Partie II
Théorie générale des obligations

Cours dispensé par M. Raphaël MAGGIO

Année académique 2019-2020
1ère année de bachelier en droit

AVERTISSEMENT

Cette partie du cours a pour objet l'étude de la théorie générale des obligations telle qu'énoncée par la Code civil et dont les règles sont appliquées concrètement par la jurisprudence. En l'espèce, elle ne revêt pas un caractère exhaustif de la matière.

Ainsi, cela pourra permettre aux étudiants à manier les sources légales essentielles pour une bonne compréhension de ce cours. Le présent syllabus doit être utilement complété par les notes prises lors du cours oral, par la lecture et l'utilisation du Code civil ainsi que par l'étude du recueil de jurisprudence mis à disposition des étudiants

Enfin, ce cours est à usage exclusif des étudiants de 1er bachelier en droit de l'Ecole de commerce et d'informatique et partant conformément au Code de droit économique LIVRE XI, toute reproduction totale ou partielle du contenu de ce cours - par quelque moyen que ce soit – est formellement interdite sans autorisation préalable de l'auteur.

PARTIE II : Théorie générale des obligations

Introduction : Généralités

① **La notion d'obligation**
② **Classification des obligations**

Chapitre 1 : Les sources des obligations

Section I : Les quasi -contrats
Section II : Les délits et les quasi-délits - la responsabilité civile
Section III : Les contrats

I Définitions et principes
II La formation du contrat
III Les conditions de validité des contrats
IV Interprétation des contrats
V Effets des contrats
VI L'exécution des contrats
VII Les modes de dissolution des contrats

Chapitre 2 : La théorie de l'abus de droit

Chapitre 3 : Les modalités des obligations

Section I : Les modalités affectant la naissance, l'exigibilité ou l'extinction des obligations
Section II : Les obligations à sujets multiples (ou plurales)

Chapitre 4 : L'exécution des obligations

Section I : L'exécution volontaire des obligations : le paiement
Section II : L'exécution forcée des obligations
Section III : La conservation du patrimoine du débiteur

Chapitre 5 : L'extinction des obligations

Section I : La confusion (art. 1300 et 1301 C. civ.)
Section II : La compensation (art. 1289 à 1299 C. civ.)
Section III : La novation et la délégation (art. 1271 à 1281 C. civ.)
Section IV : La remise de dette (art. 1282 à 1288 C. civ.)

Chapitre 6 : Le nouveau droit des obligations

Chapitre 7 : La preuve

Section I : Généralités sur la preuve - La charge de la preuve
Section II : La hiérarchie des preuves
Section III : Des différents modes de preuve et de leur degré de force probante
Section IV : La recevabilité des différents modes de preuve
Section V : Droit futur : La preuve

Remarque préalable :

Après un long processus de discussion, de débats, … un nouveau Livre 5 « Les obligations » est sur le point de voir le jour[1]. Certaines de ces nouvelles dispositions seront analysées lors de l'exposé oral du cours ainsi que dans le présent syllabus.

Introduction : Généralités

① La notion d'obligation

A. L'obligation civile

Le Code civil ne définit pas l'obligation.

1) Obligation : on dit habituellement que l'obligation est l'aspect passif ou négatif du droit subjectif (*jus et obligatio sunt correlata*)[2]. Pour faire bref, c'est le lien de droit par lequel une (ou plusieurs personnes) peut contraindre une ou plusieurs autres à donner (*dare*), à faire (*facere*), ou ne pas faire quelque chose (*non facere*). Cette définition reprend la notion de lien obligatoire[3].

2) L'obligation suppose 3 éléments :

- deux personnes au moins. L'obligation donne un droit personnel au créancier contre le débiteur (= droit de créance), ce qui est différent du droit réel qui s'exerce directement sur une chose. L'obligation se distingue des devoirs généraux qui sont imposés à tous par la loi/usages/bonne foi/prudence, caractérisant le comportement du bon père de famille. La méconnaissance de ces devoirs peut donner naissance à une obligation : la victime peut en effet demander à son auteur réparation du dommage qui lui a été causé (*1382 et s. C. civ.).*

- un lien juridique impliquant un pouvoir de contrainte : ce pouvoir permet au créancier de forcer son débiteur à s'exécuter. Dès lors l'obligation est différente du simple rapport mondain ou familial ou du simple gentleman's agreement. Ce pouvoir explique la nullité de l'obligation sous condition purement potestative dans le chef du débiteur (*1174 C. civ.)* et la nullité de l'obligation dont l'objet ne serait pas déterminable. Ex. : je m'engage à payer telle somme si je le veux. En d'autres mots, je ne m'engage à rien ou je m'engage à vous livrer du vin sans autre précision, je peux livrer un tonneau ou une goutte.

- un objet (donner, faire, ne pas faire quelque chose) : il peut être très variable : obligation à "donner" (*dare* : objet = constitution ou transfert d'un droit réel) ; de "faire" (objet = toute prestation) ou de "ne pas faire" (objet = toute abstention). L'objet doit toujours être déterminable. Il doit être possible en fait et en droit.

3) L'obligation civile confère au créancier un droit personnel entre le débiteur qui sera en droit d'obtenir un titre exécutoire à charge du débiteur et de recourir, en cas d'inexécution, sous la

---

[1] Proposition de loi du 3 avril 2019 portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil (DOC 54 3709/001).

[2] Selon I. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, 1960, n° 160 : « *La contrepartie du droit subjectif est l'obligation juridique. Elle consiste à respecter ou à accomplir, selon les cas, les prérogatives contenues dans le droit ou la compétence d'autrui* ». Notons que cette définition peut être nuancée.

[3] On parle de droit subjectif relationnel.

forme d'une saisie-exécution ou d'une exécution directe (expulsion, remplacement judiciaire, décision judiciaire tenant lieu d'acte, ...).

Droit futur : Obligation civile

Dans le Livre 5 « Obligations », le législateur va insérer la définition de l'obligation (civile) dans son article 5.1 : « *L'obligation est un lien de droit en vertu duquel un créancier peut exiger en justice d'un débiteur l'exécution d'une prestation* ».

B. L'obligation naturelle (art. 1235, 1906, 204,... C. civ.)

1) Une grande distinction doit être faite entre l'obligation civile, juridiquement sanctionnée, et l'obligation morale, garantie par la seule conscience du débiteur.

   Celle-ci ne crée pas de pouvoir de contrainte et n'a pour garantie que la conscience du débiteur.

   Mais cette distinction n'est en réalité pas aussi nette :

   - des devoirs de nature morale peuvent être pris en compte par le droit par diverses notions légales : les bonnes mœurs, notion de faute quasi délictuelle renvoyant au comportement de la personne diligente et prudente, bonne foi, ...
   - les obligations naturelles se trouvent entre les obligations civiles et les obligations morales.

2) La catégorie la plus importante d'obligations naturelles consacre des devoirs "généralement" acceptés comme tels dans notre société et suffisamment impérieux pour qu'ils puissent se traduite par une obligation civile, dès l'instant où ils sont exécutés par le débiteur, ou reconnus par celui-ci".
   Exemples : obligation naturelle du père de payer une pension à la mère biologique de son enfant, obligation naturelle pour les parents d'établir leurs enfants, obligation de contribuer aux charges du ménage entre concubins de longue date, l'entretien d'un enfant alors qu'il n'y a pas de filiation établie[4], le paiement d'aliments par les grands-parents à leurs petits-enfants[5], le paiement de dettes par reconnaissance[6], le paiement pour la pose d'un monument funéraire d'un fils décédé malgré le divorce des parents et la renonciation de l'un d'eux à la succession[7], l'entretien d'un membre de sa famille sans qu'il y ait d'obligation alimentaire civile[8], ...[9]

   L'obligation naturelle ne peut en principe faire l'objet d'une demande en exécution forcée.

---

[4] Civ. Bruxelles, 12 juillet 1947, J A., 1947, p. 619 ; Cass., 6 juin 1975, *Pas.*, I, 964 ; G. GENICOT, « L'obligation naturelle du père biologique de fournir des aliments à son enfant », note sous Liège, 15 juin 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 311, n° 15.
[5] Civ. Bruxelles 1978, *RW.*, 1979-80, col. 2660.
[6] Bruxelles, 6 mars 1963, *Pas.*, 1963, II, p. 293.
[7] J.P., Leuze, 8 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2003/10, p. 431 et 432.
[8] P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations,* Tome II, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1023 ; Cass., 22 septembre 1986, *Pas.*, 1987, I, 82.
[9] Aussi, Liège 20 juin 1990, *J.LMB.*, 1991, p. 157 à 159 : « *Le devoir naturel de conscience et de solidarité né du concubinage entraîne l'obligation pour chacun des concubins de contribuer aux besoins de la vie courante du ménage et ce, suivant ses moyens, ce qui comprend l'accomplissement de tâches ménagères. Dès lors, il n'y a pas lieu à répétition des paiements volontaires effectués par l'un des concubins en exécution de ce devoir naturel* ».

En revanche, dès qu'elle est exécutée volontairement, elle ne peut être répétée. Tout se passe comme si elle s'était transformée en obligation civile ce qui va entrainer deux conséquences :

- l'engagement du débiteur le lie de sorte que le créancier pourra poursuivre l'obligation par le biais de l'exécution forcée en droit commun.

- le paiement par le débiteur d'une somme ne pourra pas donner lieu à répétition[10] et en cas de paiement partiel, l'obligation devra être exécutée dans sa totalité[11].

3) Une partie de la doctrine a toutefois vu des obligations naturelles en dehors de toute idée de devoir moral. Il pourrait y avoir une obligation naturelle quand une obligation civile est privée du droit d'action en justice qui la sanctionne.
Exemples : obligation prescrite, dont le paiement ne donne pas lieu à répétition (du moins en principe) ; obligation nulle pour vice de consentement qui ne peut être répétée en cas d'exécution volontaire en connaissance de cause.

La solution s'explique sans doute par l'équité : refuser la répétition à celui qui paye par erreur une dette prescrite[12] peut paraître excessif.

Droit futur : Obligation naturelle

Le législateur va insérer la définition de l'obligation naturelle dans son article 5.2 du nouveau Code civil. Il indique que : « *L'obligation naturelle est une obligation dont l'exécution ne peut être exigée en justice.*

La restitution n'est pas admise à l'égard de l'obligation naturelle qui a été acquittée sans ignorance ni contrainte.

La reconnaissance, sans ignorance ni contrainte, d'une obligation naturelle donne naissance à une obligation ».

Dès lors, alinéa 1er confirme que l'obligation naturelle est dépourvue de tout caractère juridique contraignant et les aliénas 2 et 3 règlent les effets de cette dernière.

[10] Article 1235 alinéa 2 du Code civil ; Cass., 6 mars 2006, RG : S050026N disponible sur www.juridat.be
[11] P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1026 et s.
[12] Au sujet d'une dette prescrite « quiconque paie volontairement une dette prescrite ne peut répéter ce qu'il a payé », voy. Cass., 24 septembre 1981, *Bull.* et *Pas.*, 1982, I, 152; 25 septembre 1970, *Bull.* et *Pas.*, 1971, I, 65 et les conclusions de M. le premier avocat général Mahaux, publiées avant cet arrêt dans A.C. : la prescription extinctive, moyen de se libérer d'une dette, n'affecte pas l'existence de la dette mais seulement son exigibilité; voir également De Page, Traité, 3° éd., III, n° 61, p. 76, note 4; J. Leclercq, 'Réflexions sur un principe général du droit : la répétition de l'indu', J.T., 1976, p. 105 e.s., plus spécialement nos 15 e.s.; J. Linsmeau, 'L'action en répétition du paiement d'une dette prescrite', note sous cass., 25 septembre 1970, Rev. crit. jur. belge, 1972, p. 7 et s.; P. Van Ommeslaghe, 'Examen de jurisprudence (1968-1973)', *Rev. crit. jur. belge*, 1975, p. 597 e.s., plus spécialement nos 74 e.s., p. 624 e.s.

② Classification des obligations

A. *La distinction classique des obligations suivant leur objet : les obligations de faire, de donner ou de ne pas faire quelque chose.*

1. Obligation de faire-*facere* :
   C'est l'obligation la plus répandue. Elle a pour objet toute prestation sauf la constitution ou la transmission de droit réel (obligation de *dare*).
   Exemples : accomplir des travaux, restituer une chose prêtée, …

2. Obligation de ne pas faire-*non facere* :
   Son objet est toute abstention ou laisser-faire.
   Exemples : ne pas construire, ne pas faire une concurrence dans tel domaine, …

3. Obligation de *dare*
   Son objet est le transfert ou la constitution d'un droit réel et plus spécialement du droit de propriété.
   Elle est différente de l'obligation de délivrance (= mettre la chose à disposition du créancier) qui n'est en quelque sorte qu'une suite d'obligation de transférer la propriété.

B. *Obligations de moyens, de résultat*

1. L'obligation de résultat : le débiteur garantit que tel résultat déterminé sera atteint. (*art. 1137 et 1138 C. civ.*). Le créancier invoquant l'inexécution devrait alors prouver uniquement que le résultat n'est pas atteint. Il appartient alors au débiteur de prouver une cause exonératoire de responsabilité (force majeure).

2. L'obligation de moyens (*art. 1147 C. civ.*) : le débiteur s'engage à faire diligence pour arriver à un certain résultat à mettre tous les moyens en œuvre pour y arriver.
   Le créancier devra donc démontrer : existence de l'obligation, absence de résultat voulu et le fait que le débiteur a manqué à son obligation de diligence c'est-à-dire qu'il ne s'est pas comporté comme un bon débiteur de même qualité placé (personne diligente et prudente) dans les mêmes conditions. Cela emporte une importance de cette distinction pour la charge de la preuve.

   Ex. : obligation du médecin et de l'avocat : en principe des obligations de moyens mais tout dépend du cas d'espèce (ex. : obligation de l'avocat d'introduire un recours dans les délais légaux = obligation de résultat quand il a été mis à même de le faire).

   C'est le juge qui appréciera chaque cas d'espèce.

3. Le critère de l'aléa : Ce critère intervient lorsque les parties n'ont pas déterminés le type d'obligation en cause (absence d'intention des parties) et si aucune disposition légale ou réglementaire n'est intervenue (ex : *Loi sur le contrat de transport de personnes ; art. 1732 C. civ.*).

   Dès lors, le critère de l'aléa sera pris en compte. Il peut être résumé comme suit : si l'exécution de l'obligation dépend **essentiellement** (non pas exclusivement) du débiteur : il s'agira d'une **obligation de résultat.** Par contre, si l'exécution de l'obligation dépend de **nombreux aléas** : il s'agira d'une **obligation de moyen**.

Droit futur : Obligation de moyen et de résultat

L'article 5.75 a trait à la « Portée des obligations contractuelles » qui dispose : « *L'obligation de moyens est celle en vertu de laquelle le débiteur est tenu de fournir tous les soins d'une personne prudente et raisonnable pour atteindre un certain résultat. La preuve de la faute du débiteur incombe au créancier.*

L'obligation de résultat est celle en vertu de laquelle le débiteur est tenu d'atteindre un certain résultat. Si le résultat n'est pas atteint, la faute du débiteur est présumée, sauf à démontrer la force majeure ».

La distinction de nature supplétive entre obligation de moyens et de résultat est opérée par la doctrine, et consacrée par la Cour de cassation. A cette distinction s'ajoute l'obligation de garantie qui constitue une variante de l'obligation de résultat.

Étant entendu qu'en toute circonstance, le juge doit d'abord avoir égard à l'intention exprimée par les parties ou déduite de l'interprétation de la convention, les définitions proposées dans cet article peuvent aider le juge dans l'interprétation des obligations convenues entre les parties ; elles sont également destinées à préciser le contenu de l'obligation et la charge de la preuve dans le cas de sa violation.

La "personne prudente et raisonnable" correspond à ce que l'on avait coutume d'appeler le *bonus pater familias.*

C. *Obligations assorties d'un terme ou d'une condition : modalités des obligations*

Une obligation peut être assortie d'un terme (extinctif ou suspensif) ou d'une condition (résolutoire ou suspensive).

- Terme = événement futur et certain dans son principe (pas nécessairement à sa date). (*1185 à 1188 C. civ.*).
  - Terme extinctif : éteint l'obligation, en principe pour l'avenir (ex. : bail prendra fin au décès du locataire).
  - Terme suspensif : suspend l'exigibilité d'une obligation (ex. : bail prendra cours à telle date).
- Condition = évènement futur et incertain extérieur à l'obligation qui en suspend l'exécution (suspensive) ou la résout (résolutoire) en principe avec effet rétroactif (*1179 C. civ.*).
  - La condition résolutoire : l'événement futur et incertain suspend l'anéantissement de l'obligation. Si l'événement se réalise, l'obligation disparaît et est censée n'avoir jamais existé. La condition agit avec effet rétroactif : les choses seront remises dans leur *pristin* état (*art. 1179 C. civ.*).
  - La condition suspensive : l'événement futur et incertain suspend l'exécution de l'obligation (et non, selon l'enseignement traditionnel, la naissance de celle-ci) qui s'en trouve affectée. Citons, pour illustrer ce type de condition, l'hypothèse fréquente du contrat de vente d'un immeuble sous la condition suspensive de l'obtention par l'acheteur d'un financement.

Chapitre 1 : Les sources des obligations

Base légale :

Les sources des obligations sont visées aux articles 1101 et 1370 du Code civil.

Remarques :

1. **Les actes juridiques** : *article 1101 du Code civil*

L'acte juridique est un acte accompli volontairement par une ou plusieurs personnes dans le but de produire des effets juridiques c'est-à-dire dans le but de faire naître, de modifier, de transmettre ou d'éteindre un droit. Ils sont unilatéraux ou bilatéraux voire multilatéraux.

Exemples :
- Testament (acte juridique unilatéral).
- Contrat (acte juridique bilatéral)

2. **Les faits juridiques** :

Ce sont tous les événements ou actes (actes matériels) qui produisent des effets juridiques mais sans intention de produire de tels effets. Ce sont des actes volontaires ou involontaires.

- Evénements naturels : naissance, décès.
- Faits indépendants de la volonté (actes matériels) : endommager par inadvertance le bien d'autrui.
- Actes volontaires mais accomplis sans intention juridique : délits et quasi-délits.

N.B. : cette distinction est importante au point de vue de la preuve.

- Actes juridiques : preuve littérale.
- Faits juridiques : toutes voies de droit.

Sources des obligations :

① La loi (ex. : obligations en droit des personnes).
② Les quasi-contrats.
③ Les délits et les quasi-délits. La responsabilité civile.
④ Les contrats[13].

[13] Autre source d'obligations reprise par le Nouveau Code civil aux articles 5.8 et s. ; voy. Partie III du cours : Les contrats.

Droit futur : Sources des obligations

Dans le Livre 5 « Obligations », le législateur va reprendre les sources des obligations dans son article 5.3 du nouveau Code civil : « *Les obligations naissent d'un acte juridique, d'un quasi-contrat, de la responsabilité extracontractuelle ou de la loi* ». En son article 5.4, il sera défini l'acte juridique qui reprend l'ancienne définition de l'article 1101 du Code civil « *L'acte juridique est la manifestation de volonté par laquelle une ou plusieurs personnes ont l'intention de faire naître des effets de droit* ». Par ailleurs, le 2ème alinéa de l'article 5.4 parle de l'acte juridique unilatéral : « *L'acte juridique unilatéral est réceptice lorsqu'il requiert une notification à une ou plusieurs personnes déterminées* ».

Le législateur fait un apport en définissant ce qu'il y a lieu d'entendre par notification (art. 5.5)[14] : « *La notification est la communication effectuée à une ou plusieurs personnes déterminées.*
La notification parvient au destinataire lorsque celui-ci en prend connaissance ou aurait raisonnablement pu en prendre connaissance.
La notification accomplie par voie électronique parvient au destinataire soit lorsque celui-ci en prend connaissance, soit lorsqu'il aurait raisonnablement pu en prendre connaissance pour autant que, dans cette dernière hypothèse, ce destinataire ait préalablement accepté l'utilisation de l'adresse électronique ou du mode de communication électronique auquel l'auteur de la notification a eu recours ».

