

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La protection de la personne en situation de vulnérabilité par le droit des obligations et des contrats dans l'environnement numérique

George, Florence; Hubin, Jean-Benoît

Published in:

Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique

Publication date:

2018

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

George, F & Hubin, J-B 2018, La protection de la personne en situation de vulnérabilité par le droit des obligations et des contrats dans l'environnement numérique. dans H Jacquemin & M Nihoul (eds), Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique. Collection de la Faculté de droit de l'UNamur, Larcier , Bruxelles, pp. 49 - 105.

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.

CHAPITRE 3

La protection de la personne en situation de vulnérabilité par le droit des obligations et des contrats dans l'environnement numérique

Florence GEORGE¹ et Jean-Benoît HUBIN²

Introduction

1. Notion de vulnérabilité. Le droit des obligations et des contrats ne connaît pas le concept de « vulnérabilité ». La protection de la personne vulnérable ne figure en effet pas comme telle dans le Code civil et dans les travaux préparatoires. La doctrine lui préfère – sans toutefois prôner une quelconque assimilation – les concepts de « partie faible au contrat »³ ou de « déséquilibre contractuel »⁴. Au fil du temps, la vulnérabilité sort même de son carcan traditionnel (mineurs, consommateurs, travailleurs, ...) pour s'étendre aux entreprises unipersonnelles et de petite taille qui sont victimes de cocontractants plus puissants⁵.

Même si elle reste une notion étrangère au droit des obligations, la personne vulnérable n'en est pas moins largement protégée par ce dernier. C'est en réalité sous le prisme des mécanismes plus classiques issus principalement du Code civil et des législations particulières que la personne

¹ Chargée de cours à l'UNamur, avocate.

² Juge au tribunal de commerce francophone de Bruxelles et collaborateur scientifique à l'UNamur.

³ Voy. J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996 ; C. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, thèse, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2003.

⁴ Voy. L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, thèse, Paris, LGDJ, 2002 ; E. SWANEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Anvers, Intersentia, 2011.

⁵ A. RIGOLET, « La liberté contractuelle – Les réformes passent, le principe reste », *Rev. Dr. ULiège*, 2018, pp. 330-331.

vulnérable est mise à l'abri des risques d'abus auxquels elle est davantage sujette.

Le concept polysémique de « personne vulnérable » ne fera donc pas l'objet d'une étude à part entière. Il sera décliné, dans ses différentes acceptions, en fonction de la mesure protectrice abordée et de son application à l'ère numérique.

2. Environnement numérique. La notion d'environnement numérique appelle également quelques clarifications. La protection de la personne vulnérable dans l'environnement numérique renvoie, en effet, à deux réalités distinctes : tantôt, la nécessité d'une protection peut surgir du fait que le contrat prend forme de manière dématérialisée ; tantôt c'est l'objet numérique du contrat qui aura une incidence sur le caractère vulnérable de la situation d'une personne⁶.

L'étude des mécanismes protecteurs du Code civil nous permettra de mettre en lumière ces deux facettes.

3. Périmètre de recherche. Les mécanismes du droit des obligations et des contrats auxquels la personne vulnérable peut recourir sont nombreux. Le foisonnement des législations protectrices particulières densifie encore davantage la matière. Il nous a donc fallu opérer un choix.

Tout d'abord, nous avons pris le parti d'évacuer du périmètre de nos recherches l'analyse des législations particulières⁷ pour nous concentrer uniquement sur le droit commun des obligations et des contrats. Notre regard s'est ensuite tourné vers les mécanismes les plus prégnants dans l'environnement numérique. Les modifications substantielles envisagées, pour certains d'entre eux, dans l'avant-projet de loi du 30 mars 2018 adopté par le Conseil des ministres en première lecture ont également guidé notre choix⁸.

La présente contribution ne prétend donc nullement à l'exhaustivité. Nous tenterons néanmoins d'élargir ça et là le spectre de nos recherches en évoquant, tant que faire se peut⁹, les autres moyens mis à la disposition des personnes vulnérables.

⁶ Voy., sur cette distinction, H. JACQUEMIN ET J. LESAGE, « Aspects contractuels et de protection du consommateur dans le commerce en ligne », in J.-A. DELCORDE, *La révolution digitale et les start-ups*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 104 et s.

⁷ Certaines dispositions du Code de droit économique seront toutefois examinées.

⁸ Notre étude se fonde sur l'avant-projet du 30 mars 2018 qui devrait en principe être bientôt adopté en seconde lecture par le Conseil des ministres.

⁹ Le lecteur sera renvoyé pour le surplus aux contributions doctrinales parues sur le sujet.

4. Plan. La présente contribution est structurée autour du triptyque traditionnel : formation, exécution et dissolution du contrat. Dans un premier temps, nous aborderons les mécanismes protecteurs qui agissent au niveau de la formation du contrat, laquelle est appréhendée sous un angle statique, puis dynamique (section 1). L'exécution du contrat sera l'occasion ensuite d'examiner les théories de l'imprévision et de l'abus de droit (section 2). Au stade de la dissolution du contrat, nous mettrons en exergue les apports du projet de réforme à l'endroit des nouvelles sanctions extra-judiciaires (section 3). Enfin, les avancées qui figurent dans le projet de réforme du droit de la preuve clôtureront notre étude (section 4).

SECTION 1. – Formation du contrat

§ 1. Point de vue statique

A) La capacité du mineur

5. Vulnérabilité du mineur. Le mineur est généralement perçu comme une personne vulnérable. De par son jeune âge, le mineur manque d'expérience et reste très influençable. Son immaturité physique, psychologique mais aussi économique¹⁰ justifie de le mettre à l'abri non seulement de ses propres faiblesses mais également de la malveillance d'autrui.

Lorsque le mineur endosse en outre l'habit de consommateur, il « cumule deux caractères de la vulnérabilité »¹¹. Comme le souligne A. Nottet, le mineur développe des besoins propres¹², est enclin à suivre les « effets de modes », est davantage « réceptif à la publicité » ; l'acte d'acheter lui procure un « sentiment d'autonomie » conjugué à l'« illusion d'accéder aux avantages d'une vie d'adulte sans en supporter les charges »¹³.

Cette double vulnérabilité exige la mise en place de barrières pour contrer les débordements et les abus. De par ses faiblesses, le mineur risque, en effet, de poser des actes susceptibles de lui porter préjudice¹⁴.

¹⁰ A. NOTTET, « Le consommateur mineur », *R.G.D.C.*, 2014, p. 40. Voy. aussi A. NOTTET, *Le consommateur mineur. Analyse juridique de la protection d'une personne doublement vulnérable*, Waterloo, Kluwer, 2013.

¹¹ *Ibid.*, p. 40.

¹² *Ibid.*, p. 40.

¹³ *Ibid.*, p. 41.

¹⁴ M. ABOAF, « L'incapacité du mineur : un équilibre délicat entre autonomie et protection », in *Les jeunes et le droit*, Limal, Anthemis, 2017, p. 105.

6. Dispositions protectrices du Code civil. Parmi les quatre conditions essentielles de validité du contrat qui figurent à l'article 1108 du Code civil, on retrouve la capacité de contracter. La capacité juridique, au sens large, recouvre « l'aptitude à être investi de droits ou d'obligations, dans la vie civile, et à accomplir les actes juridiques personnellement »¹⁵. En vertu de l'article 1123 du Code, la capacité est reconnue à toute personne à moins que la loi ne l'ait déclarée incapable. On oppose, au sein des incapacités prévues par le législateur, l'incapacité de jouissance – à savoir l'incapacité à être titulaire de droits – à l'incapacité d'exercice – à savoir l'incapacité à les exercer –¹⁶. Même si le texte légal ne le précise pas, l'incapacité du mineur visée à l'article 1124 du Code constitue une incapacité générale d'exercice¹⁷. En principe, le mineur ne peut donc poser valablement d'actes juridiques sans l'intervention de ses représentants légaux¹⁸. L'idée sous-jacente est évidemment de protéger le mineur « vulnérable en raison de son âge et de son inexpérience »¹⁹. Cette incapacité souffre néanmoins plusieurs exceptions (voy. *infra*, n° 7)²⁰. Une « autonomie croissante » est, en effet, reconnue au mineur²¹. Des voix de plus en plus nombreuses s'élèvent, en outre, en faveur de la reconnaissance de l'autonomie du mineur fondée sur le critère de la capacité de discernement²².

Par ailleurs, on notera – sans toutefois s'y attarder davantage – que le mineur consommateur peut également bénéficier des dispositions qui régissent les pratiques du marché et la protection du consommateur²³.

¹⁵ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 215.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 215-216.

¹⁷ Voy. aussi art. 376 et 388 C. civ.

¹⁸ M. ABOAF, « L'incapacité du mineur : un équilibre délicat entre autonomie et protection », *op. cit.*, p. 106.

¹⁹ A. NOTTET, « Le consommateur mineur », *op. cit.*, p. 42.

²⁰ On pense notamment aux actes qui n'admettent pas la représentation, aux actes autorisés par la loi ou la jurisprudence ainsi qu'aux actes conservatoires (C. AUGHUET *et al.*, *Traité de droit civil belge*, t. 1, *Les personnes*, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 1049 et s.).

²¹ A. NOTTET, « Le consommateur mineur », *op. cit.*, p. 42.

²² Voy. M. ABOAF, « L'incapacité du mineur : un équilibre délicat entre autonomie et protection », *op. cit.*, pp. 116 et s. ; T. VAN HALTEREN, « La protection des personnes majeures vulnérables et mineures : redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement », *Act. dr. fam.*, 2018, pp. 91-93. Voy. pour un regard prospectif, M. DEMOULIN, « Les contrats conclus par les mineurs sur internet », in *Les pratiques du commerce électronique*, Cahiers du CRID, n° 30, 2007, pp. 73-75.

²³ Voy. sur cette question, A. NOTTET, « Le consommateur mineur », *op. cit.*, pp. 39 à 57 ; A. NOTTET, *Le consommateur mineur. Analyse juridique de la protection d'une personne doublement vulnérable*, *op. cit.*, pp. 219 et s.

7. Sort des contrats conclus par le mineur. La question du sort des contrats conclus par le mineur sans le concours de ses représentants légaux²⁴ retient plus particulièrement notre attention.

Une ligne de démarcation fondée sur l'âge de discernement du mineur sépare tout d'abord deux régimes distincts. D'une part, en l'absence de discernement, l'enfant ne peut s'être engagé juridiquement vu l'absence totale de volonté²⁵. L'acte qu'il a passé est donc frappé d'une nullité relative²⁶. L'incapacité est dite « totale » ou « absolue » et n'est pas assortie d'exceptions²⁷. D'autre part, si l'enfant est doté de discernement, un nouveau *distinguo* basé sur la nature de l'acte s'impose. Soit l'acte est couvert par la capacité résiduelle du mineur (voy. *infra*, n° 8), soit il est interdit. Dans cette dernière hypothèse, l'acte sera soit annulable, soit rescindable. La sanction de la nullité²⁸ frappe deux types d'actes : ceux qui n'auraient pas pu être accomplis par le représentant du mineur seul²⁹ et ceux qui sont subordonnés à une autorisation du juge³⁰.

La nullité étant relative, elle ne peut être invoquée que par l'incapable une fois que son incapacité a pris fin ou par ses représentants légaux³¹. La rescision n'intervient, par contre, qu'à titre résiduel. La sanction est subordonnée à la preuve du caractère lésionnaire de l'acte³². Cette lésion peut découler non seulement d'une disproportion entre les prestations réciproques (lésion intrinsèque), mais aussi de « toutes les circonstances

²⁴ Soit l'acte est accompli par les représentants légaux, soit il requiert tantôt le consentement, tantôt l'assistance d'autres personnes (voy. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, op. cit., p. 214).

²⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, vol. II, 4^e éd. par J.-P. MASSON, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 1131-1132.

²⁶ R. THUNGEN, « La formation du contrat conclu par voie électronique », in P. VAN OMMESSLAGHE (coord.), *Incidences des nouvelles technologies de la communication sur le droit commun des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 63.

²⁷ B. SYNDIC, « De la capacité du mineur en matière de prélèvement et de transplantations d'organes », *A.D.L.*, 2002, p. 228 ; M. DEMOULIN, « Les contrats conclus par les mineurs sur internet », op. cit., p. 58.

²⁸ Voy. sur le régime général des nullités, A. NOTTET, *Le consommateur mineur. Analyse juridique de la protection d'une personne doublement vulnérable*, op. cit., pp. 68-87.

²⁹ On parle d'acte « nul en la forme » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, vol. II, 4^e éd. par J.-P. MASSON, op. cit., p. 1133 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 263).

³⁰ R. THUNGEN, « La formation du contrat conclu par voie électronique », op. cit., p. 64.

³¹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., op. cit., p. 263.

³² M. DEMOULIN, « Les contrats conclus par les mineurs sur internet », op. cit., p. 67 et s. ; M. DEMOULIN, « Les mineurs et le commerce électronique : besoin de protection ou d'autonomie », *J.T.*, 2007, p. 109.

qui ont entouré la conclusion du contrat » (lésion extrinsèque)³³. La rescision prononcée en faveur du mineur ne donne pas lieu à un rééquilibrage des prestations³⁴ mais consiste en une forme de nullité relative³⁵.

À moins d'une dissimulation frauduleuse de l'incapacité, la simple déclaration mensongère du mineur ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action en nullité ou en rescision³⁶. Le caractère rétroactif de la nullité ou rescision est, en outre, tempéré par l'article 1312 du Code civil. L'obligation de restitution qui pèse sur le mineur se limite à ce qui a tourné à son profit³⁷ à savoir « ce qui a accru concrètement le patrimoine du mineur et se trouve encore en nature dans son patrimoine au moment où la dissolution est prononcée »³⁸. Autrement dit, on admet que le mineur puisse accomplir des actes juridiques pour autant que ceux-ci ne soient pas lésionnaires³⁹.

8. Capacité résiduelle du mineur⁴⁰. La capacité résiduelle du mineur renvoie à plusieurs catégories d'actes⁴¹. Si l'on s'attarde aux actes que le mineur peut accomplir seul, on y épingle les actes de la vie courante, les actes conservatoires et les actes à caractère strictement personnel⁴².

L'exception dite « des actes de la vie courante » ne trouve en réalité aucune assise dans le Code. Elle est l'œuvre de la doctrine et de la

³³ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 264. Voy. A. Nottet qui prône une interprétation extensive de la notion, A. NOTTET, « Le consommateur mineur », *op. cit.*, p. 43.

³⁴ C. AUGHUET *et al.*, *Traité de droit civil belge*, t. 1, *Les personnes*, *op. cit.*, p. 1056.

³⁵ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 264.

³⁶ Art. 1307 C. civ.

³⁷ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 264. Voy. aussi, A. NOTTET, « Le consommateur mineur », *op. cit.*, pp. 42-43.

³⁸ R. THUNGEN, « La formation du contrat conclu par voie électronique », *op. cit.*, p. 65. Voy. aussi, M. ABOAF, « L'incapacité du mineur : un équilibre délicat entre autonomie et protection », *op. cit.*, p. 106.

³⁹ A. Nottet ajoute, par ailleurs, que des actes même lésionnaires peuvent produire des effets de droit si aucune action en rescision est intentée (A. NOTTET, « Le consommateur mineur », *op. cit.*, p. 42).

⁴⁰ Comp. C. AUGHUET *et al.*, *Traité de droit civil belge*, t. 1, *Les personnes*, *op. cit.*, pp. 1048 et s. ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, pp. 293 et s. ; M. ABOAF, « L'incapacité du mineur : un équilibre délicat entre autonomie et protection », *op. cit.*, pp. 108 et s. On observe chez ces auteurs des divergences au niveau de la taxinomie juridique.

⁴¹ Même si ces deux catégories ressortissent de la capacité résiduelle du mineur, nous ne nous appesantirons pas sur les actes qui exigent la collaboration de certaines personnes (consentement, autorisation, droit d'opposition) et ceux qui, conformément à la loi, peuvent être accomplis à partir d'un certain âge (Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 294).

⁴² Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, pp. 296 et s. ; A. NOTTET, « Mineurs et droits personnels », *R.T.D.F.*, 2010, pp. 15 et s. ; B. DOCQUIR, *Droit du numérique*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 41.

jurisprudence. L'exception demeure fragile vu l'absence de fondement juridique clair. Usage, coutume ou mandat tacite des représentants légaux ? La doctrine est divisée tandis que l'exception est de plus en plus remise en cause. D'aucuns allèguent en effet que ces actes demeurent, en tout état de cause, rescindables et n'y voient pas une exception à part entière⁴³. Il s'agirait davantage d'une « présomption de lésion »⁴⁴.

Confrontés à cette catégorie aux contours flous, les juges sont ainsi invités à opérer une appréciation au cas par cas. D'aucuns affirment qu'il n'y a pas lieu « de se demander si un acte est ou non de la vie courante, il semblerait plus opportun de se focaliser uniquement sur la question de savoir s'il existe ou non une lésion »⁴⁵. Les juges auront en tout état de cause égard à l'âge du mineur, à ses capacités financières, à son éducation, à la nature de l'acte, aux habitudes de consommation, ...⁴⁶.

9. Vulnérabilité des mineurs dans la sphère numérique. Dans l'environnement numérique, on peut légitimement se demander si le mineur ne cumule pas non plus deux, mais trois caractères de la vulnérabilité.

Tandis que de nouveaux besoins sont créés par la technologie⁴⁷, la facilité de maîtrise et la démocratisation de l'outil informatique – sans compter l'apparition des smartphones – facilitent l'accès à internet. Les jeunes sont de plus en plus hyperconnectés et deviennent une cible privilégiée pour le marketing agressif⁴⁸. L'aisance avec laquelle les contrats sont désormais conclus par voie électronique ne fait que renforcer le danger. Les désirs de consommation sont exacerbés. Paris, loteries, concours, téléchargements, applications « Freemium » ou « Pay-to-Win »⁴⁹, achats de biens virtuels ou non : le mineur est sans cesse incité à acheter et

⁴³ M. DEMOULIN, « Les contrats conclus par les mineurs sur internet », *op. cit.*, p. 62 ; R. THUNGEN, « La formation du contrat conclu par voie électronique », *op. cit.*, p. 67 ; A. NOTTET, « Le consommateur mineur », *op. cit.*, p. 41 ; B. DOCQUIR, *Droit du numérique*, *op. cit.*, p. 41. Comp. avec A. NOTTET, « Mineurs et téléphonie mobile », *R.G.D.C.*, 2008, pp. 240-241 ; A. NOTTET, *Le consommateur mineur. Analyse juridique de la protection d'une personne doublement vulnérable*, *op. cit.*, p. 155.

⁴⁴ M. ABOAF, « L'incapacité du mineur : un équilibre délicat entre autonomie et protection », *op. cit.*, p. 108.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 108.

⁴⁶ Voy. M. DEMOULIN, « Les contrats conclus par les mineurs sur internet », *op. cit.*, pp. 61 et s.

⁴⁷ A. NOTTET, « Le consommateur mineur », *op. cit.*, pp. 39-40.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 40.

