

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les sanctions qui affectent la formation et l'exécution du contrat

Vanstechelman, Emilie

Published in:

Les grandes évolutions du droit des obligations

Publication date:

2019

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Vanstechelman, E 2019, Les sanctions qui affectent la formation et l'exécution du contrat: questions choisies. dans *Les grandes évolutions du droit des obligations*. Anthemis, Limal, pp. 301-374.

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 sanctions qui affectent la formation et l'exécution du contrat : questions choisies

Émilie VANSTECHELMAN

*Assistante à l'UNamur
Avocate au barreau de Huy*

Introduction

Que se passe-t-il lorsque des failles entourent la négociation, la formation ou l'exécution du contrat ? En lien avec le propos rappelé ci-avant, il est évidemment très difficile de répondre de façon systématique à une telle question. Il est certain que, pour le créancier victime, il n'est pas toujours simple d'actionner le « bon remède ». Les conditions de mise en œuvre sont nombreuses, les effets différents avec des conséquences parfois difficiles à accepter pour les parties. Se pose également le rôle modérateur du juge qui, en pratique, se révèle capital.

La présente contribution a pour objet de présenter à l'aune de la jurisprudence récente (principalement en matière de vente immobilière) et du projet de loi insérant un livre 5 au sein du Code civil certaines sanctions qui affectent tantôt la formation, tantôt l'exécution du contrat. L'approche ne se veut toutefois pas exhaustive vu la diversité de la thématique visée, ses richesses et les questions théoriques et pratiques qu'elle suscite.

Dans une première section, nous analyserons les fautes précontractuelles et les sanctions qui en résultent. Notre attention portera, d'une part, sur la question de la rupture abusive des pourparlers et, d'autre part, sur l'obligation d'information, de renseignement et de conseils.

Dans une deuxième section, liée aux sanctions des défauts dans la formation du contrat, la question de la nullité du contrat ou de l'une des clauses de celui-ci retiendra notre attention. Nous veillerons à revoir les causes de nullité.

Dans la troisième section, nous examinerons le mécanisme de la caducité de l'obligation et du contrat par disparition de son objet et la théorie de

l'imprévision. Nous nous posons brièvement la question de l'agencement et du cumul des sanctions qui affectent l'exécution d'un contrat et décrivons de manière succincte les réponses apportées par le gouvernement dans le projet portant réforme du Code civil.

Section 1

Les fautes précontractuelles

Introduction

La période précontractuelle est « celle qui s'écoule entre le moment où les futures parties entrent pour la première fois en contact et celui où le contrat se conclut »¹.

Il existe une série d'opérations classiques de la vie courante pour lesquelles la période précontractuelle dure seulement quelques instants, quelques secondes. Cependant, dans certaines situations, plus complexes, l'une des parties souhaite, par exemple, disposer d'un temps de réflexion ou confronter une offre avec une autre, déjà en sa possession. Les parties négocient. Et dans telle hypothèse, la période précontractuelle dure plus longtemps, en raison de l'engagement de **pourparlers contractuels**². La période des pourparlers n'est actuellement pas réglementée par le Code civil³. Elle fait néanmoins naître des devoirs juridiquement contraignants dans le chef des parties. Les fautes commises dans ce cadre sont qualifiées de *culpa in contrahendo*⁴.

Il nous a paru important d'analyser au sein de la présente contribution les obligations des futurs cocontractants et des sanctions en cas de méconnaissance de celles-ci.

Sous-section 1

Rupture abusive des pourparlers

§ 1. Principe

Les pourparlers contractuels doivent être menés de bonne foi⁵, sous peine de faire naître une responsabilité précontractuelle : c'est une faute aquilienne sanctionnée sur base de l'article 1382 du Code civil⁶. Le principe réside évidemment dans le fait qu'en principe, les pourparlers peuvent être rompus. Tant que le contrat n'est pas conclu, les parties restent libres de conclure ou de ne pas conclure. Ainsi, il a été justement rappelé que : « Le principe de la liberté contractuelle, renforcé en matière commerciale par la liberté de la concurrence, induit le droit de contracter ou non en choisissant librement son contractant et en subordonnant la conclusion d'un contrat au respect de ses propres exigences. La rupture des négociations constitue en principe un droit dont l'exercice ne présente en soi aucun caractère fautif et ne saurait dès lors appeler de sanction judiciaire »⁷.

Néanmoins, dans certains cas, rompre des pourparlers est susceptible d'abus. Il incombe en effet à toute personne qui souhaite traiter avec autrui de « négocier de manière loyale, avec rectitude, mais aussi de manière diligente et prudente »⁸.

Au sein d'un arrêt du 6 février 2007, la Cour d'appel de Bruxelles a défini la rupture abusive de pourparlers contractuels en ces termes : « Les circonstances de la rupture des négociations nouées entre parties peuvent cependant engager la responsabilité aquilienne de celui qui prend l'initiative de rompre de façon brutale et sans motif valable des négociations qui étaient sur le point d'aboutir et alors que la victime était dans la croyance légitime que le contrat serait finalement conclu après avoir consacré beaucoup de temps à ces négociations en engageant, dans le cours de celles-ci, certains frais »⁹.

⁵ L'article 1134, alinéa 3, du Code civil prévoit que les contrats doivent être exécutés de bonne foi mais la jurisprudence et la doctrine contemporaines estiment avec raison qu'il serait peu cohérent de ne pas exiger le respect de la bonne foi dès le départ, c'est-à-dire pendant la période des pourparlers de la conclusion du contrat. Voy. M. COIPEL, *op. cit.*, p. 32; A. DE BERSAQUES, « La lésion qualifiée et sa sanction », *R.C.J.B.*, 1977, p. 29; J. HERBOTS, « De goede trouw in de pre-contractuele rechtsverhoudingen », in *Le contrat en formation*, Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, 2^e tirage, 1993, pp. 31 et s.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 323, n° 360.

⁶ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 323, n° 360.

⁷ Bruxelles (18^e ch.), 6 février 2007, *D.B.F.-B.F.R.*, 2008/3, pp. 176-179.

⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 323, n° 359.

⁹ Bruxelles (18^e ch.), 6 février 2007, *D.B.F.-B.F.R.*, 2008/3, pp. 176-179. Voy. Comm. Bruxelles, 17 juin 2010, *R.D.C.-T.B.H.*, 2013/1, pp. 39-47 pour un autre cas concret : « Il y a rupture abusive des négociations lorsque des parties donnent l'apparence d'une conclusion prochaine d'une convention, avant d'opérer une volte-face inattendue à un stade aussi avancé des négociations, en émettant soudainement des doutes quant à la santé financière de

¹ M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Kluwer, 1999, p. 31, n° 41.

² M. COIPEL, *op. cit.*, p. 31, n° 41; F. T'KINT, « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau, 1984, pp. 9-46; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 147 et s.

³ F. GEORGE, N. GILLARD, J.-B. HUBIN et H. JACQUEMIN, « Chronique de jurisprudence 2015-2017 », *R.D.T.L.*, n° 68-69, p. 10.

⁴ P. ANCEL, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 239; M. COIPEL, *op. cit.*, p. 33, n° 45; P. VAN OMMESSLAGHE, *Les obligations*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 535-555; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 321, n° 356. La théorie de la *culpa in contrahendo* a été développée au 19^e siècle par Rudolf von Jhering.

§ 2. Sanction et dommage réparable

La victime doit prouver la faute, le dommage et le lien causal entre la rupture fautive des pourparlers et le préjudice subi.

Le juge doit tenir compte des circonstances concrètes de la cause : il doit vérifier l'existence d'un lien de cause à effet entre la faute et le préjudice¹⁰. Il doit prendre en considération l'éventuelle faute de la victime.

La doctrine considère généralement que les frais exposés par chacun lors des négociations (plans, devis, études, expertises) doivent être conservés. Seuls les frais exposés en pure perte postérieurement à la naissance de l'espoir fallacieux de voir la convention se conclure seront indemnisés¹¹. La perte d'une chance de voir la convention se conclure constitue un dommage réparable tout comme le temps perdu par le fait des négociations.

Sous-section 2

Le devoir d'information ou de conseil au stade précontractuel

§ 1. Concepts

Le devoir de conseil ou de renseignement au stade précontractuel est l'œuvre de la doctrine¹² et la jurisprudence.

J. Ghestin en propose la définition suivante : l'obligation de renseignement, laquelle est reprise au sein de toutes contributions consacrées au devoir de conseil et d'information implique que « Celle des parties qui connaissait, ou qui devait connaître, en raison spécialement de sa qualification professionnelle, un fait dont elle savait l'importance déterminante pour l'autre contractant, est tenue d'en informer celui-ci, dès l'instant qu'il était dans l'impossibilité de se renseigner lui-même, ou qu'il pouvait légitimement faire confiance à son cocontractant, en raison de la nature du contrat, de la qualité des parties, ou des informations inexactes que ce dernier lui avait fournies »¹³.

la contrepartie, en exigeant de nouvelles garanties exorbitantes, et en rompant les négociations au motif que de telles garanties ne sont pas fournies ».

¹⁰ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 324, n° 362.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Voy. M. COIPEL, *op. cit.*, pp. 32-38 ; A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming in uitvoering van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2000, n°s 431-442 ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 1992 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1988, pp. 566 et s. ; J.-P. MASSON, « Les fourberies silencieuses », *R.C.J.B.*, 1979, pp. 527 et s. ; D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », *R.C.J.B.*, 2018, pp. 115 et s. ; *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, Liège, Formation CUP, vol. 86, 2006.

¹³ J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, t. 2, 2^e éd., *op. cit.*, 1988, p. 566, n° 508. Voy. M. COIPEL, *op. cit.*, n° 47, pp. 36-38.

L'application factuelle dudit devoir est mise en exergue par J.-P. Masson suite à un arrêt de la Cour de cassation du 8 juin 1978 : « L'obligation générale de renseignement peut être définie comme le devoir d'indiquer à son cocontractant tout ce qui peut normalement être pris en considération par une personne raisonnable pour décider si elle va conclure le contrat, et, dans l'affirmative, à quelles conditions. Tout sera cas d'espèce, selon le contrat, et il n'y aura pas plus d'imprécision que lorsqu'on décide, par exemple, qu'il faut se comporter en bon père de famille »¹⁴.

Lorsqu'aucune disposition spécifique ou avant-contrat ne l'impose, la doctrine a pu définir les trois conditions cumulatives permettant d'établir l'existence d'une obligation d'information. Il faut :

- 1) la connaissance de l'information dans le chef de celui qui doit la communiquer ;
- 2) la connaissance de la valeur particulière ou de l'importance de cette information pour le cocontractant ;
- 3) l'ignorance légitime de la même information dans le chef de celui qui doit la recevoir¹⁵.

Relativement à la seconde condition, nous précisons qu'à notre sens, la connaissance de la valeur particulière de l'information doit être appréciée souplesment, en fonction de l'objet du contrat, du projet du cocontractant connu par le détenteur de l'information.

À l'instar de D. Mougenot¹⁶, nous pensons que si les notions de devoir d'information et de renseignement sont similaires, tel n'est pas le cas du devoir de conseil. Le conseil, c'est le fait de faire à quelqu'un des suggestions liées à l'analyse de sa situation spécifique. « Donner un conseil à quelqu'un consiste non seulement à lui donner un renseignement brut, mais également à lui montrer les déductions que l'on peut en tirer »¹⁷.

Enfin, l'obligation d'information et de renseignement a pour corollaire évident l'obligation de se renseigner et il ne s'agit pas pour le créancier de

¹⁴ J.-P. MASSON, « Les fourberies silencieuses », note sous Cass., 8 juin 1978 ; *R.C.J.B.*, 1979, p. 540, n° 14 (en matière de réticence dolosive).

¹⁵ J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé – Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (fraus omnia corrumpit)*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 862, n° 377.

¹⁶ D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel : procession d'Echternach ou clarification définitive ? », *R.D.C.-T.B.H.*, 2016/7, p. 655 ; D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », *R.C.J.B.*, 2018/2, p. 117.

¹⁷ D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 117 ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 1992, n° 11 ; F. GLANSDORFF, « Introduction générale », in F. GLANSDORFF (dir.), *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, CUP, vol. 86, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 25.

l'information de «se retrancher derrière une ignorance de façade ou une passivité sans bornes»¹⁸.

§ 2. Fondements

Pour certains, l'obligation d'information ou de conseil découle de l'obligation de bonne foi et de l'article 1134 du Code civil¹⁹. Il s'agit d'une manifestation de ces normes objectives de comportement qui découlent du principe de bonne foi : «Celui qui s'engage dans la négociation d'un contrat est soumis, dès la phase des pourparlers préliminaires, à une obligation de bonne foi en vertu de laquelle il doit informer loyalement l'autre partie sur toutes les circonstances déterminantes pour la conclusion du contrat»²⁰.

En l'absence d'obligation légale spécifique et même en l'absence de question posée par le candidat acquéreur, il n'est aujourd'hui plus contesté qu'il existe dans le chef du vendeur professionnel une obligation générale d'information, laquelle a pour fondement le principe général de l'exécution de bonne foi des conventions. Il existe une jurisprudence abondante sur la question, généralement en lien avec l'application d'une clause exonératoire de garantie en vice caché. Ainsi, par exemple, par un arrêt du 17 février 2005, la Cour d'appel de Gand a jugé qu'en n'ayant pas informé les candidats acheteurs de l'historique des terrains à vendre et de la pollution du sol existante, alors qu'ils en étaient eux-mêmes informés, les vendeurs professionnels ont non seulement manqué à leur obligation d'information mais se voient également privés d'invoquer les clauses d'exonération reprises dans les actes de vente²¹.

D'autres y voient une illustration du devoir de prudence qui découle de l'article 1382 du Code civil²².

¹⁸ M. COIPEL, *op. cit.*, n° 47, p. 37; B. DOCQUIR, *Droit du numérique. Contrats, innovation, données et sécurité*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2018, n° 20.

¹⁹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 151, n° 126; E. MONTERO, «Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil des fabricants et vendeurs professionnels», in Fr. GLANSBORFF (dir.), *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, CUP, vol. 86, *op. cit.*, pp. 311-353; B. DOCQUIR, *op. cit.*, n° 15.

²⁰ B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, coll. R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2016, citant Mons, 13 janvier 2003, J.L.M.B., 2004, p. 54. Ce fondement a notre préférence.

²¹ Gand, 17 février 2005, R.A.B.G., 2006, vol. 1, pp. 428-433 et la note de G. JACOBS, «De rechtsbescherming van de koper en de informatieverplichting van de verkoper van verontreinigde grond», pp. 434-440. Rappelons que lorsque le vendeur est un professionnel et l'acquéreur est un consommateur, il y a lieu de tenir compte des règles énoncées par le Livre VI du C.D.E. Est en effet considérée comme abusive, la clause qui a pour objet «de supprimer ou diminuer la garantie légale en matière de vices cachés, prévue par les articles 1641 à 1649 du Code civil, ou l'obligation légale de délivrance d'un bien conforme au contrat, prévue par les articles 1649bis à 1649octies du Code civil» (art. VI.83, 14° C.D.E.).

²² M. TAEYMANS et E. JACOBS, «Informaticacontracten», in *Bijzondere overeenkomsten*, Malines, Kluwer, 2013, p. 11.

§ 3. Avant-contrat et dispositions légales spécifiques

Dans certains cas particuliers, le devoir d'information précontractuelle est visé en termes d'avant-contrat imposant une obligation spécifique de renseignement. Il peut également résulter d'une disposition légale particulière. Tel est notamment le cas, à certains égards, de l'article III.74 du Code de droit économique, qui impose à toute entreprise un devoir général d'information et de transparence. Cette disposition impose à toute entreprise de mettre à disposition, entre autres :

- «9° les conditions générales et les clauses générales dans le cas où l'entreprise en utilise, ainsi que les langues dans lesquelles ces conditions générales et ces dispositions pourront être consultées;
- 10° l'existence, dans le cas où l'entreprise en utilise, de clauses contractuelles concernant la législation applicable au contrat ou la juridiction compétente;
- 11° l'existence de toute garantie contractuelle après-vente éventuelle, non imposée par la loi;
- 12° le prix du service, lorsque le prix est déterminé au préalable par l'entreprise pour un type de service donné;
- 13° les principales caractéristiques de l'activité économique;
- 14° les assurances ou les garanties visées à l'article III.6 et notamment les coordonnées de l'assureur ou du garant et la couverture géographique».

Peuvent être épinglés également les articles X.27 et X.28 du même Code, obligeant des partenaires commerciaux à communiquer des informations avant la conclusion d'un accord de partenariat commercial. L'accord de partenariat commercial est défini comme «un accord conclu entre plusieurs personnes, par lequel une de ces personnes octroie à l'autre le droit d'utiliser lors de la vente de produits ou la fourniture de services, une formule commerciale sous une ou plusieurs des formes suivantes : une enseigne commune; un nom commercial commun; un transfert de savoir-faire; une assistance commerciale ou technique»²³.

En droit de la consommation, de nombreuses règles figurent désormais aux Livres VI et VII du même Code (voir les articles VI.45 et VI.46 du C.D.E. en matière de conclusion de contrats à distance).

²³ Art. I.11.2° C.D.E. Sur le champ d'application du Titre 2 concernant l'obligation d'information précontractuelle, voy. A. DE SCHOUTHEETE et O. VANDEN BERGHE, «Le Livre X du nouveau Code de droit économique – Les nouveautés en matière d'information précontractuelle», *R.D.C.-T.B.H.*, 2014/8, pp. 739-756.

En outre, le titre XIV du Code de droit économique impose aux titulaires de professions libérales de fournir des informations aux consommateurs. Les obligations du Livre XIV ne s'appliquent pas aux notaires et aux huissiers, en leur qualité d'officier public, ni aux avocats agissant dans le cadre de l'aide juridique (art. XIV.2 C.D.E.)

Lorsque l'obligation d'information et de conseil trouve son fondement dans la loi, elle se voit souvent assortie de sanctions particulières en cas de méconnaissance²⁴. Comme le précise B. Docquir, «loin d'en atténuer la portée, ces obligations légales spécifiques renforcent le devoir général d'information, de renseignement et de conseil qui s'impose à tous les professionnels sur le fondement du principe de bonne foi»²⁵.

§ 4. Sanction

La méconnaissance de ce devoir de renseignement, d'information, de conseil et de mise en garde est sanctionnée par la mise en cause de la responsabilité extracontractuelle de l'agent sur le pied de l'article 1382 du Code civil et/ou sur l'existence d'un vice de consentement en fonction du cas d'espèce. Des réticences dolosives pourraient ainsi être invoquées au stade précontractuel. La jurisprudence admet que «la réticence peut, selon les circonstances, constituer une manœuvre caractéristique du dol chaque fois que le cocontractant avait l'obligation de donner des informations à sa victime et les a celées»²⁶. Est exigé un silence volontaire alors qu'il existe une obligation d'informer l'autre partie²⁷.

§ 5. Obligation de moyens ou de résultat

Dans son arrêt du 16 décembre 2004²⁸ en matière de responsabilité médicale et portant sur le devoir d'information du médecin, la Cour de cassation a estimé que le devoir d'information du médecin ne constituait pas une obligation de résultat. Nous ne partageons pas cette position peu nuancée qui

²⁴ Voy. par exemple l'article 30 de la loi du 14 juillet 1991 en matière de ventes de produits et de services aux consommateurs. Voy. J. LAFFINEUR, «La formation du contrat de consommation», in *Le processus de formation du contrat*, Formation permanente CUP, vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 343. Voy. également les articles 10 et 11 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation; l'article 5 de la loi du 25 juin 1992 portant sur le contrat d'assurance terrestre.

²⁵ B. DOCQUIR, *op. cit.*, n° 15.

²⁶ P. VAN OMMESLAGHE, «Chronique», *R.C.J.B.*, 1986, n° 19; voy. Cass., 8 juin 1978, *R.C.J.B.*, 1979, p. 540 et note J.-P. MASSON.

²⁷ Fr. HAUMONT, «Chapitre II. La responsabilité environnementale et les cessions d'immeubles: aspects contractuels», in X. THUNIS et Fr. TULKENS, *Entreprises, responsabilités et environnement*, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 52.

²⁸ Cass., 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 298.

apparaît en outre contraire à des arrêts subséquents et notamment ceux du 20 mars 2006 et du 25 juin 2015²⁹.

Il convient de distinguer, à notre sens, d'une part, du type d'information à communiquer, de la pertinence de l'information transmise eu égard aux attentes de l'acquéreur (connues par le vendeur) et d'autre part, de la catégorie de devoir concernée (information, conseil, renseignements).

Ainsi, s'il s'agit d'une information simple, il convient de conclure à l'existence d'une obligation de résultat³⁰. Certains auteurs se montrent toutefois encore plus stricts. Fr. Glansdorff retient l'existence d'une obligation de résultat en ce qui concerne la délivrance d'une information pertinente et compréhensible, le choix des modalités de transmission de celles-ci et, dans une large mesure, le contenu même de l'obligation de conseil³¹. D'autres auteurs s'accordent, par contre, sur le fait que le devoir de transmettre une information efficace constitue une obligation de moyens³². On relèvera qu'en France, la doctrine retient une obligation de résultat atténuée quant au devoir de délivrance de l'information. La reconnaissance d'une obligation de résultat implique que le débiteur de l'obligation devra établir l'existence d'une cause étrangère pour contester la mise en cause de sa responsabilité.

Nous partageons la position de B. Docquir qui considère que tout autre est «la question de savoir si les éléments ainsi fournis sont suffisants, au regard des attentes du client ou des nécessités objectives du projet envisagé. À cet égard, l'obligation d'information est souvent qualifiée d'obligation de moyens, à bon droit pensons-nous, en raison de l'aléa propre à tout conseil, d'une part, et du rôle actif qui est attendu du client dans la mise en œuvre de ce conseil, d'autre part»³³.

Comme le soulève enfin D. Mougenot, s'il s'agit d'un conseil, l'obligation du professionnel s'apparente davantage à une obligation de moyens³⁴, «le conseil correspondant à la mise en relations du renseignement brut avec l'objectif poursuivi par le créancier de l'obligation d'information»³⁵.

²⁹ Cass., 20 mars 2006, C.04.0441.N, *Pas.*, 2006, p. 629; Cass., 25 juin 2015, *R.G.A.R.*, 2015, n° 1519, note F. GLANS-DORFF.

³⁰ D. MOUGENOT, «La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps», *op. cit.*, p. 133.

³¹ F. GLANSDORFF, «Introduction générale», in *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, CUP, vol. 86, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 33-39.

³² E. MONTERO, «Les contrats de l'informatique et de l'internet», *op. cit.*, n° 16.

³³ B. DOCQUIR, *op. cit.*, n° 19. Voy. également B. КОН, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, p. 344.

³⁴ D. MOUGENOT, «La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps», *op. cit.*, p. 133.

³⁵ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 494. Voy. *supra*, § 1. Concepts.

§ 6. Charge de la preuve : les hésitations jurisprudentielles et leurs implications pour le praticien

Cette thématique mériterait à elle seule, une contribution ! Et pourtant, la question posée est simple : lorsque le créancier de l'obligation d'information reproche au débiteur un défaut d'information, sur qui repose la charge de la preuve de l'existence d'une telle obligation et de l'inexécution ou de la mauvaise exécution dudit devoir³⁶ ?

Nous relèverons que la Cour de cassation se montre à cet égard indécise. Dans ses arrêts des 26 janvier 1968, 14 décembre 2001, 20 mars 2006 et 25 juin 2015, la Cour considère qu'il résulte de l'article 1315 du Code civil que c'est au débiteur qu'il incombe de prouver qu'il s'est conformé à son obligation et non au créancier de prouver le fait négatif que le débiteur n'a pas donné cet avis³⁷. La Cour prononce deux arrêts contraires en matière de responsabilité médicale en date du 16 décembre 2004 : elle estime qu'en cas de contestation de droit civil en matière de dommage à indemniser, la charge de la preuve de la faute, du dommage et du lien de causalité incombe à la personne qui demande réparation pour le dommage subi. Un patient qui allègue que le médecin n'a pas satisfait à son obligation d'information doit en administrer la preuve³⁸. La Cour fait donc peser la charge de la preuve sur le créancier de l'information.

D. Mougenot³⁹, B. Docquir⁴⁰ et Fr. Glansdorff⁴¹ préconisent de procéder par étapes :

- 1) Dans un premier temps, il convient de prouver l'existence d'une obligation d'information, de renseignements ou de conseil. La charge de la preuve de cet élément pèse sur le créancier en application du premier alinéa de l'article 1315 du Code civil. Cette preuve est aisée à rapporter lorsqu'elle est imposée par la loi, les règles déontologiques ou la jurisprudence.
- 2) Dans un second temps, il incombe au débiteur de prouver qu'il a exécuté ce devoir en application de l'alinéa 2 de l'article 1315 du Code civil. « Il doit prouver le fait de l'exécution »⁴².

³⁶ Voy. articles 870 du Code judiciaire et 1315 du Code civil.

³⁷ Voy. Cass., 26 janvier 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 661 ; Cass., 14 décembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 261 ; Cass., 20 mars 2006, C.04.0441.N, *Pas.*, 2006, p. 629 ; Cass., 25 juin 2015, R.G.A.R., 2015, n° 1519, note Fr. GLANSDORFF. Voy. D. MOUGENOT, *op. cit.*, pp. 120-123.

³⁸ Cass., 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 298. Cass., 16 décembre 2004, C.03.0407.N, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1168. Voy. D. MOUGENOT, *op. cit.*, pp. 121-122.

³⁹ D. MOUGENOT, *op. cit.*, pp. 137-138.

⁴⁰ B. DOCQUIR, *op. cit.*, n° 19.

⁴¹ Fr. GLANSDORFF, « Introduction générale », *op. cit.*, pp. 33-39.

⁴² D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 137.

- 3) Il incombe au créancier de prouver que cette information n'est pas satisfaisante : l'information a été donnée de façon incorrecte, incomplète ou erronée. Rappelons que lorsqu'il s'agit de la preuve d'un fait négatif, la preuve d'une simple vraisemblance devrait suffire⁴³.
- 4) Enfin, il incombe au créancier de prouver que cette inexécution résulte d'une faute du cocontractant et que cette faute est en lien causal avec le dommage subi (la charge de la preuve, sur ce point, varie suivant qu'il s'agit d'une obligation de moyens ou de résultat).

Nous renvoyons aux contributions précitées pour des développements plus précis et une critique pertinente de la jurisprudence de la Cour de cassation⁴⁴.

§ 7. Brève application en matière de contrats de vente portant sur un bien pollué

Il existe plusieurs lieux privilégiés où, selon nous, la méconnaissance de l'obligation d'information ou du devoir de conseil devrait davantage être sanctionnée. Notamment en matière d'urbanisme⁴⁵ et de revalorisation d'anciens pôles industriels désertés (*quid* de la pollution ?). Une obligation d'information précise pèse sur certaines autorités publiques ayant un rôle néanmoins commercial. Nous pensons notamment à certaines intercommunales de droit public, précisément chargées de revaloriser d'anciennes friches industrielles.