La représentation est reprise à l'article 5.6 : « *§ 1er. Il y a représentation, lorsqu'une personne accomplit un acte juridique pour le compte d'autrui.*
La représentation est immédiate, lorsque le représentant accomplit cet acte au nom et pour le compte de la personne représentée.
Elle est médiate, lorsque le représentant accomplit cet acte en son nom, mais pour le compte de la personne représentée.
§ 2. La représentation trouve sa source dans un acte juridique, une décision de justice ou la loi.
§ 3. En cas de représentation immédiate, l'acte juridique accompli par le représentant produit ses effets entre le représenté et le tiers.
En cas de représentation médiate, l'acte juridique accompli par le représentant produit ses effets entre ce dernier et le tiers.
§ 4. En cas de représentation immédiate, si le représentant excède ses pouvoirs, l'acte juridique ne lie pas le représenté à l'égard des tiers, sauf s'il le ratifie. La ratification rétroagit à la date où l'acte juridique a été accompli, sans préjudice des droits acquis par les tiers.
Le représenté est également lié à l'égard du tiers avec lequel le représentant a traité, lorsque ce tiers a pu légitimement se fier à l'apparence de pouvoir que le représenté a librement contribué à créer ou à laisser subsister, même sans faute de sa part ».

Cette dernière avait déjà été abordée sous l'ange du contrat de mandat (*art. 1984 à 2010 C. civ.*). Toutefois, le législateur va plus loin en créant un texte plus général en comblant la lacune. La représentation a pour objet les actes juridiques les plus variés (conclusion d'un contrat, mise en demeure, paiement, résiliation d'un contrat, aveu, …)

[14] Le livre consacre différentes sanctions extrajudiciaires par voie de notification (art. 5.62: l'annulation extrajudiciaire; art. 5.88: le remplacement extrajudiciaire; art. 5.96: la résolution extrajudiciaire; art. 5.101: la réduction du prix extrajudiciaire. Par ailleurs, on la retrouve dans certaines causes de dissolution à une notification préalable (art. 5.78: résiliation d'un contrat de durée indéterminée) ainsi que dans le pacte de préférence (art. 5.28), la cession de créance (art. 5.253), la cession de dette parfaite (art. 5.261) et la cession de contrat (art. 5.267).

La représentation peut être :

- soit immédiate ou parfaite, c'est ce qui se passe dans le contrat de mandat.
- soit médiate[15] ou imparfaite c'est ce à quoi correspondent notamment les contrats de prête-nom et de commission[16].

Elle peut trouver sa source dans l'acte juridique, la loi y compris la représentation apparente ou une décision de justice y compris une sentence arbitrale.

Le paragraphe 3 énonce les conséquences de la représentation, lorsque l'acte juridique accompli par le représentant n'excède pas la mission qui lui a été confiée.

Le paragraphe 4, qui est propre à la représentation immédiate, énonce les conséquences qui s'attachent au fait que le représentant n'a pas respecté les limites de ses pouvoirs (art. 1998 C. civ.). Dès lors, l'acte juridique ne lie pas la personne que le représentant prétendait représenter sauf l'hypothèse de la ratification faite ultérieurement ou le mandat apparent.

[15] C'est-à-dire qui se fait indirectement, qui passe par un intermédiaire

[16] P. WERY, *Le mandat*, Répertoire notarial, 2000; I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 2006; F. GLANSDORFF et E. VAN DEN HAUTE, *Traité de droit civil belge – Tome 3: Les contrats – Volume 4: Mandat, prêt, dépôt, transaction, contrats aléatoires*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 20 ; Partie III du cours : Les contrats

Section I : Les quasi –contrats

1) *Introduction* (*Art. 1371 Code civil)*

A la différence des contrats, ils ne procèdent pas d'un accord de volonté. Ils sont le résultat d'une situation de déséquilibre de deux patrimoines qui apparaît comme injuste et anormale et reposent tous sur la théorie de l'enrichissement sans cause. Les quasi contrats peuvent être définis comme « *des faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties* ». Selon les travaux préparatoires de l'article 1371 du Code civil, c'est de l'équité **naturelle** que découle les quasi-contrats[17].

Le Code civil énumère uniquement deux types de quasi-contrats : **la gestion d'affaire** (art. 1372 à 1375) et le **paiement indu** (art. 1376 à 1381). On ne trouve par contre aucune disposition générale relative à l'enrichissement sans cause dans le Code civil même si celui-ci en contient plusieurs applications spécifiques (*articles 548, 555, 1947, 2080 C. civ., ...*)[18]. La doctrine et la jurisprudence considèrent toutefois qu'il s'agit d'un troisième type de quasi-contrat[19].

Droit futur : Les quasi-contrats

Sous-titre 2. Les faits juridiques, Chapitre 1er. Les quasi-contrats

L'article 5.130. donne la définition : « *Les quasi-contrats sont les faits licites dont il résulte une obligation à charge de la personne qui en profite sans y avoir droit, et, le cas échéant, une obligation de leur auteur envers celle-ci.*

Les quasi-contrats sont :
1° la gestion d'affaire ;
2° le paiement indu ; et
3° l'enrichissement injustifié ».

La définition de l'article 1371 du Code civil portait le flanc à la critique. Dès lors, on va y mentionner la licéité du fait personnel qui est à l'origine du quasi-contrat[20]. Le nouveau législateur va donner une énumération limitative quasi-contrats.

[17] P. Wéry, « L'article 1370 du Code civil et la nomenclature des sources des obligations »
in Les sources d'obligations extracontractuelles, Bruges-Bruxelles, la Charte, 2007, p. 4.
[18] H. De Page, « Traité élémentaire de droit civil belge. Les obligations », t.III, Bruxelles, Bruylant, 1939, p.30.
[19] Cass., 27 mai 1909, *Pas.*, 1909, I, p. 272.
[20] F. LAURENT, *Principes,* t. XX, p. 338; J. CARBONNIER, t. IV, 2000, p. 525; E. SAVAUX, "Chronique de jurisprudence civile générale", *Rép. not. Defrénois*, 2002, p. 1612.

I La gestion d'affaires

1) *Notion – art. 1372 à 1375 Code civil*

Il y a gestion d'affaire quand une personne (le gérant) accomplit de manière spontanée et volontaire dans l'intérêt et pour le compte d'une autre personne (le maître de l'affaire) un acte matériel ou juridique, en dehors de toute obligation légale ou conventionnelle, sans avoir été chargée, mais parce que son intervention est nécessaire aux intérêts du maître de l'affaire et vise à lui éviter un préjudice.

La gestion d'affaire ne peut avoir pour objet que des actes urgents, propres à assurer la conservation ou l'entretien de biens ou de droits appartenant au maître de l'affaire.
Par exemple : voulant rendre service à un parent absent, une personne effectue une réparation urgente à la maison de celui-ci, ou paie une dette de ce parent afin d'éviter une saisie[21].

Le régime de la gestion d'affaire vise à assurer l'indemnisation de celui qui rend un service indispensable et d'éviter des immixtions injustifiées dans les affaires d'autrui.

2) *Les conditions de la gestion d'affaire*

Il existe trois conditions négatives et deux conditions positives[22].

a Conditions négatives :

1. Absence d'obligation légale ou conventionnelle d'agir : suppose une intervention volontaire et spontanée, donc l'absence d'obligation légale ou conventionnelle. Ex. : les pompiers éteignant un incendie le font par obligation légale[23] ; lorsqu'un dépanneur déplace un véhicule sur ordre de la police. Il ne s'agit pas d'une gestion d'affaires mais d'un ordre donné par une autorité[24]. Par contre en présence d'une obligation légale ou conventionnelle, ce ne serait pas les règles de la gestion d'affaires qui s'appliqueraient mais bien celles relatives à l'obligation.

2. Absence d'opposition[25] ou de défense du maître de l'affaire : l'absence d'opposition du maître de l'affaire n'implique pas un mandat tacite. Elle peut d'ailleurs résulter de l'ignorance de l'acte de gestion. Le but est d'éviter l'immixtion systématique dans les affaires d'autrui.

---

[21] Voy. par exemple, J.P. Grâce-Hollogne, 11 juillet 2000, *J.L.M.B.* 2001, p. 1544.
[22] Voy. P. VAN OMMESLAGHE, « La gestion d'affaires » in *Droit des obligations,* Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 1063 et s.
[23] Civ. Bruxelles, 29 juin 1963, *J.T.*, 1963, p. 467 ; Gand, 29 octobre 1930, *Pas.*, 1932, II, p. 10.
[24] Prés. Comm. Liège, 2 mars 1982, *J.C.B.*, 1982, p.459.
[25] Liège, 11 déc. 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 515 et s. : « *Les articles 1372 à 1375 du code civil n'imposent pas comme condition préalable et essentielle de la gestion d'affaires que le maître dont l'affaire est gérée soit ou ait été dans l'impossibilité d'agir: l'absence d'opposition de ce dernier suffit à être considérée comme lui étant synonyme. Lorsque, dans l'immeuble appartenant au failli, se trouvait un stock de marchandises important que le curateur et un expert-comptable étaient chargés de qualitate qua de vendre, ces derniers ont consenti les frais de chauffage et d'électricité de l'immeuble non seulement dans le but de gérer l'affaire d'autrui mais aussi parce qu'ils devaient préserver des biens propres à la curatelle, à savoir les marchandises et les substances pharmaceutiques contenues dans le bâtiment. Si, par-là, l'immeuble et donc son propriétaire ont bénéficié de cette manière d'agir, il n'en reste pas moins qu'il n'y a pas eu gestion d'affaires au sens des articles 1372 à 1375 du code civil; ces débours apparaissent comme visés notamment par l'article 480 du Code de commerce. Il n'a pas davantage eu enrichissement sans cause puisque la première condition d'application de cette ' théorie' est l'appauvrissement du « demandeur », cet appauvrissement n'existant pas si l'acte a été accompli par le « demandeur » pour lui être utile à lui* ».

3. Absence d'intention libérale dans le chef du gérant : celui-ci rend service, mais n'entend pas gratifier le maître, donc pas dans un but gratuit. Autrement dit, si le gérant a une intention libérale, ce ne sont pas les règles de la gestion d'affaires qui viendront à s'appliquer mais bien celles relatives aux libéralités[26]. Cela étant, si le maître de l'ouvrage considère qu'il n'y a pas gestion d'affaires mais libéralités, il lui revient d'en apporter la preuve. Cette preuve pourra être apportée par toutes voies de droit[27].

b Conditions positives :

1. Intention de gérer l'affaire d'autrui : la gestion d'affaire implique une certaine bienveillance : celui qui procède doit vouloir gérer l'affaire d'autrui et non pas son propre intérêt. Cette condition signifie qu'il n'y a pas gestion d'affaires si le gérant accomplit des actes dans son intérêt personnel[28].

2. La gestion d'affaire doit être nécessaire : cette condition s'apprécie au moment de l'acte. Il faut éviter des immixtions injustifiées dans les affaires d'autrui[29]. Le maître de l'affaire doit être dans l'impossibilité d'agir. Par conséquent, il faut que la gestion d'affaire soit nécessaire[30]. Au fil des décisions prononcées par les juridictions tant belges que françaises, la jurisprudence semble retenir de plus en plus la thèse de l'utilité[31]. Certains auteurs de doctrines, préfèrent toutefois parler d'opportunité plutôt que d'utilité[32].

3) *Les effets de la gestion d'affaires* :

Pour déterminer les **effets de la gestion d'affaire** dans les rapports entre le gérant et le maitre de l'affaire, il y a lieu de distinguer d'une part, les **obligations du gérant**, et d'autre part, les **obligations du maître de l'affaire.**

---

[26] Cass., 13 mars 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 392.
[27] P. VAN OMMESLAGHE, « La gestion d'affaires » in *Droit des obligations,* Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 1068.
[28] Cass. 6 janvier 2005, *R.C.J.B.*, 2007, p. 175.
[29] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome II, 3ème édition, n°1074, p. 1138.
[30] Sur cette question, voy. Cass., 5 janvier 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 531 ; Bruxelles, 6 mars 1986, *R.G.A.R.*, 1987, n° 11259.
[31] Cass., 12 novembre 1998, *Bull. cass.*, 1998, p. 1127, Dr. circ., 1999, No 99/51, p. 152; Comm. Mons (2e ch.) n° A/05/3727, 28 février 2008, *R.G.D.C.* 2008, liv. 5, 283.
[32] E. BEYSEN, *Zaakwaarneming*, Malines, Kluwer, 2006. p. 93-108, nos 207-239 ; P. WERY, « Le caractère volontaire de la gestion d'affaires et des quasi-contrats », *R.C.J.B.*, 2007, p. 195, no 9 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, Les obligations, *in* Le fait juridique : quasi-contrats et responsabilité délictuelle, 12ème éd., Tome II, Paris, Dalloz, 2007, p. 13-15, n° 12-13. Cette notion d'opportunité est reprise par le Tribunal de commerce de Mons : « *...Contrairement à ce qu'enseignait la doctrine classique, la récente doctrine, tant belge que française, n'exige plus la présence d'une situation d'urgence ou de nécessité. En revanche, il faut que la gestion d'affaires présente* ***une utilité*** *pour le tiers au moment où elle a eu lieu. Le terme utilité doit bien se comprendre : il s'agit davantage* ***d'une opportunité*** *que d'une réelle utilité au sens courant du terme. Le contenu exact de ce concept reste toutefois flou. En tout état de cause, pour être « opportune », la gestion d'affaires doit intervenir à bon escient et ne pas être intempestive. Il convient notamment de vérifier si le tiers pouvait être informé en temps utile des circonstances nécessitant une intervention et si les actes accomplis par le gérant d'affaires n'auraient pas pu être exécutés à moindre frais et sans difficulté particulière par le tiers s'il avait été mis au courant de la situation* » (Comm. Mons, 28 février 2008, *R.G.D.C.*, 2008, p. 283).

a Relations entre le gérant et maître – comparaison possible avec le mandat.

1. Obligation du gérant :

- le gérant à les mêmes obligations que celles qui pèsent sur le mandataire : bien exécuter sa gestion **et** rendre compte de celui-ci (*art. 1372, al. 2 C. civ.*). Le gérant est tenu d'apporter à sa gestion tous les soins d'un bon père de famille[33].

Le gérant doit "continuer la gestion qu'il a commencée, et l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même". **Par conséquent**, les obligations du gérant sont plus importantes que les obligations d'un mandataire.

A défaut de gérer l'affaire en personne diligente et prudente, le gérant peut voir sa responsabilité délictuelle engagée[34].

Concernant la notion de rendre compte, le gérant doit établir une reddition des comptes. Cette obligation n'est pas reprise textuellement dans le Code civil mais est évidente étant donné qu'elle permettra d'évaluer l'indemnisation du gérant[35].

- Il doit se charger également de toutes les dépenses de cette même affaire (*art. 1373 C. civ*).
- Il doit continuer la gestion, et si maître de l'affaire décède, jusqu'à ce que l'héritier ait pu prendre la direction de l'affaire.

2. Obligations du maître de l'affaire[36] (*art. 1375 C. civ.*) :

- dès que la gestion est nécessaire, le maître ne doit intervenir que pour couvrir les dépenses nécessaires ou utiles[37]. Ce remboursement doit également porter sur les intérêts des sommes[38]. La ratification du maître implique en principe reconnaissance de ce que les dépenses étaient utiles.

- Le maître doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom. En effet, le maître de l'affaire est engagé sans qu'il l'ait réellement voulu ou sans qu'il n'ait donné de mandat[39]. Il s'agit par exemple du paiement, par le maître de l'affaire, des sommes dues à un artisan auquel le gérant s'est adressé pour remédier à des désordres survenus dans le bien immobilier du maître en son absence[40].
- Le maître doit indemniser le gérant. En principe, le gérant n'a pas droit à un salaire. Il s'agit de fournir au gérant un équivalent de ce qu'il a apporté au maître de l'affaire. Ainsi, le gérant n'est indemnisé que pour les actes qu'il a accomplis[41].

---

[33] Voy. V. SAGAERT, «Zaakwaarneming», in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2003, p. 36-41, nos 56-66.
[34] Gand, 5 mars 1997, *R.G.A.R.*, 1998, n°12.993.
[35] Voy. l'art. 1993 C. civ. ; voy. au sujet des obligations du maître de l'affaire : P. WERY, II, 2016, n° 156 et s.
[36] Voy. E., MONTERO, A., DELEU, A., PUTZ, « Les quasi-contrats », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, II.4.0-1 - II.4.3-20, p. 34 et s.
[37] Articles 1996 et 2001 du Code civil.
[38] P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 1075.
[39] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome III, 1967, p. 1156, n° 1099.
[40] P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 1074.
[41] P. WERY, « Le caractère volontaire de la gestion d'affaires et des quasi-contrats », *R.C.J.B.*, 2007, p. 221-222, n° 28.

b Relations entre le gérant, le maître et les tiers :

Pour déterminer les effets de la gestion d'affaire dans les rapports avec les tiers, il convient d'opérer une distinction selon que le gérant a contracté un engagement avec un tiers au nom et pour le compte du géré (*Alieno nomine*) **ou** en son nom personnel (*Non alieno nomine*) :

- Lorsque le gérant est intervenu au nom et pour le compte du maître de l'affaire, en prévenant ainsi le tiers qu'il n'était que gérant, seul le maitre est engagé vis-à-vis du tiers[42]. Ainsi, s'il y a faute, le tiers ne peut se retourner que contre le maître de l'affaire
- Lorsque le gérant contracte un engagement en son nom personnel, lui seul sera tenu envers le tiers[43]. Le gérant ne contracte aucune obligation personnelle. Les tiers n'ont de recours que contre le maître pour autant que celui-ci ait ratifié ou que les conditions de la gestion d'affaire soient réunies. Ce n'est pas autant que le gérant est démuni car il dispose d'un recours en indemnisation contre le maître de l'affaire[44].

4) *Exemples jurisprudentiels en matière de gestion d'affaire*[45] :

- Le fait pour le propriétaire d'une terre de recueillir un animal qui erre sur celle-ci, de le soigner et de le nourrir temporairement, et, ce après en avoir averti le propriétaire[46] ;
-Le fait qu'un légataire universel, qui a renoncé à une succession, prend toutefois des mesures conservatoires pour assurer la subsistance d'animaux qui appartenaient au défunt[47] ;
- L'assistance apportée à une victime d'un incendie, et ce, quel que soit le résultat de l'intervention[48] ;
- Le fait que des avocats, notaires ou autres professionnels, en l'absence de leur client, interrompent une prescription ou introduisent un recours afin d'éviter la forclusion ;
- La récolte de fonds en vue de venir en aide à une famille victime d'une catastrophe[49] ;
- L'indivisaire qui gère le bien indivis dans l'intérêt de tous les copropriétaires, et ce, sans avoir été mandaté à cet effet[50].

A contrario :

- Le dépanneur qui sur ordre de la police, déplace un véhicule[51] ;
- Le fait qu'un concubin ait acheté des biens qu'il a incorporés dans la maison de sa compagne. En effet, la nécessité de l'intervention fait défaut[52] ;
- La personne qui a payé les frais funéraires ne peut en réclamer le remboursement aux héritiers sur la base de la gestion d'affaires lorsqu'elle a agi sans idée de bienveillance.
-L'action de *in rem verso* ne peut être admise lorsque l'appauvri a spéculé en vue d'atteindre un résultat aléatoire[53].

---

[42] J.P. Zelzate, 9 décembre 2004, *R.G.D.C.*, 2005, p. 529, note C. CAUFFMAN.
[43] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 1967, p. 1157, n° 1100.
[44] Civ. Liège, 24 mars 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 896.
[45] P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 1077 et s.
[46] Cass., 5 janvier 1967, *Pas.*, 1967, I, 531.
[47] Mons, 27 février 1995, *Rev. not. b.*, 1996, p. 33.
[48] Bruxelles, 2 février 1989, *RGAR*, 1991, n°11.876.
[49] Civ. Bruxelles, 11 juin 1921, *Pand. Pér.*, 1921, p. 389.
[50] Gand., 29 octobre 1930, *Pas.*, 1932, II, p. 10.
[51] Trib. Com. Liège, 2 mars 1982, *J.C.B.*, 1982, p. 459.
[52] Gand, 23 mars 1999, *RGDC*, 2000, p. 311.
[53] Tribunal de première instance de Dinant (F-19881012-1) du 12 octobre 1988 et celui du 6 octobre 2010 disponible sur www.juridat.be.