⁴⁹ Il s'agit ici d'applications dont le téléchargement et les fonctionnalités de base sont gratuites, mais sur lesquelles il est ensuite possible d'acheter divers « items » dans le but de modifier l'apparence de son personnage, d'augmenter ses capacités afin d'être supérieur aux autres joueurs, etc. L'achat, par le mineur, de ces items y est aisé puisque le compte en banque des parents est bien souvent connu de l'application, de sorte que le mineur n'est qu'à un « clic » de multiples achats.

dépenser sur la toile. Sans oublier qu'à côté de cette casquette d'acheteur-consommateur, le mineur peut revêtir aussi celle de vendeur (ex : ebay, 2ememain, ...) ⁵⁰.

Cette mise sous pression et le risque croissant d'achats et de ventes frénétiques qu'elle engendre exigent qu'une attention toute particulière soit portée sur la protection des mineurs. Les difficultés se cristallisent notamment à l'endroit des comptes bancaires jeunes ⁵¹ voire de l'utilisation par le mineur de la carte de crédit de ses parents ⁵². Cette question dépasse toutefois le cadre de notre contribution.

Nous nous bornerons dès lors à examiner la question suivante : le droit des contrats et des obligations protège-t-il à suffisance le mineur dans l'environnement numérique ?

10. Transposition des principes dans l'environnement numérique. S'il agit en qualité de consommateur, les dispositions protectrices du droit de la consommation, dont la plupart figurent dans le Code de droit économique, sont applicables : droit de rétractation du consommateur, obligations d'information à charge de l'entreprise, réglementation de la publicité, ... ⁵³.

En tout état de cause, que l'achat tombe ou non sous le champ du droit de la consommation, le Code civil conserve son empire. Partant, on se demandera si, en vertu du Code civil, le mineur – ou son représentant légal – peut agir en nullité ou en rescision.

S'il prend l'initiative de vendre, le principe selon lequel sont nuls de plein droit les actes accomplis par un mineur et que son représentant n'aurait pu poser seul pourra trouver à s'appliquer ⁵⁴. L'article 410, alinéa 1^{er}, interdit par exemple au tuteur, à défaut d'autorisation du juge de paix, d'« aliéner les biens du mineur, hormis les fruits et objets de rebut (...) ». La vente d'objets sur internet qui échappent à la qualification de fruits ou objets de rebut est donc nulle. L'application de ces principes peut aboutir à des solutions curieuses lorsque le mineur achète un bien et le revend immédiatement sur internet. L'achat, s'il n'est pas lésionnaire, est valide tandis que la vente subséquente – même à un prix identique – est nulle. Encore faut-il

⁵⁰ R. THUNGEN, « La formation du contrat conclu par voie électronique », *op. cit.*, p. 64.

⁵¹ Voy. sur cette question, A. NOTTET, « Le consommateur mineur », *op. cit.*, pp. 47 et s.

⁵² M. DEMOULIN, « Les contrats conclus par les mineurs sur internet », *op. cit.*, pp. 81 et s.

⁵³ Voy. sur ces mesures de protection particulières, M. DEMOULIN, *Droit des contrats à distance et commerce électronique*, Waterloo, Kluwer, 2010 ; H. JACQUEMIN, « Contrats en ligne et protection du consommateur numérique », *J.T.*, 2012, pp. 805-809. Voy. aussi dans cet ouvrage, H. JACQUEMIN, « Protection de la personne en situation de vulnérabilité par le droit de la consommation », pp. 237 et s.

⁵⁴ R. THUNGEN, « La formation du contrat conclu par voie électronique », *op. cit.*, p. 64.

toutefois que cette nullité soit invoquée devant les cours et tribunaux par le représentant légal du mineur (ou ce dernier si son incapacité a pris fin).

L'inscription d'un mineur sur les réseaux sociaux ou sur des sites de rencontres fait surgir de nouvelles difficultés⁵⁵. S'agit-il d'un acte de la vie courante qui ressort de la capacité résiduelle du mineur ? L'évolution des habitudes et mœurs sur internet ainsi que l'éventuel coût d'une telle inscription joueront sans aucun doute un rôle dans l'appréciation du juge.

11. L'action en nullité ou en rescision. Le mineur étant incapable, il ne peut, en principe, valablement contracter sur internet⁵⁶. Le mineur dont l'incapacité a pris fin ou ses représentants légaux pourront dès lors agir en nullité ou en rescision. Sur les réseaux, c'est principalement l'action en rescision qui sera mise en mouvement, les actes visés par l'action en nullité s'accommodant plus difficilement à l'environnement numérique⁵⁷. Ces deux actions ne seront, par contre, pas ouvertes au vendeur.

L'affaire soumise au tribunal de première instance d'Anvers⁵⁸ nous en livre une illustration. Elle concerne la réservation par internet d'un séjour de ski d'une semaine pour quatre personnes. Le mineur, âgé de 16 ans, avait en réalité effectué deux réservations successives suite au désistement d'un des quatre voyageurs. L'agence de voyage réclamait au mineur le paiement intégral du voyage réalisé par les trois personnes dans le cadre de la seconde réservation ainsi que la somme de plus de 2000 euros à titre de frais d'annulation de la première réservation. Le tribunal, amené à se prononcer sur la validité de cette convention, considère que la réservation litigieuse échappe à la qualification d'acte de la vie courante. Pour le tribunal, l'opération est lésionnaire dès lors que le mineur est contraint de payer deux fois son propre voyage et celui de ses compagnons. Le tribunal met en exergue l'inexpérience et le déficit de connaissance du mineur dès lors que ce dernier ignore qu'un acte juridique ne peut plus être adapté ou modifié de manière unilatérale. L'action en rescision est dès lors accueillie ; elle répond au souci de protection du législateur.

⁵⁵ Nous ne nous attardons pas ici sur la question du consentement des enfants au traitement des données à caractère personnel en ce qui concerne l'offre directe de services de la société de l'information. Le point 3 de l'article 8 du RGPD dispose d'ailleurs que « [l]e paragraphe 1 ne porte pas atteinte au droit général des contrats des États membres, notamment aux règles concernant la validité, la formation ou les effets d'un contrat à l'égard d'un enfant ».

⁵⁶ S'il n'est pas doté de la capacité de discernement, on pourrait même affirmer qu'il ne sera pas en mesure d'effectuer matériellement les démarches en vue de la conclusion d'un tel contrat (voy. en ce sens, M. DEMOULIN, « Les contrats conclus par les mineurs sur internet », *op. cit.*, p. 58.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 59-61.

⁵⁸ Civ. Anvers, 9 juin 2011, *R.T.D.F.*, 2014, p. 713, *J.D.J.*, 2014, p. 61, *R.W.*, 2013-2014, p. 1384.

12. Moyens de défense du vendeur. Confronté à une action en rescision, le vendeur n'est toutefois pas privé de tout moyen de défense. Il lui est, en effet, loisible de soulever l'absence de caractère lésionnaire de l'acte⁵⁹.

D'autres arguments ont également été avancés en jurisprudence et en doctrine en vue de permettre au vendeur de s'opposer à la demande du mineur ou de son représentant. On songe notamment au mandat tacite donné par les parents à leur enfant (voy. *infra*, n° 13) ou encore à la théorie de l'apparence (voy. *infra*, n° 14) et du mandat apparent (voy. *infra*, n° 15).

13. L'existence d'un mandat tacite. Tout d'abord, peut-on voir dans l'acte posé par le mineur l'exécution d'un mandat conclu entre le mineur et ses représentants ?

À cet égard, on s'interroge, avant toute chose, sur la licéité d'un tel recours à un mandataire incapable. Cette incapacité du mandataire est traitée à l'article 1990 de Code civil aux termes duquel il est précisé que « Les mineurs émancipés peuvent être choisis comme mandataires, mais le mandant n'a d'action contre le mandataire que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs »⁶⁰. Le principe du libre choix de la personne du mandataire lors de la conclusion du mandat est consacré : « la liberté du mandant est telle qu'il peut (...) se faire représenter par une personne incapable »⁶¹.

Le caractère licite d'un tel mandat n'enlève cependant rien à la nécessité, pour qu'il y ait mandat, de prouver l'intention de nouer un tel contrat⁶². Il convient, au regard des circonstances du cas d'espèce, de vérifier la volonté – même implicite – des parties. Le vendeur échouera bien souvent dans la démonstration de cette preuve, l'argument ne relevant généralement que d'une fiction ou d'un artifice.

On pourrait encore se retrancher derrière l'existence d'un mandat tacite fondé sur l'usage, lequel doit être constant, certain et général⁶³. Seul est toutefois admis sur la base d'un usage le « mandat aux enfants mineurs

⁵⁹ Si l'on suit la thèse selon laquelle les actes de la vie courante constituent une exception à part entière, il suffira au vendeur de démontrer, au regard de la coutume et des usages, que l'acte litigieux appartient à cette catégorie (voy. sur le recours et la détermination des coutumes et/ou usages, M. DEMOULIN, « Les contrats conclus par les mineurs sur internet », *op. cit.*, p. 61).

⁶⁰ Voy. sur l'incapacité du mandataire, F. GEORGE, « Vice de consentement, absence de consentement et incapacité du mandataire », note sous Cass., 7 janvier 2010, *R.G.D.C.*, 2011, pp. 24-29.

⁶¹ P. WÉRY, « Le mandat », *Rép. not.*, t. IX, I. VII, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 210.

⁶² *Ibid.*, p. 79 ; A. NOTTET, « Le consommateur mineur », *op. cit.*, p. 43.

⁶³ P. WÉRY, « Le mandat », *op. cit.*, p. 80.

d'âge, rentrant dans le cadre de l'exécution de l'obligation légale d'entretien et d'éducation qui incombe à leurs parents »⁶⁴.

14. La théorie de l'apparence. À défaut de prouver l'existence d'un mandat tacite, le recours à la théorie de l'apparence (aussi appelée théorie de la confiance légitime) ou, plus spécifiquement, à celle du mandat apparent (voy. *infra*, n° 15), pourrait-il être couronné de succès ?

Ce recours reste, à notre estime, semé d'embûches.

Premièrement, même si la théorie est consacrée dans plusieurs dispositions législatives, l'apparence comme source autonome du droit des obligations fait débat⁶⁵. On notera, à cet égard, que l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant réforme du droit des obligations⁶⁶ énonce explicitement « L'apparence créée, ou confiance légitime, n'est pas consacrée, en tant que telle, en tant que source d'obligations ou plus largement d'effets juridiques. Les contours de celle-ci restent, en effet, difficiles à définir avec précision, ce qui risque d'être préjudiciable à la sécurité juridique. La Cour de cassation ne l'a, au demeurant, pas consacrée explicitement en tant que principe général du droit, malgré le souhait d'une partie de la doctrine (...) Le projet n'en comporte pas moins des applications particulières de l'idée que l'apparence ou la confiance créée peut produire des effets de droit »⁶⁷.

En outre, l'application de la théorie de l'apparence ne pourrait pas, selon certains auteurs⁶⁸, être appliquée entre parties contractantes. Cette position ne convainc toutefois pas la majorité de la doctrine⁶⁹.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Voy. sur l'évolution de la jurisprudence et les courants doctrinaux, J.-F. ROMAIN, « Etudes de la théorie de l'apparence en droit belge et français », *Le droit des obligations dans les jurisprudences française et belge*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 187-242 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 241 et s. ; R. THÜNGEN, « L'apport de Pierre Van Ommeslaghe à la théorie de l'apparence », *J.T.*, 2018, pp. 580-582.

⁶⁶ Avant-projet de loi approuvé, le 30 mars 2018, par le Conseil des Ministres, tel que préparé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 et adapté, eu égard aux observations reçues depuis le début de la consultation publique lancée le 7 décembre 2017, Exposé des motifs, p. 13, <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>. Voy. sur ce projet de réforme, E. DIRIX et P. WÉRY, « Le projet de réforme du Code civil entre dans une nouvelle phase : la consultation publique », *R.G.D.C.*, 2017, pp. 533-535.

⁶⁷ Voy. pour un regard critique sur la réforme en matière d'apparence, R. THÜNGEN, « L'apport de Pierre Van Ommeslaghe à la théorie de l'apparence », *op. cit.*, p. 582.

⁶⁸ I. VEROUGSTRAETE, « Wil en vertrouwen bij het totstandkomen van overeenkomsten », *T.P.R.*, 1990, pp. 1176 et s.

⁶⁹ R. THÜNGEN, « L'apport de Pierre Van Ommeslaghe à la théorie de l'apparence », *op. cit.*, pp. 580-582. Voy. sur les controverses relatives à la portée de la théorie, S. STIJNS

Enfin, si le mineur a précisé son âge ou sa date de naissance via, par exemple, le bon de commande en ligne, il n'y aura pas de discordance entre la situation réelle et la situation apparente, de sorte qu'une des conditions fera défaut⁷⁰. Dans l'hypothèse où le mineur a dissimulé son âge, plusieurs points de vue sont défendus en doctrine. Certains avancent que l'article 1307 du Code civil fait échec à l'application de la théorie de l'apparence dès lors que le mineur ne peut être privé de protection⁷¹. D'autres se fondent sur le caractère subsidiaire de la protection ainsi que sur le caractère inconciliable de la solution avec la volonté du législateur⁷². La condition liée au caractère légitime de l'erreur prête également à discussion lorsque le vendeur a omis de s'informer sur la capacité de son cocontractant⁷³. Le fait pour le vendeur de se contenter d'une simple affirmation pourrait être jugé fautif⁷⁴.

15. Le mandat apparent. La théorie du mandat apparent pourrait-elle connaître un sort meilleur ?

Conformément à cette théorie, le pseudo-mandant peut être tenu par les actes du pseudo-mandataire en cas d'excès de pouvoir voire d'absence de pouvoir lorsque le tiers pouvait raisonnablement croire que le pseudo-mandataire agissait au nom et pour le compte du pseudo-mandant. Son application requiert donc trois éléments : la présence d'un pouvoir de représentation apparent du mandataire, l'imputabilité de l'apparence au comportement du mandant⁷⁵ ainsi que la bonne foi du tiers. Une partie de la doctrine ajoute que l'absence d'effets de la situation apparente doit préjudicier le tiers de bonne foi⁷⁶.

Dans l'hypothèse où le mineur usurpe l'identité de ses parents voire d'une autre personne majeure, le vendeur pourrait donc très bien se retourner contre ceux-ci sur la base du mandat apparent. C'est à notre

et I. SAMOY, « La confiance légitime en droit des obligations », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *De bronnen van nietcontractuele verbintenissen. Les sources d'obligations extracontractuelles*, Bruges, die Keure, Bruxelles, La Charte, 2007, pp. 72 et s.

⁷⁰ Voy. aussi, R. THUNGEN, « La formation du contrat conclu par voie électronique », *op. cit.*, p. 64.

⁷¹ *Ibid.*, p. 69. L'auteur excepte uniquement le cas d'une dissimulation frauduleuse.

⁷² M. DEMOULIN, « Les contrats conclus par les mineurs sur internet *op. cit.*, p. 59.

⁷³ Y.-H. LELEU, « Capacité juridique – Notions générales », *Rép. not.*, t. I, I. V/1, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 44 ; R. THUNGEN, « La formation du contrat conclu par voie électronique », *op. cit.*, p. 70.

⁷⁴ Y.-H. LELEU, « Capacité juridique – Notions générales », *op. cit.*, p. 44.

⁷⁵ Voy. sur cette condition, F. GEORGE, « La condition d'imputabilité dans la théorie du mandat apparent », note sous Cass., 2 septembre 2010, *R.G.D.C.*, 2011, pp. 303-310.

⁷⁶ B. TILLEMANN, *Le mandat*, Diegem, Kluwer, 1999, p. 288. *Contra* : P. WÉRY, *Droit des contrats. Le mandat*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 249.

estime à l'endroit de la condition « d'ignorance légitime du tiers contractant quant à l'existence réelle ou quant à l'exacte étendue du pouvoir du mandataire »⁷⁷ que se nouera toutefois le débat. Le tiers contractant est en effet soumis à un devoir de vérification et d'information raisonnable que les juges devront apprécier *in concreto*⁷⁸. Ces derniers devront notamment tenir compte, selon B. Tillemans, de la nature de l'acte juridique, de la qualité du mandataire, de la qualité du tiers et des circonstances dans lesquelles l'acte est accompli⁷⁹. Au rang de ces dernières, figure, par exemple, le fait que le contrat est conclu en ligne.

16. La faute du mineur. Rien n'empêche le vendeur de se prévaloir d'une faute du mineur en lien causal avec un dommage autre que la non restitution (ou la restitution partielle) afin de réclamer des dommages et intérêts^{80 81}. Il pourra toutefois se voir opposer sa propre négligence en cas de non-respect de son devoir de vérification⁸².

Au vu de ce qui précède, on ne peut que conseiller au vendeur de prendre des mesures de précaution (procédés d'identification et de paiement, recours à la signature électronique, ...) afin d'éviter de se voir opposer un manquement à son devoir de vérification et d'information⁸³.

17. Restitutions dans l'environnement numérique. L'article 1312 du Code civil limite, en cas de nullité et de rescision, les obligations de restitution à ce qui a tourné au profit du mineur (voy. *supra*, n° 7).

Sauf dissimulation frauduleuse, les biens achetés sur internet qui ont été détruits ou consommés (jeu en ligne, commande de billets d'avion), ne donneront donc pas lieu à restitution⁸⁴. Par contre, si le bien (ou son prix de vente s'il n'a pas été dilapidé) est toujours en possession du mineur (vêtement, matériel informatique, smartphone...), il devra être restitué, mais uniquement dans l'état où il se trouve⁸⁵.

⁷⁷ P. WÉRY, « Le mandat », *op. cit.*, p. 249.

⁷⁸ B. TILLEMANS, *Le mandat*, *op. cit.*, p. 275 ; P. WÉRY, *Droit des contrats. Le mandat*, *op. cit.*, p. 249.

⁷⁹ B. TILLEMANS, *Le mandat*, *op. cit.*, pp. 275-285.

⁸⁰ M. DEMOULIN, « Les contrats conclus par les mineurs sur internet », *op. cit.*, pp. 70-71.

⁸¹ La responsabilité délictuelle des parents pourra également être recherchée (A. NOTTET, *Le consommateur mineur. Analyse juridique de la protection d'une personne doublement vulnérable*, *op. cit.*, p. 165).

⁸² J.P. Herstal, 10 juin 1988, *J.D.J.*, 1993, p. 54.

⁸³ M. DEMOULIN, « Les contrats conclus par les mineurs sur internet », *op. cit.*, pp. 71-72.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 65.

⁸⁵ *Ibid.*

On peut encore s'interroger, dans l'ère numérique, sur les modalités de restitution de biens immatériels (logiciels ou albums de musique téléchargeables, ...). L'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 11 septembre 2015⁸⁶ nous paraît pouvoir être appliqué par analogie. La cour, saisie d'une action relative à la vente d'un logiciel téléchargeable à partir d'un site internet, est invitée à se prononcer sur l'obligation de restitution de la chose vendue. Elle considère que la fin du droit d'utiliser les licences vaut restitution matérielle de la chose.

