Ibid.*, p. 5.

Le livre 5, quant à lui, regroupe l'ensemble des dispositions relatives à la théorie générale du contrat, mais également au régime de l'obligation. Il instaure un nouvel équilibre entre l'autonomie de la volonté et les pouvoirs du juge tout en poursuivant un objectif de simplification, d'accessibilité, de sécurité juridique, de cohérence, de modernisation et de compétitivité⁵. Ce livre 5 arbore une nouvelle structure dès lors que sont traités successivement les dispositions introductives (titre 1^{er}), les sources d'obligations (titre 2) et enfin le régime général de l'obligation (titre 3).

2. Articulation entre les deux livres. Comme l'attestent les travaux préparatoires, les livres 1^{er} et 5 entretiennent des liens étroits. C'est d'ailleurs, compte tenu du lien particulier entre les livres 1^{er} et 5, que la rédaction finale du livre 1^{er} «s'est faite en étroite collaboration avec la commission chargée de la réforme du droit des obligations»⁶.

Dans le cadre de la présente contribution, le livre 1^{er} ne sera pas examiné de manière autonome. Ce n'est que sous le prisme de l'examen du livre 5 que les dispositions du livre 1^{er} seront abordées.

3. Périmètre de la contribution. La présente contribution se limite à examiner à larges traits les dispositions relatives à la théorie générale du contrat. Le régime de l'obligation, moins éprouvé par la réforme, demeure étranger à notre analyse sous réserve du nouveau régime de la cession de contrat et de la mise en demeure.

Nous nous bornerons par ailleurs, vu l'étendue de la réforme, à mettre en exergue les nouveautés sans passer en revue l'ensemble des dispositions légales.

4. Droit transitoire. Précisons d'emblée que la loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023. Le régime transitoire, dont l'objectif est d'assurer une certaine sécurité juridique, privilégie cependant un maintien des dispositions du Code Napoléon dans de nombreuses situations. L'article 64 de la loi du 28 avril 2022 dispose en effet que :

«Les dispositions du livre 5 du Code civil s'appliquent aux actes juridiques et aux faits juridiques survenus après l'entrée en vigueur de la présente loi.

Sauf accord contraire des parties, elles ne s'appliquent pas et les règles antérieures demeurent applicables :

1° aux effets futurs des actes juridiques et faits juridiques survenus avant l'entrée en vigueur de la présente loi ;

2° par dérogation à l'alinéa 1^{er}, aux actes juridiques et aux faits juridiques survenus après l'entrée en vigueur de la présente loi qui se rapportent à une obli-

⁵ R. JAFFERALI, «Présentation et objectifs de la réforme du droit des obligations», in R. JAFFERALI (COORD.), *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 11 à 27.

⁶ Proposition de loi portant le livre 1^{er} «Dispositions générales» du Code civil précitée, p. 4.

gation née d'un acte juridique ou d'un fait juridique survenu avant l'entrée en vigueur de la présente loi.»

5. Plan. Les nouveautés du livre 5 sont légion. Elles seront appréhendées suivant la chronologie du contrat, en parcourant les différentes étapes de la vie de celui-ci. Dans un premier temps, nous examinerons les nouveautés qui affectent la formation du contrat (titre 1). Ensuite, nous aborderons les modifications ayant trait à son (in)exécution (titre 2). Enfin, la dissolution du contrat (titre 3) ainsi que sa transmission clôtureront notre contribution (titre 4).

Titre 1. La formation du contrat

6. Aperçu. Au premier stade de la vie du contrat, on distingue la formation dynamique de celui-ci (chapitre 1) de sa formation statique (chapitre 2).

Les nouvelles dispositions du livre 5 du Code civil consacrées à la conception dynamique – conception dont le Code Napoléon ne disait mot – se divisent en plusieurs parties.

Tout d'abord, l'on retrouve, aux articles 5.14 à 5.17, les dispositions qui encadrent la phase de négociation du contrat (section 1).

Ensuite, le législateur examine aux articles 5.18 et suivants la rencontre proprement dite de l'offre et de l'acceptation (section 2).

Au sein de cette partie, un article 5.23 est consacré aux conditions générales (section 3).

En outre, le pacte de préférence et le contrat d'option sont régis aux articles 5.24 à 5.26 (section 4).

À côté de la conception dynamique de la formation du contrat, on retrouve la conception statique (chapitre 2), déjà consacrée et très prégnante sous l'empire du Code Napoléon. Sous cet angle, le contrat est davantage envisagé comme un édifice bâti instantanément sur la réunion de quelques éléments essentiels, matériaux indispensables à ladite construction⁷.

Ces quatre matériaux, conditions de validité du contrat, sont énoncés à l'article 5.27 :

- le consentement libre et éclairé de chaque partie⁸ ;
- la capacité des parties de contracter ;

⁷ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 487, n° 495.

⁸ Cette formule remplace l'expression «le consentement de la partie qui s'oblige» qui figurait à l'article 1108 de l'ancien Code civil et qui avait été largement critiquée. Le consentement des deux parties est en effet nécessaire.

- un objet déterminable et licite ; et
- une cause licite.

Les conditions précitées sont cumulatives et s'appliquent également aux actes juridiques unilatéraux⁹.

Les principes applicables sous l'empire du Code Napoléon sont repris en grande partie. Ces modifications à droit constant ne seront dès lors pas rappelées dans la présente contribution. L'on se bornera à examiner successivement le régime applicable en présence d'un vice causé par un tiers (section 1), l'abus de circonstances (section 2), l'exigence d'un objet licite (section 3) et le maintien de la cause dans sa conception subjective (section 4).

Le chapitre suivant (chapitre 3) sera consacré à la nouvelle théorie des nullités. Nous analyserons sa mise en œuvre (section 1), le délai de prescription nouveau des actions en nullité (section 2), la nullité partielle (section 3) et l'adaptation de la sanction de la nullité (section 4).

La qualification du contrat fera l'objet d'un dernier chapitre (chapitre 4).

Chapitre 1. La formation dynamique du contrat

Section 1. Les devoirs d'information et la rupture des pourparlers

7. Aperçu. Au rang des nouveautés, on constate une prise en considération par le législateur de la phase précontractuelle. Le devoir d'information fait désormais l'objet d'une disposition spécifique en droit commun tandis que la rupture fautive des pourparlers est spécifiquement réglée.

8. Devoirs d'information. En principe, il n'existe pas en droit belge de devoir général d'information. Les parties ne sont pas obligées de communiquer entre elles toutes les informations dont elles disposent.

Les parties n'en sont pas moins tenues à certains devoirs d'information. Aux termes de l'article 5.16, il est en effet désormais prévu que « [l]es parties se fournissent pendant les négociations précontractuelles les informations que la loi, la bonne foi et les usages leur imposent de donner, eu égard à la qualité des parties, à leurs attentes raisonnables et à l'objet du contrat ».

Partant, une partie sera tenue de fournir à l'autre les informations que la loi, la bonne foi et les usages imposent. Pour apprécier l'existence et l'étendue des devoirs d'information, le législateur renvoie à la qualité des parties, à leurs attentes raisonnables et à l'objet du contrat.

En présence d'une violation du devoir d'information, le législateur précise que la partie victime pourra non seulement engager la responsabilité précontractuelle

⁹ Cass., 10 novembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2513, concl. proc. gén. J.-F. LECLERCQ; Cass., 10 novembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2526, concl. J.-F. LECLERCQ.

uelle de l'autre partie, mais aussi se prévaloir de la nullité du contrat pour autant que les conditions de l'article 5.33 (vices de consentement) soient remplies.

9. La rupture des pourparlers. L'article 5.17, alinéa 1^{er}, prévoit qu'en cas de rupture fautive ou de violation du devoir d'information, les parties engagent leur responsabilité précontractuelle « à laquelle s'appliquent les règles de la responsabilité extracontractuelle »¹⁰. Dans le langage juridique, on parle de *culpa in contrahendo*.

L'alinéa 2, consacré uniquement à la rupture fautive des pourparlers, règle l'étendue du dommage réparable. En principe, « seul l'intérêt contractuel négatif peut en ce cas être réparé »¹¹. On remet la personne dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée s'il n'y avait pas eu de négociations. On répare ici uniquement les dommages en lien de causalité avec la rupture fautive des négociations.

Une exception est toutefois prévue lorsque la confiance légitime que le contrat serait sans aucun doute conclu a été suscitée par le partenaire. Dans ce cas, l'intérêt contractuel positif peut être réparé. On vise la réparation de la perte des avantages nets attendus du contrat non conclu¹². Cette exception ne devra être appliquée que dans des cas exceptionnels¹³. Avec la réforme, la réparation de l'intérêt positif fait une timide entrée en droit belge sous l'impulsion de certaines décisions du nord du pays¹⁴.

Section 2. La rencontre de l'offre et de l'acceptation

10. Aperçu. Le livre 5 envisage le contrat, dans une perspective dynamique, comme un *processus* étalé dans le temps et émaillé de documents divers qui aboutit à la rencontre d'une offre et d'une acceptation. L'article 5.18 le confirme : « Le contrat est formé par l'acceptation d'une offre. » Nous revenons ci-après sur ces deux concepts dont la rencontre aboutit à former le contrat.

11. Offre. L'offre est définie, au sens juridique, comme une proposition de conclure un contrat (une émission de volonté unilatérale) qui en contient tous les éléments essentiels et substantiels et qui implique la volonté de l'offrant d'être lié par le contrat en cas d'acceptation. On enseigne qu'elle doit donc être ferme, complète et extériorisée¹⁵.

¹⁰ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 26.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Voy. sur ces décisions I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Bruges, Intersentia, 2021, p. 68.

¹⁵ Voy. T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, coll. CUP, vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 11 et s.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 163.

L'alinéa 2 de l'article 5.19 distingue l'offre au public (à savoir celle adressée à un nombre indéterminé de personnes) et l'offre réceptice (adressée à un ou plusieurs destinataires déterminés). La distinction emporte des conséquences juridiques différentes notamment en termes de modification et de retrait.

Tandis que la seconde peut être modifiée ou retirée aussi longtemps qu'elle n'est pas parvenue au destinataire au sens de l'article 1.5, l'offre au public ne peut plus être modifiée ou retirée dès qu'elle a été extériorisée.

La disposition sur l'offre réceptice renvoie à l'article 1.5 du livre 1^{er} qui entérine la théorie de la réception, en y ajoutant une règle spécifique pour l'utilisation de l'adresse électronique du destinataire, en ces termes :

«La notification est la communication d'une décision ou d'un fait par une personne à une ou plusieurs personnes déterminées.

La notification parvient au destinataire lorsque celui-ci en prend connaissance ou aurait raisonnablement pu en prendre connaissance.

La notification accomplie par voie électronique parvient au destinataire soit lorsque celui-ci en prend connaissance, soit lorsqu'il aurait raisonnablement pu en prendre connaissance pour autant que, dans cette dernière hypothèse, ce destinataire ait préalablement accepté l'utilisation de l'adresse électronique ou d'un autre mode de communication électronique auquel l'auteur de la notification a eu recours.»

12. Acceptation. L'acceptation est définie comme «toute déclaration ou autre comportement du destinataire de l'offre qui exprime l'accord sur celle-ci, sans ajouts, limitations ou autres modifications concernant des éléments essentiels ou substantiels».

L'acceptation, pour entraîner la formation du contrat, doit être parfaitement symétrique à l'offre ou, en d'autres termes, concorder avec l'offre.

Partant, l'acceptation doit, tout d'abord, porter sur les éléments essentiels et substantiels du contrat (acceptation complète) et non sur les éléments accessoires.

L'article 5.20, alinéa 2, précise encore que des «ajouts, limitations ou autres modifications entraînent le rejet de l'offre initiale et constituent, le cas échéant, une nouvelle offre». Dans cette hypothèse, il appartiendra alors à l'offrant d'accepter la contre-offre ou la nouvelle offre pour que le contrat soit valablement formé.

13. Lieu et moment de signature du contrat. Pour la détermination du moment et du lieu de conclusion du contrat, le législateur entérine le choix de la Cour de cassation en faveur de la théorie de la réception. Dans un arrêt du 16 juin 1960, la Cour avait en effet affirmé qu'un contrat requiert, pour sa formation, «non pas seulement la simple coexistence de volontés qui ignorent leur *consensus*, mais bien leur véritable concours à un moment donné, c'est-à-dire la conscience de leur commun accord sur l'objet du contrat» et que «cette condi-

tion n'est remplie, dans le cas envisagé, que lorsque le pollicitant a eu ou, en tout cas, a pu avoir connaissance de l'acceptation explicite ou tacite de son offre»¹⁶.

L'alinéa 1^{er} de l'article 5.21 règle le lieu et le moment de la formation du contrat de la même manière. Le contrat se forme «au moment *et à l'endroit* où l'offrant a pu prendre connaissance de l'acceptation»¹⁷ (nous soulignons). Cette position peut susciter certaines réticences, vu que le simple échange des consentements renvoie à un événement immatériel, sans nécessairement de localisation dans l'espace. Le problème s'est accru avec l'ère numérique. Il est dès lors artificiel de vouloir concrétiser le lieu de la rencontre des consentements en un endroit précis. Pour le pallier, le législateur a entendu préciser que «[p]our un contrat conclu par voie électronique, ce lieu est présumé, sauf accord contraire des parties, être le domicile de l'offrant».

Section 3. Les conditions générales

14. Consécration et modernisation. Le régime juridique attaché aux conditions générales est ancré dans un texte. Les conditions d'opposabilité (ou plus exactement la force obligatoire) des conditions générales de même que les conflits de conditions sont réglés conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation. En outre, une possibilité de se délier d'un contrat dont les conditions générales adressées par l'une des parties n'agrément pas le cocontractant est ouverte à ce dernier.

15. Force obligatoire. Pour que les conditions générales soient comprises dans la convention (qu'elles aient force obligatoire ou, selon une expression peu idoine, qu'elles soient opposables¹⁸), il convient que la partie à laquelle on les oppose les connaisse ou ait eu la possibilité de les connaître avant la conclusion du contrat. Il faut aussi qu'elle les ait acceptées¹⁹. L'article 5.23 consacre la jurisprudence de la Cour de cassation²⁰. Il est ainsi prévu que «[l]'inclusion des

¹⁶ Cass. (1^{re} ch.), 16 juin 1960, *R.W.*, 1990-1991, p. 750, *R.C.J.B.*, 1962, p. 303, note J. HEENEN.

¹⁷ *Ibid.*; Cass., 25 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1086, *J.T.*, 1990, p. 724 et les conclusions de l'avocat général G. D'HOORE.

¹⁸ «Pour usuelle qu'elle soit, l'expression "opposabilité des conditions générales" n'est pas la plus appropriée sur le plan théorique. Elle est de nature à induire une confusion avec la problématique de l'opposabilité du contrat aux tiers, qui lui est radicalement étrangère. Dire que les conditions générales d'une partie sont opposables à l'autre signifie qu'elles ont "valeur contractuelle", qu'elles ont pénétré dans le champ contractuel ou, plus simplement, qu'elles ont force obligatoire» (P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 214).

¹⁹ Dans son arrêt récent du 14 mai 2021, la Cour de cassation censure la décision d'appel qui avait considéré qu'en payant la prime, le preneur d'assurance avait aussi accepté les conditions générales et était censé en avoir eu connaissance (Cass., 14 mai 2021, *R.D.C.*, 2021, p. 555). Dans un arrêt du 12 septembre 2019, la Cour de cassation valide la décision d'appel qui constate que les conditions générales n'ont pas été remises au cocontractant, que celui-ci n'a pu en prendre connaissance d'aucune manière, le bon de commande précisant uniquement que les conditions générales de vente étaient disponibles sur demande, et qui décide que ces conditions générales ne peuvent être appliquées (Cass., 12 septembre 2019, *R.A.B.G.*, 2021, p. 777).

²⁰ Cass., 20 avril 2017, *R.G.* n° C.16.0341.F, *Ius & Actores*, 2017, p. 147, *D.A.O.R.*, 2017, p. 54, *Pas.*, 2017, p. 945; Cass., 16 septembre 2016, *R.G.* n° C.14.0424.N, *R.G.D.C.*, 2018, p. 154, *R.W.*, 2017, p. 822; Cass., 19 décembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 697.

conditions générales d'une partie dans le contrat requiert leur connaissance effective par l'autre partie ou, à tout le moins, la possibilité pour celle-ci d'en prendre effectivement connaissance, ainsi que leur acceptation».

16. Battle of forms. L'expression «*battle of forms*», c'est-à-dire la «bataille des formulaires», renvoie à l'hypothèse où les conditions générales des parties ont toutes deux pénétré le champ contractuel et présentent un caractère totalement ou partiellement incompatible.

En vertu de l'article 5.23, les conditions générales sont présumées être des éléments accessoires du contrat. Par conséquent, leur incompatibilité n'entache pas la validité du contrat. Les travaux préparatoires le confirment en ces termes : «La règle se base sur l'intention commune présumée des parties et se fonde sur le fait que les conditions générales ne constituent en principe pas un élément essentiel ou substantiel du contrat, mais uniquement un élément accessoire. Le contrat peut par conséquent être formé sans qu'il y ait accord de volonté des parties sur (toutes) les conditions générales. Le seul fait que les deux parties veuillent conclure le contrat sur la base de leurs propres conditions générales et que certaines de ces conditions soient incompatibles ne signifie pas que les parties ne souhaitent pas conclure le contrat.»

L'alinéa 3 de l'article 5.23 résout le problème du conflit de conditions générales et opte pour la neutralisation des clauses incompatibles («*knock-out rule*»).

17. Absence de formation du contrat. L'alinéa 4 de la disposition envisage l'hypothèse où les parties considèrent, en dépit de la présomption précitée (voy. *supra*, n° 16), que les conditions générales constituent des éléments essentiels du contrat.

Cet alinéa prévoit que les parties peuvent déroger au caractère accessoire présumé des conditions générales. Dans cette hypothèse, aucun contrat ne pourra voir le jour à défaut de rencontre des consentements sur les éléments essentiels du contrat.

Plus exactement, l'alinéa 4 dispose que «[p]ar dérogation à l'alinéa 3, le contrat ne se forme pas si, préalablement ou sans retard injustifié après la réception de l'acceptation, une partie indique expressément, et non au moyen de conditions générales, qu'elle ne veut pas être liée par un tel contrat».

Pour mettre en œuvre cet alinéa et éviter d'être tenu contractuellement, la volonté des parties de ne pas conclure de contrat en présence de conditions générales incompatibles doit être expresse. Une déclaration en ce sens dans les conditions générales mêmes ne suffit pas.

Cette déclaration peut soit être réalisée avant la conclusion du contrat, soit être formulée sans retard injustifié après la réception de l'acceptation.

Notons que «si le contrat a déjà reçu un commencement d'exécution, il pourra être annulé pour absence de consentement et les prestations exécutées devront être restituées (voy. les art. 5.31, 5.57, 5.62 et 5.115 à 5.124 de la proposition)»²¹.

Section 4. Les clauses abusives

18. Insertion en droit commun. Le législateur a estimé souhaitable de prévoir, dans le livre 5 du Code civil, une interdiction générale des clauses abusives. D'une part, les risques d'abus existent tout autant dans un contexte C2C que dans les rapports B2B. Partant, «[i]l serait paradoxal, et potentiellement contraire au principe constitutionnel d'égalité, que seuls les rapports C2C soient exclus de la protection de la loi, alors que la réglementation des clauses abusives couvre désormais tant les rapports B2C que les rapports B2B»²². D'autre part, «la définition du champ d'application de la loi par référence à la notion d'entreprise est source d'insécurité juridique, compte tenu de la portée incertaine de la jurisprudence actuelle de la Cour de justice en ce qui concerne notamment l'inclusion des pouvoirs publics et des ASBL dans cette notion»²³. En toile de fond, on perçoit également une certaine volonté de remettre en cause la loi du 4 avril 2019²⁴.

19. Champ d'application. Vu les dispositions déjà présentes dans le Code de droit économique (CDE), le champ d'application de la disposition demeure fort restreint.

Conformément à l'article 5.13, l'article 5.52 ne sera en effet retenu que sous réserve des règles particulières édictées dans le Code de droit économique et dans les lois particulières.

L'article 5.52 ne s'appliquera dès lors que si la clause litigieuse ne tombe pas dans le champ d'application des régimes prévus aux articles VI.82 et suivants du CDE (rapports B2C) ainsi qu'aux articles VI.91/1 et suivants du CDE (rapports B2B)²⁵.

²¹ Proposition de loi portant le livre 5 «Les obligations» du Code civil précitée, p. 29.

²² *Ibid.*, p. 56.

²³ C.J.U.E., 17 mai 2018, *Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*, C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320, D.C.C.R., 2018, p. 229, note G. STRAETMANS, T.O.R.B., 2018-2019, p. 15, note H. SWENNEN; C.J.U.E., 3 octobre 2013, *BKK Mobil c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, C-59/12, ECLI:EU:C:2013:634, cités par Proposition de loi portant le livre 5 «Les obligations» du Code civil précitée, p. 56.

²⁴ Voy. l'extrait suivant (p. 56) : «Il appartiendra au législateur de décider, à la lumière de l'évaluation prévue de la loi du 4 avril 2019 et de son appréciation par la doctrine, si cette loi doit être maintenue ou si les intérêts des entreprises ne sont pas déjà suffisamment protégés par la disposition générale insérée dans le Livre 5.»

²⁵ Notons par exemple que les services financiers ainsi que les marchés publics et les contrats qui en découlent ne sont pas visés par les articles VI.91/1 à VI.91/10 du CDE (voy. l'article VI.91/1).

Autrement dit, l'article 5.52 sera utilisé dans les rapports C2C et, de manière générale, pour tout contrat n'entrant pas dans le champ d'application des articles VI.82 et suivants et VI.91/1 et suivants du CDE²⁶.

20. Notion de clause non négociable. Même si, initialement, la disposition visait les clauses insérées dans les contrats d'adhésion, c'est finalement la notion de « clause non négociable » qui a été retenue par le législateur.

Un amendement n° 21 a en effet été déposé afin de remplacer « la notion de contrat d'adhésion » par celle de « clauses non négociables »²⁷.

Cette modification s'explique pour différentes raisons²⁸ :

- la volonté d'élargir le champ d'application, car « la définition proposée de “contrat d'adhésion” dans l'article 5.10 implique une limitation trop étroite de l'application résiduelle de l'interdiction de l'utilisation de clauses abusives » ;
- la rareté des contrats d'adhésion dans les relations C2C. Ces contrats sont principalement utilisés par les entreprises ;
- le souhait de s'attaquer au cœur du problème, à savoir l'imposition des conditions contractuelles à une partie, qui sont à prendre ou à laisser et sur lesquelles elle ne peut exercer aucune influence.

La notion de « clause non négociable » renvoie donc à l'idée que la clause a été imposée par une des parties à l'autre (« à prendre ou à laisser ») sans que cette dernière ait eu la possibilité de négocier son contenu. Notons que « la seule circonstance qu'un contrat n'a pas été négocié n'implique pas nécessairement qu'il a été imposé à l'autre partie sans possibilité d'en influencer le contenu. Il convient de vérifier, *in concreto*, si une telle possibilité d'influence existait, compte tenu notamment du rapport de force économique entre les parties, même si cette possibilité n'a pas été exercée en l'espèce »²⁹.

21. Caractère manifestement abusif. Pour apprécier le caractère abusif d'une clause, il convient d'examiner l'existence éventuelle d'un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties. Pour retenir l'existence d'un tel déséquilibre, l'on comparera, d'une part, les droits et les obligations des parties dans le cas où le contrat contient la clause litigieuse avec, d'autre part, les droits et les obligations des parties dans le cas où le contrat ne contient pas une telle clause³⁰.

²⁶ L'article 5.52 s'appliquera par exemple aux contrats conclus entre deux consommateurs, un consommateur et l'autorité publique, entre autorités publiques, etc. sans préjudice des législations particulières (p. ex. législation sur les marchés publics).

²⁷ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/005, pp. 2 et s.

²⁸ Voy., sur ces raisons, *ibid.*

²⁹ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 58.

³⁰ *Ibid.*

Le terme « manifeste » vise « à limiter l'intervention du juge à un contrôle marginal ». Seuls les déséquilibres évidents pourront être frappés de nullité. L'appréciation du déséquilibre manifeste tiendra compte de toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat (à savoir, et à titre non exhaustif, la nature des produits ou services qui font l'objet du contrat, les autres clauses du contrat, l'économie générale du contrat, d'un contrat lié ou des usages applicables...) ³¹.

Les travaux préparatoires mettent les juges en garde de « ne pas transposer automatiquement la liste des clauses abusives existant en matière de B2C »³².

22. Exclusion des prestations principales pour l'appréciation du déséquilibre manifeste. Conformément à l'alinéa 3 de l'article 5.52, l'appréciation du déséquilibre manifeste ne peut porter ni sur la définition des prestations principales du contrat (ou de la prestation principale lorsqu'il n'y en a qu'une) ni sur l'adéquation entre les prestations principales.

Le juge ne sera admis à censurer une éventuelle disproportion entre les prestations des parties qu'en cas d'abus de circonstances dûment démontré (art. 5.37) (voy. *infra*, n° 33). Il en va de la cohérence avec l'article 5.38 qui prévoit que « [l]e déséquilibre entre les prestations des parties n'est une cause de nullité que dans les cas prévus par la loi ».

23. Sanction. La clause abusive est réputée non écrite. Ce réputé non écrit – dont on peut regretter le maintien en raison du risque de confusion – constitue une forme de nullité partielle (art. 5.63, al. 2). On appliquera donc le régime nouveau des nullités (voy. *infra*, n°s 41 et s.). La clause abusive est présumée divisible du reste du contrat, lequel demeurera contraignant pour les parties s'il peut subsister sans la clause abusive. Une réduction de la clause abusive (en vertu de la nullité partielle) dans la mesure où elle est valable reste donc envisageable³³.

Cette nullité opère avec effet rétroactif. Si une clause abusive est annulée, les règles supplétives auxquelles la clause avait dérogé redeviennent applicables.

24. Articulation avec les autres régimes. L'article 5.52 n'a pas vocation à « se substituer aux règles édictées par ailleurs par le législateur pour contrôler

³¹ *Ibid.*, pp. 58-59.