Pour le Professeur Francis Haumont, parmi les personnes qui pourraient être tenues à cette obligation d'information en matière de vente d'un bien pollué, « il y a, en premier lieu, les personnes qui en vertu d'une disposition légale y sont tenues. C'est le cas en matière d'urbanisme et de contamination de sols. Il y a ensuite les personnes qui, en raison des règles de la profession, pourraient être tenues à donner une **information suffisamment précise** à l'acquéreur »⁴⁶. L'auteur poursuit : « En matière de sites pollués, peut-on considérer qu'il y ait des vendeurs professionnels ? Certains organismes publics ou privés tendent à se spécialiser dans l'achat et la revente de friches industrielles,

⁴³ D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 128 et les conclusions tirées par l'auteur pp. 142-143.

⁴⁴ Voy. également V. RONNEAU, « La charge de la preuve en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Responsabilité, indemnisation et recours*, coll. Formation CUP, vol. 174, Liège, Anthémis, 2017, n° 20, pp. 36-37.

⁴⁵ Pour des exemples concrets : Liège, 19 février 2013, R.G. 2011/RG/659, www.juridat.be, n° F-20130219-7. La Cour d'appel de Liège a annulé une vente immobilière pour réticence dolosive d'informations dont le vendeur avait parfaite connaissance. Voy. également Civ. Liège (7^e ch.), 26 mars 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1106 ; Cass., 31 mars 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 237, R.G. n° C.09.0510.F, www.juridat.be ; Civ. Dinant (4^e ch.), 3 septembre 2009, *Rev. not. belge*, 2010, p. 374 ; Bruxelles (9^e ch.), 28 avril 2009, R.G.D.C., 2013, p. 518. Le lien entre la méconnaissance de l'obligation d'informations et la réticence dolosive est évident.

⁴⁶ Fr. HAUMONT, « Chapitre II. La responsabilité environnementale et les cessions d'immeubles : aspects contractuels », *op. cit.*, p. 52.

revente précédée le cas échéant d'une décontamination. Il paraît difficile de ne pas les considérer comme des vendeurs professionnels⁴⁷. Nous savons que le vendeur professionnel est assimilé à un vendeur de mauvaise foi dès qu'il y a dans son chef une obligation de compétence, donc de résultat, sauf à prouver l'ignorance invincible du vice affectant la chose vendue⁴⁸. En matière de sites contaminés, une telle exigence devrait conduire à imposer à certains organismes privés ou publics, qui vendent des terrains industriels et qui, à ce titre, doivent être assimilés à des vendeurs professionnels, l'obligation de donner une information précise quant à l'état du sol et du sous-sol et, le cas échéant, la teneur de la contamination. Des clauses exonératoires de responsabilité en vertu desquelles «selon le vendeur, le bien n'est pas pollué» apparaissent insuffisantes pour justifier une exonération dans le chef d'un vendeur «professionnel» telle une intercommunale. De même, le fait que le bien ne soit pas repris à la SPAQUE ne doit pas être considéré comme suffisant. Le surcoût lié à l'acquisition d'un terrain présentant une pollution même limitée est toujours important. Les cours et tribunaux se satisfont trop facilement de clauses de style insérées dans les actes authentiques de vente pour estimer que les obligations d'information ont été remplies par le débiteur⁴⁹. En fonction des circonstances de la cause, en matière de vente d'un sol pollué, le créancier pourra soit poursuivre le vendeur en réticences dolosives (méconnaissance du devoir d'information – article 1382 du Code civil), soit en nullité pour erreur sur la substance de la chose⁵⁰. La violation par le vendeur de son obligation d'information pourra également avoir des conséquences sur le plan de la garantie des vices cachés à laquelle le vendeur est tenu⁵¹.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ B. DUBUISSON, «Quelques réflexions sur la présomption de mauvaise foi du vendeur professionnel», *Ann. Dr. Louv.*, 1988, p. 177; P.A. FORTIERS, «La garantie du vendeur professionnel et la Cour de cassation de Belgique – Observations et réflexions», in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles-Paris, Bruylant et Dalloz, 1994, p. 247.

⁴⁹ Une clause de style telle que celle-ci : «En application du Décret wallon, le vendeur déclare :

1. ne pas avoir exercé sur le bien présentement vendu d'activités pouvant engendrer une pollution du sol ou ne pas avoir abandonné de déchets sur ce bien pouvant engendrer telle pollution;
2. ne pas avoir connaissance de l'existence présente ou passée sur ce même bien d'un établissement ou de l'exercice présent ou passé d'une activité figurant sur la liste des établissements et activités susceptibles de causer une pollution du sol au sens dudit Décret Sols en vigueur en Région wallonne;
3. qu'aucune étude de sol dite d'orientation ou de caractérisation dans le sens dudit Décret Sols n'a été effectuée sur le bien présentement vendu et que par conséquent aucune garantie ne peut être donnée quant à la nature du sol et son état de pollution éventuel. Pour autant que ces déclarations aient été faites de bonne foi, le vendeur est exonéré vis-à-vis de l'acquéreur de toute charge relative à une éventuelle pollution du sol qui serait constatée dans le futur et des éventuelles obligations d'assainissement du sol relatives au bien vendu».

Pour une critique de cette clause «passe-partout», voy. P.-Y. ERNEUX, «Pratique notariale et sol pollué – Note critique sur une clause actuellement usitée», *Notamus*, 2006/3, pp. 76-78.

⁵⁰ Anvers, 25 avril 2005, *T.M.R.*, 2006, liv. 6, pp. 671 et s.; Comm. Charleroi, 1^{er} mars 1979, *J.T.*, 1980, p. 375.

⁵¹ Articles 1641 et s. du Code civil.

Relevons les changements législatifs importants en Région flamande et en Région wallonne qui visent à prémunir l'acquéreur d'une information tardive quant à la qualité du sol acquis⁵². La Cour de cassation a rendu un arrêt en date du 22 mars 2018 qui porte sur l'admissibilité de l'avant-contrat et de la condition suspensive en lien avec l'attestation du sol (*bodematters*) en droit flamand. L'obligation de communiquer l'attestation de sol s'impose dès le stade de la promesse ou de l'offre d'achat, bien que celle-ci ne constitue pas une vente à proprement parler⁵³. Notons que l'article 116, § 1^{er}, du décret flamand du 27 octobre 2006 sanctionne la violation de cette obligation par la nullité de la convention; l'attestation du sol constituant un élément de validité du contrat de vente⁵⁴.

§ 8. Brève application en matière de contrats informatiques

La doctrine, suivie de plus en plus par la jurisprudence attache de plus en plus d'importance à l'obligation d'information précontractuelle en matière informatique.

S'agissant de vendeurs ou fabricants professionnels, la jurisprudence exige davantage qu'une simple obligation de devoir fournir des informations d'ordre général. Il incombe au professionnel de se renseigner sur les besoins de son client, ainsi que d'apprécier de façon critique des informations reçues du client et qui présenteraient un caractère lacunaire ou incohérent⁵⁵. Il s'agit de mettre en garde le client, d'orienter ses choix en fonction de ses besoins particuliers, d'attirer son attention sur les risques identifiés, de lui présenter les éléments techniques et financiers de nature à lui permettre d'apprécier l'opportunité de s'engager^{56, 57}.

⁵² Article 101 du décret flamand du 27 octobre 2006 relatif à l'assainissement et à la protection du sol (M.B., 22 janvier 2007) et article 31 du décret wallon du 1^{er} mars 2018 relatif à l'assainissement et la gestion des sols (M.B., 22 mars 2018).

⁵³ Cass., 22 mars 2018, *J.T.*, 2019, pp. 29-30.

⁵⁴ Voy. F. ONCLIN, *Les conséquences civiles des polices administratives – Étude comparée des droits wallon, flamand et bruxellois*, coll. Droit immobilier, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 212-222; F. ONCLIN, «Attestation du sol, promesse de vente et condition suspensive – Commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation du 22 mars 2018», *J.T.*, 2019/2, n° 6756, pp. 30-33; F. ONCLIN, J. LIGOT et C. STANDAERT, «Le régime d'information dans le cadre du décret du 1^{er} mars 2018 relatif à la gestion et à l'assainissement des sols», in *Le décret de gestion et d'assainissement des sols du 1^{er} mars 2018* (D.G.A.S.), Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 99-135.

⁵⁵ B. DOCQUIR, *op. cit.*, n° 20.

⁵⁶ E. MONTERO, «Les contrats de l'informatique et de l'internet», *Rép. not.*, t. IX, Bruxelles, Larcier, pp. 60-65; E. DAVIO et E. MONTERO, «Aspects contractuels de l'informatisation de l'entreprise», *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2^e éd., Titre III, liv. 37, Waterloo, Kluwer, 1996, pp. 20-24; B. DOCQUIR, *op. cit.*, n° 18.

⁵⁷ Quant au contenu du devoir d'information dans les contrats informatiques, voy. J.-P. BUYLE, «Aspects contractuels relatifs à l'informatisation», *Droit de l'informatique. Enjeux – Nouvelles responsabilités*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau, 1993, pp. 213 et s.; B. DOCQUIR, *op. cit.*, n° 20; E. MONTERO et H. JACQUEMIN, «Commerce

Appliquée à un contrat de fourniture informatique, l'obligation d'information et de conseil a été définie en ces termes par le Tribunal de commerce de Liège, division Huy: «Le contrat de fourniture informatique comporte implicitement mais nécessairement un devoir de conseil dans le chef du fournisseur en informatique. [...] Tout d'abord, le fournisseur a l'obligation de s'informer des besoins spécifiques de son client. Ensuite, il est tenu d'informer complètement et objectivement son client des caractéristiques et conditions d'utilisation du logiciel. Enfin, il lui incombe de conseiller l'utilisateur en lui proposant le matériel et les méthodes de travail les plus appropriées au regard de ses besoins et souhaits»⁵⁸.

§ 9. De lege ferenda

Le projet de loi portant création d'un Code civil et y insérant un livre 5 «Les obligations» est novateur puisque diverses dispositions sont consacrées à la période précontractuelle, aux obligations qui s'imposent aux parties et aux sanctions en cas de méconnaissance du devoir d'information.

Après avoir rappelé le principe de la liberté contractuelle en son article 5.18 et de la liberté de négocier en son article 5.19, le projet de loi énonce le contenu du devoir d'information qui s'impose à toute partie et qui devra être précisé eu égard «à la loi, la bonne foi et les usages» et «à la qualité des parties, à leurs attentes raisonnables et à l'objet du contrat». Le pouvoir d'appréciation des cours et tribunaux reste très large.

L'article 5.21 codifie et précise le droit existant en matière de responsabilité précontractuelle.

L'alinéa 1^{er} de cette disposition confirme le principe de la responsabilité précontractuelle, à laquelle s'appliquent les règles de la responsabilité extracontractuelle, notamment en cas de rupture fautive des négociations ou de violation d'un devoir d'information.

L'alinéa 2 est consacré à la rupture fautive de négociations. Seul l'intérêt contractuel négatif⁵⁹ peut en ce cas être réparé, à moins que dans des cas excep-

électronique et contrats de l'informatique – Chronique de jurisprudence 2009-2011», *R.D.T.I.*, 2012, pp. 5-21; J.-B. HUBIN et H. JACQUEMIN, «Contrats de l'informatique et commerce électronique – Chronique de jurisprudence 2012-2014», *R.D.T.I.*, 2015, pp. 7 et s.; F. GEORGE, N. GILLARD, J.-B. HUBIN et H. JACQUEMIN, *op. cit.*, pp. 11-12.

⁵⁸ Comm. Liège (div. Huy), 6 janvier 2016, R.G. A/15/00140, inédit. Voy. F. GEORGE, N. GILLARD, J.-B. HUBIN et H. JACQUEMIN, *op. cit.*, pp. 11-12 et les cas jurisprudentiels exposés en matière de contrats informatiques.

⁵⁹ La distinction entre l'intérêt positif et l'intérêt négatif provient du droit allemand et est explicitée au sein d'un article de von JHERING en 1860 (voy. *supra*, note de bas de page 4). L'intérêt négatif est l'intérêt qu'avait le créancier à ne pas conclure un contrat qui a échoué. Afin de réparer le dommage subi, le créancier doit être replacé dans l'état qui aurait été le sien s'il n'avait pas conclu le contrat. Les dommages et intérêts négatifs sont ainsi établis en comparant la situation actuelle du créancier lésé à celle qui aurait été la sienne si le contrat

tionnels la confiance légitime que le contrat serait sans aucun doute conclu n'ait été suscitée. Dans cette hypothèse, l'indemnisation de l'intérêt contractuel positif implique au maximum la réparation de la perte des avantages nets attendus du contrat non conclu. Seuls les dommages ayant un lien de causalité avec la rupture fautive des négociations entrent en considération pour l'indemnisation.

Par exemple, la réparation de l'intérêt négatif inclut les frais engagés devenus inutiles et la perte de l'opportunité de conclure un contrat avec un tiers. En revanche, des dépenses qui auraient été exposées en toute hypothèse n'entrent pas en ligne de compte pour l'indemnisation⁶⁰.

Section 2

Les sanctions qui affectent la formation du contrat

Le contrat qui est affecté d'un défaut dans sa formation est entaché d'une cause de nullité⁶¹.

Nous rappellerons brièvement les causes de nullité du contrat (sous-section 1) pour nous concentrer, dans un second temps, sur le mécanisme de l'annulation, ses caractéristiques, ses effets pour les parties (sous-section 2).

Sous-section 1

Causes de nullité du contrat : rappels

Introduction

Il résulte des articles 1108 et suivants du Code civil que la validité de tout contrat repose sur quatre conditions essentielles : le consentement libre et éclairé des parties, leur capacité de contracter⁶², un objet certain⁶³ et une cause licite⁶⁴ de l'engagement. Ces quatre conditions doivent être remplies lors de la conclusion du contrat.

n'avait pas été conclu. L'intérêt négatif « vise plus largement à réparer le dommage découlant de la confiance ("Vertrauen") vainement placée par le créancier dans un contrat resté sans suite, soit parce que le contrat est annulé, soit parce que le débiteur est défaillant, soit parce qu'il n'a pas été conclu » (voy. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 174).

⁶⁰ Exposé des motifs, pp. 31-32.

⁶¹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 289, n° 319.

⁶² Art. 1123-1125 C. civ.

⁶³ Art. 1126-1130 C. civ.

⁶⁴ Art. 1131-1133 C. civ.

Nous développerons le point relatif au consentement libre et éclairé, en veillant à analyser le projet de réforme. Pour le surplus et quant aux autres causes de nullité, rappelons que :

- L'article 1108 du Code civil exige, à titre de condition de validité du contrat, que le consentement libre et éclairé ait été donné par une partie capable⁶⁵ de s'engager.
- Le contrat n'est valablement formé que si l'engagement porte sur un objet déterminé ou déterminable, réalisable ou possible et licite (articles 1126 et 1130 du Code civil)⁶⁶.
- Les articles 1108 et 1131 du Code civil⁶⁷ exigent que le contrat ait été motivé par une cause licite : l'engagement d'une partie doit avoir été déterminé par des motifs ou des mobiles conformes à l'ordre public et aux bonnes mœurs⁶⁸.

§ 1. Consentement⁶⁹

Le consentement est la volonté d'une partie de produire des effets juridiques. Le contrat naît lorsque deux manifestations de volonté se rencontrent. Le consentement peut être exprès ou tacite. Dans notre système juridique, la volonté réelle prime la volonté déclarée. C'est ainsi que le juge devra, en cas de doute, sonder la volonté réelle des parties.

Le législateur envisage, aux articles 1109 et suivants, les trois hypothèses dans lesquelles le consentement de l'une des parties se trouve affecté d'un vice : « Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ». À ces trois vices s'ajoutent la lésion visée par l'article 1118 du Code civil et la lésion qualifiée, lesquelles peuvent être cause de rescision.

⁶⁵ Les incapables ne peuvent donc pas en principe conclure de conventions. Il en va des mineurs non émancipés de moins de 18 ans (articles 388 et 488 du Code civil), des interdits judiciaires (article 489 et s. du Code civil), des faibles d'esprit (article 487bis du Code civil) et des prodigues (article 513 du Code civil).

⁶⁶ P. WÉRY, « Nullité absolue et nullité relative », *op. cit.*, p. 49, n° 11.

⁶⁷ L'article 1131 du Code civil dispose que « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

⁶⁸ Sur ces notions, voy. Cass., 9 décembre 1948, R.C.J.B., 1954, p. 251 et note de P. DE HARVEN ; Cass., 15 mars 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 885 ; M. COIPEL, *op. cit.*, pp. 62-65 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 111.

⁶⁹ Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 207-208.

§ 2. Vices de consentement⁷⁰

A. L'erreur

Le contrat est annulable lorsqu'une partie a versé dans une erreur simple (article 1110 du Code civil). Toute erreur n'entraîne pas la nullité. Le droit est tiraillé entre deux objectifs contradictoires. D'une part, la sécurité juridique et la confiance dans les transactions exigent que l'on remette en cause le moins souvent possible les contrats. D'autre part, il ne paraît pas souhaitable de maintenir un contrat si un consentement est altéré car il n'y a pas de volonté réelle de contracter.

L'erreur-vice de consentement se définit comme « une discordance entre la volonté réelle et la volonté déclarée, non provoquée par des manœuvres de la part de l'autre partie au contrat et involontaire dans le chef de celui qui la commet »⁷¹. En toute hypothèse, seule l'erreur contemporaine à la formation du contrat est cause de nullité⁷².

L'article 1110 du Code civil précise simplement que l'erreur entraîne la nullité de la convention lorsqu'elle tombe « sur la substance même de la chose » ou sur la personne du cocontractant quand celle-ci constitue « la cause principale de la convention ».

Pour être cause de nullité, l'erreur doit remplir quatre conditions⁷³.

1) L'erreur doit porter sur la « substance » de la chose qui forme l'objet du contrat. Selon la Cour de cassation, cette substance vise « tout élément qui a déterminé principalement la partie à contracter de telle sorte que, sans cet élément, le contrat n'aurait pas été conclu »⁷⁴.

Dans le cadre d'une vente publique d'un terrain (pollué), le curateur estimait que la pollution ne constituait pas une erreur sur l'objet de la chose vendue, lequel est identique à celui que les appelants entendaient acquérir, mais une simple contestation sur une des qualités de cette chose vendue, ce qui ne permettait pas, selon lui, de retenir cette thèse de l'erreur substantielle.

⁷⁰ Les règles et définitions relatives à l'erreur, au dol et à la violence ne sont pas fondamentalement modifiées dans l'avant-projet de loi portant création d'un Code civil et y insérant un livre 5. La matière est fixée aux articles 5.37 à 5.40. Voy. Exposé des motifs, pp. 44-59.

⁷¹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1, *op. cit.*, pp. 50-53 ; G. FIÉVET, « Erreur, dol et lésion qualifiée. Chronique de jurisprudence (2006-2016) », in *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 61 et s. ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, 2005, pp. 80-83 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 253-263 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 231-238.

⁷² P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 214, n° 229.

⁷³ Voy. G. FIÉVET, *op. cit.*, pp. 63-79 et les nombreux cas jurisprudentiels cités ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 251, n° 136 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1, *op. cit.*, p. 48, n° 37.

⁷⁴ Cass., 3 mars 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 811 ; Cass., 31 octobre 1966, *Pas.*, 1967, I, p. 294 ; Cass., 27 octobre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 950 ; Cass., 27 septembre 2007, R.G.D.C., 2009, note D. PHILIPPE ; Cass., 14 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 70.

La Cour d'appel de Mons, dans cet arrêt du 3 juin 2014⁷⁵, n'est pas de cet avis et rappelle que « l'erreur ne doit pas obligatoirement porter sur la matérialité même de l'objet qui est vendu, mais peut aussi être invoquée, à propos des qualités du bien vendu, pour autant qu'elles soient substantielles et que la vente n'aurait pas été conclue si ce défaut de qualité avait été connu des acquéreurs avant la vente ». Ainsi, il a été écrit, à juste titre, à propos précisément de la vente de biens pollués, que : « On relève également des décisions en ce qui concerne le sous-sol dont les qualités peuvent être à l'origine d'une erreur sur la substance. Ce sera le cas, par exemple, lorsqu'un terrain a été vendu comme terrain à bâtir et qu'il s'avère ultérieurement qu'en égard à la nature du sol et du sous-sol, il n'est pas possible de bâtir dans des conditions normales comme dans le cas d'un terrain qui n'est en fait qu'un remblai de déchets divers recouverts d'une mince couche de terre »⁷⁶. Un raisonnement similaire pourrait être tenu à propos de la pollution du sol et du sous-sol. En effet, on peut considérer qu'un sol dont la contamination ne permet aucun usage est atteint dans sa substance⁷⁷.

2) La doctrine enseigne que l'erreur peut porter sur toute qualité de la chose pour autant qu'il soit certain qu'une des parties en ait fait dépendre son engagement. L'erreur doit être déterminante du consentement de l'*errans* : il incombe à celui-ci de démontrer qu'il n'aurait pas contracté s'il avait su que la chose convenue ne possédait pas la qualité substantielle qu'il escomptait. L'appréciation du caractère déterminant de l'erreur doit se faire *in concreto*, en considération des intentions personnelles de l'*errans*⁷⁸.

3) L'élément déterminant sur lequel porte l'erreur doit avoir pénétré le champ contractuel⁷⁹, c'est-à-dire avoir été porté objectivement⁸⁰ ou subjectivement⁸¹ à la connaissance des deux parties. Il n'est pas exigé que les deux contractants se trompent ; l'erreur de l'un d'entre eux suffit⁸².

⁷⁵ Mons (2^e ch.), 13 juin 2014, J.L.M.B., 2017/1, pp. 14-20.

⁷⁶ Liège, 11 décembre 1989, Act. dr., 1990, p. 210.

⁷⁷ Fr. HAUMONT, « La contamination des sols : Les responsabilités contractuelles », in *Sols contaminés, sols à décontaminer*, Bruxelles, F.U.S.L., 1996, pp. 142-143.

⁷⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, op. cit., p. 215, n° 231.

⁷⁹ P. BAZIER, « L'interaction entre les vices de consentement et les pouvoirs du juge », in S. STIJNS et P. WÉRY, *Le juge et le contrat*, Bruxelles, la Charte, 2014, p. 255. L'erreur est dite commune. Comme le relève P. WÉRY, « pour usuel qu'il soit, cet adjectif est malencontreux » (op. cit., p. 217). Voy. la reconnaissance par la jurisprudence de cette condition : Cass., 12 février 2015, C.14.0330.F ; Cass., 24 septembre 2007, Arr. Cass., 2007, p. 1743, Pas., 2007, p. 1609, R.W., 2009-2010, p. 1640, note E. NORDIN, T.B.B.R., 2009, p. 216, note D. PHILIPPE ; Cass., 14 janvier 2013, Pas., 2013, p. 70 et R.W., 2013-2014, p. 342, note ; Cass., 27 octobre 1995, Arr. Cass., 1995, p. 920, Pas., 1995, p. 950 ; Cass., 3 mars 1967, Arr. Cass., 1967, p. 829 et Pas., 1967, p. 811.

⁸⁰ Objectivement : on vise les éléments qui, selon l'opinion communément admise, doivent être considérés comme déterminants, même si les parties ne les mentionnent pas dans le contrat.

tivement⁸¹ à la connaissance des deux parties. Il n'est pas exigé que les deux contractants se trompent ; l'erreur de l'un d'entre eux suffit⁸².

4) L'erreur doit être excusable, c'est-à-dire être celle commise par un homme raisonnable placée dans les mêmes circonstances⁸³. L'*errans* ne mérite pas d'être protégé si son erreur résulte d'une imprudence manifeste. Cette appréciation du caractère excusable ou inexcusable de l'erreur se fait *in abstracto*, en tenant compte « de l'âge, de la profession et des connaissances que l'on peut normalement attendre de la partie »⁸⁴.

Il a ainsi été dit, à juste titre, que :

« Enfin, l'acquéreur peut être aidé, dans la démonstration du caractère excusable de son erreur, par le comportement du notaire. Ainsi, dans un jugement du 26 juin 2007, le tribunal de première instance de Bruxelles, après avoir constaté l'erreur commise par l'acquéreur, qui avait cru que le locataire avait renoncé à son droit de préemption et qui, partant, n'avait pas jugé utile de conclure le compromis sous la condition suspensive de l'absence d'exercice de ce droit de préemption, a estimé que cette erreur était excusable dans le chef de l'acquéreur, au motif que les notaires avaient commis semble-t-il, la même erreur »⁸⁵.

Le caractère excusable ou inexcusable de l'erreur doit enfin être mis en lien avec le devoir de conseil du cocontractant vis-à-vis de l'*errans*. « Pour apprécier le caractère inexcusable de l'erreur, on tient également compte de l'obligation de s'informer de la partie qui s'est trompée et de l'obligation d'information de l'autre partie »⁸⁶.

⁸¹ Subjectivement : il s'agit des éléments qui sont déterminants pour l'*errans* alors qu'ils ne revêtent normalement pas cette importance. Sauf si les circonstances l'en dispensent, l'*errans* doit en aviser son cocontractant. La Cour de cassation fait référence à cette exigence (qui est en lien avec l'entrée de l'élément déterminant dans le champ contractuel) : « toute erreur qui porte sur un élément du contrat qui a déterminé principalement une partie à contracter, que le cocontractant ne pouvait ignorer et sans lequel le contrat n'aurait pas été conclu » (Cass., 24 septembre 2017, R.G.D.C., 2009, p. 216, note D. PHILIPPE).

⁸² P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, op. cit., p. 234, n° 233.

⁸³ Plus précisément, la Cour de cassation, dans différents arrêts, rejette l'erreur inexcusable, soit celle que n'aurait pas commise un homme raisonnable. Voy. par ex. Cass., 28 novembre 2013, R.W., 2014-2015, p. 584 ; Cass., 28 juin 1996, Arr. Cass., 1996, p. 664, Pas., 1996, p. 714 ; Cass., 10 avril 1975, Arr. Cass., 1975, p. 871, Pas., 1975, p. 785 et R.C.J.B., 1978, p. 198, note M. COPEL ; Cass., 6 janvier 1944, Pas., 1944, I, p. 133. Voy. également Mons (2^e ch.), 26 septembre 2005, J.L.M.B., 2006/19, pp. 813-817.

⁸⁴ M. DUPONT, « Nullité absolue et nullité relative », in P. WÉRY (dir.), *La nullité des contrats*, Formation permanente CUP, vol. 88, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 41-43.

⁸⁵ Civ. Bruxelles, 26 juin 2007, R.C.D.I., 2009, p. 39 ; B. KOHL, « Le contrat de vente d'immeuble. Développements récents », in B. KOHL (dir.), *La vente immobilière : aspects civils, administratifs et fiscaux*, Formation permanente CUP, vol. 121, Liège, Anthémis, 2010, p. 42.

⁸⁶ C. Goux, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse et comparaisons », in P. WÉRY, *La théorie générale des obligations*, Formation permanente CUP, vol. 27, Liège, ULg, 1998, p. 31, n° 12.

L'erreur vice de consentement entraîne la nullité de la convention (article 1117 du Code civil). Cette nullité est relative et seule la partie victime de l'erreur pourra s'en prévaloir. L'errans pourrait en outre solliciter des dommages et intérêts si son erreur résulte d'une faute commise par son cocontractant (*culpa in contrahendo* – article 1382 du Code civil) et si son préjudice n'est pas entièrement réparé par le prononcé de la nullité⁸⁷. Le juge ne pourrait prononcer la nullité partielle de la convention, parce qu'il semble difficilement imaginable que l'errans se trompe partiellement^{88, 89}.