Droit futur : Gestion d'affaire

L'article 5.131 donne la définition : « *Il y a gestion d'affaire lorsque, sans y être tenue, une personne gère, volontairement et utilement, l'affaire d'autrui, sans qu'une opposition du maître de cette affaire soit raisonnablement prévisible.*

Ces conditions sont réputées accomplies si le maître approuve cette gestion ».

L'alinéa 1er donne une définition de la gestion d'affaire. La proposition s'inscrit dans la continuité des articles 1372 à 1375 du Code civil, tels qu'ils sont interprétés par la doctrine et la jurisprudence[54].

Même si le texte ne le précise pas, la gestion d'affaire peut être invoquée, sans qu'il faille distinguer selon que le maître connaît ou non la gestion qu'un tiers entreprend.

En revanche, la gestion d'affaire ne peut être invoquée, lorsqu'une personne intervient dans les affaires d'autrui, parce qu'elle y était obligée. Le mandat n'est qu'une hypothèse parmi bien d'autres. L'obligation peut ainsi dériver d'autres contrats, mais aussi de dispositions légales lui prescrivant d'agir[55].

La définition de la gestion d'affaire qui est retenue s'écarte toutefois de la définition classique, en ne subordonnant plus la gestion d'affaire à une condition d'urgence ou de nécessité.

Il suffira donc que l'intervention dans les affaires d'autrui soit **utile**[56].

Il faut toutefois éviter les immixtions abusives dans les affaires d'autrui : aussi la proposition exige-t-elle qu'une opposition du maître à cette intervention ne soit pas raisonnablement prévisible.

L'alinéa 2 prévoit une nouvelle règle relative à l'approbation par le maître de la gestion. On avait coutume de dire que la ratification par le maître de la gestion d'affaire opère avec effet rétroactif, donnant ainsi naissance à un contrat de mandat[57].

---

[54] H. DE PAGE, II, p. 1129 et s.; E. BEYSEN, *Zaakwaarneming*, coll. A.P.R., Malines, Kluwer, 2006, 181 pages; I. SAMOY, "Zaakwaarneming: de rol en de gevolgen van vertegenwoordiging", in *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen. Les sources d'obligations extracontractuelles, op. cit.*, 2007, p. 173 et s.; P. WÉRY, "Le caractère "volontaire" de la gestion d'affaires et des quasi-contrats", note sous Cass., 6 janv. 2005, *R.C.J.B.*, 2007, p. 181 et s. S. STIJNS, 1*bis*, 2013, p. 4 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, II, p. 1083 et s.; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, p. 279 et s.; P. WERY, II, n°s 118 et s.

[55] H. DE PAGE, II, p. 1135 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.*, 1988, p. 55; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, "Les obligations: les sources – Chronique de jurisprudence (1985-1995)", *J.T.*, 1996, p. 696; E. BEYSEN, 2006, p. 66; P. WERY, II, n° 136.

[56] P. WÉRY, II, n°s 122 et s.; V. SAGAERT, "Zaakwaarneming", *OBO*, 2004, p. 16 et s.; C. CAUFFMAN, "De tussenkomst van een takelfirma op vraag van de politie: een toepassingsgeval van de zaakwaarneming?", note sous J.P. Zelzate, 9 déc. 2004, *R.G.D.C.*, 2005, p. 533; I. SAMOY, "Zaakwaarneming : de rol en de gevolgen van vertegenwoordiging", in *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen. Les sources d'obligations extracontractuelles, op. cit.*, 2007, p. 174; I. SAMOY, *R.G.D.C.*, 2007, p. 4; P. WÉRY, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2007, p. 188 et s.; S. STIJNS, 1*bis*, pp. 7-8; P. WERY, II, n°s 124 et s. ; Cass., 12 nov. 1998, *Pas.*, 1998, p. 1127, note.

[57] H. DE PAGE, II, p. 1145; I. SAMOY, "Zaakwaarneming: de rol en de gevolgen van vertegenwoordiging", in *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen. Les sources d'obligations extracontractuelles,* S. STIJNS et P. WÉRY (éd.), Bruxelles, La Charte, 2007, p. 173 et s.; P. WERY, II, n° 143.

La proposition précise plus simplement que l'approbation de la gestion par le maître permet de réputer que toutes les conditions de la gestion d'affaire sont réunies. Par conséquent, le gérant et le maître seront tenus de toutes les obligations de ce quasi-contrat.

L'article 5.132. Objet de la gestion d'affaire expose : « *La gestion d'affaire peut porter autant sur des actes matériels que sur des actes juridiques.*

Lorsque le gérant accomplit un acte juridique pour le compte du maître de l'affaire, il le fait soit au nom de celui-ci, soit en son nom personnel ».

La gestion d'affaire peut avoir les objets les plus divers, ce que consacre cette disposition[58] pourvu qu'il soit licite et que les actes en question n'aient pas fait l'objet d'une décision ou d'une intervention personnelle du maître de l'affaire.

Lorsqu'elle porte sur des actes juridiques, il y a lieu de distinguer selon que le gérant intervient *proprio nomine* (en son nom propre) ou *alieno nomine* (au nom du maître).

- S'il intervient en son propre nom : il y a une représentation indirecte du maître de l'affaire.

- S'il intervient au nom du maître : il y a une représentation directe et immédiate de celui-ci, en ce sens que les actes juridiques posés par le gérant sortiront, immédiatement et exclusivement, leurs effets dans le chef du maître de l'affaire.

Tout ceci, pour autant, évidemment, que les conditions de la gestion d'affaire soient réunies.

L'article 5.133. donne les obligations du gérant d'affaire : « *Le gérant doit continuer la gestion qu'il a commencée, en ce compris toutes les suites qu'elle comporte, et l'achever jusqu'à ce que le maître soit en état d'y pourvoir lui-même.*

Il est obligé de continuer sa gestion, encore que le maître vienne à mourir avant que l'affaire soit achevée, jusqu'à ce que son successeur ait pu en prendre la direction. Il en va de même, lorsque le maître est déclaré en faillite, devient incapable ou absent.

Le gérant doit informer le maître, sans retard, de l'initiative qu'il a prise, et lui rendre compte de sa gestion.

Si le gérant utilise, à son usage personnel, les sommes qu'il a reçues pour compte du maître, il doit les intérêts sur celles-ci, dès ce moment ».

Ce texte résulte de la fusion des articles 1372 et 1373 du Code civil, dont la terminologie a été modernisée. Il est enrichi de certaines obligations, sur lesquelles la doctrine s'accorde comme le devoir d'information, obligation de rendre compte de sa gestion[59].

L'alinéa 2 de l'article 1372, qui se réfère aux obligations résultant d'un mandat exprès donné par un propriétaire, **est abrogé**. Cette référence au régime du mandat jouait un rôle supplétif et

---

[58] I. MOREAUMARGRÈVE, "Le concept de gestion d'affaires : sa plasticité et ses limites", note sous Mons, 12 nov. 1986, *Ann. dr. Liège*, 1988, p. 324; I. SAMOY, "Zaakwaarneming: de rol en de gevolgen van vertegenwoordiging", in *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen. Les sources d'obligations extracontractuelles*, S. STIJNS et P. WÉRY (éd.), Bruxelles, La Charte, 2007, p. 173 et s.; P. WERY, II, 2016, n° 129 et s.

[59] P. WERY, II, 2016, n°146 et 148.

permettait de résoudre les questions auxquelles ne répondaient pas les articles 1372 et suivants[60]. Ces questions sont désormais réglées explicitement. Toutefois, les règles relatives au contrat de mandat peuvent encore servir de source d'inspiration pour interpréter cette disposition.

L'article 5.134. expose la Responsabilité du gérant d'affaire : « *Le gérant d'affaire est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'une personne prudente et raisonnable.*

Néanmoins, les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire peuvent autoriser le juge à modérer la réparation qui résulterait de la négligence du gérant ».

Le texte reproduit l'article 1374 du Code civil, sous une double réserve :

1) l'expression "bon père de famille" est remplacée par celle de "personne prudente et raisonnable";
2) l'expression "dommages et intérêts" est remplacée par le terme "réparation", afin de ne pas exclure la possibilité d'une réparation en nature.

L'article 5.135. donne les obligations du maître de l'affaire : « *Si les conditions de la gestion d'affaire sont réunies, le maître doit exécuter à l'égard des tiers les obligations que le gérant a contractées au nom et pour le compte du maître.*

Le maître doit aussi indemniser le gérant de toutes les obligations contractées par le gérant en son nom propre à l'égard des tiers.

Le maître doit rembourser au gérant toutes les dépenses utiles ou nécessaires faites par ce dernier, et l'indemniser des pertes qu'il a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable.

Les sommes avancées par le gérant portent intérêt du jour du paiement ».

Ce texte s'inspire largement de l'article 1375 du Code civil en distinguant mieux les conséquences de la représentation du maître, selon que le gérant s'est engagé en son nom personnel ou au nom du maître de l'affaire (alinéas 1 et 2).

L'alinéa 3 reproduit les termes de l'article 1375, en le complétant par le devoir, pour le maître, d'indemniser le gérant de ses pertes. Ce faisant, le législateur aligne ainsi la situation du gérant sur celle du mandataire (art. 2000 C. civ.). Le cas échéant, le juge pourrait allouer une indemnisation raisonnable au gérant, lorsqu'il intervient dans le cadre de son activité professionnelle.

Le quatrième alinéa tranche une controverse doctrinale et vise à aligner la situation du gérant sur celle du mandataire (art. 2001 C. civ.).

Le droit commun du contrat de mandat[61] peut encore servir de source d'inspiration pour interpréter cette disposition.

---

[60] H. DE PAGE, II, pp. 1146-1147 ; E. BEYSEN, *op. cit.*, 2006, p. 122 – *cf.* les obligations prescrites par les art. 1993, 1996, 2000, C. civ.

[61] Pour ce contrat, voy. Partie III du cours.

II Le paiement d'indu[62]

1) *Notion*

"Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition" (*art. 1235 C. civ.*)[63]. Pareille paiement aboutirait en effet à enrichir injustement *l'accipiens* c'est-à-dire celui qui a reçu.

2) *Conditions requises*

a Un paiement : le paiement de l'indu suppose un paiement, donc l'exécution d'une obligation supposée.

b Le paiement doit être indu

- Absence de toute dette : cette hypothèse vise le paiement d'une dette déjà payée, d'une dette excédentaire, d'une obligation sous condition suspensive si cette condition n'est pas réalisée, ...

En revanche, le paiement volontaire d'une dette prescrite, même dans l'ignorance de la prescription, ne constitue pas un paiement indu.

- Paiement à une personne qui n'est pas créancière : c'est le paiement par erreur d'une dette existante à l'égard d'une autre personne. Ex. : erreur dans un virement.
- Paiement par une personne qui n'est pas débitrice. Ex. : au sein d'un groupe de sociétés, une société paye une facture alors qu'elle est due par une autre société.
- Paiement effectué à la suite d'une décision judiciaire[64].

c *L'accipiens* ne doit pas avoir supprimé son titre : cette disposition tend à rétablir l'équité. On comprend que l'auteur d'un paiement indu agisse contre celui qui s'est enrichi injustement. Mais il ne saurait lui imposer une perte. Or tel serait le cas si l'accipiens avait supprimé son titre s'empêchant d'agir contre le vrai débiteur (*art. 1377 al. 2 C. civ.*).

---

[62] Voy. dans le recueil de jurisprudence, Cass., 26 mai 2003, *J.L.M.B.*, 2006 concernant le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui ; Cass., 13 juin 2002, RG C.99.0405.N, *Pas.*, 2002, II, p. 1349 en matière d'assurance.

[63] Complété par les articles 1376 et 1377 du Code civil ; Voy M. NOEL., « Le paiement indu », in *Les sources d'obligations extracontractuelles*, La Charte, Bruxelles, 2007, 263 p. ; P. VAN OMMESLAGUE, « Le paiement de l'indu », in *Droit des obligations*, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1087 ; Cass., 18 fév. 1970, *Pas.*, 1971, I, p. 48 : «*Celui qui répète le montant d'un payement indu ne doit prouver qu'il a fait ce payement par erreur que si un doute est possible quant à la cause dudit payement et, partant, quant au caractère indu de celui-ci* ». ; Conclusions de M. le procureur général Hayoit de Termicourt, précédant Cass., 6 décembre 1956 (Bull. et PASIC., 1957, I, 361), spéc. p. 362 ; cons. Cass., 17 septembre 1970, supra, p. 42 ; DE PAGE, III, 1967, n° 14, p. 20, 21 et 22 ; MARTY et RAYNAUD, II, 1962, p. 661 ; CARBONNIER, II, 1957, p. 704 et 705 ; GIVERDON, Répert. dr. civ. Dalloz, 1954, v° Répétition de l'indu, nos 14 à 28 ; Nouv. Répert. dr. civ. Dalloz, 1965, nos 11 à 14. Comp. cass. fr. ch. soc., 20 juin 1966, D.S., 1967, J., p. 264 et la note A. ROUILLER ; COLIN ET CAPITANT, II, 1959, n° 1304, p. 739 ; AUBRY et RAU, par ESMEIN, VI, 1951, p. 377 ; PLANIOL et RIPERT, par BOULANGER, Tr. dr. civ., II, 1957, n° 1245 ; p. 475; L. et J. MAZEAUD, Leç. dr. civ., II, 1962, n° 658, p. 633, 634 ; VOUIN et ROBINO, Droit privé, civil et commercial, II, 1960, p. 502 et 503 ; KLUYSKENS, De verbintenissen, I, 1948, n° 354, p. 516 et 517 ; DEKKERS, Précis, 1955, II, n° 309, p. 178 ; Cons. LOUSSOUARN, 'La condition d'erreur du solvens dans la répétition de l'indu', *Rev. tr. dr. civ.*, 1959, p. 212 et s.

[64] Cass., 16 mai 2002, C990555N disponible sur www.juridat.be : « *Un paiement n'est indu que s'il est dépourvu de cause ; il n'est pas indu s'il trouve sa cause dans une décision judiciaire* » (en matière d'accident de voiture).

3) ***Les effets du paiement indu*** :

- Restitution du paiement indu que l'accipiens ait été de bonne ou de mauvaise foi (action en répétition de l'indu). (La mauvaise foi aggrave la situation).

- Obligations de *l'accipiens*

  - L'accipiens de bonne foi doit restituer dès qu'il s'aperçoit du paiement indu, mais pas les intérêts et les fruits. Si la chose est corporelle et qu'elle a été détruite, le possesseur de bonne foi n'est tenu que de sa faute.
    Si la chose a été détruite, le possesseur de bonne foi n'est tenu que de sa faute
    Si la chose a été revendue, le possesseur de bonne foi ne doit que le prix.

  - L'accipiens de mauvaise foi[65], "*fraus omnia corrumpit*" : il doit restituer les intérêts et les fruits. Il est tenu de la destruction de la chose même en cas de cas fortuit. Exemple : Est considéré de mauvaise foi, *l'accipiens* qui retient la prestation accomplie à titre de paiement après qu'il ait été informé du caractère indu de ce dernier[66]. Enfin, il existe la possibilité de dommages et intérêts supplémentaires.

- Obligations du solvens : *art. 1238 Code civil* : il doit payer les impenses nécessaires ou utiles même à l'accipiens de mauvaise foi.

Droit futur : Paiement indu

C'est la Section 2 qui a trait au paiement indu. L'article 5.136. donne la définition : « *Il y a paiement indu si le paiement a été fait :*
1° en l'absence de dette ;
2° par le débiteur au profit d'une personne qui n'était pas créancière ; ou
3° au profit du créancier par une personne autre que le débiteur, pour autant que le paiement ait été fait par ignorance ou sous la contrainte ».

Ce texte définit les différentes hypothèses de paiement indu :
1) le cas de l'indu objectif : absence totale ou partielle de dette et
2) les deux hypothèses d'indu subjectif :

- paiement effectué par le débiteur à une personne autre que le créancier paiement
-effectué par un tiers au créancier, par suite d'une ignorance ou sous la contrainte.

Cette disposition s'applique à toute obligation, y compris les obligations non pécuniaires.

Le point 3° envisage le cas du tiers qui a payé la dette d'autrui. Le caractère indu du paiement ne doit pas nécessairement résulter de la preuve d'une ignorance.

[65] Voy. Civ. Bruxelles, 28 novembre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 311.
[66] Mons, 17 mars 1995, *J.T*, 1995, p. 684; Bruxelles, 23 juin 1980, *J.T.*, 1980, p. 640.

L'article 5.137. parle de l'obligation de restitution : « *Celui qui a reçu un paiement indu est obligé de le restituer conformément aux articles 5.118 à 5.125*[67].

Néanmoins, dans le cas visé à l'article 5.136, 3°, cette obligation cesse lorsque le créancier a, de bonne foi :

1° supprimé son titre par suite du paiement ;

2° abandonné les sûretés qui garantissaient la créance ; ou

3° laissé se prescrire son action contre le véritable débiteur.

Dans ces cas, celui qui a payé peut toutefois exercer un recours à concurrence du paiement effectué contre le véritable débiteur ».

L'alinéa 1er confirme que du paiement indu naît une obligation de restitution à charge de l'*accipiens*. Celle-ci est soumise au régime des restitutions consécutives à la dissolution rétroactive des contrats (art. 5.118 et s.). Les articles 1378 à 1381 du Code civil sont partant abrogés

L'alinéa 2 étend les hypothèses dans lesquelles le tiers *solvens* perd le droit d'agir en restitution contre le créancier, en allant au-delà du seul cas qu'envisageait l'article 1377, alinéa 2, du Code civil (la suppression de bonne foi du titre)[68].

L'alinéa 3 accorde un recours propre au *solvens* à concurrence du paiement indu. Ce recours n'est plus fondé sur l'enrichissement injustifié au contraire de la situation actuelle.

[67] Ces dispositions concernent les restitutions qui n'a pas d'équivalent de la Code civil actuel.

[68] Ce faisant, cet alinéa consacre des extensions déjà admises par la doctrine et la jurisprudence (P. WERY, II, n° 214). À l'hypothèse de la suppression physique de l'acte instrumentaire constatant la créance, il y a lieu d'assimiler les cas dans lesquels le créancier, par suite du paiement, biffe, barre ou déchire le titre (sur le bâtonnement, la lacération ou la cancellation du titre, voy.: H. DE PAGE, III, p. 17; P. VAN OMMESLAGHE, II, p. 1118).

III L'enrichissement sans cause (*actio de in rem verso*)

1) *Notion*

Le Code civil ne réglemente pas l'enrichissement sans cause[69] néanmoins il constitue un principe général de droit[70] construit par la doctrine et la jurisprudence dont la violation donne ouverture a un pourvoi en cassation. La théorie de l'enrichissement sans cause s'est développée autour de l'adage « **Nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui** »[71]. Il y a enrichissement sans cause lorsqu'une personne, par un fait personnel, procure à autrui en s'appauvrissant, un enrichissement sans que ni cet enrichissement ni cet appauvrissement corrélatif n'aient de cause les justifiant. Ce principe trouve son fondement dans l'équité et sous-tend la gestion d'affaire et le paiement indu.

2) *Le caractère subsidiaire[72] de l'actio de in rem verso*

L'action de *in rem verso* c'est-à-dire l'action fondée sur l'enrichissement sans cause, ne peut être accueillie lorsque le demandeur dispose d'une autre voie de recours prévue par la loi[73].

En effet, la théorie de l'enrichissement sans cause ne peut avoir pour conséquence de permettre d'éluder l'application des règles normalement applicables ou d'échapper à des délais de forclusion ou de prescription[74]. L'action de *in rem verso* doit donc être déclarée irrecevable, chaque fois que le demandeur dispose d'un autre recours pour faire valoir ses droits ou si une autre action, effectivement disponible, est devenue inopérante pour quelque raison que ce soit (action prescrite, conditions d'application non remplies, ...)[75].

La Cour de cassation a rappelé ce principe dans un arrêt du 25 mars 1994 : « *Le caractère subsidiaire de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause s'oppose à ce qu'elle soit accueillie lorsque la partie a disposé d'un autre recours qu'elle a laissé dépérir* »[76].