On relève par ailleurs que lorsque l'obligation de restitution porte sur des données (par ex. en présence d'un contrat relatif à un logiciel de gestion intégrée), le client n'a pas toujours de droit à se voir restituer celles-ci à la fin du contrat si ce droit se retrouve en conflit avec des droits intellectuels^{87 88}.

B) Les vices de consentement : focus sur la lésion qualifiée⁸⁹

18. L'approche adoptée dans le Code de 1804. À côté des mineurs (voy. *supra*, n^{os} 5 et s.) et des majeurs incapables, le Code civil s'est peu soucié des autres types de faiblesses qui peuvent affecter une partie contractante ; les rapports entre les personnes sont envisagés de manière générale et abstraite⁹⁰. Le principe de la liberté contractuelle repose d'ailleurs sur le postulat d'une égalité juridique des individus⁹¹, le Code civil s'intéressant « au consentement non à la vulnérabilité de certains cocontractants »⁹².

⁸⁶ Bruxelles, 11 septembre 2015, *A&M*, 2015, p. 392.

⁸⁷ Voy. sur cette question, F. COPPENS, « La restitution des données à l'expiration d'un contrat informatique. Intérêts divergents, arbitrages délicats, pratiques contractuelles », *D.A. O.R.*, 2009, pp. 411-424.

⁸⁸ Voy. aussi la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2015 concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique (COM(2015)634 final) qui prévoit, en ses articles 13.2. e) et 16.4. b), qu'en cas de résiliation du contrat par le consommateur « le fournisseur procure au consommateur les moyens techniques lui permettant de récupérer tout contenu fourni par ce dernier et toutes autres données produites ou générées par suite de l'utilisation du contenu numérique par le consommateur, dans la mesure où ces données ont été conservées par le fournisseur. Le consommateur a le droit de récupérer le contenu gratuitement sans inconvénient majeur, dans un délai raisonnable et dans un format de données couramment utilisé ».

⁸⁹ Voy. E. SWANEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, *op. cit.*, pp. 201 et s.

⁹⁰ A.-S. COURDIER-CUISINIER, « La vulnérabilité et le vice de violence », in *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 341.

⁹¹ S. GOLDMAN, S. LAGASSE, « Comment appréhender le déséquilibre contractuel en droit commun ? », in R. JAFFERALI (coord.), *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 72.

⁹² A.-S. COURDIER-CUISINIER, « La vulnérabilité et le vice de violence », *op. cit.*, p. 341.

19. Lésion qualifiée : un vice parmi d'autres. La nécessité d'un consentement est aussi érigée par l'article 1108 du Code civil comme une condition essentielle de la validité d'une convention⁹³. Ce consentement doit être libre et éclairé. Partant, en présence d'un vice (dol, erreur, violence et, dans des cas exceptionnels, la lésion), le souci de sécurité juridique cède le pas à la volonté de préserver l'intégrité du consentement. Une action en annulation est ouverte à la partie dont le consentement a été vicié.

L'examen attentif des différents vices de consentement atteste des liens étroits qui existent entre ceux-ci⁹⁴. Pourquoi dès lors avoir fait choix de nous appesantir sur la lésion qualifiée ? Ce vice n'est en effet consacré par le Code que dans le cas bien particulier du prêt à intérêt (art 1907^{ter} C. civ.). La raison est simple : la lésion qualifiée requiert, au contraire des autres vices, l'existence d'un déséquilibre contractuel⁹⁵. Même si la protection de la partie faible peut s'envisager sous le prisme des différents vices de consentement⁹⁶, la lésion qualifiée apparaît comme la plus à même de sanctionner ce déséquilibre.

Historiquement, la théorie des vices de consentement tels qu'énumérés par le Code a d'ailleurs rapidement montré ses limites. Face aux insuffisances de cette théorie, de nombreuses législations particulières⁹⁷ ont mis en place d'autres moyens d'action au profit des plus vulnérables. La jurisprudence et la doctrine ont également fait œuvre créatrice afin de pallier certaines lacunes. La reconnaissance par la Cour de cassation de l'institution de la lésion qualifiée en droit positif belge participe manifestement à cette tendance.

⁹³ Voy. sur les hypothèses d'absence de consentement et d'erreur obstacle en matière de contrats conclus par voie électronique, R. THUNGEN, « La formation du contrat conclu par voie électronique », *op. cit.*, pp. 48 et s.

⁹⁴ Voy. sur cette question, C. GOUX, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse et comparaisons », *R.G.D.C.*, 2001, pp. 6-21 ; P. BAZIER, « L'interaction entre les vices de consentement et les pouvoirs du juge », in P. WÉRY et S. STIJNS, *Le juge et le contrat*, Bruges, die Keure, 2014, pp. 253-279 ; S. GOLDMAN, « Violence, lésion qualifiée et dominance économique », note sous Anvers, 27 avril 2015, *R.G.D.C.*, 2018, pp. 216-223.

⁹⁵ S. GOLDMAN et S. LAGASSE, « Comment appréhender le déséquilibre contractuel en droit commun ? », *op. cit.*, p. 74.

⁹⁶ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 229.

⁹⁷ On songe au livre chapitre 1^{er}, du Titre 4 du Livre VII du Code de droit économique consacré au crédit à la consommation, à la loi du 3 juin 2007 relative la cautionnement à titre gratuit (*M.B.*, 27 juin 2007), à la loi du 21 novembre 2017 relative à la vente de voyages à forfait, de prestations de voyage liées et de services de voyage (*M.B.*, 1^{er} décembre 2017), à la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail (*M.B.*, 22 août 1997), à celle du 4 avril 2014 relative aux assurances (*M.B.*, 30 avril 2014), ...

20. Reconnaissance de la lésion qualifiée. Aux côtés de la lésion simple organisée spécifiquement aux articles 887, 1305 à 1314 et 1674 du Code civil, coexiste la lésion qualifiée. La Cour de cassation a en effet entendu émanciper celle-ci de son ancrage traditionnel à l'article 1907^{ter} relatif au prêt à intérêt. C'est à l'arrêt de notre Cour suprême du 9 novembre 2012⁹⁸ que l'on attribue généralement la véritable consécration en droit belge de la théorie de la lésion qualifiée⁹⁹. Pour la Cour, une convention « peut être attaquée sur la base de la lésion qualifiée, c'est-à-dire le préjudice qui consiste en une disproportion manifeste entre les prestations stipulées entre les parties qui résulte du fait qu'une des parties abuse de la position de faiblesse de l'autre ». On rappellera que cette admission générale de la lésion qualifiée avait déjà été amorcée quelques années plus tôt dans un arrêt de la Haute juridiction du 29 avril 1993¹⁰⁰. Partant, la lésion qualifiée constitue désormais, de manière autonome, un vice de consentement.

21. Conditions de la lésion qualifiée. La lésion qualifiée requiert la réunion de plusieurs conditions dégagées par la doctrine et la jurisprudence. Elles sont au nombre de trois¹⁰¹. Tout d'abord, la lésion qualifiée suppose l'abus par l'une des parties de l'état d'infériorité de l'autre partie. Ensuite, elle requiert l'existence d'un déséquilibre manifeste, d'une disproportion économique entre les prestations réciproques des parties. Enfin, la lésion doit trouver sa cause dans l'abus en ce sens que sans l'abus, le contrat n'aurait pas été conclu ou à tout le moins, l'aurait été à d'autres conditions moins défavorables.

L'exigence d'un abus de l'« état d'infériorité » d'une personne fait immédiatement songer au concept de vulnérabilité. Les circonstances constitutives de semblable état d'infériorité ne sont en réalité pas circonscrites et

⁹⁸ Cass., 9 novembre 2012, *R.G.D.C.*, 2013, p. 129, note M. DE POTTER DE TEN BROECK, *R.W.*, 2012-2013, p. 1416, note E. ADRIAENS, *R.G.D.C.*, 2013, p. 168, *T. Not.*, 2013, p. 363 et *Not. Fisc. M.*, 2013, 119, note H. CASMAN.

⁹⁹ Voy. sur l'évolution de la jurisprudence, J.-F. ROMAIN, « Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations », note sous Cass., 29 avril 1993, *J.T.*, 1993, pp. 749 et s. ; S. GOLDMAN et S. LAGASSE, « Comment appréhender le déséquilibre contractuel en droit commun ? », *op. cit.*, pp. 75 et s.

¹⁰⁰ Cass., 29 avril 1993, *J.T.*, 1993, p. 294, note J.-F. ROMAIN, « Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations ».

¹⁰¹ Voy. C. GOUX, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse et comparaisons », *op. cit.*, p. 25 ; N. RÉSIMONT, « Le point sur la lésion qualifiée », *J.T.*, 2007, p. 524 ; M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De gekwalificeerde benadeling aanvaard, maar wat met de grondslag ? », note sous Cass., 9 novembre 2012, *R.G.D.C.*, 2013, pp. 131-132 ; S. GOLDMAN et S. LAGASSE, « Comment appréhender le déséquilibre contractuel en droit commun ? », *op. cit.*, p. 79 ; G. FIÉVET, « Erreur, dol et lésion qualifiée », in P. WÉRY (coord.), *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 95 et s.

peuvent être de nature diverse¹⁰². Cet état d'infériorité peut découler non seulement des caractéristiques propres et intrinsèques de la personne (ses passions, ses faiblesses, son ignorance, son inexpérience, ses besoins, son état émotionnel, son faible degré d'instruction, ...¹⁰³), mais aussi de toutes sortes d'autres circonstances de fait (circonstances socio-économiques, situation de dépendance, état d'urgence, particularités des rapports noués entre deux parties, ...)¹⁰⁴. L'abus implique de son côté « un usage mauvais, excessif ou injuste » sans toutefois aller jusqu'à exiger un comportement actif ou un élément intentionnel du cocontractant¹⁰⁵.

Le déséquilibre entre les prestations réciproques des parties doit résulter de l'abus et être manifeste¹⁰⁶. Cette condition relève de l'appréciation souveraine du juge du fond¹⁰⁷. Encore faut-il qu'il soit présent au moment de la conclusion du contrat¹⁰⁸.

22. Sanction : la possibilité d'un rééquilibrage. La sanction que l'on attache à la lésion qualifiée est fonction du fondement légal qu'on lui attribue¹⁰⁹. Or, ce dernier ne fait pas l'unanimité. Tantôt, la lésion est justifiée par la cause illicite, tantôt elle est analysée sous l'angle de la responsabilité précontractuelle voire rattachée à la théorie de l'abus de droit.

Un consensus semble toutefois se dégager pour affirmer que le fondement de la responsabilité précontractuelle offre l'avantage de permettre

¹⁰² S. GOLDMAN et S. LAGASSE, « Comment appréhender le déséquilibre contractuel en droit commun ? », *op. cit.*, p. 80.

¹⁰³ Voy. N. RÉSIMONT, « Le point sur la lésion qualifiée », *op. cit.*, p. 524 ; S. GOLDMAN et S. LAGASSE, « Comment appréhender le déséquilibre contractuel en droit commun ? », *op. cit.*, p. 80.

¹⁰⁴ C. GOUX, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse et comparaisons », *op. cit.*, p. 26 ; S. GOLDMAN et S. LAGASSE, « Comment appréhender le déséquilibre contractuel en droit commun ? », *op. cit.*, pp. 81-82 ; G. FIÉVET, « Erreur, dol et lésion qualifiée », *op. cit.*, pp. 98 et s.

¹⁰⁵ C. GOUX, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse et comparaisons », *op. cit.*, p. 26.

¹⁰⁶ Voy. pour un examen approfondi de la condition de déséquilibre manifeste, S. GOLDMAN et S. LAGASSE, « Comment appréhender le déséquilibre contractuel en droit commun ? », *op. cit.*, pp. 83 et s. L'auteur développe notamment les notions de réciprocité des prestations, d'inégalité entre celles-ci et le caractère manifeste du déséquilibre.

¹⁰⁷ N. RÉSIMONT, « Le point sur la lésion qualifiée », *op. cit.*, p. 524.

¹⁰⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 257.

¹⁰⁹ M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De gekwalificeerde benadeling aanvaard, maar wat met de grondslag ? », note sous Cass., 9 novembre 2012, *R.G.D.C.*, 2013, pp. 132 et s. ; G. FIÉVET, « Erreur, dol et lésion qualifiée », *op. cit.*, p. 102. Voy. égal., A. DE BERSAQUES, « L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion », in *Mélanges Jean Dabin*, II, Bruxelles, Bruylant, 1963, pp. 498 et s.

un rééquilibrage de la convention¹¹⁰. La réparation en nature étant permise, on reconnaît à la victime le droit de réclamer la réduction de la prestation excessive (rééquilibrage du contrat) ou la disparition du contrat qui s'assimilera à une nullité relative¹¹¹.

23. Vulnérabilité et environnement numérique. Le caractère large de la notion d'« état d'infériorité » permet sans conteste d'appréhender la vulnérabilité sous ses différentes facettes, qu'elle soit propre à la personne lésée ou qu'elle découle des circonstances du cas d'espèce.

Ce *distinguo* est transposable dans l'environnement numérique.

D'une part, l'état d'infériorité peut résulter de caractéristiques intrinsèques du cocontractant. La personne qui ne maîtrise pas suffisamment l'outil informatique est une proie facile pour le marketing agressif. Son inexpérience et/ou son impulsivité la pousseront souvent à de mauvaises appréciations qui pourront affecter l'équilibre contractuel. L'ignorance du mode de fonctionnement d'internet place également l'utilisateur du web dans un état d'infériorité.

D'autre part, l'état d'infériorité peut également découler des circonstances de fait qui entourent la conclusion du contrat et, plus spécifiquement, de l'environnement numérique et de l'utilisation des techniques de l'information et de la communication. La rapidité des échanges, la facilité avec laquelle, en un simple clic, le contrat est formé, l'utilisation des modes de paiements électroniques, ... accroissent sensiblement les risques de conclusion irréfléchie, imprudente ou frénétique de contrats lésionnaires. La dématérialisation du processus de vente, l'impossibilité de pouvoir rencontrer le cocontractant et de recueillir une information personnalisée de sa part ainsi que l'absence de possibilité de voir et essayer la marchandise, ... ne font qu'aggraver la situation.

Dans la mesure où l'abus ne requiert pas la preuve d'un comportement actif ou d'un élément intentionnel, il suffira de prouver que l'exploitation de l'environnement numérique, l'architecture et le design du site internet, l'absence de mesures raisonnables de précaution, le manque d'information, ou encore le déroulement du processus de vente visent à profiter consciemment des faiblesses d'autrui. La tâche sera d'autant moins ardue

¹¹⁰ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 258 ; S. GOLDMAN et S. LAGASSE, « Comment appréhender le déséquilibre contractuel en droit commun ? », *op. cit.*, p. 90 ; C. GOUX, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse et comparaisons », *op. cit.*, p. 37.

¹¹¹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 90.

que certains juges déduisent parfois l'existence d'un abus des autres conditions requises et notamment de l'état d'infériorité¹¹².

24. Projet de réforme du droit des obligations¹¹³. Avec l'article 5.41 de l'avant-projet de loi de réforme du droit des obligations¹¹⁴ intitulé « abus de circonstances », la théorie de la lésion qualifiée acquiert ses lettres de noblesse.

Cet article dispose qu'« Il y a abus de circonstances lorsque, lors de la conclusion du contrat, il existe un déséquilibre manifeste entre les prestations par suite de l'abus par l'une des parties de circonstances liées à la position de faiblesse de l'autre partie. En ce cas, la victime peut prétendre à l'adaptation de ses obligations par le juge et, si l'abus est déterminant, à la nullité relative ».

Ainsi que le précise l'exposé des motifs, la disposition s'inspire des conditions dégagées par l'arrêt de notre Cour de cassation du 9 novembre 2012¹¹⁵. L'avant-projet de loi fait sienne la jurisprudence relative à l'appréciation de la notion d'« état d'infériorité » : « 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 ». Pour A. Rigolet, le gouvernement franchit même un pas de plus dans la mesure où « La faculté, explicitement reconnue, de prendre en compte une « supériorité économique ou fonctionnelle » dans le chef de la partie responsable de l'abus, permet, en particulier, au juge d'appliquer le mécanisme alors même que la situation de la partie victime de l'abus ne présente pas de particularités la rendant plus vulnérable. Le consommateur

¹¹² S. GOLDMAN et S. LAGASSE, « Comment appréhender le déséquilibre contractuel en droit commun ? », *op. cit.*, p. 83 avec les références citées à la note 63.

¹¹³ Voy. sur la lésion qualifiée dans le projet de réforme, A. RIGOLET, « La liberté contractuelle – Les réformes passent, le principe reste », *op. cit.*, pp. 327 et s.

¹¹⁴ Avant-projet de loi approuvé, le 30 mars 2018, par le Conseil des Ministres, tel que préparé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 et adapté, eu égard aux observations reçues depuis le début de la consultation publique lancée le 7 décembre 2017, https://justice.belgium.be/sites/default/files/voorontwerp_van_wet_verbintenissenrecht.pdf.

¹¹⁵ Cass., 9 novembre 2012, *R.G.D.C.*, 2013, p. 129, note M. DE POTTER DE TEN BROECK, *R.W.*, 2012-2013, p. 1416, note E. ADRIAENS, *R.G.D.C.*, 2013, p. 168, *T. Not.*, 2013, p. 363 et *Not. Fisc. M.*, 2013, 119, note H. CASMAN.

moyen pourrait ainsi, dans certains cas, du seul fait de la puissance de son interlocuteur, être considéré comme dans une position de faiblesse »¹¹⁶.

Par ailleurs, l'avant-projet n'exclut pas qu'un abus de circonstances soit combattu par d'autres vices de consentement tels que le dol ou la violence¹¹⁷. Il est également reconnu à l'article 5.37 que « l'abus de circonstances causés par le complice du cocontractant ou une personne dont il doit répondre sont assimilés à ceux du cocontractant ».

Contrairement au dol et à la violence, l'abus de circonstances peut être sanctionné par une réduction des prestations excessives. Le gouvernement fait donc choix d'épouser, comme fondement légal, la thèse de la responsabilité précontractuelle¹¹⁸. La nullité relative de la convention n'est toutefois pas totalement écartée. Cette option prévue à l'article 5.41 du projet de Livre V du Code civil est toutefois réservée aux hypothèses où l'abus de circonstances a été déterminant du consentement.

§ 2. Point de vue dynamique

25. Le contrat d'adhésion comme reflet des déséquilibres économiques. Avec l'avènement de la production de masse et de la grande distribution, le XX^e siècle a vu se généraliser la pratique des contrats d'adhésion¹¹⁹. Ceux-ci sont constitués de dispositions contractuelles standardisées, imposées par une partie à son cocontractant. Cette manière de contracter, qui annihile toute phase de négociation précontractuelle ou la réduit à la discussion d'un nombre limité d'éléments, s'est répandue au

¹¹⁶ A. RIGOLET, « La liberté contractuelle – Les réformes passent, le principe reste », *op. cit.*, p. 328.