B. Le dol

Aux termes de l'article 1116 du Code civil, «le dol est une cause de nullité de la convention, lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas, et doit être prouvé»⁹⁰.

Le dol consiste en «une discordance entre la volonté réelle et la volonté déclarée provoquée par des manœuvres frauduleuses»⁹¹ d'une partie contractante. Le vice de consentement est l'erreur dans laquelle est induite la victime du dol⁹².

Le juge peut accueillir le dol s'il constate la réunion de quatre conditions⁹³:

Premièrement, le dol nécessite l'existence de manœuvres⁹⁴, lesquelles sont «toutes les espèces d'artifices, tromperies, déloyautés qu'une partie

emploie pour induire en erreur la personne avec qui elle contracte»⁹⁵. Cet élément matériel est donc nécessairement intentionnel, même s'il ne consiste pas forcément en un acte positif. Outre les tromperies et les mensonges, un silence peut également, dans certaines circonstances, constituer une manœuvre dolosive⁹⁶. Comme l'affirme P. Van Ommeslaghe, la réticence, au contraire du simple silence, entraîne donc l'annulation du contrat lorsque son auteur a, au moment de la formation du contrat, sciemment omis de mentionner des informations afin d'induire son cocontractant en erreur⁹⁷. Le caractère dolosif de la manœuvre répond ici à une acception négative et requiert de son auteur non plus une action mais une abstention coupable: se taire lorsqu'il existe une obligation de parler, que celle-ci résulte de la loi, de la situation professionnelle d'une des parties ou encore de l'obligation de loyauté et de bonne foi qui impose de répondre loyalement aux questions posées dans la phase précontractuelle⁹⁸.

La réticence dolosive se situera dès lors souvent aux confins entre le devoir d'information qui peut peser sur une partie et l'obligation de renseignement qui peut peser sur l'autre⁹⁹.

Il comporte également un élément psychologique: la volonté de tromper, d'induire l'autre partie en erreur en vue d'obtenir sous l'influence de cette erreur son consentement. Il faut une faute intentionnelle¹⁰⁰.

Troisièmement, les manœuvres dolosives doivent enfin être déterminantes du consentement du cocontractant. Ce dernier devra prouver que, sans ces manœuvres, il n'aurait pas contracté ou ne l'aurait fait qu'à des conditions

⁸⁷ G. FIÉVET, *op. cit.*, p. 81; P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, p. 266, n° 147; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 237, n° 235; P. BAZIER, *op. cit.*, p. 256, n° 8; M. GRÉGOIRE, «La violence, vice du consentement», *J.T.*, 2009, p. 43; C. GOUX, «La violence dans la formation des actes juridiques», in P. WÉRY, *La théorie générale des obligations* (suite), Formation permanente CUP, vol. 57, Liège, ULg, 2002.

⁸⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 237-238, n° 235-1; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, *op. cit.*, p. 83, n° 108.

⁸⁹ Petite nouveauté (si le projet passe...) qui mérite d'être notée: au sein de l'avant-projet de Code civil, un article 5.38, alinéa 2, vise spécifiquement l'erreur de droit. L'Exposé des motifs balise en ces termes l'erreur de droit, cause de nullité d'une convention: outre les conditions reprises ci-avant (caractère excusable et déterminant de l'erreur), il conviendra de prouver que celle-ci est liée à un écheveau difficile à démêler de législations ou de règles juridiques peu claires ou complexes. De même, l'erreur commise par un tiers («complice du cocontractant ou une personne dont il doit répondre») est susceptible de fonder une action en nullité. Le terme «complice» n'est probablement pas le plus approprié.

⁹⁰ Voy. L. CORNELIS, «Le dol dans la formation des contrats», note sous *R.C.J.B.*, 1976, pp. 37-60; B. DOCQUIR, *op. cit.*, n° 30-31; G. FIÉVET, *op. cit.*, pp. 82-94; J.-P. MASSON, «Les fourberies silencieuses», note sous Cass., 8 juin 1978, *R.C.J.B.*, 1979, pp. 527-542; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 225.

⁹¹ P. VAN OMMEFLAGHE, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 269, n° 149.

⁹² P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 225, n° 242.

⁹³ G. FIÉVET, *op. cit.*, pp. 82 et s.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 225 et s.

⁹⁴ À l'inverse de l'erreur vice de consentement. Voy. la définition de la Cour d'appel de Liège dans un arrêt du 19 février 2013 (Liège, 19 février 2013, R.G. n° 2011/RG/659, www.juridat.be, F-20130219-7).

⁹⁵ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 225, n° 243.

⁹⁶ Cass., 8 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1156; J.-P. MASSON, «Les fourberies silencieuses» (note sous Cass., 8 juin 1978), *R.C.J.B.*, 1979, p. 527; Cass., 16 juin 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 465; Cass., 16 septembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1160, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 787, note W. DE BONDT; Cass., 30 juin 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 1488.

⁹⁷ Cass., 8 juin 1978, *Pas.*, I, p. 1156.

⁹⁸ P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, 2010, p. 251.

⁹⁹ D. RAES, «De l'investisseur mécontent et de la responsabilité alléguée de son conseiller», *R.D.C.-T.B.H.*, 2011/4, pp. 360-369; Y. DE CORDT, «La réticence dolosive et le devoir de loyauté dans le cadre des cessions d'actions» (note sous Liège, 14 novembre 2006), *R.D.C.*, 2008, pp. 164 et s.; J.-Fr. ROMAIN, «Paradoxe de l'indécidable et aporie constitutive de la bonne foi: du mensonge par omission au dol (contours et limites d'une forme de délit d'initié en droit civil)», in *Droit des contrats, France, Belgique*, t. 2, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 69 et s.; P.A. FORIERS, «Dol par réticence dolosive et erreur inexcusable», in *Liber amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 315; Bruxelles, 28 avril 2009: «La réticence dolosive ne peut constituer un dol que lorsque la partie qui s'y livre avait l'obligation de renseigner son partenaire en raison de sa situation professionnelle ou de sa position particulière, ou encore lorsque l'obligation de parler résulte de la loi» (*R.G.D.C.*, 2013, p. 518).

¹⁰⁰ Liège, 20 mars 2017, R.G. n° 2015/1122; Liège (3^e ch.), 6 mars 2017, *J.L.M.B.*, 2017/25, pp. 1196-1203.

différentes¹⁰¹. L'influence de ces manœuvres sur l'altération du consentement de la victime permet de distinguer le dol principal du dol incident¹⁰².

Enfin, le dol doit être dirigé par l'une des parties à l'égard de l'autre. Exceptionnellement, il peut émaner d'un tiers en présence d'actes juridiques unilatéraux, de donations entre vifs, ou lorsque le dol est le fait d'un tiers complice ou d'un représentant¹⁰³.

L'article 1116, 2^e alinéa, du Code civil énonce que le dol ne se présume pas et qu'il doit être prouvé, cette disposition ayant pour but d'écarter la règle de l'ancien droit *dolus ex re ipsa* en précisant que la preuve du dol ne peut résulter ou être déduite de l'acte lui-même mais qu'elle doit être rapportée de façon spécifique¹⁰⁴.

Celui qui se prétend victime d'un dol doit donc prouver l'existence des manœuvres ou de la réticence, le fait que celles-ci étaient destinées à emporter le consentement de la victime à contracter et le caractère déterminant de ces manœuvres ou de cette réticence sur son consentement. S'agissant d'un fait juridique, cette preuve pourra être rapportée par toutes voies de droit, en ce compris par présomptions¹⁰⁵. Si le juge du fond constate en fait la réunion des conditions du dol, en ce compris l'intention de tromper, la Cour de cassation contrôle si des faits qu'il a relevés, le juge a pu légalement déduire l'existence d'un dol ayant eu pour effet d'amener la victime à contracter¹⁰⁶.

Les sanctions du dol diffèrent selon qu'il soit « principal » ou « incident ». Le dol principal vise l'hypothèse où les manœuvres s'avèrent déterminantes du consentement d'une des parties. Il entraîne l'annulation relative de la convention (article 1117 du Code civil). S'agissant d'une *culpa in contrahendo*, il donnera également lieu à l'octroi de dommages et intérêts si l'annulation ne suffit pas à réparer le dommage consécutif aux manœuvres frauduleuses.

Si les manœuvres pratiquées intentionnellement ont pour seule conséquence que la partie trompée a contracté à des conditions plus onéreuses (dol

incident), ce dol n'entache pas la validité du contrat¹⁰⁷. Dans ce cas, la partie trompée peut uniquement demander réparation du dommage causé par la faute précontractuelle de l'auteur du dol^{108, 109}.

C. La violence

Les articles 1111 à 1115 du Code civil organisent le régime de la violence.

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

Selon l'article 1112 du Code civil, « il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes ».

La violence représente une « discordance entre la volonté réelle et la volonté déclarée suscitée par la crainte d'un mal considérable »¹¹⁰. Par l'effet de la crainte, la volonté de l'auteur n'est pas libre et le consentement à cet acte, est considéré comme n'ayant pas été donné¹¹¹. La violence peut être physique ou morale¹¹², en ce sens que la menace peut viser l'intégrité corporelle, la vie, la santé mais aussi la liberté, l'honneur, la réputation, le patrimoine de la victime. La violence morale n'est toutefois une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle est injuste ou illicite¹¹³.

Pour que la violence vicie un contrat au point de l'annuler, six conditions doivent être cumulativement rencontrées :

- Le mal doit être de nature physique, morale ou pécuniaire ; il peut atteindre les biens, la personne, l'honneur de la victime¹¹⁴ ;
- Le mal doit être de nature à impressionner une personne raisonnable compte tenu des circonstances de l'espèce ; l'appréciation du caractère

¹⁰¹ Cass., 24 mai 1974, *Pas.* 1974, I, p. 991 ; Cass., 23 septembre 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 100 ; Cass., 1^{er} décembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 1315 ; Mons (2^e ch.), 9 mars 2010, *J.L.M.B.*, 2010/22, pp. 1049-1054 ; M. DUPONT, « Nullité absolue et nullité relative », in P. WÉRY (dir.), *La nullité des contrats*, Formation permanente CUP, vol. 88, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 44-45.

¹⁰² Bruxelles, 14 mars 2008, *R.G.D.C.*, 2009, p. 365, note B. VAN DEN BERGH.

¹⁰³ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 229, n° 247 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 279-280, n° 157 ; P. BAZIER, *op. cit.*, p. 257, n° 10.

¹⁰⁴ D. RAES, *op. cit.*, p. 363, n° 15 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.* p. 258 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.* p. 230, n° 248.

¹⁰⁵ Cass., 25 février 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 473. Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 230, n° 248 ; D. RAES, *op. cit.*, p. 363, n° 15.

¹⁰⁶ Cass., 10 novembre 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 2526, *J.T.*, 2009, p. 19, concl. J.-F. LECLERCQ.

¹⁰⁷ Cass., 21 avril 1988, *T.B.H.*, 1991, p. 203, note C. JASSOGNE ; Cass., 10 février 1983, *Arr. Cass.*, 1982-1983, p. 755 et *Pas.*, 1983, p. 665 ; Cass., 1^{er} décembre 1997, *Pas.*, 1997, p. 1315.

¹⁰⁸ P. BAZIER, *op. cit.*, p. 257, n° 11 ; G. FIÉVET, *op. cit.*, pp. 92 et s. ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, vol. 1, 2015, p. 94, n° 115 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 231-232.

¹⁰⁹ Le dol est visé à l'article 5.39 de l'avant-projet de loi réformant le Code civil belge.

¹¹⁰ P. BAZIER, *op. cit.*, p. 258.

¹¹¹ C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 27 juin 2017, *J.T.T.*, 2017/24, p. 383 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 233, n° 252.

¹¹² P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 232, n° 252 ; P. BAZIER, *op. cit.*, p. 258.

¹¹³ C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 27 juin 2017, *op. cit.*

¹¹⁴ P. BAZIER, *op. cit.*, p. 258, n° 13 ; M. COIPEL, *op. cit.*, p. 56, n° 69 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 233, n° 254.

raisonnable se fait en tenant compte de ses qualités personnelles de la victime (âge, sexe, etc.)¹¹⁵;

- Le mal doit engendrer dans le chef de la victime, de façon concomitante à la formation du contrat, la crainte d'un mal considérable et actuel (article 1112 du Code civil). La menace doit donc présenter une certaine gravité laissée à l'appréciation souveraine du juge du fond¹¹⁶;
- Le mal doit avoir été déterminant du consentement de la victime (la violence ne doit pas l'avoir simplement influencé);
- La violence doit être injuste ou illégitime (article 1114 du Code civil)¹¹⁷;
- L'article 1113 du Code civil précise que la violence peut viser la personne du cocontractant mais également son conjoint, ses descendants ou ascendants. La doctrine étend le champ d'application personnel aux proches de la victime, pour autant que le lien d'affection soit concrètement prouvé¹¹⁸.

En vertu des règles régissant le droit de la preuve¹¹⁹, c'est à celui qui se prétend victime d'une violence d'établir, par toutes voies de droit, les éléments de fait concrets dont résulterait la violence sur une personne raisonnable, c'est-à-dire le fait de lui inspirer la crainte d'un mal considérable, en vue de la déterminer à poser un acte juridique¹²⁰.

Le contrat entaché de violence est nul de nullité relative. Si la violence est incidente, la partie obtiendra des dommages et intérêts^{121, 122}.

¹¹⁵ P. BAZIER, *op. cit.*, p. 258, n° 13; M. COIPEL, *op. cit.*, p. 56, n° 69; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 234, n° 258; P. VAN OMMELAGHE, *Les obligations*, t. 1, *op. cit.*, pp. 282-283, n° 161.

¹¹⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1, 3^e éd., *op. cit.*, pp. 74-75, n° 60; P. BAZIER, *op. cit.*, p. 258, n° 13.

¹¹⁷ Aux termes de l'article 1114 du Code civil, « la seule crainte révérencielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat ». Ainsi que le relève H. DE PAGE, « les auteurs s'accordent à reconnaître que ce cas n'est donné qu'à titre d'exemple, et qu'il y a lieu de l'étendre à toutes les situations où l'influence d'un des contractants sur l'autre est normale et inévitable, et qu'aucun élément ne vient l'aggraver » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1, 3^e éd., *op. cit.*, n° 60). « Certaines formes de violence peuvent donc être insuffisantes pour obtenir l'annulation du contrat. Il s'agit de celles qui résultent de la crainte éprouvée en face d'une personne disposant d'une autorité légitime comme un employeur, ou de la peur provenant de la menace de l'exercice d'un droit, comme celui de déposer plainte ou d'agir en justice. En cas d'abus cependant, la violence sera illégitime » (C. GOUX, *op. cit.*, p. 320, n° 11).

¹¹⁸ P. BAZIER, *op. cit.*, p. 258, n° 13; C. GOUX, *op. cit.*, p. 317; P. VAN OMMELAGHE, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 282, n° 161; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 233, n° 254.

¹¹⁹ Article 870 du Code judiciaire et article 1315 du Code civil.

¹²⁰ Cass., 12 octobre 1998, *J.T.*, 1999 p. 484.

¹²¹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 238, n° 238.

¹²² La violence est visée à l'article 5.40 de l'avant-projet de loi portant création d'un Code civil.

D. La lésion

La lésion se définit comme « une disproportion économique manifeste entre les prestations réciproques des parties et qui est présente au moment de la conclusion du contrat »¹²³. Elle ne doit pas être confondue avec l'imprévision qui est un déséquilibre entre les prestations qui survient en cours d'exécution de la convention¹²⁴.

L'article 1118 du Code civil n'admet la rescision pour lésion que dans « certains contrats ou à l'égard de certaines personnes ». Les cas de lésion sont donc strictement définis par la loi¹²⁵.

E. La lésion qualifiée

1) Notion jurisprudentielle

À côté de ces cas où la loi admet l'annulation du contrat pour cause de lésion, la doctrine et la jurisprudence ont élaboré la théorie de la « lésion qualifiée »¹²⁶. Il y a lésion qualifiée lorsque le déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques des parties résulte de l'abus, par une des parties, de la position d'infériorité de l'autre partie – en raison de sa faiblesse, de son ignorance, de son inexpérience, de ses besoins ou de ses passions – et où l'exploitation de cette infériorité a eu un effet déterminant sur le consentement du cocontractant¹²⁷.

Le fondement de la théorie de la lésion qualifiée est discuté en doctrine. L'opinion majoritaire estime que l'on est en présence d'une *culpa in contrahendo* sanctionnée par l'article 1382 du Code civil. En vertu de cette théorie, le juge

¹²³ M. COIPEL, *op. cit.*, 1999, p. 67; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1, *op. cit.*, n° 67.

¹²⁴ Voy. *infra*, section 3, sous-section 2, « La théorie de l'imprévision ».

¹²⁵ Vente d'immeuble: articles 1674 à 1685 C. civ.; partage: articles 887 à 892 C. civ.; prêt à intérêt: article 1907ter C. civ.; caution à titre gratuit: article 2043sexies, § 2 C. civ.

¹²⁶ M. COIPEL, *op. cit.*, pp. 67-68, n° 79; A. DE BERSAQUES, « La lésion qualifiée et sa sanction », *R.C.J.B.*, 1977, pp. 10-37; G. FIÉVET, *op. cit.*, pp. 95 et s.; C. GOUX, *op. cit.*, pp. 9-10; J.-F. ROMAIN, « Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations », *J.T.*, 1994, pp. 749 et s.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence – les obligations: sources », *J.T.*, 1996, pp. 736 et s., n° 65; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, *op. cit.*, n°s 124-126; P. VAN OMMELAGHE, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 297-299, n° 174; P. WÉRY, « Nullité absolue et nullité relative », in *La nullité des contrats*, *op. cit.*, p. 48; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 240-242. À noter que la lésion qualifiée n'est retenue que dans un cas par le législateur: le prêt usuraire (article 1907ter du Code civil).

¹²⁷ Cass., 29 avril 1993, *J.T.*, 1994 et note J.-F. ROMAIN, « Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations », *J.T.*, 1994, pp. 749 et s.; Cass., 9 novembre 2012, R.G. n° C.12.0051.N, R.W., 2012-2013, p. 1416, note E. ADRIAENS; R.G.D.C., 2013, p. 168.

peut donc accorder une réparation en nature consistant en la nullité du contrat ou en la réduction de la prestation excessive¹²⁸.

2) Avant-projet de Code civil

De *lege ferenda*, le projet de réforme du Code civil vise notamment à renforcer la justice contractuelle, en visant notamment à protéger la partie faible au contrat. Parmi les nouvelles dispositions devant être épinglées, relevons l'article 5.41 qui institue enfin officiellement l'**abus de circonstances**. En cas d'adoption du texte¹²⁹, il conviendra de voir si le fait de consacrer cette notion et les conditions de son application rendra son application moins frileuse par la jurisprudence¹³⁰.

L'alinéa 1^{er} de cet article fixe les conditions selon lesquelles le juge doit veiller à l'équilibre entre les prestations. L'abus de circonstances ressort (1) d'une disproportion 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. 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; (3) un lien de causalité entre l'abus et le déséquilibre manifeste¹³¹.

L'alinéa 2 de l'article 5.41 du projet définit les sanctions. Bien qu'en règle générale, la sanction d'un vice du consentement soit la nullité relative, il s'avère qu'une victime tire souvent avantage au maintien du contrat moyennant une adaptation de sa prestation. L'option retenue par le Conseil des ministres est de n'autoriser la nullité relative qu'en cas d'abus de circonstances présentant un caractère déterminant. S'il s'agit d'un abus de circonstances qui, pour la victime, n'était pas déterminant pour la conclusion du contrat, l'adaptation sera fondée sur la responsabilité précontractuelle. En effet, la sanction d'un vice du consentement accessoire peut consister en ce que le juge procède, à titre

¹²⁸ A. DE BERSAQUES, « La lésion qualifiée et sa sanction », *op. cit.*, n° 21; G. FIÉVET, *op. cit.*, pp. 95 et s.; C. GOUX, *op. cit.*, p. 51; J.-F. ROMAIN, *op. cit.*, p. 752; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *op. cit.*, pp. 736 et s., n° 65; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 1, *op. cit.*, n° 124-126; P. VAN OMMESELAGHE, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 297-299, n° 174; P. WÉRY, « Nullité absolue et nullité relative », *op. cit.*, p. 48; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 240-242.

¹²⁹ Comme le soulignait déjà C. Goux en 2000, une intervention du législateur serait bienvenue. Voy. C. Goux, *op. cit.*, p. 38, n° 38; G. FIÉVET, *op. cit.*, p. 95.

¹³⁰ En effet, la jurisprudence du fond a toujours fait application de la figure de lésion qualifiée avec grande circonspection et uniquement dans des situations factuelles claires.

¹³¹ Exposé des motifs, pp. 59-60.

de réparation du dommage, à une adaptation de la prestation que la victime a promis d'exécuter¹³². Il s'agit d'un raisonnement assez similaire à celui opéré en matière de dol incident.

Sous-section 2

La sanction de nullité

§ 1. Notion

La nullité sanctionne un vice qui affecte de manière essentielle la formation de l'acte juridique (contrairement à la résolution, qui sanctionne l'inexécution ou l'exécution incorrecte du contrat)¹³³. En raison de ce vice, le contrat n'a pu être valablement formé. La doctrine classique envisage la nullité comme affectant l'intégralité de l'acte: « L'annulation frappe de mort la totalité de la convention »¹³⁴. Comme le précise cependant plus justement R. Jafferali, « tout d'abord, la nullité est une sanction dirigée au premier chef contre l'acte juridique¹³⁵. Elle n'affecte les obligations et, le cas échéant, les autres clauses de cet acte que par voie de répercussion »¹³⁶.

La rescision, utilisée à propos de la lésion, est proche de la nullité. Elle permet, le cas échéant de maintenir le contrat en restaurant l'équilibre des prestations. Le projet de réforme du Code civil emploie le terme « nullité » de manière générique en y incluant la sanction désignée par le terme de « rescision » par certaines dispositions actuelles du Code¹³⁷.

Le projet de réforme prévoit, en son article 5.60 (lequel n'a pas d'équivalent dans le Code civil actuel: « Un contrat qui ne remplit pas les conditions

¹³² Exposé des motifs, p. 61.

¹³³ R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 467, n° 226.

¹³⁴ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 325, n° 331; Y. NINANE et J.-Fr. GERMAIN, « Examen des mécanismes alternatifs à la nullité totale: nullité partielle, réduction et conversion », in C. DELFORGE et J. VAN MEERBEECK, *Les nullités en droit privé. État des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2017, p. 197.

¹³⁵ Notons que la doctrine est divisée quant à la question de savoir ce que touche la nullité. Certains estiment qu'elle ne s'attaque qu'aux effets juridiques de l'acte en ce sens que ce sont les conséquences de l'existence du contrat qui doivent être annulées et non l'acte (le contrat) lui-même (T. STAROSSELETS, « Restitutions consécutives à la dissolution ex tunc », *op. cit.*, p. 68). D'autres, comme R. JAFFERALI, soutiennent que la nullité touche l'acte juridique (voy. R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 467; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 225; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, « Les effets de la dissolution du contrat sur les dispositions contractuelles », *op. cit.*, p. 167. Enfin, récemment une certaine doctrine a soutenu que la nullité ne touche ni l'acte juridique, ni les effets de celui-ci mais l'obligation elle-même (voy. R. JAFFERALI, *op. cit.*, note 1981, p. 467 et ses considérations critiques pertinentes). Sur les différentes positions en doctrine, voy. G. FRUY et N. VANDENBERGHE, « Les effets de la nullité du contrat », in C. DELFORGE et J. VAN MEERBEECK, *Les nullités en droit privé. État des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2017, p. 272, n° 6.

¹³⁶ R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 467, n° 226.

¹³⁷ Voy. Exposé des motifs, p. 74; voy. les articles 887, 891, 892, 1117, 1234, 1304, 1305, 1338, 1674, 1681, 1682, 1683, 1685, 1706 C. civ.

requis pour sa validité est nul. Toutefois, le contrat demeure valable dans les cas prévus par la loi ou lorsqu'il résulte manifestement du but de la règle violée ainsi que des circonstances que la sanction de la nullité ne serait pas appropriée.

Nous reviendrons plus largement sur les possibilités offertes par l'alinéa 2 de cette (future) disposition, laquelle est proche de la formule de R. Japiot¹³⁸.

§ 2. Caractère judiciaire

A. De lege lata

La nullité n'est en principe pas « automatique » : elle n'opère pas de plein droit mais nécessite l'intervention préalable du juge. Tant qu'il n'a pas prononcé l'annulation de l'acte juridique, celui-ci produit tous ses effets, bien qu'entaché d'une cause de nullité¹³⁹.

Certains auteurs ont pu mettre en avant le fait que le caractère judiciaire de la nullité constituait un frein à son efficacité et échouait dans le cadre de la protection de la partie défaillante¹⁴⁰. Relevons également parmi les inconvénients du caractère judiciaire de la nullité (et de la résolution judiciaire également) : les lenteurs inhérentes à toute procédure judiciaire (passant par la mise en état judiciaire ou amiable du dossier¹⁴¹), l'arriéré judiciaire et les coûts inhérents à toute procédure.

B. De lege ferenda

1) Base légale

L'article 5.62 du projet de réforme vise à pallier le caractère inefficace, dans certaines circonstances, de la sanction de nullité.

Le projet de réforme du Code civil belge prévoit en son article 5.62 :

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

L'annulation résulte d'un accord des parties ou d'une décision de justice qui admet l'existence de la cause de nullité.

À moins que le contrat ne soit constaté par un acte authentique, l'annulation peut également être mise en œuvre, à ses risques et périls, par toute personne habilitée à agir en nullité par la voie d'une notification écrite aux parties au contrat indiquant la cause de nullité. Cette notification est inefficace si la cause de nullité qu'elle mentionne s'avère inexistante ».

2) Annulation amiable ou judiciaire

L'alinéa 2 consacre la possibilité d'une annulation amiable ou judiciaire du contrat. La possibilité d'une nullité amiable était déjà largement admise en doctrine : « Lorsque toutes les parties à un acte marquent leur accord, celui-ci peut être annulé par elles sans qu'il soit nécessaire de s'adresser au juge »¹⁴².

Concernant les effets de l'annulation amiable, nous estimons qu'ils sont identiques à ceux de l'annulation judiciaire¹⁴³ (voir *infra*, § 4).

L'Exposé des motifs de l'article 5.65 ne contient pas d'indications contraires. Il apparaît logique que les parties qui auraient décidé de recourir à une annulation amiable doivent jouir des effets normalement reconnus à l'annulation judiciaire. Les tiers, préjudiciés par une annulation amiable abusive, pourraient contester la convention d'annulation devant les cours et tribunaux. De même, si le tiers refuse de tirer les conséquences d'une annulation amiable, les parties à la convention n'auront d'autre choix que de porter l'affaire en justice¹⁴⁴.