De plus, l'enrichissement sans cause ne peut pas non plus être invoqué si le demandeur dispose d'un recours fondé sur un contrat, ou un autre quasi-contrat tel que la gestion d'affaire ou le paiement indu[77]. L'action de *in rem verso* se prescrit, conformément au droit commun, après un délai de dix ans (*art. 2262bis C. civ.)* qui commence à courir au moment de l'enrichissement[78]. Les éventuels

---

[69] Il en prévoit toutefois certaines applications spécifiques comme l'article 555, 548, 1947, 2080, al. 2, 1432 et s. C. civ. ou dans certaines les lois spéciales.

[70] Cass., 18 avril 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 741.

[71] C. MARR, « L'enrichissement sans cause : un fondement d'équité sous une apparente rigueur » *in Les sources d'obligations extracontractuelles*, Bruges-Bruxelles, la Charte, 2007, p. 209

[72] Le caractère subsidiaire de l'*actio de in rem verso"*, note sous Gand, 29 janv. 1955, *R.C.J.B.*, 1957, p. 120 et s.; A. VAN OEVELEN, "Het subsidiaire karakter van de rechtsvordering op grond van vermogensverschuiving zonder oorzaak", note sous Cass., 25 mars 1994, *R.W.*, 1996-1997, p. 45 et s.; C. MARR, in *De bronnen van niet contractuele verbintenissen. Les sources d'obligations extracontractuelles,* 2007, p. 232 et s.; P. WERY, II, n° 234 et s.

[73] B. De Coninck, « A titre subsidiaire... l'enrichissement sans cause », *in La théorie générale des obligations (suite)*, C.U.P., vol. 57, Liège, 2002, p.81.

[74] P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations,* Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 1124.

[75] A. Deleur, E. Montero et A. Putz, « Les quasi-contrats », Obligations - Traité théorique et pratique, Suppl. 15, Bruxelles, Kluwer, 2009, p.II.4.3-14.

[76] Cass., 22 août 1940, *Pas.*, 1940, I, p. 205 ; Cass., 11 sept. 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 32; Cass., 25 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 305; Arr. Cass., 1994, p. 307; *Bull.*, 1994, p. 305; *R.W.*, 1995-1996, p. 45, note A. Van Oevelen ; Cass., 5 juin 2015 (fr) et aussi 9 juin 2017 (nl), disponible sur www.juridat.be ;

[77] B. De Coninck, « A titre subsidiaire... l'enrichissement sans cause », *in La théorie générale des obligations (suite)*, C.U.P., vol. 57, Liège, 2002, p.81-82.

[78] A. Deleur, E. Montero et A. Putz,. « Les quasi-contrats », Obligations - Traité théorique et pratique, Suppl. 15, Bruxelles, Kluwer, 2009, p.II.4.3-16.

intérêts moratoires deviennent exigibles à partir du moment où l'enrichi a été mis en demeure de restituer[79].

3) ***Conditions d'application***

a Un enrichissement du défendeur et un appauvrissement corrélatif du demandeur[80].

La notion d'enrichissement vise « *tout avantage appréciable en argent, qu'il soit ou non de nature patrimoniale* »[81]. Il peut ainsi résulter de l'acquisition d'un bien, ou d'une plus-value incorporée à ce bien, de l'extinction d'une dette, de la jouissance temporaire d'une chose, d'un accroissement de richesse intellectuelle ou morale, ...[82] L'enrichissement doit donc être appréciable en argent et il doit également être réel[83].

L'enrichissement peut consister soit en une augmentation patrimoniale tel qu'un accroissement de l'actif du défendeur par une nouvelle créance ou le versement d'une somme d'argent, soit consister en une simple économie de dépense. On pense par exemple à la diminution d'une charge, l'extinction d'une dette, l'évitement d'une dépense pour la conservation d'un bien, ...[84].

Le plus souvent, l'enrichissement est de nature matérielle, mais il peut également être moral ou intellectuel (jouissance temporaire d'une chose, logement ou aliments fournis, soins procurés, ...)[85].

b Absence de cause à l'enrichissement du défendeur et à l'appauvrissement du demandeur. Par cause, il faut entendre justification. Il y a « cause » quand l'enrichissement trouve son origine dans la loi, dans un contrat entre demandeur et défendeur, dans la volonté même de l'appauvri (il s'agirait alors d'une intention libérale).

Tout comme l'enrichissement, l'appauvrissement est apprécié de manière large. Il s'agit le plus souvent d'un appauvrissement patrimonial mais des prestations de services non rémunérés ou des efforts accrus peuvent aussi être pris en compte pour autant qu'ils soient susceptibles d'une évaluation patrimoniale[86]. *A contrario,* un dommage purement moral non susceptible d'évaluation pécuniaire ne constitue pas un appauvrissement selon la théorie de l'enrichissement sans cause.

---

[79] Liège, 22 septembre 1999, *J.T.*, 2000, p.777 ; Mons, 4 février 1991, *Rev.not.belge,* 1991, p.474.
[80] Voy., Cass. 23 oct. 2014, RG C.14.0207.F, *Pas.*, 2014, n° 634 ; Cass., 22 janvier 2016, RG n° C.14.0492.F disponible sur www.juridat.be : « *Le principe général du droit de l'enrichissement sans cause requiert la condition d'absence de cause de l'appauvrissement et de l'enrichissement* ».
[81] H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge. Les obligations*, t.III, 3ème éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p.47, n°37.
[82] H. De Page, *op. cit.*, p.47, n°37.
[83] C. Maar « L'enrichissement sans cause : un fondement d'équité sous une apparente rigueur » *in Les sources d'obligations extracontractuelles*, Bruges-Bruxelles, la Charte, 2007, p.216.
[84] A. Deleur, E. Monteroet A. Putz, « Les quasi-contrats », Obligations - Traité théorique et pratique, Suppl. 15, Bruxelles, Kluwer, 2009, p.II.4.3-4.
[85] C. Goux, « Enrichissement sans cause, concubinage et cohabitation légale: conséquences de la loi réglant la cohabitation légale sur l'application de l'action de in rem verso », *R.G.D.C.*, 2001, p. 4-32.
[86] P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations,* Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 1115.

c Lien de causalité entre l'appauvrissement et l'enrichissement : sans appauvrissement, pas enrichissement et inversement.

L'enrichissement et l'appauvrissement doivent être **corrélatifs** ce qui signifie que les deux doivent procéder de la même cause : le fait à l'origine de l'enrichissement doit être identique au fait qui a créé l'appauvrissement[87].

L'enrichissement doit être la conséquence nécessaire de l'appauvrissement et inversement.

Le **lien de causalité** s'établit, comme en matière de responsabilité civile, sur base de la **théorie de l'équivalence des conditions**. Il appartient donc au demandeur de démontrer que, sans l'appauvrissement, l'enrichissement ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé *in concreto*[88]. Il n'est toutefois pas requis que les montants respectifs de l'enrichissement et de l'appauvrissement soit strictement équivalents[89].

Par ailleurs, il a été jugé qu'un généalogiste qui fait connaître l'ouverture d'une succession à un héritier qui l'ignorait peut invoquer la théorie de l'enrichissement sans cause pour obtenir le remboursement des dépenses qu'il a exposées ainsi qu'une indemnité pour le temps consacré à la recherche s'il parvient à démontrer que son intervention était nécessaire pour que l'héritier ait connaissance de la succession et qu'il n'aurait pu en avoir connaissance par d'autres moyens[90].

4) *Effets de l'enrichissement sans cause*

L'enrichi doit rembourser à l'appauvri le montant de son appauvrissement sans que ce montant puisse excéder l'enrichissement. C'est en principe au moment de l'introduction de la demande que le juge se place pour apprécier le montant de l'indemnité.

L'appauvrissement est évalué à l'époque de sa réalisation tandis que l'enrichissement est **évalué au jour de l'introduction de l'action** de *in rem verso,* voire au moment où le juge statue. Cette solution permet de tenir compte de l'évolution de la situation de l'enrichi et d'éviter qu'il ne soit tenu d'indemniser l'appauvri au-delà du profit dont il a effectivement bénéficié. Ainsi, si l'objet de l'enrichissement ne se trouve plus dans le patrimoine du défendeur au jour de l'intentement de l'action, celle-ci ne peut être accueillie[91]. En effet, la théorie de l'enrichissement sans cause trouve sa raison d'être dans la volonté de maintenir intact le patrimoine de chacun, il serait donc illogique de condamner une partie à la restitution d'un enrichissement qui n'existe plus dans son patrimoine, sous peine de la mettre en difficulté et de déséquilibrer à nouveau les patrimoines.

L'action de *in rem verso* permet à l'appauvri d'agir contre l'enrichi pour réclamer une indemnisation.

---

[87] C. Maar, *op. cit.*, p. 216.
[88] A. Deleur, E. Montero et A. Putz, « Les quasi-contrats », Obligations - Traité théorique et pratique, Suppl. 15, Bruxelles, Kluwer, 2009, p.II.4.3-4.
[89] A. Deleur, E. Montero et A. Putz, *op. cit.*, p.II.4.3-4.
[90] Bruxelles, 26 février 1969, Pas., 1969, II, p. 117.
[91] Gand, 11 juillet 1955, *Pas.*, 1956, II, p. 64.

5) *Exemples jurisprudentiels en matière d'enrichissement sans cause*

Les exemples sont nombreux dans lesquels une action de *in rem verso* a été intentée. Le plus souvent, ces actions ont été déclarées non fondées parce qu'un élément juridique justifiait soit l'enrichissement, soit l'appauvrissement.

En matière familiale, l'action a en revanche été accueillie en faveur de personnes ayant exécuté une obligation alimentaire contre des débiteurs d'aliments principaux dont il était établi qu'ils auraient été à même de faire face à leurs obligations, les circonstances d'espèce excluant une intention libérale dans le chef des demandeurs. Alors qu'en principe en matière familiale, l'enrichissement sans cause en cas de services rendus est plus difficilement admis. Les Cours et Tribunaux estiment en effet généralement que la personne qui s'est appauvrie a été animée d'une intention libérale[92]. Certaines décisions ont toutefois accueillis l'action de *in rem verso*[93].

La Cour d'appel de Liège a notamment considéré que lorsque des époux, mariés sous le régime de la séparation de biens, n'organisent pas leurs rapports patrimoniaux, la théorie de l'enrichissement trouve à s'appliquer à la part que l'épouse a prise par son travail personnel dans l'augmentation de la valeur du fonds de commerce propre à son mari. En effet, la plus-value acquise par le fonds de commerce du mari découle des investissements de travail effectuées par l'épouse et constitue dès lors un appauvrissement injuste de cette dernière puisque celle-ci ne devient pas copropriétaire du fonds de commerce, et un enrichissement sans de cause dans le chef de l'époux[94].

La Cour d'appel, de Bruxelles, a estimé qu'une fille qui a longuement hébergé sa mère malade et lui a prodigué des soins peut invoquer l'enrichissement sans cause contre la succession pour autant que ses prestations dépassent l'exécution d'une simple obligation naturelle[95].

De même, une grand-tante qui a éduqué son arrière-neveu s'est vu reconnaître, à condition qu'elle démontre que son intervention n'était pas motivée par une intention libérale, le droit d'agir contre les parents de ce dernier sur le fondement de l'enrichissement sans cause car ils étaient tenus, en vertu de l'article 203 du Code civil, d'assurer l'éducation de leur enfant[96].

L'occupation d'immeubles, donne également lieu à l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause. Ainsi, l'occupation d'un bien par le locataire, après l'expiration du bail qui le lie au bailleur et alors qu'il s'est désisté de sa demande de renouvellement du bail, peut donner lieu à une indemnité d'occupation fixée sur base de la théorie de l'enrichissement sans cause[97] ou alors en absence de tout contrat de bail.

En matière de contrat de bail, à défaut de stipulations contractuelles, on admet que les améliorations apportées à l'immeuble par le preneur, à condition que le bailleur ait la possibilité de les faire supprimer/ d'en demander l'enlèvement, doivent être indemnisées en faveur du preneur sur la base de l'enrichissement sans cause[98].

---

[92] Bruxelles, 4 juin 2003, *J.T.*, 2004, p. 661 ; Bruxelles, 27 février 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 844.
[93] Voy. De Coninck, « A titre subsidiaire… l'enrichissement sans cause », *in La théorie générale des obligations (suite)*, C.U.P., vol. 57, Liège, 2002, p. 76-79.
[94] Liège, 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 557.
[95] Bruxelles, 3 juin 1996, *A.J.T.*, 1996-97, p. 328.
[96] Civ. Anvers, 24 juin 1966, *R.W.*, 1966-1967, p. 604.
[97] Cass., 7 septembre 2001, *Pas.*, I, p. 1344.
[98] Cass., 18 avril 1991, *Pas.*, I, p. 740.

En matière de droit social, la Cour de cassation a considéré qu'un employeur qui a été contraint de verser à un travailleur une indemnité brute comprenant les cotisations sociales peut exercer l'action de *in de rem verso* contre son travailleur, lorsqu'il se trouve contraint de verser une seconde fois ces cotisations à l'ONSS car le travailleur n'a pas restitué les cotisations comprises dans l'indemnité brute qu'il a reçu[99].

Droit futur : Enrichissement injustifié

La section 3 expose ce qu'il y a lieu d'entendre de « L'enrichissement injustifié ». L'article 5.138. donne la définition : « *Il y a enrichissement injustifié lorsque ni l'enrichissement, ni l'appauvrissement corrélatif ne sont justifiés par un motif juridique.*

Constitue notamment un tel motif la volonté de l'appauvri, pour autant que celui-ci ait voulu opérer un transfert définitif de patrimoine en faveur de l'enrichi ».

Le texte substitue à l'expression "enrichissement sans cause" celle d' "enrichissement injustifié".

L'alinéa 1er de la proposition comble une lacune du Code civil en consacrant, dans une disposition générale, l'interdiction de l'enrichissement injustifié.

Ce faisant, il codifie la jurisprudence de la Cour de cassation, qui élève cette interdiction au rang de principe général du droit[100].

Ce texte, qui codifie la jurisprudence de la Cour de cassation, s'abstient de donner une énumération des divers motifs qui font obstacle à l'*actio de in rem verso*.

L'alinéa 2 clarifie néanmoins que la volonté de l'appauvri peut constituer un tel motif, pourvu que l'appauvri ait voulu opérer un transfert définitif de patrimoine en faveur de l'enrichi.

La proposition codifie la définition que donne la Cour de cassation du 23 octobre 2014[101].

Par ailleurs, la liste des motifs juridiques énumérés (voy. « notamment ») dans n'est pas exhaustive.

L'article 5.139 énonce la « subsidiarité » de cette action : « *L'appauvri ne peut invoquer l'enrichissement injustifié lorsqu'une autre action lui est ouverte ou se heurte à un obstacle de droit, tel que la prescription* ».

La proposition consacre donc le caractère subsidiaire de cette source d'obligation qu'est l'enrichissement injustifié.

---

[99] Cass., 17 mai 2004, *Pas.*, I, p. 84.

[100] Cass., 27 mai 1909, Pas., 1909, I, p. 272, précédé des concl. prem. av. gén. Terlinden; Cass., 17 nov. 1983, *Arr. Cass.*, 1983-1984, p. 315; *Pas.*, 1984, I, p. 295; Cass., 18 avril 1991, *Arr. Cass.*, 1990-1991, p. 839; *Pas.*, 1991, I, p. 740; Bull., 1991, p. 740; Cass., 7 sept. 2001, *Pas.*, 2001, p. 1344; *Arr. Cass.*, 2001, p. 1395 ; Cass., 19 janv. 2009, *Pas.*, 2009, p. 153; *Arr. Cass.*, 2009, p. 176, concl. R. Mortier; *R.C.J.B.*, 2012, p. 69, note J.-Fr. Romain; Cass., 27 sept. 2012, *Pas.*, 2012, p. 1746, concl. A. Henkes.

[101] not. Cass., 23 octobre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2328, *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2015, p. 559, note J. Lambrechts; *J.L.M.B.*, 2016, p. 834 et Cass. 10 mai 2012, RG C.10.0707.N, *Pas.*, 2012, n° 291 : « *Le principe général du droit de l'enrichissement sans cause requiert la condition d'absence de cause de l'appauvrissement et de l'enrichissement* ».

L'article 5.140 détermine l'effet : « *Celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié doit restituer à l'appauvri la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement, estimées au jour de la restitution.*

La restitution s'effectue en nature ou, si cela s'avère impossible ou abusif, en valeur ».

Ce texte codifie la solution unanimement admise en doctrine et en jurisprudence[102]. Il détermine, en son premier alinéa, le double plafond de l'obligation de restitution.

Il rappelle, en son alinéa 2, le principe de la restitution en nature et ses limites[103]: il s'agit d'une obligation personnelle de restitution.

La proposition codifie la jurisprudence récente de la Cour de cassation sur un autre point : la créance pécuniaire, qui est due en présence d'une impossibilité ou d'un abus du droit à la restitution en nature, n'est pas une obligation de somme, mais une créance de valeur. La Cour de cassation du 27 septembre 2017 dit pour droit que : « *(...) la créance née de l'enrichissement sans cause est une créance de valeur et non une créance de somme, à laquelle seul s'applique l'article 1895 du Code civil* »[104].

[102] H. DE PAGE, III, p. 61; S. STIJNS, 1*bis*, p. 27; P. WERY, II, n° 241 et s.
[103] H. DE PAGE, III, p. 61; S. STIJNS, 1*bis*, p. 27.
[104] Cass., 27 sept. 2012, *Pas.*, 2012, p. 1746, concl. A. Henkes; *J.T.*, 2012, p. 763, note Y.-H. Leleu et 2013, p. 399; *J.L.M.B.*, 2013, p. 377; Act. dr. fam., 2013, p. 46, note D. Pignolet; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 512 et 514, note M. Van Molle; *T. Fam.*, 2013, p. 177, note C. Declerck; T. Not., 2013, p. 508; *R.G.D.C.*, 2014, p. 409; *R.W.*, 2014-2015, p. 701, somm.

Section II : Les délits et les quasi-délits - la responsabilité civile

Remarque préalable :

Cette matière, au combien primordiale, est sur le point de faire l'objet d'une profonde réforme[105]. Elle fera l'objet d'une analyse lors de l'exposé oral du cours.

Introduction :

D'emblée, la responsabilité civile est à distinguer de la responsabilité pénale : la responsabilité pénale ne peut exister que si un texte prévoit que tel acte constitue une infraction pénale et est donc puni par la loi pénale. Cette loi ne vise pas à réparer un dommage mais à sanctionner un comportement.

Il se pourra que telle infraction, constitutive d'une faute civile, cause un dommage engendrant ainsi tant la responsabilité pénale que la responsabilité civile de son auteur, tenu alors de réparer le préjudice causé par sa faute. Mais cette superposition n'existe pas nécessairement : l'infraction pénale n'est pas en elle-même source d'un préjudice.

A. Généralités

Responsabilité en droit c'est-à-dire quand on doit réparer un dommage causé à autrui soit par soi-même, soit par autrui, soit par une chose ou un animal dont on doit répondre. La responsabilité peut être :

- **contractuelle** : dérive d'un manquement à un contrat et s'apprécie en fonction de la nature de l'obligation qu'elle soit de résultat ou de moyen[106].
- **extracontractuelle** ou **faute aquilienne** : dérive de la méconnaissance d'une obligation extracontractuelle. Il s'agit souvent d'une méconnaissance du devoir général de prudence tel que contenu dans les articles 1382 et s. du Code civil.

B. Fondements de la responsabilité civile

1. Principes

La responsabilité civile a une fonction indemnitaire, elle répare un dommage. Mais le fait de causer un dommage n'entraîne pas nécessairement une réparation, il faut qu'il y ait eu faute. Cependant, pour venir en aide aux victimes, différents systèmes ont été introduits en droit positif ou proposés par la doctrine et la jurisprudence pour tempérer cette exigence de faute :

- *Code civil* crée un système de responsabilité objective par des présomptions (irréfragable/réfragable) de faute sur certaines personnes (*art. 1384 à 1386 C. civ.*).

---

[105] Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017.