¹¹⁷ Avant-projet de loi approuvé, le 30 mars 2018, par le Conseil des ministres, tel que préparé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 et adapté, eu égard aux observations reçues depuis le début de la consultation publique lancée le 7 décembre 2017, Exposé des motifs, p. 68, https://justice.belgium.be/sites/default/files/memorie_van_toelichting_verbintenissenrecht.pdf.

¹¹⁸ L'exposé des motifs énonce que « [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 » (Avant-projet de loi approuvé, le 30 mars 2018, par le Conseil des ministres, tel que préparé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 et adapté, eu égard aux observations reçues depuis le début de la consultation publique lancée le 7 décembre 2017, Exposé des motifs, p. 63).

¹¹⁹ Témoin de cette évolution, le concept de « contrat d'adhésion » pourrait faire prochainement son entrée dans le Code civil. L'article 5.14 de l'avant-projet de loi relatif au Livre 5 « Les obligations » propose de le définir comme un contrat « rédigé préalablement et unilatéralement par une partie » et pour lequel l'autre partie « n'a pas pu avoir d'influence sur son contenu ».

fur et à mesure de l'accroissement des inégalités économiques. Il est en effet apparu, dans le cadre de la conclusion de bon nombre de contrats, qu'ils soient conclus entre entreprises, ou entre une entreprise et un consommateur, que les parties contractantes se trouvaient en situation de déséquilibre économique, de sorte que la partie la plus puissante pouvait imposer ses conditions contractuelles à son partenaire, sans lui donner la faculté de les négocier. Les contrats d'adhésion sont régis par des conditions générales qui s'appliquent de manière répétée et dictent, de façon unilatérale, les obligations et les droits de chacune des parties. Ceci rompt avec les principes de liberté contractuelle et d'autonomie des volontés chers aux rédacteurs du Code civil, lesquels sont manifestement dépassés par la réalité économique actuelle¹²⁰.

Le phénomène du contrat d'adhésion s'accompagne d'un risque d'abus, qu'il s'agisse pour la partie imposant ses conditions générales de ne pas révéler l'existence de celles-ci au partenaire contractuel préalablement à son engagement, d'en dissimuler certaines parties, ou d'y insérer des dispositions particulièrement désavantageuses pour le cocontractant. Tant le législateur que la jurisprudence ont réagi face à ces pratiques. Des règles encadrant l'opposabilité, l'interprétation et la validité des conditions générales ont été dégagées dans le but d'assurer une certaine protection aux parties vulnérables¹²¹.

26. La réglementation des conditions générales sur le plan légal.

Sous l'impulsion du droit européen, le législateur belge est intervenu pour réglementer la pratique des conditions générales dans les rapports entre entreprises et consommateurs. Il a notamment imposé un devoir d'information précontractuelle aux entreprises, qui comprend la communication des conditions générales¹²². Il a également interdit différents types de clauses réputées abusives parce qu'elles nuisaient gravement aux intérêts des consommateurs et les privaient de la faculté d'exercer leurs droits¹²³. Enfin, le législateur a conféré aux consommateurs des prérogatives, telles que le droit de rétractation¹²⁴ ou la garantie des biens de consumma-

¹²⁰ R. DE VALKENEER, « Réflexions sur le contrat d'adhésion », in *Liber amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 161-163.

¹²¹ Voy. E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », in P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, pp. 92-107.

¹²² Ce devoir d'information précontractuelle figure notamment aux articles II.74, VI.2, VI.45, VI.55 et VI.64 du Code de droit économique.

¹²³ Art. VI.83 et s. CDE.

¹²⁴ Art. VI.47, VI.58 et VI.67 CDE.

tion¹²⁵, en vue de rééquilibrer leur position et compenser leur situation d'infériorité lors des négociations précontractuelles.

À l'heure actuelle, si les consommateurs paraissent être mieux protégés face aux pratiques contractuelles agressives dont ils pourraient être victimes du fait de certaines entreprises, c'est vers les rapports entre entreprises que le risque d'abus s'est déplacé. On constate en effet que l'entreprise en position de force sur le plan économique dicte ses conditions à son partenaire contractuel, en disposant d'une marge de manœuvre nettement plus grande que lorsque le contrat se noue avec un consommateur. Bien que la Commission européenne ait pris conscience de cette problématique¹²⁶, et à l'exception notable de la directive 2011/7/UE sur la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales¹²⁷, aucune initiative légale n'a jusqu'à présent été adoptée en vue de protéger les entreprises en situation de vulnérabilité économique. En l'état, celles-ci doivent par conséquent s'en remettre à la protection que leur offre la jurisprudence, qui a dégagé, de concert avec la doctrine, certains principes s'appliquant à la pratique des conditions générales.

27. L'interprétation *contra proferentem* des conditions générales.

La doctrine recommande des règles d'interprétation des conditions générales visant à protéger les intérêts des parties faibles. Elle prône un principe général d'interprétation *contra proferentem*, en vertu duquel, en cas de doute irréductible sur le sens ou la portée d'une disposition contractuelle figurant dans des conditions générales, il y a lieu de faire prévaloir l'interprétation favorable à la partie qui n'est pas l'auteur de celle-ci^{128 129}. Les cours et tribunaux font régulièrement application de cette règle d'interprétation¹³⁰.

¹²⁵ Art. 1649bis et s. C. civ.

¹²⁶ Voy. à ce sujet X., *Study on the legal framework covering business-to-business unfair trading practices in the retail supply chain*, 26 février 2014, DG MARKT/2012/049, http://ec.europa.eu/internal_market/retail/docs/140711-study-utp-legal-framework_en.pdf.

¹²⁷ Directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

¹²⁸ P.-A. FORIERS, « Conditions générales de vente », in P.-A. Foriers (coord.), *Les conditions générales de vente*, coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 75-76.

¹²⁹ Dans le cadre de la réforme du Code civil, il a été proposé d'inscrire ce principe d'interprétation dans le Livre 5 consacré aux obligations. L'article 5.69 du projet de code précise que « lorsqu'il subsiste un doute concernant la commune intention des parties (...) le contrat d'adhésion s'interprète contre la partie qui l'a rédigé ».

¹³⁰ Voy. par exemple Civ. Liège, 29 octobre 2002, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13861 ; Bruxelles, 31 janvier 2012, *Res. Jur. Imm.*, 2012, p. 165 ; Mons, 24 juin 2014, *Rec. jur. ass.*, 2014, p. 187.

28. L'opposabilité des conditions générales. Systématisée par la doctrine, la jurisprudence s'est par ailleurs attelée à définir les conditions suivant lesquelles les conditions générales étaient réputées avoir pénétré le champ contractuel et pouvaient, en conséquence, être déclarées opposables au partenaire contractuel. Il est enseigné que, pour intégrer l'accord contractuel, les conditions générales doivent avoir été portées à la connaissance de l'autre partie préalablement ou au moment de la conclusion de la relation contractuelle, et qu'elles doivent avoir été acceptées de manière certaine par cette partie¹³¹. Ces règles jurisprudentielles ont d'abord été conçues pour s'appliquer aux contrats formés dans le monde réel.

Compte tenu du développement du commerce électronique, et partant du constat que l'environnement numérique n'échappe pas au phénomène des contrats d'adhésion et aux abus qu'ils rendent possibles, la jurisprudence a été appelée à étendre ces principes aux accords noués dans l'univers virtuel.

29. La protection de la personne vulnérable dans l'environnement numérique. Condition de connaissance. Selon la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation, la condition selon laquelle les conditions générales doivent avoir été portées à la connaissance du partenaire contractuel préalablement à la formation du contrat requiert une connaissance effective des conditions générales ou la possibilité d'avoir une connaissance effective dans le chef du partenaire¹³². Cette possibilité de prendre connaissance des conditions générales ne peut donc être simplement abstraite ou théorique¹³³. Elle ne peut par ailleurs reposer sur une présomption de connaissance¹³⁴.

Dans l'environnement numérique, ceci implique que les conditions que l'on veut rendre opposables au partenaire contractuel, en les publiant sur une page web, soient effectivement accessibles. Ainsi, selon la Cour de cassation, lorsqu'il est demandé à la partie qui s'engage de cocher une case d'acceptation des conditions générales, en mettant simultanément à sa disposition un lien hypertexte permettant de consulter celles-ci, il y a

¹³¹ Dans le cadre du projet de réforme du Code civil, il a été proposé d'ériger ces critères en règle légale, en les reprenant à l'article 5.27 du futur Livre 5. Selon la formulation retenue, « l'inclusion des conditions générales d'une partie dans le contrat requiert leur connaissance effective par l'autre partie ou à tout le moins, la possibilité pour celle-ci d'en prendre effectivement connaissance, ainsi que leur acceptation ».

¹³² Cass., 20 avril 2017, *D.A. O.R.*, 2017, p. 54.

¹³³ R. JAFFERALI, « L'ignorance des règles contractuelles. Questions choisies relatives à la formation du contrat », in X., *De quoi le contrat est-il le nom ?*, Limal, Anthemis, 2017, p. 16.

¹³⁴ Cass., 20 avril 2017, *D.A. O.R.*, 2017, p. 54.

lieu de s'assurer que cette partie a effectivement été en mesure de prendre connaissance des conditions générales. Cette condition de connaissance n'est pas vérifiée lorsque le destinataire des conditions générales produit un constat d'huissier, effectué postérieurement à la conclusion du contrat, qui démontre que la page web était inaccessible au moment du constat¹³⁵. Par contre, la cour d'appel de Gand a jugé que la condition de connaissance était rencontrée dans le cas d'une proposition contractuelle renvoyant vers une page internet contenant des conditions générales, après avoir vérifié que cette page internet était effectivement accessible¹³⁶.

En plus de s'assurer de l'accessibilité effective des conditions générales publiées en ligne, il faut veiller à ce que le cocontractant soit effectivement dirigé vers ces conditions générales préalablement à la conclusion du contrat, par des indications particulières. Les conditions générales ne peuvent, en effet, être « enfouies dans le dédale du site, sans que jamais l'attention du client n'ait été attirée sur celles-ci »¹³⁷. Il faut, au contraire, s'assurer que le processus de formation du contrat en ligne intègre un lien vers les conditions générales avant la conclusion définitive de celui-ci¹³⁸. Ce lien doit être suffisamment explicite pour que l'internaute puisse comprendre qu'il renvoie aux conditions générales applicables au contrat¹³⁹.

De même, lorsqu'un contrat se forme par échange d'e-mails, il est recommandé de faire expressément référence aux conditions générales dans les échanges préalables à la conclusion du contrat¹⁴⁰, tout en veillant à pouvoir démontrer que celles-ci ont effectivement été portées à la connaissance de l'autre partie lors de ces échanges.

Enfin, il faut s'assurer que le partenaire contractuel est en mesure de comprendre le contenu des conditions générales qu'on veut lui rendre opposables. Ce critère revêt une importance particulière, à l'heure où internet permet la conclusion de contrats avec des entreprises situées aux quatre coins du monde. Selon l'opinion dominante, la conclusion du contrat dans une langue fait présumer la connaissance de celle-ci, et par conséquent la compréhension des conditions générales rédigées dans

¹³⁵ Cass., 16 septembre 2016, *R.G.D.C.*, 2018, p. 154, et note C. HÉLAS.

¹³⁶ Gand, 5 mai 2010, *R.G.D.C.*, 2013, p. 482.

¹³⁷ C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique », *Act. dr.*, 2002, p. 181.

¹³⁸ Civ. Liège, 1^{er} octobre 2008, *D.A. O.R.*, 2009, p. 320.

¹³⁹ E. MONTERO, « À propos d'un contrat de voyage formé par hybridation (web + télécopie) », *D.A. O.R.*, 2009, p. 336 ; Q. VAN ENIS, « L'opposabilité des conditions générales off-line et on-line : de la suite dans les idées ? », in X., *Les conditions générales – Questions spéciales*, coll. Jeune barreau de Mons, Limal, Anthemis, 2009, p. 29.

¹⁴⁰ C. HÉLAS, « L'opposabilité des conditions générales contractuelles en ligne », note sous Cass., 16 septembre 2016, *R.G.D.C.*, 2018, p. 157.

cette même langue¹⁴¹. Lorsque, au contraire, la langue des conditions générales diffère de celle du contrat, il faut s'assurer que le cocontractant a une compréhension suffisante de celle-ci¹⁴².

Il est important de souligner que, lorsqu'elles sont communiquées dans le cadre d'un service de la société de l'information¹⁴³, l'article XII.7, § 2, du Code de droit économique dispose que « les conditions générales communiquées au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire ». Cette disposition impose à l'entreprise qui déploie une activité de commerce en ligne de paramétrer son site internet de telle manière qu'il permette le téléchargement et l'enregistrement des conditions générales, ainsi que leur impression¹⁴⁴. De cette manière, elle assure au destinataire des conditions générales un moyen de les conserver. En cas de contestation, il sera de ce fait en mesure de rapporter le contenu exact des conditions générales qui lui ont été communiquées, et ainsi de mettre en évidence d'éventuelles modifications de celles-ci dans la version qu'on cherche à lui opposer¹⁴⁵. L'article XII.7, § 2, est toutefois sans impact sur la question de l'opposabilité des conditions générales en ligne, qui reste soumise aux principes du droit commun¹⁴⁶. Cette disposition ne règle que les modalités de la communication en ligne des conditions générales¹⁴⁷.

30. La protection de la personne vulnérable dans l'environnement numérique. Condition d'acceptation. Pour qu'elles soient opposables au cocontractant, les conditions générales doivent avoir été acceptées par ce dernier, de manière expresse ou tacite¹⁴⁸.

La doctrine a mis en évidence le développement de deux pratiques distinctes – baptisées *clickwrap* et *browsewrap* – pour marquer l'acceptation

¹⁴¹ Q. VAN ENIS, « L'opposabilité des conditions générales off-line et on-line : de la suite dans les idées ? », *op. cit.*, p. 14 ; P.-A. FORIERS, « Conditions générales de vente », *op. cit.*, p. 52.

¹⁴² C. HÉLAS, « L'opposabilité des conditions générales contractuelles en ligne », *op. cit.*, p. 157.

¹⁴³ Selon l'article I.18 du Code de droit économique, la notion de service de la société de l'information recouvre « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service ».

¹⁴⁴ E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », *op. cit.*, p. 114.

¹⁴⁵ C. HÉLAS, « L'opposabilité des conditions générales contractuelles en ligne », *op. cit.*, p. 160.

¹⁴⁶ E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », *op. cit.*, p. 114.

¹⁴⁷ M. DEMOULIN, *Droit des contrats à distance et du commerce électronique*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 112.

¹⁴⁸ P.-A. FORIERS, « Conditions générales de vente », *op. cit.*, pp. 54-56.

des conditions générales en ligne¹⁴⁹. La jurisprudence se montre favorable à l'emploi de ces techniques, soulignant que celles-ci permettent de s'assurer que le cocontractant a accepté les conditions générales avant de contracter¹⁵⁰. Parmi celles-ci, la technique du *clickwrap* semble s'imposer et se généraliser. Elle consiste à insérer une page spécifique, dans la phase précontractuelle, qui invite le cocontractant à cocher une case marquant son acceptation des conditions générales avant de finaliser le contrat. Ce moyen permet de s'assurer simultanément que les conditions générales ont été portées à la connaissance de leur destinataire, et qu'elles ont été acceptées par ce dernier, cette acceptation se matérialisant par son « clic ».

Une variante du *clickwrap* consiste à soumettre au partenaire contractuel une case précochée, qu'il doit prendre l'initiative de décocher s'il veut marquer son opposition à son contenu. Ce type de pratique est critiqué, en ce qu'il n'assure pas l'adhésion certaine du cocontractant au contenu de la case précochée¹⁵¹.

Précisons néanmoins qu'en dépit des exigences visant à leur conférer une protection, les parties vulnérables – principalement les consommateurs – négligent bien souvent de prendre connaissance des conditions générales qui leur sont soumises. La protection de personnes vulnérables passe donc également par leur responsabilisation face à ce phénomène.

31. Moment de la prise de connaissance des conditions générales et de leur acceptation. L'envoi des conditions générales, d'une part, et leur acceptation, d'autre part, constituent des actes juridiques unilatéraux. L'acte juridique unilatéral est défini comme « une manifestation de volonté émanant d'une personne par laquelle celle-ci décide de faire naître certains effets de droit, sans avoir, pour ce faire, besoin du consentement d'autrui »¹⁵². La plupart des actes juridiques unilatéraux ne produisent d'effets juridiques qu'après avoir été portés à la connaissance de leur destinataire. Ils sont qualifiés d'actes réceptices¹⁵³.

¹⁴⁹ Pour une présentation de ces deux concepts, voy. Q. VAN ENIS, « L'opposabilité des conditions générales off-line et on-line : de la suite dans les idées ? », *op. cit.*, pp. 27-30.

¹⁵⁰ J.P. Fontaine-l'Évêque, 15 février 2016, *J.L.M.B.*, 2017, p. 332 ; J.P. Forest, 15 mai 2018, R.G. n° 2018/1467, *inédit*.

¹⁵¹ Q. VAN ENIS, « L'opposabilité des conditions générales off-line et on-line : de la suite dans les idées ? », *op. cit.*, p. 29.

¹⁵² P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁵³ P.-A. FORIERS, « Exposé introductif : acte unilatéral et contrat, constatations et réflexions », in X., *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 2006, p. 12 ; A. DE BOECK, « De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring », in S. STIJNS et P. WÉRY (éd.), *Les sources d'obligations extracontractuelles*, Bruxelles, la Charte,

Lorsqu'un acte juridique unilatéral réceptice est accompli à distance, il faut pouvoir déterminer le moment auquel il est porté à la connaissance de son destinataire, puisque ceci conditionne la prise de cours de ses effets juridiques. Appliquée aux conditions générales, cette question peut s'avérer capitale, lorsqu'il s'agit d'apprécier si les conditions générales sont ou non entrées dans le champ contractuel.

Deux options ont principalement été envisagées pour situer les actes juridiques unilatéraux réceptices dans le temps et dans l'espace. Un premier courant fixe la prise de cours des effets de l'acte juridique unilatéral au moment où celui-ci est émis par son auteur (« théorie de l'émission »). Selon une autre approche, l'acte juridique unilatéral déploie ses effets à compter du moment où il est reçu par son destinataire (« théorie de la réception »)¹⁵⁴.

La Cour de cassation a opté pour la théorie de la réception dans un arrêt du 16 juin 1960, en soulignant expressément, s'agissant de la formation d'un contrat entre absents, que la condition de rencontre des volontés n'est remplie « que lorsque le pollicitant a eu ou, en tout cas, a pu avoir connaissance de l'acceptation explicite ou tacite de son offre »¹⁵⁵. Ainsi, le contrat « se forme et sortit ses effets au moment où la seconde partie marque son accord à la pollicitation de la première partie et que celle-ci a eu connaissance ou a raisonnablement pu avoir connaissance de cet accord »¹⁵⁶. Telle qu'elle a été formulée par la Cour de cassation, la théorie de la réception n'implique pas que le destinataire de l'acte destiné à produire des effets de droit ait effectivement pris connaissance du contenu de celui-ci. Il est suffisant qu'il ait raisonnablement pu en prendre connaissance.