¹³⁸ Voy. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Paris, Rousseau, 1909, p. 13 : « La nullité est une sanction qui doit s'adapter au but de la règle dont elle tend à assurer l'observation, et au milieu où pratiquement elle intervient ».

¹³⁹ R. JAFFERALI, *op. cit.*, n° 89 et n° 227 (voy. les nombreuses références en note infrapaginale 798) ; F. PEERAER et S. STIJNS, « La proportionnalité de la nullité : l'inefficacité ou un nouveau souffle pour l'inexistence ? », in C. DELFORGE et J. VAN MEERBEECK (dir.), *Les nullités en droit privé. État des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2017, p. 222 ; M. COIPEL, *op. cit.*, n° 90, p. 71 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, vol. 2, *op. cit.*, p. 961 ; P. WÉRY, « Nullité, inexistence et réputé non écrit », in P. WÉRY (dir.), *La nullité des contrats*, *op. cit.*, p. 17, n° 5 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 292, n° 322 ; 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 »).

¹⁴⁰ F. PEERAER et S. STIJNS, « La proportionnalité de la nullité : l'inefficacité ou un nouveau souffle de l'inexistence ? », *op. cit.*, n°s 29 et 39 ; R. JAFFERALI, *op. cit.*, n° 234, pp. 490-498.

¹⁴¹ Voy. art. 747 du Code judiciaire.

¹⁴² R. JAFFERALI, *op. cit.*, n° 230 ; S. STIJNS, *La volonté unilatérale dans le contrat*, *op. cit.*, n° 64 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 322, p. 292 ; P. WÉRY, « Le mobile illicite unilatéral cause de nullité des actes juridiques », note sous Cass., 12 octobre 2000, *R.C.J.B.*, 2003, p. 345.

¹⁴³ *Contra* : Voy. S. STIJNS, *La volonté unilatérale dans le contrat*, *op. cit.*, n° 64, p. 607, note 307 et R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 480, note 2040.

¹⁴⁴ Voy. R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 481.

3) *Annulation extrajudiciaire*

L'alinéa 3 constitue une nouveauté déjà largement admise en droit comparé¹⁴⁵ et appelée de ses vœux par une partie de la doctrine autorisée en la matière¹⁴⁶. Il s'agit de la nullité extrajudiciaire.

Comme le précise l'Exposé des motifs :

« Lorsque le contrat est atteint d'une cause de nullité, il paraît en effet déraisonnable d'imposer à la partie d'attendre l'issue d'une procédure judiciaire avant de pouvoir se délier du contrat. Le système actuel apparaît en outre en décalage avec la pratique dès lors que la partie convaincue de la nullité du contrat cesse généralement de l'exécuter. Elle méconnaît, ce faisant, la force obligatoire qui continue à s'attacher au contrat jusqu'à son annulation. Cette méconnaissance demeure toutefois fort théorique car la partie pourra opposer une exception de nullité à toute action en exécution introduite contre elle ; or, la nullité prononcée dans ce cadre aura pour effet d'effacer rétroactivement le caractère fautif de son inexécution. [...] Dans ces conditions, il paraît préférable 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. Conformément à l'article 5.66, les effets de l'annulation par voie de notification sont limités aux obligations ou aux clauses entachés de nullité si elles sont divisibles du reste du contrat. [...] »¹⁴⁷.

L'annulation par voie de notification¹⁴⁸ intervient aux risques et périls de la partie dont elle émane en ce sens qu'elle peut être contestée en justice. Si le juge constate que le contrat a été annulé sans fondement, il pourra constater que la notification était inefficace et que le contrat n'a jamais pris fin de ce chef. En ce cas, si l'auteur de la notification a en outre cessé d'exécuter le contrat dans l'intervalle, cette inexécution pourra le cas échéant justifier la résolution du contrat à ses torts.

¹⁴⁵ Voy. § 43 du BGB en droit allemand ; article 3:50 du NBW en droit néerlandais ou les Principes Unidroit 2010 (article 3.2.11).

¹⁴⁶ R. JAFFERALI, *op. cit.*, n° 234, p. 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 », in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, n° 68, p. 410 et s. ; P. WÉRY, « La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise ? », note sous Cass., 2 mai 2002 (deux espèces), *R.C.J.B.*, 2004, n° 32, p. 345 et s.

¹⁴⁷ Exposé des motifs, pp. 81-82.

¹⁴⁸ La notification se fait par écrit.

Si la notification est contestée par son destinataire, l'auteur de la notification pourra également saisir le juge pour faire confirmer l'annulation du contrat.

Même si l'annulation n'est pas contestée, le juge pourra toujours être saisi par toute partie intéressée pour trancher toute contestation relative aux conséquences de celle-ci (notamment le sort des restitutions).

§ 3. Nullité absolue et nullité relative

A. *Distinction*

Certains défauts dans la formation de l'acte juridique sont sanctionnés par une nullité relative ; d'autres par une nullité absolue¹⁴⁹.

Deux critères principaux sont utilisés pour opérer cette distinction : la gravité du manquement aux conditions de formation du contrat d'une part, et la nature des intérêts protégés par la règle méconnue, d'autre part¹⁵⁰.

H. De Page affirmait « qu'il y a des règles qui sont essentielles au bon fonctionnement de la société », qu'il s'agisse de rapports d'intérêt public ou d'intérêt privé. Ce sont les règles dites d'ordre public¹⁵¹, auxquelles on ne peut déroger (articles 6 et 1131 du Code civil). La violation de ces règles entraîne la sanction la plus rigoureuse qui soit : la nullité dite absolue. D'autres règles, quoiqu'essentielles, ne touchent pas directement à l'ordre public, en ce sens qu'elles ne protègent que des intérêts privés, seuls juges du préjudice souffert en raison de la violation de la loi. Leur méconnaissance ne doit dès lors pas entraîner des conséquences aussi rigoureuses. Elles ne sont sanctionnées que par la nullité relative¹⁵².

La nullité absolue intervient lorsqu'une condition fondamentale d'existence du contrat fait défaut : l'absence d'objet, la contrariété entre celui-ci et l'ordre public et/ou les bonnes mœurs, le non-respect des conditions de forme pour les contrats solennels¹⁵³.

¹⁴⁹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 293, n° 325 ; M. DUPONT, « Nullité absolue et nullité relative », in P. WÉRY (dir.) *La nullité des contrats*, coll. CUP, vol. 88, *op. cit.*, pp. 33-82.

¹⁵⁰ M. DUPONT, *op. cit.*, p. 56.

¹⁵¹ Pour une définition de l'ordre public, voy. M. COPEL, *op. cit.*, pp. 61-62, n° 74 ; H. DE PAGE, *Traité*, t. 1, 3^e éd., n° 91, p. 111 ; Cass., 9 décembre 1948, *R.C.J.B.*, 1954, p. 251 et note de P. DE HARVEN, « Contribution à l'étude de la notion de droit public » ; Cass., 15 mars 1968, *Pas.*, 1968, I. p. 885.

¹⁵² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1, *op. cit.*, 1933, p. 100, n° 96 ; M. DUPONT, *op. cit.*, p. 52 ; A. MEEUS, « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », note sous Cass., 17 mars 1986, *R.C.J.B.*, 1988, pp. 498 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 286 et pp. 294 et s.

¹⁵³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2, 1964, p. 420 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 294, n° 325.

Une telle nullité peut être invoquée par toute personne intéressée¹⁵⁴ à faire constater la nullité d'un contrat entaché d'une cause de nullité absolue : le cocontractant, ses ayants droit, un créancier ou un tiers concerné par les effets externes du contrat pourront ainsi assigner l'autre contractant en nullité absolue de l'acte¹⁵⁵. La cause de nullité absolue doit être soulevée par le juge d'office, quand bien même aucune partie ne soulèverait l'argument ayant trait à la nullité de l'acte. Le juge doit toutefois veiller à intervenir dans le respect des droits de la défense et ordonner une réouverture des débats pour permettre aux parties de conclure puis de plaider sur cet argument et ses effets¹⁵⁶.

La nullité relative sanctionne une atteinte portée à un intérêt particulier. Il est généralement admis que tel est le cas en présence d'un vice de consentement, de l'absence de consentement d'une partie, de l'incapacité d'une partie, ou encore de violation d'une règle impérative¹⁵⁷.

Seule la partie que la règle entend protéger (celui qui n'a donné aucun consentement, celui dont le consentement a été vicié, l'incapable ou son représentant légal, etc.) peut invoquer la nullité relative du contrat¹⁵⁸. Les créanciers de la partie protégée et les tiers sont sans droit. Il est à noter certaines hypothèses dans lesquelles d'autres personnes que celle qui est protégée disposent d'un droit d'agir en nullité en son lieu et place : les ayants droit à titre universel peuvent exercer le droit critique du défunt ; les ayants droit à titre particulier dans la mesure où l'action en nullité est « comprise », transmise avec le bien qui fait l'objet du contrat et les créanciers sur le patrimoine de leur débiteur en vertu de leur droit de gage général (article 1166 du Code civil)¹⁵⁹.

En principe, le juge ne peut soulever d'office l'argument ayant trait à la nullité relative¹⁶⁰. Il en est de même pour les législations visant à protéger la partie faible au rapport contractuel¹⁶¹. Cependant, il convient de tenir compte de l'influence de la jurisprudence européenne sur l'office du juge (voy. *infra* n° B)¹⁶².

¹⁵⁴ Il va de soi que le prescrit de l'article 17 du Code judiciaire doit être respecté. Le demandeur en annulation doit évidemment justifier d'un intérêt à agir et donc, d'un intérêt particulier qui ne confond pas avec l'intérêt général.

¹⁵⁵ M. DUPONT, *op. cit.*, p. 60, n° 20. Notons que le ministère public peut également intervenir d'office « dans les cas spécifiés par la loi et en outre chaque fois que l'ordre public exige son intervention » (art. 138, al. 2 C. jud.).

¹⁵⁶ Voy. M. DUPONT, *op. cit.*, p. 62.

¹⁵⁷ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 281-283 et 292-293 ; M. DUPONT, *op. cit.*, p. 57. Sur la notion de loi impérative, voy. A. MEEUS, « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », note sous Cass., 17 mars 1986, *R.C.J.B.*, 1988, p. 511 ; M. COIPEL, *op. cit.*, p. 61.

¹⁵⁸ M. DUPONT, *op. cit.*, p. 63, n° 26.

¹⁵⁹ M. DUPONT, *op. cit.*, pp. 64-65, n° 27.

¹⁶⁰ M. DUPONT, *op. cit.*, p. 65 ; M. MEEUS, *op. cit.*, p. 511 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 296.

¹⁶¹ H. JACQUEMIN, « La nullité comme sanction de l'inobservation du formalisme contractuel », in P. WÉRY (dir.), *La nullité des contrats*, coll. CUP, vol. 88, *op. cit.*, p. 126 et s. avec les nuances apportées en note 180.

¹⁶² Voy. *infra* point B du même paragraphe.

B. La jurisprudence européenne – protection du consommateur

Trois arrêts importants ont été rendus sur cette question par la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives dans un certain type de contrats, qui, telle qu'elle doit être interprétée, impose au juge national des États membres l'obligation de relever d'office le caractère éventuellement abusif de certaines clauses contractuelles.

Au sein de l'arrêt *Oceano Grupo* du 27 juin 2000¹⁶³, la Cour estime que « la protection recherchée par la directive implique que le juge national puisse apprécier d'office le caractère abusif de la clause du contrat qui lui est soumise... » (point 29) ; par ailleurs, « le système de protection établi par la directive repose sur l'idée que la situation inégale entre le consommateur et le professionnel ne peut être compensée que par une intervention positive et extérieure aux seules parties au contrat » (point 27).

La Cour de justice confirme, au sein de l'arrêt *Cofidis/Fredout* du 21 novembre 2002, que le juge a l'obligation d'apprécier le caractère abusif de la clause du contrat qui lui est soumise (et non pas une simple faculté). Est donc confirmée l'interprétation selon laquelle l'obligation reconnue au juge d'apprécier (d'office) le caractère abusif d'une clause, était « nécessaire pour assurer au consommateur une protection effective eu égard notamment au risque non négligeable que celui-ci soit dans l'ignorance de ses droits » (point 33)¹⁶⁴.

Avec l'arrêt *Pannon* du 4 juin 2009, la Cour de justice a franchi un pas « marquant et décisif »¹⁶⁵, par rapport à sa jurisprudence antérieure, désormais le juge national n'a pas seulement la faculté, c'est-à-dire le pouvoir d'apprécier le caractère abusif d'une clause contenue dans un contrat entre un professionnel et un consommateur, mais en a le devoir : « Le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet »¹⁶⁶.

¹⁶³ C.J.C.E., 27 juin 2000, C-240/98 à C-244/98, *Rec.*, 2001, 4941. Voy. L. DE ZUTTER, « Le juge face aux clauses abusives : à la croisée du droit des obligations et du droit judiciaire », *Ann. Dr. louv.*, vol. 71, 2011, n° 2, pp. 172 et s. ; M. DUPONT, *op. cit.*, p. 65 ; L. VAN BUNNEN, « L'office du juge simulé par le droit européen », *R.C.J.B.*, 2^e trim. 2015, p. 155 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 297.

¹⁶⁴ C.J.C.E., 21 novembre 2002, C-743/00, *Cofidis/Fredout*, www.curia.europa.eu ; D.A.O.R., 65, 2003, p. 21, note Th. GILLAIN.

¹⁶⁵ Voy. L. VAN BUNNEN, *op. cit.*, p. 158.

¹⁶⁶ C.J.C.E., 4 juin 2009, C-243/08, *Pannon GSM/Erzsébet*, www.curia.europa.eu.

Le juge est également investi d'un tel pouvoir à l'encontre des clauses portant atteinte aux droits du consommateur acheteur d'un bien de consommation non conforme (article 1649octies du Code civil). Voir P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 297.

Cette jurisprudence sera confirmée à plusieurs reprises par la Cour de justice de l'Union européenne¹⁶⁷.

C. *Projet de réforme du Code civil*

Notons que le projet de Code civil institue cette différence entre nullité absolue et relative en ces termes, en son article 5.61 :

« La nullité est absolue lorsque la règle violée est d'ordre public, ayant principalement pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Toute personne justifiant d'un intérêt peut s'en prévaloir. La nullité est relative lorsque la règle violée est impérative, ayant principalement pour objet, la sauvegarde d'un intérêt privé. Seule la personne protégée peut s'en prévaloir ».

D. *La confirmation*

Il est de doctrine constante que seules les nullités relatives peuvent faire l'objet d'une confirmation, à savoir « d'un acte de volonté en vertu duquel on renonce à demander la nullité d'un acte irrégulier »¹⁶⁸. L'acte se « voit purgé de son vice et devient inattaquable »¹⁶⁹.

La confirmation doit répondre à quatre conditions de validité :

- elle doit émaner du titulaire de l'action en nullité (sa volonté doit être certaine) ;
- cette volonté ne peut être affectée d'un vice ;
- l'auteur de la confirmation ne doit plus se trouver sous l'emprise du vice qui affecte le contrat au moment où il renonce ;

¹⁶⁷ Notons que la Cour impose donc au juge national de relever d'office le caractère abusif des clauses contractuelles dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs mais interdit également toute disposition législative nationale qui viendrait limiter cette obligation. Voy. C.J.C.E, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08 ; C.J.U.E., 9 juillet 2015, *Bucura c. Bancpost*, C-348/14 ; C.J.U.E., 18 février 2016, *Finanmadrid*, C-49/14, www.curia.europa.eu. Dans son arrêt du 17 mai 2018, en cause Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen VZW/Susa Romy Jozef Kuipers, la Cour estime que « cette obligation [pour le juge national d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle] emporte également celle d'examiner si le contrat contenant la clause servant de base à la demande entre dans le champ d'application de cette directive » (C-147/16). Pour une application en droit belge : voy. J.P. Fontaine-l'Évêque, 3 novembre 2016, *J.L.M.B.*, 16/1055. Voy. également L. DE ZUTTER, « Le juge face aux clauses abusives : à la croisée du droit des obligations et du droit judiciaire », *op. cit.*, p. 180 ; N. VANDENBERGHE, *op. cit.*, pp. 81-82.

¹⁶⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire*, t. 2, *op. cit.*, p. 763. Voy. M. COIPEL, *op. cit.*, p. 73 ; M. DUPONT, *op. cit.*, pp. 74-75 ; G. FIÉVET, *op. cit.*, p. 81 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 297.

¹⁶⁹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 297.

- la confirmation suppose que l'auteur ait pleine connaissance de la cause du vice à purger¹⁷⁰.

En confirmant l'acte, la partie perd toute possibilité de remettre en cause sa validité (article 1338, alinéa 3, du Code civil) : la doctrine enseigne classiquement que la validation opère de façon rétroactive¹⁷¹. La confirmation n'emporterait pas seulement « renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte » selon l'article 1338, alinéa 3, du Code civil mais aurait également pour effet de purger l'acte nul de ses vices et de faire comme s'il avait toujours été valable *ab initio*¹⁷².

Lorsqu'un contrat est conclu entre un professionnel et un consommateur et comporte une clause abusive, laquelle est interdite et nulle. Si l'inapplication de cette clause provoque l'annulation du contrat dans sa globalité, le consommateur peut-il renoncer à cette nullité ? La doctrine y apporte une réponse positive¹⁷³.

Comme le soulève à juste titre R. Jafferli, « dans la théorie moderne des nullités, où l'acte entaché d'une cause de nullité produit les mêmes effets qu'une obligation valable tant qu'il n'a pas été annulé, la rétroactivité de la confirmation constitue donc un leurre. Lorsqu'un droit quelconque s'éteint par renonciation, on n'aperçoit pas l'intérêt d'ajouter que ce droit est réputé n'avoir jamais existé : une telle précision n'implique en effet aucune conséquence concrète. Il en va de même de la renonciation à la nullité »¹⁷⁴.

Il est à noter que toute idée de rétroactivité a été abandonnée au sein de l'article 1182 du nouveau Code civil français. Tel est également le cas, à notre sens, du futur article 5.64 du Code civil belge qui ne contient plus aucune référence à la réparation de l'acte nul¹⁷⁵. L'Exposé des motifs précise que « la confirmation emporte renonciation pour l'avenir à invoquer la cause de nullité »¹⁷⁶.

¹⁷⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire*, t. 2, *op. cit.*, pp. 765-768 ; M. COIPEL, *op. cit.*, pp. 73-74 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 298.

¹⁷¹ R. JAFFERLI, *op. cit.*, p. 184 et les références citées.

¹⁷² R. JAFFERLI, « La rétroactivité a-t-elle encore un avenir ? Réflexions dans la perspective de réforme du droit des obligations », *R.C.J.B.*, 2017, p. 299.

¹⁷³ Voy. G. FRUY et N. VANDENBERGHE, *op. cit.*, p. 271.

¹⁷⁴ R. JAFFERLI, « La rétroactivité a-t-elle encore un avenir ? Réflexions dans la perspective de réforme du droit des obligations », *op. cit.*, p. 300 et les références en note de bas de page 16.

¹⁷⁵ « Le contrat atteint d'une cause de nullité relative peut être confirmé expressément ou tacitement par la personne protégée. La confirmation doit intervenir en connaissance de cause à un moment où son auteur a la capacité juridique et est en mesure d'agir librement. Elle emporte renonciation à invoquer la nullité, sans préjudice des droits des tiers. Le contrat atteint d'une cause de nullité absolue ne peut être confirmé ; il ne peut être refait que dans le respect de la loi ».

¹⁷⁶ Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 86.

§ 4. Effets de la nullité

A. Effets dans le temps de la nullité : le principe de la rétroactivité

Il est presque unanimement admis que la nullité d'une convention opère *ex tunc* : le contrat cesse d'exister, pour l'avenir et pour le passé¹⁷⁷. La nullité de la convention implique que les parties sont, si possible, placées dans une situation identique à celle qui aurait été la leur si elles n'avaient pas conclu de convention¹⁷⁸. Les parties sont supposées ne jamais avoir été cocontractantes et doivent réparer cette illégalité en effectuant des restitutions réciproques¹⁷⁹.

B. Les conséquences : les restitutions

1) Fondement des restitutions

Si la doctrine et la jurisprudence admettent l'obligation de restitution consécutive à l'annulation d'une convention, le fondement des restitutions reste une question controversée¹⁸⁰. Les différents fondements, lesquels ne seront pas analysés dans le cadre de la présente contribution, sont les suivants :

- le paiement de l'indu¹⁸¹ ;
- l'enrichissement sans cause : lorsque la convention est annulée, ce dont chacune des parties a bénéficié ne repose plus sur aucune cause, ce qui justifie que l'enrichissement perçu à l'occasion de l'exécution du contrat soit restitué¹⁸² ;

- une obligation *sui generis* : la nullité reconnue par le juge ferait naître des obligations nouvelles, les parties devant restituer tout ce qu'elles ont obtenu. L'obligation de restitution consécutive à l'annulation de la convention est une obligation spécifique soumise à un régime spécifique¹⁸³ ;
- la responsabilité précontractuelle ;
- le contrat lui-même.

2) L'objet des restitutions

Les restitutions se font en principe en nature¹⁸⁴. Il en résulte l'obligation pour les parties de restituer toutes les prestations reçues en vertu de la convention annulée¹⁸⁵, ce qui a pour conséquence que, par principe, les sommes versées à un tiers ne doivent en principe pas faire l'objet de restitution¹⁸⁶.

Au sein d'un arrêt du 21 mai 2004, la Cour de cassation énonce : « les restitutions portent sur toutes les prestations reçues en vertu de la convention annulée »¹⁸⁵, ce qui a pour conséquence que, par principe, les sommes versées à un tiers ne doivent en principe pas faire l'objet de restitution¹⁸⁶.

Le terme prestation renvoie non seulement aux paiements effectués mais également aux biens remis¹⁸⁷. Ainsi, dans le cadre d'un contrat de vente, l'acheteur restitue le bien acquis et le vendeur, le prix¹⁸⁸.

Illustration

Le contentieux de l'annulation des ventes immobilières a fait l'objet de nombreuses études et décisions jurisprudentielles, notamment suite à l'arrêt susmentionné de la Cour de cassation du 21 mai 2004. La Cour avait cassé

¹⁷⁷ R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 501 ; G. FRUY et N. VANDENBERGHE, « Les effets de la nullité du contrat », *op. cit.*, p. 270 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, « Les effets de la dissolution du contrat sur les dispositions contractuelles », in J.-F. GERMAIN, *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier 2010, pp. 163 et 174 ; M. COIPEL, *op. cit.*, p. 75 ; T. STAROSSELETS, « Effets de la dissolution *ex tunc* », in *La fin du contrat*, CUP, vol. 51 Liège, Formation Permanente, 2001, pp. 193 et s., n° 2 ; T. STAROSSELETS, « Restitutions consécutives à la dissolution *ex tunc* », R.G.D.C., 2003, p. 68 ; T. STAROSSELETS, « Effets de la nullité », in P. WÉRY (dir.), *La nullité des contrats*, coll. CUP, vol. 88, *op. cit.*, 2006, p. 237 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, n° 174, p. 127 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 343, p. 313 ; Cass., 5 mars 2012, RG 5.09.0096.F, Cass., 28 septembre 2013, n° C.12.0556.N, point 10 ; Cass., 9 septembre 2013, n° P.10.1836.N, point 22, www.juridat.be. ; Liège, 19 mars 2018, RG 2015/2012, stradalex ; Cass., 25 octobre 2018, arrêt F-20181025-4 (C.17.0391.F), stradalex.com. Contra : R. JAPPIOT, *op. cit.*, p. 280.

¹⁷⁸ G. FRUY et N. VANDENBERGHE, *op. cit.*, p. 272, n° 5 ; Cass., 10 mai 2012, *Pas.*, 2012, n° 291 ; réf. en matière de résolution d'un contrat synallagmatique : Cass., 8 février 2010, *Pas.*, 2010, n° 88 ; Cass., 19 mai 2011, *Pas.*, 2011, n° 326.

¹⁷⁹ Cass., 21 mai 2004, *Pas.*, 2004, n° 274 ; Cass., 10 mai 2012, *Pas.*, 2012, n° 291. Voy. T. STAROSSELETS, « Effets de la dissolution *ex tunc* », *op. cit.*, p. 201, n° 2.

¹⁸⁰ Pour une présentation de la controverse, voy. G. FRUY et N. VANDENBERGHE, *op. cit.*, pp. 275-281 et les nombreuses références doctrinales et jurisprudentielles et R. JAFFERALI, *op. cit.*, pp. 521 et s.

¹⁸¹ T. STAROSSELETS, « Restitutions consécutives à la dissolution *ex tunc* », *op. cit.*, pp. 69-70 ; R. JAFFERALI, *op. cit.*, pp. 525-527 et les nombreuses références doctrinales et jurisprudentielles en faveur de ce fondement juridique (voy. note 2265). R. JAFFERALI critique le raisonnement.

¹⁸² T. STAROSSELETS, « Restitutions consécutives à la dissolution *ex tunc* », *op. cit.*, pp. 70-71 ; R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 523. Voy. les références en note infrapaginale. Une partie de la jurisprudence favorise ce fondement, à tort

selon R. JAFFERALI. Voy. Cass., 15 février 2016 : « Le principe général du droit de l'enrichissement sans cause requiert la condition d'absence de cause de l'appauvrissement et de l'enrichissement. Il résulte de la combinaison de ces dispositions que, dès lors que la convention sur cause illicite ne peut recevoir effet, l'enrichissement de celui qui a bénéficié de son exécution est sans cause » (Cass., 15 février 2016, R.G. n° 14.0448.F, p. 17, www.juridat.be).

¹⁸³ G. FRUY et N. VANDENBERGHE, *op. cit.*, pp. 279-280 ; R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 527 qui est favorable à un fondement autonome, réel et personnel. H. DE PAGE estime que dès l'instant où aucun des fondements quasi-contractuels n'est en mesure de fournir un régime satisfaisant et complet susceptible de gouverner les restitutions consécutives à l'annulation, l'obligation de restitution doit être considérée comme une forme d'obligation propre, *sui generis*, qui ne doit pas être rattachée à d'autres institutions pour trouver une justification en droit. Voy. H. DE PAGE, *Traité*, t. 2, *op. cit.*, p. 789. En ce sens : C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, « Théorie générale des obligations », *Les nouvelles, Droit civil*, t. IV, Bruxelles, Larcier, 1957, p. 617.

¹⁸⁴ S.J. NUDELHOLE, « Les incidences de la théorie des risques sur les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat », *R.C.J.B.*, 1988, p. 228, n° 8.

¹⁸⁵ Cass., 21 mai 2004, *Pas.*, 2004, n° 274 ; R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 542.

¹⁸⁶ R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 542 et la jurisprudence de la Cour de cassation française.

¹⁸⁷ R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 542 ; G. FRUY et N. VANDENBERGHE, *op. cit.*, p. 282.