[106] A ce sujet, il ne sera tenu que pour la faute légère soit la *culpa levissima in abstracto* de la personne diligente et prudente.

2. Responsabilité civile et responsabilité pénale

[a] Généralités :

- La responsabilité pénale ne peut exister que si un texte prévoit expressément que tel acte constitue une infraction pénale et est donc puni par la loi pénale. Cette loi ne vise pas à réparer un dommage, mais à sanctionner un comportement. Il se pourra que telle infraction, constitutive d'une faute civile, cause un dommage engendrant ainsi tant la responsabilité pénale que la responsabilité civile de son auteur, tenu alors de réparer le préjudice causé par sa faute. Mais cette superposition n'existe pas nécessairement : l'infraction pénale n'est pas en elle-même source d'un préjudice. De même, les fautes civiles ne sont pas uniquement les infractions pénales.
- La responsabilité civile a essentiellement une fonction indemnitaire (même si elle encourage une plus grande prudence et conduit au développement de règles de conduites). Le droit pénal a pour but de dissuader de commettre certaines infractions **et** de sanctionner le contrevenant.

Faute civile	Faute pénale
S'apprécie en principe *in abstracto*	S'apprécie *in concreto* et implique un élément moral
Peut être du fait d'autrui, animal ou chose	Est personnelle à l'agent. Responsabilité pénale des personnes morales : (*art. 5 C. pén.*)
Toute faute civile ne constitue pas nécessairement une faute pénale	Toute faute pénale constitue nécessairement une faute civile. Elle ouvre une action civile qui peut être introduite devant la juridiction pénale ou le tribunal civil

L'absence de répression pénale n'empêche pas l'auteur d'une telle négligence à réparer le dommage produit par celui-ci.

[I] Le fait générateur de responsabilité : la faute

1. La responsabilité personnelle à base de faute : la faute aquilienne.

1) L'élément moral : l'imputabilité : la commission d'une faute suppose une faculté de discernement, une volonté libre de l'auteur. La Cour de cassation dans un arrêt du 10 avril 1970[107] a décidé que la transgression d'une norme de conduite constitue une faute génératrice de responsabilité civile « *à condition que cette transgression soit commise librement et consciemment par l'intervention de l'homme* ». Dès lors, l'auteur du dommage échappera à sa responsabilité s'il ne dispose pas de sa liberté et de sa conscience.

[107] Cass., 10 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, 682.

a Le problème de la capacité aquilienne :

1° Généralités

On ne peut commettre une faute que si on est capable de discernement. L'âge de discernement est laissé à l'appréciation du juge. En principe, la jurisprudence retient 7 ans, mais les circonstances de la cause peuvent diminuer ou augmenter cet âge.

L'enfant qui grandit acquiert progressivement un discernement suffisant pour comprendre la portée de ses actes. Dès lors, « *L'âge du discernement ne se confond pas avec celui de la majorité légale ni naturellement avec l'âge de sept ans que la croyance populaire, influencée par les règles religieuses, appelle l'âge de raison. Le juge devra, dans chaque cas, apprécier le développement physique et intellectuel de l'enfant, en tenant compte de toutes les circonstances utiles et spécialement de la nature de l'acte dommageable qui sert de fondement à l'action en responsabilité.* »[108].

On comprend que la jurisprudence donne des appréciations variables en ce qui concerne le discernement des enfants.

Un arrêt a décidé ce qui suit : « *Le discernement entraînant la capacité aquilienne peut très bien exister chez un enfant qui est incapable de contracter ou incapable pénalement ; (...) dans les rares cas où l'enfant est infans au sens étymologique du terme, la question ne se pose généralement pas, l'enfant n'ayant pas de discernement et, parfois, même pas de volonté et n'étant que l'instrument de l'acte ; (...) cependant, à trois ou quatre ans, un enfant normal peut déjà raisonner et généraliser* »[109].

Un autre arrêt a décidé qu'un enfant de cinq ans qui blesse un autre enfant dans la cour de récréation d'une école avec une bouteille et qui après cela s'enfuit, est pleinement conscient de ce qu'il ne pouvait pas accomplir cet acte, de telle sorte qu'il doit être tenu pour responsable moralement et psychiquement de cet acte délictueux[110].

Il faut toutefois reconnaître que, généralement, les tribunaux considèrent qu'en-dessous de six ans, l'enfant n'a pas encore un discernement suffisant[111].

A partir d'un certain moment, on va considérer au contraire que l'enfant a certainement « l'âge du discernement ». C'est le cas pour un enfant de huit ans et demi[112], de neuf ans[113] et *a fortiori* pour des enfants de onze ans[114], de douze ans[115], de quatorze ans[116] et de quinze ans[117].

Entre cinq et neuf ans, il y a une période d'incertitude. Pour certains juges, un enfant de sept ans

---

[108] R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 1967, t. I, n° 2306.
[109] Liège, 23 octobre 1973, *Pas.*, 1974, II, 66.
[110] Anvers, 25 juin 1975, *L.R.L.*, 1977, 109.
[111] Corr. Liège, 25 novembre 1991, *Bull. ass.*., 1993, 60 et la note ; Civ. Turnhout, 12 mars 1990, *Turnh. Rechtl.*, 1991, 59.
[112] Civ. Malines, 27 avril 1987, *R.W.*, 1988-89, 25.
[113] Anvers, 20 mai 1975, *Bull. ass.*., 1975, 505.
[114] Civ. Termonde, 3 mars 1995, *T.G.R.*, 1995, 169.
[115] Civ. Bruxelles, 28 mars 1989, *R.G.D.C.*, 1990, 247 ;- Corr. Louvain, 25 juin 1991, *Bull. ass.*, 1991, 946.
[116] Bruxelles, 12 mai 1990, *R.G.A.R.*, 1992, n° 11992.
[117] Anvers, 13 février 1991, *R.G.A.R.*, 1993, n° 12198.

n'est pas encore capable de discernement[118], tandis que d'autres considèrent que l'enfant a un discernement suffisant à sept ans[119] ou lorsqu'il est « *en âge d'école primaire* »[120].

En revanche, un arrêt a décidé qu'un enfant de neuf ans n'est « *pas encore tout à fait arrivé à l'âge du discernement* »[121].

- S'il y a discernement : responsabilité entière : empêche un adulte, qui suite à un événement imprévu (crise cardiaque) commet une faute, mais il faut qu'il n'y ait pas de faute antérieure. Ex. : un adulte ivre prenant le volant n'a plus de discernement mais ne peut invoquer cet élément car il a provoqué son état d'ivresse.

- S'il n'a pas discernement[122] : pas de responsabilité personnelle de l'enfant mais son « **acte objectivement illicite** »[123] peut entraîner la responsabilité de ses parents (*art. 1384, al. 2 C. civ.*). Même dépourvu de capacité aquilienne, le mineur peut causer au tiers un dommage qui engagera la responsabilité des parents, si le préjudice est la conséquence d'un acte illicite du mineur, c'est-à-dire « *un acte causant un dommage à autrui qui a pour auteur le mineur et que celui-ci n'avait pas le droit de commettre* »[124]. Est consacrée la théorie de **l'acte objectivement illicite**. Cette théorie est également d'application lorsque l'enfant est confié à la surveillance d'un instituteur (*art. 1384, al. 4 C. civ.)*, la responsabilité de celui-ci est engagée lorsque l'enfant a commis un acte objectivement illicite qui cause à autrui un dommage[125].

  De même les anormaux et déments sont, en principe, irresponsables car ils ne peuvent commettre une faute sauf s'ils commettent une faute dans un intervalle lucide (*art. 1386bis C. civ.*).

2° *L'article 1386bis du Code civil.*

Les travaux préparatoires de la loi s'expriment en ces termes : « *Bien entendu, dans notre pensée, il ne s'agit de rien moins que d'une responsabilité. L'intitulé même du projet de loi, qui parle de la réparation d'un dommage et non pas d'une responsabilité du dément, nous confirme dans notre opinion. Le dément ne saurait être responsable, puisqu'il lui manque à la fois l'intelligence qui discerne et la volonté qui agit* »[126].

Il s'applique de responsabilité extracontractuelle et ne s'applique pas en matière contractuelle car cette dernière est fondée sur la faute du débiteur : « *L'acte d'une personne se trouvant au moment où elle l'accomplit dans un état grave de déséquilibre mental la rendant incapable du contrôle de ses actions, ne peut être considéré comme ayant lieu par la faute de cette personne ni comme engageant, dès lors, sa responsabilité contractuelle* »[127].

---

[118] Civ. Furnes, 12 mai 1989, *Dr. Circ.*, 1990, 91.
[119] Civ. Nivelles, 20 mars 1985, *R.G.D.C.*, 1987, 86.
[120] Civ. Liège, 23 avril 1993, *R.G.A.R.*, 1994, n° 12370.
[121] Bruxelles, 22 février 1989, *Bull. ass.*, 1990, 168, note LAMBERT.
[122] Cass., 30 mai 1969, *Pas.*, 1969, I, 879 ; *R.G.A.R.*, 1970, n° 8416, note GROSSMAN ; *R.C.J.B.*, 1970, 36, note R.O. DALCQ.
[123] Théorie développée par la Cour de cassation et confirmée. A ce sujet, R.O. DALCQ, *Traité*, t. I, n° 1609 à 1618 ; Cass., 28 octobre 1971, *Pas.*, 1972, I, 200, et les conclusions du Procureur général Ganshof van der Meersch.
[124] Cass., 7 mars 1957, *Pas.*, 1957, I, 806, et les conclusions du Procureur général Hayot de Termicourt ; *J.T.*, 1957, 276, note R.O. DALCQ ; *R.C.J.B.*, 1959, 18, note A. LAGASSE.
[125] Cass., 4 décembre 1970, *Pas.*, 1971, I, 311.
[126] M. ORBAN, Rapport au Sénat, *Pasin.*, 1935, 308, col. 1. (Loi du 10 avril 1935).
[127] Cass., 29 novembre 1984, *Pas.*, 1985, I, 399.

Elle suppose que la personne se trouve « *en état de démence ou dans un état grave de déséquilibre mental ou de débilité mentale la rendant incapable du contrôle de ses actions* ». Il faut donc une maladie mentale et que l'intéressé ait perdu le contrôle de ses actions.

La jurisprudence considère qu'il n'est pas requis que la personne considérée soit totalement incapable de faire ou de dire la moindre chose sensée ; il faut, mais il suffit, qu'il existe une atténuation sérieuse du contrôle, par l'individu, de ses actes[128].

En outre, il faut que cet état grave soit persistant ainsi lorsque le malade mental est dans un intervalle de lucidité, l'article 1382 du Code civil doit s'appliquer. « *La loi du 16 avril 1935, en effet, n'a eu pour but que d'améliorer la situation de la victime et non celle des déments. Elle n'a pas entendu soumettre ces derniers à un régime général nouveau, plus favorable que celui du droit commun. Elle n'a voulu remédier qu'aux inconvénients du droit commun, lorsque celui-ci impose le principe de l'irresponsabilité* »[129].

La Cour de cassation l'a exclu en cas : d'affection cardiaque soudaine, de soudaine et passagère obnubilation de conscience due à un accident vasculaire cérébral survenue chez un conducteur qui a créé un accident de la route[130].

Une jurisprudence majoritaire considère que le malaise dont un conducteur a été victime, laisse subsister sa responsabilité lorsque ce conducteur ne pouvait ignorer qu'il risquait d'avoir un malaise au volant[131].

Un jugement a retenu, dans le chef d'un conducteur de soixante ans victime d'un incident cardiaque, une faute consistant dans le fait de ne pas s'être « *immédiatement arrêté* » dès le premier malaise, « *alors que les maladies du cœur et leurs symptômes sont notoires* »[132].

Certains arrêts décident que, pour un épileptique, l'imprévisibilité de la crise ne porte que sur le moment où celle-ci peut survenir et non sur la probabilité de sa survenance ; en décidant néanmoins de prendre le volant, l'intéressé a commis une faute qui engage sa responsabilité[133] .

Pour conclure, cette jurisprudence ne peut bien entendu s'appliquer que si l'intéressé avait connaissance ou pouvait avoir connaissance de la gravité de son état[134].

La Cour considère que "*art. 1386bis du Code civil* ne vise que les malades mentaux susceptibles de tomber sous l'application de la loi de défense sociale".

Deux caractéristiques de cette disposition :

- il prévoit la possibilité d'octroyer réparation d'un préjudice suite à un acte qui aurait été qualifié de faute s'il n'avait pas été commis par un malade mental,

---

[128] Liège, 24 mars 1995, *Bull. ass.*., 1995, 426, note M. LAMBERT ; Liège, 27 janvier 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 1030.
[129] H. DE PAGE, *Traité*, t. II, n° 916-B.
[130] Cass., 20 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, 1217 ; *R.G.A.R.*, 1980, n° 10292 ; Cass., 24 avril 1980, *R.G.A.R.*, 1981, n° 10291, note R.O. DALCQ ; *Pas.*, 1980, I, 10055.
[131] Voy. notamment, Mons, 21 mars 1978, *R.G.A.R.*, 1979, n° 10031.
[132] Comm. Louvain, 21 janvier 1969, *R.G.A.R.*, 1970, n° 8532 ; Pol. Bruxelles, 2 mai 2003, *Bull. ass.*, 2004, 319.
[133] Bruxelles, 19 mai 1994, *Bull. ass.*, 1994, 557 ;- Anvers, 20 mai 1988, *R.W.*, 1989-90, 750, note R. VERSTAETEN ; Corr. Nivelles, 8 mai 2003, *Bull. ass.*, 2004, 313.
[134] Bruxelles, 7 novembre 1989, *R.W.*, 1989-90, 1263 ; Bruxelles, 27 octobre 1981, *R.G.A.R.*, 1983, n° 10608 ;- voy. aussi *a contrario* : Anvers, 5 mai 1975, *R.G.A.R.*, 1976, n° 9583.

- il donne au juge un pouvoir d'appréciation souverain quant aux circonstances et montant de la réparation.
  - condamner le dément à tout ou partie[135] de la réparation[136].
  - prendre en considération la situation matérielle[137] de la victime et du dément.
  - accorder les délais pour le paiement de l'indemnité fixée selon *l'équité*.

En pratique :

> Lorsque le juge condamne un mineur, en raison de son état mental, à réparer seulement une partie du dommage causé par lui, cette limitation ne bénéficie qu'à l'enfant atteint de déséquilibre mental. Elle ne bénéficie pas à ses parents qui restent tenus de réparer l'intégralité du dommage causé par leur enfant dément[138].
>
> Lorsque le juge considère que les faits mis à charge du prévenu sont établis, mais que celui-ci se trouvait en état de démence au moment des faits et qu'ensuite il acquitte le prévenu en application de la cause élusive de faute prévue à l'article 71 du Code pénal, il n'est pas libéré de son obligation de statuer sur l'action civile de la partie civile régulièrement constituée sur la base de l'article 1386*bis* du Code civil[139].

b La volonté libre : les faits justificatifs :

Il ne peut y avoir faute chaque fois que l'intéressé n'a en fait plus le contrôle de ses actes. On peut se prévaloir d'un fait justificatif, c'est-à-dire « *toute circonstance externe à condition qu'elle soit imprévisible et invincible et qu'elle soit indépendante de la libre volonté du défendeur en responsabilité* ».

En principe, la légitime défense, état de nécessité, ordre de l'autorité, contrainte morale[140][141], violence invincible[142], … sont des causes exonératoires de la responsabilité.

---

[135] Le Tribunal de Namur du 18 janvier 1990, a mis la majeure partie de la responsabilité à charge de la victime qui était l'amant de l'épouse d'un débile mental qui a blessé son rival après l'avoir trouvé avec sa femme dans des circonstances douteuses (Civ. Namur, 18 janvier 1990, *R.G.A.R.*, 1992, n° 11975).

[136] Cass., 18 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 171 : « *L'article 1386bis du Code civil confère au juge le pouvoir de condamner l'auteur à tout ou partie de la réparation à laquelle il serait astreint s'il avait eu le contrôle de ses actes et de statuer à cet égard selon l'équité en tenant compte des circonstances et de la situation des parties* ».

[137] Le juge peut prendre en considération la situation matérielle respective de la victime et du dément. Lorsque la réparation du dommage hypothéquerait trop lourdement la situation financière du dément, le juge peut décider qu'il n'y a pas lieu à réparation (Civ. Hasselt, 6 décembre 1990, *R.G.A.R.*, 1991, 86). Le juge peut également tenir compte de l'existence d'une assurance (Gand, 21 avril 1989, *R.W.*, 1989-90, 886, note M. DAMBRE). La Cour de cassation a rappelé à cet égard que l'assureur de la responsabilité civile automobile doit couvrir toutes les responsabilités et toutes les obligations de réparation prévues par la loi, en ce compris l'obligation de réparation instituée par l'article 1386*bis* du Code civil (Cass., 24 juin 1965, *Pas.*, 1965, I, 1160 ; *R.G.A.R.*, 1967, n° 7789).

[138] Cass., 18 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, 171 ; *J.L.M.B.*, 1991, 758, note D. PHILIPPE ; *R.G.A.R.*, 1992, n° 12016.

[139] Cass., 1er février 2000, *R.W.*, 2000-01, 493.

[140] Elle consiste dans la menace d'un mal grave et imminent. Selon la Cass., 15 décembre 1969, *Pas.* , 1970, I, 146 : « La contrainte est un mal qui doit être injuste et exister en dehors de toute faute antérieure imputable à l'agent ». Cette menace doit constituer une force irrésistible qui annihile le libre arbitre de l'auteur dont le pouvoir de décision est totalement anéanti et qui ne dispose pas d'un moyen quelconque d'éviter l'acte illicite. Voy. Cour mil., 10 janvier 1947, *J.T.*, 1947, 137 ; Corr. Liège, 21 mars 1980, *J.L.*, 1981, p. 37 ; Cass., 22 décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 548 ; Cass., 15 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, 264.

[141] N'a pas été considéré comme une contrainte, un conducteur qui n'avait pas réintégré la prison après un congé pénitentiaire et qui avait été cerné par des voitures de gendarmerie, a tenté de s'évader en fonçant sur un gendarme qu'il a grièvement blessé. Voy. Bruxelles, 30 juin 1999, *T.A.V.W.*, 1999, p. 204.

[142] L'ignorance ou l'erreur invincible, qu'elle soit de droit ou de fait, est une cause de justification en matière pénale (Cass., 10 juillet 1946, *Pas.*, 1946, I, 293 ; Cass., 6 octobre 1952, *Pas.*, 1953, I, 37 ; R. LEGROS, « L'erreur de droit en droit pénal », *Rev. dr. intern. comp.*, 1954, 297 et s. Sur l'appréciation de l'erreur invincible en matière

Par contre, l'erreur de droit n'est une cause de justification que si elle est invincible, c'est-à-dire s'il peut se déduire des circonstances de la cause que l'auteur du dommage a agi comme l'aurait fait toute personne prudente et raisonnable[143].

2) La violation d'une norme générale de prudence :

La faute peut prendre la forme :

- de la méconnaissance d'une disposition légale ou réglementaire imposant un comportement suffisamment précis
- d'un manquement au devoir général de prudence qui s'impose à tous.

Le critère de faute :

La faute extracontractuelle, *culpa levissima in abstracto,* s'apprécie par rapport au critère d'une personne diligente et prudente : **c'est tout écart de conduite par rapport au comportement de quelqu'un normalement diligent et prudent** (personne normalement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances de fait).

Cela dépend de l'appréciation du juge :

- le juge doit toujours examiner toutes les circonstances concrètes de la cause[144] et en tenir compte (donc se prononce, dans cette mesure, *in concreto*).
- le standard de la personne diligente et prudente a un contenu variable en réalité : comportement d'un profane sera apprécié différemment du comportement du professionnel. Ex. : responsabilité avocat sera appréciée en fonction du comportement qu'aurait adopté un avocat normalement prudent diligent, de même qualité, placé dans les mêmes conditions.

La Cour de cassation résume dans un arrêt du 5 juin 2003[145] : « ***le comportement de référence est celui qu'aurait dû adopter une personne exerçant la même fonction et ayant la même qualification que celle dont la responsabilité est recherchée*** ». Pour apprécier la faute, le juge doit se placer au moment où le comportement dénoncé a été adopté en faisant abstraction des suites de celui-ci.