La théorie de la réception n'a pas véritablement vocation à protéger les intérêts d'une partie plutôt que ceux d'une autre. Elle présente d'ailleurs un caractère supplétif¹⁵⁷, qui permet aux cocontractants d'y déroger. Néanmoins, dans le contexte de l'opposabilité des conditions générales, la théorie de la réception renforce la protection conférée au cocontractant vulnérable, en complétant la condition de connaissance imposée par la jurisprudence. Elle implique en effet que des conditions générales ne peuvent être déclarées opposables à la partie faible que pour autant que

2007, p. 21 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. III, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1070-1071 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, op. cit., p. 32.

¹⁵⁴ Pour une présentation de ces alternatives, voy. J. HEENEN, « L'acceptation de l'offre de contracter faite par correspondance », *R.C.J.B.*, 1962, pp. 303 et s.

¹⁵⁵ Cass., 16 juin 1960, *R.C.J.B.*, 1962, p. 301, et note J. HEENEN.

¹⁵⁶ Cass., 19 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1182.

¹⁵⁷ Cass., 25 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, 1087 ; Cass., 19 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1182.

cette dernière les ait reçues – c'est-à-dire qu'elle ait raisonnablement pu en prendre connaissance – au plus tard au moment de la conclusion du contrat.

32. La protection de la personne vulnérable dans l'environnement numérique. Choix de la théorie de la réception. Comme ce fut le cas dans d'autres domaines du droit des obligations, l'avènement des nouvelles technologies a relancé la controverse entre théorie de l'émission et théorie de la réception. En effet, l'utilisation des courriers électroniques révolutionne la question de la prise d'effet des actes juridiques unilatéraux réceptifs : d'un point de vue temporel, il y a tout au plus quelques secondes entre le moment où l'acte est émis et celui où il parvient à son destinataire, alors que sur le plan spatial, les deux parties peuvent se situer aux antipodes l'une de l'autre. On s'est dès lors interrogé sur l'adéquation de la théorie de la réception aux échanges dématérialisés, celle-ci s'étant imposée dans le contexte particulier de la correspondance par voie postale, où les délais entre l'envoi et la réception sont nettement plus longs¹⁵⁸.

À l'instar du monde physique, l'arbitrage entre théorie de l'émission et théorie de la réception emporte des conséquences importantes dans l'univers électronique. À titre d'exemple, un e-mail peut être envoyé sur une adresse électronique erronée ou sur une adresse qui n'est plus employée. L'adresse peut également être temporairement indisponible. Le courrier électronique peut encore être bloqué par un filtre antispam opérant à l'insu du titulaire de la boîte mail à qui la correspondance est destinée. Ce faisant, les parties peuvent, de bonne foi, se méprendre quant à la situation juridique dans laquelle elles se trouvent : une entreprise peut avoir adressé ses conditions générales à son client, sans que ce dernier s'en soit rendu compte ; de même, après avoir accepté les conditions générales qui lui ont été communiquées, une partie peut considérer qu'un contrat a été conclu et qu'il y a lieu de l'exécuter, alors que l'autre ne reçoit pas cette acceptation et méconnaît l'existence du contrat. Les litiges résultant de ce type de situation sont susceptibles de connaître une issue différente selon que l'on opte pour la théorie de l'émission ou pour la théorie de la réception.

¹⁵⁸ E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », *op. cit.*, p. 118 ; E. MONTERO, « Les contrats de l'informatique & de l'internet », *Rép. not.*, t. IX, I. IX, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 232-235.

Dans une décision du 5 octobre 2004, le tribunal de commerce de Tongres a jugé que la théorie de la réception devait s'appliquer aux contrats formés en ligne¹⁵⁹.

Le gouvernement a choisi de confirmer cette solution. L'article 5.5, alinéa 3, de l'avant-projet de loi portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 5 « Les obligations » prévoit ainsi expressément que la notification d'un acte juridique unilatéral réceptice parvient à son destinataire « lorsque celui-ci en prend connaissance ou aurait raisonnablement pu en prendre connaissance ». Il a par ailleurs proposé d'introduire une règle spécifique pour les échanges dématérialisés, qui figure à l'article 5.5, alinéa 4, en vertu de laquelle « la notification accomplie par voie électronique parvient au destinataire lorsque celui-ci en prend connaissance ou aurait raisonnablement pu en prendre connaissance sur l'adresse électronique ou par tout autre mode de communication électronique qu'il a accepté pour la réception de cette notification. À défaut d'acceptation, la notification ne parvient au destinataire que lorsque celui-ci en prend connaissance ».

Si cette nouvelle règle est adoptée, la partie faible acceptant de communiquer au moyen d'une adresse électronique déterminée, dans le cadre de négociations précontractuelles par exemple, devra être extrêmement vigilante aux correspondances reçues via ce canal. Le fait que la correspondance soit filtrée par sa boîte *antispam* ou que la personne ne consulte pas fréquemment l'adresse de messagerie référencée, ne devrait pas empêcher que l'acte émis produise ses effets juridiques. Si l'adresse électronique est temporairement indisponible, on pourra par contre considérer que l'acte juridique unilatéral ne peut déployer ses effets, pendant le temps de cette indisponibilité, faute pour le destinataire d'avoir raisonnablement été en mesure d'en prendre connaissance.

A contrario, l'envoi d'un acte juridique unilatéral réceptice – tel qu'une proposition contractuelle contenant des conditions générales, ou son acceptation – sur une boîte électronique non préalablement acceptée par son destinataire comme canal de communication, sera réalisé aux risques et périls de l'émetteur, qui devra rapporter la preuve que l'autre partie a pu en prendre connaissance¹⁶⁰. Dans cette hypothèse, le fait que la notification soit bloquée par un filtre *antispam*, à l'insu du destinataire, ou qu'elle

¹⁵⁹ Comm. Tongres, 5 octobre 2004, D.A. O.R., 2007, p. 154.

¹⁶⁰ Avant-projet de loi approuvé, le 30 mars 2018, par le Conseil des ministres, tel que préparé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 et adapté, eu égard aux observations reçues depuis le début de la consultation publique lancée le 7 décembre 2017, Exposé des motifs, p. 20, https://justice.belgium.be/sites/default/files/downloads/2018-04-27_bewijsr_mvt.pdf.

ait été notifiée sur une boîte mail inutilisée, aura pour effet d'empêcher que l'acte juridique unilatéral produise ses effets.

L'article 5.5, alinéa 4, en projet, a le mérite de trancher la controverse des effets à réserver aux courriers électroniques qui, bien que régulièrement envoyés, ne parviennent pas de manière effective à leur destinataire. Comme le révèle l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi, « elle vise à protéger le destinataire qui pourrait se voir reprocher de ne pas avoir donné suite à un courriel »¹⁶¹. Le gouvernement a en effet clairement fait le choix de privilégier ce dernier, en considérant que « ce n'est pas au destinataire de se soucier de la bonne réception du message, mais à l'expéditeur (qui est libre de prendre des mesures complémentaires, comme un envoi recommandé, par exemple) »¹⁶². Appliquée à la question de l'opposabilité des conditions générales, cette disposition nous paraît donc contribuer à renforcer la protection de la partie vulnérable. Elle apporte en effet des garanties complémentaires en vue d'une prise de connaissance effective des conditions générales par leur destinataire.

En pratique, la règle énoncée dans l'avant-projet de Livre 5 du Code civil risque toutefois de générer une nouvelle controverse, en cas de litige, appelant les cours et tribunaux à apprécier ce que recouvre la notion d'« adresse électronique acceptée » et de déterminer la portée de l'acceptation qui a été donnée. La présomption de réception prévue à l'article 5.5, alinéa 4, ne valant que dans le contexte pour lequel l'acceptation a été donnée¹⁶³, il est certain que des contestations surgiront lorsque l'utilisation d'une adresse électronique sera déduite de son acceptation tacite, par exemple en cas d'usage répété d'une même adresse électronique ou en cas d'utilisation d'une adresse électronique renseignée sur un document non contractuel. De même, si cette disposition est adoptée, la jurisprudence sera tôt ou tard amenée à déterminer les conditions dans lesquelles une adresse électronique acceptée – par exemple pour mener des discussions précontractuelles – devra être considérée comme révoquée.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ *Ibid.*

SECTION 2. – Exécution du contrat

§ 1. La théorie de l'imprévision

A) Avant la réforme

33. De la formation à l'exécution du contrat. Le déséquilibre qui survient, non plus au stade de la formation du contrat (voy. *supra*, n^{os} 19 et s.) mais lors de son exécution, constitue le terrain d'élection de la théorie de l'imprévision¹⁶⁴.

Cette dernière se définit, selon D. Philippe, comme « 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 »^{165 166}. Cet auteur préfère d'ailleurs à l'imprévision la notion qu'il juge plus appropriée de « bouleversement de l'économie contractuelle »¹⁶⁷.

L'imprévision se distingue d'autres figures juridiques telles que la force majeure, laquelle implique, suite à la survenance d'événements imprévisibles, une impossibilité d'exécution dans le chef de la partie qui s'en prévaut¹⁶⁸. Au contraire, en matière d'imprévision, la poursuite de l'exécution du contrat ne devient pas impossible ; elle est rendue « plus difficile » ou « plus onéreuse » de telle sorte qu'elle entraîne un profond déséquilibre de

¹⁶⁴ La matière des contrats à long terme et du commercial international s'y prête plus particulièrement (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, « Le bouleversement de l'économie contractuelle en droit belge », *Rev. dr. Int. et comp.*, 2015, pp. 160 et s.).

¹⁶⁵ D. PHILIPPE, « Le point sur l'imprévision », *op. cit.*, 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, p. 1087 ; D. PHILIPPE, « Le bouleversement de l'économie contractuelle en droit belge », *op. cit.*, p. 160.

¹⁶⁶ Une partie de la doctrine requiert toutefois que les circonstances extérieures soient anormales (voy. A. VAN OEVELEN, « Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht », *T.P.R.*, 2008, p. 622, n^o 17). Voy. *contra* : J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, « Force majeure et imprévision contractuelle », in *Recyclage en droit : Droit des obligations*, Limal, Anthémis, 2011, pp. 125-126 qui citent D. PHILIPPE, obs. sous Comm. Bruxelles, 16 janvier 1979, *J.T.*, 1980 p. 460, n^o 2.1.

¹⁶⁷ D. PHILIPPE, « Le point sur l'imprévision », *op. cit.*, 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, p. 1087 ; D. PHILIPPE, « Le bouleversement de l'économie contractuelle en droit belge », *op. cit.*, p. 160.

¹⁶⁸ A. NICOLAS, « Hardship : prévoir l'imprévisible », *Cah. Jur.*, 2013, p. 93 ; S. VAN LOOCK, « De imprevisie in België: Quousque tandem abutere patientia nostra? », *R.G.D.C.*, 2013, p. 448.

l'économie du contrat¹⁶⁹. La ligne de démarcation entre ces deux figures juridiques se révèle parfois ténue¹⁷⁰. Des voix se font, en effet, entendre pour que l'impossibilité absolue soit appréciée de manière raisonnable et humaine¹⁷¹, rendant la frontière plus poreuse. En témoignent les clauses de force majeure qui tentent de ranger sous ce qualificatif des événements qui ne répondent pas aux conditions d'impossibilité et d'irrésistibilité¹⁷².

Face à cette dilution des concepts, les réactions de la doctrine sont diverses. D'un côté, certains auteurs plaident pour une intégration de l'imprévision sous la bannière de la force majeure¹⁷³. De l'autre, de nouveaux critères sont proposés. Le critère de l'intérêt ou de l'utilité économique du contrat a notamment les faveurs de J.-F. Germain et Y. Ninane¹⁷⁴. On voit poindre en filigrane la figure de l'abus de droit¹⁷⁵ que nous aborderons *infra*, n^{os} 40 et s.

34. Rejet de la théorie en droit belge. Malgré une tendance favorable, en droit comparé, à la révision du contrat en cas de changement de circonstances¹⁷⁶, la théorie de l'imprévision n'a toujours pas droit de cité en

¹⁶⁹ O. CLEVENBERGH, « Les changements significatifs défavorables ('Material Adverse Change') dans les contrats de cession d'actions ou d'actifs en droit belge », *R.D.C.*, 2011, p. 10 ; S. VAN LOOCK, « De imprevisieeler in België: Quousque tandem abutere patientia nostra? », *op. cit.*, p. 448 ; J. VAN ZUYLEN, « Quelques réflexions sur l'utilité économique du contrat au départ de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010 », *D.A. O.R.*, 2012, p. 6.

¹⁷⁰ Voy. J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, « Force majeure et imprévision contractuelle », *op. cit.*, pp. 98 et s. ; J. VAN ZUYLEN, « Quelques réflexions sur l'utilité économique du contrat au départ de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010 », *op. cit.*, pp. 8 et s.

¹⁷¹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 540 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1427.

¹⁷² E. MONTERO, « Les contrats de l'informatique & de l'internet », *op. cit.*, p. 87 ; P. GAUDRAT et F. SARDAIN, *Traité de droit civil numérique*, t. 2, *Droit des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 109.

¹⁷³ M. DE POTTER DE TEN BROECK, « Changements de circonstances en droit des contrats », *D.A. O.R.*, 2016, pp. 54-55. L'auteur affirme que « la force majeure suffit parce que les situations qui sont traditionnellement réservées à la théorie de l'imprévision tombent sous le champ d'application de la force majeure ». Voy. égal. X. DIEUX qui considère que « les besoins auxquels la théorie de l'imprévision prétend répondre sont largement couverts par notre droit positif, en sorte que l'introduction de cette théorie dans la loi ou la jurisprudence ne se justifie pas » (X. DIEUX, *Droit, morale et marché*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 676).

¹⁷⁴ J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, « Force majeure et imprévision contractuelle », *op. cit.*, pp. 99 et s.

¹⁷⁵ J. VAN ZUYLEN, « Quelques réflexions sur l'utilité économique du contrat au départ de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010 », *op. cit.*, pp. 9-10.

¹⁷⁶ Voy. sur la théorie de l'imprévision en droit comparé, D. PHILIPPE, « Le point sur l'imprévision », *op. cit.*, pp. 739 et s. ; S. VAN LOOCK, « De imprevisieeler in België: Quousque tandem abutere patientia nostra? », *op. cit.*, pp. 454 et s.

Belgique. La Cour de cassation s'est en effet montrée réticente à l'admission d'une telle théorie dans ses arrêts du 19 mai 1921¹⁷⁷, 14 avril 1994¹⁷⁸ et du 20 avril 2006¹⁷⁹. Le principe de la convention-loi constitue un rempart de taille que la jurisprudence semble répugner à graver.

L'examen des arrêts plus récents de notre Cour de cassation laisse toutefois entrevoir plusieurs brèches¹⁸⁰.

Dans un premier arrêt du 19 juin 2009¹⁸¹ rendu dans le cadre d'une vente internationale soumise à la Convention de Vienne du 11 avril 1980, la Cour ne censure pas l'application à un cas d'imprévision de l'exonération prévue à l'article 79, 1, de la CVIM. Comme le relève C. Biquet-Mathieu, cette interprétation extensive de l'article 79 constitue une première pour une Cour suprême¹⁸². Cette jurisprudence est réitérée dans un arrêt subséquent du 12 avril 2013¹⁸³. La portée à conférer à ces arrêts reste toutefois incertaine vu le cadre légal spécifique dans lequel ils s'inscrivent¹⁸⁴.

Un arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010¹⁸⁵ a encore relancé le débat. Dans cette affaire, la Cour considère comme abusif le comportement de l'ex-épouse qui consiste à continuer à réclamer le paiement d'une pension alimentaire alors même que l'engagement remonte à plus de trente ans et que la situation financière des parties a sensiblement changé (mise à la retraite du débiteur de la pension et vie en ménage du créancier qui promérite une rémunération équivalente à celle de son ex-conjoint). La Cour rejette dès lors 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 alimentaire¹⁸⁶. En recourant

¹⁷⁷ Cass., 19 mai 1921, *Pas.*, 1921, I, p. 380.

¹⁷⁸ Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 365.

¹⁷⁹ Cass., 20 avril 2006, *Pas.*, 2006, p. 884, *R.G.D.C.*, 2009, p. 34.

¹⁸⁰ Voy. C. BIQUET-MATHIEU, « Soubresauts en matière d'imprévision. Les arrêts des 19 juin 2009 et 14 octobre 2010 », *Rev. Dr. ULg.*, 2012, pp. 239-257 ; J. VAN ZUYLEN, « Quelques réflexions sur l'utilité économique du contrat au départ de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010 », *op. cit.*, pp. 5 et s.

¹⁸¹ Cass., 19 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1590, *D.A. O.R.*, 2010, p. 149, note D. PHILIPPE.

¹⁸² C. BIQUET-MATHIEU, « Soubresauts en matière d'imprévision. Les arrêts des 19 juin 2009 et 14 octobre 2010 », *op. cit.*, p. 242.

¹⁸³ Cass., 12 avril 2013, *R.G.D.C.*, 2013, p. 478.

¹⁸⁴ Voy. C. BIQUET-MATHIEU, « Soubresauts en matière d'imprévision. Les arrêts des 19 juin 2009 et 14 octobre 2010 », *op. cit.*, pp. 248 et s.

¹⁸⁵ Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2643.

¹⁸⁶ Voy. pour une lecture critique de cette sanction (suppression totale et sans limite de temps de la pension et non réduction du droit à son usage normal), C. BIQUET-MATHIEU, « Soubresauts en matière d'imprévision. Les arrêts des 19 juin 2009 et 14 octobre 2010 », *op. cit.*, pp. 253 et s.

à la théorie de l'abus de droit, la Cour semble admettre qu'une convention puisse être modifiée en présence d'un bouleversement de l'économie contractuelle. La question de la possibilité de réviser une convention, si besoin en est, par le biais de la théorie de l'abus de droit, est de nouveau propulsée au-devant de la scène.

35. Les succédanés de l'imprévision. Pour obvier à la rigueur de la jurisprudence, plusieurs solutions ont été proposées par la doctrine¹⁸⁷. Elles furent accueillies différemment en jurisprudence.

Tout d'abord, l'un des palliatifs consiste à élargir les contours de la force majeure. La jurisprudence se montre toutefois rétive à un tel assouplissement. L'admission d'une conception extensive de la force majeure n'a pas encore fait son chemin en droit belge. L'application de l'adage *genera non pereunt* constitue également un frein à son développement¹⁸⁸.

Ensuite, il n'est pas exclu que la révision d'un contrat à la suite d'un bouleversement de l'équilibre contractuel prenne les traits de l'interdiction de l'abus de droit. Ce fondement présente toutefois des inconvénients. On rappellera, entre autres, que les remèdes offerts sont plus restreints que ceux que pourrait offrir la théorie de l'imprévision (révision, dissolution, ...). La sanction particulière qui assortit l'abus de droit consiste en effet en la réduction du droit à son exercice normal ou la réparation du préjudice causé¹⁸⁹. Un avantage réside néanmoins dans la possibilité pour le débiteur de se prévaloir de la théorie de l'abus de droit malgré la commission d'une faute. Le changement de circonstances qu'implique la théorie de l'imprévision ne peut, à l'inverse, être imputable au débiteur¹⁹⁰.