³² « En effet, cette liste a été établie dans le contexte très particulier d'une relation entre un professionnel et un consommateur. Or, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, les consommateurs “se trouvent dans une position d'infériorité par rapport à des professionnels, en ce qu'ils doivent être réputés comme étant moins informés, économiquement plus faibles et juridiquement moins expérimentés que leurs cocontractants” (C.J.U.E., 7 novembre 2019, *Profi Credit Polska*, C-419/18, ECLI:EU:C:2019:930, point 46 et réf. citée). Un tel déséquilibre entre les parties ne se retrouve pas nécessairement dans un contexte C2C. En effet, dans ces derniers cas, il se peut parfaitement que les deux consommateurs se trouvent dans un rapport de force équilibré. Pour les mêmes motifs, la jurisprudence de la Cour de justice sur l'interprétation de la directive n° 93/13 n'est pas transposable en tant que telle au texte proposé » (p. 59).

³³ Proposition de loi portant sur le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 59.

les clauses excessives, pour lesquelles [le législateur] a déjà effectué une pondération des intérêts en présence. Ainsi, les clauses indemnitaires excessives font déjà l'objet de critères et de sanctions spécifiques prévus à l'article 5.88; le régime des clauses abusives n'a dès lors pas lieu d'être appliqué dans ce cas. Il en va de même des clauses d'exonération de responsabilité excessives, réglées à l'article 5.89³⁴. Les articles 5.88 et 5.89 ne pourront céder la place ou se combiner avec l'article 5.52 (cf. nos 102 et 109).

Section 5. Le pacte de préférence et le droit d'option

25. Introduction. Le législateur introduit trois dispositions relatives au pacte de préférence et au droit d'option. L'objectif poursuivi consiste à prévoir une «procédure supplétive pour l'exercice du droit de préférence lorsqu'elle n'est pas prévue par le contrat et d'introduire la sanction de la substitution dans les droits du tiers complice en cas de violation de ces deux catégories d'avant-contrat»³⁵.

26. Pacte de préférence. Le pacte de préférence est régi par l'article 5.24. Il est défini comme «un contrat par lequel une partie s'engage à donner la priorité au bénéficiaire du pacte si elle décide de conclure un contrat». Le régime supplétif est précisé aux alinéas 2 à 4.

27. Contrat d'option. Le contrat d'option, également appelé promesse unilatérale de contrat, est défini, à l'article 5.25, comme «un contrat par lequel une partie donne à son bénéficiaire le droit de décider de conclure avec elle un contrat dont les éléments essentiels et substantiels sont établis et pour la formation duquel il ne manque plus que le consentement du bénéficiaire».

Il convient de bien le distinguer d'une offre. Le contrat d'option constitue en effet un contrat qui résulte de la rencontre d'une offre et d'une acceptation. Comme le souligne Patrick Wéry, «la promesse unilatérale et l'offre ont toutefois en commun de préfigurer le contrat définitif à venir, dont la naissance ne dépend que de la seule volonté du bénéficiaire de la promesse et de l'offre»³⁶. Les règles générales en matière de formation du contrat s'appliquent.

Le contrat promis se forme sans effet rétroactif une fois l'option levée³⁷.

28. Sanction. La violation d'un pacte de préférence ou d'un contrat d'option (art. 5.26) emporte des sanctions assez lourdes tant à l'égard du débiteur qui a violé ses engagements que du tiers complice.

À l'égard du débiteur, l'alinéa 1^{er} confirme le principe selon lequel une violation du pacte de préférence ou du contrat d'option confère au bénéficiaire le droit

³⁴ *Ibid.*, p. 58.

³⁵ R. JAFFERALI, «La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés», *J.T.*, 2023, p. 25.

³⁶ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 319.

³⁷ Proposition de loi portant le livre 5 «Les obligations» du Code civil précitée, p. 29.

de mobiliser le panel des sanctions prévues aux articles 5.83 et suivants, et notamment la réparation, par exemple, du préjudice subi (voy. *infra*, n° 70).

À l'égard du tiers et pour autant qu'il s'agisse d'un tiers complice de la violation du contrat, l'alinéa 2 dispose que le tiers peut également être tenu à la réparation du dommage subi.

La sanction de la tierce complicité peut même se traduire par l'inopposabilité du contrat (et non par la sanction plus drastique de l'annulation) ou la substitution³⁸. Cette dernière sanction permet au bénéficiaire de prendre la place du tiers complice dans la relation contractuelle au prix et aux conditions convenus avec ce tiers.

Les travaux préparatoires précisent qu'«[e]n demandant la substitution, le bénéficiaire exprime sa volonté de contracter à ces conditions»³⁹.

Chapitre 2. La formation statique du contrat

29. Examen limité (rappel). La formation statique du contrat n'emporte pas de grandes révolutions, raison pour laquelle nous limitons notre analyse à quatre points plus saillants de la réforme, à savoir : le régime applicable en présence d'un vice causé par un tiers (section 1), le nouveau vice d'abus de circonstances (section 2), l'exigence d'un objet licite (section 3) et le maintien de la cause dans sa conception subjective (section 4).

Section 1. Le tiers qui a causé un vice de consentement

30. Tiers complice et tiers dont le cocontractant doit répondre. L'article 5.33 règle, en son dernier alinéa, les hypothèses où le vice de consentement a été causé, non pas par le cocontractant, mais par un tiers.

Il prévoit qu'un vice de consentement causé par un tiers peut constituer un motif d'annulation du contrat conclu entre la victime du vice du consentement et son cocontractant.

Les hypothèses sont toutefois circonscrites à l'endroit du tiers. Ne constituent un motif d'annulation que les vices causés par un tiers complice du cocontractant ou par une personne dont ce dernier doit répondre.

31. Alignement des hypothèses. Le même régime trouve désormais à s'appliquer pour l'erreur (ce point ne nécessite toutefois pas de règle particulière), le dol, la violence et l'abus de circonstances.

³⁸ *Ibid.*, p. 30. Comp.: Cass., 27 avril 2006, *Arr. Cass.*, 2006, p. 993, *Pas.*, 2006, p. 976 (nullité) et art. 1123-1124 C. civ. fr. (nullité et substitution).

³⁹ Proposition de loi portant le livre 5 «Les obligations» du Code civil précitée, p. 30.

Le législateur a entendu aligner les régimes, vu qu'il n'existe « pas de raison d'offrir plus de protection aux victimes d'une violence qu'aux victimes d'un dol et, par extension, d'un abus de circonstances »⁴⁰.

Section 2. L'abus de circonstances

32. Origine. À partir de l'article 1907^{ter} de l'ancien Code civil consacré au prêt usuraire, la Cour de cassation a progressivement ébauché et précisé les contours d'un nouveau vice de consentement, à savoir la lésion qualifiée, qui ne figurait pas à l'article 1109 de l'ancien Code civil.

La lésion qualifiée se distingue de la lésion simple – laquelle pour rappel n'est admise que dans les cas expressément prévus par le législateur⁴¹ – en ce que l'on tient compte, dans l'hypothèse, par exemple, de l'article 1907^{ter}, du comportement illicite du prêteur, qui abuse des besoins, des faiblesses, des passions ou de l'ignorance de l'emprunteur pour en retirer des avantages disproportionnés. L'emprunteur victime d'une telle lésion pourra obtenir la réduction de ses engagements.

Ainsi vu progressivement le jour la théorie de la lésion qualifiée pour tous les contrats (commutatifs) déséquilibrés, conclus grâce à l'exploitation de l'infériorité d'autrui.

Le législateur consacre expressément cette « figure juridique de portée générale [...] élaborée pour les situations où un contrat présente *ab initio* un déséquilibre manifeste par suite de l'abus par l'une des parties de l'infériorité de l'autre partie ou par suite de l'abus de sa position de force »⁴² en son article 5.37 en la qualifiant d'abus de circonstances.

33. Notion et distinction. L'abus de circonstances renvoie aux situations où, lors de la conclusion du contrat, il existe un déséquilibre manifeste entre les prestations par suite de l'abus par l'une des parties de circonstances liées à la position de faiblesse de l'autre partie.

Cette notion se distingue de celle du « changement de circonstances » réglée à l'article 5.74 du Code civil, laquelle vise un déséquilibre qui n'existait pas dès le moment de la conclusion du contrat, mais qui apparaît par la suite (voy. *infra*, nos 65 et s.). On notera que les « conséquences sont toutefois comparables dans les deux situations puisque le juge peut adapter le contrat si les parties ne se mettent pas d'accord »⁴³.

34. Énumération des conditions. La victime d'un abus de circonstances devra démontrer la réunion des conditions suivantes : « (1) l'abus de circons-

⁴⁰ *Ibid.*, p. 37.

⁴¹ Voy. par exemple l'article 5.43 du Code civil et les articles 1674 et suivants de l'ancien Code civil.

⁴² Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 45.

⁴³ *Ibid.*, p. 48.

tances ressort d'un déséquilibre manifeste entre les prestations stipulées entre les parties ; (2) il y a abus des circonstances concrètes d'infériorité dans lesquelles la victime se trouvait au moment de la conclusion du contrat, ce qui a permis au cocontractant de s'arroger un avantage [...] ; (3) un lien de causalité entre l'abus et le déséquilibre manifeste.»⁴⁴

– **Première condition.** L'abus doit être à l'origine d'un déséquilibre ou d'une disproportion manifeste entre les prestations réciproques des parties.

Une différence notable entre l'abus de circonstances et les clauses abusives mérite ici d'être pointée. Tandis que la disposition sur les clauses abusives traite d'un problème d'inégalité juridique (déséquilibre entre les droits et obligations réciproques), l'abus de circonstances requiert un déséquilibre factuel des prestations (voy. *supra*, n° 22)⁴⁵.

– **Deuxième condition.** L'abus doit concerner les circonstances concrètes d'infériorité de la victime par le cocontractant ou, dans certains cas, un tiers (voy. art. 5.33, al. 3, C. civ.). L'abus d'une situation d'infériorité de la victime au moment de la conclusion du contrat est celui qui permet au cocontractant de s'arroger un avantage.

On vise les situations où une partie connaît la situation d'infériorité (faiblesses, passions, inexpérience, ignorance) du cocontractant et en abuse, par un comportement actif ou passif, sans nécessairement user de manœuvres dolosives.

« Les circonstances d'infériorité visées peuvent découler tant de caractéristiques personnelles, comme l'état de nécessité physique, moral ou financier, les faiblesses, l'ignorance ou l'inexpérience de la victime que de circonstances de supériorité économique ou fonctionnelle dans le chef de la partie commettant l'abus, qui se trouve, par exemple, dans une position de monopole ou de force.»⁴⁶

Les travaux préparatoires précisent que la violence par suite de « circonstances extérieures ou état de nécessité »⁴⁷ peut désormais relever du vice du consentement « abus de circonstances »⁴⁸.

– **Troisième condition.** Un lien de causalité doit exister entre l'abus et le déséquilibre manifeste. L'abus doit avoir déterminé de manière prépondérante le consentement du cocontractant.

35. Effets. L'alinéa 2 de l'article 5.37 définit les sanctions en ces termes : « La partie faible peut prétendre à l'adaptation de ses obligations par le juge et, si l'abus est déterminant, à la nullité relative. »

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 46-47.

⁴⁵ S. DE REY, « Le consentement et la capacité », in R. JAFFERALI (coord.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, op. cit., p. 135.

⁴⁶ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, pp. 46-47.

⁴⁷ Bruxelles, 7 février 1964, *Pas.*, 1965, II, p. 70.

⁴⁸ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 47.

Même si la sanction classique d'un vice de consentement est la nullité relative du contrat, le législateur s'est montré soucieux de prévoir le maintien du contrat moyennant une adaptation des prestations⁴⁹ lorsqu'une victime peut en tirer un avantage.

La nullité relative n'est donc possible qu'en cas d'abus de circonstance présentant un caractère déterminant (voy. sur le caractère déterminant l'article 5.33). Lorsque l'abus de circonstances n'était pas, pour la victime, déterminant pour la conclusion du contrat, cette dernière peut solliciter l'adaptation du contrat. Cette adaptation sera fondée sur la responsabilité précontractuelle. Le juge procédera, «à titre de réparation du dommage, à une adaptation de la prestation que la victime a promis d'exécuter»⁵⁰.

Section 3. La licéité de l'objet

36. Objet licite. L'article 5.51 dispose que «[l]a prestation est illicite lorsqu'elle crée ou maintient une situation qui est contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives». Le législateur a toutefois entendu restreindre, au vu du nombre croissant de règles de droit impératives et d'ordre public, les motifs d'annulation. Le risque que les conventions soient trop rapidement qualifiées d'illicites était en effet fort grand. Toute violation d'une disposition d'ordre public, même sanctionnée pénalement, n'entraîne donc pas nécessairement la nullité⁵¹. Par exemple, une vente en dehors des heures d'ouverture ne doit pas nécessairement être annulée, pas plus que la vente d'un bien immobilier lorsqu'une attestation prescrite par la loi manque lors de la conclusion du contrat⁵². Ne sera frappée de nullité que la convention qui a pour objet une prestation qui crée ou maintient une situation qui est contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives. La date à prendre en considération est celle de la conclusion du contrat. Partant, la violation d'une telle norme durant l'exécution de la convention n'entraînera pas la nullité de la convention.

Il est renvoyé, pour les notions d'ordre public et de lois impératives, aux alinéas 3 à 5 de l'article 1.3, rédigés en ces termes :

« On ne peut déroger à l'ordre public ni aux règles impératives.

Est d'ordre public la règle de droit qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose la société, telles que l'ordre économique, moral, social ou environnemental.

⁴⁹ Les travaux préparatoires mentionnent les applications suivantes en jurisprudence: Bruxelles, 20 janvier 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 388; Anvers, 5 septembre 2011, R.G.D.C., 2014, p. 76; Civ. Bruxelles, 17 mars 1995, R.G.D.C., 1995, p. 507.

⁵⁰ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 47.

⁵¹ *Ibid.*, p. 55.

⁵² *Ibid.*

Est impérative la règle de droit édictée pour la protection d'une partie réputée plus faible par la loi.»

37. Rôle des dispositions impératives et d'ordre public. La conformité à l'ordre public ne s'exerce pas de manière directe et autonome. Autrement dit, en droit belge, la licéité du contrat par rapport à l'ordre public ne se réalise que par le prisme de l'objet et de la cause⁵³. La simple violation, au sein du contrat, d'une disposition impérative ou d'ordre public n'entraîne pas sa nullité. Ce n'est que si l'objet du contrat ou sa cause sont illicites que le contrat pourra être annulé.

Le législateur fait sienne la position défendue par la Cour de cassation. Dans un arrêt récent du 30 janvier 2015⁵⁴, la Cour avait en effet considéré que la seule violation de la loi anti-blanchiment par une banque ne pouvait entraîner la violation du contrat. En l'espèce, une banque avait omis d'identifier son client lors de la conclusion du contrat sans que cette omission ne rende l'objet et la cause du contrat illicites.

Section 4. Le maintien de la cause dans sa conception subjective et son caractère commun

38. Maintien de la cause. Le législateur, malgré certaines critiques, prend le parti de maintenir l'exigence de cause.

Cette exigence s'apprécie au moment de la formation de la convention⁵⁵.

L'article 5.55 instaure une présomption selon laquelle une cause valable est à la base de l'obligation, même lorsque celle-ci ne ressort pas de l'écrit qui constate cette obligation. Cette présomption est néanmoins réfragable, comme le souligne la Cour de cassation: «Lorsque la cause n'est pas exprimée dans la convention et que son existence est contestée, il appartient au juge du fond de rechercher s'il en existe néanmoins une, le débiteur qui formule cette contestation ayant la charge de prouver l'absence de cause.»⁵⁶

Il suffit en réalité que la cause existe sans qu'elle doive être exprimée dans le contrat.

39. Consécration de la conception subjective. Le législateur tranche par ailleurs la controverse entre les deux conceptions de la cause – objective et

⁵³ Voy., pour les discussions intervenues au Parlement sur ce point, Proposition de loi portant le livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil précitée, p. 12 et Proposition de loi portant le livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil. Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/004, pp. 114 et s.

⁵⁴ Cass., 30 janvier 2015, *R.W.*, 2015-2016, p. 1110, *R.C.J.B.*, 2017, p. 189, note L. CORNELIS.

⁵⁵ Cass., 12 décembre 2008, R.G. n° C.06.0322.N, *J.T.*, 2010, p. 335 note P. DELNOY, *R.C.J.B.*, 2011, p. 329, note S. NUDELHOLC, R.G.D.C., 2009, p. 236, note M. MASSCHELEIN.

⁵⁶ Cass., 10 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1782.

subjective – en faveur de la seconde. La cause s'entend des mobiles qui ont déterminé chaque partie à conclure le contrat⁵⁷, dès lors qu'ils sont connus ou auraient dû l'être de l'autre partie.

40. Motifs entrés dans le champ contractuel. Ces mobiles ne seront retenus que dans la mesure où ils sont entrés dans le champ contractuel. Les motifs doivent donc être « communs ». « Cela signifie que les motifs déterminants d'une partie ne sont pertinents juridiquement que s'ils étaient connus de l'autre partie. »

Cette solution s'écarte de la jurisprudence actuelle qui considère que des mobiles illicites dans le chef de l'une des parties suffisent pour porter atteinte à la validité de la convention, même s'ils étaient inconnus de l'autre partie⁵⁸. Un arrêt du 7 mai 2020⁵⁹ semblait revenir sur cet enseignement et ne pas se satisfaire du seul mobile unilatéral : « La cause d'une convention se compose des motifs déterminants qui ont amené chaque partie à conclure la convention et qui étaient connus ou devaient être connus de l'autre partie. » L'arrêt du 22 janvier 2021⁶⁰ avait toutefois apporté une réponse différente. Pour la Cour, « [u]n contrat a une cause illicite lorsque la fraude fiscale est au moins l'un des motifs déterminants de l'une des parties ».

Chapitre 3. La théorie des nullités

41. Aperçu. Les causes de nullité du contrat sont énoncées à l'alinéa 1^{er} de l'article 5.57. La nullité constitue la sanction ordinaire d'un vice de validité au sens d'une « violation contemporaine à la formation du contrat »⁶¹.

Conformément à l'article 5.63, cette sanction s'applique tant au contrat lui-même qu'à certaines obligations ou certaines clauses du contrat⁶².

Section 1. Mise en œuvre

42. Absence d'effet de plein droit. La sanction de la nullité n'opère pas de plein droit⁶³. Cela signifie que tant que le contrat, bien qu'entaché d'une

⁵⁷ Voy. la jurisprudence reprenant cette définition : Cass., 14 mars 2008, R.G. n° C.05.0380.F, *Pas.*, 2008, p. 708, R.W., 2010-2011, p. 21.

⁵⁸ Cass., 12 octobre 2000, R.C.J.B., 2003, p. 74 ; Cass., 7 octobre 2004, R.G. n° C.03.0144.F, *Pas.*, 2004, p. 1513. Pour un approfondissement, P. WÉRY, « Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques », note sous Cass., 12 octobre 2000, R.C.J.B., 2003, p. 74. Cet arrêt a été confirmé : Cass., 7 octobre 2004, R.G.D.C., 2005, p. 60.

⁵⁹ Cass., 7 mai 2020, NjW, 2020, p. 500, note M. MEIRLAEN.

⁶⁰ Cass., 22 janvier 2021, R.G.D.C., 2021, p. 374.

⁶¹ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 63.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Ce principe a été reconnu à maintes reprises par la Cour de cassation (Cass., 21 mai 2007, *Pas.*, 2007, p. 955, « Le contrat perdure tant que l'annulation, qui produit des effets *ex tunc*, n'est pas prononcée en justice » ; Cass., 23 novembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 305).

cause de nullité, n'a pas été annulé, il demeure valable (ou, à tout le moins, il produit les mêmes effets). À strictement parler, le contrat n'est pas en soi nul, mais annulable. La terminologie « nullité » a toutefois été préférée à celle, moins usitée en pratique, d'« annulabilité »⁶⁴.

43. Disposition légale. L'article 5.59 dispose que :

« Jusqu'à son annulation, le contrat entaché d'une cause de nullité produit les mêmes effets qu'un contrat valable.

L'annulation résulte d'une décision de justice qui admet l'existence de la cause de nullité ou d'un accord des parties. Cet accord est nul si la cause de nullité qu'il mentionne n'existe pas.

À moins que le contrat soit constaté par un acte authentique, l'annulation résulte également d'une notification écrite que toute personne habilitée à se prévaloir de la nullité adresse, à ses risques et périls, aux parties au contrat. Cette notification est inefficace si la cause de nullité qu'elle mentionne n'existe pas. »

44. Trois voies possibles. On distingue désormais trois manières de mettre en œuvre et d'aboutir à la nullité du contrat : amiablement, par la voie judiciaire ou par notification.

Comme l'indique l'alinéa 2 de l'article 5.59, la nullité peut être soit amiable, soit judiciaire pour autant que la cause de nullité existe véritablement. Si la cause de nullité n'existe pas, une nullité amiable pourrait être requalifiée en résiliation de commun accord. L'annulation du contrat peut également avoir lieu par notification.

1°) L'annulation judiciaire, qui constitue « le mode ordinaire d'annulation des contrats », requiert, comme son nom l'indique, une décision de justice qui reconnaît l'existence de la nullité⁶⁵. Cette nullité sera prononcée soit à la demande d'une partie, soit parce qu'elle a été soulevée d'office par le juge ou résultera d'une exception opposée par le défendeur à une demande en justice.

2°) La possibilité d'annuler amiablement un contrat est également reconnue. Il n'est cependant pas exclu que la loi s'oppose ou soumette la nullité amiable à des conditions.

3°) Un troisième mode de mise en œuvre de la nullité est intégré à l'alinéa 3. Il s'agit d'une nouveauté de la réforme qui répond favorablement à l'appel de la doctrine⁶⁶. La nullité peut être mise en œuvre par voie de notification (voy. *infra*, n° 88). Cette dernière notification entraîne l'annulation du contrat pour

⁶⁴ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 68.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 234, pp. 490 et s. ; S. STIJNS, « La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'exécution ou de vice de formation », in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, n° 68, pp. 410 et s. ; P. WÉRY, « La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise ? », note sous Cass.,

autant que la cause de nullité invoquée existe. Elle « rend dès lors superflue toute action en justice si cette annulation ou ses conséquences ne sont pas contestées »⁶⁷.

Cette dernière possibilité répond à un véritable besoin pratique. Il était en effet devenu, avec notamment l'arriéré judiciaire, tout à fait déraisonnable d'attendre l'issue d'une procédure pour permettre à une partie au contrat d'être déliée de celui-ci. Contraindre une personne à poursuivre l'exécution d'un contrat affecté d'une cause de nullité dans l'attente d'une décision à intervenir heurterait quelque peu le bon sens, et ce, en dépit du caractère rétroactif de la nullité. À partir du moment où la mise en œuvre d'autres sanctions telles que la résolution ou la réduction du prix devenait possible par voie extrajudiciaire, la logique voulait qu'il en fût de même pour la nullité. Pour toutes ces raisons, il a semblé opportun au législateur « de permettre au titulaire de la nullité d'invoquer celle-ci de manière extrajudiciaire par la voie d'une notification aux autres parties au contrat »⁶⁸.

45. Focus sur la notification. L'alinéa 3 de l'article 5.59 prévoit que la notification doit être adressée par écrit à l'ensemble des parties au contrat, aux risques et périls de celui qui l'invoque.

L'exigence de notification écrite se comprend aisément. Dans les hypothèses où la nullité du contrat entraîne une obligation de mention marginale (art. 3.33 C. civ.), la notification se réalisera en principe par voie d'exploit d'huissier en vue d'assurer l'inscription en marge.

L'obligation de notifier la nullité à l'ensemble des parties ne heurte pas le principe de l'article 5.63 du Code civil qui traite des effets du contrat. Les effets de l'annulation par voie de notification sont limités aux « obligations ou aux clauses entachées de nullité si elles sont divisibles du reste du contrat »⁶⁹. Bien qu'adressée à toutes les autres parties au contrat, la notification n'entraîne pas la nullité du contrat à l'égard de l'ensemble de ces parties.

L'expression selon laquelle la nullité par voie de notification se réalise « aux risques et périls » de la partie dont elle émane signifie que cette nullité peut être contestée en justice par la partie à laquelle elle a été notifiée. Il appartiendra au juge, dans le cadre de son contrôle *ex post*, de vérifier si oui ou non le contrat a été annulé sans fondement. Dans l'affirmative, le juge devra constater que la notification était inefficace et, par voie de conséquence, reconnaître que le contrat n'a jamais pris fin, à tout le moins en vertu d'une cause de nullité. Lorsque la partie qui a notifié la nullité a cessé d'exécuter le contrat, il n'est pas

2 mai 2002, R.C.J.B., 2004, n° 32, pp. 345 et s., lesquels auteurs sont également cités par les travaux préparatoires.

⁶⁷ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 69.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

exclu que son cocontractant puisse se prévaloir d'un manquement grave dans son chef pour solliciter la résolution du contrat à ses torts.

Deux hypothèses sont, en réalité, envisageables au niveau de la saisine du juge.

- D'une part, le juge peut être saisi par la partie à laquelle la nullité a été notifiée, cette dernière contestant l'existence d'une cause de nullité.
- D'autre part, la partie qui s'est prévalu de la nullité peut très bien souhaiter saisir le juge « pour faire confirmer l'annulation du contrat ». Une telle hypothèse se rencontre, par exemple, lorsque l'on pressent une contestation de la partie adverse ou encore en vue de trancher toute contestation relative aux conséquences de la nullité, par exemple le sort des restitutions⁷⁰.

La nullité par voie de notification souffre toutefois une exception lorsque le contrat est constaté par acte authentique (acte notarié, jugement d'homologation...). Le législateur la justifie « à la fois par l'idée que la personne qui confère l'authenticité au contrat (telle qu'un notaire ou un juge) est tenue d'en vérifier au préalable la validité et par le souci de ne pas compromettre la force exécutoire de l'acte authentique »⁷¹.

Section 2. La nullité partielle

46. Consécration de la théorie des nullités partielles. L'article 5.63 consacre la théorie des nullités partielles⁷²:

« Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une partie du contrat, l'annulation se limite à cette partie pour autant que le contrat soit divisible, eu égard à l'intention des parties ainsi qu'au but de la règle violée.

La clause réputée non écrite par la loi, une fois annulée, laisse subsister le reste du contrat. »

La nullité ne frappe pas nécessairement l'entièreté du contrat. La nullité peut n'affecter qu'une partie du contrat, de sorte que le contrat demeure valable.