La faute s'apprécie de manière marginale c'est-à-dire que le juge ne peut pas comparer le comportement du défenseur avec celui que lui, juge, aurait eu mais doit le comparer avec le ou les

---

disciplinaire : Cass., 13 juin 1980, *J.T.*, 1981, 157). Elle s'applique en matière de responsabilité civile (Au sujet de l'influence du droit pénal sur la théorie des faits justificatifs en responsabilité civile, voy. J. LIMPENS, R. KRUITHOF et A. MEINERTZHAGHEN-LIMPENS, International Encyclopedia of comparative law, vol. XI, Torts, chap. 2, « Liability for one's own act », n° 165 à 192 ; H. L. & J. MAZEAUD et A. TUNC, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, Paris, Montchrestien, t. I, 6e éd., n° 488.) et la bonne foi de l'auteur ne suffit pas à établir le caractère invincible de l'erreur (Cass., 15 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, 261).

[143] A ce sujet, voy. Cass., 17 mai 1978, *Pas.*, 1978, I, 1056 ; Cass., 8 janvier 1996, inédit, Axa Belgium c/ Frère ; Cass., 10 avril 1975, *R.C.J.B.*, 1978, 198, note COIPEL. ; Cass., 7 mai 1991, *Pas.*, 1991, I, 791 ;Cass., 19 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, 1143 ; Trib. trav. Bruxelles, 26 février 1993, *J.T.T.*, 1994, 417 ; Cass., 25 octobre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, 638 ; *J.T.T.*, 2005, 106, conclusions J.F. Leclercq, *Pas.*, 2004, I, 1667 ; Cass., 23 juin 2005, inédit, RG C.04.0160.F ; Cass., 16 septembre 2005, inédit, RG C.04.0276.F disponible sur www.juridat.be.

[144] Voy. Liège, 3 nov. 2016, 2015/RG/1121, disponible sur www.juridat.be qui reprend en matière de responsabilité d'un animal : « *Le critère de l'homme normalement prudent et diligent doit être interprété de manière raisonnable et doit être apprécié en tenant compte des circonstances particulières de la cause. Une erreur de conduite ne constitue pas nécessairement une faute* » (en ce sens B. DUBUISSON et alii, « La responsabilité civile », chronique de jurisprudence, 1996-2007, Vol. I : Le fait générateur et le lien causal, in Les dossiers du journal des tribunaux, numéro 74, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 28 à 30).

[145] Cass., 5 juin 2003, *Pas.*, 2003, p. 1030 (*cf.* recueil de jurisprudence).

comportements qui auraient pu être adoptés par une personne normalement prudente et diligente de même qualité, placée dans les mêmes conditions.

Négligences, imprudences, abstentions coupables peuvent être sanctionnées, et non seulement les actes accomplis dans le but de nuire à autrui. Donc, la faute ne requiert ni fait intentionnel, ni fait positif.

2. *Les responsabilités complexes :*

Cas de responsabilité du fait d'autrui ou du fait d'une chose : En général, elle se fonde sur une présomption de faute (réfragable ou irréfragable).

A. *Les responsabilités du fait d'autrui*

Les responsabilités supposent une faute ou au minimum un acte objectivement illicite dans le chef de celui dont on doit répondre.

① Les responsabilités complexes du fait d'autrui fondées sur une présomption **réfragable**

[a] *Art. 1384 al. 2 Code civil* – responsabilité des parents du chef de leurs enfants mineurs

L'article 1384 al. 2 du Code civil fait peser sur les parents des enfants mineurs[146] et non-émancipés au moment des faits litigieux une présomption de responsabilité au cas où par leur faute-fait objectivement illicite, les enfants ont causé un dommage. La présomption pèse sur le père et la mère : exclusion des parents les plus éloignés, sont tenus *in solidum*.

L'article 1384, al. 2 Code civil repose sur une **double présomption** : présomption **réfragable** :

- défaut de surveillance : les parents devront démontrer qu'ils ont bien surveillé leur enfant.
- défaut d'éducation : puis démontrer qu'ils l'ont bien éduqué.

Le juge du fond doit, dans chaque cas, en fonction des éléments de la cause, apprécier la situation :

- **défaut de surveillance** : il est constant que le devoir de surveillance s'apprécie raisonnablement en fonction du critère de la personne diligente et prudente (surveillance d'un bébé différente de celle d'un adolescent). On admet que cette surveillance peut cesser quand les parents ont confié l'enfant à l'école mais tout dépend des circonstances.

---

[146] Voy au sujet d'enfants mineurs placés. La Cour d'appel de Mons va considérer : « *L'alinéa premier de l'article 1384 du Code civil contient un principe général de responsabilité du fait d'autrui. Sur la base de ce principe, l'établissement agréé pour héberger, moyennant subvention des pouvoirs publics, des jeunes en difficultés et les faire bénéficier d'un encadrement suffisant pour que puissent être poursuivis un projet éducatif et une observation par une équipe pluridisciplinaire, doit répondre du fait fautif des mineurs d'âge qui lui ont été confiés. Cette présomption de responsabilité porte non seulement sur la faute mais aussi sur le lien de causalité entre cette dernière et les dommages subis par la victime des actes desdits mineurs* » (Mons, 27 décembre 1995, *R.G.A.R.*, 1996, n° 12578, note T. DEMESSE). **Par contre**, un pourvoi sera formé et la Cour de cassation du 19 juin 1997 va décider : « *L'article 1384 du Code civil n'établit pas de principe général de responsabilité du fait d'autrui qui serait contenu dans son premier alinéa, mais des régimes particuliers énumérés de manière exhaustive dans les alinéas suivants* », *J.T.*, 1997, 582 ; *Pas.*, 1997, I, 700 ; *R.C.J.B.*, 1998, 587, note R.O. DALCQ ; *R.W.*, 1998-99, 148, note A. VAN OEVELEN ; *R.G.D.C.*, 1997, 829 ; *R.G.A.R.*, 1997, n° 12852 ; *J.L.M.B.*, 1997, 1122, note T. PAPART.

- **défaut d'éducation** : les parents pourront renverser la présomption de mauvaise éducation en démontrant que leur enfant avait un comportement équilibré et normal, suivait normalement l'école et était entouré de leurs soins.

Il se peut qu'un seul parent renverse la présomption de responsabilité (si au moment des faits, l'enfant est sous la surveillance d'un seul parent et que l'autre démontre qu'il a bien exécuté son devoir d'éducation.

b *Art. 1384 al. 4 du Code civil* – responsabilité des instituteurs du chef de leurs élèves et des artisans du chef de leurs apprentis[147]

Elle suppose une faute ou au minimum un fait objectif dans le chef de l'élève ou de l'apprenti dont l'instituteur ou l'artisan doit répondre qui ait causé un dommage à un tiers.

- **Notion d'instituteur** : traditionnellement, "toute personne qui dispense un enseignement et qui dans le cadre de celui-ci exerce ou peut exercer en même temps une surveillance sur les élèves qui lui sont confiés". Notion d'enseignement au sens large, c'est-à-dire toute communication d'une instruction soit scientifique, artistique, professionnelle, morale ou sociale.
  Ex. : moniteurs sportifs, auto-école, maîtres de stage, éducateur d'un centre médico-pédagogique[148], les éducateurs d'un centre ayant pour objectif de donner aux enfants des structures morales ou sociales favorables à une réinsertion[149], professeur de gym[150], ...

  Mais il faut qu'il y ait une mission d'enseignement : chefs scouts, surveillant de piscine sont exclus.
- **Notion d'artisan** : personne qui enseigne un métier à un apprenti : l'artisan n'est donc pas traité comme un commettant alors que son apprenti est, en principe, un préposé.

Le dommage doit être causé pendant le temps où l'élève ou l'apprenti est sous la surveillance de l'instituteur ou de l'artisan (peu importe qu'elle s'exerce dans l'extérieur d'un bâtiment prévu pour enseigner). Attention, l'élève qui fait l'école buissonnière n'est pas en règle sous la surveillance de son professeur dès lors, sa responsabilité ne pourrait donc pas être engagée sur la base de *l'art. 1382 du Code civil*.

La tradition admet qu'instituteurs/artisans peuvent renverser la présomption de responsabilité en démontrant qu'ils n'ont pas commis de faute dans leur surveillance.

[147] Exemple où l'article 1384, al. 4 ne s'applique pas néanmoins, les instituteurs agissant dans la surveillance de la cour de récréation qui est une tâche complémentaire à leur mission d'enseignement ont donc agi comme organe de la Commune, Trib. civ. Dinant, 19 mai 1976 (*cf.* recueil de jurisprudence).
[148] Cass., 3 décembre 1986, *J.T.*, 196 ; *R.G.A.R.*, 1987, n° 11249.
[149] Liège, 16 novembre 1994, *J. dr. jeun.*, 1995, n° 143, 128.
[150] Liège, 23 mars 2006, 2005/RG/1124 (*cf.* recueil de jurisprudence).

② Les responsabilités objectives du fait d'autrui fondées sur une présomption **irréfragable**

La responsabilité du maître et du commettant (*art. 1384, al. 3 C. civ.*)[151] :

Les maîtres et les commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposé dans le cadre des fonctions auxquelles ils les ont employés.

Le fondement est donner une garantie aux tiers conjugués avec une présomption irréfragable de faute dans le choix du préposé ou dans la surveillance de celui-ci. Dès lors, la création d'une responsabilité objective car la présomption est irréfragable.

Pour l'application de *l'art. 1384, al. 3 du Code civil*, il faut :

- que le préposé ait commis une faute ayant causé un dommage à autrui
- qu'il y ait effectivement un lien de subordination
- que la faute soit commise alors que le préposé exerçait les fonctions[152] auxquelles il était employé.

Le préposé est dans un lien de subordination par rapport au commettant. Par conséquent, ce lien existe dès qu'une personne peut, en fait, exercer son autorité et sa surveillance sur les actes d'une autre personne.

Le lien de subordination :

- résulte le plus souvent de la nature du contrat liant les parties (ex. : contrat de travail implique un lien de subordination). En droit social, la simple contestation que le travailleur a une grande autonomie ne suffit pas à exclure l'existence de ce lien qui peut se caractériser par le pouvoir de l'employeur de donner des directives quant à l'organisation du travail (lieu/temps/...). Ex. : médecin peut être employé.
- résulte d'une situation de fait, de même un contrat prévoyant l'exclusion de tout lien de subordination n'empêche pas que dans certains cas, l'une des parties est momentanément le préposé de l'autre.

Il faut apprécier le lien de subordination au moment où le dommage est causé : une même personne pouvant momentanément être passé de l'autorité et surveillance d'un premier commettant à celle d'un autre. Ex. : cas de prêt de personnel : la Cour de cassation estime que l'ouvrier qui, sur ordre de son employeur, exerce des activités pour un tiers agit comme préposé de celui-ci et non de son employeur s'il exerce ses fonctions sous l'autorité/surveillance du tiers.

Cet arrêt met fin à une controverse par une simple application de l'idée que le lien de subordination de *l'art. 1384, al. 3 du Code civil* s'apprécie en fonction de toutes les circonstances de la cause ne se déduit pas nécessairement des seules dispositions contractuelles liant les parties.

---

[151] Voy. Cass., 20 juin 2008, C.2006.210.F (*cf.* recueil de jurisprudence) : « Le dommage causé au commettant par son préposé n'est pas un dommage causé à un tiers ; une partie à une convention ne saurait davantage être un tiers par rapport à celle-ci » et Cass., 15 septembre 1988, RG 8070, *Pas.*, 1989, I, n° 28.

[152] Voy. Cass., 19 septembre 2008, C.2007.317.N (*cf.* recueil de jurisprudence) : « Pour l'application de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil requérant que l'acte illicite ait été accompli dans les fonctions du préposé, il suffit que cet acte soit commis dans la fonction et soit, même indirectement et occasionnellement, en relation avec ladite fonction; la seule circonstance que l'acte illicite, fût-ce une infraction, ait été commis intentionnellement ou sans l'accord du commettant, ne suffit pas pour décider que son auteur n'a pas agi dans les fonctions auxquelles il était employé (1); la seule circonstance que l'infraction a été commise en-dehors des heures de service et que seuls les actes préparatoires ont été réalisés au cours des heures de service ne suffit pas davantage pour décider que l'auteur n'a pas agi dans les fonctions auxquelles il est employé. (1) Cass., 11 décembre 2001, RG P.00.0688.N, n°692 ».

Pour engager la responsabilité du commettant sur base de *l'art. 1384, al. 3 du Code civil*, il faut :

- une faute, un acte dommageable du préposé dans l'exercice de ses fonctions et un lien, même indirect/occasionnel avec ces fonctions.

- conditions sont appréciées de manière large par la jurisprudence :

  - chauffeur de taxi qui après ses heures normales de travail fait encore une course irrégulière peut engager la responsabilité de son patron par le dommage occasionné pendant celui-ci.
  - interruptions de travail = généralement considérées comme du temps de travail.
  - quand l'acte dommageable se produit manifestement en dehors des heures de travail, il n'y a pas de responsabilité du commettant tel sera le cas du chauffeur de taxi après avoir terminé son travail et rentré la voiture au garage, il vient emprunter celle-ci pendant la nuit pour son usage personnel ; de même du chauffeur de camion qui doit livrer des bières à Ostende et fait un détour Blankenberge pour se détendre et cause un accident.

Paradoxalement la jurisprudence considère qu'il y a lien avec les fonctions en cas d'abus de fonction quand le tiers ne pouvait se rendre compte de cet abus[153]. L'abus de fonction peut être définit comme le fait d'utiliser des fonctions à des fins personnelles.

Ex. : la banque est responsable de ses gérants de succursales et agents qui ont commis des détournements quand ils apparaissent comme des préposés aux yeux des tiers sauf à démontrer la preuve par le commettant que le préposé a agi sans autorisation et exercé des fonctions étrangères auxquelles il avait été employé.

B. *La responsabilité complexe du fait de la chose*

① La responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde (*art. 1384, al. 1 C. civ*)[154]

a Généralités

L'article 1384, al. 1 du Code civil l'énonce en terme généraux : « *on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre et des choses que l'on a sous sa garde* ». Ce texte n'avait pas, à l'origine, pour but d'introduire un régime général de responsabilité des choses que l'on a sous sa garde. Il se bornait uniquement à annoncer les cas de responsabilité :

- du fait d'autrui (*art. 1384 C. civ.*).
- des animaux (*art. 1385 C. civ.*).
- des bâtiments (*art. 1386 C. civ.*).

Avec l'industrialisation de la société pendant le 19ème, beaucoup d'accidents causés par machines/engins sont survenus sans qu'on puisse démontrer une faute. Dès lors, pour venir en aide aux victimes, jurisprudence a construit au départ de la disposition finale de *l'article 1384, al. 1er du Code civil* **un régime général de la responsabilité objective**[155] du gardien d'une chose qui occasionne un dommage.

---

[153] A ce sujet, il faudra se référer à la théorie du mandat apparent, *cf. infra.*

[154] Voy. Liège, 19 décembre 1968 au sujet de la chute d'un arbre ; Liège, 20 avril 2006, 2001/RG/686 concernant une chute sur un sol mouillé de la Ville de Namur (*cf.* recueil de jurisprudence) ; Cass., 30 juin 2003, RG C.00.0726.F, *Pas.*, 2003, I, n°70 concernant la pression d'un vérin stabilisateur d'un camion de forage.

[155] Voy. notamment T. DEMESSE, « Article 1384, alinéa 1 du Code civil : rien de nouveau ? Le principe général de la responsabilité aquilienne du fait d'autrui », RGAR, 1991, n° 11854 ;- J.L. FAGNART, « L'interprétation de l'article 1384, alinéa 1 du Code civil en droit belge », in Les obligations en droit français et en droit belge.

b Conditions d'application

Il faut démontrer que le défendeur en responsabilité est le gardien d'une chose, affecté d'un vice, qui occasionne à un tiers, victime directe de la chose, un dommage.

Les **trois éléments** caractéristiques de la mise en œuvre de *l'art. 1384, al. 1er Code civil* :

1° **La chose**
Doit être entendu largement : toute chose qui ne constitue ni un animal (*art. 1385 C. civ.*) ni un bâtiment (*art. 1386 C. civ.*) :

- Chose simple c'est-à-dire constituée d'un seul élément (maillon de chaîne, arbre, ...).
- Chose complexe c'est-à-dire constituée d'un ensemble d'éléments (une voiture, une machine, ...).

2° **La garde de la chose**
Le gardien de la chose est celui qui, pour son compte, en use, en jouit ou la conserve avec pouvoir de surveillance, de direction et de contrôle (2 éléments).
Exemples : le locataire est en principe gardien de la chose louée. L'utilisateur d'une chose devient son gardien. Les routes sont sous la garde de l'autorité publique dont elles dépendent. Le voleur est le gardien de la chose volée.
NB : la garde de la chose n'implique pas la propriété.

3° **Le vice de la chose**
Le vice au sens de *l'art. 1384, al. 1 Code civil* ne doit pas nécessairement rendre la chose impropre à son usage[156]. Le vice est donc normalement intrinsèque ou inhérent à la chose[157]. Il peut donc être originel ou acquis par vétusté ou par défaut d'entretien. Exemples : tronc pourri, moteur défectueux, ...

Une fois les conditions de *l'article 1384, al. 1 Code civil* réunies, le gardien est responsable, il ne peut se libérer en démontrant une absence de faute dans son chef. Il ne pourra se dégager que en montrant que le dommage n'a pas été cause par le vice de la chose mais par un cas fortuit.

Convergences et divergences, Bruxelles, Bruylant, et Paris, Dalloz, 1994, 281 et s., spéc. 294, n° 18 à 22 ; I. MOREAU-MARGRÈVE, « Une règle générale de responsabilité délictuelle du fait d'autrui en droit belge ? », in Mélanges offerts à R.O. Dalcq, Bruxelles, Larcier, 1994, 436 et s. ; A. VAN OEVELEN, « Existe-t-il un principe général de la responsabilité extracontractuelle du fait des personnes dont on doit répondre ? », Rev. eur. dr. pr., 1993, 229-239.

[156] Elle a une acceptation différente de la notion de vice de la chose en matière de contrat de vente.

[157] La Cour de cassation résume cette position dans un arrêt du 29 septembre 2006, Pas., 2006, I, n°449 et s. : « *Une chose est affectée d'un vice au sens de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, lorsqu'elle présente une caractéristique anormale qui la rend, en certaines circonstances, susceptible de causer un préjudice* » et Cass., 28 janvier 2005, RG C.02.0272.N, n° 55; voir Cass., 25 avril 2005, RG C.03.0400.N, n° 239. La Cour dans l'arrêt de 2006 d'ajouter « *La caractéristique anormale ne doit pas concerner une caractéristique intrinsèque ou un élément permanent qui est inhérent à la chose et qui n'est pas dû au fait d'un tiers* » et Cass., 28 janvier 2005, RG C.02.0272.N, n° 55, ainsi que Cass., 2 mars 1995, RG C.94.0313.F, n° 130; Cass., 18 octobre 2001, RG C.98.0551.N et 17 janvier 2003, RG C.02.0012.N, et la note signée S. MOSSELMANS, « Het gebrek van de 'samengestelde' zaak », *R.G.D.C.*, 2004, 84-90 et de conclure dans le même arrêt de 2006 : «*Il ne suffit pas pour qu'une chose soit considérée comme étant affectée d'un vice que quelque chose ait été ajoutée à la chose causant ainsi un dommage; il est requis que la chose dans son ensemble présente une caractéristique anormale* » et Cass., 17 janvier 2003, RG C.02.0012.N, et la note signée S. MOSSELMANS l.c.

② La responsabilité du fait des animaux (*art. 1385, al. 1 C. civ.*)

[a] Notion

Art. 1385 Code civil : le propriétaire d'un animal ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé[158].

[b] Conditions d'application

1° Un animal doit être vivant et avoir un gardien, s'applique tant aux animaux sauvages que domestiques. Ex. : abeilles, chien, chat, bovins[159], …

2° L'acte de l'animal qui cause un dommage : l'animal doit donc avoir un rôle actif ce qui n'implique pas nécessairement un contact direct avec la victime[160]. Ex. : le conducteur effrayé par un animal qui aboie cause un accident sans collision avec cet animal.