¹⁸⁸ Pour le surplus, quant à l'objet des restitutions, le lecteur est renvoyé aux études particulièrement complètes de Monsieur R. JAFFERALI et de Monsieur T. STAROSSELETS : R. JAFFERALI, *op. cit.*, pp. 541-565 ; T. STAROSSELETS, « Effets de la dissolution *ex tunc* », *La fin du contrat*, CUP, vol. 51 Liège, Formation Permanente, 2001, pp. 193 et s., n° 2 ; T. STAROSSELETS, « Restitutions consécutives à la dissolution *ex tunc* », *op. cit.*, p. 68 et s. ; T. STAROSSELETS, « Effets de la nullité », in P. WÉRY (dir.), *La nullité des contrats*, coll. CUP, vol. 88, *op. cit.*, 2006, p. 237 et s.

la décision du juge du fond qui avait condamné le vendeur à rembourser à l'acheteur les frais de notaire et droit d'enregistrement qu'il avait dû exposer pour la vente annulée¹⁸⁹.

Dans un arrêt du 19 mars 2018, la Cour d'appel de Liège fut amenée à statuer sur diverses demandes de restitutions dans le cadre d'une annulation de vente immobilière et de mise en cause de la responsabilité des notaires ayant rédigé l'acte authentique de vente¹⁹⁰. Les acquéreurs invoquaient une erreur sur la substance en ce qu'une partie de l'habitation acquise avait été construite sur un terrain grevé d'une servitude *non aedificandi*, en application d'une convention du 3 mai 1979 signée entre le propriétaire de l'époque, l'État belge et la commune de Ciney. Il existait dans le chef des nouveaux propriétaires, un risque d'expropriation avec en sus une indemnisation calculée uniquement sur la base de la valeur du terrain concerné par cette partie d'habitation.

La Cour déclare fondée la demande d'annulation de la convention de vente pour cause de consentement vicié par erreur sur la substance.

Elle condamne les vendeurs à restituer le prix de 173 000 euros, à majorer des intérêts compensatoires calculés au taux légal non pas depuis la mise en demeure (en application de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 janvier 2012) mais depuis le décaissement, «intérêts de nature à compenser le dommage subi par les [acquéreurs] de «par la privation de la jouissance du prix, nonobstant leur jouissance du bien objet de la vente». La Cour retient une faute précontractuelle dans le chef des vendeurs, laquelle est de nature à justifier l'octroi de dommages et intérêts complémentaires.

Outre les intérêts dus depuis le décaissement, les dommages complémentaires reconnus par la Cour sont les suivants :

- les frais et honoraires relatifs à l'acte de vente annulé, de l'ouverture de crédit et du mandat hypothécaire (sans les droits d'enregistrement) ;
- les frais de mainlevée de l'hypothèque grevant le bien objet de la vente qui aura nécessairement lieu vu l'annulation de la vente ;

¹⁸⁹ Tout praticien doit se montrer prudent dans le cadre d'une demande d'annulation de vente. Les droits d'enregistrement peuvent faire l'objet d'une restitution à l'acheteur par l'administration fiscale pour autant que l'annulation de la vente soit consacrée dans une décision passée en force de chose jugée. Pour obtenir remboursement des droits payés, l'annulation ne peut être amiable. Voy. toutefois l'article 159bis du Code des droits d'enregistrement. Lorsque la vente a déjà été enregistrée au droit proportionnel de 12,5 % en Wallonie, le droit est restitué sous déduction du droit de 10 euros, aux conditions suivantes :

- L'acte authentique n'est pas encore passé ;
- La dissolution intervient dans l'année de la vente ;
- L'avenant de dissolution est enregistré au taux de 10 euros au plus tard en même temps que la demande de restitution.

¹⁹⁰ Liège, 19 mars 2018, F-20180319-4, disponible sur www.stradalex.be.

- les travaux effectués et justifiés par factures ; la Cour ayant estimé qu'il ne pouvait «être fait reproches aux [acquéreurs] d'avoir effectué ces travaux à un moment où ils avaient déjà pris connaissance de la convention» et qu'en outre, ces dépenses «étaient nécessaires» et vont également profiter aux vendeurs ;
- les frais d'audit énergétique exposés avant d'être informés de l'existence de la convention ;
- le dommage moral, lié au stress et tracasseries, fixé à un montant de 2 500 euros ;
- le précompte immobilier versé par les acquéreurs pour les années de jouissance ;
- les frais de déménagement ;
- les frais de second déménagement.

La Cour ayant reconnu la faute précontractuelle des vendeurs, l'ensemble des dépenses relevées ci-avant constituent un dommage indemnisable dans les chefs des acquéreurs qui n'auraient pas dû supporter ces frais sans la faute des vendeurs.

3) La forme des restitutions

Conformément au droit commun des obligations, les prestations consécutives à l'annulation d'un acte juridique doivent, en principe, être restituées en nature¹⁹¹.

Le principe est simple d'application pour les choses de genre : en vertu de l'adage *genera non pereunt*, la restitution de choses de genre peut toujours se faire en nature sauf impossibilité absolue prouvée par le débiteur¹⁹².

Il se peut toutefois qu'une restitution en nature ne soit pas possible (le bien est détérioré, usagé ou a été aliéné au profit d'un tiers¹⁹³) ou constituerait un abus de droit dans le chef du créancier¹⁹⁴. Dans ce cas, il sera procédé à une restitution par équivalent des choses ou des services qui, ensuite du contrat ont

¹⁹¹ G. FRUY et N. VANDENBERGHE, *op. cit.*, p. 288 ; R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 549 ; T. STAROSSELETS, « Restitutions consécutives à la dissolution *ex tunc* », *op. cit.*, pp. 72-73 ; T. STAROSSELETS, « Effets de la dissolution *ex tunc* », *op. cit.*, p. 197 ; T. STAROSSELETS, « Effets de la nullité », *op. cit.*, p. 242.

¹⁹² R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 550 ; T. STAROSSELETS, « Restitutions consécutives à la dissolution *ex tunc* », *op. cit.*, p. 73.

¹⁹³ R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 550.

¹⁹⁴ R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 549 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 592 ; G. FRUY et N. VANDENBERGHE, *op. cit.*, p. 287, n° 20 ; T. STAROSSELETS, « Restitutions consécutives à la dissolution *ex tunc* », *op. cit.*, p. 73. Cass., 21 mai 2004, *Pas.*, 2004, n° 274 ; Cass., 5 janvier 2012, *Pas.*, 2012, n° 9 (C10.0712.N) ; Liège, 19 mars 2018, F-20180319-4, www.stradalex.be.

été consommés ou dont une des parties a bénéficié alors que l'autre partie n'en a pas eu la contrepartie¹⁹⁵.

La restitution par équivalent portera sur une somme d'argent égale à la valeur vénale de la chose qui aurait dû être restituée, indépendamment de sa valeur convenue¹⁹⁶. Malgré de nombreuses controverses en doctrine, il apparaît que la doctrine contemporaine retient la valeur au jour du jugement qui prononce la nullité¹⁹⁷.

Tel sera ainsi le cas en matière de bail : le locataire récupère les loyers payés et le bailleur obtient une indemnité d'occupation à titre de restitution de la jouissance des lieux par le preneur¹⁹⁸. Ainsi, dans un jugement du 4 septembre 2009, le juge de paix du 1^{er} canton de Namur décide que « les dispositions légales du Code wallon du logement touchent à l'ordre public (leur irrespect, par des propriétaires, est du reste sanctionné pénalement) et que de ce fait, leur violation implique la nullité absolue du bail, avec restitution des prestations réciproques, la jouissance du bien (qui ne peut être restituée) étant remplacée par une indemnité d'occupation fixée en tenant compte de l'état du bien »¹⁹⁹.

La restitution en nature est évidemment impossible en présence d'obligations de *facere*. Ces obligations doivent dès lors être restituées par équivalent²⁰⁰.

La restitution ne pourra, par ailleurs, se faire en nature en cas d'aliénation d'un corps certain. Lorsque l'impossibilité de restituer en nature la chose résulte du fait du débiteur – par exemple lorsqu'il a aliéné la chose ou l'a détruite – nul doute qu'il doive s'exécuter par équivalent. Par contre, en application des règles du droit des obligations, le restituant est libéré de cette obli-

gation de restitution lorsque la chose est détruite par la suite d'un cas de force majeure. Nous renvoyons aux développements de R. Jafferali et T. Starosselets quant à ce et notamment relatifs à l'application de la théorie des risques en présence d'un rapport synallagmatique²⁰¹.

Une controverse porte également sur les effets de l'annulation d'un contrat portant sur des prestations successives. La doctrine traditionnelle et la jurisprudence de la Cour de cassation ont toujours considéré que la nullité des contrats à prestations successives ou aléatoires devait opérer *ex nunc*, ce en raison de l'impossibilité de restituer en nature les prestations liées à l'écoulement du temps²⁰². Les prestations effectuées par les parties se compenseraient. Cette solution se justifie par le fait que les prestations successives dans le temps (jouissance d'un bien dans le cadre d'un contrat de bail, fourniture d'électricité, prestation de travail) seraient impossibles à restituer « de sorte qu'afin de conserver un équilibre dans le contrat annulé, la contrepartie monétaire de ces prestations ne devrait pas non plus être restituée »²⁰³.

Comme le précise justement la doctrine plus récente, si la restitution en nature est effectivement impossible, telle n'est pas le cas de la restitution par équivalent²⁰⁴. Soulevons que la Cour de cassation, dans un arrêt du 10 mai 2012, a considéré qu'il existait une équivalence entre les prestations des parties et, en se basant sur la théorie de l'enrichissement sans cause, a énoncé « que la nullité d'un contrat de bail à loyer n'empêche pas que le propriétaire qui est tenu de restituer les loyers puisse prétendre à une indemnité pour l'occupation du bien loué »²⁰⁵.

Nous renvoyons aux écrits doctrinaux quant aux difficultés liées à l'application de l'adage *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*²⁰⁶. Nous savons donc qu'en principe, l'annulation d'une convention par le juge se produit avec effet rétroactif et fait naître par conséquent, dans le chef d'une ou de plusieurs parties, des obligations de restituer ce qui a été exécuté en vertu de la convention. Deux attitudes sont toutefois concevables lorsqu'une convention est annulée

¹⁹⁵ Cass., 8 février 2010, J.T., 2010, p. 350; Fr. GLANSDORFF, « Les obligations de restitution », in J.-Fr. GERMAIN (dir.), *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 100, n° 35; D. DE SART, *Les difficultés liées aux obligations de restitution après annulation*, in Fr. GLANSDORFF et E. VAN DEN HAUTE (dir.), *Les obligations contractuelles entre parties. Questions choisies*, Limal, Anthemis, 2013, p. 157.

¹⁹⁶ R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 550; T. STAROSSELETS, « Restitutions consécutives à la dissolution *ex tunc* », *op. cit.*, pp. 84-85; T. STAROSSELETS, « Effets de la nullité », *op. cit.*, p. 193.

¹⁹⁷ J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, t. IV, 1965, n° 2741, 4°. Pour les diverses positions sur la question, voy. T. STAROSSELETS, « Restitutions consécutives à la dissolution *ex tunc* », *op. cit.*, pp. 84-85.

¹⁹⁸ MEULEMANS D. (dir.), « c. Incidences sur le contrat de bail : nullité? », *Manuel permanent des baux à loyer et commerciaux*, Gand, Story Publishers, 2019 et les nombreux exemples jurisprudentiels. La violation des normes régionales de salubrité, sécurité et d'obtention de permis est généralement reconnue comme constituant une cause de nullité absolue par les cours et tribunaux. J.P. Tournai (2^e canton) 4 septembre 2001, *Ech. log.* 2002/3, p. 117; Civ. Nivelles, 27 octobre 2000, *Le Cri*, n° 251, février 2001, p. 7; J.P. Tournai I, 3 janvier 2001, RG n° 004675, inédit. *Contra*: J.P. Etterbeek, 22 juin 2009, J.J.P., 2011, p. 397 critiqué par V. DEFRAITEUR, « De l'article 2 aux normes régionales : oser faire le pas » (note sous J.P. Etterbeek, 22 juin 2009), J.J.P., 2011, p. 401.

¹⁹⁹ J.P. Namur (1^{er} canton), 4 septembre 2009, J.L.M.B., 2010, p. 1871. Pour un refus de restitution en faveur du bailleur en application de l'adage *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*, voy. Civ. Bruxelles (16^e ch.), 30 juin 2011, J.L.M.B., 2012/40, pp. 1891-1901.

²⁰⁰ H. DE PAGE, *Traité*, t. 2, *op. cit.*, 1964, p. 789; G. FRUY et N. VANDENBERGHE, *op. cit.*; T. STAROSSELETS, « Restitutions consécutives à la dissolution *ex tunc* », *op. cit.*, p. 81.

²⁰¹ R. JAFFERALI, *op. cit.*, pp. 574 et s.; T. STAROSSELETS, « Restitutions consécutives à la dissolution *ex tunc* », *op. cit.*, p. 83.

²⁰² H. DE PAGE, *op. cit.*, t. 1, 2013, p. 984. Voy. les références citées par G. FRUY et N. VANDENBERGHE, *op. cit.*, p. 292, notes de bas de page 129 et 130 (en matière de résolution); R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 565.

²⁰³ R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 565 et les références en note infrapaginale 2440.

²⁰⁴ Voy. R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 566; G. FRUY et N. VANDENBERGHE, *op. cit.*, p. 293; P. WÉRY, « La théorie générale du contrat », *Rép. not.*, t. IV, liv. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 463.

²⁰⁵ Cass., 10 mai 2012, C.10.0707.N/3, p. 2, www.stradalex.be Ce principe a également été reconnu par la Cour d'appel de Liège dans un arrêt du 29 mai 2009 sur base de la théorie de l'enrichissement sans cause. En l'espèce, la Cour avait néanmoins estimé qu'il y avait une équivalence entre les prestations des parties.

²⁰⁶ G. FRUY et N. VANDENBERGHE, *op. cit.*, pp. 293-295; R. JAFFERALI, *op. cit.*, pp. 625 et s.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 287.

pour violation de l'ordre public ou de bonnes mœurs (par exemple en présence d'une cause illicite, déterminante du consentement des parties contractantes) :

- soit l'on considère que ce qui est nul ne doit produire aucun effet, parce qu'il serait contraire à l'ordre public qu'une convention annulée pour violation de l'ordre public ou des bonnes mœurs ait encore quelque effet nonobstant cette annulation. Cela revient à exiger la remise des choses dans leur *pristin* état et à ignorer l'adage *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*, selon lequel la répétition n'a pas lieu ;
- soit l'on considère que l'annulation de la convention pour violation de l'ordre public prononcée, il convient de ne plus s'intéresser aux parties qui avaient créé cette situation illicite et de les renvoyer ainsi dos à dos. Dans ce cas, il y a bien application de l'adage *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*.

La Cour de cassation laisse clairement un pouvoir d'appréciation au Magistrat en cas de nullité pour cause d'illicéité : « Face à cette position contradictoire, il importait que la Cour de cassation tranchât – ce qu'elle fit dans son arrêt du 8 décembre 1966 conformément aux conclusions du procureur général R. Hayot de Termicourt en adoptant une attitude pragmatique : la Cour considère en effet que l'application de l'adage *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* doit être laissée à l'appréciation souveraine du juge du fond qui en tenant compte de la protection de l'ordre social et de l'équité devra assurer de la meilleure manière possible le respect des objectifs du législateur et examiner si ces objectifs sont mieux réalisés par la restitution ou par le refus de restitution »²⁰⁷. En l'espèce, la Cour décida dès lors que « le Juge avait pu considérer que la protection de l'ordre social exigeait que fût rejetée la demande en répétition des prestations effectuées par le demandeur en suite des conversions immorales en question »²⁰⁸.

La Cour a confirmé sa jurisprudence par un intéressant arrêt du 24 septembre 1976. Cet arrêt précise que l'article 1130 du Code civil n'interdit pas la répétition de ce qui a été payé ou remis par une partie à l'autre en exécution d'une convention annulée pour illicéité. La Cour ajoute que « le Juge a certes la faculté de rejeter la répétition *soit* parce qu'il considère que l'avantage ainsi reconnu à l'un des cocontractants compromettrait le rôle préventif de la sanc-

²⁰⁷ P. VAN OMMEAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, op. cit., n° 232 et s.

²⁰⁸ Cass., 8 décembre 1966, R.C.J.B., 1967, p. 23. Dans ses conclusions précédant l'arrêt, le Procureur général R. HAYOT DE TERMICOURT précisa qu'en vertu de son pouvoir souverain d'appréciation, « le Juge appliquera les adages quand l'avantage tiré de la nullité par l'un des cocontractants permet le rôle préventif de la sanction ou quand l'intérêt social exige que l'un des cocontractants soit plus sévèrement frappé : en revanche, le Juge ne recourra pas aux adages et accueillera la répétition lorsque le maintien de la situation créée à la suite de l'exécution des prestations illicites cause un trouble permanent attentatoire à l'ordre social ou lorsque l'application des adages constituerait un encouragement à la conclusion de convention analogue ».

tion de nullité absolue prévue à l'article 1131 du Code civil, *soit* parce qu'il estime que l'ordre social exige que l'un des cocontractants soit plus sévèrement frappé ; qu'il n'est toutefois pas tenu de le faire parce que l'adage *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* n'est pas une norme obligatoire »²⁰⁹.

Il existe peu de décisions en matière de vente immobilière²¹⁰. L'adage « *in pari causa* [...] » trouve un terrain d'application en matière de contrat d'entreprise, lorsque l'entrepreneur ne dispose pas d'accès à la profession²¹¹ ; en matière de contrat de bail lorsque l'immeuble loué est insalubre, sans permis de location²¹² ou lorsqu'il est affecté d'une infraction urbanistique²¹³.

La Cour d'appel de Liège, dans un arrêt du 13 mars 2007 rappelle les principes en ces termes : « Le juge ne peut écarter l'application des adages “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” et “*in pari causa turpitudinis cessat repetitio*”, en dehors d'une disposition écrite, que s'il constate une turpitude des deux parties litigantes présentant des degrés de gravité différente d'une importante telle que le but de la loi ou l'impératif de justice serait bafoué par une irrecevabilité de la demande principale ou reconventionnelle de la partie non innocente victime d'une turpitude supérieure »²¹⁴.

Dans une hypothèse où la nullité du contrat est consécutive au fait que le sous-traitant a recouru à des travailleurs irréguliers sur la base de faux documents, la Cour d'appel de Liège, dans un arrêt du 16 février 2018, refuse toute restitution au sous-traitant qui réclamait paiement d'une somme de 57 486,99 euros sur la base d'états d'avancement non contestés et ces, en raison de la gravité de l'infraction.

²⁰⁹ Cass., 24 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 101.

²¹⁰ Sauf Anvers, 13 décembre 2007, R.G.D.C., 2012, p. 187 (vente d'une maison de débauche). Il est en pratique difficile de faire application de l'adage « *in pari causa*... » lorsque le « coupable » est le vendeur. Si la vente est annulée, cela impliquera que le vendeur doit restituer le prix et l'acquéreur l'immeuble. Le refus du bénéfice de restitution à l'encontre du vendeur fautif suppose que l'acheteur ne soit pas tenu de restituer l'immeuble. Or ce dernier ne pourrait pas rester en possession du bien, alors qu'il ne dispose d'aucun titre de propriété.

²¹¹ B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, Répertoire pratique du droit belge, Législation, doctrine, jurisprudence, Bruxelles, Bruylant, 2016, n° 349 et les nombreuses décisions citées.

²¹² 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. ; B. KOHL, D. GRISARD, F. ONCLIN et S. STEELS, « Section 2. Bail de résidence principale », in *Chroniques notariales*, vol. 64, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 157 et s. (nombreuses décisions jurisprudentielles renseignées). Voy. pour des exemples pratiques récents : J.P. Turnhout, 27 février 2007, *Huur*, 2007, p. 96 ; J.P. Grâce-Hollogne, 10 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1266 ; Civ. Hainaut (division de Charleroi) (3^e ch.), 23 janvier 2015, *J.J.P.-T.Vred.*, 2017/5-6, pp. 316-320 ; Civ. Bruxelles, 19 mai 2015, R.G.D.C., 2016/3, p. 133, note N. BERNARD, Civ. Bruxelles (77^e ch. franc.), 29 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2019/12, pp. 543-548.

²¹³ Civ. Bruxelles, 30 juin 2011, R.G.D.C., 2013/5, p. 241, note N. BERNARD ; Liège, 23 décembre 2014, *J.L.M.B.*, 2016, p. 292, obs. P. WÉRY.

²¹⁴ Liège, 13 mars 2007, arrêt n° F-20070313-3 (2002/RG/367), R.G. n° 2002/367, www.juridat.be.

La Cour d'appel de Liège s'exprime comme suit :

« La nullité des conventions implique, en principe, la remise des choses dans leur *pristin* état et la restitution des prestations réciproques déjà accomplies en exécution des contrats litigieux.

Toutefois et en application de l'adage *In pari causa...*, le juge peut déroger aux obligations de restitutions réciproques lorsqu'il considère que l'avantage ainsi reconnu à l'un des cocontractants compromet le rôle préventif de la sanction de la nullité absolue ou que l'ordre social exige que l'un des cocontractants soit plus sévèrement frappé (Cass., 24 septembre 1976, *J.T.*, 1977, I, p. 471).

F. demande de dire la demande en restitution de J. non fondée.

J. soutient que le paiement des factures litigieuses lui est dû à tout le moins sur la base de l'enrichissement sans cause car selon l'appelante, l'intimée ne peut conserver le bénéfice des prestations de travail effectuées sur ses chantiers, et ce sans bourse délier, car cette situation créerait un profit excessif dans le chef de F. qui a dû facturer au maître de l'ouvrage les travaux réalisés par les sous-traitants de J.

L'appelante ne peut être suivie sur ce point.

En l'espèce, l'ordre social impose de refuser toute restitution à J. pour la main-d'œuvre fournie dans des conditions illicites.

En effet, des ouvriers portugais venus travailler sur les chantiers par l'intermédiaire de J. n'étaient pas assujettis à la sécurité sociale portugaise comme les travailleurs détachés doivent l'être, et ils n'étaient pas non plus assujettis à la sécurité sociale belge (déclaration Dimona préalable à l'emploi) dès lors que l'entrepreneur général F. ignorait que les documents A1 fournis par son sous-traitant J. étaient des documents falsifiés. Ce travail illégal, effectué en violation des législations sociales, porte gravement atteinte aux droits des ouvriers en les plaçant dans une situation de précarité et de non-droit inacceptable.

Il ne peut dès lors être fait droit à la demande de J. fondée sur l'enrichissement sans cause car une telle demande est manifestement contraire aux objectifs des législations sociales visant la protection des travailleurs et la lutte contre le travail illégal²¹⁵.

C. Effets pervers de la nullité

1) Présentation de la problématique

Actuellement, l'analyse de la nullité se veut téléologique²¹⁶ : il incombe au juge de s'enquérir de la nature de la règle transgressée et du but que son auteur lui a assigné²¹⁷. Dans cette perspective moderne, la nullité est vue comme « une sanction qui est destinée à garantir l'efficacité d'une règle de droit impératif ou d'ordre public »²¹⁸. Ainsi envisagée, la nullité ne doit frapper le contrat que dans la mesure nécessaire au rétablissement de la légalité²¹⁹.

Comme le soulèvent justement S. Stijns et F. Peeraer, il convient, à l'heure actuelle, de revenir à la célèbre formule de R. Japiot : la nullité est une sanction qui doit « s'adapter au but de la règle dont elle tend à assurer l'observation et au milieu où pratiquement elle intervient »²²⁰. Ainsi, l'analyse du but de la règle violée est toujours effectuée *in casu* mais la seconde partie de la formule est généralement omise et se veut pourtant fondamentale : la nullité doit aussi être adaptée au milieu où elle intervient pratiquement²²¹.

De plus en plus, la doctrine pointe du doigt l'inadéquation de la sanction que constitue la nullité totale. De nombreuses règles légales instituent la nullité de la convention comme mécanisme de sanctions. Cependant, « les objectifs poursuivis par les législations concernées, qui touchent souvent au respect d'un principe d'ordre public, ne sont bien souvent pas rencontrés par une sanction consistant en une éradication pure et simple de l'acte »²²².

Plusieurs alternatives ont été ainsi proposées aux fins de pallier l'effet dévastateur de la nullité sur l'accord des parties.

La doctrine distingue deux types d'alternatives aux effets classiques de la nullité : d'une part, la nullité partielle et la réduction et d'autre part, la conversion²²³. Ces deux remèdes procèdent tous de l'idée que la nullité ne doit produire ses effets que dans la mesure « où elle apparaît nécessaire au rétablissement

²¹⁵ Liège (20^e ch. C), 16 février 2018, *J.L.M.B.*, 18/459, p. 1669.

²¹⁶ J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 869 ; M. COIPEL, *op. cit.*, p. 71 ; 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, p. 394.

²¹⁷ Voy. F. PEERAER et S. STIJNS, *op. cit.*, p. 223 ; C. CAUFFMAN, « Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité ? », note sous Cass., 23 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2007, n° 1, p. 428 ; M. COIPEL, *op. cit.*, p. 7.

²¹⁸ P. WÉRY, « Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel : la nullité partielle d'une clause illicite », *op. cit.*, p. 394.

²¹⁹ P. WÉRY, « Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel : la nullité partielle d'une clause illicite », *op. cit.*, p. 394.

²²⁰ Voy. R. JAPIOT, *op. cit.*, p. 13.

²²¹ F. PEERAER et S. STIJNS, *op. cit.*, p. 225 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 311 et s.

²²² Y. NINANE et J.-Fr. GERMAIN, *op. cit.*, p. 197, n° 2.

²²³ R. JAFFERALI, *op. cit.*, pp. 702 et s. ; Y. NINANE et J.-Fr. GERMAIN, *op. cit.*, pp. 198 et s. ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, pp. 141 et s.

de la légalité»²²⁴. À noter que la doctrine considère que la nullité partielle d'une clause et sa réduction sont deux expressions synonymes et se distinguent clairement de la conversion²²⁵.

2) La nullité partielle et la réduction

– Concepts

La doctrine et la jurisprudence considèrent de longue date que la nullité d'une clause ou d'une partie d'une convention n'entraîne pas nécessairement la disparition intégrale de cette dernière. La nullité peut ainsi n'être que partielle en se limitant à la clause ou à la part illicite de la convention²²⁶.

Selon R. Jafferali, la nullité partielle a «pour objet de limiter l'effet de la nullité aux seules obligations ou clauses entachées du vice de légalité et de maintenir pour le surplus le reste du contrat s'il peut survivre à cette amputation». La réduction «consiste quant à elle à remplacer une clause ou une obligation illégale par une clause ou une obligation légale de même nature, mais de moindre intensité»²²⁷.

Ce pouvoir du juge de prononcer la réduction d'une clause jugée illicite à ses effets strictement légaux a été confirmé par deux arrêts récents de la Cour de cassation du 23 janvier 2015 et du 25 juin 2015²²⁸.

La Cour énonce : «Si une convention ou une clause est contraire à une disposition d'ordre public et qu'elle est, dès lors, nulle, le juge peut, si une nullité partielle est possible, limiter la nullité, sauf interdiction de la loi, à la partie de la convention ou de la clause contraire à cette disposition à la condition que la poursuite de l'existence de la convention ou de la clause partiellement annulée réponde à l'intention des parties.»

Cette jurisprudence a également été reprise en matière de dol par la Cour de cassation dans un arrêt du 23 novembre 2017 : «Si le consentement de l'une des parties est entaché de dol, le juge peut, lorsque la fraude porte sur un élément du contrat et qu'une annulation partielle du contrat est possible,

²²⁴ R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 702. Selon l'auteur, la conversion se distingue assez nettement dans ses conditions et dans ses effets de la nullité partielle et de la réduction.