Partant, la nullité pourra affecter soit une ou plusieurs clauses du contrat (divisibilité matérielle), soit certaines parties d'une clause (réduction de la clause à

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.* Notons qu'une résiliation amiable ou judiciaire demeure possible.

⁷² Voy, sur les nullités partielles, C. LEBON, « Niet concurrentiebedingen en het nut van deelbaarheidsbedingen », *NjW*, 2015, pp. 914 à 918; P. WÉRY, « Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel: la nullité partielle d'une clause illicite », *R.C.J.B.*, 2016/3, pp. 387 à 433; M.-L. WANTIEZ, « La nullité partielle d'une clause de non-concurrence », *J.T.T.*, 2015, pp. 483 à 486; T. TANGHE, « Gedeeltelijke vernietiging/matiging van ongeoorloofde concurrentieclausule », *R.D.C.*, 2016, pp. 382 à 393; S. LAGASSE, « La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence », *J.T.*, 2015, pp. 717 à 721; S. LAGASSE, « Vers un affinement de la jurisprudence en matière de nullité partielle? », *R.G.D.C.*, 2019, pp. 439 à 449.

sa portion légale⁷³), soit encore, dans un contrat multipartite, les rapports de droit entre certaines personnes (divisibilité personnelle).

47. Critère de divisibilité du contrat dans l'intention des parties. Le critère à prendre en considération pour déterminer ce qui est frappé par la nullité (autrement dit, pour opter entre la nullité totale ou la nullité partielle) est celui de la divisibilité du contrat dans l'intention des parties.

L'on examinera, tout d'abord, si une clause d'indivisibilité ou de divisibilité figure dans le contrat sous réserve d'une violation du but de la règle.

À défaut, « [l]a démarche peut sans doute consister à se poser la question de savoir si, confrontées immédiatement après sa conclusion à la cause de nullité, les parties auraient (raisonnablement) préféré se contenter des clauses valables, ou renoncer entièrement à l'opération »⁷⁴.

Les clauses de droit applicable et de règlement des différends (clause d'élection de for, clause d'arbitrage, clause de conciliation ou de médiation, etc.) sont en principe, et sur la base de la volonté présumée des parties et de leur nature, divisibles du reste du contrat⁷⁵.

Des balises sont toutefois prévues dès lors que l'intention des parties ne peut se heurter au but et à la portée de la règle violée. En d'autres termes, le but de la règle violée l'emportera toujours sur l'intention des parties.

« Ainsi, même lorsque les parties ont inséré dans leur contrat une clause d'indivisibilité, l'insertion d'une clause abusive dans un contrat de consommation n'entraîne que l'annulation de cette clause et laisse subsister le reste du contrat (art. VI.84, § 1^{er}, al. 2, CDE). »⁷⁶

48. Réputé non écrit. La sanction du réputé non écrit a suscité de nombreuses controverses⁷⁷. La notion est désormais clarifiée. Lorsque le législateur utilise la sanction du « réputé non écrit », il entend consacrer la divisibilité de la clause et la soumettre au régime des nullités partielles. Les parties devront dès lors mettre en œuvre cette nullité par l'un des modes prévus par le législateur, en ce compris la nullité extrajudiciaire. La clause produit ses effets jusqu'à son annulation conformément au régime des nullités sous la seule réserve des règles relatives à la divisibilité.

⁷³ R. JAFFERALI, « La formation dynamique et la nullité du contrat », VanHam&VanHam, séminaire du 20 octobre 2022, p. 30. Voy. l'article 5.13 qui prévoit que « [l]e présent chapitre contient les règles générales qui s'appliquent à tous les contrats, en ce compris les contrats multipartites, et aux clauses contractuelles, à moins que la loi s'y oppose ».

⁷⁴ R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., n° 312, p. 719.

⁷⁵ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 74.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Voy. P. WÉRY, « Nullité, inexistance et réputé non écrit », in *Nullité des contrats*, coll. CUP, vol. 88, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 7 à 32.

Il n'existe donc pas de sanction autonome du « réputé non écrit » qui consacrerait une forme de nullité de plein droit⁷⁸, pas plus que de règle générale concernant la conversion des actes nuls⁷⁹. On peut évidemment se demander s'il n'eût pas été plus simple de recourir à la notion de nullité pour éviter toute confusion.

Section 3. La prescription

49. Double délai : 5 et 20 ans. L'action en nullité, tant relative qu'absolue, est désormais soumise au double délai de 5 et 20 ans que l'on connaît en droit de la responsabilité civile extracontractuelle (art. 5.60). L'objectif poursuivi par le législateur est d'aligner les deux prescriptions. Le délai de 10 ans applicable sous l'empire du Code Napoléon est par conséquent abandonné.

Ce faisant, l'on évite les situations malheureuses où, alors même que l'action en nullité n'est pas prescrite, celle qui consiste à réclamer des dommages et intérêts complémentaires sur un fondement délictuel l'est. De même, de manière désormais plus cohérente, les actions en nullité en cas de dol principal et les actions en réparation en cas de dol incident sont soumises aux mêmes délais.

Le *délai de 5 ans* commence à courir à compter du jour « qui suit celui où son titulaire a connaissance de la cause de nullité ». Pour les actions en nullité relative, une autre condition est ajoutée. La personne protégée doit encore pouvoir valablement renoncer à l'invoquer. Dans la négative, le délai ne commence pas à courir. Le législateur précise les trois hypothèses envisageables. Selon le cas, il est nécessaire que « l'incapacité, le vice de consentement ou la raison d'être de la protection prévue par la règle impérative violée ait cessé ». Le délai de 5 ans, en tant que délai de prescription, est soumis aux causes de suspension et d'interruption prévues dans l'ancien Code civil (art. 2242 à 2259).

Le délai de 20 ans court « à partir du jour qui suit celui où le contrat a été conclu ». Ce délai est inséré dans un objectif de sécurité juridique.

L'adage latin « *Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excepiendum* », déjà reconnu en jurisprudence⁸⁰, est codifié. L'exception de nullité pourra être opposée sans limite de temps, même si l'action en nullité est prescrite⁸¹. Ce moyen de défense opère avec effet rétroactif⁸². Une question reste encore en suspens et n'a pas été tranchée par le législateur : l'exception de nullité doit-elle

⁷⁸ Les travaux préparatoires précisent que « même dans le domaine des clauses abusives, le dernier état de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ne paraît pas imposer la nullité de plein droit comme sanction : voy. à ce propos C.J.U.E., 1^{er} octobre 2015, *ERSTE Bank Hungary*, C-32/14, ECLI:EU:C:2015:637, point 63 » (Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, pp. 74-75).

⁷⁹ Le législateur renvoie sur ce point à l'article 5.68 qui concerne la requalification.

⁸⁰ Cass., 22 octobre 1987, *R.C.J.B.*, 1991, p. 258, note F. GLANSORFF.

⁸¹ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, pp. 70-71.

⁸² R. JAFFERALI, « La formation dynamique et la nullité du contrat », op. cit., p. 26 avec la note 188.

subir un sort différent – et être soumise au délai de prescription de l'action en nullité – lorsque le contrat a reçu un commencement d'exécution⁸³? Une partie de la doctrine subordonne le droit de soulever l'exception à l'inexécution totale de l'acte nul⁸⁴. Notons que, d'un point de vue pratique, si le contrat a été intégralement exécuté, l'exception ne sera plus soulevée⁸⁵. Il n'y aura en effet pas d'action en exécution forcée d'un contrat à laquelle on pourrait opposer la nullité de ce dernier⁸⁶.

Section 4. L'adaptation de la sanction

50. Assouplissement à la sévérité de la nullité : les deux hypothèses de maintien du contrat. Le législateur a entendu s'assurer que la nullité demeure proportionnée à l'objectif poursuivi, à savoir le respect de la norme violée⁸⁷.

L'alinéa 2 de l'article 5.57 prévoit en effet que le contrat reste valable « dans les cas prévus par la loi ou lorsqu'il résulte des circonstances que la sanction de la nullité ne serait manifestement pas appropriée, eu égard au but de la règle violée ».

D'une part, le législateur peut décider de prévoir une autre sanction plus adéquate que la nullité, et ce, même au stade de la validité du contrat. On songe, par exemple, à l'inopposabilité en cas d'action paulienne, aux dommages-intérêts en cas de dol incident, à la réduction de l'obligation en cas de clause

⁸³ *Ibid.*, p. 26. Voy., sur cette condition, E. DE DUVE, « Le régime des nullités des clauses abusives entre entreprises », in R. JAFFERALI et E. DE DUVE, *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019*, Limal, Anthemis, 2020, p. 185.

⁸⁴ Voy. M. REGOUT, « La prescription de l'action en nullité », in C. DELFORGE et J. VAN MEERBEECK, *Les nullités en droit privé – État des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2017, p. 316; C. EYBEN, « Quels délais pour la prescription? Rapport belge », in P. JOURDAIN et P. WÉRY (dir.), *La prescription extinctive – Étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 76. On ajoute même que l'acte nul ne doit pas avoir été exécuté avant que la prescription ne soit écoulée (M. MARCHANDISE, *Traité de droit civil belge*, t. IV, *La prescription*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 105).

⁸⁵ E. DE DUVE, « Le régime des nullités des clauses abusives entre entreprises », *op. cit.*, p. 186 avec les références.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, pp. 63 et s. qui citent R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Paris, Rousseau, 1909, pp. 166 et s.; C. CAUFFMAN, « Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en matière de nullité? », note sous Cass., 23 mars 2006, R.C.J.B., 2007, n° 1, p. 428; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers et Groningue, Intersentia, 2000, n° 575, pp. 728 et s.; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Story-Scientia, n° 92, p. 72; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, n° 240, pp. 513 et s.; F. PEERAER, « Nietigheid op maat: proportionaliteit en werkzaamheid bij partiële nietigheid, reductie en conversie », *T.P.R.*, 2016, pp. 179 et s.; F. PEERAER et S. STIJNS, « De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid? », R.G.D.C., 2017, pp. 374 à 398; C. RENARD et E. VIEUJEAN, « Nullité, annulabilité et inexistance en Droit civil Belge », *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1962, pp. 264 et s.; S. STIJNS, « La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'inexécution ou de vice de formation », *op. cit.*, nos 61 et s., pp. 402 et s.

indemnitaires manifestement déraisonnables, à la possibilité d'adapter le contrat en cas d'abus de circonstances, etc.⁸⁸

D'autre part, même si aucune disposition législative ne déroge à la sanction de la nullité, cette dernière peut être écartée « au profit d'une autre sanction plus appropriée, voire même dans certains cas d'éviter l'application de toute sanction »⁸⁹. L'insertion dans le livre 5 de cette possibilité de maintenir le contrat valable constitue une véritable innovation. Cette dernière fait écho à l'émergence d'une doctrine et d'une jurisprudence qui déploraient « l'application systématique de la nullité dans des matières touchant certes à l'ordre public, mais où le prononcé de cette sanction aurait des conséquences drastiques contraires aux intentions du législateur »⁹⁰. L'écartement de la nullité pourra, par exemple, se faire au bénéfice d'autres sanctions telles que la responsabilité précontractuelle prévue à l'article 5.17.

51. Assouplissement à la sévérité de la nullité : caractère exceptionnel et critère d'appréciation aux mains des juges. En ce qui concerne les hypothèses où la loi ne prévoit pas une autre sanction, la prise en compte du but et de la portée de la norme permettra au juge, lorsque la violation a été régularisée et que la norme violée ne commande pas d'appliquer la sanction de la nullité, de l'écarter. L'utilisation du terme « manifestement » confirme le caractère exceptionnel de cette faculté.

Pour les critères à mobiliser dans le chef des juges, le législateur renvoie à l'article II.-7:302(3) DCFR (*Draft Common frame of reference*) ou à l'article 3.3.1, 3), PICC (*Unidroit Principles of International Commercial Contracts*).

Le premier, l'article II.-7:302, dispose que :

« (2) Where the mandatory rule does not expressly prescribe the effects of an infringement on the validity of a contract, a court may: (a) declare the contract to be valid; (b) avoid the contract, with retrospective effect, in whole or in part; or (c) modify the contract or its effects. (3) A decision reached under paragraph (2) should be an appropriate and proportional response to the infringement, having regard to all relevant circumstances, including: (a) the purpose of the rule which has been infringed; (b) the category of persons for whose protection the rule exists; (c) any sanction that may be imposed under the rule infringed; (d) the seriousness of the infringement; (e) whether the infringement was intentional; and (f) the closeness of the relationship between the infringement and the contract. »⁹¹

⁸⁸ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 64.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Traduction : « (2) À défaut de prescription expresse de la règle impérative violée quant à la validité du contrat, le tribunal peut : (a) déclarer le contrat valide, (b) annuler le contrat, avec effet rétroactif, en tout ou en partie, (c) ou modifier le contrat ou ses effets. (3) La décision prise en application du paragraphe (2) doit être une réponse appropriée et proportionnée à la violation, eu égard à toutes les circonstances pertinentes, y compris : (a) le but de la règle violée, (b) la catégorie de personnes que la règle entend protéger, (c) toute sanction qui pourrait être imposée en vertu de la règle violée, (d) la gravité de la violation, (e) le caractère intentionnel ou non de la violation, (f) et le rapport plus ou moins étroit entre la violation et le contrat. »

Le second prévoit que :

« 2) Lorsque la règle impérative ne prescrit pas expressément les effets de sa violation sur le contrat, les parties peuvent exercer les moyens fondés sur l'inexécution du contrat qui sont raisonnables dans les circonstances. 3) Pour déterminer ce qui est raisonnable, il sera tenu compte, notamment : a) du but de la règle violée ; b) de la catégorie de personnes que la règle entend protéger ; c) de toute sanction qui pourrait être imposée en vertu de la règle violée ; d) de la gravité de la violation ; e) du fait que la violation était connue ou aurait dû être connue de l'une des parties ou des deux ; f) du fait que l'exécution du contrat requiert la violation ; et g) des attentes raisonnables des parties. »

On retrouve, parmi ces deux dispositions, les critères pertinents suivants : le but de la règle violée, les personnes protégées par la règle, la gravité de la violation, son caractère intentionnel...

Les juges pourront s'inspirer des décisions déjà rendues en la matière⁹².

Comme le soulignent les travaux préparatoires du livre 5, s'agissant d'une interprétation de la norme violée, cette question de droit sera soumise au contrôle de la Cour de cassation.

Chapitre 4. Requalification du contrat

52. Introduction. La qualification du contrat constitue une opération indispensable dès lors qu'elle permet de rattacher à celui-ci un régime juridique. Cette opération demeure délicate en présence de contrats mixtes (section 1). Par ailleurs, il n'est pas exclu que le juge puisse procéder à une requalification du contrat (section 2).

Section 1. Les contrats mixtes

53. Les contrats mixtes : principe. En présence d'un contrat qui contient des clauses qui relèvent de différentes catégories de contrats (contrat mixte), on applique le principe de l'application distributive.

L'on vise le cas où les parties incluent dans le même contrat plusieurs opérations qui auraient pu faire l'objet de contrats distincts⁹³. La solution retenue entend favoriser la sécurité juridique, car « elle permet au juge, lorsque les parties ne se sont pas clairement exprimées sur leurs intentions, de retomber

⁹² Voy. les références citées dans Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 65. Infractions urbanistiques régularisables (Cass., 7 novembre 2019, R.G. n° C.19.0061.N; Liège, 23 décembre 2014, J.L.M.B., 2016, p. 292, obs. P. WÉRY); non-respect des règles de forme imposées en matière de contrat d'organisation et d'intermédiaire de voyages (Cass., 26 mai 2006, R.G.D.C., 2007, p. 476, note P. WÉRY); violation des normes régionales sur le bail (J. VAN MEERBEECK, « Le juge et l'ordre public : libres propos quant à l'impact des normes régionales sur le bail à l'aune de la théorie des nullités », in *Le bail et le contrat de vente face aux réglementations régionales (urbanisme, salubrité, PEB)*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 156 et s.); violation de la loi anti-blanchiment (Cass., 30 janvier 2015, D.B.F., 2015, p. 260, note L. CORNELIS).

⁹³ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 78.

sur le régime juridique applicable aux différentes opérations qui composent le contrat mixte »⁹⁴. On songe à l'hypothèse d'une promesse de vente incluse dans un bail.

54. Les contrats mixtes : exceptions. Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, l'alinéa 2 traduit le principe de l'absorption de l'accessoire par le principal lorsqu'un contrat contient, à titre accessoire, des clauses relevant d'une autre catégorie que celle dont le contrat relève à titre principal.

Les travaux préparatoires illustrent cette hypothèse en ces termes :

« Si un contrat de vente d'une cuisine standardisée comporte une prestation de service visant l'installation de celle-ci et que cette installation présente un caractère tout à fait accessoire dans l'intention des parties (notamment eu égard à la valeur respective des meubles de cuisine et de la prestation de service), alors le contrat est considéré pour le tout comme étant une vente. Le contrat est dès lors soumis pour le tout aux règles de la vente, moyennant les adaptations requises par une telle extension du champ d'application de ces règles à des questions qu'elles n'avaient normalement pas vocation à régler. Ainsi, si, dans l'exemple précité, l'installation présente un défaut caché, les règles sur la garantie des vices cachés dans la vente, normalement applicable uniquement aux vices affectant la chose, devront être appliquées par analogie aux défauts cachés de l'installation. »⁹⁵

« Pour qu'une clause soit considérée comme accessoire et dès lors soumise à l'absorption, il ne suffit pas qu'elle soit liée aux clauses principales ou dépende de celle-ci ; il faut que ces clauses principales présentent un caractère prédominant, au point qu'il serait déraisonnable de ne pas considérer le contrat comme entrant essentiellement dans une catégorie unique. Une exception est cependant faite pour le cas où la nature de la clause accessoire s'oppose à une telle absorption parce qu'elle nécessite une réglementation propre. »⁹⁶ Partant, « la clause de droit applicable, la clause d'élection de for ou la clause d'arbitrage, bien que présentant un caractère accessoire, ne peuvent pas être absorbées par la catégorie juridique dont relève le contrat à titre principal (la vente, le bail, etc.) parce qu'elles produisent des effets propres qui ne pourraient être soumis aux règles applicables au contrat principal sans dénaturer ces règles »⁹⁷.

55. Le rôle de la volonté des parties. « L'alinéa 3 réserve la volonté contraire des parties. Ainsi, s'il apparaît que les parties avaient clairement l'intention de conclure une opération *sui generis* qui ne se rattache directement à aucun contrat réglementé par la loi, elles demeurent libres de le faire, et ce même si l'opération conclue emprunte certains traits à des contrats réglementés. Cette liberté trouve toutefois une limite dans les règles impératives ou d'ordre public, qu'il n'est pas permis de tourner de la sorte. »⁹⁸

⁹⁴ *Ibid.*, p. 79.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*

Section 2. La requalification du contrat

56. Le pouvoir de requalification du juge. L'article 5.68 « consacre le principe selon lequel le juge est en principe lié par la qualification donnée par les parties à leur contrat, sauf si cette qualification apparaît incompatible avec les clauses de celui-ci ou avec les règles impératives ou d'ordre public »⁹⁹.

Le juge n'est par conséquent pas toujours tenu par la qualification que les parties donnent à leur convention¹⁰⁰. En cas de contestation, il peut donc qualifier une convention que les parties n'ont pas qualifiée ou requalifier une convention à laquelle les parties ont donné une qualification incorrecte, volontairement ou par erreur. Ce faisant, il recherche ce qui, à son estime, constitue l'intention réelle des parties¹⁰¹.

Le pouvoir du juge reste cependant limité. Il doit donner à la convention qui lui est soumise la qualification légale qui s'impose sous peine de violer les dispositions légales concernées. Le juge ne peut écarter la qualification choisie par les parties que si la convention comporte des éléments qui contredisent cette qualification de manière certaine et en imposent donc une autre.

Le juge ne peut cependant donner au contrat une qualification incompatible avec les clauses de celui-ci ou avec les règles impératives ou d'ordre public qui s'y appliquent. La compatibilité de la qualification donnée par les parties avec les clauses du contrat s'apprécie après avoir interprété ces clauses conformément aux règles d'interprétation et notamment à la lumière de l'exécution donnée par les parties au contrat¹⁰².

Les travaux préparatoires du livre 5 précisent que « l'article 5.68 peut effectivement aboutir à une conversion d'un acte qui serait nul sous une qualification mais valable sous une autre »¹⁰³.

Titre 2. L'exécution du contrat

57. Aperçu. Au stade de l'exécution des sanctions, nous poursuivons notre examen du livre 5 en mettant en lumière les nouveautés apportées par la réforme. Ainsi, un *distinguo* nouveau entre inexécution imputable et non imputable fait son entrée dans le Code (chapitre 1). La théorie de l'imprévision, désormais renommée changement de circonstances, est consacrée tandis que la force majeure fait l'objet de dispositions claires et pédagogiques (chapitre 2). Les sanctions de l'inexécution contractuelle imputable sont rassemblées par

⁹⁹ *Ibid.*, p. 80.

¹⁰⁰ Cass., 14 novembre 2001, *Pas.*, 2001, I, n° 616.

¹⁰¹ Mons, 10 février 1976, *Pas.*, 1977, II, p. 14; Mons, 29 novembre 1983, *R.D.C.*, 1985, pp. 462 et s.

¹⁰² Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 80.

¹⁰³ *Ibid.*

souci de cohérence et de lisibilité. Plusieurs sanctions font leur apparition dans le Code (chapitre 3). Enfin, la validité des clauses indemnitaires et des clauses exonératoires fait l'objet de dispositions remaniées (chapitre 4).

Chapitre 1. *Summa divisio*: inexécution imputable et non imputable

58. Distinction. En présence d'une inexécution contractuelle, il importe, tout d'abord, de déterminer si cette inexécution est imputable ou non au débiteur¹⁰⁴. Les conséquences qui s'attachent à l'inexécution d'une obligation sont en effet différentes selon que cette dernière est imputable ou non au débiteur.

59. Notion d'imputabilité. Le critère d'imputabilité est défini à l'article 5.82 (inexécution contractuelle), lequel article opère un renvoi à l'article 5.225 (inexécution de l'obligation).

Ce dernier article dispose que :

« L'inexécution n'est imputable au débiteur que si une faute peut lui être reprochée ou s'il doit en répondre en vertu de la loi ou d'un acte juridique.

Sans préjudice de l'article 5.72 et des règles propres à la responsabilité extra-contractuelle, la faute s'apprécie selon le critère d'une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances. »

Conformément à cet article, l'inexécution d'une obligation sera imputable à son débiteur dans trois hypothèses.

Tout d'abord, le débiteur devra assumer les conséquences des fautes qu'il a commises.

Ensuite, une inexécution lui sera également imputable, même à défaut de faute, lorsque la loi le prévoit. On songe par exemple à l'article 5.229 intitulé « Imputabilité de la faute des auxiliaires » qui énonce que « [s]i le débiteur fait appel à d'autres personnes pour l'exécution de l'obligation, la faute commise par ces auxiliaires lui est imputable ». Le débiteur répond donc à l'égard du créancier des fautes commises par ses auxiliaires. De même, l'article 5.230 prévoit que « [s]i l'inexécution d'une obligation est due à l'utilisation d'une chose défectueuse, cette inexécution est imputable au débiteur, sauf force majeure ».

Enfin, le législateur vise également les hypothèses où le débiteur doit répondre de l'inexécution de l'obligation en vertu d'un acte juridique. Les parties peuvent en effet décider d'insérer dans un contrat des obligations de garantie et prévoir que le débiteur répondra de l'inexécution d'une obligation, même à défaut de faute dans son chef.

¹⁰⁴ Cette *summa divisio* qui repose sur la notion d'imputabilité figure dans la section 5 consacrée à l'inexécution de l'obligation contractuelle du chapitre 1^{er} « le contrat », du sous-titre 1^{er}, titre 2 du livre 5 du Code civil, mais aussi dans le chapitre 2 consacré à l'imputabilité de l'inexécution du sous-titre 6 du titre 3 du Code civil.

60. L'inexécution non imputable. Les articles 5.99 à 5.102 sont consacrés aux conséquences qui s'attachent aux inexécutions contractuelles qui ne sont pas imputables au débiteur. L'article 5.99 prévoit ainsi soit la suspension de l'exécution de l'obligation, soit l'extinction de cette dernière dans le respect de l'article 5.226 dédié à la force majeure (voy. *infra*, n^{os} 62 et s.). Il s'agit du cas classique, rappelé par les travaux préparatoires, où rien ne peut être reproché au débiteur¹⁰⁵. En réalité, si la non-imputabilité est bien une condition de la force majeure, elle n'est toutefois pas propre à cette cause étrangère. En effet, si l'impossibilité d'exécution doit être non imputable pour que le débiteur puisse invoquer la force majeure, on retrouve également cette condition s'agissant du changement de circonstances (voy. *infra*, n^{os} 65 et s.).

61. La non-imputabilité: définition négative. La non-imputabilité se définit négativement au regard de l'article 5.225. Une inexécution sera non imputable si elle ne résulte pas d'une des trois hypothèses envisagées par cette disposition (voy. *supra*, n^o 59).

Parmi les hypothèses légales d'imputabilité en vertu de la loi, nous avons cité la responsabilité du fait des auxiliaires consacrée à l'article 5.229. *A contrario*, si la faute n'a pas été commise par un auxiliaire, mais par un véritable tiers par rapport au débiteur, l'inexécution ne lui sera pas imputable. Rappelons également que la faute du créancier peut exonérer le débiteur si c'est par la faute du créancier que le contrat n'est pas exécuté (absence d'exécution, exécution partielle ou exécution tardive)¹⁰⁶. Dans ces situations, l'exonération sera totale ou partielle selon que la faute du tiers ou du créancier est ou non la cause exclusive du dommage dès lors que c'est la théorie de l'équivalence des conditions qui est d'application.

Chapitre 2. Force majeure et changement de circonstances

Section 1. La force majeure

62. Définition. Dans le Code Napoléon, le concept de force majeure n'était pas défini¹⁰⁷. Certaines dispositions y étaient toutefois consacrées (art. 1147, 1148, 1302 et 1379 anc. C. civ.). L'article 5.226, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, définit à présent la force majeure comme l'hypothèse dans laquelle le débiteur est confronté à une impossibilité d'exécution qui ne lui est pas imputable. Il est précisé dans les travaux préparatoires que « [l]a notion de "force majeure" utilisée dans la proposition couvre toutes les notions analogues: cause étrangère, cas fortuit, fait

¹⁰⁵ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 260.