3° La garde de l'animal[161] : malgré le terme de *l'art. 1385 Code civil*, il s'agit d'une responsabilité qui repose sur le gardien de l'animal : la garde implique l'usage, la direction et le contrôle de l'animal mais on admet que la victime puisse partir du présupposé que le propriétaire en a la garde (celui-ci démontrera le contraire). En principe, la garde doit s'exercer pour son propre compte mais la Cour de cassation a nuancé le principe en 1981 dans une affaire concernant un maître d'équitation préposé du propriétaire du manège.

L'article 1385 du Code civil implique qu'au moment du fait dommageable, le gardien de l'animal en ait la maîtrise. Cela comporte un pouvoir de direction et de surveillance non subordonné, sans intervention du propriétaire. Cette maîtrise de l'animal exige que le propriétaire ait transmis au gardien un pouvoir d'usage égal à celui du propriétaire, condition qui relève de l'appréciation en fait du juge[162].
La Cour a admis que le commettant puisse être tenu *in solidum* avec le maître d'équitation, son préposé, sur pied de l'*article 1384, al. 3 Code civil.*

---

[158] *Cf.* recueil de jurisprudence, J.P. Gembloux, 24 mai 1977 ; Liège, 14 novembre 2005, 2004RG443 ; Liège, 7 novembre 2002, R.G.A.R, 2003, 13737.

[159] Liège, 4 janv. 1989, *J.L.M.B.*, 1991, p. 162 et 163 dans lequel un marchand de bestiaux avait obtenu d'un fermier et ce, sans rémunération, de pouvoir mettre temporairement du bétail dans ses prairies. Parmi le bétail du marchand se trouvait une génisse malade (brucellose). Cette dernière s'est échappée et a sauté les clôtures dont le bon état n'était pas en cause qui avait offert la pâture et ce faisant a rejoint les bêtes du fermier…

[160] A ce sujet, Trib. civ. Bxl, 25 avril 2005, disponible sur www.ejuris.be : « *L'article 1385 du Code civil ne requiert pas un contact direct entre l'animal et la victime. Conformément à la théorie de l'équivalence des conditions, il est nécessaire mais suffisant que le fait de l'animal soit la cause du dommage. La responsabilité du gardien de l'animal peut être engagée si le demandeur prouve que sans le fait de l'animal du défendeur, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé in concreto. Que les circonstances de la cause font en effet clairement apparaître que sans la bagarre entre les deux chiens, et dès lors sans le comportement des deux chiens, le dommage des parties ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit; qu'il est constant que c'est bien la bagarre entre les deux chiens qui est à l'origine de la chute de Mme F. et de la morsure de M. H.; Que le tribunal considère en conséquence que tant la responsabilité de Mme F. que celle de M. H. est présumée sur la base de l'article 1385 du Code civil (RGDC 2007 n° 14285).* »

[161] Le propriétaire d'un animal n'est pas nécessairement le gardien de celui-ci.

[162] En ce sens, Cass., 18 nov. 1993, RG C.93.01.54.F disponible sur www.juridat.be ; NUYTS, A., « Les notions de garde et de gardien d'un animal et d'une chose. Rapprochements et divergences », *R.G.D.C.*, 1995, p. 91-105; Voir Cass., 20 avril 1979, *Bull.* et *Pas.*, 1979, I, 989 ; Cass., 26 juin 1981, RG 3142, *Bull.* et *Pas.*, 1981, I, 1248; Cass., 5 novembre 1981, RG 6425, *Bull.* et *Pas.*, 1982, I, 316, avec les conclusions de M. le procureur général DUMON; Cass., 18 novembre 1983, RG 3907, *Bull.* et *Pas.*, 1984, I, n° 154; Cass., 16 octobre 1986, RG 7448-7517, *Bull.* et *Pas.*, 1987, I, n° 93.

Il n'en demeure pas moins que même si la présomption de responsabilité instaurée par l'article 1385 C. civ. est irréfragable, le gardien de l'animal peut échapper à cette responsabilité en prouvant le cas fortuit ou la force majeure en ce compris la faute de la victime. En l'espèce, en s'aventurant dans une propriété qui lui est inconnue à la recherche d'éventuels occupants et en contournant la maison, alors que personne ne répond à la porte d'entrée, un démarcheur commet une intrusion dont il doit supporter les conséquences.
On ne peut reprocher aux propriétaires d'avoir laissé un chien de garde à l'extérieur de la maison, attaché par une chaîne lui laissant une mobilité de 8 m de rayon, sans avoir donné d'avertissement de sa présence[163].

c Exemples

Ces exemples mettront en évidence la question de la détermination du **gardien** et donc, du responsable du fait de l'animal :

- un chien mord une fillette alors que son propriétaire, parti en vacances, l'avait confié à la garde d'un ami.
- un cheval, confié au maréchal-ferrant, s'échappe et provoque un accident de circulation.
- un troupeau de bovidés, mené par le préposé du fermier, endommage des véhicules en stationnement sur une chaussée.
- Ne commet pas d'acte objectivement illicite l'enfant de 5 ans qui tente de barrer la sortie à un teckel habituellement familier et paisible. La réaction anormale et imprévisible du teckel, qui mordit l'enfant au visage, engage la responsabilité du gardien de l'animal chez qui l'enfant se trouvait en visite[164].

③ La responsabilité du fait de la ruine des bâtiments (*art. 1386 Code civil*)

a Notion

Le propriétaire d'un bâtiment est tenu d'une obligation de garantie car il est responsable du dommage causé par la ruine de son bâtiment quand elle est due à un défaut d'entretien ou à un vice de sa construction[165].

b Conditions d'application

1° Un bâtiment : c'est une construction immobilière avec des matériaux durables fixée/incorporée au sol de manière durable (pas de plantations).
2° Une ruine (qui a causé un dommage à un tiers)
3° Vice ou défaut d'entretien : la ruine doit provenir d'un vice ou d'un défaut d'entretien (exclusion de la force majeure).
4° Un propriétaire : seul le propriétaire est visé par *l'article 1386 Code civil* même si le défaut d'entretien ne lui est pas imputable, avec un recours possible contre la personne responsable.

[163] Voy. Liège, 20 mai 1994, RG F-19940520-8 disponible sur www.juridat.be
[164] Mons, 9 sept. 1994, RG F-19940906-1 disponible sur www.juridat.be
[165] *Cf.* recueil de jurisprudence, J.P Marche-en-Famenne, 23 juin 1977.

c Responsabilité objective

Si les conditions sont réunies, le propriétaire est tenu sans pouvoir démontrer l'absence de faute. Il s'agit d'une responsabilité irréfragable.

d Exemple

Un monument funéraire constitue un bâtiment au sens de l'article 1386 du Code civil. Ledit monument était par ailleurs en ruine au sens de cette même disposition, la chute ou l'effondrement d'une partie des matériaux qui forment le bâtiment étant des éléments suffisants. Le fait que l'effondrement d'une partie du monument funéraire se soit produit après que la victime se soit appuyée sur la stèle en vue de se relever ne constitue pas un élément pertinent[166].

II Le dommage réparable

1. La notion de dommage

Le dommage réparable peut être la perte d'un simple avantage ou la lésion d'un intérêt légitime donc licite.

1) Le dommage doit être certain

Du moins dans son principe, il ne peut être purement hypothétique ou éventuel.

Pour autant qu'il soit certain :

- il peut être futur : il ne doit donc pas être "né et actuel", par exemple perte de revenus futurs.
- il peut être une perte de chance : comme la perte de la chance d'une promotion.

2) Le dommage doit être personnel

Seule la personne qui a subi le dommage peut en demander la réparation (soit personnellement, soit via son représentant légal). Depuis le 1er septembre 2014, notre droit a mis en place "l'action en réparation collective"[167] sous certaines conditions[168].

3) Dommage matériel et dommage moral : le dommage peut consister en

- une atteinte à l'intégrité physique ou patrimoniale d'autrui (dommage matériel).
  Ex. : perte de la chose.
- atteinte à l'intégrité extrapatrimoniale (dommage moral).

4) Dommage direct et dommage indirect

- dommage direct : il atteint la victime directement.

---

[166] Voy. Liège (20ème Ch.), 18 décembre 2014, *J.T.*, 2015/24, n° 6610, p. 525 à 527.

[167] C'est une action judiciaire (art. 633*ter* C. jud.), introduite devant un juge par le représentant d'un groupe de consommateurs, en vue de la réparation d'un dommage subi par ce groupe, en raison d'une même cause (art. XVII. 42 et 52 et s. CDE).

[168] Voy. sur le site internet :
http://economie.fgov.be/fr/consommateurs/action_reparation_collective/#.WNPqJkBsYvU

- dommage indirect : il atteint certaine personne par répercussion. La nature des liens permettant à un tiers de se prévaloir d'un dommage indirect. A titre d'exemple, le dommage matériel ou moral de la famille d'une personne décédée dans un accident.

2. La réparation du dommage :

1) La réparation par équivalent : dommages-intérêts[169], évaluation précise du dommage.

- Le juge doit évaluer ceux-ci de manière précise. Il ne peut évaluer "*ex aequo et bono*" (forfaitaire) que s'il constate que les méthodes précises ne peuvent être utilisées en l'espèce. Uniquement le dommage : le juge ne peut octroyer une réparation supérieure à celui-ci car la responsabilité civile a un caractère indemnitaire et ne peut donc donner lieu à des dommages et intérêts "punitifs". Le juge doit apprécier au moment où il statue.

- Le juge doit apprécier *in concreto* en fonction de toutes les circonstances de la cause (qu'elles soient antérieures ou postérieures au sinistre) et en comparant la situation de la victime avant la circonstance du sinistre avec la situation après cette survenance, et non pas avant ou après la faute, même si la plupart du temps la faute est concomitante au sinistre.

- Le juge ne peut en principe revenir sur sa décision une fois rendue, mais il peut modaliser sa décision pour tenir compte de l'évolution du préjudice dans le futur ou tenir compte des chances de promotion professionnelle de la victime. En réalité, il semble que le juge peut tenir compte d'évènements futurs suffisamment certains qui ne sont pas étrangers à la faute et au dommage.

- La preuve du dommage incombe au demandeur.

- Le juge apprécie l'étendue du dommage en fait.

- Règles usuelles applicables à l'évolution des dommages et intérêts :
  - Distinction de l'invalidité et de l'incapacité (de travail).
  - Incapacité temporaire ou permanente.
  - L'incapacité de travail peut soit comporter une perte de revenus, soit entraîner des efforts supplémentaires pour maintenir ses revenus, soit traduire une perte de valeur sur le marché de l'emploi.

- Règles applicables à l'évaluation du dommage matériel résultant du décès d'une personne :

  - Frais funéraires, perte de revenus subie par un proche.

2) Evaluation du préjudice moral (*ex aequo et bono*)

En général, il y a évaluation forfaitaire soit *ex aequo et bono* en fonction du type de dommage :

- atteinte à l'honneur et à la réputation d'un point de vue purement moral.
- souffrances psychiques de la victime.
- souffrances psychiques des proches.

[169] C'est-à-dire les intérêts moratoires et compensatoires.

III Le lien causal

La Cour de cassation estime qu'un dommage est en relation causale avec une faute quand il est établi que sans cette faute, ce dommage ne serait pas produit tel qu'il s'est réalisé *in concreto*. Le lien causal doit être certain et non hypothétique. Il s'agit de la **théorie de l'équivalence des conditions**[170], qui est certainement la plus favorable à la victime dans la mesure où elle a vocation à multiplier le nombre de responsables et donc à augmenter ses chances d'obtenir la réparation intégrale du dommage. Cette théorie a certainement la faveur de la Cour de cassation : « ***Le lien de causalité entre la faute et le dommage suppose que, sans la faute, le dommage n'eût pu se produire tel qu'il s'est réalisé*** »[171].

IV Les causes d'exonération de responsabilité et les faits justificatifs

1. La force majeure, le cas fortuit ou la cause étrangère :

Le débiteur est libéré de son obligation quand, en raison de circonstances extérieures, (force majeure) il se trouve dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations. En d'autres mots, selon la Cour de cassation du 29 novembre 1999, la force majeure ne peut résulter que d'un événement indépendant de la volonté humaine qu'on a pu ni prévoir ni conjurer[172].

1) Notion :

La force majeure doit :

- être extérieure au débiteur : impossibilité d'exécution, donc, la force majeure doit s'apprécier de manière raisonnable en tenant compte des diligences qu'on attend de chacun.
- consister en un élément qui soit imprévisible et insurmontable l'idée, c'est l'impossibilité d'exécution, donc c'est le caractère insurmontable de la force majeure.

La force majeure a donc un effet libératoire :

- définitif : quand l'impossibilité d'exécution est définitive.
- temporaire c'est-à-dire quand l'impossibilité d'exécution est limitée dans le temps.

2) Les exceptions à l'effet libératoire de la force majeure :

a. La mise en demeure du débiteur : a pour effet un renversement de la charge des risques.
b. Dérogations conventionnelles : peuvent mettre le risque de la force majeure à charge du débiteur.
c. "*Genera non pereunt*" : la force majeure ne libère pas des risques car le débiteur peut toujours se procurer des choses de même genre.

---

[170] Voy. Cass., 28 sept. 1989, RG 8373, n° 63 ; 15 mai 1990, RG 3508, n° 542 ; Cass., 8 oct. 2002, *Pas.*, I, p. 1861.
[171] Il arrive en pratique que le juge du fond applique d'autres théories comme la causalité adéquate en ne retenant que les facteurs les plus importants qui ont contribué au dommage.
[172] Voy. en ce sens, Concernant les conditions d'application de la cause étrangère : Bruxelles, 25 janvier 2000, www.juridat.be : « *La force majeure requiert la survenance après la conclusion du contrat, d'un événement imprévisible et irrésistible, qui rend impossible l'exécution des obligations sans qu'une faute puisse être reprochée au débiteur, qu'elle est une cause de dommage étrangère ou indépendante de ce dernier. Les caractéristiques requises d'un événement, pour qu'il puisse être considéré comme constitutif de force majeure, sont appréciées de manière sévère. Il faut que l'événement soit irrésistible, rendant l'exécution de l'obligation complètement impossible, aussi bien physiquement que juridiquement, que l'obligation soit normalement impossible, eu égard aux circonstances et aux conditions de vie et qu'il soit imprévisible. Il faut que l'intervention de la cause étrangère se réalise d'une manière telle que toute faute du débiteur soit exclue dans les évènements qui l'ont précédée, préparée ou accompagnée* ».

2. Les faits justificatifs :

C'est un concept classique de droit pénal mais qui joue un rôle important en responsabilité civile surtout extracontractuelle. Ce sont toutes les hypothèses dans lesquelles le débiteur perd le contrôle de ses actes ou est soumis à une force irrésistible qui le conduit à adopter un comportement qui aurait été qualifié de fautif s'il lui était imputable.

1) La légitime défense

Elle suppose une agression ou une crainte importante d'agression s'exerçant sur une personne ou sur des biens, qui provoque chez celui qui en est la victime, une réaction qui cause un dommage. Peut se prévaloir de la légitime défense celui qui s'est défendu comme autrui aurait pu le faire, c'est-à-dire comme toute personne normalement diligente et prudente se trouvant dans les mêmes circonstances de fait.

2) L'ignorance ou l'erreur invincible de fait ou de droit

C'est une erreur qu'aurait commise toute personne normalement prudente et diligente placée dans les mêmes conditions : elle est exclusive de faute car celui qui l'a commise s'est comporté comme une personne diligente et prudente. Son acte objectivement critiquable a été commis inconsciemment.

3) L'état de nécessité (*cf.* également *supra*)

Il implique la violation consciente d'une norme pour éviter un dommage actuel et imminent pour soi-même ou pour autrui. Cela suppose que la valeur sociale/morale de l'intérêt sacrifié est inférieure à celle de l'intérêt auquel il a été porté secours. A la différence des autres faits justificatifs, cela suppose un choix délibéré qui est forcé par les circonstances.

4) La contrainte physique ou morale (invincible)

C'est un fait justificatif si invincible, la volonté de l'agent ne doit plus être libre.

5) L'ordre de la loi ou de l'autorité

C'est un fait justificatif si :

- il s'agit d'une forme de contrainte
- toute personne normalement prudente et diligente s'y conforme en principe
- il n'est pas exécuté avec imprudence ou abus de droit
- il émane de l'autorité compétente
- il n'apparaît pas comme manifestement illégal ou opposé à un principe supérieur.

Section III : Les contrats

I Définitions et principes

A. *Définitions*

Selon l'article 1101 Code civil : *« Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner à faire ou à ne pas faire quelque chose »*. La définition de H. De Page[173] est préférable : « *le contrat est un accord entre deux ou plusieurs volontés dans le but de produire des effets juridiques, c'est-à-dire de créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

1° Existence de deux parties au moins

Tout contrat suppose deux parties au moins qui échangent leurs consentements et peu importe que le contrat soit unilatéral ou bilatéral.

Le contrat unilatéral fait naître des obligations pour une seule partie alors que lorsqu'il y bilatéral, ces obligations sont pour les deux parties.

2° Existence de la volonté de créer des effets juridiques

Tout contrat implique la volonté de créer des effets juridiques patrimoniaux. Il s'agit donc selon l'adage latin : « *animus contrahendae obligationis* » c'est-à-dire l'intention de s'engager.

Ne sont pas des contrats :

- un simple engagement mondain. Ex. : si vous voulez, je vous apporterai ce livre.
- Un "*gentleman's agreement*" c'est-à-dire un simple engagement sur l'honneur auquel les parties ne veulent pas donner d'effets juridiques.
- Une simple lettre d'intention dans le cadre de la négociation d'un contrat pour autant qu'il ne résulte pas de ces lettres que les parties aient entendu s'obliger sur tel ou tel point. Tout dépendra du cas d'espèce.

B. *Principes*

Ils sont au nombre de quatre :

- Le principe de la convention-loi
- La liberté contractuelle – le principe de l'autonomie de la volonté
- Le principe du consensualisme
- Le principe de l'exécution de bonne foi

[173] T. II, 3ème éd., n°447.

1° Le principe de la convention-loi[174]

[a] Notion et fondements

Art. 1134 Code civil : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise ... ». Ce principe, c'est l'idée que les parties puissent s'engager par leur seul consentement en toutes matières, sans formalités et en dehors de tout cadre légal organisant un "contrat nommé".

Mais, la force obligatoire des contrats puise sa source dans la loi. L'accord de volonté des parties n'est pris en considération que dans les "conventions légalement formées".

Le contrat a force obligatoire. Lorsque l'on a entendu se lier par convention, on doit exécuter ses engagements, respecter la parole donnée. Le contrat lie les parties comme le ferait une loi. Cette règle assure une certaine sécurité juridique : le cocontractant doit pouvoir compter sur son partenaire, sur le respect des obligations de celui-ci. Ce que l'on a fait à deux, on ne peut le défaire, ni le modifier seul *sauf* dans l'article 1794 du Code civil[175]; la loi sur le bail de résidence principale ; l'abus de droit, ...

En principe, le juge ne pourra pas non plus apporter de modification au contrat, en fonction par exemple de ses conceptions juridiques ou de l'équité sauf pour l'article 1244, al. 2 du Code civil ; l'article 18 de loi sur les baux commerciaux. Au surplus, une exception générale est inscrite à l'article 1780 du Code civil qui interdit les contrats perpétuels.

[b] Portée

1. Ce principe contenu dans l'article 1134 du Code civil implique que le contrat lie les parties dans toutes ses dispositions avec pour conséquences que :

- le juge ne peut refuser de donner à une clause contractuelle l'effet que le contrat a voulu lui donner.
- le juge ne peut refuser d'appliquer une clause contractuelle sous prétexte d'équité ou de simple déséquilibre des prestations.
- le juge ne peut refuser d'appliquer une clause contractuelle en raison de la simple survenance de circonstances imprévisibles.
- le juge ne peut en principe pas ajouter à un contrat des clauses qu'il ne comprend pas.
- en l'absence de disposition légale qui l'y autorise, le juge ne peut, en principe, réviser ou tempérer les obligations du contrat. Il ne peut se substituer aux parties pour combler les lacunes qui affectent la validité du contrat. Exemple : pour déterminer l'objet du contrat.