Enfin, les parties soucieuses de se prémunir peuvent parfaitement insérer dans leur contrat une clause de *hardship*¹⁹¹. Ces clauses sont d'ailleurs particulièrement fréquentes dans les contrats internationaux¹⁹². Elles déterminent souvent, d'une part, les hypothèses précises dans lesquelles on peut considérer que l'équilibre contractuel est rompu et, d'autre part, les conséquences qu'emporte la survenance d'un changement de

¹⁸⁷ Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 557 ; S. VAN LOOCK, « De imprevisieeler in België: Quousque tandem abutere patientia nostra? », *op. cit.*, pp. 450 et s.

¹⁸⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 558.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 559.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 559.

¹⁹¹ S. VAN LOOCK, « De imprevisieeler in België: Quousque tandem abutere patientia nostra? », *op. cit.*, p. 453.

¹⁹² Voy. sur l'obligation de renégociation dans les contrats internationaux, P. ACCAOUI LORFING, « Les fondements de l'obligation de renégociation », in *La renégociation des contrats internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 137.

circonstances (obligation de se mettre à la table des négociations et, en cas d'échec, résiliation de la convention ou intervention d'un tiers, ...) ¹⁹³.

36. Protection de la personne vulnérable dans l'environnement numérique. La théorie de l'imprévision permet-elle de protéger la personne vulnérable dans l'environnement numérique ?

Dans un premier temps, il convient de se placer sur le terrain de la vulnérabilité. Le caractère vulnérable du cocontractant n'est en effet plus intrinsèquement lié aux circonstances qui entourent la formation du contrat, ou à ses faiblesses. Il dérive ici d'un changement de circonstances qui n'est pas imputable au débiteur de l'obligation et qui survient au cours de l'exécution du contrat. Classiquement, on renvoie aux hypothèses de hausse du prix du pétrole, à l'inflation monétaire, à une crise économique, un conflit ou encore un litige environnemental, ... La vulnérabilité se définit ici sous le prisme d'un déséquilibre apparu postérieurement à la formation du contrat.

Dans un second temps, ces principes doivent être transposés dans l'environnement numérique. La démarche n'est guère aisée. La pauvreté de la doctrine et de la jurisprudence en la matière s'explique certainement par l'absence de reconnaissance de la théorie en droit belge.

On pourrait être tenté de se limiter à appliquer *mutatis mutandis* les exemples classiques susmentionnés au secteur informatique. On songe, par exemple, au contrat à long terme qui porte sur la livraison de composants informatiques, ou de commandes passées en ligne qui impliquent de nombreuses livraisons, dont l'exécution est entravée par une hausse significative du baril de pétrole.

Plus délicate est la question d'une transposition de ces principes aux contrats qui portent sur la création d'un site web, l'utilisation d'un logiciel sur-mesure, aux contrats de *cloud computing*, d'hébergement, ...

De manière plus prospective, on pourrait imaginer les cas de figure suivants.

L'entrepreneur chargé de créer un site web pour lequel un cahier des charges très précis a été défini pourrait, en cours d'exécution de contrat, être confronté à des problèmes nouveaux de compatibilité ou de disponibilité de certains logiciels exigés dans ledit cahier des charges.

Bien que la question soit actuellement appréhendée sous l'angle de l'obligation d'information et de conseil, le recours à la théorie de l'imprévision pourrait se révéler plus approprié lorsque les difficultés surviennent dans le cours de l'exécution du contrat (logiciels de tiers devenus payants,

¹⁹³ A. NICOLAS, « Hardship : prévoir l'imprévisible », *op. cit.*, p. 93.

défauts découverts dans les programmes de tiers, mises à jour problématiques de logiciels synchronisés ou de produits fournis par un autre opérateur de marché¹⁹⁴, ...).

Des modifications en termes d'accès à internet dues à une trop forte saturation du réseau ou à une détérioration de celui-ci pourraient également avoir un impact sur l'exécution des contrats informatiques qui exigent une connexion rapide.

Les incidents de sécurité, virus et codes malicieux pourraient également entrer sous le champ d'application de la théorie de l'imprévision. On imagine, par exemple, un contrat qui porte sur le stockage d'informations et de données. La partie victime d'une attaque, alors même qu'elle a respecté toutes les obligations de sécurité et de précaution qui s'imposent à elle¹⁹⁵, pourrait-elle se prévaloir de la théorie de l'imprévision (sommés faramineuses déboursées au profit du *ransomware*, dépenses engagées pour le dépannage et la récupération des données, ...) pour solliciter un rééquilibrage du contrat ?

Les *smart contracts* ne sont également pas à l'abri d'un problème entravant leur bonne exécution ou rendant plus onéreuse cette dernière (la réservation d'une chambre d'hôtel qui ne se déverrouille pas alors que le prix de la location a été payé, mais est parvenu avec retard au propriétaire de la chambre, en raison d'une cause étrangère au locataire, ce qui génère des frais complémentaires dont le règlement est exigé ; l'objet connecté acheté à crédit qui devient inutilisable malgré le paiement intervenu, ...).

En l'état actuel du droit belge, la partie qui subit l'imprévision doit supporter les conséquences néfastes de ce changement de circonstances et n'est pas en mesure d'imposer un rééquilibrage du contrat à moins de faire appel aux palliatifs évoqués *supra*, n° 35.

B) Le projet de réforme

37. Innovation. Parmi les grandes innovations de la réforme, on retrouve la consécration de la théorie de l'imprévision¹⁹⁶. Le gouvernement a entendu, d'une part, répondre à l'appel de la doctrine militante¹⁹⁷ et, d'autre part, aligner le régime belge sur celui de l'ensemble des

¹⁹⁴ B. DOCQUIR, *Droit du numérique*, op. cit., p. 119.

¹⁹⁵ Voy. sur cette question de responsabilité pour perte de données, F. COPPENS et J.-P. TRIAILLE, « La responsabilité pour perte de données dans le cadre d'un contrat », *R.D.T.I.*, 2016/63-64, pp. 39-58.

¹⁹⁶ S. VAN LOOCK, « L'imprévision, enfin ! », *Les Pages*, 2018/n° 21.

¹⁹⁷ D. PHILIPPE, « Le point sur l'imprévision », op. cit., p. 741 ; S. STIJNS, « De sanctionering van de wilsgebreken », in *Wilsgebreken*, Bruges, die Keure, 2006, n°s 38-40 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., op. cit., pp. 256-258 ;

législations modernes. Il convenait également de mettre fin à l'insécurité créée par les derniers arrêts de notre Cour de cassation.

L'article 5.77 du projet s'intitule « changement de circonstances ». Ce vocable prend le pas sur la notion d'« imprévision » déjà décrite en doctrine. Les deux premiers alinéas disposent que « 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.

Toutefois, le débiteur peut demander au créancier de renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque les conditions suivantes sont réunies (...) ». Le principe de la convention-loi est réaffirmé mais souffre une nouvelle exception.

38. Conditions d'application. Les conditions auxquelles la révision du contrat est subordonnée sont énumérées à l'alinéa 2 en ces termes :

- « 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 ».

39. Pouvoirs du juge. Les conséquences qu'entraîne la survenance de ces circonstances exceptionnelles sont expressément régies à 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 ».

L'obligation pour les parties de poursuivre l'exécution de leurs obligations nous paraît toutefois difficilement conciliable avec certaines

P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, I, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 229. Voy. *contra* : X. DIEUX, *Droit, morale et marché*, *op. cit.*, pp. 676 ; M. DE POTTER DE TEN BROECK, « Changements de circonstances en droit des contrats », *op. cit.*, pp. 54-55.

situations concrètes qui empêchent, à défaut de dégager des gros moyens financiers, d'exécuter le contrat (ex : virus ou incident de sécurité).

§ 2. L'interdiction de l'abus de droit

40. La fonction modératrice de la bonne foi. Le principe de la convention-loi est encore tempéré par la fonction modératrice de la bonne foi qui interdit au créancier d'abuser de son droit¹⁹⁸. La théorie de l'(interdiction de l') abus de droit trouve sa source, en matière contractuelle, dans l'article 1134, alinéa 3, du Code civil et permet en effet « au juge de contrôler l'usage que fait le titulaire d'un droit subjectif de ce droit »¹⁹⁹. On fait généralement remonter à un arrêt du 19 septembre 1983²⁰⁰ cet effet modérateur de la bonne foi²⁰¹. L'interdiction d'abuser de son droit – érigé en principe général de droit – est confirmé à plusieurs reprises par la Cour²⁰².

On enseigne de manière générale qu'adopte un comportement abusif, le créancier qui exerce son droit « d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente »²⁰³. Parallèlement à ce critère générique, plusieurs critères particuliers furent dégagés par la jurisprudence et systématisés par la doctrine. Ils constituent des outils particulièrement efficaces pour le juge amené à se prononcer sur l'existence ou non d'un abus de droit.

¹⁹⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 462.

¹⁹⁹ S. STIJNS et F. AUVRAY, « L'abus de droit : concept, champ d'application et fondements », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 270.

²⁰⁰ Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55.

²⁰¹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 136 ; S. STIJNS et F. AUVRAY, « L'abus de droit : concept, champ d'application et fondements », *op. cit.*, p. 275.

²⁰² Voy. Cass., 22 septembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 1999 ; Cass., 6 janvier 2011, *Pas.*, 2011, p. 44, concl. A. HENKENS, *R.G.D.C.*, 2012, p. 388, note P. BAZIER (« Abus de droit, rechtsverwerking et sanctions de l'abus de droit »). En faveur d'une consécration, voy. déjà Cass. 5 mars 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 768 ; Cass. 24 septembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1049. Sur cette jurisprudence, S. STIJNS, « Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiting voor gebruik! », in P. WÉRY et S. STIJNS, *Le juge et le contrat*, Bruges, la Charte, 2014, pp. 81 et s.

²⁰³ Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 244 ; Cass., 11 septembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1386 ; Cass., 9 mars 2009, *Pas.*, 2009, p. 689 ; Cass., 1^{er} octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2470 ; Cass., 17 janvier 2011, *Pas.*, 2011, p. 200. Voy. sur cette jurisprudence, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 138, note 396 ; S. STIJNS, « Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiting voor gebruik! », *op. cit.*, pp. 78-79.

Est ainsi considéré comme abusif²⁰⁴ :

- L'exercice d'un droit avec l'intention exclusive de nuire à son cocontractant ;
- L'exercice d'un droit-fonction en le détournant de sa finalité ;
- L'exercice d'un droit sans intérêt ou motif légitime ou sans intérêt raisonnable et suffisant, causant ainsi un dommage à autrui ;
- L'exercice d'un droit, entre différentes manières qui procurent la même utilité, en qui sera le plus préjudiciable à autrui ;
- L'exercice d'un droit, parmi diverses manières d'exercer son droit, même avec des utilités différentes, qui cause un avantage disproportionné par rapport aux inconvénients qui en résultent pour l'autre partie ;
- L'exercice d'un droit après avoir, par un comportement objectivement inconciliable avec l'exercice normal de ce droit, créé, dans le chef de l'autre partie, la confiance légitime qu'il ne l'exercerait pas.

Ce dernier critère s'apparente aux yeux de nombreux auteurs à la théorie de la *rechtsverwerking* pourtant rejetée à plusieurs reprises par notre Cour de cassation²⁰⁵.

Les deux sanctions qui assortissent l'exercice abusif d'un droit par son titulaire sont mises en lumière par la Haute juridiction dans un arrêt du 16 décembre 1982²⁰⁶. La Cour énonce pour la première fois que « la sanction d'un tel abus n'est pas la déchéance totale de ce droit, mais seulement la réduction de celui-ci à son usage normal ou la réparation du dommage que son abus a causé »²⁰⁷.

41. La consécration des critères de l'interdiction de l'abus de droit dans la réforme. Conformément à la volonté des auteurs du projet, la réforme codifiera à droit constant la jurisprudence de la Cour de cassation. La prohibition de l'abus de droit fait sa grande entrée dans le projet

²⁰⁴ Voy. sur ces critères : J. VAN ZUYLEN, « Faute, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences », *A.D.L.*, 2011, pp. 293 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 138 et s. ; P. BAZIER, « Abus de droit, *rechtsverwerking* et sanction de l'abus de droit », *R.G.D.C.*, 2012, p. 395.

²⁰⁵ Voy. P. BAZIER, « Abus de droit, *rechtsverwerking* et sanction de l'abus de droit », *op. cit.*, p. 395 ; P. BAZIER, « La renonciation à un droit et la *rechtsverwerking* en droit privé », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, CUP, vol. 149, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 135-198.

²⁰⁶ Cass., 16 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 472.

²⁰⁷ Voy. sur ces sanctions, J. VAN ZUYLEN, « Faute, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences », *op. cit.*, pp. 337 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 465 et s. ; P. BAZIER, « Abus de droit, *rechtsverwerking* et sanction de l'abus de droit », *op. cit.*, pp. 396 et s.

de réforme du Code civil à l'article 5.7²⁰⁸. Le paragraphe 1^{er} rappelle le principe selon lequel nul ne peut abuser de son droit. Le critère générique de l'abus de droit est ensuite énoncé au paragraphe 2 en ces termes : « Commet un abus de droit celui qui l'exerce d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances ». Le troisième et dernier paragraphe traite de la sanction de l'abus de droit qui consiste en « la réduction du droit à son usage normal sans préjudice de la réparation du dommage que l'abus a causé ». Il est à cet égard précisé dans les travaux préparatoires que « la réduction peut aller jusqu'à priver le titulaire du droit de la possibilité de l'invoquer dans le cas d'espèce »²⁰⁹.

L'article 5.7 doit être lu en parallèle avec l'article 5.76 du projet qui fournit une nouvelle assise juridique au principe d'exécution de bonne foi des conventions. La fonction modératrice de la bonne foi est consacrée dans l'alinéa 2 dudit article. Il complète l'édifice en précisant que « Conformément à l'article 7, nul ne peut abuser des droits qu'il tire du contrat ». Le projet innove également dans la mesure où sont désormais condamnées les limitations et exclusions contractuelles du principe d'exécution de bonne foi des conventions. Les clauses dérogatoires sont réputées non écrites.

La liste des critères présente dans la première mouture du projet²¹⁰ a toutefois disparu du projet de réforme. On ne trouve plus trace du fait que « constitue notamment un abus de droit l'exercice d'un droit :

- 1° dans la seule intention de nuire à autrui ;
- 2° sans intérêt raisonnable et suffisant ;
- 3° causant un préjudice sans proportion avec l'avantage recherché ou obtenu par le titulaire du droit ;

²⁰⁸ Avant-projet de loi approuvé, le 30 mars 2018, par le Conseil des ministres, tel que préparé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 et adapté, eu égard aux observations reçues depuis le début de la consultation publique lancée le 7 décembre 2017, https://justice.belgium.be/sites/default/files/voorontwerp_van_wet_verbintenissenrecht.pdf.

²⁰⁹ Avant-projet de loi approuvé, le 30 mars 2018, par le Conseil des ministres, tel que préparé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 et adapté, eu égard aux observations reçues depuis le début de la consultation publique lancée le 7 décembre 2017, Exposé des motifs, p. 24, https://justice.belgium.be/sites/default/files/downloads/2018-04-27_bewijsr_mvt.pdf.

²¹⁰ Avant-projet de loi portant insertion du Livre VI « Les obligations » dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 7 décembre 2017 publiée temporairement sur le site du Ministère de la Justice et soumise à consultation.

4° à une fin autre que celle en vue de laquelle le droit a été reconnu à son titulaire ; ou

5° d'une manière qui est objectivement inconciliable avec le comportement de son titulaire, trompant ainsi la confiance légitime qu'il avait fait naître dans le chef d'autrui »²¹¹.

Les raisons sur cette suppression ne sont toutefois pas explicitées par les auteurs du projet. On suppose que les observations reçues dans le cadre de la consultation publique sont à l'origine de ce changement d'approche. Divers passages de l'exposé des motifs font référence à ces critères particuliers. Sans attendre le dépôt au Parlement du projet de réforme, le dernier critère a pourtant d'ores et déjà trouvé écho dans la jurisprudence de certains juges du fond²¹².

42. La protection de la personne vulnérable dans l'environnement numérique. La protection de la personne vulnérable sous le prisme de l'abus de droit appelle les mêmes observations que celles formulées ci-avant en matière d'imprévision. Le caractère vulnérable du cocontractant ne relève, en effet, pas de ses caractéristiques propres ou des circonstances qui entourent la formation du contrat. La vulnérabilité trouve davantage ses origines dans la manière ou les circonstances particulières dans lesquelles le partenaire contractuel exécute le contrat et exerce les droits dont il est titulaire²¹³. L'objectif poursuivi consiste ici à mettre à l'abri les personnes qui, eu égard au comportement abusif adopté par son cocontractant, se retrouvent dans une position de vulnérabilité.

D'emblée, il convient de rappeler que le principe d'exécution de bonne foi des conventions permet, sans nécessairement recourir à son effet modérateur, de parer certaines situations excessives. Il fut ainsi jugé que le professionnel de l'informatique qui, à la suite d'une saturation de l'espace de stockage due à un manque d'information dans son chef, tente d'obtenir des montants supérieurs aux montants contractuellement prévus en

²¹¹ Voy. art. 7, § 2, de l'avant-projet de loi portant insertion du Livre VI « Les obligations » dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 7 décembre 2017 publiée temporairement sur le site du Ministère de la Justice et soumise à consultation.

²¹² P. WÉRY, « L'avant-projet de réforme du droit des obligations et ses premiers échos en jurisprudence », note sous J.P. Charleroi, 8 mars 2018, *R.G.D.C.*, 2018 p. 296.

²¹³ La frontière entre la formation du contrat et son exécution reste toutefois poreuse. Dans le cadre de l'appréciation d'un éventuel abus, le juge pourra avoir égard au respect ou non de l'obligation d'information (voy. *infra*, ce numéro).

proposant à sa cliente comme seule alternative l'achat d'espace complémentaire manqué à la bonne foi^{214 215}.

A. Cruquenaire affirme d'ailleurs à propos des schémas contractuels complexes que « le fait de réclamer l'exécution du contrat alors que l'on n'a pas correctement rempli ses obligations d'information (sur les conditions et limites de la licence du logiciel que l'on a conseillé au client) pourrait, en fonction des circonstances, constituer un abus de droit »²¹⁶.

D'autres illustrations viennent à l'esprit lorsqu'il s'agit de transposer les principes applicables dans l'ère numérique.

Il nous paraît, par exemple, abusif qu'un client d'une PME dénonce « de façon précipitée une commande ou un contrat au motif qu'un logiciel ne fonctionne pas de façon impeccable dès le départ ou avant l'expiration d'une certaine période de rodage et d'installation »²¹⁷. Il conviendra pour le juge d'avoir notamment égard à la complexité et aux paramétrages du projet initial, à la compatibilité et aux interactions entre les composantes et logiciels, ...²¹⁸

De même, le cocontractant qui impose au créateur d'un site web des modifications substantielles et coûteuses de ce dernier pour de simples motifs esthétiques et mineurs adopte, à nos yeux, un comportement abusif.