¹⁰⁶ Comm. Bruxelles, 28 février 1985, R.D.C.B., 1986, pp. 626 et s.; Mons, 23 juin 1993, J.L.M.B., 1994, p. 61.

¹⁰⁷ Sur cette notion, voy. not. R. KRUIJTHOF, « Schuld, risico, imprevisie en overmacht bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen. Een rechtsvergelijkende benadering », in *Hommage à René Dekkers*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 290 et s.; J. VAN ZUYLEN, « Coronavirus et force majeure: questions choisies », R.G.D.C., 2020/7, p. 382. En droit français, P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Paris, LGD, 1992.

d'un tiers, fait du Prince, etc.»¹⁰⁸. Il n'y a donc pas de distinction entre ces différentes notions.

L'article 5.226 est supplétif de telle sorte que les parties restent libres de déterminer d'autres conditions ou de préciser ce qui est constitutif d'un cas de force majeure sous réserve de dispositions légales contraires et notamment du Code de droit économique¹⁰⁹.

63. Les conditions de la force majeure. Aucun événement n'est en soi un cas de force majeure. Il faut que soient remplies certaines caractéristiques¹¹⁰. Le législateur met ainsi en évidence deux conditions¹¹¹: l'impossibilité pour le débiteur d'exécuter sa prestation et la non-imputabilité au débiteur de cette inexécution¹¹². Les exigences d'imprévisibilité et d'irrésistibilité sont, quant à elles, érigées en critères d'appréciation ou en d'autres mots en guides interprétatifs de la non-imputabilité et non en conditions de la force majeure, comme la doctrine et la jurisprudence l'énonçaient parfois¹¹³.

1^o) Le législateur impose tout d'abord que le débiteur soit confronté à une impossibilité d'exécution. L'obstacle à l'exécution doit être insurmontable. Il doit s'agir d'une réelle impossibilité et non d'une difficulté¹¹⁴. C'est ce qui distingue la force majeure du changement de circonstances même si la frontière n'est pas toujours évidente à tracer (voy. *infra*, n^o 68). Si l'obligation doit être impossible à exécuter, les travaux préparatoires ajoutent que l'appréciation doit se faire de manière raisonnable et humaine¹¹⁵. La conception relative¹¹⁶ et

¹⁰⁸ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 260.

¹⁰⁹ L'article VI.83, 12^o, prévoit dans le cadre d'un contrat B2C qu'est abusive la clause par laquelle le consommateur ne pourrait rompre le contrat que moyennant le paiement de dommages et intérêts en cas de force majeure.

¹¹⁰ Précisons que la charge de la preuve des conditions de la force majeure incombe au débiteur qui l'invoque (art. 8.4, al. 2, C. civ.). Comme il s'agit de la preuve d'un fait, elle peut être apportée par toutes voies de droit.

¹¹¹ Voy., sur la force majeure, R. KRUIJTHOF, « Schuld, risico, imprevisie en overmacht bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen. Een rechtsvergelijkende benadering », *op. cit.*, pp. 290 et s.; J.-F. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, « La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles », in *La force majeure: état des lieux*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 7 à 79; J. VAN ZUYLEN, « La force majeure en matière contractuelle: un concept unifié? Réflexion à partir des droits belge, français et néerlandais », R.G.D.C., 2013, pp. 406 à 421; J. VAN ZUYLEN, « Coronavirus et force majeure: questions choisies », *op. cit.*, p. 382.

¹¹² Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 261.

¹¹³ En doctrine, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, n^o 599/B; R. KRUIJTHOF, « Schuld, risico, imprevisie en overmacht bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen. Een rechtsvergelijkende benadering », *op. cit.*, pp. 295 et s. Voy. en jurisprudence Mons, 16 février 1990, *Rec. gén. enr. not.*, 1992, p. 136, obs.; J.P. Soignies, 13 septembre 1985 et Civ. Mons, 8 avril 1992, *Rec. gén. enr. not.*, 1992, p. 293; Liège, 23 mars 2009, R.G.D.C., 2009, p. 905, note O. VANDEN BERGHE.

¹¹⁴ Bruxelles, 2 janvier 1979, *Pas.*, 1979, II, p. 38.

¹¹⁵ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 261.

¹¹⁶ Cette conception était défendue en jurisprudence même si elle était parfois divergente (J. VAN ZUYLEN, « Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat », in R. JAFFERALI (dir.), *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 323-324).

non absolue¹¹⁷ de l'impossibilité semble donc être consacrée. L'impossibilité peut par ailleurs être matérielle ou juridique.

Les travaux préparatoires précisent également que la force majeure est exclue lorsque l'obligation a pour objet le paiement d'une dette d'argent¹¹⁸ puisque le droit belge ne connaît pas le concept de force majeure « financière ». Si le débiteur ne paie pas ses dettes, ses créanciers pourront faire saisir son patrimoine ou engager une procédure collective telle que la faillite¹¹⁹. Il s'agit d'une confirmation de l'adage « *Genera non pereunt* »¹²⁰. Cette règle doit toutefois être nuancée¹²¹. Elle n'est ni une règle de droit ni un principe général de droit, mais constitue seulement une règle statistique. Ainsi, le débiteur peut être confronté à une véritable impossibilité d'exécution non imputable s'agissant d'une somme d'argent. Par exemple, l'ordre du prince qui commande de faire ou de ne pas faire certains actes peut porter sur une obligation ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent et constituer une cause étrangère libératoire¹²².

2°) L'impossibilité d'exécution ne peut être imputable au débiteur, même partiellement. Comme nous l'avons précisé, la non-imputabilité résulte d'une lecture *a contrario* de l'article 5.225 du Code civil (voy. *supra*, n° 61). Il faut également garder à l'esprit que si le créancier a mis le débiteur en demeure avant la survenance de l'obstacle, l'impossibilité d'exécution ne sera pas exempte de faute et sera donc imputable.

64. Effets. Le législateur énonce de manière complète et systématique les différents effets de la force majeure non seulement sur l'obligation, mais égale-

¹¹⁷ Voy. à propos de cette conception en doctrine: A. DE BOECK, « De schorsing bij overmacht in het gemene verbintenissen en contractenrecht », in *Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten*, Chaire Constant Matheeußen, Bruges, la Charte, 2010, pp. 67 à 69; P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruges, la Charte, 2004, p. 250, n° 11; J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, « La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles », in I. BOUIOUKIEV (coord.), *La force majeure. État des lieux*, coll. Jeune Barreau de Charleroi, Limal, Anthemis, 2013, pp. 29 et s.; L. SNAUWAERT et C. VAN DER ELST, « Het onmogelijkheids criterium inzake overmacht: hoe onmogelijk is onmogelijk? », *T.P.R.*, 2011, pp. 129 et s.; A. VAN OEVELEN, « Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht », *T.P.R.*, 2008, p. 608, n° 5; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 540, n° 564.

¹¹⁸ Il en va de même pour les choses de genre. D'ailleurs, « [s]'agissant d'une obligation de donner une chose de genre, il ne peut y avoir impossibilité d'exécution, une chose de même qualité et en même quantité pouvant toujours être trouvée par le débiteur » (Cass., 13 mars 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 108; Cass., 28 juin 2018, *R.G.D.C.*, 2020/1, p. 26, note J. VAN ZUYLEN, « L'obligation de somme peut-elle être atteinte par la force majeure? Une question de genre! ». Or, la monnaie est une chose de genre. La force majeure est donc exclue.

¹¹⁹ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 262.

¹²⁰ Voy. toutefois Cass., 10 mai 1996, *Pas.*, 1996, I, pp. 455 et s. Pour des exemples d'application à la matière bancaire (restitution de fonds confisqués à la suite de faits de guerre), voy. V. SIMONART, « Les limites à l'obligation de restitution », in *L'obligation de restitution du banquier*, coll. Cahiers A.E.D.B.F., Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 81, n° 13.

¹²¹ J. VAN ZUYLEN, « L'obligation de somme peut-elle être atteinte par la force majeure? Une question de genre! », note sous Cass. (1^{re} ch.), 28 juin 2018, *R.G.D.C.*, 2020, pp. 31 et s.

¹²² Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 263.

ment sur le contrat. La plupart des dispositions se retrouvent dans le chapitre 1^{er} du titre 2 relatif au contrat. Il ne faut par ailleurs pas perdre de vue que le législateur impose un devoir d'information lorsque le débiteur sait ou doit savoir la cause de l'impossibilité d'exécution qui est exigée quelle que soit la source de l'obligation (art. 5.226, § 2). Le débiteur ne peut donc rester passif et doit non seulement avertir le créancier dès qu'il a connaissance du cas de force majeure, mais doit également faire le nécessaire pour connaître la cause d'impossibilité. Si ce devoir n'est pas respecté, le débiteur devra réparer le dommage éventuel. Ce devoir d'information ne se retrouvait pas dans l'ancien Code civil et constitue donc une nouveauté¹²³. Cela étant, certaines clauses conventionnelles de même que le principe de bonne foi, s'ils n'imposaient pas nécessairement un devoir d'information, obligeaient déjà les parties, en particulier celle qui était sous le coup de la force majeure, à s'informer pour gérer la période de suspension et trouver, le cas échéant, une solution de substitution pour autant que cette dernière ait un effet utile pour le créancier de l'obligation.

Outre ce devoir d'information, il convient de distinguer les effets selon la durée de l'impossibilité.

1°) Si l'obstacle n'est que temporaire, l'article 5.226, alinéa 3, et l'article 5.99 précisent que l'exécution de l'obligation est suspendue jusqu'à la levée de l'obstacle¹²⁴. Par ailleurs, seule l'exécution corrélative est suspendue, et non pas tout le contrat, à moins que l'exécution du contrat ne procure plus aucune utilité à la fin de l'impossibilité, et ce, au regard de la volonté des parties¹²⁵ (art. 5.102). Dans cette hypothèse, le régime applicable en cas d'impossibilité définitive trouve à s'appliquer, c'est-à-dire que le contrat sera dissous.

2°) Si l'impossibilité est définitive, le débiteur sera libéré conformément à l'alinéa 2 de l'article 5.226 et à l'article 5.99¹²⁶. Sa responsabilité contractuelle ne sera pas engagée. Il échappera donc « aux sanctions prévues en cas d'inexécution imputable, telles que l'exécution en nature ou la réparation du dommage »¹²⁷. Par ailleurs, le contrat est dissous¹²⁸ (art. 5.100, al. 1^{er}) et le législateur ajoute à l'article 5.101, alinéa 1^{er}, que le contrat sera privé d'effets depuis la date de l'impossibilité d'exécution. Il n'y a donc pas de rétroactivité¹²⁹, mais des

¹²³ Voy. toutefois not. en doctrine A. DE BOECK, « De schorsing bij overmacht in het gemene verbintenissen en contractenrecht », *op. cit.*, pp. 80 et s.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 592, n° 578.

¹²⁴ Il s'agissait déjà de la solution défendue par la Cour de cassation: Cass., 13 janvier 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 461.

¹²⁵ J. VAN ZUYLEN, « Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat », *op. cit.*, p. 340.

¹²⁶ Il devrait en être de même si l'impossibilité est durable conformément à l'arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 2018 selon lequel le débiteur est libéré si le respect de l'obligation est devenu durablement impossible par suite d'une force majeure (Cass., 28 juin 2018, *R.G.D.C.*, 2020, p. 26, note J. VAN ZUYLEN, *R.D.C.*, 2018, p. 722).

¹²⁷ J. VAN ZUYLEN, « Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat », *op. cit.*, p. 337.

¹²⁸ Cette solution se dégageait déjà de la jurisprudence et de la doctrine: Cass., 13 janvier 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 461; Cass., 9 novembre 1995, *Pas.*, 1995, p. 1014; P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », *op. cit.*, pp. 277 et s.; R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 196 et s.

¹²⁹ La dissolution opère pour l'avenir (*ex nunc*).

restitutions sont possibles pour les prestations fournies sans contrepartie avant cette date (art. 5.101, al. 2)¹³⁰. Trois situations doivent encore être distinguées s'agissant de la dissolution du contrat résultant d'un obstacle définitif.

A) S'il s'agit d'un contrat unilatéral (par exemple le prêt d'un tableau), l'exposé de motifs confirme que l'effet sera le même et donc que la disparition de la chose entraînera la dissolution du contrat¹³¹.

B) En présence d'un contrat synallagmatique non translatif de propriété, deux situations sont envisageables.

Lorsque l'impossibilité est totale – songeons à un immeuble qui serait détruit par un incendie ou en raison d'une inondation –, l'article 5.100, alinéa 1^{er}, précise que le contrat sera dissous de plein droit dans sa totalité. Cette dissolution signifie, s'agissant d'un contrat synallagmatique, que l'inexécution de ses obligations contractuelles par la partie empêchée, le propriétaire dans notre exemple, va justifier l'inexécution des obligations corrélatives par le partenaire contractuel, dans l'illustration, le locataire sera libéré du paiement des loyers. C'est donc la partie débitrice de l'obligation devenue impossible à exécuter qui subit le poids des risques puisqu'elle ne peut plus exiger de son contractant l'exécution de son obligation alors même que celle-ci serait encore possible. Le législateur a donc consacré l'adage « *Res perit debitori* »¹³².

Si l'impossibilité est partielle – seule une annexe de l'immeuble loué est détruite –, la dissolution se limite à la partie du contrat qui est affectée, pour autant que le contrat soit divisible en fonction de trois critères cumulatifs : l'intention des parties, la nature du contrat et sa portée (art. 5.100, al. 2). Il y a donc dans cette hypothèse un rééquilibrage du contrat. Il faut toutefois que ce qui reste du contrat présente encore une utilité suffisante pour le cocontractant. Si ce n'est pas le cas, il faut conclure à une dissolution totale du contrat¹³³.

C) En présence d'un contrat translatif de propriété, un contrat de vente par exemple, le législateur consacre l'adage « *Res perit domino* ». Rappelons que, pour ce type de contrat, l'acte juridique translatif se réalise par le seul échange des consentements des parties et que l'obligation de donner s'exécute au même moment (art. 3.14, § 2, al. 2, C. civ.). La propriété d'une chose certaine est donc

¹³⁰ Les travaux préparatoires citent notamment l'exemple d'un spectacle annulé pour cause de force alors que les spectateurs ont déjà payé le prix des places (Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 130).

¹³¹ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 128.

¹³² Cette solution avait été mise en évidence en jurisprudence en posant la règle « *Res perit debitori* ». Quant à la Cour de cassation, elle a consacré la théorie des risques par un arrêt de principe du 27 juin 1946 (*Pas.*, 1946, I, p. 270). En doctrine, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 504 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 846 et s.

¹³³ Voy. en doctrine S. JANSEN, *Prijzvermindering. Remedie tot het bijsturen van contracten*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 695 et s.; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VI, 1931, p. 681; P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, *op. cit.*, pp. 233 et s.

transférée à l'acheteur dès l'échange des consentements, bien que celui-ci n'en ait pas reçu la livraison. Or, ce transfert de propriété emporte également le transfert des risques (art. 5.80, al. 1^{er}). Cela signifie que si la chose disparaît par un cas de force majeure, le vendeur est libéré de son obligation de délivrance alors que l'acheteur reste tenu de payer le prix (art. 5.100, al. 3, et 5.80, al. 2). Ce régime ne concerne que la livraison d'un corps certain et non d'une chose de genre¹³⁴. Pour les choses de genre, le transfert ou la constitution a lieu lorsqu'elles sont spécifiées (art. 3.14, § 2, al. 3, C. civ.). Les parties peuvent toutefois prévoir des clauses contraires (via une clause de réserve de propriété ou une clause réglant spécifiquement le transfert des risques). Par ailleurs, une lecture *a contrario* de l'article 5.266, alinéa 2, permet de déduire que si le débiteur est mis en demeure, il supporte la charge des risques comme le prévoyait déjà l'article 1302 de l'ancien Code civil. Cela étant, s'il démontre que la chose aurait, en toutes hypothèses, péri chez le créancier si elle lui avait été livrée, le débiteur sera alors libéré de son obligation (art. 5.267, al. 1^{er}).

Section 2. Le changement de circonstances

65. Notion. Il existe des situations où le rapport entre les prestations des parties lors de la conclusion du contrat est substantiellement altéré en raison de la survenance d'événements techniques, économiques ou politiques imprévisibles à la conclusion du contrat et indépendants de la volonté des parties (dépréciation marquée de la monnaie, fermeture inattendue de sources d'approvisionnement ou de débouchés, révolution technologique, etc.). Ce bouleversement de l'équilibre de prestations se produit généralement dans des contrats dont l'exécution succède à la conclusion après un certain laps de temps ou dans des contrats de long terme.

La théorie de l'imprévision vise à faire admettre la dissolution ou l'adaptation du contrat quand il devient tout à fait déséquilibré à la suite de circonstances imprévisibles postérieures à la conclusion du contrat et non imputables à la partie qui s'en prévaut. La doctrine la présente en ces termes : « Selon la théorie de l'imprévision, une convention pourrait, nonobstant le principe de la convention-loi, être soit résiliée, soit modifiée dans ses termes, lorsque des circonstances, inexistantes au moment de la conclusion du contrat, viennent par la suite, au cours de l'exécution du contrat, en bouleverser l'économie et provoquer un déséquilibre entre les prestations réciproques des parties, rendant l'exécution de la convention par l'une de ces parties, non point impossible, mais exceptionnellement lourde, au-delà de tous les aléas que les cocontractants avaient normalement envisagés, et ceci en dehors de toute faute dans le chef des parties ou de l'une d'elles. »¹³⁵

¹³⁴ Cass., 13 mars 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 108.

¹³⁵ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, n° 530, p. 790. Voy. en outre D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1986; P. WÉRY,

66. Consécration de la théorie de l'imprévision – Changement de circonstances. Alors que l'ancien Code civil n'en disait mot, le législateur, à l'instar de la plupart des autres droits européens, consacre dans le livre 5 la théorie de l'imprévision à l'article 5.74 sous l'appellation changement de circonstances¹³⁶. Cette disposition permet de rétablir la sécurité juridique au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation qui acceptait progressivement cette théorie¹³⁷. En effet, plutôt que de faire primer le principe de convention-loi¹³⁸ comme ce fut le cas dans les premiers arrêts de la Cour de cassation¹³⁹, la jurisprudence avait au fil du temps plutôt privilégié des considérations liées à l'équité, à l'exécution de bonne foi des conventions¹⁴⁰ et à l'interdiction de l'abus de droit pour imposer la renégociation du contrat ou justifier une révision de ce dernier¹⁴¹. Les solutions issues de ces principes généraux du droit des obligations¹⁴² n'étaient toutefois pas satisfaisantes¹⁴³. La doctrine a, par conséquent, salué l'initiative prise par le législateur de consacrer la théorie de l'imprévision¹⁴⁴.

67. Rappel du principe de convention-loi et exception. Au premier alinéa de l'article 5.74, le législateur rappelle tout d'abord le principe de convention-loi qui est déjà consacré à l'article 5.69. En principe, les parties

« L'ajustement des normes contractuelles à de nouvelles circonstances en droit belge », in *Le temps et le droit*, Québec, Yvon Blais, 1996, pp. 262 et s.; J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, « Force majeure et imprévision en matière contractuelle », in *Droit des obligations*, coll. Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2011, pp. 81 et s., avec un exposé des évolutions récentes.

¹³⁶ On notera que cette disposition se trouve dans la partie relative à la théorie générale du contrat alors que pour la force majeure, la disposition y relative se trouve dans la partie relative au régime de l'obligation, avec néanmoins des précisions quant au sort du contrat dans le titre 2.

¹³⁷ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 85.

¹³⁸ À ce sujet, X. DIEUX, « Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé », note sous Comm. Bruxelles, 16 janvier 1979, *R.C.J.B.*, 1983, pp. 380 et s. et D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, op. cit.

¹³⁹ Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 367, *R.W.*, 1994, p. 435. Avant cet arrêt, voy. également Cass., 19 mai 1921, *Pas.*, 1921, I, p. 380; Comm. Bruxelles, 9 mars 1981, *J.C.B.*, 1982, p. 164, réformé en appel par Bruxelles, 22 juin 1984, *J.T.*, 1986, p. 164; Cass., 7 février 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 150 et surtout Cass., 14 avril 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1591. Voy. dans le même sens au fond: Liège, 27 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 100, note P. WÉRY.

¹⁴⁰ Cass., 19 juin 2009, *Arr. Cass.*, 2009, p. 1736, *D.A.O.R.*, 2010, p. 149, note D. PHILIPPE, *Pas.*, 2009, p. 1590, *R.W.*, 2009-2010, p. 744, *R.D.C.*, 2010, p. 879.

¹⁴¹ Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2643. Pour un commentaire, J. VAN ZUYLEN, « Quelques réflexions sur l'utilité économique du contrat au départ de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010 », *D.A.O.R.*, 2012/101, pp. 5 et s.; Ch. BIQUET-MATHIEU, « Soubresauts en matière d'imprévision. Les arrêts des 19 juin 2009 et 14 octobre 2010 », *Rev. Dr. Ulg.* 2012/3, pp. 239 et s.

¹⁴² Voy. D. DE JONGHE et G. DE PIERPONT, « L'influence des principes généraux du droit sur les contrats », in X., *La distinction entre droit public et droit privé. Pertinence, influences croisées et questions transversales*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 77 à 121.

¹⁴³ Notamment lorsque la solution a pour conséquence de dénaturer la notion de force majeure: Cass., 12 avril 2013, *Pas.*, 2013, p. 864.

¹⁴⁴ D. PHILIPPE, « L'imprévision et la force majeure », in *Le nouveau droit des obligations*, coll. CUP, vol. 216, Liège, Anthemis, 2022, p. 231; M. DUPONT, « Inexécution et sanctions: l'inexécution non imputable au débiteur », in A. CATALDO et F. GEORGE (coord.), *Droit des obligations. Le nouveau livre 5 du Code civil*, Limal, Anthemis, 2022, p. 95.

doivent respecter leurs engagements même si leur exécution est devenue plus onéreuse (coût de l'exécution qui augmente ou valeur de la contre-prestation qui diminue).

68. Conditions. Par exception, le législateur impose cinq conditions cumulatives pour que le débiteur puisse solliciter une renégociation du contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin :

1. un changement de circonstances rendant excessivement onéreuse (et non impossible) l'exécution du contrat¹⁴⁵ de sorte qu'on ne puisse raisonnablement l'exiger¹⁴⁶;
2. l'imprévisibilité, lors de la conclusion du contrat, du changement¹⁴⁷ ou de ses effets sur le contrat¹⁴⁸;
3. un changement non imputable au débiteur;
4. le fait que le débiteur n'ait pas assumé expressément¹⁴⁹ ou tacitement¹⁵⁰ le risque d'un changement de circonstances imprévisibles; et
5. l'absence d'exclusion légale¹⁵¹ ou contractuelle.

69. Effets. Si les conditions sont remplies, le législateur prévoit un procédé en deux phases: la renégociation, dans un premier temps, et, le cas échéant, l'intervention du juge dans un second.

1^o) Le débiteur doit tout d'abord solliciter du créancier la renégociation du contrat. Il est obligé de formuler cette demande et ne peut donc saisir directe-

¹⁴⁵ Il faut donc un bouleversement de l'économie du contrat qui soit de nature à créer un déséquilibre fondamental entre les prestations réciproques (Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 3). Pour certains, ce bouleversement peut avoir pour conséquence de faire disparaître le but du contrat (D. PHILIPPE, « L'imprévision et la force majeure », op. cit., pp. 245 et s., et de manière plus mesurée, voy. J. VAN ZUYLEN, « Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat », op. cit., pp. 292-294).

¹⁴⁶ Dans ce cadre, on tiendra compte d'éléments subjectifs. Voy. à ce sujet D. PHILIPPE, « L'imprévision et la force majeure », op. cit., p. 244; J. VAN ZUYLEN, « Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat », op. cit., pp. 296-298.

¹⁴⁷ Cette condition aura pour conséquence de sanctionner le débiteur négligent ou imprévoyant. Si le débiteur pouvait ou aurait dû prévoir le changement, il ne pourra invoquer l'article 5.74. Cette appréciation se fera en principe de manière raisonnable et abstraite en tenant compte des circonstances de temps et de lieu et, à la marge, l'appréciation peut se faire de manière concrète en tenant compte des compétences propres du débiteur telles que sa qualité de professionnel (J. VAN ZUYLEN, « Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat », op. cit., p. 302).

¹⁴⁸ D. PHILIPPE, « L'imprévision et la force majeure », op. cit., p. 238.

¹⁴⁹ Par exemple via une clause du contrat par laquelle les parties consentent à ne pas se prévaloir d'une variation du prix des matières premières afin d'éviter que les parties puissent à chaque changement de circonstances remettre en cause le contrat (D. PHILIPPE, « L'imprévision et la force majeure », op. cit., p. 239).

¹⁵⁰ L'expertise professionnelle d'une partie par exemple dans le cadre d'un contrat B2C pourra également être prise en considération pour considérer qu'elle a accepté tacitement d'assumer les risques d'un changement de circonstances (M. DUPONT, « Inexécution et sanctions: l'inexécution non imputable au débiteur », op. cit., p. 97).

¹⁵¹ On peut citer l'article 2.3.81 du Code civil en matière de divorce pour cause de désunion irrémédiable entre les époux.

ment le juge. S'il le fait, le juge remettra alors l'affaire pour que les parties tentent de trouver un accord. Si les négociations aboutissent, les parties s'accordent pour adapter le contrat ou le dissoudre. Si par contre, dans un délai raisonnable, les négociations échouent ou si le créancier refuse de négocier, chaque partie peut saisir le juge. Il s'agit de la seconde phase. Tant que les parties négocient le sort du contrat, il doit être exécuté tel qu'il a été initialement conclu (art. 5.74, al. 3).

2°) Lors de la seconde phase, le juge décidera soit d'adapter le contrat, soit d'y mettre fin, en fonction de la demande des parties, sous peine de statuer *ultra petita*. S'il adapte le contrat, le juge le mettra alors en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances. Si le juge y met fin, il peut le faire en tout ou en partie. Il peut également prévoir que la dissolution aura lieu avec effet rétroactif, mais l'article 5.74, alinéa 3, précise qu'en ce cas, l'effet rétroactif ne peut remonter au-delà du changement de circonstances. La procédure se fera en principe comme en référé. Cette procédure implique que le juge est saisi d'un point de vue procédural comme le juge des référés, mais qu'il statue au fond¹⁵². L'article 5.74 pourrait toutefois également être invoqué comme moyen de défense dans le cadre d'une procédure au fond.