²²⁵ P. WÉRY, «Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel : la nullité partielle d'une clause illicite», *op. cit.*, p. 394.

²²⁶ Cass., 18 mars 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 868; Cass. (1^{re} ch.), 23 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 734; Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 727; P. WÉRY, «La régularisation d'un contrat entaché d'une cause de nullité», *J.L.M.B.*, 2016/7, pp. 295-300; S. LAGASSE, «La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence», *J.T.*, 2015, pp. 717 et s.; P. DEMOLIN et C. DEKEMEXHE, «La validité de la clause de non-concurrence applicable pendant l'exécution du contrat de franchise», *J.T.*, 2015, pp. 722 et s.

²²⁷ R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 702.

²²⁸ Voy. S. LAGASSE, *op. cit.*; Y. NINANE et J.-Fr. GERMAIN, *op. cit.*, pp. 208 et s.; P. WÉRY, «Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel : la nullité partielle d'une clause illicite», *op. cit.*, pp. 387 et s.

limiter, à la demande de la partie lésée, la nullité à une partie de la convention, pour autant que le maintien de la convention partiellement annulée réponde à l'intention des parties; ce faisant, le juge est tenu d'examiner si une nullité partielle est compatible avec l'objectif poursuivi par les parties au moment de la conclusion du contrat et si elle ne porte pas atteinte aux intérêts et aux attentes légitimes des parties»²²⁹.

À plusieurs reprises, la Cour de cassation a admis ce pouvoir de réduction du juge, le subordonnant toutefois à ce qu'une telle réduction réponde à l'intention des parties et aux lois impératives ou d'ordre public²³⁰.

– Les conditions de la nullité partielle

Nous nous limiterons à analyser brièvement l'hypothèse dans laquelle aucun texte de loi n'habilite le juge à annuler partiellement la clause illicite.

Comme dit ci-avant, la Cour de cassation subordonne la possibilité d'ordonner la nullité partielle d'une clause/convention à cinq conditions :

- (1) La division de la clause/convention doit être possible. La question de la divisibilité de la clause/convention est simple : la clause peut-elle survivre si elle est amputée de l'une de ses parties ou composantes ? Pour apprécier cette divisibilité, le juge a, en premier lieu, égard à l'intention des parties en utilisant les techniques d'interprétation du droit commun²³¹. Sa tâche est aisée si les parties ont réglé cette question conventionnellement par l'insertion d'une clause de divisibilité ou d'indivisibilité. À défaut, il devra interpréter la convention, notamment en appréciant si la clause ou la partie du contrat affectée par la cause de nullité a conditionné le consentement des parties sur l'ensemble de l'acte ou si, «confrontées immédiatement après la conclusion à la cause de nullité, [elles] auraient raisonnablement préféré se contenter de clauses valables»²³². Comme le souligne justement cet auteur, «il faut éviter que, par le biais de la réduction, le juge ne mette en place un accord qui ne soit plus soutenu par la volonté des parties – un accord auquel, en d'autres termes, les parties n'auraient jamais pu adhérer»²³³.
- (2) La survie d'une partie de la clause/convention doit avoir été voulue par les parties.

²²⁹ Cass. (1^{re} ch. N), 23 novembre 2017, C.17.0389.N, <http://www.juridat.be>.

²³⁰ Voy. S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 717.

²³¹ I. CLAEYS, «Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging», in *Sancties en nietigheden*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 308.

²³² R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 711, n° 310.

²³³ R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 732.

- (3) La partition de la clause/convention ne doit pas se faire au mépris d'une disposition impérative ou d'ordre public²³⁴.
- (4) Le juge devra également avoir égard à la volonté du législateur, volonté qui prévaut celle des parties et qui doit être respectée²³⁵.
- (5) Enfin, quelle que soit la volonté des parties et même si la divisibilité est acquise, la réduction ne pourra jouer si la clause concernée règle un objet essentiel de l'acte²³⁶.

F. Peeraer et S. Stijns ont également pu justement analyser les facteurs indicatifs qui peuvent être importants lorsque le juge doit décider d'annuler ou non un acte juridique pour contravention à des dispositions légales au moment de sa formation. Ils recommandent l'application des principes suivants, afin de rendre le mécanisme de la nullité efficace²³⁷ :

- Premièrement, il incombe au magistrat de déterminer le but de la règle et rechercher si la nullité offre une plus-value pour atteindre ce but. Cinq facteurs peuvent guider le juge dans sa prise de décision : 1) le contenu de l'acte, 2) l'objectif ou le mobile de l'acte juridique, 3) les circonstances concrètes dans lesquelles l'acte juridique a été posé ; 4) les destinataires de la norme violée et 5) la présence ou l'absence d'intérêts importants de la société ou de tiers.
- Dans un second temps et si la nullité apparaît devoir, au vu des facteurs relevés ci-avant, être prononcée, il convient de la soumettre au principe de la proportionnalité. Pour ces auteurs, ce principe signifie « que 1° la nullité doit être un moyen adéquat ou efficace pour atteindre un but (légitime) ; 2° on ne doit pas disposer d'un (autre) moyen ayant la même efficacité, mais qui serait moins attentatoire à l'autonomie des parties ; 3° les désavantages liés à la nullité ne peuvent pas être disproportionnés par rapport au but recherché »²³⁸. Et d'en conclure : si la nullité ne remplit pas ces exigences, nous sommes d'avis qu'elle n'a plus sa place. Les auteurs privilégient d'autres mesures non abordées dans la présente contribution telles que le réputé non écrit²³⁹ ou l'inefficacité ou *onverbindenheid*²⁴⁰.

²³⁴ P. WÉRY, « Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel : la nullité partielle d'une clause illicite », *op. cit.*, p. 420, n° 32 ; Cass., 28 juin 2012, *Pas.*, 2012, p. 1501.

²³⁵ C. CAUFFMAN, « Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité ? », *R.C.J.B.*, 2007, p. 432, n° 11 ; R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 717, nos 311-312 ; Y. NINANE et J.-Fr. GERMAIN, *op. cit.*, p. 200 ;

²³⁶ Y. NINANE et J.-Fr. GERMAIN, *op. cit.*, p. 200.

²³⁷ F. PEERAER et S. STIJNS, *op. cit.*, p. 240.

²³⁸ F. PEERAER et S. STIJNS, *op. cit.*, p. 240.

²³⁹ Voy. sur cette question : P. WÉRY, « Nullité, inexistance et réputé non écrit », in *La nullité des contrats*, *op. cit.*, pp. 21 et s.

²⁴⁰ F. PEERAER et S. STIJNS, *op. cit.*, pp. 252 et s. Voy. R. JAFFERALI, *op. cit.*, pp. 475 et s.

Si toutes les conditions sont réunies, le juge limitera la nullité de la clause à la partie qui est illicite tout en laissant subsister l'autre fraction, conforme à l'ordre public. Rappelons que la doctrine s'accorde pour dire qu'il s'agit d'une faculté pour le juge et non d'une obligation²⁴¹. Comme le relève justement P. Wéry, « la nullité intégrale [de la clause] reste la solution de principe », dont le juge pourrait s'écarter « lorsqu'il estime approprié de le faire, vu les circonstances de la cause et le but de la règle enfreinte »²⁴².

Face à une nullité partielle d'une clause ou d'un contrat, trois questions spécifiques se posent :

- (1) En ayant décidé d'annuler en partie le contrat ou la clause, le juge peut-il substituer à la clause annulée, une clause différente non prévue par la loi²⁴³ ? Par un arrêt du 23 mars 2006, la Cour de cassation a décidé que « lorsque le juge constate la nullité absolue d'une clause d'un contrat, il ne peut la remplacer par une autre clause qui ne repose pas sur le consentement des parties »²⁴⁴. Ainsi, violent les articles 6, 1131 et 1134 du Code civil, les juges qui décident que la formule de révision de prix stipulée dans la première phase du contrat était nulle et l'ont remplacée par la formule convenue dans la seconde phase²⁴⁵. Il en résulte un attachement à la volonté des parties, lequel a été rappelé par la Cour de cassation dans ses arrêts des 23 janvier et 25 juin 2015²⁴⁶.
- (2) La réduction de l'obligation illicite est-elle permise lorsqu'elle n'est pas prévue par la loi ou si autre contraire, la violation de la loi doit nécessairement entraîner la nullité même partielle de la clause illicite ? Comme le souligne justement R. Jafferali, il faut considérer qu'en fait « la réduction n'est rien d'autre qu'une application, au niveau des clauses du contrat, des principes de la nullité partielle déjà dégagés en ce qui concerne le contrat lui-même »²⁴⁷. Le juge dispose donc du pouvoir de réduire une clause illicite lorsque la nullité de celle-ci aurait des effets disproportionnés²⁴⁸ sous réserve du respect de la volonté des parties et des exigences

²⁴¹ Y. NINANE et J.-Fr. GERMAIN, *op. cit.*, p. 212 ; P. WÉRY, « Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel : la nullité partielle d'une clause illicite », *op. cit.*, p. 426, n° 37.

²⁴² P. WÉRY, « Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel : la nullité partielle d'une clause illicite », *op. cit.*, p. 427, n° 37.

²⁴³ Cela s'apparente en réalité au mécanisme de la conversion analysé *infra*.

²⁴⁴ Cass., 23 mars 2006, *Pas.*, 2006, n° 174 ; *R.C.J.B.*, 2007, p. 422, note C. CAUFFMAN.

²⁴⁵ *Ibidem*. Voy. R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 722.

²⁴⁶ Cass. (1^{re} ch.), 23 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 734 ; Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 727.

²⁴⁷ R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 727.

²⁴⁸ Il s'agit donc de mesurer la proportionnalité de la sanction de nullité (voy. R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 514 et 727). Voy. également quant à la proportionnalité de la sanction de nullité : C. CAUFFMAN, « Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité ? » note sous Cass., 23 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2007, p. 428 ; M. COIPEL, *op. cit.*, p. 72, n° 92 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, t. 1, *op. cit.*, p. 129 ; P. WÉRY, « Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel : la nullité partielle d'une clause illicite », *op. cit.*, p. 394.

imposées par la Cour de justice de l'Union européenne en matière de protection du consommateur²⁴⁹. L'ampleur de la réduction reste, à défaut de barèmes légaux, soumis à la sagesse du juge et peut être source d'insécurité juridique²⁵⁰.

- (3) La nullité partielle d'une clause abusive est-elle possible dans un contrat entre un consommateur et un professionnel?

Il est important de faire état de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de nullité de clause abusive. Comme vu précédemment, par l'arrêt *Pannon* du 4 juin 2009²⁵¹, la Cour de justice a donc estimé que le juge national avait le devoir d'apprécier le caractère abusif d'une clause contenue dans un contrat entre un professionnel et un consommateur. Relativement à la sanction que le juge est tenu de prononcer pour se conformer à l'article 6, § 1, de la directive, la question s'est posée de savoir si le juge national pouvait, plutôt que d'annuler et d'écarter la clause abusive, modérer celle-ci et abaisser le montant des pénalités conformément à la législation nationale.²⁵² Dans l'arrêt du 30 mai 2013 *Asbeek Brusse et de Man Garabito c. Jahani*, la Cour a estimé que «l'article 6, § 1, de la directive doit être interprété en ce qu'il ne permet pas au juge national, lorsqu'est établi le caractère abusif d'une clause pénale dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur de «limiter le montant de la pénalité à charge du consommateur... mais lui impose d'écarter purement et simplement l'application de ladite clause à l'égard du consommateur»²⁵³. Selon la Cour, «étant donné la nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que cette directive assure aux consommateurs, l'article 6 de celle-ci doit être considéré comme une norme équivalente aux règles nationales qui occupent, au sein de l'ordre juridique interne, le rang de normes d'ordre public. Il y a lieu de considérer que cette qualification s'étend à toutes les dispositions de la directive qui sont indispensables à la réalisation de l'objectif poursuivi par ledit article 6»²⁵⁴.

²⁴⁹ Pour une analyse fouillée de la possibilité de réduction *versus* fonction dissuasive de la sanction de nullité en cas de protection de la partie faible à la convention, voy. R. JAFFERALI, *op. cit.*, pp. 728-732.

²⁵⁰ D'autres mécanismes de réduction de prestation existent et sont soumis également à l'appréciation des cours et tribunaux. Ainsi, la théorie de la responsabilité précontractuelle, considérée comme le moyen le plus approprié de sanctionner la lésion qualifiée, admet une diminution des prestations (voy. A. DE BERSAQUES, «La lésion qualifiée et sa sanction», *op. cit.*, p. 16). La sanction de la théorie de l'abus de droit consiste dans la modération de l'exercice du droit concerné (voy. J. VAN ZUYLEN, «Fautes, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences», *A.D.L.*, 2011, pp. 271-279).

²⁵¹ C.J.E., 4 juin 2009, C-243/08, *Pannon GSM/Erzsébet*, www.curia.europa.eu.

²⁵² *In casu*, le juge néerlandais dispose d'un pouvoir modérateur qui lui est conféré par la loi.

²⁵³ C.J.U.E., C-488/11, 30 mai 2013, *Asbeek Brusse et de Man Garabito c. Jahani*, www.curia.europa.eu; voy. L. VAN BUNNEN, *op. cit.*, pp. 158-163.

²⁵⁴ C.J.U.E., arrêt du 30 mai 2013, *Asbeek Brusse et de Man Garabito*, C-488/11, point 44. Cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt du 17 mai 2018 de la Cour en cause *Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen VZW c. Susan Romy Jozef Kuijpers*, point 35.

Les juges nationaux doivent donc se borner à écarter les clauses abusives, tenues pour non écrites et sans effet «sans être habilités à réviser le contenu de celles-ci». Les motivations de la Cour consistent dans le fait que «s'il était loisible au juge national de réviser le contenu des clauses abusives, une telle faculté [...] affaiblirait l'effet dissuasif exercé sur les professionnels par la pure et simple non-application à l'égard du consommateur de telles clauses abusives» (point 58)²⁵⁵.

3) La conversion

La conversion peut être légale²⁵⁶ ou judiciaire.

La conversion judiciaire consiste dans le fait de reconnaître au juge le pouvoir de venir au secours de l'acte nul afin de le transformer en un acte valable de nature différente²⁵⁷. La conversion agit donc «sur un axe "horizontal" [...] [et] consiste [...] à repartir de l'accord de volonté des parties, mais à le transformer en un nouvel acte juridique échappant aux critiques de légalité adressées à l'acte nul»²⁵⁸. C. Cauffman distingue justement les deux mécanismes en ces termes : «En simplifiant, on peut dire qu'on utilise le terme "nullité partielle" quand l'intervention judiciaire consiste en la réduction d'un contrat à quelque chose de moindre que ce que les parties ont convenu ; on parle de "conversion" quand l'intervention judiciaire consiste en quelque chose d'autre que ce que les parties ont convenu. La nullité partielle est une question de quantité, la conversion est une question de qualité»²⁵⁹.

J. Ronse plaide en faveur de la reconnaissance d'un principe général de droit de conversion des actes nuls, dont l'admissibilité devrait être soumise aux conditions suivantes :

- 1° l'acte juridique voulu par les parties doit être nul ;
- 2° cet acte comprend néanmoins les éléments constitutifs essentiels d'un acte juridique, quant à lui valable ;
- 3° cet acte valable répond, autant que possible, aux objectifs économiques que poursuivaient les parties ;

²⁵⁵ Voy. L. VAN BUNNEN, *op. cit.*, p. 162 ; N. VANDENBERGHE, «Les clauses abusives et leurs sanctions», in C. VERDURE (dir.), *Contrats et protection des consommateurs*, Limal, Anthemis, 2016.

²⁵⁶ Tel est le cas par exemple de l'article 9 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, l'article 1318 du Code civil (l'acte authentique nul en la forme ou pour incapacité de l'officier public, vaut néanmoins comme acte sous seing privé s'il a été signé par les parties), l'article 6 du Code de commerce (l'acte de commerce accompli par le mineur est considéré comme acte civil), etc.

²⁵⁷ R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 737.

²⁵⁸ R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 702.

²⁵⁹ C. CAUFFMAN, «Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité?», note sous Cass., 23 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2007, p. 432.

4° si les parties avaient eu connaissance de la cause de nullité, elles auraient conclu l'acte valable²⁶⁰.

Dans un arrêt du 3 décembre 2010, la Cour de cassation a admis la possibilité pour le juge de convertir un contrat de manière à en assurer l'opposabilité aux tiers : « Le principe de l'égalité des créanciers et les articles 7 et 8 de la loi hypothécaire dérogent nécessairement aux articles 1134, 1135 et 1165 du Code civil, de sorte qu'une sûreté réelle non prévue par la loi est inopposable aux créanciers en concours. [...] Une convention de cession de créance à titre de sûreté ne peut, dès lors, jamais apporter plus aux créanciers en concours qu'un droit de gage sur cette créance, de sorte que le cessionnaire de la créance ne peut pas exercer plus de droits que ceux dont dispose un détenteur de gage »²⁶¹.

Il nous apparaît que cet arrêt, s'il devait s'interpréter comme une reconnaissance de la théorie de la conversion d'actes nuls en droit belge²⁶², est contraire à l'arrêt susmentionné du 23 mars 2006. Nous partageons la position des auteurs qui soutiennent que l'admission générale et judiciaire de cette théorie en droit belge est dangereuse et conférerait au juge un pouvoir exorbitant qui serait de rechercher la volonté hypothétique des parties pour consacrer l'existence d'un acte valable mais autre que celui auquel elles ont consenti²⁶³.

C'est à bon droit que le projet de réforme du Code civil n'institue pas de façon générale la conversion des actes nuls ; l'Exposé des motifs précisant qu'il n'a pas paru [...] nécessaire de consacrer une disposition à la conversion des actes nuls, celle-ci pouvant déjà être réalisée par le biais de l'article 5.71 relatif à la requalification du contrat²⁶⁴. À notre sens, cette requalification, si elle est permise, devra évidemment respecter l'engagement voulu par les parties, dont la nouvelle qualification, judiciaire, serait valable. L'hypothèse visée serait celle où le juge ne fait que donner effet à l'acte voulu par les parties en lui restituant sa véritable qualification²⁶⁵.

²⁶⁰ J. RONSE, « Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen », *T.P.R.*, 1965, n° 6, pp. 209 et s. cité par R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 738.

²⁶¹ Cass., 3 décembre 2010, *Pas.*, 2010, n° 712 ; P. WÉRY, « La régularisation d'un contrat entaché d'une cause de nullité », *J.L.M.B.*, 2016/7, n° 12. Le législateur s'est approprié l'enseignement de l'arrêt rendu le 3 décembre 2010 par la Cour de cassation en insérant l'article 62 au sein du Livre III, t. XVII du Code civil qui, dispose ainsi, en matière de « cession fiduciaire à titre de sûreté » qu'« une cession de créance à titre de sûreté confère uniquement au cessionnaire un gage sur la créance cédée [...] ».

²⁶² Ce qui n'est par exemple pas l'avis de R. JAFFERALI : « À notre sens, cette décision peut toutefois également s'interpréter comme ayant procédé à une requalification de la convention dans ses rapports avec les tiers : nonobstant la dénomination de cession de créance donnée par les parties, la convention reçoit ainsi, dans les rapports avec les tiers, la seule qualification légalement compatible avec l'intention des parties de constituer une sûreté ayant la créance pour assiette » (*op. cit.*, p. 747).

²⁶³ R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 751.

²⁶⁴ Exposé des motifs, p. 89.

²⁶⁵ Voy. R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 743.

4) Droit futur

L'article 5.66 du projet de loi portant création d'un Code civil et y insérant un livre 5 institue le mécanisme de nullité partielle.

Il est libellé en ces termes :

« 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. »

Le gouvernement entend consacrer les opinions doctrinales et jurisprudentielles actuelles, plaçant pour le bien-fondé du recours par le juge au mécanisme de la nullité partielle, lequel permet une adaptation de cette sanction aux circonstances concrètes de la cause et ainsi, éviter des effets parfois trop drastiques pour les parties ou les tiers.

L'Exposé des motifs confirme que l'annulation peut ainsi se limiter à certaines clauses du contrat (divisibilité matérielle), voire même à certaines parties d'une clause (théorie de la réduction) conformément à l'article 17 du projet²⁶⁶.

La possibilité de divisibilité personnelle est officiellement consacrée : « Dans un contrat multipartite, elle peut également se limiter aux rapports de droit entre certaines parties ». La question sera de savoir si une cause de nullité affectant l'engagement d'une des parties à la convention entraîne l'annulation de toute la convention ou si celle-ci peut subsister entre les autres parties dépendra donc du caractère séparable de cet engagement et de la divisibilité de l'objet du contrat²⁶⁷. Cette position du gouvernement est salutaire parce qu'elle permettra d'offrir dans les contrats multipartites une solution aux difficultés rencontrées en présence d'un mobile illicite unilatéral et partant, de protéger les cocontractants « innocents » et non avisés dudit mobile, pour autant que l'engagement concerné soit séparable du reste du contrat²⁶⁸.

Les conditions émises par la jurisprudence et la doctrine sont reprises au sein du projet de loi : le critère déterminant est celui de la divisibilité du contrat dans l'intention des parties tandis que la volonté de celles-ci ne peut cependant aller à l'encontre du but et de la portée de la règle violée.

²⁶⁶ Exposé des motifs, p. 88 renvoie à l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2015, voy. *supra*, n° C.14.0008.F, concl. Av. gén. Th. WERQUIN.

²⁶⁷ R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 713 et références infrapaginales 3095-3100.

²⁶⁸ Voy. *supra* section 2, sous-section 2, § 4, B, 3), « La forme des restitutions » : l'adage *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*. Voy. R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 714.

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, C.D.E.).

Par ailleurs, conformément à la volonté présumée des parties et à la nature de ces clauses, 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 divisibles du reste du contrat et survivent à l'annulation de celui-ci.

Lorsque le législateur répute une clause non écrite, il entend en principe consacrer la divisibilité de cette clause. Il n'a pas paru opportun de consacrer un régime autonome pour la clause réputée non écrite qui serait nulle de plein droit (et ce d'autant plus 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 sanction²⁶⁹). La clause réputée non écrite par la loi est donc soumise au régime ordinaire des nullités sous la seule réserve de sa divisibilité. Elle produit donc ses effets jusqu'à son annulation, laquelle intervient néanmoins avec effet rétroactif²⁷⁰.

Enfin, nous ne pouvons pas passer sous silence l'alinéa 2 de l'article 5.60 du projet de réforme du Code civil lequel dispose: «Toutefois, le contrat demeure valable dans les cas prévus par la loi ou lorsqu'il résulte manifestement du but de la règle violée ainsi que des circonstances que la sanction de la nullité ne serait pas appropriée». Cette disposition permettrait donc d'écarter la sanction de la nullité lorsqu'elle ne serait pas proportionnée à son objectif, qui est d'assurer le respect de la norme violée. Deux cas de figure sont visés:

- D'une part, le législateur peut décider de substituer expressément à la nullité une autre sanction plus adéquate, telle que l'inopposabilité en cas d'action paulienne, les dommages-intérêts en cas de dol incident, la réduction de l'obligation en cas de clause indemnitaire manifestement déraisonnable, etc.
- D'autre part, même en l'absence d'une disposition expresse en ce sens, de façon exceptionnelle et dans des cas spécifiques, le juge peut écarter la sanction de la nullité «au profit d'une sanction plus appropriée, voire même dans certains cas d'éviter l'application de toute sanction».

Cette possibilité répond à l'appel fait en doctrine et en jurisprudence pour déplorer l'application systématique dans des matières touchant l'ordre

²⁶⁹ C.J.U.E., 1^{er} octobre 2015, *ERSTE Bank Hungary*, C-32/14, ECLI:EU:C:2015:637, point 63.

²⁷⁰ Exposé des motifs, p. 88.

public mais où l'annulation a des conséquences drastiques contraires aux intentions du législateur. Tel est le cas en matière de violation de certaines normes régionales sur le bail²⁷¹, aux infractions urbanistiques régularisables²⁷², aux règles de forme imposées en matière de contrats d'organisation et d'intermédiaire de voyages²⁷³, défaut d'accès à la profession d'un entrepreneur²⁷⁴ ou encore aux formalités prévues par la législation anti-blanchiment²⁷⁵.

L'exposé des motifs guide le magistrat en ces termes dans l'application de la disposition susvisée: «Afin de déterminer dans quels cas la nullité devrait être écartée – ce qui, s'agissant d'une question d'interprétation de la norme violée, constitue une règle de droit soumise au contrôle de la Cour de cassation –, le juge pourra utilement s'inspirer des critères donnés à l'article II. – 7:302 DCFR ou à l'article 3.3.1, 3), PPIC»²⁷⁶.

Section 3

De quelques sanctions qui affectent l'exécution du contrat

Introduction

Les sanctions qui affectent la vie d'un contrat sont nombreuses. Il y a les «remèdes» que le créancier, victime de l'inexécution de son débiteur, peut

²⁷¹ 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, p. 156 et s.; B. KOHL, D. GRISARD, F. ONCLIN et S. STEELS, «Section 2. Bail de résidence principale», in *Chroniques notariales*, vol. 64, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 157 et s. (nombreuses décisions jurisprudentielles renseignées) Voy. pour des exemples pratiques récents: Civ. Hainaut (division de Charleroi) (3^e ch.), 23 janvier 2015, *J.J.P.-T.Vred.*, 2017/5-6, pp. 316-320; Civ. Bruxelles, 19 mai 2015, *R.G.D.C.*, 2016/3, p. 133, note N. BERNARD, Civ. Bruxelles (77^e ch. franc.), 29 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2019/12, pp. 543-548.

²⁷² Liège, 23 décembre 2014, *J.L.M.B.*, 2016, p. 292, obs. P. WÉRY.

²⁷³ Cass., 26 mai 2006, *R.G.D.C.*, 2007, p. 476, note P. WÉRY.

²⁷⁴ Liège, 4 mai 2018, n° F-20180504-5 (2016/RG/484), www.juridat.be.

²⁷⁵ Cass., 30 janvier 2015, *D.B.F.*, 2015, p. 260, note L. CORNELIS.

²⁷⁶ Exposé des motifs, p. 77. L'article II. – 7:302 DCFR prévoit que, lorsqu'une règle impérative ne prévoit pas expressément sa sanction, le tribunal peut, soit déclarer le contrat valable, soit l'annuler, en tout ou en partie, avec effet rétroactif, soit encore modifier le contrat ou ses effets. La décision prise à cet égard doit constituer une réponse adéquate et proportionnée à la violation eu égard aux circonstances pertinentes.

L'article 3.3.1, 3) des Principes Unidroit 2016 dispose:

«[...] 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.»

mettre en place. Il peut notamment exiger l'exécution directe de l'obligation inexécutée, demander son exécution par équivalent, réclamer la résolution du contrat ou encore, par exemple, invoquer l'exception d'inexécution.

Nous avons fait le choix d'analyser les conséquences d'événements qui affectent l'exécution d'une obligation ou d'un contrat; événements que nous qualifierions de « moins classiques » en pratique. Il s'agit de la caducité de l'obligation par disparition de son objet (sous-section 1) et de l'imprévision (sous-section 2).