L'invocation de l'exception d'inexécution est également susceptible d'abus. Ainsi, fut notamment jugé fautif le comportement qui consiste à bloquer l'accès aux serveurs et à paralyser délibérément l'activité de son cocontractant sous couvert de l'exception d'inexécution²¹⁹.

Dans sa décision du 21 novembre 2007, le tribunal de commerce de Hasselt considère également comme abusif le comportement de l'acheteur qui, d'entrée de jeu, opte pour la résolution du contrat et persiste dans cette voie alors que le vendeur offrait de procéder au remplacement de l'ordinateur²²⁰.

L'exécution automatisée de certaines sanctions contractuelles, dans l'hypothèse des smart contracts, pourrait également s'avérer abusive, en

²¹⁴ Bruxelles, 29 juin 2017, *R.G.D.C.*, 2017, p. 574.

²¹⁵ Voy. égal. sur l'article 1134 du Code civil et les contrats de maintenance-correction et d'upgrade, E. WÉRY, « Le bogue de l'an 2000 sous la loupe des contrats informatiques », *R.D.C.*, 1999, pp. 460-461.

²¹⁶ A. CRUQUENAIRE, « Projets multipartites et droit d'auteur – Quelques réflexions sur l'interdépendance des contrats », *A&M*, 2013, p. 434.

²¹⁷ B. DOCQUIR, *Droit du numérique, op. cit.*, p. 21.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 20.

²¹⁹ Bruxelles, 8 septembre 2017, *D.A. O.R.*, 2018, p. 74.

²²⁰ Comm. Hasselt, 21 novembre 2007, *R.G.D.C.*, 2009, p. 308 note M. HIGNY.

fonction des circonstances. Ainsi, le fait de bloquer automatiquement un objet connecté acheté à crédit, en raison d'un retard de paiement, pourrait constituer un abus de droit, notamment si cette sanction paraît disproportionnée au regard de l'inexécution contractuelle à laquelle elle se rapporte.

La mise en œuvre d'une clause pénale²²¹ suite à l'indisponibilité temporaire d'un site internet dont la fréquentation durant la période d'indisponibilité est minime pourrait également être jugée abusive.

Le fait de réclamer le versement d'une indemnité de dédit suite à la résiliation du contrat de fourniture informatique à un pourcentage manifestement excessif pourrait également être sanctionné par la théorie de l'abus de droit²²².

La prudence reste cependant de mise dès lors que l'appréciation marginale de l'existence d'un abus de droit sera toujours fonction des circonstances du cas d'espèce.

SECTION 3. – Dissolution du contrat

43. Contextualisation. De prime abord, les liens entre vulnérabilité et dissolution du contrat ne sont pas nécessairement patents. Les avancées prônées dans le projet de réforme offrent pourtant de nouvelles perspectives aux cocontractants victimes d'une inexécution contractuelle. Les apports de la réforme en matière de dissolution du contrat justifient qu'on lui consacre quelques développements succincts.

Le régime des sanctions actuellement en vigueur impose en effet de nombreuses contraintes procédurales qui se révèlent souvent très coûteuses. Ces dernières constituent un véritable frein à l'effectivité des sanctions du droit civil. Compte tenu de la problématique de l'accès à la justice que notre société connaît actuellement, l'obligation d'intervention *a priori* du juge en matière de sanctions (résolution, remplacement, annulation, ...) décourage bien souvent les particuliers et les petites entreprises qui évitent de se lancer et de subir les affres d'une procédure en justice. L'analyse coût-bénéfice prend donc généralement le pas sur la recherche d'une justice contractuelle.

²²¹ Voy. sur l'abus de droit et la mise en œuvre d'une clause pénale, Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 244.

²²² Voy. sur l'abus de droit et la mise en œuvre d'une indemnité de dédit, Liège, 4 septembre 2014, *J.L.M.B.*, 2017, p. 40 ; Civ. Hainaut, div. Charleroi, 3 mars 2016, *R.D.C.*, 2016, p. 683.

La victime d'une inexécution contractuelle est doublement pénalisée. D'une part, l'exécution du contrat est défaillante et, d'autre part, le coût, la complexité et la lenteur d'une procédure en justice pourraient alourdir considérablement la note. Le principe du caractère judiciaire des sanctions ne semble plus répondre adéquatement aux besoins de la pratique tandis que les exceptions qui l'assortissent se révèlent insuffisantes.

44. Nouveautés de la réforme. Le projet de réforme consacre dès lors de nouvelles formes de sanctions extrajudiciaires. On voit poindre aux articles 5.62²²³ l'annulation extrajudiciaire, 5.88²²⁴ le remplacement extrajudiciaire, 5.96²²⁵ la résolution extrajudiciaire et 5.100²²⁶ la réduction du prix extrajudiciaire.

Nul besoin à l'avenir de recourir à une clause dérogatoire ou à la jurisprudence de la Cour de cassation pour déjouer l'obligation d'intervention préalable d'un juge.

Les sanctions ne seront plus soumises à un contrôle judiciaire préalable. Elles peuvent être mises en œuvre par la voie d'une notification et pour autant, le cas échéant, que les conditions fixées aux articles susvisés soient respectées.

D'autres modifications sont également notables. Tout d'abord, les sanctions ne font plus l'objet d'un régime éclaté mais sont énumérées et agencées à l'article 5.86. Ensuite, la réduction du prix rejoint les sanctions de l'inexécution de droit commun. Enfin, le projet ménage une place de choix à l'*anticipatory breach* (art. 5.93) et à l'*exceptio timoris* (art. 5.313).

45. Une nouvelle protection des personnes vulnérables dans l'environnement numérique ? Le créancier victime d'une inexécution se

²²³ Art. 5.62, al. 3 : « 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 ».

²²⁴ Art. 5.88, al. 3 : « En cas d'urgence ou d'autres circonstances exceptionnelles et après avoir pris les mesures utiles pour établir l'inexécution du débiteur, le créancier peut aussi, à ses risques et périls, remplacer le débiteur par une notification écrite. Elle indique les manquements qui lui sont reprochés et les circonstances qui justifient le remplacement ».

²²⁵ Art. 5.96 : « Après avoir pris les mesures utiles pour établir l'inexécution du débiteur, le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par une notification écrite au débiteur. Elle indique les manquements qui lui sont reprochés ».

²²⁶ Art. 5.100 : « Le créancier qui accepte une exécution partielle sur le plan quantitatif peut demander en justice la réduction du prix.

La réduction peut aussi être exercée par une notification écrite du créancier, qui indique la cause de la réduction ».

retrouve souvent face à un véritable dilemme. Soit il décide de porter son litige devant les cours et tribunaux tout en sachant qu'il ne sera « pas délié du contrat, ni son débiteur sanctionné avant des mois »²²⁷, avec pour corollaire l'engagement de nombreux frais et les aléas de toute procédure, sans souvent avoir l'assurance de la solvabilité du débiteur au terme du procès. Soit le créancier fait choix de ne pas introduire de procédure, quitte à renoncer à ses prétentions, voyant dans cette renonciation le prix de la tranquillité.

Dans de nombreuses situations (inexécution partielle voire mineure, litige de faible enjeu, absence de fonds disponibles à avancer dans le cadre d'un litige, ...), le jeu n'en vaudra pas la chandelle.

Les débiteurs défaillants en ont d'ailleurs pris conscience et vont parfois jusqu'à spéculer sur une absence de réaction de leurs créanciers. Dans les litiges de faibles enjeux ou ceux qui concernent des créanciers démunis sur le plan juridique et/ou financier, le pari se révèle souvent gagnant.

Les innovations qu'apporte la réforme en matière de sanctions extrajudiciaires méritent donc d'être saluées. Elles contribuent à combattre les difficultés d'accès à la justice que rencontrent les personnes plus vulnérables et leur offrent la possibilité d'une justice privée tout en maintenant la possibilité d'un contrôle *a posteriori* par le juge.

Tant les particuliers que les entreprises de petites et moyennes tailles (plus vulnérables sur le marché économique) peuvent évidemment se réjouir d'une telle avancée, à condition qu'elles ne conduisent pas à de nouvelles formes d'abus (par l'exercice intempestif des sanctions extrajudiciaires). À cet égard, le contrôle *prima facie* que devra exercer le juge des référés sur la mise en œuvre des modes extrajudiciaires de dissolution du contrat paraît déterminant.

Vu les nombreux contrats conclus à distance dans l'environnement numérique, le recours à la notification permettra également de dénouer plus rapidement des situations inextricables vu les juridictions territorialement compétentes et de reporter la charge d'une procédure judiciaire sur les épaules du débiteur défaillant qui entend contester la sanction infligée par son créancier.

La notification électronique fait d'ailleurs sa grande entrée à l'alinéa 4 de l'article 5.5 du projet de réforme qui dispose que « La notification accomplie par voie électronique parvient au destinataire lorsque celui-ci

²²⁷ Avant-projet de loi approuvé, le 30 mars 2018, par le Conseil des ministres, tel que préparé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 et adapté, eu égard aux observations reçues depuis le début de la consultation publique lancée le 7 décembre 2017, Exposé des motifs, p. 149, https://justice.belgium.be/sites/default/files/downloads/2018-04-27_bewijst_mvt.pdf.

en prend connaissance ou aurait raisonnablement pu en prendre connaissance sur l'adresse électronique ou par tout autre mode de qu'il a accepté pour la réception de cette notification. À défaut d'acceptation, la notification ne parvient au destinataire que lorsque celui-ci en prend connaissance » (voy. *supra*, n° 32).

SECTION 4. – Droit de la preuve

46. Système de preuve réglementé. Lors de l'adoption du Code civil, ses rédacteurs ont opté pour un régime de preuve réglementé, centré sur le principe de la prééminence de l'écrit. Ils ont en cela repris la règle « lettres passent témoins », consacrée par le droit français depuis le milieu du XVI^e siècle²²⁸. C'est en raison de sa fiabilité que l'écrit, qui est moins exposé aux aléas du temps, a supplanté les témoignages.

Si la preuve réglementée ne protège pas, en tant que telle, les intérêts de catégories de personnes dites vulnérables, plusieurs dispositions adoptées aux articles 1315 et suivants du Code civil révèlent toutefois une volonté d'éviter différentes formes d'abus, par la voie du système probatoire. C'est dans cette perspective que les articles 1325 et 1326 du Code civil conditionnent la force probante de certains actes sous seing privé à des exigences de forme particulières.

47. La formalité des « originaux multiples ». L'article 1325 du Code civil consacre la règle dite des originaux²²⁹ multiples, selon laquelle « les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques,

²²⁸ Cette règle fut pour la première fois reconnue dans l'Ordonnance de Moulins promulguée par Charles IX en 1566.

²²⁹ La notion d'original s'oppose à celle de copie, qui s'analyse comme un écrit non signé, la signature étant ce qui distingue le titre original de sa copie (D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, p. 127). Selon l'article 1334 du Code civil, « les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée ». Ainsi, lorsqu'une copie est produite en justice, son original peut toujours être exigé. À défaut d'original, la copie reçoit la valeur d'un commencement de preuve par écrit (Liège, 3 mars 1998, *R.R.D.*, 1998, p. 283 ; Mons, 27 février 2007, *R.G.D.C.*, 2007, p. 468), voire d'une simple présomption (Anvers, 23 mars 2004, *NjW*, 2004, p. 1099 ; Gand, 10 novembre 2010, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2011, p. 86). En l'absence de force probante, sa valeur est fonction de sa fidélité apparente au document original (D. MOUGENOT, « Le statut probatoire de la photocopie : nuageux avec éclaircies », *R.G.D.C.*, 2007, p. 471). Elle dépend des circonstances dans lesquelles la copie a été produite et du comportement procédural de la partie à laquelle on l'oppose (J. DUMORTIER, « Elektronische archivering. Wet van 21 juli 2016 (deel 2) », *NjW*, 2017, p. 171).

ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ». À défaut d'être établi dans le nombre d'originaux requis, le document écrit ne peut valoir en tant qu'acte sous seing privé. Il a au mieux la valeur d'un commencement de preuve par écrit²³⁰, qui constitue un mode de preuve imparfait.

Introduit au XVIII^e siècle, ce principe a pour but d'éviter qu'une partie – par hypothèse la partie la plus puissante au stade précontractuel – soit seule en possession du contrat signé et puisse s'abstenir, de ce fait, de le produire, en fonction de ses intérêts²³¹. L'article 1325 du Code civil garantit à chaque partie de se trouver en situation égale, et de disposer d'un mode de preuve apte à démontrer ses engagements et ceux de son cocontractant.

48. La formalité du « bon pour ». L'article 1326, qui consacre la formalité du « bon pour », contient une autre disposition protectrice des personnes vulnérables. Il dispose que l'engagement « par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit ; ou du moins il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un « bon » ou un « approuvé », portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose ». À défaut de respecter cette formalité, l'acte qui contient l'engagement ne peut valoir qu'en tant que commencement de preuve par écrit²³².

Héritée également du XVIII^e siècle, cette règle s'inscrit dans le cadre d'une lutte contre les abus de blanc-seing, de manipulations frauduleuses²³³, et de signature par surprise, en cherchant à donner à la personne qui s'oblige la possibilité de mesurer la portée de son engagement²³⁴. Si elle n'a d'effets que sur le plan probatoire, la formalité du « bon pour » poursuit donc pour principal objectif de préserver le consentement de la personne qui s'engage.

²³⁰ Voy. not. Anvers, 1^{er} juin 2004, *NjW*, 2005, p. 801 ; Mons, 21 décembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1462.

²³¹ D. MOUGENOT, « La preuve : évolution et révolution », in P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, La Charte, 2004, p. 177.

²³² Cass., 26 octobre 1950, *Pas.*, 1951, I, p. 96 ; Bruxelles, 23 février 2005, *J.T.*, 2005, p. 364 ; Mons, 12 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1118 ; Gand, 23 avril 2009, *R.D.J.P.*, 2010, p. 42 ; Gand, 5 septembre 2012, *R.G.D.C.*, 2017, p. 69 ; Anvers, 19 octobre 2015, *NjW*, 2016, p. 442 ; Anvers, 18 mai 2015, *NjW*, 2016, p. 397 ; Liège, 7 décembre 2015, *J.L.M.B.*, 2017, p. 311.

²³³ Anvers, 18 janvier 1993, *D.A. O.R.*, 1993, p. 87.

²³⁴ P. VAN DEN EYNDE, « Que faut-il penser des mentions "lu et approuvé" et "bon pour pouvoir" ? », in *Liber amicorum Léon Raucent*, Louvain-la-Neuve, Académia, 1992, p. 454 ; D. MOUGENOT, « La preuve », *Rép. not.*, t. IV, I. II, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 240.

49. L'impossibilité morale de se constituer une preuve par écrit.

On peut encore retrouver une règle assurant la protection des intérêts de personnes vulnérables dans l'article 1348 du Code civil. Cette disposition contient une exception au principe de la prééminence de l'écrit. Elle admet qu'il soit dérogé à l'exigence de l'écrit, « toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui ». Cette règle peut notamment être invoquée par une personne qui s'est trouvée dans l'impossibilité morale de se ménager un acte sous seing privé. Bien que la jurisprudence soit très réticente à reconnaître ce type d'impossibilité morale, et qu'il soit recommandé de n'admettre l'application de l'article 1348 qu'avec prudence et réserve²³⁵, les cours et tribunaux ont jugé, par le passé, qu'un subordonné se trouvait dans l'impossibilité morale de se constituer un écrit à l'égard de son employeur²³⁶. Il a également été décidé que, dans ses rapports avec son avocat, un client pouvait être dans l'impossibilité absolue de se constituer une preuve écrite, compte tenu des circonstances dans lesquelles il se trouvait au moment où il a consulté l'avocat²³⁷.

50. La protection des personnes vulnérables dans l'environnement numérique. L'avènement des nouvelles technologies a été l'occasion d'évaluer l'opportunité de maintenir le formalisme probatoire imposé par le Code civil, et de définir ses modalités d'application dans un environnement dématérialisé. Bien que les intérêts qu'elles visent à protéger conservent leur actualité, les formalités des « originaux multiples » et du « bon pour » ne sont pas adaptées à la réalité numérique. Telles qu'elles sont formulées, elles s'appliquent difficilement à un contrat synallagmatique conclu par échange électronique, ou à une reconnaissance de dette formulée par e-mail ou par sms²³⁸.

Afin de promouvoir le commerce électronique et la conclusion des contrats en ligne, il a donc fallu adapter les règles imposées par le Code civil en matière probatoire. Dans cette perspective, l'article 9 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique²³⁹ a imposé aux États

²³⁵ P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. III, *op. cit.*, p. 2399.

²³⁶ Bruxelles, 28 février 1968, *Pas.*, 1968, II, p. 155.

²³⁷ Liège, 2 février 2000, *R.G.D.C.*, 2001, p. 405.

²³⁸ Pour des illustrations, voyez Gand, 5 septembre 2012, *R.G.D.C.*, 2017, p. 69 ; Anvers, 19 octobre 2015, *NjW*, 2016, p. 442. Si cette dernière décision illustre bien la difficulté technique consistant à acter un cautionnement, par e-mail, à défaut de pouvoir satisfaire à la formalité du « bon pour » par une mention manuscrite signée, l'arrêt est toutefois critiquable en ce qu'il ne cherche pas à vérifier si cette impossibilité technique a pu être contournée par application de la théorie des équivalents fonctionnels.

²³⁹ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du

membres de veiller « à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique », en s'assurant « que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique ».

51. La théorie des équivalents fonctionnels. Pour concilier le formalisme probatoire imposé par le Code civil et la réalité numérique, la doctrine a élaboré la théorie des équivalents fonctionnels²⁴⁰, en vertu de laquelle toute exigence de forme doit être appréhendée à la lumière des fonctions qu'elle remplit, de sorte que ladite exigence doit être considérée comme rencontrée par tout moyen technique permettant d'atteindre ces fonctions²⁴¹.

La théorie des équivalents fonctionnels a inspiré le législateur lors de l'adoption de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects de la société de l'information²⁴², qui transpose la directive 2000/31/CE en droit belge. L'article 16 de cette loi, qui est désormais repris à l'article XII.15 du Code de droit économique, consacre le principe selon lequel « toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées ». Cette disposition est complétée par un deuxième paragraphe qui indique, de manière concrète, les conditions auxquelles l'exigence d'un écrit, d'une signature ou d'une mention écrite de la main, peuvent être satisfaites dans un contexte dématérialisé.

L'article XII.15 du Code de droit économique s'applique à toute exigence de forme relative au processus contractuel. Il peut donc être invoqué dans un contexte probatoire²⁴³. C'est ainsi que l'exigence d'une

commerce électronique, dans le marché intérieur.