Chapitre 3. Les sanctions de l'inexécution imputable

70. Aperçu. Après une brève présentation des sanctions (section 1), nous épinglerons tout d'abord la réduction du prix (section 2). Nous mettrons également en évidence les nouveautés relatives à la mise en demeure (section 3). Nous préciserons en quoi le livre 5 se caractérise par un développement de l'unilatéralisme (section 4). Nous terminerons ce chapitre en pointant la consécration de l'*anticipatory breach* au sein du Code civil (section 5).

Section 1. L'énumération des sanctions

71. Liste exhaustive des sanctions. Lorsque le créancier est victime d'une inexécution imputable, il pourra mobiliser ce que l'on appelle les « sanctions de l'inexécution ». La grande avancée de la réforme réside dans l'instauration d'un véritable corpus de règles consacrées aux sanctions. Le législateur, soucieux de pallier le caractère éclaté des dispositions qui figurent au sein du Code Napoléon, a pris le soin d'insérer un article 5.83 qui énumère les sanctions applicables en cas d'inexécution contractuelle¹⁵³.

Cette liste « systématique et didactique »¹⁵⁴ met fin à l'éparpillement des dispositions actuellement applicables et améliore sensiblement la lisibilité du Code.

¹⁵² Voy. not. sur le sujet J. ENGLEBERT et X. TATON (coord.), *Le droit du procès civil : les procédures accélérées, les voies de recours et les actions collectives*, vol. 3, Limal, Anthemis, 2022, pp. 180-187.

¹⁵³ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 92.

¹⁵⁴ Y. NINANE et R. THÜNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », in *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 220.

L'article 5.83 énumère au rang des sanctions en cas d'inexécution contractuelle imputable au débiteur :

- « 1° le droit à l'exécution en nature de l'obligation ;
- 2° le droit à la réparation de son dommage ;
- 3° le droit à la résolution du contrat ;
- 4° le droit à la réduction du prix ;
- 5° le droit de suspendre l'exécution de sa propre obligation. »

Le choix entre l'une ou plusieurs de ces sanctions ne peut être exercé abusivement par le créancier conformément à l'article 5.73¹⁵⁵⁻¹⁵⁶.

Le régime est supplétif. Les parties au contrat peuvent aménager le régime des sanctions en limitant ou écartant le recours à certaines sanctions¹⁵⁷. Les clauses indemnitaires, les clauses exonératoires de responsabilité, les clauses résolutoires expresses... sont dès lors, en principe, admises (voy. *infra*, n^{os} 94 et s.).

Ce caractère supplétif est tempéré en présence de dispositions impératives ou d'ordre public. Par exemple, la nature impérative des articles 1649*bis* et suivants de l'ancien Code civil s'oppose à un aménagement des sanctions dans le cadre de l'obligation de délivrance d'une chose conforme en matière de vente d'un bien de consommation à un consommateur. Il en va de même, en vertu de l'article VI.83, 7°, du CDE, des clauses qui ont pour objet d'interdire au consommateur de demander la résolution du contrat dans le cas où l'entreprise n'exécute pas ses obligations.

72. Principe de cohérence. L'alinéa 2 de l'article 5.73 précise que les sanctions incompatibles ne peuvent être cumulées. Le législateur met ainsi en place un « principe de cohérence »¹⁵⁸.

Dans une contribution qu'il a consacrée à l'agencement des sanctions, Patrick Wéry écrivait, à l'endroit de ce principe, que « la cohérence commande, en effet, que le créancier ne puisse pas bénéficier simultanément de remèdes qui poursuivent le même objectif ou dont les finalités sont contradictoires »¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Voy. P. WÉRY, « Les sanctions de l'abus de droit dans la mise en œuvre des clauses relatives à l'inexécution d'une obligation contractuelle », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 129-150; L. GEUDENS, S. STIJNS et I. SAMOY, *Het verbod op rechtsmisbruik in contracten*, Bruges, die Keure, 2014; S. STIJNS, « Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiter voor gebruik! », in *De rol van de rechter in het contract – Le juge et le contrat*, Bruges, la Charte, 2014, pp. 75-141.

¹⁵⁶ L'article 1.10 du Code civil intitulé « Abus de droit » prévoit par ailleurs que : « Nul ne peut abuser de son droit. »

Commet un abus de droit celui qui l'exerce d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances. La sanction d'un tel abus consiste en la réduction du droit à son usage normal, sans préjudice de la réparation du dommage que l'abus a causé. »

¹⁵⁷ S. STIJNS, « Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie », *R.W.*, 2002, pp. 1258-1286.

¹⁵⁸ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 93.

¹⁵⁹ P. WÉRY, « L'agencement des sanctions dans le contentieux de l'inexécution contractuelle », in *Le juge et le contrat*, Bruxelles, la Charte, 2014, p. 448.

À titre d'illustration, le créancier qui sollicite la résolution d'un contrat ne pourra, concomitamment, réclamer l'exécution en nature de l'obligation contractuelle en souffrance. De même, exécution en nature et réparation sont incompatibles sans préjudice de la possibilité de réclamer des intérêts moratoires pour réparer le retard d'exécution d'une obligation de somme ou d'intérêts compensatoires pour réparer le retard d'exécution d'une dette de valeur. À l'inverse, il est admis que la résolution puisse s'accompagner de dommages et intérêts complémentaires afin d'indemniser le préjudice non réparé par la résolution du contrat et l'effet des restitutions¹⁶⁰⁻¹⁶¹. De même, rien n'empêche un créancier de suspendre l'exécution de ses obligations tout en postulant devant les cours et tribunaux la résolution du contrat et le bénéfice de dommages et intérêts complémentaires¹⁶².

Toutes les sanctions ne feront pas l'objet d'un examen systématique dans les lignes qui suivent¹⁶³. Nous nous contenterons de mettre en lumière les nouveautés apportées par le livre 5.

Section 2. La réduction du prix comme nouveau remède autonome

73. Notion. Le législateur introduit une nouvelle sanction dans le droit commun de l'inexécution contractuelle : la réduction du prix. Cette sanction constitue un outil de rééquilibrage contractuel¹⁶⁴. Son objectif est en effet de maintenir le contrat en permettant à un créancier d'obtenir la réduction du contrat à la hauteur de ce qui a été correctement exécuté.

Dans l'ancien Code civil, cette sanction ne figurait pas parmi les remèdes autonomes mobilisables en cas d'inexécution contractuelle. Elle faisait l'objet d'applications limitées¹⁶⁵. On la retrouvait sous différentes appellations dans la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises¹⁶⁶, dans les ventes commerciales ou encore dans les mécanismes prévus, en matière de vente, aux articles 1644 et 1649^{quinquies} de l'ancien Code civil¹⁶⁷...

¹⁶⁰ Voy., sur la combinaison des sanctions, *ibid.*, pp. 429-469; P. WÉRY, « L'agencement des sanctions applicables à un manquement contractuel », in *Liber Amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 441-460.

¹⁶¹ A. RIGOLET, « Inexécution et sanctions : l'inexécution imputable au débiteur », in A. CATALDO et F. GEORGE (coord.), *Droit des obligations. Le nouveau livre 5 du Code civil*, op. cit., p. 102.

¹⁶² Y. NINANE et R. THÜNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », op. cit., p. 221.

¹⁶³ Pour un examen plus approfondi, voy. F. GEORGE et P. COLSON, « L'inexécution de l'obligation contractuelle », in A. CATALDO et F. GEORGE (coord.), *Droit des obligations. Le nouveau livre 5 du Code civil*, op. cit., pp. 111 à 183.

¹⁶⁴ Y. NINANE et R. THÜNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », op. cit., p. 265.

¹⁶⁵ Voy. à ce sujet S. JANSEN, « La réduction du prix : remède d'adaptation d'un contrat – recommandations au législateur belge », *R.G.D.C.*, 2016, p. 535.

¹⁶⁶ Voy. S. JANSEN, « La réduction de prix comme remède proportionnel dans la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises : quelques difficultés », *R.G.D.C.*, 2015, pp. 91 à 100.

¹⁶⁷ Voy. Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, pp. 124 et s.

La réduction du prix est donc à présent consacrée à l'article 5.97. Cette disposition a un caractère supplétif. Eu égard à la place allouée à la réduction du prix dans la structure du livre 5, l'on peut en déduire qu'elle peut être sollicitée uniquement en matière contractuelle. Plus précisément, elle trouvera à s'appliquer dans tous les contrats synallagmatiques¹⁶⁸ impliquant une obligation de payer un prix, et pas seulement aux contrats de vente et d'entreprise¹⁶⁹.

Le législateur ne s'est toutefois pas contenté de consacrer la réduction judiciaire du prix, mais a, dans le même élan, autorisé à l'alinéa 2 de l'article 5.97 le créancier à exercer cette réduction de manière unilatérale, par voie de notification (voy., sur le caractère unilatéral des sanctions, n^{os} 86 et s.).

74. Conditions. Plusieurs conditions peuvent être mises en évidence :

- une inexécution contractuelle imputable ;
- le caractère minime de l'inexécution ;
- une mise en demeure préalable ;
- et uniquement pour la réduction unilatérale : une notification écrite préalable.

Nous revenons ci-après sur chacune de ces conditions.

1^o) La réduction ne pourra être invoquée qu'en présence d'une inexécution contractuelle – puisque cette sanction ne s'étend pas aux obligations d'une autre nature – imputable au débiteur. Comme le précisent les travaux préparatoires¹⁷⁰, en réponse à une remarque formulée par le Conseil d'État, le législateur a décidé de prévoir la réduction du prix tant pour les inexécutions quantitatives¹⁷¹ que pour les inexécutions qualitatives telles qu'un défaut de conformité ou de qualité¹⁷². Il a ainsi voulu éviter toute discrimination, même s'il concède que la réduction du prix ne sera pas aisée à évaluer en présence d'une inexécution qualitative. Cette difficile tâche d'évaluation incombera en première ligne aux plaideurs et il appartiendra ensuite aux juridictions de trancher¹⁷³.

2^o) Cette inexécution devra être minime. On voit ici poindre une différence avec le régime de la résolution. L'inexécution ne doit en effet pas présenter un caractère de gravité, mais doit bien au contraire être minime. Cette condition peut être vue, selon la doctrine, comme un inconvénient¹⁷⁴, dès lors qu'il n'est pas simple de déterminer si un manquement peut être qualifié de grave ou de minime. Les commentateurs de la réforme s'accordent d'ailleurs à dire que

¹⁶⁸ A. RIGOLET, « Inexécution et sanctions : l'inexécution imputable au débiteur », op. cit., p. 116.

¹⁶⁹ Y. NINANE et R. THÜNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », op. cit., pp. 268-269.

¹⁷⁰ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, pp. 125-126.

¹⁷¹ Par exemple si une partie de la marchandise commandée n'a pas été livrée.

¹⁷² A. RIGOLET, « Inexécution et sanctions : l'inexécution imputable au débiteur », op. cit., p. 117.

¹⁷³ Y. NINANE et R. THÜNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », op. cit., p. 272.

¹⁷⁴ A. RIGOLET, « Inexécution et sanctions : l'inexécution imputable au débiteur », op. cit., p. 117.

l'exemple cité dans les travaux préparatoires¹⁷⁵ pour illustrer la réduction du prix n'est pas idoine dès lors qu'il s'agirait selon eux, en réalité, d'un manquement grave justifiant la résolution et non d'un manquement minime¹⁷⁶. Pour être pragmatique, le créancier aura intérêt à invoquer les deux sanctions, l'une à titre principal et l'autre à titre subsidiaire.

3°) Ensuite, le créancier devra mettre son débiteur en demeure avant de pouvoir solliciter la réduction du prix. Cette exigence se déduit de l'article 5.83.

4°) Enfin, dans l'hypothèse d'une réduction unilatérale, le créancier devra, avant d'exercer la réduction, adresser une notification écrite indiquant la cause de la réduction. La doctrine estime que cette notification devrait également préciser l'étendue ou, en d'autres mots, le mode de calcul de la réduction¹⁷⁷. Cette exigence a pour objectif d'informer le débiteur, mais aussi de faciliter l'exercice du pouvoir de contrôle *a posteriori* du juge¹⁷⁸. Il importe de noter que le législateur n'impose pas au créancier de prendre les mesures utiles pour établir le préjudice comme c'est le cas pour le remplacement et la résolution par notification. De telles mesures pourraient toutefois s'avérer utiles si le créancier veut se réserver une preuve du manquement du débiteur¹⁷⁹.

75. L'intérêt de la réduction du prix au regard des autres sanctions.

Dès lors que la réduction du prix vient compléter l'arsenal des sanctions de droit commun en présence d'une inexécution contractuelle, il importe de s'interroger sur l'intérêt de cette nouvelle sanction au regard des autres déjà consacrées dans l'ancien Code civil.

1°) Comme nous l'avons rappelé (*supra*, n° 73), la réduction du prix permet d'assurer l'équilibre des prestations¹⁸⁰. Même si elle peut être qualifiée de mode de dissolution¹⁸¹, elle n'est que partielle et le contrat est maintenu pour le surplus. Elle peut donc représenter sous cet angle un avantage au regard de la résolution qui, elle, implique de mettre fin¹⁸² au contrat. Par ailleurs, dès lors que le manquement ne doit être que minime, la réduction du prix se veut plus accessible que la résolution qui exige un manquement grave ; elle se présente

¹⁷⁵ L'exemple est le suivant : « Un entrepreneur s'est engagé à construire cinq maisons pour un prix de 1 000 000 euros. Il n'en construit que quatre. Ayant accepté cette exécution partielle, le maître de l'ouvrage se retrouve avec un ensemble incomplet. Une adaptation du prix s'avère nécessaire. Le maître de l'ouvrage pourra retenir, sur la base d'une règle proportionnelle, un cinquième du prix qui était dû à l'entrepreneur, soit 200 000 euros. » (Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 126)

¹⁷⁶ A. RIGOLET, « Inexécution et sanctions : l'inexécution imputable au débiteur », *op. cit.*, p. 117 ; Y. NINANE et R. THÜNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », *op. cit.*, p. 270.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ S. JANSEN, « La réduction du prix : remède d'adaptation d'un contrat – recommandations au législateur belge », *op. cit.*, p. 540.

¹⁷⁹ Y. NINANE et R. THÜNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », *op. cit.*, p. 270.

¹⁸⁰ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 125.

¹⁸¹ Y. NINANE et R. THÜNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », *op. cit.*, p. 271.

¹⁸² Du moins partiellement vu la consécration de la résolution partielle (art. 5.96).

donc comme une alternative, les deux sanctions s'excluant et ne pouvant être cumulées. On souligne que cette nouvelle sanction s'accommode davantage aux inexécutions qualitatives que la résolution partielle¹⁸³. Cela étant, les difficultés d'évaluation en présence d'une inexécution qualitative pourraient inciter le créancier à opter pour la résolution. Notons à ce sujet que la réduction ne bénéficie d'aucune primauté, de telle sorte que le créancier peut choisir cette option, mais qu'elle ne peut être imposée par le débiteur¹⁸⁴.

En pratique, on peut se demander si le créancier victime d'une inexécution contractuelle se montrera enclin à reconnaître le caractère « minime » du manquement qu'il subit. S'il estime que le manquement de son débiteur présente un caractère grave, la résolution partielle devra être préférée. Si le créancier souhaite cependant opter pour le maintien du contrat, il devra alors opérer un choix entre la réduction du prix et le bénéfice de la réparation, par exemple, sous la forme de dommages et intérêts.

2°) L'intérêt de la réduction doit également s'apprécier au regard de la réparation du dommage. L'alinéa 4 de l'article 5.97 indique que le créancier ne peut cumuler la réduction du prix et la réparation du dommage correspondant à la différence de valeur. Les autres postes de dommage pourront en revanche être réparés. Le créancier aura ainsi intérêt à opter pour la réduction du prix lorsque le dommage subi est plus limité que la réduction du prix à laquelle il peut prétendre, ou lorsqu'il est inexistant¹⁸⁵. À l'inverse, le créancier privilégiera l'exécution en nature et, le cas échéant, la réparation du dommage non réparé par l'exécution notamment lorsque la valeur des produits sur le marché a augmenté¹⁸⁶.

La méthode de calcul proportionnelle distingue, en réalité, la réduction du prix de la réparation sous la forme de dommages et intérêts. L'intérêt de cette sanction se manifeste particulièrement dans l'hypothèse d'une mauvaise négociation puisqu'elle permet alors de restaurer le déséquilibre via cette sanction proportionnelle¹⁸⁷.

Prenons l'exemple, inspiré du DCFR (*Draft common frame of reference*), d'un maître de l'ouvrage ayant initialement mal négocié un contrat de construction d'une maison dès lors que la convention prévoit que le prix de la construction s'élève à un montant de 150 000 euros (valeur conventionnelle) alors que la maison, correctement construite, ne devait en réalité valoir que 100 000 euros (valeur réelle du bien). Des malfaçons sont constatées de telle sorte que la maison n'est finalement évaluée qu'à 80 000 euros (valeur reçue).

¹⁸³ S. JANSEN, « La réduction du prix : remède d'adaptation d'un contrat – recommandations au législateur belge », *op. cit.*, p. 542.

¹⁸⁴ Y. NINANE et R. THÜNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », *op. cit.*, p. 271.

¹⁸⁵ A. RIGOLET, « Inexécution et sanctions : l'inexécution imputable au débiteur », *op. cit.*, p. 118.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 126.

La méthode de calcul proportionnelle aboutit à appliquer la formule suivante pour déterminer l'ampleur de la réduction : Valeur convenue – ((Valeur reçue / Valeur réelle) × Valeur convenue).

En l'espèce, le maître de l'ouvrage n'obtient que 4/5 (80 000/100 000). La réduction du prix s'élève donc à 30 000 euros, puisque le prix à payer par le maître de l'ouvrage correspond à $4/5 \times 150\,000$, à savoir 120 000.

La formulation utilisée par le législateur selon laquelle « [l]a réduction du prix est proportionnelle à la différence, au moment de la conclusion du contrat, entre la valeur de la prestation reçue et la valeur de la prestation convenue » amène à se poser la question suivante : doit-on se baser sur une valorisation réelle ou conventionnelle des prestations ? L'utilisation de l'adjectif « convenue » sème le doute. En dépit de l'utilisation de cet adjectif, le recours à la valeur réelle des prestations devrait, semble-t-il, être privilégié. C'est en tout cas en ce sens que les instruments de droit européen se positionnent¹⁸⁸.

76. La sanction. Si le créancier procède à la réduction du prix alors que les conditions énumérées ci-avant ne sont pas remplies, le Code est indigent sur la sanction à y apporter. Le texte de la disposition ne précise pas que cette réduction unilatérale se fait aux risques et périls du créancier et les travaux préparatoires n'apportent pas de précision à cet égard. La doctrine suggère alors d'appliquer par analogie la solution prévue pour la résolution unilatérale irrégulière, soit prévoir un double contrôle du juge des conditions d'application d'une part (contrôle formel) et du respect du principe de bonne foi d'autre part (contrôle de légitimité)¹⁸⁹ (*infra*, n° 89).

Section 3. L'exigence de mise en demeure

77. La mise en demeure dans l'ancien Code civil. Sous l'empire du Code Napoléon, la mise en demeure du débiteur faisait l'objet de dispositions éparses¹⁹⁰. On songe notamment aux articles 1138, 1139, 1146, 1153, 1154 et 1302 de l'ancien Code civil¹⁹¹. La Cour de cassation avait toutefois érigé, au rang de principe général de droit, la mise en demeure en tant que préalable obligatoire à l'exercice de toute sanction¹⁹².

Avec le livre 5, le législateur a codifié l'exigence de mise en demeure en lui consacrant plusieurs dispositions. Celles-ci sont insérées dans la partie dédiée au régime général de l'obligation à laquelle renvoie l'article 5.83, alinéa 3.

¹⁸⁸ Article II.-3:601 du DCFR.

¹⁸⁹ S. JANSEN, « La réduction du prix : remède d'adaptation d'un contrat – recommandations au législateur belge », *op. cit.*, p. 541 ; Y. NINANE et R. THÜNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », *op. cit.*, pp. 273-274.

¹⁹⁰ Voy. sur cette question P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 463-510 ; T. DELAHAYE, « La mise en demeure », *J.T.*, 2018, p. 281.

¹⁹¹ Voy. pour une liste exhaustive P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 464, n° 441.

¹⁹² Cass., 9 avril 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 887.

78. Définition, forme et contenu de la mise en demeure. Le législateur définit tout d'abord la mise en demeure, à l'article 5.231, comme « l'acte juridique unilatéral¹⁹³ par lequel le créancier notifie au débiteur, de manière claire et non équivoque, sa volonté d'exiger l'exécution de son obligation ». Cette définition large englobe notamment l'acte introductif d'instance¹⁹⁴.

La mise en demeure, en tant qu'acte juridique unilatéral, peut être qualifiée de réceptice en ce sens qu'elle doit être notifiée au débiteur pour sortir ses effets. La mise en demeure doit lui être communiquée de façon telle qu'il puisse en prendre connaissance. Elle peut émaner du créancier ou d'un représentant de celui-ci et être adressée au débiteur ou à son représentant.

Aucune exigence de forme n'est imposée ni au rang des conditions de validité ni comme condition probatoire¹⁹⁵. Le recours à l'exploit d'huissier, à la lettre recommandée... n'est donc pas obligatoire, sauf dispositions légales¹⁹⁶ ou contractuelles contraires. Le livre 5 ne fait à cet égard qu'entériner les assouplissements déjà opérés à l'endroit de l'article 1139 de l'ancien Code civil¹⁹⁷.

Au niveau du contenu, le prescrit de l'article 5.231 impose que le créancier exprime de manière claire et non équivoque sa volonté d'exiger l'exécution de l'obligation, sans aller jusqu'à devoir informer le débiteur des sanctions envisagées¹⁹⁸. Le législateur reprend ainsi à son compte les enseignements issus de la jurisprudence de notre Cour de cassation, et plus particulièrement de l'arrêt du 16 septembre 1983¹⁹⁹.

79. Octroi d'un délai d'exécution²⁰⁰. L'alinéa 3 de l'article 5.231 précise que « [l]a loi, le contrat ou la bonne foi peuvent exiger que le créancier accorde au débiteur un délai afin qu'il exécute l'obligation en souffrance ». L'octroi d'un délai n'est donc pas automatique.

Cet alinéa tente de trancher entre deux conceptions défendues en doctrine sous l'empire du Code Napoléon à propos de la mise en demeure. Les travaux préparatoires reviennent sur ces deux conceptions : « Selon une première

¹⁹³ En tant qu'acte juridique unilatéral, les articles 5.125 et suivants du Code lui seront applicables.

¹⁹⁴ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 266. Voy. aussi Y. NINANE et R. THÜNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », *op. cit.*, p. 221.

¹⁹⁵ La mise en demeure, conformément à l'article 8.10 du Code civil, se prouve, s'agissant d'un acte juridique unilatéral, par tous modes de preuve.

¹⁹⁶ Voy. l'article VII.105 du Code de droit économique ; l'article 6 de la loi du 20 décembre 2002 relative au recouvrement amiable des dettes du consommateur ; l'article 70 de la loi du 4 avril 2014 sur les assurances.

¹⁹⁷ Voy. Cass., 7 mai 1880, *Pas.*, 1880, I, p. 138, concl. av. gén. MESDACH DE TER KIELE ; Cass., 28 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 317.

¹⁹⁸ Cass., 16 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 48, notes, R.W., 1984-1985, col. 464.

¹⁹⁹ *Ibid.* Voy. aussi Cass., 18 décembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 484 ; Cass., 25 novembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 231 ; Cass., 26 octobre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1202 ; Cass., 28 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 317 ; Cass., 28 mai 2020, R.G.D.C., 2020, p. 582.

²⁰⁰ Voy., sur cette question avant la réforme, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 480, n° 460.

conception, la mise en demeure fait office de “démenti de la volonté présumée du créancier” de ne pas réclamer paiement immédiat (*Dies non interpellat pro homine*) : elle sert à tirer le débiteur du doute et à lui montrer que le créancier veut obtenir le paiement (fonctions d’information et d’imputabilité de la mise en demeure). Selon une autre conception, la mise en demeure remplit une fonction d’avertissement : elle implique qu’un délai soit laissé au débiteur avant qu’il subisse les sanctions (une dernière chance).²⁰¹ La solution dégagée fait, en réalité, office de compromis.

Il convient également de s’interroger sur les répercussions pratiques du principe selon lequel la citation en justice vaut mise en demeure compte tenu de la possibilité d’octroyer un ultime délai pour s’exécuter²⁰². Une telle citation se heurte en réalité à la possibilité d’exécuter, à moindres frais à tout le moins, l’obligation en souffrance²⁰³. Dans pareille hypothèse, le débiteur pourrait se prévaloir de la théorie de l’abus de droit ou du devoir du créancier de prendre les mesures raisonnables pour limiter son dommage en cas d’inexécution contractuelle. On soulignera que cette assimilation s’accommode, à vrai dire, très mal à la fonction d’avertissement assignée à la mise en demeure.

80. Mise en demeure et obligations à pluralité de débiteurs. En présence d’obligations à pluralité de sujets se pose évidemment la question de savoir s’il convient pour le créancier de mettre en demeure l’ensemble des codébiteurs. En présence d’une obligation divisible, la mise en demeure doit être adressée par le créancier à chacun des débiteurs.

Ce principe souffre des exceptions en présence d’obligations solidaires ou indivisibles.

L’article 5.163, qui traite des effets secondaires de la solidarité entre créancier et débiteur, prévoit expressément que « [l]a mise en demeure ou la poursuite d’un des débiteurs solidaires produit des effets à l’égard de tous ; elle fait ainsi courir les intérêts moratoires à l’égard de tous ; les risques de perte de la chose s’étendent également à tous. L’interruption de la prescription à l’égard d’un des débiteurs solidaires interrompt la prescription à l’égard de tous ».

L’article 5.167 opère par renvoi. Il rend par conséquent l’article 5.163 applicable aux obligations indivisibles.

Le régime des obligations *in solidum* diffère à cet égard. L’article 5.169, alinéa 2, exclut en effet expressément l’application de l’article 5.163 aux obligations *in solidum*, sauf disposition légale ou contractuelle contraire.

²⁰¹ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 267.

²⁰² Cass., 25 février 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 210 ; Cass., 18 décembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 484 ; Cass., 24 avril 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1050 ; Cass., 17 octobre 1957, *Pas.*, 1958, I, p. 143.