Sous-section 1

La caducité de l'obligation par disparition de son objet

Introduction

Dans les années 1990, la notion de « caducité des actes juridiques » a fait son apparition. La question posée est la suivante: que se passe-t-il si l'un des éléments essentiels à la validité du contrat (cause, objet, consentement et capacité)²⁷⁷ vient à disparaître en cours d'exécution du contrat? L'obligation/le contrat est-elle/il caduque?

Dans sa thèse de doctorat, P.A. Foriers s'est concentré sur cette question. Nous ne pouvons évidemment pas rendre compte au sein de la présente contribution de la richesse des recherches effectuées. L'auteur conclut en constatant que si l'objet, la cause et le consentement sont des éléments essentiels à la validité du contrat, leur disparition n'a pas nécessairement pour corollaire la caducité du contrat. Ce n'est que dans la mesure où leur disparition entraîne une impossibilité d'exécution que s'ensuit la caducité²⁷⁸.

Nous ne traiterons pas de la caducité du contrat par disparition de la cause car il paraît acquis en droit belge que la disparition de la cause d'un acte juridique demeure en règle sans effet sur celui-ci (hormis pour le cas particulier des testaments et de la convention de tontine)²⁷⁹.

²⁷⁷ Voy. *supra*, section 2, sous-section 1, § 1.

²⁷⁸ P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation. De la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité au principe de l'exécution de bonne foi*, Bruxelles, Bruylant, 1998; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 855.

²⁷⁹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 857-858; R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 773.

§ 1. Notion

La caducité par disparition de l'objet est un mode particulier d'extinction des obligations et/ou des contrats consacré par la jurisprudence de la Cour de cassation²⁸⁰ et la doctrine²⁸¹.

La caducité par disparition de l'objet se caractérise donc par l'impossibilité d'exécution en nature²⁸². De manière générale, il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation que la caducité de l'obligation résulte de l'impossibilité d'exécuter son objet en nature, que cette impossibilité soit due à un cas de force majeure (arrêts des 12 décembre 1991 et 4 février 2005), à la faute du débiteur (arrêt du 28 novembre 1980) ou même au fait du créancier (arrêt du 25 juin 2010)²⁸³.

§ 2. Les conditions d'application

L'impossibilité d'exécution doit remplir les 6 conditions suivantes:

- (1) Elle doit être postérieure à la conclusion du contrat. En effet, si elle est concomitante à sa formation, il convient d'envisager la nullité de l'obligation²⁸⁴.
- (2) L'impossibilité suppose que l'obligation n'ait pas été déjà entièrement exécutée.

²⁸⁰ Cass., 28 novembre 1980, A.C., 1980-1981, p. 352, *Pas.*, 1981, I, p. 369, R.C.J.B., 1987, p. 70, note P.A. FORIERS; Cass., 12 décembre 1991, A.C., 1991-1992, n° 198, *Pas.*, 1991, I, n° 198, avec les conclusions de M. l'Avocat général JANSSENS DE BISTHOVEN, R.C.J.B., 1994, p. 7, note Fr. GLANSDORFF, R.W., 1992-1993, p. 217, note A. CARETTE; Cass., 14 octobre 2004, *Pas.*, 2014, n° 483, R.W., 2005-2006, p. 859, note C. CAUFFMAN; Cass., 4 février 2005, *Pas.*, 2005, n° 67; Cass., 25 juin 2010, *Pas.*, 2010, n° 460; Cass., 2 février 2018, arrêt n° F-20180202-3 (C.17.0055.F), www.stradalex.be.

²⁸¹ A. BOËL, « La caducité », *Obligations. Commentaire pratique*, f. mob., Waterloo, Kluwer, 2008, V.2.5; C. CAUFFMAN, « Het verval van de verbintenissen wegens het teloorgaan van hun voorwerp erkend als algemeen rechtsbeginsel », note sous Cass., 14 octobre 2004, R.W., 2005-2006, pp. 860 et s.; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation. De la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité au principe de l'exécution de bonne foi*, Bruxelles, Bruylant, 1998; P.A. FORIERS, « Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause », note sous Cass., 28 novembre 1980, A.C., 1980-1981, p. 352, *Pas.*, 1981, I, p. 369, R.C.J.B., 1987, p. 70; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels. Quelques observations en droit positif*, Bruxelles, Larcier, 2006; P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, « La caducité de l'obligation par disparition d'un élément essentiel à sa formation », *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 232 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, p. 129 et s.; J.-Fr. ROMAIN, « Clarifications concernant la théorie de la caducité des actes juridiques, en particulier des libéralités testamentaires, par disparition de leur cause-mobilité déterminant », R.C.J.B., 2004, n° 15, p. 101; O. VAN DEN BERGHE, « Actualité: Cour de cassation, 23 février 2018 », R.D.C.-T.B.H., 2018/5, p. 496.

²⁸² R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », *op. cit.*, p. 154, n° 13.

²⁸³ R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », *op. cit.*, p. 155.

²⁸⁴ J.-Fr. ROMAIN, « Clarifications concernant la théorie de la caducité [...] », *op. cit.*, p. 102.

- (3) Elle doit concerner l'exécution de l'obligation par le débiteur et non simplement l'exercice du droit corrélatif par le créancier. « La nuance est subtile : en soi, la simple impossibilité pour le créancier d'exercer un droit n'entraîne pas la caducité de l'obligation corrélatrice, mais lorsque cette dernière se trouve elle-même impossible à exécuter, ou lorsqu'une autre obligation du créancier devient pour la même cause impossible à exécuter, alors la caducité peut intervenir. L'impossibilité d'exercer un droit ne se confond pas avec l'impossibilité d'exécuter une obligation »²⁸⁵.
- (4) L'impossibilité doit être définitive²⁸⁶ et non simplement temporaire. Si elle est temporaire, elle ne donne lieu qu'à la suspension de plein droit de l'obligation en cas d'impossibilité fortuite ou, en cas d'impossibilité fautive du débiteur, permet au créancier de réclamer des dommages et intérêts, de mettre en œuvre l'exception d'inexécution²⁸⁷ ou de demander en justice la résolution de la convention à condition que le manquement soit suffisamment grave²⁸⁸ (article 1184 du Code civil).
- (5) L'obligation doit être impossible à exécuter en nature. Il va de soi que cela est particulièrement rare pour les choses de genre (*genera non pereunt*), de telle sorte qu'en pareille hypothèse, l'obligation ne devient impossible qu'en cas de perte du genre tout entier²⁸⁹.
- (6) L'impossibilité doit être appréciée de manière relative, par référence au critère du débiteur normalement prudent et diligent²⁹⁰. Les simples difficultés d'exécution ne suffisent pas à entraîner la caducité de l'obligation²⁹¹.

²⁸⁵ R. JAFFERALI prend l'exemple suivant, pertinent : l'impossibilité pour le preneur de jouir des lieux loués pour un événement inhérent à sa personne (tel qu'une jambe dans le plâtre) n'empêche pas la dissolution du bail, car elle n'implique en principe aucune impossibilité pour les parties d'exécuter leurs obligations de respecter la destination des lieux loués. R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », *op. cit.*, p. 157.

²⁸⁶ R. JAFFERALI, s'inspirant du droit allemand, préfère parler d'impossibilité durable (voy. R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », *op. cit.*, p. 158).

²⁸⁷ En cas de rapports synallagmatiques. Sur les conditions de mise en œuvre de l'exception d'inexécution voy. J.-F. GERMAIN, « Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat », in *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 129-136.

²⁸⁸ Voy. la requête en cassation de P. LEFEBVRE sous Cass., 2 février 2018, *op. cit.*

²⁸⁹ R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », *op. cit.*, p. 158.

²⁹⁰ P.A. FORIERS, « Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause », *op. cit.*, p. 97.

²⁹¹ La caducité doit être distinguée de l'imprévision (voy. *infra* sous-section 2 « La théorie de l'imprévision », § 2). Voy. R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », *op. cit.*, p. 159 ; D. PHILIPPE, « La théorie de l'imprévision étude du droit luxembourgeois, de droit comparé et de jurisprudence arbitrale », *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 25, 2015-2016, p. 56. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « Chapitre 3. La protection de la personne en situation de vulnérabilité par le droit des obligations et des contrats dans l'environnement numérique », in *Vulnérabilité et droits dans l'environnement numérique*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 79-86.

L'impossibilité ne doit pas être entendue de manière abstraite mais s'apprécie à la lumière de l'objet tel que les parties l'ont conçu.²⁹² Comme le soulève P.A. Foriers : « Même lorsque l'obligation porte sur une chose [...], cette chose ne se résume pas en un simple être physique, mais consiste dans la représentation que s'en font les parties en fonction notamment des fins de leur convention, de sa raison d'être »²⁹³.

L'impossibilité peut être matérielle (disparition de la chose qui forme l'objet de la prestation promise)²⁹⁴ ou juridique. Par exemple, le décès du débiteur en considération duquel le contrat a été conclu. Il y a également impossibilité juridique d'exécution en nature lorsqu'exiger l'exécution en nature serait constitutif d'un abus de droit, soit dans le chef du créancier, soit dans le chef du débiteur²⁹⁵.

§ 3. Les effets de la caducité

Relativement aux effets de l'impossibilité d'exécution sur l'obligation, il convient de distinguer si l'impossibilité trouve sa source dans un cas fortuit ou dans la faute du débiteur.

Lorsque l'impossibilité trouve sa source dans un cas fortuit, le débiteur est libéré dans la mesure de cette impossibilité²⁹⁶, et ce en vertu de la théorie des risques.

Par contre, dans la seconde hypothèse, et depuis l'arrêt rendu par la Cour de cassation du 28 novembre 1980, la caducité de l'obligation ne pose pas de problème mais sans préjudice des dommages et intérêts que le débiteur pourrait encore être condamné à payer. Le débiteur d'une chose certaine qui a péri par sa faute est tenu d'en payer le prix au créancier, et ce à titre de dommages et intérêts dus pour avoir manqué à son obligation de conserver la chose jusqu'à la livraison (art. 1302 du Code civil)²⁹⁷. Nous renvoyons à l'étude de R. Jafferali, lequel réexpose l'intérêt de passer par le concept de la responsabilité

²⁹² Cass., 28 novembre 1980, *op. cit.*, p. 70 ; Cass., 12 décembre 1991, *op. cit.*, n° 198.

²⁹³ P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, *op. cit.*, p. 63.

²⁹⁴ R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », *op. cit.*, p. 166, n° 17.

²⁹⁵ R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », *op. cit.*, p. 170, n° 18 et les nombreux exemples.

²⁹⁶ R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », *op. cit.*, p. 173. La perte partielle d'une chose n'impliquera une impossibilité totale d'exécution que si la prestation peut être considérée comme indivisible dans l'esprit des parties. Ainsi, une maison incendiée avant le transfert des risques n'est pas totalement détruite (il reste les décombres et le terrain). Néanmoins, en cette hypothèse, la prestation est impossible à réaliser et est indivisible. Par contre, si le cas fortuit laisse subsister la possibilité d'exécution partielle, celle-ci doit être accomplie.

²⁹⁷ Il s'agit de la position de POTHIER, rappelée par R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 175.

contractuelle aux fins de mieux cerner les impacts de la caducité d'une obligation lorsque l'impossibilité d'exécution est imputable au débiteur²⁹⁸.

L'exemple pris par R. Jafferali pour expliciter l'intérêt de la caducité est éclairant.

«Supposons que A convienne d'échanger un tableau en sa possession, d'une valeur de 5.000 € contre une voiture en la possession de B, d'une valeur de 6.000 €. Après la conclusion du contrat mais avant la date convenue pour la livraison, la voiture périt dans un accident dont B est responsable. L'obligation de B étant devenue impossible à exécuter par la faute de ce dernier, elle est incontestablement caduque. Reste toutefois à déterminer comment la situation globale va se dénouer.

Si A était en mesure de demander l'exécution par équivalent de l'obligation de B, il pourrait exiger de celui-ci le paiement de 6.000 € moyennant l'exécution de sa propre part du marché, en remettant à B le tableau promis.

Telle n'est toutefois pas la solution du droit positif belge. L'obligation de B étant caduque, elle s'éteint et donne naissance à une dette de responsabilité. En outre, l'obligation de B présentant un caractère essentiel, elle éteint corrélativement l'obligation de A, libérant celui-ci de l'obligation de livrer un tableau d'une valeur de 5.000 €. L'étendue du dommage de A sera donc de 1.000 €, soit la différence entre la situation dans laquelle il se serait trouvé en cas d'exécution de son obligation par B et sa situation actuelle (la valeur du tableau). Il pourra réclamer cette somme de 1.000 €.²⁹⁹

La caducité impose donc au créancier d'être dispensé de fournir sa propre prestation mais aussi, le cas échéant, d'échapper aux conséquences d'une « mauvaise » affaire³⁰⁰.

La caducité concerne au premier chef l'obligation ; elle peut s'étendre à tout le contrat mais il n'en va pas nécessairement ainsi³⁰¹. La caducité d'une obligation du contrat n'entraîne pas nécessairement la caducité des autres obligations résultant de ce contrat ni du contrat lui-même.

²⁹⁸ R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », *op. cit.*, pp. 174 et s.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 186.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 187.

³⁰¹ Cass., 4 février 2005, *op. cit.* (Dans un contrat de vente la perte de la chose due n'entraîne pas nécessairement l'extinction des autres obligations résultant du contrat.) Cass., 2 février 2018, *op. cit.* et requête en cassation P. LEFEBVRE.

En d'autres termes, il n'existe pas d'automatisme : la caducité d'une obligation n'aura d'effet sur le contrat que si cette obligation est essentielle, déterminante ou indivisible des autres obligations du contrat.

Elle produit ses effets de plein droit³⁰² et constitue un principe général du droit de nature supplétive³⁰³.

Enfin, la caducité de l'obligation intervient *ex nunc*, soit pour l'avenir.

§ 4. Droit futur

Faisant écho à la doctrine et à la jurisprudence, le gouvernement a institué officiellement ce principe général de droit au sein de son projet de réforme du Code civil.

L'article 5.116 vise la caducité d'une obligation par disparition de l'objet :

« La caducité d'une obligation par disparition de son objet conformément à l'article 5.339 n'entraîne pas par elle-même l'extinction du contrat qui lui a donné naissance.

En ce cas, le contrat n'est éteint que dans les cas prévus à l'article 5.115. »

L'article 5.115 vise les différentes causes d'extinction du contrat (qui se distinguent des causes d'extinction de l'obligation visées à l'article 5.318 du projet), lesquelles sont les suivantes :

- 1° par l'extinction des obligations auxquelles il a donné naissance conformément à l'article 5.318 ;
- 2° par son annulation judiciaire ou extrajudiciaire conformément à l'article 5.62 ;
- 3° par sa résiliation de commun accord conformément à l'article 5.73, alinéa 1^{er} ;
- 4° par sa résiliation unilatérale conformément aux articles 5.73, alinéa 2, 5.78 et 5.79 ;
- 5° par sa résolution judiciaire ou extrajudiciaire pour inexécution conformément à l'article 5.93 ;
- 6° par l'impossibilité d'exécution conformément à l'article 5.103 ;
- 7° dans les autres cas prévus par la loi.

L'article 5.318, 6° vise l'extinction de l'obligation par la caducité consécutive à la disparition de son objet.

³⁰² Cass., 28 novembre 1980, *op. cit.* ; Cass., 12 décembre 1991, *op. cit.* ; Cass., 25 juin 2010, *op. cit.* ; R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », *op. cit.*, p. 188.

³⁰³ Cass., 14 octobre 2004, *op. cit.*

L'article 5.339 dispose : « 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 ».

Le projet a donc pour but de codifier les principes relevés ci-avant (sous réserve de l'automatisme en matière d'impossibilité imputable au débiteur). L'Exposé des motifs précise qu'est seule visée l'impossibilité définitive d'exécution. En cas d'impossibilité temporaire, il est fait application de l'article 5.100 (en cas d'impossibilité imputable au débiteur) ou de l'article 5.102 (en cas d'impossibilité non imputable au débiteur).

Comme nous l'avons vu *supra*, les choses s'avèrent cependant plus délicates si l'on se place sur le terrain, non de l'obligation, mais du contrat. De nombreuses difficultés existent en effet concernant l'interaction entre la caducité – censée intervenir de plein droit – et les autres modes d'extinction du contrat, en particulier la résolution et la théorie des risques³⁰⁴.

La disposition en projet résout ces difficultés en prévoyant que la caducité d'une obligation née du contrat n'entraîne pas, en tant que telle, la caducité de celui-ci ; le contrat ne sera éteint que par application des causes ordinaires d'extinction énumérées à l'article 5.115. Ainsi, lorsque la caducité de l'obligation résulte d'une impossibilité d'exécution non imputable au débiteur, le contrat pourra le cas échéant être dissous par l'effet de la théorie des risques, en principe de plein droit (article 5.103). À l'inverse, en cas d'impossibilité d'exécution imputable au débiteur, le contrat ne prendra pas fin de plein droit mais pourra, notamment, être résolu par le créancier en raison de l'inexécution commise par le débiteur (article 5.93). Cette solution apparaît « plus équitable dans la mesure où l'extinction de plein droit du contrat aboutirait dans ce cas à priver le créancier de son choix parmi les sanctions que la loi lui octroie, alors même que l'impossibilité d'exécution est imputable au débiteur »³⁰⁵. Le créancier victime d'une impossibilité d'exécution imputable au débiteur se trouverait moins bien traité que le créancier victime d'une simple inexécution imputable au débiteur, et ce sans justification raisonnable. Au contraire, sous l'empire de l'article en projet, le créancier pourra dans ce cas, s'il n'opte pas pour la résolution du contrat, exiger la poursuite du contrat en exécutant ses propres obligations moyennant une réparation réclamée au débiteur, en nature (si elle est possible) ou pécuniaire³⁰⁶.

³⁰⁴ R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », *op. cit.*, pp. 199 et s.

³⁰⁵ Exposé des motifs, p. 185.

³⁰⁶ Exposé des motifs, pp. 185-186 ; R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », *op. cit.*, pp. 180 et s.

Sous-section 2

La théorie de l'imprévision

§ 1. Notion

La théorie de l'imprévision, dite aussi théorie du bouleversement de l'économie contractuelle,³⁰⁷ est définie en ces termes par la Cour de cassation : « théorie qui tend à faire admettre qu'en toute matière, la partie lésée par un contrat peut être déliée de ses engagements lorsque des événements extraordinaires, échappant à toute prévision au moment où le contrat a pris naissance, en ont altéré si profondément l'économie, qu'il soit certain qu'elle n'aurait pas consenti à assumer l'aggravation des charges qui en résulte »³⁰⁸.

H. De Page définit la théorie de l'imprévision comme étant « le déséquilibre des prestations réciproques qui vient à se produire, dans les contrats à prestations successives ou différées, par l'effet d'événements ultérieurs à la

³⁰⁷ Cette seconde expression est préférée par certains auteurs dont D. PHILIPPE : voy. D. PHILIPPE, « Le point sur... l'imprévision », *J.T.*, 2007, p. 738 ; D. PHILIPPE, « À propos du déséquilibre du contrat et de l'obligation de renégociation », note sous Mons, 30 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2014, pp. 1085 et s. ; D. PHILIPPE, « La force majeure et le hardship », in *Les principes UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international* (Éd. 2010) en arbitrage, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 100. P. ACCAOUI LORFING préfère l'expression « hardship ». Voy. P. ACCAOUI LORFING, « L'obligation de renégociation du contrat », *R.D.I.D.C.*, 2015, n° 2, p. 235.

³⁰⁸ Cass., 30 octobre 1924, *Pas.*, 1924, I, p. 565, *B.J.*, 1925, col. 297 ; voy. également Bruxelles, 20 mars 2000, 96/AR/2932 (inédit) pour une définition de l'imprévision : « L'imprévision suppose des circonstances graves et exceptionnelles d'ordre économique, politique et technologique, étrangères au fait des parties, totalement imprévisibles pour elles au moment de la conclusion du contrat, qui provoquent un déséquilibre économique entre leurs prestations réciproques ; ce déséquilibre doit revêtir un caractère anormal et exceptionnel pour que la théorie de l'imprévision puisse s'appliquer et justifie la résiliation d'un contrat ». Sur le thème de l'imprévision, voy. P. ACCAOUI LORFING, *op. cit.*, pp. 233-277 ; C. BIQUET-MATHIEU, « Soubresauts en matière d'imprévision. Les arrêts des 19 juin 2009 et 14 octobre 2010 », *R.F.D.L.*, 2012, pp. 239 et s. ; M. COIPEL, *op. cit.*, pp. 142-145 ; M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De Belgische wetgever en de imprevisieeler », *R.W.*, 2015-2016/22, pp. 843-854 ; M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De imprevisieeler : de rechter met de pen in de hand », *R.W.*, 2017-2018, n° 40 ; S. HEREMANS, « Le bouleversement de l'économie contractuelle à la suite d'un changement de circonstances : quelques éclairages nouveaux », *R.G.D.C.*, 2000, pp. 477-503 ; C. JASSOGNE, « La crise et la notion d'imprévision », *R.R.D.*, n° 127, 2008/1, p. 175 ; A. NICOLAS, « Hardship. Prévoir l'imprévisible », *C.J.*, 2013, pp. 92-94 ; D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1986 ; D. PHILIPPE, « La révision du prix liée à la survenance de circonstances nouvelles », in *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, pp. 29-33 ; D. PHILIPPE, « À propos du déséquilibre du contrat et de l'obligation de renégociation », *J.L.M.B.*, 2014/23, pp. 1083-1094 ; D. PHILIPPE, « Chapitre 6. Les clauses relatives au changement de circonstances dans les contrats à long terme », in *La rédaction des contrats internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 143-191 ; D. PHILIPPE, « Renégociation du contrat en cas de changement de circonstances : une porte entrouverte ? », *D.A.O.R.*, 2010/2, n° 94, pp. 156-162 ; D. PHILIPPE, « Le point sur l'imprévision », *J.T.*, 2007, p. 738 ; D. PHILIPPE, « La théorie de l'imprévision : étude de droit luxembourgeois, de droit comparé et de jurisprudence arbitrale », *op. cit.*, pp. 45 et s. ; D. SPIELMANN et H. DUPONG, « Quelques réflexions sur la théorie de l'imprévision », in *Le Bicentenaire du Code civil : une contribution luxembourgeoise*, Luxembourg, Portalis, 2004, pp. 147 et s. ; F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « Chapitre 3. La protection de la personne en situation de vulnérabilité par le droit des obligations et des contrats dans l'environnement numérique », in *Vulnérabilité et droits dans l'environnement numérique*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 79-86 ; P. VAN OMMELAGHE, *Droit des obligations*, t. 1, *op. cit.*, n° 530 ; P. WÉRY, *Traité. Les obligations*, *op. cit.*, 2010, pp. 332 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 512-521.

formation du contrat, indépendants de la volonté des parties, et se révélant tellement extraordinaires, telles anormaux, qu'il n'était guère possible de raisonnablement les prévoir»³⁰⁹.

Au sein de ses divers écrits et thèse consacrés à ce sujet, D. Philippe définit l'imprévision en ces termes : il s'agit d'un concept « qui autorise la révision du contrat en cas de survenance, postérieurement à la conclusion du contrat, de circonstances présentant les caractéristiques suivantes :

- être non imputables à la partie qui s'en prévaut ;
- être imprévisibles
- avoir pour effet le bouleversement de l'économie contractuelle »³¹⁰.

L'événement imprévisible est un « événement échappant au contrôle raisonnable des parties et que l'on ne pouvait raisonnablement demander à ces dernières de prendre en compte au moment où elles ont conclu le contrat »³¹¹.

L'imprévision se situe donc au niveau de l'exécution du contrat et non de sa formation et trouve son terrain de prédilection dans les contrats à long terme, à exécution successive ou différée³¹². Les plaideurs ont également tenté de la voir aboutir en matière de divorce par consentement mutuel³¹³.

Concrètement, lors de l'exécution du contrat, les situations des parties changent fondamentalement, le prix de l'acier explose, les marges sont réduites à néant, l'inflation monétaire intervient, survient une crise économique, un conflit ou encore un litige environnemental... Lorsque des événements hors du commun interviennent, lesquels étaient non prévisibles lors de la formation du contrat, les parties ne peuvent-elles pas modifier leurs engagements, voire les annuler ?

³⁰⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. 2, op. cit., p. 560.

³¹⁰ Voy. D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, op. cit. ; D. PHILIPPE, « Le point sur l'imprévision », *J.T.*, 2007, p. 738 ; D. PHILIPPE, « À propos du déséquilibre... », op. cit., p. 1085 ; D. PHILIPPE, « La théorie de l'imprévision : étude de droit luxembourgeois, de droit comparé et de jurisprudence arbitrale », op. cit., p. 45 ; F. GEORGE et J.-B. HUBIN, op. cit., pp. 79-86 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, op. cit., p. 513.

³¹¹ P. ACCAOUI LORFING, op. cit., p. 241 ; M. FONTAINE, « Les clauses de hardship, aménagements conventionnels de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *DPCL*, 1976, p. 49.

³¹² P. DECEUNINCK, « Juridische argumentatie van de theorie de onvoorziene omstandigheden », *Jura Falc.*, 1978-1979, pp. 83 et s.

³¹³ Voy. par exemple des décisions ayant rejeté l'application de cette théorie en droit familial : Civ. Gand, 17 mai 1993, *J.J.P.*, 1994, p. 169 : « Le juge ne peut plus intervenir ou modifier une convention préalable au divorce par consentement mutuel ni lui appliquer a posteriori des considérations d'équité, ou de justice sociale ou d'intérêt économique. La théorie de l'imprévision ne peut trouver à s'appliquer lorsque les parties aux conventions préalables ont été aussi prévoyantes que de consigner les conséquences de la non-exécution par une des parties de ses prestations en faveur de tiers et ceci d'autant plus que la réalisation des conditions était prévisible. »

§ 2. Différenciation avec des figures juridiques proches

La théorie de l'imprévision se différencie d'autres figures juridiques telles que la force majeure ou la caducité³¹⁴.

D'un côté, la force majeure suppose comme l'imprévision la survenance de circonstances imprévisibles et inévitables. La distinction réside dans le fait que la force majeure s'applique en cas d'impossibilité d'exécution tandis que l'imprévision peut trouver application en cas de déséquilibre des prestations qui aggravent les charges d'une des parties. Les deux figures juridiques se distinguent quant à leurs effets : la force majeure libère définitivement ou temporairement le contractant de ses obligations tandis que l'imprévision tend généralement à la révision/le rééquilibrage du contrat³¹⁵. La théorie de la force majeure est reconnue en droit belge, à l'inverse de la théorie de l'imprévision, et ce malgré le souhait de certains auteurs ayant largement écrit sur la question. La ligne de démarcation entre ces deux figures juridiques se révèle parfois ténue³¹⁶.

De l'autre, la caducité suppose l'impossibilité partielle ou totale d'exécution du contrat ou de l'une des obligations essentielles tandis que l'imprévision suppose non pas une impossibilité d'exécution mais un déséquilibre des prestations et partant, des difficultés d'exécution.