²⁴⁰ Voy. not. M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », in *Actes du colloque sur La Preuve des 12 et 13 mars 1987*, Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1987 ; D. GOBERT et E. MONTERO, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle », *D.A. O.R.*, 2000, pp. 17-39 ; M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », in *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, LGDJ, 2002, p. 716 ; D. MOUGENOT, « La preuve : évolution et révolution », *op. cit.*, pp. 159-160.

²⁴¹ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 341.

²⁴² *M.B.*, 17 mars 2003.

²⁴³ Le champ d'application de l'article XII.15 du Code de droit économique se trouve toutefois limité par l'article XII.16, qui précise qu'il n'est pas applicable à quatre catégories de contrats, à savoir les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens

mention manuscrite, telle qu'on la retrouve dans la formalité du « bon pour », peut être satisfaite par tout procédé électronique garantissant que la mention émane de la personne qui s'oblige²⁴⁴, et que la formalité des « originaux multiples » est adéquatement rencontrée en présence d'un document numériquement signé par l'ensemble des parties, pour lequel toute modification du contenu de l'acte nécessite l'action conjointe de chacune de celles-ci²⁴⁵.

52. La signature électronique. Dans l'attente d'une réforme plus ambitieuse, le Code civil a également connu plusieurs retouches visant à adapter certaines règles du droit de la preuve à la réalité virtuelle.

Dans un premier temps, l'article 1322 du Code civil, qui introduit le concept d'acte sous seing privé, a été complété par un deuxième alinéa, en vertu duquel l'exigence d'une signature peut être satisfaite par « un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte »²⁴⁶. Cette disposition, à laquelle renvoie l'article XII.15, § 2, du Code de droit économique, lorsqu'il fait application de la théorie des équivalents fonctionnels au concept de signature, a fait l'objet de critiques. Plusieurs auteurs ont relevé que les conditions qu'elle fixait à la reconnaissance des effets d'une signature électronique, sur le plan probatoire, ne correspondaient pas aux fonctions de la signature dans le monde physique²⁴⁷. C'est la condition de maintien de l'intégrité du contenu de l'acte qui est visée par ces critiques. Elle expose l'article 1322, alinéa 2, du Code civil à un déficit de conformité au droit européen²⁴⁸.

immobiliers, les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique, les contrats de sûretés et garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale, ainsi que les contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions.

²⁴⁴ Art. XII.15, § 2, 3^e tiret, CDE.

²⁴⁵ D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *op. cit.*, p. 128.

²⁴⁶ L'article 1322, alinéa 2, du Code civil a été introduit par la loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire (*M.B.*, 22 décembre 2000).

²⁴⁷ E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », *D.A. O.R.*, 2002, p. 24 ; E. MONTERO, « La signature électronique au banc de la jurisprudence », *D.A. O.R.*, 2011, p. 238 ; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 219.

²⁴⁸ B. LOSDYCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du Règlement eIDAS », in H. JACQUEMIN (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le Règlement eIDAS*, coll. du CRIDS, vol. 39, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 143.

53. L'archivage électronique. S'agissant de la distinction entre copie et original, le régime initialement prévu par le Code civil revêt un caractère obsolète à l'heure de la numérisation et de la production de documents au format électronique²⁴⁹. Les copies actuelles sont très éloignées de celles du XIX^e siècle, qui résidaient dans la transcription littérale d'un acte, faite d'après son original²⁵⁰.

Partant de ce constat, le législateur belge a complété l'article 1334 du Code civil, en assouplissant le principe selon lequel les copies présentent une force probante inférieure à celle des originaux²⁵¹. Il est désormais précisé que « lorsque le titre original n'existe plus, une copie numérique effectuée à partir de celui-ci a la même valeur probante que l'écrit sous seing privé, dont elle est présumée, sauf preuve contraire, être une copie fidèle et durable si elle a été réalisée au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié conforme au livre XII, titre 2, fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les services de confiance du Code de droit économique ». Cette nouvelle législation, qui vise à promouvoir l'archivage électronique, résulte d'une initiative propre à la Belgique²⁵².

L'article 1334, alinéa 2, du Code civil permet à la copie numérique d'un acte sous seing privé réalisée au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié²⁵³ de bénéficier d'une présomption de fidélité et de durabi-

²⁴⁹ D. MOUGENOT, « Le statut probatoire de la photocopie : nuageux avec éclaircies », *op. cit.*, p. 475.

²⁵⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 780.

²⁵¹ Voy. l'article 34 de la loi du 21 juillet 2016 mettant en œuvre et complétant le règlement (UE) 910/2014 du parlement européen et du conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, portant insertion du titre 2 dans le livre XII "Droit de l'économie électronique" du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII, dans les livres I, XV et XVII du Code de droit économique, *M.B.*, 28 septembre 2016.

²⁵² J. DUMORTIER, « Elektronische archivering. Wet van 21 juli 2016 (deel 1) », *NjW*, 2017, p. 132.

²⁵³ L'archivage électronique est défini par l'article I.18, 17°, du Code de droit économique comme un service de confiance « qui consiste en la conservation de données électroniques ou la numérisation de documents papiers ». Quant à l'archivage électronique qualifié, il est défini par l'article I.18, 18° du Code de droit économique comme un service « fourni par un prestataire de services de confiance qualifié au sens de l'article 3, paragraphe 20, du règlement 910/2014 se conformant aux dispositions du titre 2 et de l'annexe I du livre XII ou exploité pour son propre compte par un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale et se conformant aux dispositions du même titre et de la même annexe, à l'exception des e), i), j) et k) ».

lité²⁵⁴, en vertu de laquelle la copie numérique peut être assimilée à son original, lorsque celui-ci n'existe plus. La copie réalisée par la voie d'un service d'archivage électronique qualifié est ainsi dotée d'une force probante plus grande que les autres formes de copies.

Lorsque le procédé d'archivage électronique utilisé ne répond pas aux conditions d'un service d'archivage électronique qualifié, il appartient à la partie qui invoque le document archivé à titre de preuve d'établir qu'il s'agit d'une copie fidèle du document original et qu'il a été conservé dans des conditions de nature à assurer sa pérennité, ainsi que le maintien de l'intégrité de son contenu. Ce n'est qu'à ces conditions que le document peut accéder au statut de copie. Il ne peut toutefois pas être assimilé à un original²⁵⁵.

54. Les services de confiance régis par le règlement eIDAS. Enfin, au niveau européen, le règlement eIDAS²⁵⁶, qui a succédé à la directive 1999/93/CE sur les signatures électroniques²⁵⁷, définit un cadre légal applicable à différents procédés électroniques (signature électronique, cachet électronique, document électronique, horodatage électronique et recommandé électronique) pouvant être utilisés, entre autres, sur le plan probatoire. Il consacre un principe de non-discrimination en vertu duquel ce type de procédé ne peut se voir privé d'effet juridique pour le seul motif qu'il se présente sous une forme électronique. En outre, des effets juridiques additionnels (principe d'assimilation ou présomption légale) sont attachés aux procédés électroniques – appelés services qualifiés – qui font l'objet d'une validation par un prestataire de services de confiance qualifiés.

Le législateur européen a donc fait le choix d'offrir un régime juridique plus favorable aux parties qui ont recours à des services de confiance

²⁵⁴ J. DUMORTIER, « Elektronische archivering. Wet van 21 juli 2016 (deel 2) », *op. cit.*, p. 171.

²⁵⁵ Projet de loi mettant en œuvre et complétant le règlement (UE) 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, portant insertion du titre 2 dans le livre XII "Droit de l'économie électronique" du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII, dans les livres I, XV et XVII du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2015-2016, n° 54-1893/001, p. 21.

²⁵⁶ Règlement (UE) 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE.

²⁵⁷ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques.

qualifiés. Il est rejoint sur ce point par le législateur belge pour l'archivage électronique. Les services de confiance non qualifiés exposent, pour leur part, leur utilisateur à une insécurité juridique nettement plus élevée sur le plan probatoire²⁵⁸. Le recours à des services de confiance qualifiés requiert toutefois l'emploi d'une infrastructure adaptée, ce qui présente un coût plus important.

55. L'avant-projet de loi portant réforme du droit de la preuve. Le projet de réforme du Code civil entend poursuivre le processus d'adaptation du droit de la preuve à la réalité numérique. Les changements projetés n'affecteront pas les principes inscrits dans le Code civil en 1804 en vue d'assurer la protection des intérêts de parties vulnérables, lesquels seront au contraire renforcés.

Il est tout d'abord proposé, à l'article 8.1 de l'avant-projet de loi, d'apporter une définition des notions d'écrit et de signature en respectant le principe de neutralité technologique²⁵⁹. L'écrit est présenté comme « un ensemble de signes alphabétiques ou de tous autres signes intelligibles apposé sur un papier ou tout autre support permettant d'y accéder pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et de préserver leur intégrité », tandis que la signature est définie comme « un signe ou une suite de signes tracés à la main, par voie électronique ou par un autre procédé, par lesquels une personne s'identifie et manifeste sa volonté ».

La nouvelle définition qu'il est proposé d'apporter à la signature permet de lever les critiques qui étaient formulées à l'égard de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, qui sera abrogé. Il est, en effet, prévu que ce soit le support utilisé, et non plus la signature, qui garantisse l'intégrité des informations constitutives de l'écrit²⁶⁰.

L'avant-projet de loi portant insertion du Livre 8 maintient le principe de la prééminence de la preuve écrite. L'article 8.8 du projet de texte a toutefois rehaussé le seuil à partir duquel l'écrit signé est exigé, en le fixant à 3.500 euros. Le gouvernement a en effet estimé qu'un montant

²⁵⁸ H. JACQUEMIN, « Principes applicables à tous les services de confiance et au document électronique », in H. JACQUEMIN (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance de puis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 128.

²⁵⁹ Le principe de neutralité technologique implique que les dispositions normatives présentent un caractère neutre, sans désigner une technologie déterminée, de sorte qu'elles puissent utilement s'appliquer aux technologies futures.

²⁶⁰ Avant-projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil approuvé, le 27 avril 2018, par le Conseil des ministres, tel que préparé par la Commission de réforme du droit de la preuve, Exposé des motifs, p. 5, https://justice.belgium.be/sites/default/files/downloads/2018-04-27_bewijsr_mvt.pdf.

d'une trop faible valeur constituait une entrave à l'action en justice et qu'il fallait faciliter la preuve dans les circonstances courantes²⁶¹.

L'article 8.11 maintient le principe selon lequel la preuve d'un acte juridique peut être rapportée par toutes voies de droit dans l'hypothèse d'une impossibilité de se procurer un acte écrit. Ceci vise tant l'impossibilité matérielle que l'impossibilité morale.

L'article 8.19 reprend la règle des originaux multiples, en l'adaptant à la réalité numérique. Ainsi, l'alinéa 3 de cet article prévoit que « l'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'écrit est établi conformément à l'article 8.1, 1°, et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire écrit ou d'y avoir accès ». Pour autant que son intégrité soit garantie, un fichier électronique unique partagé par deux parties contractantes pourra satisfaire à l'exigence des originaux multiples.

De même, l'article 8.20 conserve la formalité du « bon pour », en l'aménageant. Il prévoit que « l'engagement unilatéral de payer par lequel une personne s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer une certaine quantité de choses fongibles ne fait preuve que s'il comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres ». Il est expressément indiqué, dans l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi, que « la finalité de cette règle est de faire réfléchir une partie à la souscription d'une obligation et de protéger le débiteur contre la signature de reconnaissances de dette dont il ne réalise pas le montant ou dont le montant est adapté plus tard »²⁶². Ceci confirme que cette règle consacre un formalisme probatoire dont le but est de protéger des parties jugées vulnérables.

En matière d'archivage électronique, l'article 8.24 reprend la disposition récemment introduite à l'article 1334, alinéa 2, du Code, et étend son champ d'application. Il porte que « la copie réalisée au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié conforme au livre XII, titre 2, du Code de droit économique a la même force probante que l'écrit sous signature privée, dont elle est présumée, sauf preuve contraire, être une copie fidèle et durable. La présentation de l'original n'est pas exigée ». Désormais, il n'est plus requis que l'original ait disparu pour que la copie produite par un service d'archivage électronique qualifié reçoive la même force probante que celui-ci.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 18.

²⁶² *Ibid.*, pp. 27-28.

Aucune force probante particulière n'a de nouveau été réservée aux copies produites par un service d'archivage électronique non qualifié. Comme le soulignent les travaux préparatoires, il appartient dès lors au juge d'apprécier librement leur valeur probante. Il pourrait reconnaître, dans ce contexte, que ces documents sont fidèles à l'original²⁶³.

En plus de conserver et de moderniser les dispositions assurant une protection de parties vulnérables, la réforme du Code civil, telle qu'elle est envisagée, propose d'insérer une nouvelle disposition autorisant le juge à rééquilibrer la charge de la preuve, par un jugement spécialement motivé, s'il constate qu'en fonction de circonstances exceptionnelles, l'application du droit commun serait manifestement déraisonnable. Cette règle figure à l'article 8.3, alinéa 4, de l'avant-projet. Si le juge doit être très mesuré dans l'application de cette nouvelle disposition, en considérant celle-ci comme un remède ultime, et en évitant toute forme d'arbitraire²⁶⁴, cette règle lui permettra de « tenir compte d'un déséquilibre important dans l'aptitude à la preuve, lorsque la preuve à constituer, conserver ou rapporter est excessivement lourde ou coûteuse pour l'une des parties »²⁶⁵. Ainsi, le juge pourrait compenser un déséquilibre économique important entre les parties au procès, s'il constate que la charge de la preuve reposant sur la partie la plus faible implique l'exécution de prestations extrêmement lourdes ou coûteuses pour cette dernière²⁶⁶.

Conclusions

56. Le Code civil de 1804. Les régimes protecteurs instaurés en faveur des personnes incapables dans le Code civil, ainsi que certaines dispositions particulières directement héritées du XVIIIème siècle dans le droit de la preuve, contrastent sensiblement avec l'absence de toute prise en considération d'autres formes d'altération et de vulnérabilité.

La théorie des vices de consentement et les règles applicables à la formation du contrat se sont rapidement montrées insuffisantes pour appréhender les nouvelles formes de vulnérabilité. En témoigne le foisonnement

²⁶³ *Ibid.*, p. 32.

²⁶⁴ Ce qui implique que le juge motive la décision par laquelle il décide de s'écarter du droit commun en matière de charge de la preuve (*ibid.*, p. 15).

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 14.

²⁶⁶ *Ibid.*

des législations particulières qui répond au souci de protection des parties considérées comme « faibles » sur le plan contractuel²⁶⁷.

L'évolution de la société et le développement du numérique ont encore accru la fracture. Face à cet essor du web et des contrats informatiques, il était légitime de se poser la question de l'adéquation du Code de 1804 avec les enjeux actuels.

57. Liens entre protection des personnes vulnérables et environnement numérique. Notre étude a permis de mettre en lumière les liens étroits qu'entretiennent la protection de la personne vulnérable et la prise en considération de l'environnement numérique. Le recours croissant aux nouvelles technologies a, en effet, révélé ou accentué certaines inégalités, que certains mécanismes propres au droit des obligations cherchent à compenser.

Dans certains cas, la protection des personnes vulnérables et le souci de tenir compte de l'évolution numérique vont de pair.

On songe notamment aux dispositions relatives à la capacité du mineur (*supra*, n^{os} 5 et s.), à la lésion qualifiée (*supra*, n^{os} 19 et s.) ainsi qu'à l'opposabilité des conditions générales (*supra*, n^{os} 26 et s.). Le droit commun des obligations et des contrats participe à une meilleure protection des personnes vulnérables tout en permettant de s'ajuster à l'environnement numérique. L'application évolutive des dispositions examinées converge vers un même objectif de protection.

Dans d'autres situations, les deux thématiques sont en tension. La prise en considération de l'ère numérique vient entraver la protection des personnes vulnérables. L'examen du droit de la preuve a mis en lumière cette dialectique au travers de nombreux exemples. On pense notamment à la formalité du « bon pour » prévue à l'article 1326 du Code civil (*supra*, n^{os} 48 et 51) et aux changements opérés par la réforme (*supra*, n^o 55). Le problème de l'envoi des conditions générales sur une adresse électronique attribuée à la partie faible au contrat, sans assurance de l'utilisation ou du paramétrage de cette boîte mail, constitue un autre exemple (*supra*, n^o 32).

58. Les réformes. Les réformes en cours tant du droit des obligations que du droit de la preuve témoignent de l'attention plus ou moins grande que porte le législateur aux problématiques sensibles que sont la protection des personnes vulnérables et l'essor des technologies de l'information et de la communication. Tandis que la réforme du droit de la preuve est

²⁶⁷ A.-S. COURDIÉ-CUISINIER, « La vulnérabilité et le vice de violence », *op. cit.*, p. 341.

davantage orientée vers la seconde, la protection de la personne vulnérable est davantage rencontrée par la réforme du droit des obligations²⁶⁸.

L'examen de ces deux avant-projets de loi a toutefois permis de mettre en exergue un nouvel éventail de possibilités. La protection de la personne vulnérable dans l'environnement numérique pourra, plus encore demain qu'aujourd'hui, venir se loger dans les mécanismes classiques du Code civil.

Le principe de la convention-loi n'en sort toutefois pas indemne et est davantage écorné²⁶⁹. Les défis actuels justifiaient pourtant de tels assouplissements. D'une part, la vulnérabilité déborde de ses frontières traditionnelles (droit de la consommation, droit du travail, ...) et touche désormais de plus en plus les entreprises unipersonnelles ou de petite taille, sans que des dispositions spécifiques soient à l'heure actuelle adoptées à leur égard. D'autre part, le développement des nouvelles technologies, qui a révolutionné tous les secteurs de la société contemporaine, mériterait qu'une attention plus spécifique lui soit portée par le législateur.

²⁶⁸ L'exposé des motifs précise d'ailleurs que « « Ainsi s'agissant du droit des obligations, qui constituera le Livre 5 du nouveau Code, le projet cherche-t-il à réaliser un nouvel équilibre entre l'autonomie de la volonté des parties et le rôle du juge en tant que gardien des intérêts de la partie faible et de l'intérêt général. Sur certains points, l'autonomie de la volonté est renforcée (par exemple, pour l'annulation et la résolution du contrat qui pourront opérer par voie de notification). Sur d'autres points, le juge se verra investi de pouvoirs lui permettant de corriger des situations de déséquilibre contractuel (par exemple, lorsque l'économie du contrat est bouleversée à la suite de circonstances nouvelles imprévisibles – la théorie de l'imprévision – ou lorsque les prestations sont, dès le départ, affectées d'un déséquilibre manifeste par suite d'un abus par une partie de la position de faiblesse de l'autre partie – l'abus de circonstances) » (Avant-projet de loi approuvé, le 30 mars 2018, par le Conseil des ministres, tel que préparé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 et adapté, eu égard aux observations reçues depuis le début de la consultation publique lancée le 7 décembre 2017, Exposé des motifs, p. 8).

²⁶⁹ A. RIGOLET, « La liberté contractuelle – Les réformes passent, le principe reste », *op. cit.*, p. 330.