²⁰³ Même si le parallélisme demeure éloigné, la volonté de permettre au débiteur de s’exécuter se retrouve pourtant dans la disposition relative à la résolution judiciaire qui offre au juge la possibilité d’accorder un délai au débiteur.

81. Mise en demeure et obligations à pluralité de créanciers. Quant à la solidarité et à l’indivisibilité entre créanciers, l’article 5.171 prévoit, en son paragraphe 4, que « [l]es actes de conservation de la créance, posés par un seul créancier, profitent à tous. Tel est notamment le cas pour l’interruption de la prescription à l’égard d’un des créanciers et la mise en demeure du débiteur ».

82. Mise en demeure *ad futurum*. Codifiant la jurisprudence constante de la Cour de cassation²⁰⁴ et s’inspirant de la doctrine²⁰⁵, le législateur offre à présent au créancier, à l’article 5.232, la possibilité de mettre son débiteur en demeure de manière anticipée. Prenons l’exemple d’un maître de l’ouvrage qui aurait eu vent de retards répétés dans le chef de son entrepreneur et dont le chantier est fixé à brève échéance et qui mettrait donc l’entrepreneur en demeure de manière anticipée. Dans ce cas, la mise en demeure prend cours à compter du moment où le terme est échu, à savoir le moment où la dette est exigible.

Afin de protéger le débiteur, les travaux préparatoires précisent que cette mise en demeure doit être adressée à un moment qui est suffisamment proche de l’échéance de l’obligation. Cette proximité est appréciée *in concreto*²⁰⁶.

83. Énumération des exceptions. L’article 5.233 énonce ensuite les hypothèses à propos desquelles le créancier est dispensé de mettre le débiteur en demeure. Cette disposition est une consécration à droit constant des hypothèses dégagées en doctrine et en jurisprudence sous l’empire du Code Napoléon²⁰⁷.

1°) Lorsque l’obligation de ne pas faire, une obligation de confidentialité par exemple, est violée, le manquement du débiteur cause un dommage irréversible. Le créancier n’a alors plus d’intérêt à la poursuite du contrat. L’envoi d’une mise en demeure « manquera nécessairement son but »²⁰⁸.

2°) Lorsque l’obligation est devenue impossible à exécuter, la mise en demeure perd toute son utilité. On imagine par exemple l’hypothèse d’un avocat qui doit introduire un recours dans un délai spécifique et qui le laisse passer.

3°) Elle perd également toute utilité lorsque l’obligation ne présente plus d’intérêt pour le créancier²⁰⁹. On songe notamment à la livraison d’un lit d’enfant alors que ce dernier a grandi.

²⁰⁴ Cass., 19 juin 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 1132, concl. av. gén. LIEKENDAEL, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1186, *J.T.T.*, 1989, p. 424 ; Cass., 16 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1304.

²⁰⁵ Les travaux préparatoires renvoient à A. VAN OEVELEN, « De aanmaning tot betaling voor het opeisbaar worden van de schuld », *R. Cass.*, 1993, p. 102 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 719, avec les références citées.

²⁰⁶ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 267.

²⁰⁷ Cass., 20 mai 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 324, notes ; Cass., 20 décembre 1951, *Pas.*, 1952, I, p. 207 ; Cass., 3 mai 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 1047 ; Cass., 17 octobre 1957, *Pas.*, 1958, I, p. 143 ; Cass., 2 mai 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 934 ; Cass., 25 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 333 ; Cass., 22 mars 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 929 ; Cass., 17 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 421. Voy. à ce sujet P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 494.

²⁰⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 495.

²⁰⁹ Ces deux dernières catégories d’exceptions, dégagées de l’article 1146 de l’ancien Code civil, étaient, sous l’empire du Code Napoléon, généralement appréhendées conjointement (P. WÉRY, *Droit des obligations*,

4°) Lorsque le débiteur a déclaré au créancier ou a manifesté par son comportement qu'il n'exécuterait pas le contrat, la mise en demeure est également superflue²¹⁰. On imagine aisément l'hypothèse d'un débiteur qui – conscient de son inexécution – informe son cocontractant de ce qu'il refuse d'exécuter ses obligations contractuelles.

5°) La loi prévoit, dans certains cas, des mises en demeure automatiques. On retrouve ces dérogations légales dans l'ancien Code civil²¹¹, mais aussi dans des lois particulières²¹². Le contrat peut également prévoir que la seule échéance du terme vaudra mise en demeure de plein droit. Comme le rappelle Patrick Wéry, la volonté du créancier doit être certaine : « La seule stipulation d'un terme suspensif ne suffit pas à dispenser de la mise en demeure. »²¹³

6°) L'exigence de mise en demeure ne s'applique pas en matière extracontractuelle. On enseigne en effet qu'elle n'est pas de mise, par la force des choses, pour des obligations délictuelles. Dès lors que les délits et quasi-délits impliquent la violation d'une obligation de ne pas faire, « les obligations qui en résultent ne doivent pas faire l'objet d'une mise en demeure »²¹⁴.

84. Exceptions aux exceptions. Le législateur réserve, dans les travaux préparatoires²¹⁵, les hypothèses où des textes légaux, impératifs ou d'ordre public imposent une mise en demeure préalable.

Ces exceptions ressortent en réalité du prescrit de l'article 5.3 qui dispose que « [l]es dispositions du présent livre sont supplétives, à moins qu'il résulte de leur texte ou de leur portée qu'elles présentent, en tout ou en partie, un caractère impératif ou d'ordre public ».

85. Mise en demeure du débiteur et demeure du créancier. L'exigence de mise en demeure du débiteur est évidemment totalement étrangère aux articles 5.212 à 5.216 qui concernent la demeure du créancier.

vol. 1, *op. cit.*, p. 496 qui se réfère à Cass., 20 mai 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 324, notes; Cass., 20 décembre 1951, *Pas.*, 1952, I, p. 207; Cass., 3 mai 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 1047; Cass., 17 octobre 1957, *Pas.*, 1958, I, p. 143; Cass., 2 mai 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 934; Cass., 25 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 333; Cass., 22 mars 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 929).

²¹⁰ L'exception est issue de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 janvier 1992 (Cass., 17 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 421, R.D.C., 1993, p. 237, note M.E. STORME).

²¹¹ Art. 1153 et s. et 1206, 1657, 1436 et 1378 anc. C. civ.

²¹² Article 10 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, article 5 de la loi du 2 août 2002 transposant la directive 2000/35/CE du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, telle que modifiée par la loi du 22 novembre 2013 (« Si le créancier a rempli ses obligations contractuelles et légales et n'a pas reçu le montant dû à l'échéance, il a droit, à compter du jour suivant, de plein droit et sans mise en demeure, au paiement d'un intérêt, sauf pour le débiteur à démontrer qu'il n'est pas responsable du retard » (nous soulignons)).

²¹³ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 494.

²¹⁴ T. DELAHAYE, « La mise en demeure », *op. cit.*, p. 282. L'auteur renvoie à Cass., 24 avril 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 155; Cass., 26 septembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 868; Cass., 7 novembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 190; Cass., 1^{er} juin 1933, *Pas.*, 1933, I, p. 303; Cass., 11 mai 1923, *Pas.*, 1923, I, p. 303.

²¹⁵ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 268.

Le législateur innove en effet en consacrant tout un corps de règles à la demeure du créancier en lieu et place de la procédure d'offres réelles suivies de consignation qui figurait dans les articles 1257 et suivants du Code Napoléon. Les hypothèses couvertes par ces dispositions sont celles où un débiteur, soucieux de s'exécuter, se heurte au refus ou à la négligence de son créancier²¹⁶.

Les dispositions du livre 5 offrent au débiteur la possibilité de se libérer envers son créancier en distinguant selon que l'obligation consiste en une obligation de somme (art. 5.212), une obligation de remise d'une chose (art. 5.213) ou une obligation portant sur une autre prestation (art. 5.214).

L'article 5.215 énonce par ailleurs les effets de la demeure du créancier. Il est, par exemple, prévu qu'elle empêche le cours des intérêts dus par le débiteur.

Section 4. La mise en œuvre des sanctions par voie de notification

86. Innovation. L'une des plus grandes avancées du livre 5 est le nouvel équilibre qu'il met en place entre l'autonomie de la volonté des parties et le rôle du juge en tant que gardien des intérêts de la partie faible et de l'intérêt général²¹⁷.

Ce nouvel équilibre tire sa force, d'une part, de la consécration de l'unilatéralisme des sanctions et, d'autre part, des pouvoirs dont sont désormais investis les juges afin de corriger et rétablir des situations de déséquilibre contractuel.

Ainsi, l'article 5.112 prévoit désormais la possibilité d'annuler ou de résoudre un contrat de manière extrajudiciaire. Il renvoie aux articles consacrés à la résolution et à l'annulation par voie de notification (art. 5.59 et 5.90). Nous examinerons brièvement ci-après l'annulation, la résolution et le remplacement par voie de notification (*infra*, n^{os} 88 et s.). Quant à la réduction du prix par notification, elle a déjà fait l'objet de développements ci-avant (*supra*, n^{os} 73 et s.).

87. Justification. La consécration de l'unilatéralisme des sanctions répond à de véritables nécessités pratiques.

L'arriéré judiciaire conjugué à l'obligation lourde et coûteuse, à défaut de clauses contraires ou de circonstances exceptionnelles, de porter toute demande en résolution d'un contrat, ou en remplacement, devant les cours et tribunaux créaient de véritables impasses. Les parties à un contrat, confrontées à un vice au niveau de la formation de ce dernier, étaient également tenues d'enclencher une procédure judiciaire, ce qui constituait un véritable frein à une sanction rapide et efficace.

La doctrine²¹⁸ qui appelait de ses vœux un changement a été entendue. La voie extrajudiciaire figure désormais sur pied d'égalité avec la voie judiciaire, sous certaines réserves à l'endroit du remplacement (voy. *infra*, n^o 90).

²¹⁶ *Ibid.*, p. 252.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 7.

²¹⁸ M. DUPONT, « La résolution unilatérale: (encore) une occasion manquée pour la Cour de cassation », note sous Cass., 16 février 2009, *J.T.*, 2010, pp. 343 à 345; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*,

Ce tournant avait, en réalité, déjà été amorcé par la Cour de cassation²¹⁹.

Avec la réforme, le principe est désormais ancré dans le Code civil : la partie qui entend bénéficier de l'annulation d'un contrat (*infra*, n° 88) ou invoquer sa résolution (*infra*, n° 89) ne doit plus attendre l'issue d'une procédure judiciaire pour se délier de celui-ci²²⁰.

Dans certaines hypothèses délimitées, le créancier victime d'une inexécution pourra également procéder au remplacement du débiteur par un tiers sans intervention judiciaire préalable (*infra*, n° 90).

88. L'annulation par voie de notification (rappel). L'annulation ne vise pas, en réalité, un manquement au stade de l'exécution du contrat. Au contraire, elle frappe, nous l'avons rappelé (*supra*, n° 44), un vice de formation. Elle répond toutefois au même objectif de pragmatisme voulu par le législateur.

La mise en œuvre de la nullité est réglée à l'article 5.59 du Code civil. Elle peut être obtenue en justice, amiablement ou par voie de notification.

L'alinéa 3 de la disposition précitée prévoit, en ce qui concerne cette troisième option, que :

«À moins que le contrat soit constaté par un acte authentique, l'annulation résulte également d'une notification écrite que toute personne habilitée à se prévaloir de la nullité adresse, à ses risques et périls, aux parties au contrat. Cette notification est inefficace si la cause de nullité qu'elle mentionne n'existe pas.»

L'annulation par voie de notification se réalise donc aux risques et périls de la personne qui estime être habilitée à s'en prévaloir. Elle est mise en œuvre, comme son nom l'indique, par l'envoi d'une notification.

Cette notification entraîne véritablement «l'annulation du contrat pour autant que la cause de nullité invoquée existe». Les travaux préparatoires précisent que «la personne qui procède à la notification ne se contente pas de considérer le contrat comme annulé»²²¹. Le contrat est nul sans qu'une action en justice ne soit plus requise.

Un contrôle *a posteriori* du juge demeure cependant possible. Ce dernier sera soit saisi par la personne qui entend contester la nullité du contrat, soit par celle

n° 234, pp. 490 et s.; S. STIJNS, «La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'inexécution ou de vice de formation», *op. cit.*, n° 68, pp. 410 et s.; P. WÉRY, «La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise?», *op. cit.*, n° 32, pp. 345 et s., cités par Proposition de loi portant le livre 5 «Les obligations» du Code civil précitée, p. 117.

²¹⁹ Il y a fort à parier que notre Cour de cassation se soit inspirée des textes, à l'époque, à l'examen. Voy. Cass., 23 mai 2019, *J.T.*, 2020, p. 26, note P. WÉRY et S. STIJNS (résolution par voie de notification); Cass., 18 juin 2020, *R.C.J.B.*, 2021, p. 457, note P. WÉRY (remplacement unilatéral).

²²⁰ Proposition de loi portant le livre 5 «Les obligations» du Code civil précitée, p. 68.

²²¹ *Ibid.*, p. 70.

qui veut faire confirmer la nullité et solliciter la condamnation aux obligations de restitution qui découlent de la nullité.

Par exception, l'annulation par voie de notification est exclue lorsque le contrat est constaté par un acte authentique. Cette exception s'inspire de celle prévue à l'article 3:50, alinéa 2, du nouveau Code civil néerlandais (NBW).

Le législateur s'en explique en ces termes : « Cette solution est justifiée à la fois par l'idée que la personne qui confère l'authenticité au contrat (telle qu'un notaire ou un juge) est tenue d'en vérifier au préalable la validité et par le souci de ne pas compromettre la force exécutoire de l'acte authentique. »²²² L'annulation amiable ou judiciaire d'un acte authentique demeure, sous certaines réserves, ouverte.

89. La résolution par voie de notification. La possibilité de résoudre un contrat par voie de notification est consacrée à l'article 5.90, alinéa 3.

La résolution par voie de notification est mise sur le même pied que la résolution judiciaire ou celle fondée sur une clause résolutoire expresse. Le principe selon lequel la résolution est en principe judiciaire ne trouve dès lors plus à s'appliquer. On observera par ailleurs, comme l'énoncent les travaux préparatoires, que «les parties peuvent toujours convenir d'une résolution amiable en cas d'inexécution imputable du contrat (Cass. 14 janvier 1982, AR 6468, *Arr. Cass.*, 1981-82, p. 613)»²²³.

L'article 5.93 complète le régime. Il y est prévu qu'«[a]près avoir pris les mesures utiles pour établir l'inexécution du débiteur, le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par une notification écrite au débiteur. Celle-ci indique les manquements qui lui sont reprochés».

La nouveauté réside dans le fait que, «même en l'absence d'une clause résolutoire qui dispense le créancier d'un recours préalable au juge, la proposition consacre la résolution dite "unilatérale" ou "par déclaration du créancier" en acceptant que le créancier puisse, à ses risques et périls, adresser une notification écrite à son débiteur déclarant résolu le contrat (voy. art. 5.93)»²²⁴. Bien que déjà esquissée par notre Cour de cassation²²⁵, cette clarification était attendue.

La notification écrite au débiteur est exigée dans une optique de protection de ce dernier. La forme de cette notification est libre. Elle doit toutefois, au niveau du contenu, comporter les manquements reprochés. Le créancier peut, cela étant, avoir intérêt à faire notifier sa déclaration de résolution par voie d'exploit d'huissier, dans le but d'en assurer l'inscription en marge conformément à l'article 3.30 du Code civil.

²²² *Ibid.*

²²³ *Ibid.*, p. 107.

²²⁴ *Ibid.*, p. 106.

²²⁵ Cass., 23 mai 2019, *J.T.*, 2020, p. 26, note P. WÉRY et S. STIJNS.

Les travaux préparatoires précisent que « [d]ans le cas d'une résolution non judiciaire, le contrat est résolu à partir du moment où le débiteur a eu connaissance de l'intention de son cocontractant ou a, à tout le moins, pu raisonnablement en être informé »²²⁶.

L'article 5.94 règle le contrôle *a posteriori* du juge en cas de résolution non judiciaire irrégulière ou abusive. Il dispose que « [l]a notification par laquelle le créancier résout le contrat est inefficace si les conditions de la résolution ne sont pas remplies ou si elle est abusive ».

90. Le remplacement par voie de notification. Le vent d'unilatéralisme souffle également sur le remplacement.

L'article 5.85, alinéa 3, dispose en effet qu'« [e]n cas d'urgence ou d'autres circonstances exceptionnelles et après avoir pris les mesures utiles pour établir l'inexécution du débiteur, le créancier peut aussi, à ses risques et périls, remplacer le débiteur par une notification écrite. Celle-ci indique les manquements qui lui sont reprochés et les circonstances qui justifient le remplacement ».

Le remplacement n'est plus soumis à une autorisation judiciaire préalable. Dans le sillage de l'arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 2020²²⁷, la logique du Code Napoléon – qui imposait le recours préalable au juge – est battue en brèche pour autant que des circonstances exceptionnelles le justifient.

Les conditions à remplir sont plus souples que celles prévues pour la résolution par voie de notification. Ce remplacement unilatéral peut être décidé pour remédier à toute inexécution imputable, quelle qu'en soit la gravité. Il est néanmoins subordonné à l'urgence de la situation ou à d'autres circonstances exceptionnelles.

Ce remplacement extrajudiciaire se réalise aux risques et périls du créancier qui pourra se voir reprocher un remplacement irrégulier ou abusif²²⁸.

On notera que le remplacement par notification, prévu à l'article 5.85, ne vise que la matière contractuelle. Le remplacement judiciaire est pourtant, quant à lui, régi au sein des dispositions consacrées au régime général de l'obligation, et plus particulièrement à l'article 5.235.

Le législateur entend, dans les travaux préparatoires, clarifier cette différence de traitement et apaiser les craintes de discriminations soulevées par le Conseil d'État :

« Aucune discrimination ne résulte du fait que le remplacement prévu à l'article 5.235 est nécessairement judiciaire tandis que, par exception, le remplacement en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle peut être extrajudiciaire

²²⁶ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 106.

²²⁷ Cass., 18 juin 2020, R.C.J.B., 2021, p. 457, note P. WÉRY, R.G.D.C., 2020, p. 583, note S. DE REY.

²²⁸ A. RIGOLET, « Inexécution et sanctions : l'inexécution imputable au débiteur », *op. cit.*, p. 103.

dans les cas prévus et aux strictes conditions prévues à l'article 5.85. La justification de la différence de traitement trouve sa source dans le lien contractuel. En effet, le débiteur qui souscrit un engagement par contrat accepte ce faisant le risque qu'en cas d'inexécution de sa part, des mesures d'exécution particulièrement efficaces soient prises par le créancier, le cas échéant sans recours préalable au juge mais toujours sous le contrôle de celui-ci. En revanche, il serait contraire à la sécurité juridique et il résulterait un bouleversement du droit actuel de la responsabilité, si on faisait peser un tel risque sur le débiteur d'une obligation non contractuelle qui n'y a pas consenti. Il est par ailleurs rappelé qu'indépendamment du droit au remplacement, le créancier victime d'une inexécution est tenu, conformément à l'article 5.238, de prendre les mesures raisonnables pour limiter son dommage et que les frais raisonnables qui ont été engagés à cet effet peuvent être recouverts auprès du débiteur.²²⁹

Section 5. L'anticipatory breach

91. Introduction. L'*anticipatory breach* vise l'hypothèse où le créancier émet des craintes sérieuses et légitimes quant à la capacité ou la volonté de son cocontractant de s'exécuter à l'échéance²³⁰.

Sous l'empire du Code Napoléon, le simple fait de nourrir des craintes légitimes d'une inexécution n'ouvrait en principe pas le droit au créancier de solliciter le bénéfice d'une sanction²³¹.

Avec la réforme, le créancier pourra ainsi s'affranchir de l'exigence d'une défaillance consommée dans le chef du débiteur dans deux hypothèses. Il sera admis à soulever l'exception d'inexécution d'une part et la résolution d'autre part alors que l'obligation inexécutée n'est pas encore exigible.

92. L'*exceptio timoris*. L'article 5.239, § 2, prévoit que « [l]e créancier peut aussi suspendre l'exécution de son obligation lorsqu'il est manifeste que son débiteur ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour lui. Le créancier ne peut plus suspendre l'exécution de son obligation si le débiteur donne des assurances suffisantes de la bonne exécution de la sienne ».

L'*exceptio timoris*, « à savoir le droit pour une partie de suspendre l'exécution de son obligation, pourtant exigible, lorsqu'il y a "contravention anticipée" de l'autre partie »²³², fait son entrée en droit belge. Elle n'est dès lors plus limitée

²²⁹ Pour une critique de cette justification, voy. F. GEORGE et P. COLSON, « L'inexécution de l'obligation contractuelle », *op. cit.*, pp. 139-140.

²³⁰ A. DE BOECK, « De anticipatory breach, anticipatieve sanctie met veralgemeende toepassing in boek 5 van het nieuwe Belgische Burgerlijk Wetboek: een welgekomen bevrijding uit een doodbloedende contractuele relatie », in *Liber Amicorum Xavier Thunis*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 29 à 45; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 903, n° 804.

²³¹ *Ibid.*

²³² Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 274.

au cas envisagé à l'article 1653 de l'ancien Code civil et s'applique de manière générale.

Le législateur tempère toutefois ce droit en permettant « au cocontractant de l'*excipiens* d'offrir à ce dernier des "assurances" quant à l'exécution de son obligation à l'échéance ».

L'exercice de ce droit de suspension est encadré par le paragraphe 3 qui « introduit l'exigence d'une notification écrite lorsque l'obligation du débiteur n'est pas encore exigible ou que la bonne foi l'impose ». Le législateur précise que « [l]a disposition est conçue comme visant à protéger le débiteur. Elle s'inspire d'un arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 2017 »²³³.

93. La résolution pour contravention anticipée. L'article 5.90, § 2, dispose que « [l]e contrat peut aussi être résolu, dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'il est manifeste que le débiteur, après avoir été mis en demeure de donner, dans un délai raisonnable, des assurances suffisantes de la bonne exécution de ses obligations, ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour le créancier ».

Le créancier, en présence d'une inexécution anticipée de son débiteur, aura le droit « sous certaines conditions, de (faire) résoudre le contrat lorsqu'il y a une inexécution anticipée dans le chef de son débiteur »²³⁴.

À l'instar des balises prévues pour l'*exceptio timoris*, le débiteur mis en demeure peut offrir dans un délai raisonnable des assurances suffisantes de la bonne exécution de son obligation.

Vu la gravité de la sanction, la présence de circonstances exceptionnelles est exigée pour la résolution pour inexécution anticipée. Une telle exigence ne se retrouve pas pour la mise en œuvre de l'exception d'inexécution pour contravention anticipée.

Chapitre 4. Validité des clauses indemnitaires et des clauses exonératoires de responsabilité

Section 1. Les clauses indemnitaires

94. Définition et illustrations. L'article 5.88 définit la clause indemnitaire comme la clause par laquelle les parties conviennent « à l'avance qu'en cas d'inexécution imputable, le débiteur est tenu, à titre de réparation, au paiement d'un montant forfaitaire ou à la fourniture d'une prestation déterminée ». Cette disposition innove en ce qu'elle donne à la clause une appellation qui correspond à sa vraie nature, ce qui est salué en doctrine²³⁵. Il est en effet question de

²³³ *Ibid.*

²³⁴ *Ibid.*, p. 104.

²³⁵ Y. NINANE et R. THÜNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », *op. cit.*, p. 243.

clause indemnitaire et non plus de « clause pénale » comme le prévoyait l'article 1226 de l'ancien Code civil, dès lors que la clause ne peut impliquer une peine pour le débiteur²³⁶. Au surplus, le législateur a clarifié et complété l'article 1226 de l'ancien Code civil.

Les travaux préparatoires précisent que « l'inexécution peut consister en l'absence d'exécution ainsi qu'en un retard d'exécution » et que les dommages visés peuvent être moraux, matériels ou financiers et tant directs qu'indirects²³⁷.

La disposition s'applique aux contrats qui ne sont conclus ni entre entreprises²³⁸ ni entre une entreprise et un consommateur, puisque, dans ces deux hypothèses, c'est le Code de droit économique qui sera d'application.

95. Principe d'intangibilité. Le principe rappelé dans les travaux préparatoires est celui de l'intangibilité de la clause indemnitaire²³⁹. Pour autant qu'elle ne soit pas manifestement déraisonnable, la clause indemnitaire va s'appliquer en ce sens que le débiteur sera tenu par le montant ou la prestation prévus, même si le dommage réel est inférieur ou supérieur. Par ailleurs, la clause indemnitaire sera indivisible, sauf disposition légale ou contractuelle contraire.

Notons toutefois qu'il se déduit d'une lecture *a contrario* de l'article 5.88, § 7, que l'article 5.88, § 1^{er}, a un caractère supplétif. Les parties peuvent donc rédiger une clause indemnitaire autorisant le créancier à recevoir une indemnité plus élevée que le montant prévu dans la clause s'il prouve que son dommage est supérieur à ce montant²⁴⁰. Le législateur confirme ainsi la licéité des clauses indemnitaires optionnelles²⁴¹ qui était sujette à discussion sous l'empire du Code Napoléon²⁴².

96. Conditions. La clause indemnitaire ne peut être invoquée qu'en présence d'un contrat valable et d'une inexécution imputable au débiteur. Elle se distingue donc de la clause de dédit.

Sauf exception légale ou stipulation contraire, le créancier doit préalablement mettre son débiteur en demeure, comme le prévoyait déjà l'article 1230 de l'ancien Code civil.

²³⁶ I. MOREAU-MARGRÈVE, « Variations sur le thème récurrent: la clause pénale », in *Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 192.

²³⁷ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 97.

²³⁸ À moins que le contrat échappe au champ d'application de la loi du 4 avril 2019 et à défaut d'autres dispositions particulières applicables. Notons par exemple que les services financiers ainsi que les marchés publics et les contrats qui en découlent ne sont pas visés par les articles VI.91/1 à VI.91/10 du CDE (voy. l'article VI.91/1).

²³⁹ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 97.

²⁴⁰ Y. NINANE et R. THÜNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », *op. cit.*, p. 246; B. KOHL, « La clause indemnitaire et la clause exonératoire de responsabilité dans le livre 5 du Code civil », in *Le nouveau droit des obligations*, coll. CUP, vol. 216, Liège, Anthemis, 2022, p. 190.

²⁴¹ Y. NINANE et R. THÜNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », *op. cit.*, p. 246.