§ 3. Rejet de la théorie en droit belge et évolutions jurisprudentielles

A. Principe et raisons sous-tendant le rejet de la théorie

Il est traditionnellement enseigné que la théorie de l'imprévision n'est pas reconnue en droit belge³¹⁷ même si certains auteurs ont pu déceler, ces dernières années, quelques ouvertures dans la jurisprudence de la Cour de cassation³¹⁸.

³¹⁴ Voy. D. PHILIPPE, « La théorie de l'imprévision : étude de droit luxembourgeois, de droit comparé et de jurisprudence arbitrale », op. cit., pp. 55-56.

³¹⁵ *Ibidem* ; F. GEORGE et J.-B. HUBIN, op. cit., pp. 79-80 ; J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, « Force majeure et imprévision en matière contractuelle », in *Recyclage en droit. Droit des obligations*, Limal, Anthémis, 2011 ; D. PHILIPPE, « La théorie de l'imprévision étude du droit luxembourgeois... », op. cit., pp. 55-56.

³¹⁶ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, op. cit., p. 80 ; J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, op. cit., p. 98.

³¹⁷ Voy. Cass., 19 mai 1921, *Pas.*, 1921, I, p. 380.

³¹⁸ C. BIQUET-MATHIEU, « Soubresauts en matière d'imprévision. Les arrêts des 19 juin 2009 et 14 octobre 2010 », op. cit., p. 239 ; M. COIPEL, op. cit., p. 143, n° 205 ; D. PHILIPPE, « À propos du déséquilibre du contrat et de l'obligation de renégociation », op. cit., p. 1084 ; D. PHILIPPE, « Le point sur l'imprévision », op. cit., pp. 738 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, op. cit., p. 513.

Le principe de la convention-loi ou encore *pacta sunt servanda*³¹⁹, consacré à l'article 1134 du Code civil, constitue un rempart de taille que la Cour de cassation répugne à gravir au nom de la stabilité contractuelle. Le droit des contrats repose sur le principe de la force obligatoire selon lequel «les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites». Ce principe implique que les parties contractantes sont tenues par toutes les obligations du contrat et donc ni au-delà, ni en deçà³²⁰. Ceci se traduit, d'une part, par l'irrévocabilité du contrat³²¹ (article 1134, alinéa 2, du Code civil) et, d'autre part, par son intangibilité³²² «par volonté unilatérale». De même, des motifs d'équité ne permettent pas au juge de réviser la convention des parties ou d'autoriser l'une des parties à ne pas s'exécuter³²³.

La Cour de cassation refuse de donner à la bonne foi une fonction modificatrice et condamne de façon expresse la théorie de l'imprévision :³²⁴

«Attendu [...] que la convention légalement formée tient lieu de loi aux parties; qu'elle ne peut être révoquée que de leur accord ou pour les causes que la loi autorise; qu'elle doit être exécutée de bonne foi et sans abus de droit par les parties; qu'il s'ensuit que le juge ne peut modifier le contenu d'une convention pour des raisons d'équité.

Que la règle d'exécution de bonne foi n'implique pas que si des circonstances nouvelles et non prévues par les parties rendent l'exécution du contrat plus difficile pour le débiteur, le créancier ne puisse demander le paiement de sa créance»^{325, 326}.

³¹⁹ P.A. FORIERS, «*Pacta sunt servanda* (Portée et limites)», in P.A. FORIERS, *Le droit des affaires en évolution. La modification unilatérale du contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 1-44; P. ACCAOUI LORFING, *op. cit.*, p. 237.

³²⁰ K. TROCH, «La modification unilatérale du contrat: questions choisies», in K. WAUTERS (dir.), *La modification unilatérale du contrat*, Limal, Anthemis, 2018, p. 7; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 363.

³²¹ K. TROCH, *op. cit.*, p. 7 et F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, thèse, Anvers/Cambridge, Intersentia, 2014, p. 375, n° 477.

³²² C. DELFORGE, «La modification unilatérale du contrat», in J.-Fr. GERMAIN, *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, p. 154, n° 17.

³²³ Cass., 15 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 177. Cass., 30 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 392; Cass., 21 juin 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 926; Cass., 7 février 1994, *Pas.*, 1994, p. 150; Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 365; Cass., 20 avril 2006, *Pas.*, 2006, p. 884; C. BIQUET-MATHIEU, *op. cit.*, p. 248.

³²⁴ Cass., 7 février 1994, *Pas.*, 1994, p. 150.

³²⁵ Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 365; J.L.M.B., 1995, p. 1591. Confirmé par: Cass., 20 avril 2006, *Pas.*, 2006, p. 884, *Arr. Cass.*, 2006, p. 904, *E.J.*, 2006, 100, note E. AERTS et R.G.D.C., 2009, p. 34.

³²⁶ En droit français, l'on connaît l'arrêt rendu en 1876 par la Cour de cassation, dans la célèbre affaire du canal de Craponne, qui énonce de manière péremptoire: «Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées» (Cass. fr., 6 mars 1876, *Dalloz*, 1876, I, p. 193 et note A. GIBOULOT. Pour une analyse de l'évolution de la question en droit français, voy. D. PHILIPPE, «À propos du déséquilibre...», *op. cit.*, pp. 1087 et s.

B. Évolution jurisprudentielle

Plusieurs arrêts ont toutefois plus récemment semé le trouble. Ainsi, dans ses deux arrêts des 19 juin 2009³²⁷ et 12 avril 2013³²⁸, rendu dans le cadre d'une vente internationale soumise à la Convention de Vienne du 11 avril 1980, la Cour de cassation a admis la révision du prix sur pied de l'article 79, 1, de la CVIM. Elle a admis la cause d'exonération visée à l'article 79 en cas d'empêchement imprévisible rencontré dans l'exécution du contrat. Dans sa décision du 12 avril 2013, la Cour de cassation énonce: «La notion de force majeure reçoit une interprétation beaucoup plus stricte en droit belge que la notion d'empêchement contenue à l'article 79, alinéa 1^{er}, de la Convention des Nations unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises faites à Vienne»³²⁹.

Un arrêt subséquent de la Cour de cassation du 14 octobre 2010 a encore relancé le débat. Dans cette affaire, la Cour rejette le pourvoi dirigé contre la décision du Tribunal de première instance de Tournai statuant en degré d'appel qui avait accueilli la demande de suppression de la pension alimentaire introduite par un époux. Le tribunal de première instance avait estimé abusif la demande de l'ancienne épouse de maintenir une pension alimentaire à charge de son époux alors que:

- celui-ci s'était engagé à la verser trente ans plus tôt;
- son mari avait connu une diminution de revenus en raison de sa mise à la retraite;
- l'ex-épouse vivait avec un homme bénéficiant de revenus et elle promettait elle-même une rémunération.

Même si la Cour de cassation a fondé sa décision sur l'abus de droit, le Professeur Biquet considère qu'«Il n'en reste pas moins que, dans cet arrêt G./L., la Cour s'est montrée moins soucieuse que par le passé d'éviter que la frontière, cependant ténue, entre la fonction modératrice (admise) de la bonne foi et sa fonction modificatrice (rejetée) ne soit franchie, ne fût-ce que formellement. Dans une seconde interprétation, on pourrait même se demander si, revenant sur sa jurisprudence antérieure, la Cour n'a pas là carrément admis, au titre de la sanction de l'abus de droit, une forme de déchéance du droit, soit une forme de modification du contrat. À l'appui de cette seconde interprétation, on ne peut manquer de souligner que, contrairement à ce qu'elle avait

³²⁷ Cass., 19 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1590; D.A.O.R., 2010, p. 149, note D. PHILIPPE.

³²⁸ Cass., 12 avril 2013, R.G.D.C., 2013, p. 478; J.L.M.B., 2014, p. 1081, note D. PHILIPPE.

³²⁹ Voy. C. BIQUET-MATHIEU, *op. cit.*, pp. 240 et s.; F. GEORGE et J.-B. HUBIN, *op. cit.*, pp. 81-82; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 514 et s.

fait dans ses précédents arrêts, la Cour ne mentionne pas [...] l'interdiction pour le juge de modifier le contenu d'une convention, fût-ce pour des raisons d'équité»³³⁰.

C. Pistes destinées à pallier le rejet de l'imprévision

Face à cette jurisprudence de notre Cour suprême, plusieurs palliatifs ont été mis en avant afin d'assouplir et rencontrer les difficultés imprévisibles d'exécution rencontrées en pratique :

- Le premier palliatif consiste à «élargir les contours de la force majeure» en appréciant de façon raisonnable le caractère insurmontable de l'obstacle³³¹. Cependant, il ne paraît pas opportun de dénaturer le concept traditionnel de force majeure. Comme le précise P. Wéry, «cette conception extensive de la force majeure reste, à l'analyse, une cote mal taillée de l'imprévision»³³². Cette extension de la notion de force majeure se heurte à l'adage *genera non pereunt*³³³.
- La théorie de l'abus de droit peut être invoquée et le principe de l'exécution de bonne foi des contrats consacré par l'article 1134, alinéa 3, du Code civil. Ce raisonnement a cependant des limites. La sanction de l'abus de droit consiste en effet en la réduction du droit à son exercice normal ou la réparation du préjudice causé. En matière d'imprévision, le débiteur peut solliciter des remèdes beaucoup plus larges et variés : la révision, la dissolution, la suspension de la convention³³⁴. Un avantage réside néanmoins dans la possibilité pour le débiteur de se prévaloir de la théorie de l'abus de droit même s'il a commis une faute³³⁵. C'est principalement sur base de la théorie de l'abus de droit que l'imprévision a pu être acceptée, dans certains cas, par les cours et tribunaux³³⁶.

³³⁰ C. BIQUET-MATHIEU, *op. cit.*, p. 243.

³³¹ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, *op. cit.*, p. 82; S. GOLDMAN et S. LAGASSE «Section 2. Le déséquilibre contractuel survenant en cours d'exécution en raison de circonstances extérieures», in *Actualités en droit général des contrats*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 117-119; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 516-517. Pour des cas jurisprudentiels : Gand, 2 avril 2012, *N.J.W.*, 2013, p. 32, note C. LEBON; J.P. Tournai, 8 mai 2007, *J.T.*, 2008, p. 162.

³³² P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 517.

³³³ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, *op. cit.*, p. 82 : «Le débiteur tenu de livrer des choses dites "de genre" ne peut invoquer la force majeure si ces choses disparaissent ou sont détruites avant la livraison par survenance d'une cause étrangère».

³³⁴ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, *op. cit.*, p. 82; S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, pp. 121-122; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 516-517.

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ Mons, 30 mai 2013 : «Le principe de l'exécution de bonne foi des conventions s'oppose en outre à ce que le créancier demande la poursuite de la convention initiale, malgré le bouleversement de l'économie contractuelle allant jusqu'à la ruine du débiteur» (*J.L.M.B.*, 23, 2014, pp. 1083 et s., note D. PHILIPPE). Dans un arrêt du 3 février 2014, la Cour d'appel de Gand a estimé qu'il y avait abus de droit lorsqu'une partie refusait toute adaptation du contrat ou toute renégociation lorsque la situation du débiteur est devenue sensiblement plus

- On pourrait faire appel à la bonne foi dans sa fonction complétive : en pareille hypothèse, le juge disposerait d'un pouvoir normatif quant à la détermination des obligations des parties. Il pourrait donc insuffler dans celui-ci, au nom du raisonnable ou de l'équité, une clause permettant au débiteur d'être libéré par la survenance d'événements imprévisibles qui ont gravement déséquilibré des prestations réciproques³³⁷.
- Enfin, les parties peuvent anticiper les difficultés liées au changement de circonstances par l'insertion dans leur contrat d'une clause de *hardship*. Ces clauses, fréquentes dans les contrats internationaux, contiennent en général deux parties : la première destinée à décrire les hypothèses dans lesquelles on considérera qu'il y a imprévision et un bouleversement dans l'économie du contrat et une seconde visant à en délimiter les conséquences : une révision du contrat dans son intégralité, une diminution de prix, une obligation de renégociation de certaines clauses du contrat seulement, etc.³³⁸.

D. Philippe recommande de rédiger des clauses précises quant aux éléments suivants, et ce pour permettre une correcte et juste application :

- le descriptif de l'événement donnant lieu à la renégociation ;
- un seuil de déséquilibre éventuel ;
- la procédure de notification de l'événement donnant lieu à renégociation ;
- les personnes appelées à participer à la négociation ;
- un ordre du jour de la réunion ;
- les modalités pratiques de la réunion ;
- la sanction en cas de non-respect de l'une ou l'autre de ces normes³³⁹.

§ 4. Réforme du Code civil

Dans le cadre du projet de réforme du Code civil, S. Stijns écrivait : «La ligne directrice consisterait à répondre aux questions liées aux déséquilibres du contrat. Cette ligne directrice est conforme à l'objectif de justice contractuelle. Ce qui doit être pris en compte est que l'idée d'un "équilibre contractuel" ou le problème éventuel d'un déséquilibre peut surgir tant dans la phase de la forma-

lourde à la suite d'une situation d'imprévision (Gand, 3 février 2014, *N.J.W.*, 2015, pp. 202 et s.). Voy. également M. COIPEL, *op. cit.*, p. 144.

³³⁷ M. COIPEL, *op. cit.*, p. 145.

³³⁸ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, *op. cit.*, p. 82; S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 116; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 519-520.

³³⁹ D. PHILIPPE, «La force majeure et le hardship», *op. cit.*, pp. 104 et s. Voy. les articles 6.2.2. des Principes Unidroit et 6:111 des Principes de droit européen des contrats.

tion du contrat que dans sa phase d'exécution. Il s'agit, en outre, d'une notion multiforme puisqu'un (dés)équilibre peut viser les prestations entre parties (entre l'objet et le prix, manière directe de le formuler), mais aussi les droits et obligations des parties (tels qu'on les retrouve dans les clauses du contrat). On doit dès lors envisager un contrôle de l'équilibre quantitatif (ce qui est propre à la lésion qualifiée et à l'imprévision) et un contrôle de l'équilibre qualitatif ou juridique du contenu du contrat (ce qui est, à ce jour, surtout le terrain d'action du droit de la consommation, grâce notamment à la notion de clause abusive). En s'inspirant des codes des pays voisins et du *Soft law*, il me semble dès lors indispensable d'introduire enfin les concepts d'imprévision et de lésion qualifiée en les encadrant bien entendu de conditions et d'effets^{340, 341}.

Suite à l'appel de la doctrine et afin d'aligner le régime belge sur celui de l'ensemble des législations modernes, le gouvernement a consacré, au sein de son projet, la théorie de l'imprévision.

L'article 5.77 du projet s'intitule « Changement de circonstances ».

L'alinéa 1^{er} réaffirme le principe de la convention-loi : « Chaque partie doit exécuter ses obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué. »

L'alinéa 2 reconnaît une exception audit principe et permet au débiteur de « demander au créancier de renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque les conditions suivantes sont réunies : 1° un changement de circonstances rend excessivement onéreuse l'exécution du contrat de sorte qu'on ne puisse raisonnablement l'exiger ; 2° ce changement était imprévisible lors de la conclusion du contrat ; 3° ce changement n'est pas imputable au débiteur ; 4° le débiteur n'a pas assumé ce risque ; et 5° la loi ou le contrat n'exclut pas cette possibilité ».

Les conséquences qu'entraîne la survenance de ces circonstances exceptionnelles sont expressément visées aux alinéas 3 et 4 de l'article 5.77. Dans un premier temps, la partie victime du déséquilibre contractuel peut uniquement

inviter son cocontractant à renégocier le contrat ou à y mettre fin de commun accord. Durant la période de négociation, les parties sont tenues de poursuivre l'exécution de leurs obligations. Le juge n'interviendra qu'en cas de refus ou d'échec des négociations. Il pourra « à la demande de l'une ou l'autre des parties, adapter le contrat afin de le mettre 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, ou mettre fin au contrat en tout ou en partie à une date et selon des modalités fixées par le juge ». Le juge peut donc mettre fin au contrat de façon rétroactive ; l'effet rétroactif pouvant remonter au maximum jusqu'à la date de changement des circonstances³⁴².

L'introduction de cette disposition mériterait d'être approuvée. Deux remarques doivent néanmoins être formulées :

Nous partageons l'avis des auteurs qui estiment que l'obligation pour les parties de poursuivre l'exécution de leurs obligations paraît difficilement conciliable avec certaines situations concrètes qui empêchent, à défaut de dégager des gros moyens financiers, d'exécuter le contrat. Si une négociation est entamée entre parties, celles-ci devraient pourvoir prévoir des mesures « urgentes et provisoires ». Néanmoins, à défaut de solution provisoire négociée, la victime du déséquilibre contractuel risque d'être placée dans une situation délicate pour mener à bien des négociations. Comme le dit bien D. Philippe, « cette solution correspond à la sécurité juridique mais pas nécessairement à la justice contractuelle »³⁴³.

L'exposé des motifs précise clairement qu'il s'agit de conditions « strictes ». L'article 5.77, alinéa 2, admet la renégociation de la convention si l'exécution du contrat est rendue « excessivement onéreuse ». Cela vise-t-il uniquement le cas où le coût de la prestation a augmenté ? Par exemple, le prix du métal, matière première, augmente de 70 %. D. Philippe estime que l'onérosité excessive vise le déséquilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué. Il tire argument du texte de l'article 5.77³⁴⁴. Nous partageons cette position, sous peine de vider partiellement de sa substance, cette innovation.

³⁴⁰ S. STIJNS, « Faut-il réformer le Code civil ? – Réponses et méthodologie pour le droit des obligations contractuelles et extracontractuelles : les obligations contractuelles », *J.T.*, 2016/19, p. 311 (nos 34 et 35).

³⁴¹ Concernant la reconnaissance de la théorie du bouleversement de l'économie contractuelle dans les pays voisins et par divers instruments internationaux voy. notamment : P. ACCAOU LORFING, *op. cit.*, pp. 233-277 ; D. PHILIPPE, « La force majeure et le *hardship* », *op. cit.*, pp. 98-124 (principes Unidroit – *Soft law*). Pour un autre cas de reconnaissance de la théorie de l'imprévision en droit belge : voy. l'article 1474/1 du Code civil introduit par la loi du 22 juillet 2018 qui permet au juge de la famille de corriger le contrat de séparation de biens qui a été conclu par les époux lorsque l'application de ce régime entraînerait des conséquences manifestement inéquitables pour l'un d'eux. Voy. loi du 22 juillet 2018 modifiant le Code civil et diverses autres dispositions en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant la loi du 31 juillet 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *M.B.*, 27 juillet 2018, p. 59435.

³⁴² Exposé des motifs, p. 102. Voy. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, *op. cit.*, pp. 84-85 ; D. PHILIPPE, « L'introduction de l'imprévision en droit belge », in *Het burgerlijk recht in beweging / Le droit civil en mouvement*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 61-68.

³⁴³ *Ibid.*, p. 66.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 66.

Sous-section 3

Un petit mot sur l'agencement et le cumul des sanctions applicables à un manquement contractuel au regard de la proposition de loi

Après ces quelques lignes... un constat: le sujet choisi s'avère vaste... trop vaste! Avec comme conséquence, ce sentiment de ne pas avoir envisagé la présentation de sanctions importantes telles que l'exception d'inexécution, la réduction des clauses pénales, les comparaisons de régimes, l'agencement et le cumul des sanctions applicables à un manquement contractuel, etc. Tentons de limiter très brièvement cette frustration.

Au-delà de la présentation des diverses sanctions, nous pensons qu'un point particulier intéresse le praticien et mériterait que l'on s'y attache davantage: c'est celui de l'agencement et du cumul des sanctions applicables à un manquement contractuel.

Nous savons que le contractant victime de l'inexécution d'une ou plusieurs obligations de son cocontractant peut envisager deux solutions qui vont affecter très différemment le contrat. Soit il entend obtenir la prestation qui lui a été promise: il cherchera obliger le débiteur à exécuter son obligation. Soit le contrat qui n'a pas été exécuté ne l'intéresse plus, et le créancier va chercher à s'en débarrasser, à la fois pour pouvoir récupérer ce qu'il a lui-même versé en exécution de ce contrat et pour pouvoir, éventuellement, passer avec quelqu'un d'autre un contrat similaire.

Les sanctions peuvent être multiples: résolution de la convention, réparation en nature, exécution en nature, réduction du prix, clause pénale ou clause résolutoire expresse, suspension des obligations via l'exception d'inexécution, etc.

Notre propos sera bref et nous soulignerons simplement l'effort important, en vue d'une clarification des sanctions à l'inexécution d'une obligation ou d'un contrat, du gouvernement dans le cadre du projet de réforme du Code civil.

Une question importante pour le praticien et pour le citoyen est de savoir quelles mesures il peut prendre vis-à-vis d'un débiteur peu scrupuleux. Les différentes solutions ouvertes au créancier victime de l'inexécution/mauvaise exécution peuvent-elles se cumuler ou au contraire, sont-elles exclusives l'une de l'autre?

Il va de soi que le cumul apparaît exclu entre les deux solutions qui s'offrent au créancier par rapport au contrat lui-même, l'exécution forcée ou la résolution, qui sont, par nature, incompatibles: si le créancier demande l'exécution, c'est qu'il veut se tenir au contrat, s'il demande la résolution, c'est qu'il

veut son anéantissement. L'affirmation doit cependant être nuancée. Il est certain qu'on ne peut pas demander en même temps à un tribunal de condamner le débiteur à exécuter et de prononcer la résolution du contrat. Néanmoins, rien n'empêche de solliciter à titre principal, la condamnation à l'exécution, et si celle-ci ne peut pas être obtenue, la résolution du contrat; à l'inverse, s'il n'obtient pas la résolution, par exemple parce que l'inexécution est jugée trop peu grave, il peut ensuite chercher à faire exécuter.

La question de l'articulation des sanctions est fondamentale. Elle suppose, d'une part, de se poser la question d'une hiérarchie entre elles, et d'autre part, de leur combinaison possible. Cela amène aussi «à se demander s'il est permis au créancier, engagé dans une relation contractuelle, de faire appel à des actions étrangères au contentieux de l'inexécution des obligations contractuelles»³⁴⁵.

Nous aurions souhaité aborder davantage cette question. Nous entendons simplement relever que le Code civil actuel n'offre, d'une part, aucune vue d'ensemble des sanctions mises à la disposition du créancier, tandis que, d'autre part, les dispositions en cause sont totalement «éclatées» à travers le Code³⁴⁶. «Tout cela paraît bien décousu»³⁴⁷.

Actuellement, la tendance en droit européen se veut simplificatrice et «rassembleuse»³⁴⁸.

C'est également l'optique choisie par le gouvernement belge au sein du projet de loi portant réforme du Code civil. En effet, l'article 5.86 énumère les différentes sanctions pouvant être appliquées 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;³⁴⁹
- 5° le droit de suspendre l'exécution de sa propre obligation».

Cela permettra de faciliter le travail du praticien, qu'il soit magistrat ou avocat.

Le deuxième alinéa énonce un principe de cohérence, suivant les instruments internationaux. Ainsi le droit à la résolution du contrat ne peut-il se cumuler avec une demande d'exécution en nature de l'obligation. Par contre,

³⁴⁵ P. WÉRY, «L'agencement des sanctions applicables à un manquement contractuel», *op. cit.*, p. 442.

³⁴⁶ Exposé des motifs, p. 113.

³⁴⁷ P. WÉRY, «L'agencement des sanctions applicables à un manquement contractuel», *op. cit.*, p. 443.

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ Il s'agit d'une nouvelle sanction, non explicitement prévue actuellement.

la résolution du contrat peut être accompagnée de dommages et intérêts complémentaires à celle-ci.

Les articles 5.87 et suivants explicitent les diverses sanctions, tout en veillant à y intégrer les éventuels apports jurisprudentiels.

Conclusion

Notre conclusion sera brève. Elle portera davantage sur la proposition de loi portant création d'un Code civil et y insérant un livre 5 «Les obligations». Nous retiendrons deux principes qui fondent et sous-tendent cette proposition de loi.

D'une part, la sécurité juridique. Le projet accroît réellement l'accessibilité et la lisibilité du droit des obligations et se base sur un plan cohérent en termes de conclusion du contrat (phase précontractuelle – formation/validité – exécution). La consécration d'acquis jurisprudentiels et doctrinaux est claire et aboutira, si le projet passe, à renforcer la sécurité juridique. Pas de «révolution copernicienne» mais une modernisation évidente de la matière qui aura le mérite de faciliter la tâche du praticien.

D'autre part, la proposition de loi innove clairement de deux façons qui peuvent apparaître contradictoires: d'une part, les pouvoirs des magistrats sont élargis (nullité partielle, réduction, imprévision, reconnaissance de la lésion qualifiée et pouvoir de réduction, etc.) et, d'autre part, les parties disposent de possibilités supplémentaires d'actionner les mécanismes de sanctions, sans autorisation judiciaire préalable (nullité extrajudiciaire visée à l'article 5.62, alinéa 3, l'«anticipatory breach», ou la résolution pour inexécution anticipée visée à l'article 5.96, le remplacement unilatéral visé à l'article 5.88, l'exception d'inexécution consacrée à l'article 5.313 du projet). Il s'agit simplement d'équilibrer l'autonomie de la volonté des parties et le renforcement du rôle du juge en vue de protéger la partie faible et l'intérêt général.

Le régime général de l'obligation : de la tutelle à l'émancipation

Xavier THUNIS

Professeur à l'UNamur

À la mémoire de Suzanne Carval

1. Le régime général de l'obligation regroupe une série de questions communes à toutes les obligations, quelle qu'en soit la source, contractuelle ou extracontractuelle. Ayant l'ambition de s'appliquer aux obligations comme telles, la matière du régime général de l'obligation est vouée à l'abstraction. Si les concepts, principes et mécanismes relevant du régime général ont résisté au cours du temps, c'est précisément à cause de leur abstraction: celle-ci leur permet de contribuer, encore aujourd'hui, aux constructions juridiques les plus sophistiquées. Songeons au paiement subrogatoire en droit des assurances et en droit bancaire¹ ou à la vitalité de la condition en matière immobilière².

Le régime général de l'obligation est d'une complexité redoutable. Son apport à la formation juridique est significatif. Il contraint le juriste, débutant ou confirmé, à une compréhension en profondeur des concepts, principes et mécanismes fondamentaux ainsi qu'à la maîtrise correcte de leur enchaînement logique. Le Code civil de 1804 n'en a toutefois pas consacré l'autonomie et l'a maintenu sous la tutelle du contrat.

C'est sous le titre III, *Des contrats*, que le Code civil envisage le régime général de l'obligation. À l'appui de ce choix, on peut faire valoir que la plupart des questions et institutions étudiées dans le régime général ont des applications plus fréquentes en matière contractuelle qu'en matière extracontractuelle. Ce point de vue, qui comporte une part de vérité, ne suffit pas pour autant à refuser toute autonomie au régime général.

¹ F. GEORGE et X. THUNIS (dir.), *Métamorphoses de la subrogation*, CUP, vol. 181, Limal, Anthemis, 2018.

² B. KOHL et F. ONCLIN, «Exigences administratives et condition suspensive dans la vente immobilière», *R.C.J.B.*, 2014, p. 13; «La condition en matière immobilière», *Jurimépratique. Revue pratique de l'immobilier*, 2016/2.