²⁴² P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 742-743; I. CLAEYS et Th. TANGHE, *Algemeen contractenrecht voor nu en straks*, *op. cit.*, p. 652.

Il doit par ailleurs invoquer le bénéfice de la clause, qui ne s'applique pas d'office en cas d'inexécution imputable. Le débiteur peut en effet décider de ne pas se prévaloir de la clause et solliciter l'exécution en nature de l'obligation²⁴³.

97. Principe de cohérence. Les travaux préparatoires précisent que la règle qui traite du cumul des sanctions, prévue à l'article 5.83, s'applique aussi à la clause indemnitaire²⁴⁴. Des sanctions incompatibles ne peuvent, pour rappel, être cumulées (*supra*, n° 72). Ainsi, l'exécution en nature ne pourra être sollicitée avec l'application d'une clause indemnitaire qui viserait uniquement le dommage résultant de la résolution du contrat²⁴⁵.

98. Caractéristiques. Outre son caractère forfaitaire, la clause présente, par définition, également un caractère indemnitaire. Ce dernier résulte du nom même de la clause, mais aussi du prescrit de l'article 5.88, § 1^{er}.

99. Réduction de la clause indemnitaire manifestement déraisonnable. L'article 5.88, § 2, précise que si la clause indemnitaire est manifestement déraisonnable, le juge la réduit soit d'office, soit à la demande du débiteur. En principe, le contrôle du juge devrait être marginal puisque la clause doit être manifestement déraisonnable. Ce pouvoir de réduction ne peut être écarté contractuellement dès lors que le paragraphe 7 du même article répute non écrite toute clause contraire au paragraphe 2⁴⁶.

L'article 1231, § 1^{er}, de l'ancien Code civil permettait déjà au juge de réduire la clause lorsque la somme prévue par celle-ci « excédait manifestement le montant que les parties pouvaient fixer pour réparer le dommage résultant de l'inexécution de la convention » (nous soulignons). Le législateur subordonnait donc la réduction à la constatation d'un excès manifeste. Le critère n'était toutefois pas le même puisque l'article 1231, § 1^{er}, prévoyait que l'excès devait s'apprécier au regard du dommage prévisible alors que l'article 5.88 prévoit qu'il faut seulement que la clause soit manifestement déraisonnable au regard du dommage (potentiel et réel) et de toutes les circonstances concrètes.

Le législateur impose toutefois une limite à cette réduction. Le juge ne peut condamner le débiteur à une réparation inférieure à un montant raisonnable ou à une prestation raisonnable. Selon la doctrine, le juge pourrait ainsi réduire la clause « à une prestation inférieure au dommage réel pour autant que cette réparation ne soit pas déraisonnable compte tenu de toutes les circonstances de

²⁴³ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 97.

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ Voy. également à propos du cumul de la clause indemnitaire avec d'autres sanctions : B. KOHL, « La clause indemnitaire et la clause exonératoire de responsabilité dans le livre 5 du Code civil », *op. cit.*, p. 190 ; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, p. 1078.

²⁴⁶ Art. 1231, § 3, anc. C. civ. Voy. à ce sujet Cass., 6 décembre 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 703, note A. GOEGBUER, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1485, note P. WÉRY ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 702.

la cause »²⁴⁷. L'article 1231, § 1^{er}, alinéa 2, prévoyait déjà une telle limite, mais qui n'était pas la même que celle retenue dans le livre 5. En cas de révision, le juge ne pouvait condamner le débiteur à une somme inférieure à celle qui aurait été due en l'absence de clause pénale, soit l'indemnisation du dommage en droit commun.

La loi prévoit que le juge peut tenir compte de toutes les circonstances. Parmi celles-ci, le juge peut prendre en considération le dommage, qu'il soit réel ou potentiel, direct ou indirect, moral, matériel ou financier. Le législateur a fait choix d'autoriser le juge à se référer au dommage réel et pas uniquement au dommage potentiel, car l'évaluation *a posteriori* du dommage potentiellement prévisible au moment de la conclusion du contrat pouvait s'avérer difficile, voire impossible²⁴⁸. Il peut d'ailleurs en être de même du dommage réel, de telle sorte qu'il ne constitue pas le seul critère que le juge peut prendre en considération. Les travaux préparatoires ajoutent qu'il « peut également prendre en considération la nature du contrat, la gravité de l'inexécution et la position du débiteur (par ex., la nature de son manquement, la répétition du manquement et le caractère intentionnel ou non de l'acte) »²⁴⁹.

Selon la doctrine, la prise en compte de ces critères soulignerait le caractère partiellement pénal de la clause indemnitaire et serait donc en contradiction avec la dénomination et la définition de la clause²⁵⁰. Le juge peut encore tenir compte des intérêts légitimes du créancier. Le créancier peut en effet avoir intérêt à stipuler une clause indemnitaire importante (sans être excessive) pour inciter son débiteur à s'exécuter.

Dans le cadre de son pouvoir de réduction, le juge doit, en vertu de l'article 5.88, § 5, réduire proportionnellement la clause indemnitaire qui porte sur l'inexécution totale dans l'hypothèse où le débiteur aurait partiellement exécuté l'obligation. Il faut toutefois, selon certains auteurs, que l'exécution partielle conserve un intérêt pour le créancier²⁵¹. Cette solution était déjà retenue à l'article 1231, § 2, et admise en jurisprudence²⁵² et en doctrine²⁵³. Si l'on pouvait croire auparavant à une simple faculté, le livre 5 prévoit à présent un devoir de réduction proportionnelle dans le chef du juge.

²⁴⁷ Y. NINANE et R. THÜNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », *op. cit.*, p. 245.

²⁴⁸ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 99.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 100.

²⁵⁰ B. KOHL, « La clause indemnitaire et la clause exonératoire de responsabilité dans le livre 5 du Code civil », *op. cit.*, p. 189 ; C. BIQUET-MATHIEU, « Quel avenir pour la clause pénale », in *Liber Amicorum Paul Alain Foriers. Entre tradition et pragmatisme*, vol. 1, *Droit des obligations et contrats spéciaux*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 161.

²⁵¹ A. RIGOLET, « Inexécution et sanctions : l'inexécution imputable au débiteur », *op. cit.*, p. 106.

²⁵² Cass., 10 avril 1997, *Arr. Cass.*, 1997, p. 428, *Pas.*, 1997, p. 445.

²⁵³ A. VAN OEVELEN, « Rechterlijke matiging van schadebedingen voor vertraging in de nakoming van de verbintenis bij gedeeltelijke uitvoering van die verbintenis », *R.W.*, 1998-1999, p. 1247 ; P. WÉRY, « L'adaptation judiciaire de la clause pénale, en cas d'exécution partielle de l'obligation », note sous Cass., 10 avril 1997, *R.C.J.B.*, 1998, p. 619.

Rappelons que si l'article 5.88 permet au juge de réduire la clause indemnitaire qui serait manifestement déraisonnable, l'article 5.73 relatif à l'abus de droit l'autorise également à vérifier si le fait d'invoquer la clause n'est pas manifestement déraisonnable²⁵⁴.

100. Clause indemnitaire et intérêt de retard. Le paragraphe 3 de l'article 5.88 précise que le pouvoir de réduction du juge s'applique également lorsqu'un intérêt est stipulé pour le retard de paiement d'une somme d'argent. Le législateur ajoute qu'en cas de réduction, le juge ne peut condamner le débiteur à un intérêt inférieur à l'intérêt légal. Il s'agit d'une codification à droit constant de l'article 1153, alinéa 5, de l'ancien Code civil. Les travaux préparatoires précisent que si la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales est d'application, le taux d'intérêt légal spécial prévu par cette loi sera la limite inférieure²⁵⁵. Comme pour le paragraphe 2, toute clause contraire au paragraphe 3 est réputée non écrite conformément au paragraphe 7.

101. Exclusion du pouvoir de réduction. Le paragraphe 4 de l'article 5.88 autorise le Roi à prévoir un plafond pour la clause indemnitaire et la clause d'intérêt de retard. Cette possibilité est limitée aux contrats d'adhésion tandis que l'inexécution doit viser une obligation de somme, les deux conditions étant cumulatives²⁵⁶. Le maximum sera fixé en fonction du montant de l'obligation de somme, de la catégorie du contrat et du secteur d'activités concerné. Toute clause contraire qui prévoirait un montant supérieur au plafond sera réputée non écrite.

102. Clauses indemnitaires et clauses exonératoires de responsabilité. La frontière entre les clauses indemnitaires et les clauses exonératoires de responsabilité n'est pas toujours aisée à tracer. L'article 5.88, § 6, a vocation à clarifier cette distinction. Si la clause indemnitaire porte sur un montant ou une prestation déraisonnablement faible, elle sera requalifiée en clause exonératoire de responsabilité et c'est alors l'article 5.89 qui trouvera à s'appliquer²⁵⁷.

Notons que, comme pour les clauses exonératoires de responsabilité (*infra*, n° 109), les clauses indemnitaires rédigées dans des contrats qui n'entrent pas dans le champ d'application des lois particulières seront uniquement soumises à l'article 5.88 et non à l'article 5.52 relatif aux clauses abusives²⁵⁸.

²⁵⁴ Selon certains auteurs, cette possibilité se déduirait de l'article 5.88 lui-même par la référence faite aux circonstances de l'espèce (B. KOHL, « La clause indemnitaire et la clause exonératoire de responsabilité dans le livre 5 du Code civil », *op. cit.*, p. 197). Voy. à propos de l'ancien Code civil: P. WÉRY, « La réduction de clauses pénales dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *J.T.*, 2018, p. 21.

²⁵⁵ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 101.

²⁵⁶ Y. NINANE et R. THÜNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », *op. cit.*, p. 245.

²⁵⁷ La jurisprudence admettait déjà ce pouvoir de requalification sous l'empire du Code Napoléon (S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995) », *op. cit.*, pp. 732 à 734).

²⁵⁸ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 58.

Section 2. Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité

103. Validité de principe des clauses. Avant l'adoption du livre 5, le Code civil ne contenait aucune disposition relative aux clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité²⁵⁹, c'est-à-dire « celles qui affectent les conditions de droit commun dont dépendraient la responsabilité du débiteur, les conséquences ou la mise en œuvre de cette responsabilité, en l'absence de dispositions conventionnelles »²⁶⁰. À présent, une disposition y est dévolue, à savoir l'article 5.89. Cette disposition commence par consacrer, au premier paragraphe, le principe de validité de ces clauses²⁶¹, principe déjà admis sous l'empire du Code Napoléon²⁶².

L'on peut ainsi notamment s'exonérer de sa faute lourde, mais à condition que ce soit de manière expresse. En effet, selon l'article 5.89, § 1^{er}, alinéa 2, « la clause peut exonérer le débiteur de sa faute lourde ou de celle d'une personne dont il répond ». Le législateur ajoute qu'une « telle exonération ne se présume pas ». Avant l'adoption du livre 5, le débiteur d'une obligation pouvait déjà s'affranchir de ses fautes lourdes²⁶³, pour autant que cette exonération résulte nécessairement des termes de la clause²⁶⁴ (sous réserve de l'application de l'article VI.83, 13^o, du Code de droit économique).

104. Exceptions à la validité. Ce principe souffre de nombreuses exceptions. Celles envisagées à l'article 5.89, § 1^{er}, alinéas 3 et 4, viennent s'ajouter à celles qui résultaient déjà de dispositions particulières. Comme l'explique Bernard Dubuisson, « le droit civil s'est progressivement enrichi de législations particulières dont l'objectif est de protéger la partie réputée faible dans le rapport contractuel »²⁶⁵.

Examinons les différentes exceptions prévues au sein du livre 5.

105. Exception à la validité des clauses: la contrariété à l'ordre public et aux lois impératives. D'emblée, il convient de souligner que, de

²⁵⁹ Y. NINANE et R. THÜNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », *op. cit.*, p. 246.

²⁶⁰ B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », in *Les clauses applications en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, la Charte, 2001, p. 31.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² Cass., 26 octobre 1877, *Pas.*, 1877, I, p. 406; Cass., 12 novembre 1885, *Pas.*, 1885, I, p. 275; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1708 et s.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 782, n° 764.

²⁶³ Cass., 25 avril 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 944; Cass., 25 septembre 1959, *Pas.*, 1960, p. 113, avec les concl. av. gén. P. MAHAUX; Cass., 5 janvier 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 483; Cass., 7 mars 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 812; Cass. (1^{re} ch.), 27 janvier 1995, *Pas.*, 1995, p. 92.

²⁶⁴ Cass., 22 mars 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 863, *R.C.J.B.*, 1981, p. 189, note L. CORNELIS.

²⁶⁵ B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », *op. cit.*, p. 32.

manière générale, les clauses qui contreviennent à des lois ou à des dispositions impératives ou d'ordre public encourent la nullité²⁶⁶. L'article 5.89 rappelle d'ailleurs que les clauses exonératoires sont valides «sauf si la loi en dispose autrement»²⁶⁷.

Une clause qui déroge à une disposition d'ordre public est frappée de nullité absolue tandis que la nullité sera relative²⁶⁸ si la clause déroge aux dispositions de législations impératives²⁶⁹ et qu'elle a pour effet de limiter la protection accordée à la personne protégée²⁷⁰.

106. Exception à la validité des clauses: la faute intentionnelle. L'article 5.89, § 1^{er}, alinéa 3, 1^o, prévoit qu'est réputée non écrite la clause qui exonère le débiteur de sa faute intentionnelle²⁷¹ ou de celle d'une personne dont il répond. Deux hypothèses sont envisageables²⁷². Soit la clause prévoit expressément que le débiteur s'exonère de son dol. Soit la clause, exprimée en termes généraux, ne vise pas spécifiquement le dol, mais il ressort des faits que le débiteur s'est rendu coupable d'un dol. Dans les deux cas, la clause sera réputée non écrite. L'on notera que le législateur fait référence à la notion de faute intentionnelle et non à celle de dol.

L'interdiction de s'exonérer des conséquences de sa faute intentionnelle était déjà de mise sous l'empire du Code Napoléon²⁷³. En revanche, s'agissant de la faute intentionnelle des personnes dont le débiteur répond, il était admis que

²⁶⁶ R. KRUIHOF, «Contractuele aansprakelijkheidsregelingen», in *Verbintenissenrecht*, X^e cycle post-universitaire Willy Delva, Gand, Mys&Breesch, 1984, p. 265. Notons que l'article 2 de l'ancien Code civil dispose que l'«on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs».

²⁶⁷ Citons, par exemple, l'article 10, § 1^{er}, de la loi sur les produits défectueux (loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, M.B., 22 mars 1991, p. 5884), l'article 18 de la loi du 10 mars 1925 sur les distributions d'énergie électrique, les articles 1792 et 2270 de l'ancien Code civil relatifs à la responsabilité décennale des entrepreneurs et des architectes ou encore l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989.

²⁶⁸ J.-F. GERMAIN et E. PLASSCHAERT, «L'exécution des obligations contractuelles», in X., *Obligations. Traité théorique et pratique*, Malines, Kluwer, 2016, II.1.6-61.

²⁶⁹ Ainsi sont prohibées les clauses qui exonèrent ou limitent la responsabilité de l'hôtelier prévue à l'article 1954ter de l'ancien Code civil. Voy. à ce sujet J.-F. GERMAIN et E. PLASSCHAERT, *ibid.*

²⁷⁰ B. DUBUISSON, «Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge», *op. cit.*, p. 55.

²⁷¹ Notons que la faute intentionnelle n'est définie ni dans le livre 5 ni dans le livre 1^{er}. Dans ce dernier, une disposition est néanmoins consacrée à l'adage «*Fraus omnia corrumpit*». Selon l'article 1.11, «[l]a faute intentionnelle, commise dans le but de nuire ou de réaliser un gain, ne peut procurer d'avantage à son auteur».

²⁷² B. DUBUISSON, «Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge», *op. cit.*, p. 57; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 782-783.

²⁷³ Cass., 22 février 1900, *Pas.*, I, 1900, p. 159; Cass., 3 avril 1959, *Pas.*, 1959, I, p. 773, R.C.J.B., 1960, p. 207, note VAN HECKE; Cass., 29 septembre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 121 (*a contrario*); Cass., 3 mars 2015, *Pas.*, 2015, p. 526. Voy. aussi R. KRUIHOF, «Contractuele aansprakelijkheidsregelingen», *op. cit.*, p. 269.

le débiteur puisse s'en exonérer²⁷⁴, sous réserve de dispositions légales contrares²⁷⁵. La solution retenue dans le livre 5 va donc un pas plus loin dans la protection du créancier.

107. Exception à la validité des clauses: l'interdiction de porter atteinte à l'essence du contrat. Selon l'article 5.89, § 1^{er}, alinéa 4, est réputée non écrite «la clause qui vide le contrat de sa substance». Il n'est pas toujours aisé d'identifier la substance du contrat ni de dire avec certitude si la clause querellée y porte atteinte²⁷⁶. Cette approche est néanmoins intéressante, car elle introduit l'idée d'un minimum incompressible par type de contrat. Le soin de savoir si la clause porte atteinte à la substance du contrat ou à une obligation essentielle de celui-ci relèvera de l'appréciation souveraine du juge du fond. Le législateur n'a fait que consacrer au sein du livre 5 une solution largement admise en jurisprudence et en doctrine²⁷⁷. La clause exonératoire ne peut venir vider le contrat de sa substance ou anéantir les obligations essentielles²⁷⁸ contractées par le débiteur²⁷⁹.

108. Exception à la validité des clauses: le préjudice corporel. L'article 5.89, § 1^{er}, alinéa 3, prévoit qu'est réputée non écrite la clause qui exonère le débiteur de sa faute ou de celle d'une personne dont il répond, lorsque cette faute cause une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique²⁸⁰ d'une personne. Seules sont donc visées les personnes physiques et non les personnes morales²⁸¹. Le législateur a ainsi consacré, à juste titre, la position

²⁷⁴ Cass., 25 septembre 1959, *Pas.*, 1960, p. 113, avec les conclusions de l'avocat général P. MAHAUX; Cass., 5 janvier 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 483.

²⁷⁵ La solution est toutefois différente en présence de l'organe d'une personne morale. Vu que l'organe incarne la personne morale, celle-ci ne peut s'exonérer du dol de ses organes.

²⁷⁶ Comp. Mons, 13 février 1985, *J.T.*, 1986, p. 163 et Liège, 19 octobre 1993, R.D.C., 1994/8, p. 702; Liège, 13 avril 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 98; Liège, 25 janvier 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 520. Sur l'ensemble de la question, voy. X. THUNIS, «Une notion fuyante: l'obligation essentielle du contrat», in *Mélanges Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 521 et s.

²⁷⁷ S. STIJNS, «Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie», *op. cit.*, p. 1264. La Cour de cassation utilise les termes de clauses qui ont pour effet «d'anéantir l'obligation contractée par le débiteur» (Cass., 25 septembre 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 113; Cass., 5 janvier 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 483; Cass., 23 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 347, notes; Cass., 27 septembre 1990, *Rev. Banq.*, 1992, p. 37, note J.-F. ROMAIN; Cass., 26 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 513, cités par P. WÉRY, «La théorie générale du contrat», *Rép. not.*, t. IV, *Les obligations*, liv. 4/1, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 867).

²⁷⁸ Par exemple, plafonner les dommages et intérêts en cas de retard de livraison.

²⁷⁹ Voy. Cass., 25 septembre 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 113; Cass., 5 janvier 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 483; Cass., 23 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 347; Cass., 26 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 513, avec les nuances apportées par Patrick Wéry sur la formulation utilisée par la Cour de cassation (P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 785).

²⁸⁰ On peut regretter qu'il soit fait référence uniquement à l'intégrité physique et non pas à l'intégrité psychique, même s'il s'agit vraisemblablement d'un oubli de la part du législateur (voy. dans le même sens B. KOHL, «La clause indemnitaire et la clause exonératoire de responsabilité dans le livre 5 du Code civil», *op. cit.*, p. 209. Voy. *contra* Y. NINANE et R. THÜNGEN, «L'inexécution du contrat imputable au débiteur», *op. cit.*, p. 249).

²⁸¹ Y. NINANE et R. THÜNGEN, *ibid.*, p. 250.

défendue en doctrine²⁸² et en jurisprudence²⁸³ sous l'empire de l'ancien Code civil.

109. Sanction. Le non-respect des limites assignées à la validité des clauses est généralement sanctionné par l'annulation de la clause²⁸⁴. La nullité de la clause peut-elle affecter par voie de conséquence la totalité de la convention ? On enseigne qu'en principe, sauf disposition légale ou contractuelle contraire, « si la clause revêt un caractère essentiel dans l'esprit des parties, et constitue un fondement de leur consentement et, partant, de la conclusion du contrat, sa nullité entachera toute la convention. Dans le cas contraire, seule la clause exonératoire sera annulée, et le contrat sera maintenu. En pratique, c'est cette hypothèse qui sera rencontrée le plus fréquemment »²⁸⁵.

Avec la réforme, le principe du maintien du contrat est réaffirmé. L'article 5.89, § 1^{er}, alinéa 3, précise que les clauses qui contreviennent aux principes édictés sont réputées non écrites (laquelle sanction est une forme de nullité partielle, la clause étant présumée divisible du reste du contrat) (voy. *infra*, n° 48).

Précisons que comme pour les clauses indemnitaires (voy. *supra*, n° 102), en présence d'une clause exonératoire de responsabilité en dehors du champ d'application des lois particulières, c'est uniquement l'article 5.89 qui peut être invoqué. Le régime des clauses abusives prévu à l'article 5.52 ne trouve pas à s'appliquer²⁸⁶.

110. Responsabilité des auxiliaires²⁸⁷. Selon l'article 5.89, § 2, « si le débiteur fait appel à des auxiliaires pour l'exécution du contrat, ceux-ci peuvent

²⁸² B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », *op. cit.*, pp. 52-53; P. DE HARVEN, « Des conventions tendant à libérer de la responsabilité », *Rev. dr. b.*, 1928, pp. 242 à 244; R. KRUIHOF, « Les clauses d'exonération totale ou partielle de responsabilité – Rapport belge », in *In Memoriam Jean Limpens*, Anvers, Kluwer, 1984, pp. 179-180; Y. HANNEQUART, « Les clauses d'irresponsabilité dans les contrats d'entreprise et la sécurité du travail », *Annales de la faculté de droit de Liège*, 1959, p. 168; B. MAINGAIN, « Consentement et corps humain : brèves réflexions critiques à propos des clauses d'exonération de responsabilité concernant la personne », *Ann. dr. Louvain*, 1984, p. 495; H. COUSY, *Problemen van produktaansprakelijkheid: rechtsvergelijkend onderzoek naar Belgisch, Frans, Nederlands, Duits, Amerikaans, Engels en Europees recht*, Collectie van het Centrum, n° 21, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 359 à 360; T. MALENGREAU, « L'entreprise et les clauses exonératoires de la responsabilité », in C. DELFORGE, S. STIJNS et P. WÉRY (éds), *Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise*, Onderzoeksgroep voor verbintenissenrecht, n° 6, Bruges, la Chartre, 2017, p. 83; A. VAN OEVELEN, « Exoneratiebedingen en vrijwaringsbedingen », in V. SAGAERT et D. LAMBRECHT (éds), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 11; A. VAN OEVELEN, « De aansprakelijkheid jegens psychisch gehandicapten », *R.G.A.R.*, 1980, n° 10151; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 896.

²⁸³ Civ. Dinant, 1^{er} juin 2021, R.G. n° 19-491/A, inédit.

²⁸⁴ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 782, n° 765.

²⁸⁵ J.-F. GERMAIN et E. PLASSCHAERT, « L'exécution des obligations contractuelles », *op. cit.*, II.1.6-64. En jurisprudence, voy. Cass., 10 janvier 2014, *Pas.*, 2014, p. 52; Cass., 27 février 1959, *Pas.*, 1959, I, pp. 653 et s. Le même concept peut être utilisé au niveau des groupes de contrats où la nullité d'un contrat peut affecter la survie de l'ensemble (voy. par exemple Liège, 6 novembre 1987, *Pas.*, 1988, II, p. 56).

²⁸⁶ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 58.

²⁸⁷ Selon l'article 5.229, l'auxiliaire est celui auquel le débiteur fait appel pour l'exécution de l'obligation. On songe aux sous-traitants, aux préposés ou encore aux mandataires.

invoquer contre le créancier principal la clause d'exonération de responsabilité convenue entre celui-ci et le débiteur ». Comme le précisent les travaux préparatoires, cette disposition vise à offrir une protection à l'auxiliaire, en lui permettant d'invoquer la clause exonératoire de responsabilité afin d'éviter que le créancier, privé de son recours contre son cocontractant par l'effet de la clause en question, ne soit incité à agir contre lui. « Il est, en effet, peu acceptable qu'une partie reporte sur un tiers les conséquences d'une clause exonératoire de responsabilité qu'elle a consentie à son cocontractant. La proposition part dès lors de l'idée que lorsqu'une partie limite sa responsabilité, elle le fait non seulement pour elle-même, mais aussi pour toute personne à laquelle elle fait appel pour l'exécution du contrat. »²⁸⁸ Le fondement juridique et l'opportunité d'une telle protection font toutefois l'objet de critiques en doctrine²⁸⁹.

111. Interprétation des clauses exonératoires de responsabilité²⁹⁰. L'article 5.66, alinéa 1^{er}, 2^o, précise que la clause exonératoire de responsabilité s'interprète contre le débiteur de l'obligation. Cette disposition confirme l'interprétation que la Cour de cassation donnait de l'article 1162 de l'ancien Code civil selon laquelle, en cas de doute sur la portée d'une clause, celle-ci doit s'interpréter contre celui qui a stipulé, en l'occurrence la partie qui bénéficie de l'exonération²⁹¹. Elle confirme également le principe de l'interprétation *contra proferentem*.

Titre 3. L'extinction du contrat

112. Aperçu. Après avoir énoncé les différentes causes d'extinction du contrat (chapitre 1), nous épingleons particulièrement la caducité (chapitre 2) avant de nous arrêter brièvement sur le sort des tiers acquéreurs de bonne foi (chapitre 3).

Chapitre 1. Les causes d'extinction

113. Liste des causes d'extinction. L'article 5.112 énumère les causes d'extinction du contrat :

« 1^o par l'extinction des obligations auxquelles il a donné naissance conformément à l'article 5.244 ;

2^o par son annulation judiciaire ou extrajudiciaire conformément à l'article 5.59 ;

²⁸⁸ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 103.

²⁸⁹ Y. NINANE et R. THÜNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », *op. cit.*, p. 251.

²⁹⁰ Voy. not. sur cette question : R. KRUIHOF, « Contractuele aansprakelijkheidsregelingen », *op. cit.*, pp. 256 et s.; B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », *op. cit.*, pp. 44 et s. Voy. aussi L. CORNELIS, « Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation », *R.C.J.B.*, 1981, pp. 215 et s.

²⁹¹ Cass., 22 mars 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 863, *R.C.J.B.*, 1981, p. 189, note L. CORNELIS; Cass., 7 septembre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 2; Cass., 23 juin 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 1196; Mons, 11 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 635.

- 3° par sa résiliation de commun accord conformément à l'article 5.70, alinéa 1^{er};
- 4° par sa résiliation unilatérale conformément aux articles 5.70, alinéa 2, 5.75 et 5.76;
- 5° par sa résolution judiciaire ou extrajudiciaire pour inexécution conformément à l'article 5.90;
- 6° par l'impossibilité définitive d'exécution conformément à l'article 5.100;
- 7° dans les autres cas prévus par la loi.»

Cet article permet de bien distinguer les causes d'extinction du contrat d'une part et celles de l'obligation énumérées à l'article 5.244 d'autre part.

En tête de l'énumération, on retrouve la cause d'extinction du contrat la plus fréquente en pratique, à savoir celle où le contrat prend fin une fois que toutes les obligations auxquelles le contrat a donné naissance se sont éteintes (par exemple via le paiement, la réalisation d'une condition résolution, l'échéance du terme...) ²⁹².

Les 2° à 6° épinglent ensuite les principales causes d'extinction du contrat. Le législateur opère ici par renvoi.

Le 7° constitue une cause résiduelle renvoyant aux autres causes d'extinction prévues par la loi.

Chapitre 2. Le sort de la caducité

114. La caducité par disparition de l'objet. La caducité du contrat par disparition de l'objet ne figure pas dans la liste reprise à l'article 5.112 relatif à l'extinction du *contrat*. On retrouve cependant la caducité de *l'obligation* à l'article 5.244, 6°, relatif à l'extinction de l'obligation.

La caducité de l'obligation par disparition de son objet n'entraîne, en réalité, plus nécessairement la caducité du contrat. Cette solution est désormais différente de celle applicable sous l'empire du Code Napoléon, à tout le moins s'agissant du contrat.

En ce qui concerne la caducité de l'obligation, le législateur s'est contenté de codifier la jurisprudence de la Cour de cassation ²⁹³. L'article 5.265 indique en effet que « l'obligation devenue impossible à exécuter en nature pour quelque cause que ce soit, même si cette inexécution est imputable au débiteur, est de plein droit caduque, sans préjudice des sanctions ouvertes au créancier ».

Si l'article 5.265 s'inspire de la jurisprudence de la Cour de cassation, tel n'est pas le cas de l'article 5.113 qui prend le contre-pied de la solution retenue par

²⁹² Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 139.

²⁹³ Voy. pour un arrêt Cass., 2 février 2018, R.G.D.C., 2018, p. 519, note P.A. FORIERS. Voy. à propos de la jurisprudence de la Cour de cassation à ce sujet : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 1021.

la Cour dans son arrêt du 28 novembre 1980 ²⁹⁴. Plus précisément, le livre 5 confirme la solution retenue par la Cour en ce qu'elle permet à l'auteur d'un manquement contractuel qui a provoqué la perte de l'objet du contrat de se prévaloir de l'extinction de l'obligation sans aller jusqu'à prévoir une extinction de plein droit du contrat, comme il en résultait de l'arrêt en question. Cette précision permet au créancier victime de l'inexécution d'opter soit pour la résolution du contrat, soit pour la poursuite de celui-ci en exécutant ses obligations moyennant la réparation par le débiteur du dommage subi. Il y a donc là une correction heureuse du législateur pour préserver le droit d'option du créancier.

Chapitre 3. Nullité et résolution : le sort des tiers acquéreurs de bonne foi

115. La résolution : rétroactivité de principe et sort des tiers de bonne foi. L'article 5.95, alinéa 1^{er}, fixe comme principe que la résolution opère avec effet rétroactif sauf si le contrat est divisible dans l'intention des parties, eu égard à sa nature et à sa portée puisqu'en ce cas, la résolution ne rétroagit qu'à la date du manquement qui y a donné lieu. La même solution est retenue en France, mais également dans les instruments de *soft law* ²⁹⁵. Cette rétroactivité implique de considérer que le contrat n'a jamais existé et donne lieu à des restitutions réciproques, ce que confirme l'article 5.95, alinéa 2. Ces restitutions sont réglées aux articles 5.115 à 5.122.

Le législateur a décidé d'assortir ce principe de rétroactivité par une disposition protectrice des tiers de bonne foi. L'alinéa 3 de l'article 5.95 précise qu'à leur égard, la résolution n'opérera pas avec effet rétroactif ²⁹⁶. Comme le précisent les travaux préparatoires, cette disposition constitue une nouveauté. Alors qu'actuellement, la rétroactivité affecte les droits du sous-acquéreur de bonne foi, le livre 5 permet au tiers de conserver le bien acheté ²⁹⁷.

116. La nullité : rétroactivité et tiers de bonne foi. L'article 5.62 prévoit, comme pour la résolution, que l'annulation opère avec effet rétroactif puisqu'elle prive le contrat d'effet depuis la date de sa conclusion. Le législateur renvoie également aux articles 5.115 et suivants s'agissant des restitutions.

Si le principe de rétroactivité est le même s'agissant de la résolution et de la nullité, le sort des tiers de bonne foi est en revanche différent. Le législateur n'a en effet pas entendu élargir la protection des tiers de bonne foi aux hypothèses

²⁹⁴ Cass. (1^{re} ch.), 28 novembre 1980, *Arr. Cass.*, 1980-1981, p. 352, *Pas.*, 1981, p. 369, *R.C.J.B.*, 1987, p. 70, *Rec. gén. enr. not.*, 1983, p. 429.

²⁹⁵ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 122.

²⁹⁶ Si, sur le principe de la rétroactivité, le législateur s'est inspiré de son voisin français, il a pris le contre-pied de la solution française s'agissant des tiers de bonne foi (*ibid.*, p. 123).

²⁹⁷ A. RIGOLET, « Inexécution et sanctions : l'inexécution imputable au débiteur », *op. cit.*, p. 102.

de nullité²⁹⁸. Ce faisant, il a pris le contre-pied de la solution qui était celle de la Cour de cassation dans son arrêt du 22 janvier 2021²⁹⁹.

Titre 4. La cession de contrat³⁰⁰

117. Lacune. Les travaux préparatoires précisent d'emblée que « [n]otre droit connaît de nombreuses applications légales de la cession de contrat »³⁰¹, mais concède qu'« il manque jusqu'à présent un ancrage général. La présente proposition entend y pourvoir, à l'instar d'exemples étrangers »³⁰².

118. Cession de position contractuelle. Le nouveau régime de la cession de contrat se fonde sur la cession de *position contractuelle*. En effet, le législateur souligne que « [l]e principe est qu'une cession de contrat représente plus qu'une somme de dettes et de créances, mais constitue la cession inchangée de l'ensemble de la relation contractuelle »³⁰³, si bien que « [l]e cessionnaire ne reprend donc pas uniquement les droits et les obligations, mais toutes les compétences contractuelles, etc. »³⁰⁴. Le Code civil rejoint la doctrine plus moderne, selon laquelle il faut prendre en considération les compétences liées à la qualité de partie et les normes régissant le rapport contractuel, afin de déterminer le contenu de la relation contractuelle transférée par le cédant au cessionnaire³⁰⁵.

Deux types de cession de contrat sont envisagés selon que le cocontractant cédé y consent ou non.

Nous reviendrons tout d'abord sur la cession parfaite (chapitre 1) avant d'aborder la cession imparfaite de contrat (chapitre 2).

²⁹⁸ Les travaux préparatoires précisent que « [l]a situation [la résolution du contrat de vente] se distingue ici de celle de la nullité du contrat principal, le souci de restauration de la légalité l'emportant en principe sur les intérêts privés du sous-acquéreur, fût-il même de bonne foi » (Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 123). Voy. aussi, sur cet arrêt et son articulation avec les nouvelles dispositions du livre 3 du Code civil, P. WÉRY, « Du poids des mots en droit : une application aux causes de dissolution du contrat », in *Liber Amicorum Xavier Thunis, op. cit.*, p. 89.

²⁹⁹ Cass. (1^{re} ch.), 22 janvier 2021, *Jurim.*, 2020, p. 51, note G. CARNOY et V. LIBION, *Not. Fisc. M.*, 2021, p. 87, note V. SAGAERT, *R.W.*, 2020-2021, p. 1335, note B. VERHEYE, *R.G.D.C.*, 2022, p. 285, note M. E. STORME et R. JANSEN, *R.D.C.*, 2021, p. 784, note M. VAN DE LOOVERBOSCH, *T.B.O.*, 2021, liv. 3, p. 178, concl. R. MORTIER, note, *T. Not.*, 2021, p. 286, concl. O.M., note X. Voy. aussi P. WÉRY, « Du poids des mots en droit : une application aux causes de dissolution du contrat », in A. CATALDO, B. FOSSÉPREZ et F. GEORGE (coord.), *Liber amicorum Xavier Thunis*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 89, n° 7.

³⁰⁰ Cette partie est inspirée de l'article rédigé conjointement avec Pierre Bazier. Voy. F. GEORGE et P. BAZIER, « La transmission des obligations », in A. CATALDO et F. GEORGE (coord.), *Droit des obligations. Le nouveau livre 5 du Code civil, op. cit.*, pp. 143 à 182.

³⁰¹ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 240.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ Voy. spéc. V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 141 à 147.

Chapitre 1. Régime de la cession parfaite de position contractuelle

119. Consécration de la cession parfaite de position contractuelle en tant qu'accord tripartite. Le régime de la cession parfaite de position contractuelle figure à l'article 5.193, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code civil.

Cet article dispose que :

« § 1^{er}. Une partie contractante peut céder sa position contractuelle à un tiers, moyennant le consentement du cocontractant. Cette cession libère le cédant pour les dettes qui deviennent exigibles après la cession, sauf accord contraire des parties.

Si le cocontractant a donné son consentement par avance, la cession de la position contractuelle ne produit ses effets qu'après notification ou reconnaissance du contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire.

Pour le surplus, les dispositions des chapitres 1^{er} et 2 sont d'application conforme. »

La cession parfaite de contrat est désormais reconnue avec certaines précisions. Une partie contractante peut céder sa position contractuelle à un tiers, moyennant le consentement du cocontractant tandis que « [c]ette cession libère le cédant pour les dettes qui deviennent exigibles après la cession, sauf accord contraire des parties ».

L'exposé des motifs confirme « [qu'une] cession de contrat "parfaite" par laquelle le cédant disparaît de la relation contractuelle suppose [...] le consentement du cocontractant et donc celui des trois protagonistes »³⁰⁶.

De ces propos, il ressort que la décharge du cédant nécessite l'accord des trois parties à la cession de position contractuelle, dont celui du cocontractant cédé³⁰⁷. La simple information du cocontractant cédé ne suffit pas.

La cession parfaite de position contractuelle est donc un contrat consensuel en droit belge³⁰⁸.

120. Formes du consentement de la cession parfaite de position contractuelle. Les deuxième et troisième alinéas du premier paragraphe de l'article 5.193 du Code civil apportent des précisions sur les formes que le consentement des parties peut revêtir et sur les effets de la cession parfaite de position contractuelle.

L'article 5.193, alinéa 2, prévoit que « [s]i le cocontractant a donné son consentement par avance, la cession de position contractuelle ne produit ses effets

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 240.

³⁰⁷ C. BIQUET-MATHIEU, « Dans l'attente de la réforme du droit des obligations, la notion de cession imparfaite au cœur de l'arrêt du 26 juin 2017 », obs. sous Cass., 26 juin 2017, *J.T.*, 2018, p. 590.

³⁰⁸ Voy., dans le cadre de la cession parfaite de dette, S. STIJNS et S. JANSEN, « La cession de dette en droit belge », in P. WÉRY et P. JOURDAIN (éds), *La transmission des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 860. La solution est différente en droit français. L'article 1216 du Code civil français prévoit que « [l]a cession [de contrat] doit être constatée par écrit, à peine de nullité ».

qu'après la notification ou reconnaissance du contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire». À défaut de notification ou de reconnaissance, la cession n'existe pas et n'emporte aucun effet³⁰⁹.

Cet alinéa permet de rappeler qu'en général, «une cession [parfaite] se présentera comme un contrat tripartite»³¹⁰, mais que rien ne s'oppose à ce que la partie cédée donne son accord à l'avance à travers une clause de substitution. À l'instar de la cession de dette, une telle clause pourrait toutefois tomber sous la prohibition des clauses abusives, et ce, notamment dans les relations B2C.

Par exemple, le cédant et le cocontractant cédé peuvent stipuler dans leur relation contractuelle initiale que «[l]e créancier autorise expressément le débiteur à se substituer toute personne de son choix, physique ou morale, dans les droits et les obligations nés du présent contrat. Cette faculté de substitution pourra être exercée à tout moment par le débiteur»³¹¹.

121. Effets. On peut lire dans l'exposé des motifs «[qu'en] principe, la cession a pour conséquence la libération de la partie originaire, sauf pour les dettes exigibles avant la cession»³¹² (nous soulignons). La décharge du cédant semble donc être une conséquence de l'accord des trois parties sur la cession de position contractuelle au cessionnaire. En théorie, la convention de cession ne doit dès lors pas faire expressément mention de la décharge par une clause spéciale pour que le cédant soit libéré, même s'il est vrai que les parties le feront normalement en pratique afin de lever toute incertitude à cet égard.

Le cocontractant cédé peut, à l'inverse, réserver son recours contre le cédant, auquel cas le cédant restera tenu solidairement.

Seules les dettes exigibles après la cession sont transmises, sauf disposition contractuelle contraire. Il importe dès lors pour les parties de bien préciser, au niveau temporel, les dettes et créances visées par la cession.

122. Opposabilité des exceptions. L'article 5.193, § 1^{er}, alinéa 3, du Code civil ajoute que «[p]our le surplus, les dispositions des chapitres 1^{er} et 2 sont d'application conforme». Cette disposition signifie notamment que l'*opposabilité des exceptions* «résulte du régime applicable à la cession de créance et à la cession de dette auquel il est renvoyé»³¹³. Le renvoi aux règles de la cession de dette et de créance offre une soupape de sécurité en cas de lacunes du contrat de cession.

³⁰⁹ C. BIQUET-MATHIEU, «La transmission des obligations», in P. WÉRY et B. KOHL, *Le nouveau droit des obligations*, coll. CUP, vol. 216, Liège, Anthemis, 2022, p. 433.

³¹⁰ Proposition de loi portant le livre 5 «Les obligations» du Code civil précitée, p. 240.

³¹¹ W. DROSS, *Clausier. Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit interne*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, 2016, pp. 883-884.

³¹² Voy. Proposition de loi portant le livre 5 «Les obligations» du Code civil précitée, p. 240.

³¹³ *Ibid.*

On peut regretter que le législateur n'ait pas davantage précisé sa pensée. En effet, on peut se demander s'il n'est pas contraire à la volonté des parties à une cession parfaite de distinguer les exceptions applicables au volet actif (art. 5.181 et 5.182 C. civ.) et les exceptions applicables au volet passif (art. 5.189 C. civ.) de la relation contractuelle initiale³¹⁴. Toutefois, à suivre cette logique, le cessionnaire peut invoquer, au sein d'un contrat synallagmatique, les exceptions liées à la dette cédée – telles la nullité ou la prescription – dont le cédant disposait avant la cession et les exceptions personnelles que le cocontractant cédé lui aurait accordées³¹⁵. La partie cédée peut, quant à elle, se prévaloir de toutes les exceptions dont elle disposait à l'égard du cédant avant la cession de la position contractuelle; elle peut aussi opposer au cessionnaire le paiement effectué ou les conséquences des actes juridiques effectués à l'égard du cédant avant la conclusion de l'opération³¹⁶.

Autrement dit, le cessionnaire peut opposer au cocontractant cédé toutes les exceptions dont le cédant disposait³¹⁷ (cession de dettes : article 5.189, alinéa 1^{er}, auquel renvoie l'article 5.193) tandis que le cocontractant cédé peut opposer au cessionnaire (cession de créances : article 5.181, alinéa 1^{er}) toutes les exceptions dont il disposait à l'égard du cédant.

En ce qui concerne les exceptions fondées sur le caractère synallagmatique du contrat cédé (exception d'inexécution, compensation, résolution...), ces dernières sont opposables lorsque les dettes connexes³¹⁸ concernées sont visées par le transfert³¹⁹.

Lorsque toutes les obligations connexes ne sont pas visées par la cession, la transmission des exceptions pose question³²⁰.

On considère généralement que la perte du caractère réciproque des obligations en sens inverse ne fait pas perdre la connexité qui les unit³²¹.

123. Sort des sûretés. Tandis que les sûretés qui garantissent les créances cédées par le cédant au cessionnaire (à savoir les créances contre le cocontractant cédé) sont maintenues, s'agissant des sûretés qui garantissent les dettes du

³¹⁴ En droit français, l'article 1216-2 du Code civil organise un régime d'opposabilité des exceptions propres à la cession de contrat, qui se distingue de celui de la cession de créance et de dette («Le cessionnaire peut opposer au cédé les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Il ne peut lui opposer les exceptions personnelles au cédant»). Voy. sur cette disposition, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, op. cit., pp. 486-487, n° 864; O. SALVAT, «La cession de contrat», op. cit., p. 212.

³¹⁵ Proposition de loi portant le livre 5 «Les obligations» du Code civil précitée, p. 238.

³¹⁶ *Ibid.*, pp. 235-236.

³¹⁷ On excepte toutefois la possibilité d'invoquer l'incapacité du cédant (art. 5.189, al. 2).

³¹⁸ La connexité est une notion fuyante et évolutive. Les dettes sont connexes lorsqu'elles trouvent leur fondement dans un même contrat ou une même cause.

³¹⁹ C. BIQUET-MATHIEU, «La transmission des obligations», op. cit., p. 436.

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ *Ibid.*

cédant, celles-ci s'éteignent à moins que les constituants ne consentent à leur transfert³²². Notons que si le cédant n'est pas libéré, les sûretés sont préservées³²³.

Le cocontractant cédé doit donc être particulièrement attentif à faire mentionner que les sûretés attachées aux dettes du cédant passent au cessionnaire, pour autant que le constituant marque son accord, en dépit de la cession parfaite de position contractuelle³²⁴.

Chapitre 2. Régime de la cession imparfaite de position contractuelle

124. Consécration de la cession imparfaite de position contractuelle en tant qu'accord bipartite. L'absence de consentement du cocontractant cédé distingue la cession parfaite de la cession imparfaite. Selon l'article 5.193, § 2, alinéa 1^{er}, « [s]i la position contractuelle est cédée à un tiers sans le consentement du cocontractant, seul le cessionnaire peut exercer les droits qui découlent de cette position contractuelle. Le cédant demeure néanmoins solidairement tenu des conséquences de l'exercice de ces droits ».

Par cette disposition, le Code civil consacre la cession imparfaite de contrat telle que théorisée par Pierre Van Ommeslaghe³²⁵ en doctrine et reconnue par la Cour de cassation dans son arrêt du 26 juin 2017³²⁶. L'exposé des motifs de l'article 5.193 est clair : « en principe, la cession de contrat ne nécessite pas le consentement du cocontractant »³²⁷, car « ce consentement n'est nécessaire que pour libérer le cédant »³²⁸. Ce constat implique que « [l]a doctrine accepte également la validité juridique de la cession "imparfaite" de contrat »³²⁹ ou, autrement dit, la validité de la convention de cession *bipartite* conclue uniquement entre le cédant et le cessionnaire³³⁰.

Selon l'exposé des motifs, la cession imparfaite est « la combinaison d'une cession de créance (art. 5.174 et s.) et d'une cession imparfaite de dette (art. 5.191) »³³¹, ce qui rend « les dispositions du chapitre 1^{er} (relatif à la cession

³²² Voy., dans le cadre de la cession de dette, S. STIJNS et S. JANSEN, « La cession de dette en droit belge », *op. cit.*, pp. 801-802 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, p. 1942.

³²³ C. BIQUET-MATHIEU, « La transmission des obligations », *op. cit.*, p. 435.

³²⁴ Voy. l'article III.-5:205(4) du *Draft Common Frame of Reference*, auquel l'exposé des motifs de l'article 5.189 du Code civil renvoie à propos de la cession parfaite de dette (C. VON BAR et E. CLIVE (éds), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, vol. 3, Munich, European Law Publishers, 2009, p. 1094).

³²⁵ P. VAN OMMESLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », in *La transmission des obligations*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1980, pp. 170 à 177. Voy. plus récemment du même auteur : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil*, t. II, *op. cit.*, pp. 1975 à 1978.

³²⁶ Cass., 26 juin 2017, *Pas.*, 2017, n° 420.

³²⁷ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 240.

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ *Ibid.*, p. 241.

³³¹ *Ibid.*, p. 240.

de créance) et l'article 5.191 (relatif à la cession imparfaite de dette) applicables par analogie, respectivement, aux droits et aux obligations attachés à la position contractuelle cédée »³³².

125. Intention du cessionnaire de s'engager à l'égard du cocontractant cédé. L'application de l'article 5.191 du Code civil prévoit, quant à lui, que le cessionnaire et le cédant seront tenus solidairement des dettes lorsque le cessionnaire a l'intention de s'engager envers le cocontractant cédé. Une telle intention dépend de l'interprétation de la volonté du cessionnaire et, de la sorte, de l'examen des circonstances³³³. En toute hypothèse, il ne faut pas perdre de vue que l'article 5.191 présume cette intention dès lors que *le cessionnaire informe le créancier de la cession*³³⁴.

126. Effets de la cession imparfaite de position contractuelle : transfert des prérogatives et solidarité. Le nouveau régime de la cession de contrat étant fondé sur le transfert de la position contractuelle, l'exposé des motifs de l'article 5.193, § 2, alinéa 1^{er}, précise qu'en cas de cession imparfaite, « les droits qui découlent de la position contractuelle du cédant ne peuvent être exercés que par le cessionnaire. Ces droits incluent non seulement les créances nées du contrat, *mais également les droits attachés à la position contractuelle* qui ne constituent pas des créances au sens technique du terme, tels que le droit de résilier le contrat de commun accord, le droit de résoudre en cas d'inexécution du cocontractant, etc. »³³⁵.

Par ailleurs, afin de protéger les intérêts du cocontractant cédé qui n'a pas consenti à la cession imparfaite de position contractuelle, le législateur prescrit utilement que le cédant et le cessionnaire seront solidairement tenus des conséquences de l'exercice des droits liés à la qualité de partie par le second. Il s'agit d'un cas de solidarité entre débiteurs organisé aux articles 5.160 à 5.165 du Code civil.

127. Formalisme d'opposabilité relatif à la cession de créance et des prérogatives attachées à la position contractuelle. Dans la cession imparfaite de contrat, le cocontractant cédé est un tiers. Dans ce cadre, le cédant ou le cessionnaire ont notamment l'obligation de notifier la cession des créances issues du contrat cédé afin d'assurer son opposabilité au cocontractant cédé à moins que ce dernier ne la reconnaisse (art. 5.179 et 5.180 C. civ.).

³³² *Ibid.*, p. 241.

³³³ Voy. not., sur l'interprétation d'une manifestation de volonté, Cass., 27 mai 2002, *Pas.*, 2002, n° 318.

³³⁴ Le régime de l'opposabilité des exceptions pose question étant donné que le législateur ne précise rien à cet égard. Tout d'abord, s'agissant des créances, il est permis de penser qu'il convient de se référer au régime de la cession de créance (art. 5.181 et 5.182 C. civ.). Ensuite, en ce qui concerne la cession des dettes, le régime de la solidarité entre débiteurs, auquel l'article 5.191 du Code civil renvoie, nous semble rendre l'article 5.162 de ce code applicable. Voy., sur le régime des exceptions de ces institutions, Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, pp. 206 à 209 (solidarité) et pp. 235-236 (cession de créance).

³³⁵ *Ibid.* (nous soulignons).

128. Mutation en cession parfaite de position contractuelle. L'article 5.193, § 2, alinéa 3, du Code civil prévoit, enfin, que « [s]i le cocontractant accepte ultérieurement la cession, le paragraphe 1^{er} est d'application conforme ». Il convient de rappeler que le cédant et le cessionnaire peuvent conclure une cession imparfaite de position contractuelle, à laquelle ils demandent à la partie cédée d'adhérer par la suite³³⁶ ou à laquelle cette dernière adhère de sa propre initiative par une déclaration unilatérale de volonté³³⁷. Dans ce cas, son adhésion transforme la cession imparfaite en une cession parfaite de position contractuelle³³⁸.

129. Opposabilité des exceptions et sort des sûretés. L'opposabilité des exceptions est soumise au même régime que celui applicable en présence d'une cession imparfaite de dette (volet passif) et d'une cession de créance (volet actif). Les sûretés qui garantissent les dettes du cédant à l'égard du cédé et ses créances contre le cocontractant cédé sont maintenues.

130. Conclusion. La cure de jouvence que le Code civil connaît depuis l'adoption de la loi du 13 avril 2019 peut être de nature à effrayer les praticiens. Il est vrai qu'outre le changement de numérotation des dispositions, il importe, pour tous les contrats conclus depuis le 1^{er} janvier 2023, d'être attentif à de nombreux changements. À titre d'exemple, la pratique contractuelle est chahutée et les raisonnements inversés compte tenu de la consécration de la théorie de l'imprévision et de la résolution anticipée. Cela étant, si certains réflexes doivent être modifiés, le livre 5 constitue pour l'essentiel une codification à droit constant. Par ailleurs, l'apport incontestable de la réforme en termes de pédagogie et de cohérence compense largement le fait d'être un peu bousculé dans ses habitudes. L'on ne peut donc que se réjouir de l'adoption de ce nouveau droit des obligations tout en formant le vœu que la mue du Code Napoléon se poursuive et s'achève avec l'adoption des autres livres.

³³⁶ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 916-917; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contracten en derden*, Anvers-Apeldoorn, Maarten Kluwer's, 1984, pp. 59-60.

³³⁷ V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, *op. cit.*, p. 438.

³³⁸ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil précitée, p. 241.