La loi peut apporter des exceptions à ces principes : par exemple, la Cour de cassation déduit de la gratuité traditionnelle du mandat un principe permettant au juge de réduire le salaire

---

[174] Cass., 20 avril 2006, RG C.03.0084.N/1 *cf.* recueil de jurisprudence.

[175] Dans leur examen de jurisprudence relatif au contrat d'entreprise, M.A. Flamme, PH. Flamme, A. Delvaux et F. Pottier écrivent sous le titre " résiliation unilatérale pour convenance personnelle du maître de l'ouvrage " : « *L'article 1794 s'applique à toutes les louages d'ouvrage, qu'ils aient trait ou non à la construction (...), qu'ils soient ou non passés à forfait - et cela, selon la jurisprudence belge (...), malgré le texte formel de l'article 1794 -, que leur objet soit matériel ou intellectuel (...), pourvu que l'entreprise soit déterminée par son objet (...) sinon par sa durée (...). On ne saurait assez répéter que le fait pour le maître de recourir à l'article 1794 n'est pas constitutif de faute et que l'exercice de la faculté de résiliation unilatérale ne saurait être subordonné à une quelconque justification (...). Toutefois, quoique cette faculté puisse s'exercer à tout moment, même avant le commencement des travaux (...) et bien que l'ouvrage soit déjà commencé (article 1184), la dénonciation d'un marché quasi pratiquement achevé pourrait révéler un abus de droit (...)* ».

du mandataire[176]; *l'art. 1907ter Code civil* prévoit le pouvoir du juge de modérer dans certaines conditions les intérêts d'un prêt.

2. Corollaire du principe : ce qui fut noué à deux peut être dénoué ou modifié de commun accord.
De même, les parties peuvent-elles convenir de la faculté pour l'une ou pour chacune d'elles, de révoquer unilatéralement le contrat dans telles conditions ou d'en modifier telle clause ?

En principe, les contrats ne peuvent être résiliés unilatéralement, mais ce principe comporte beaucoup d'exceptions :

- une règle d'ordre public prévoit que chaque partie d'un contrat de travail à durée indéterminée peut mettre fin à celui-ci moyennant un préavis légal.
- dans les contrats *intuitu personae*, la résiliation peut intervenir pour motif grave quand la poursuite de la relation contractuelle est devenue objectivement impossible suite à une perte de confiance.
- des dispositions légales consacrent des droits de résiliation, unilatérales (maître de l'ouvrage, révocation du mandataire par le mandant[177], par le déposant[178], bail, ...).

c Les tempéraments au principe de la convention-loi

1. Le droit positif montre que ce principe connaît d'importants tempéraments.

Certains résultent de la nature des choses, de l'idée de l'impossibilité d'exécution.
Exemple : caducité des obligations par disparition de leur objet (*art. 1184 C. civ.*).

D'autres résultent du besoin d'équité propre au système et qui apparaît en matière contractuelle au travers de *l'article 1134, al. 3 et de l'article 1135 Code civil.* En effet, **les contrats doivent être exécutés de bonne foi.** Ainsi, *le Code de droit économique, Livre VI* (*art. VI. 83 CDE*) confère à l'acheteur la faculté de renoncer à son achat pendant un délai de quatorze jours, sans donner de motif. (*art. VI. 47 CDE*)[179].
L'article 1944 Code civil énonce que le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, lors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution.
La réduction du salaire du mandataire est aussi une exception.

2° La liberté contractuelle – le principe de l'autonomie de la volonté

La liberté contractuelle est déduite de l'article 2 du Code civil (*anc. art. 6 C. civ.*). Ce principe est classiquement rattaché au principe de "l'autonomie de la volonté".

Le principe de liberté contractuelle a un **triple aspect** :

- les parties sont libres de contracter ou de ne pas contracter.
- les parties sont libres de choisir leur cocontractant.
- les parties sont libres de déterminer librement le contenu de leur accord.

---

[176] Cass., 6 mars 1980, *Pas.*, I, 832 et *R.C.J.B.*, 1982, 519 et note DIRIX, La réductibilité du salaire du mandataire : survivance d'une tradition.
[177] Voy. *supra.* art. 2004 C. civ.
[178] Voy. *supra* art. 1944 C. civ.
[179] Par ailleurs, le consommateur qui passe commande en ligne doit aussi recevoir une information particulière contenue dans les articles XII. 6 et 7 CDE)

Ce principe a des limites :

- 1) les parties ne peuvent pas porter atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs : *anc. art. 6 Code civil*[180]. Les lois seront d'ordre public[181] si elles touchent aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité, si elles sont relatives aux fondements de l'ordre économique, philosophique ou moral d'une société déterminée.

- 2) le droit économique, le droit social et le droit de la consommation ont pris une grande ampleur, ce qui réduit encore la liberté des parties. Son but est la protection de telle partie considérée comme plus vulnérable.

Remarque : la pratique des contrats dits d'adhésion (les contrats d'adhésion sont ceux auxquels l'on adhère sans possibilité d'en discuter le contenu : par ex. : les contrats proposés par le prêteur à tempérament, la compagnie d'assurance, le vendeur professionnel de voitures, ...) va-t-elle à l'encontre de ce principe fondamental ? *Non*, puisque le choix demeure de contracter ou non.
Qu'en est-il de l'obligation légale d'assurer la responsabilité civile à laquelle peut donner lieu l'usage d'un véhicule automoteur[182] ? Le propriétaire d'une automobile conserve le libre choix du cocontractant, de l'assureur.

- 3) lorsque la cause qui a inspiré la convention est illicite c'est-à-dire contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, la sanction sera la nullité de la convention.

- 4) en cas de fraude à la loi : *cf.* le principe de la « *fraus omnia corrumpit* ».

[180] Renuméroté article 2 C. civ.
[181] Les lois impératives protègent certaines catégories de contractants et protègent leurs intérêts privés.
[182] voy. les lois du 1er juillet 1956 et le 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs.

Droit futur : Le principe de la convention-loi et ses conséquences

On le retrouve à la section 4 : Les effets du contrat entre partie, sous-section 1ère : L'effet obligatoire.

L'article 5.72 énonce le Principe de la convention-loi : « *Le contrat valablement formé tient lieu de loi à ceux qui l'ont fait* ».

L'ancien article 1134 est repris tel quel, avec des modifications de pure forme. Par cohérence avec le reste du nouveau Code civil, le terme "conventions" est remplacé par le terme "contrat" dans le nouvel article.

L'article 5.73 vise la modification et résiliation du contrat : « *Le contrat ne peut être modifié ou résilié que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise.*

Lorsque le contrat l'autorise, il peut être modifié ou résilié par une partie ou par un tiers ».

La disposition reprend l'idée énoncée à l'ancien article 1134, alinéa 2. Le terme "résiliation" vise, de manière générale, toutes les causes d'extinction du contrat. Les modalités particulières à certaines causes d'extinction seront réglées dans les dispositions spécifiques s'y rapportant.

La disposition ajoute par rapport au texte initial que le contrat peut être "modifié", non seulement "résilié", du consentement des parties.

Le deuxième alinéa vise la résiliation ou modification du contrat par une seule partie, ou par un tiers, préalablement autorisée par le contrat. Ce texte consacre le principe de la "décision de partie"; le droit accordé par le contrat à une partie ou un tiers de modifier le contrat unilatéralement doit s'exercer dans les limites du principe d'exécution de bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit, et sous la réserve d'un contrôle marginal *a posteriori* du juge.

Cette disposition s'applique sans préjudice des dispositions impératives ou d'ordre public interdisant ou limitant une modification ou résiliation unilatérale du contrat.

> Ex. l'article 25 de la loi relative aux contrats de travail qui prohibe toute clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier unilatéralement les conditions du contrat, ou l'article VI.83, 4°, 5° ou 11° CDE, en matière de clauses abusives.

En cas de modification ou de résiliation par le consentement mutuel des parties, cet accord doit répondre aux conditions de validité de tout contrat.

Ex., il ne doit pas être affecté d'un vice de consentement, il doit respecter les dispositions impératives ou d'ordre public

- quant à son contenu par exemple, à propos de la résiliation d'un contrat de mariage
- quant à sa forme par exemple, à propos de la résiliation amiable d'un contrat de bail à ferme.

La disposition n'envisage pas la question de la forme que doit éventuellement adopter l'accord mutuel ou la décision unilatérale de modification ou de résiliation. Si des conditions de forme ont été prévues dans le contrat pour que le *mutuus dissensus* ou la décision unilatérale de modification ou de résiliation puisse présenter un effet, la question se pose de la sanction éventuelle du non-respect par les parties ou l'une d'entre elles des conditions de forme exigées dans le contrat originaire.

Cette question relève de la preuve du contrat[183].

Art. 5.74. Contenu du contrat : *« Le contrat oblige non seulement à ce qui y est convenu, mais encore à toutes les suites que la loi, la bonne foi ou les usages lui donnent d'après sa nature et sa portée.*

Sauf accord contraire des parties et pour autant que leur nature et leur portée s'y prêtent, les clauses d'un contrat-cadre régissent aussi les contrats d'application ».

La disposition reproduit l'ancien article 1135, en le modifiant sur le plan de la forme :
- « conventions » est remplacé par « contrat » ;
- « exprimé » est remplacé par « convenu », dans la mesure où certaines obligations peuvent être convenues tacitement.

La notion d'équité est supprimée et remplacée par la notion de bonne foi d'ailleurs, l'équité ne peut être utilisée à elle seule par le juge pour compléter ou pour modifier le contrat. Le régime de la bonne foi fait l'objet de l'article 5.76.

Il suffit de souligner ici que cette disposition confirme la fonction complétive de la bonne foi. Les parties contractantes sont tenues des obligations (positives et négatives) qu'une partie contractante raisonnable placée dans les mêmes circonstances aurait assumées, même si ces obligations n'étaient pas exprimées dans leur contrat[184].

L'alinéa 2 consacre les enseignements de la doctrine, tels qu'ils sont confirmés dans l'arrêt prononcé par la Cour de cassation le 22 décembre 2005[185] : « *Une concession de vente exclusive est une convention cadre qui se distingue des conventions d'achat-vente successives qui sont conclues entre le concédant et le concessionnaire au cours de l'exécution de la concession et qui ne s'y identifie pas; cela n'empêche toutefois pas que l'obligation du concédant de fournir au concessionnaire les produits faisant l'objet de la concession résulte directement de cette convention et en constitue un élément essentiel en tant que corollaire du droit de vendre ces produits et implique pour le concessionnaire l'obligation équivalente de vendre ces produits afin de réaliser l'objectif de la concession; lorsque ceci implique que le concessionnaire constitue un stock les droits et obligations qui en sont la conséquence résultent de la concession elle-même* ».

[183] C'est-à-dire la preuve du *mutuus dissensus* ou de la décision unilatérale et de l'interprétation de l'intention des parties.
[184] Voy. p. ex. Cass., 5 juin 2014, *Pas.*, 2014, p. 1422.
[185] *Pas.*, 2005, p. 2587.

3° Le principe du consensualisme

Le principe de consensualisme exprime l'idée que le contrat est valablement formé par le seul échange de consentement, pour autant qu'il ait un objet et une cause licites et que les parties soient capables de s'engager.

Le contrat n'est donc en principe soumis à aucune formalité ou à la remise de la chose, mais la loi peut déroger à cette règle (ex. : *l'article 1392 Code civil* ; les contrats réels comme le prêt à usage *art. 1875 et 1892 C. civ.* et le dépôt (*art. 1919 C. civ.*) ou des contrats solennels comme pour la donation (*art. 931 C. civ.*), la subrogation conventionnelle à l'initiative du débiteur (*art. 1250, 2°, C. civ.*) ou l'hypothèque conventionnelle (*art. 76 de la loi hypothécaire*)). Ces exigences doivent *obligatoirement* être respectées par les contractants.

Au fil des années, le législateur est souvent intervenu vers une augmentation du formalisme - en particulier la rédaction d'un écrit et/ou la communication d'informations - pour la formation valable ont surtout été imposées pour protéger la partie faible au contrat[186]. Comme dans le cadre du crédit à la consommation, du crédit hypothécaire, du contrat de courtage matrimonial et du cautionnement à titre gratuit (*art. 2043quinquies, §§ 1er et 3 C. civ.*) ainsi que le gage consenti par un consommateur devient un contrat solennel (*art. 4, al. 2, de la loi sur le gage*).

Le principe du consensualisme n'exclut pas un régime de preuve réglementé. Il s'applique, en effet, au *negotium* (l'acte juridique) et **non** à *l'instrumentum* (le document qui constate l'opération). Le *negotium* existe valablement, en principe, sans qu'il soit nécessaire de rédiger un *instrumentum*, mais un *instrumentum* est utile, voire nécessaire pour prouver l'existence du *negotium* en cas de contestation.

Le consentement s'exprime valablement par écrit ou verbalement, par courrier ou par téléphone, ... Parfois même, le consentement sera tacite ou pourra résulter du silence. Ce principe assure la rapidité, l'efficacité des relations contractuelles. On sait que consensualisme s'oppose à formalisme (de validité).

Certains textes de loi imposent la rédaction d'un écrit pour que tel contrat soit valablement formé. Dans ce cas, l'écrit constitue une condition de validité de la convention.
Si le contrat ne se réalise pas dans la forme prescrite par la loi, il sera annulable.

D'autres dispositions prescrivent des formes à respecter dans la rédaction d'un *instrumentum* pour que celui-ci puisse constituer une preuve écrite valable en tant que telle. Il s'agit d'un formalisme probatoire.

Enfin, il existe des règles imposant un formalisme d'opposabilité. Un contrat peut être valable entre parties sans qu'aucune forme soit prescrite, mais il n'existera aux yeux des tiers que lorsqu'une formalité aura été réalisée qui le leur rendra opposable.

---

[186] Voy. le "formalisme de protection": H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, 583 p.; S. STIJNS, 1, 2015, 43-44, n° 55; P. WERY, I, 2011, 130, n° 106

Droit futur : Le principe du consensualisme

Dans le nouveau Code civil, le principe du consensualisme est enfin inséré dans un texte légal (art. 5.32) alors qu'il était incontesté dans notre droit des contrats.

« *Le contrat se forme par le seul accord de volontés des parties* ».

L'article 5.33 prévoit les exceptions au principe du consensualisme.

« *Par exception, la loi ou les parties peuvent imposer certaines conditions de forme ou exiger la remise d'une chose.*
Le contrat qui ne respecte pas ces exigences est nul.
Les conditions de forme requises uniquement pour la preuve ou l'opposabilité du contrat n'ont pas d'incidence sur sa validité ».

Cette disposition prévoit la possibilité pour le législateur ou les parties de déroger au principe du consensualisme. Ainsi, les parties peuvent convenir elles-mêmes, en vertu de l'autonomie de la volonté, que leur contrat doit être établi par écrit en vue de sa validité[187]. Elles peuvent également soumettre le contrat à une autre condition de forme ou exiger la remise d'une chose.

L'alinéa 2 précise que la méconnaissance d'une condition de forme ou l'absence de remise de la chose dans un contrat réel est sanctionnée de nullité qui est réglée aux articles 5.60 et s.

L'alinéa 3 met l'accent est mis sur la distinction entre des conditions de forme qui concernent la validité d'un contrat et des conditions de forme qui sont uniquement imposées pour prouver le contrat ou le rendre opposable aux tiers[188].

Pour mémoire : le législateur a également inséré dans le nouveau Code civil l'équivalence fonctionnelle (art. 5.34) tel que prévu à l'article XII 15, §§1er et 2 CDE.

[187] S. STIJNS, 1, 2015, 43-44, n° 55 ; P. WERY, I, 130, n° 106

[188] Pour rappel, lorsque le contrat vise le transfert de propriété d'un bien immobilier, il est également formé "*solo consensu*" et donc sans conditions de forme. L'exigence d'un acte sous signature privé (sous seing privé) ou authentique porte uniquement sur la preuve de la convention (art. 1341 C. civ.). La passation d'un acte authentique et la transcription de cet acte au registre du bureau de la conservation des hypothèques (art. 1er et s. de la loi hypothécaire) sont des conditions de forme qui ne concernent que l'opposabilité aux tiers (S. STIJNS, 1, 2015, 22-24, n° 28 et 43-44, n° 55 ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 60)

4° Le principe de l'exécution de bonne foi

Ce principe général de droit est prévu par *l'art. 1134, al. 3 Code civil* : les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Cet article est souvent rapproché de *l'article 1135 Code civil* qui dit que " *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature".*

La bonne foi, qualifiée d'objective, de *l'art. 1134, al. 3 Code civil* ne vise pas seulement l'interdiction de la mauvaise foi subjective (= la fraude, qui est d'ailleurs sanctionnée par un principe spécial : "*fraus omnia corrumpit*" consacré par la Cour de cassation) mais doit aussi s'entendre dans un sens objectif : **elle permet de caractériser des normes objectives de comportement et apparaît comme l'expression d'un devoir général des cocontractants**, ce qui contribue dès lors à l'élaboration du standard du "*bonus vir*", partie à un contrat.

Exemples de comportements contraires au principe de l'exécution de bonne foi des conventions :

- Un cafetier tente de rendre inapplicable une clause d'approvisionnement contenue dans le contrat qui le lie avec une brasserie en vendant une bière concurrente dans une caravane située sur le parking de son café.
- Un contrat d'exclusivité de fourniture d'essence avec Total est conclu. Peu après, ce dernier installe une autre station de service en face rendant ainsi impossible l'exécution par le pompiste de son obligation d'approvisionnement minimum sanctionnée par une clause pénale.

Il se peut, en pratique, que la volonté réelle des parties ne soit pas suffisamment claire. Dès lors, les *articles 1134, al. 3 et 1135 Code civil* (*art. 1156 C. civ.*) ont conduit la **doctrine et la jurisprudence** à compléter le contrat en dégageant des normes objectives de comportement, qui dépassent la simple interdiction de la mauvaise foi ou l'intention malicieuse.

- Devoir de loyauté et d'information : **la fonction complétive du principe d'exécution de bonne foi**

  Il tend à éviter les tentatives de détournement des clauses contractuelles. De manière générale le devoir d'information, en rapport avec la complexité du contrat et des qualifications des contrats, a un rôle essentiellement dans les contrats passés avec les consommateurs. Il sera donc interdit d'agir de mauvaise foi.

  Exemples :
  - L'entrepreneur doit informer son client en cours d'exécution de sa mission des difficultés exceptionnelles qu'il rencontre et qui pourraient avoir une influence sur le prix.
  - Interdiction à un assureur de surprendre l'autre en résiliant un contrat, en l'espèce pour défaut de paiement de la prime, de manière intempestive et ce, même s'il existe un droit de résiliation prévu. L'assureur doit en avertir préalablement l'assuré.
  - Obligation des parties de s'abstenir de tout comportement qui pourrait soit priver l'autre des avantages qu'il retire du contrat, soit aggraver les charges de l'autre dans l'exécution du contrat.

- Devoir de modération : **la fonction limitative ou modératrice du principe d'exécution de bonne foi**

  Elle permet au juge, dans certaines circonstances d'empêcher une partie de faire valoir pleinement ses droits contractuels c'est-à-dire d'exiger l'exécution à la lettre de la convention.

En outre, il est exigé que le juge motive *in concreto*. Cette fonction est liée par la Cour de cassation avec la notion d'abus de droit en matière contractuelle[189]. La sanction n'est pas la déchéance de ce droit mais seulement la réduction de celui-ci à son usage normal ou à la réparation du dommage que l'abus de droit a causé.

Exemple : le bailleur qui refuse automatiquement et sans raison valable tous les candidats sous-locataires que lui présenterait son locataire quand le contrat de bail subordonne la sous-location à l'accord du bailleur.

Par ailleurs, ce devoir de modération peut également intervenir au point de vue de l'interprétation de la convention. Ainsi, il conviendra de se demander ce que les parties normalement prudentes et diligentes et de bonne foi auraient convenus. La Cour de cassation du 23 mars 2006[190] dit pour droit : « *Le juge peut interpréter la convention conclue entre les parties et en déterminer les effets à la lumière de l'obligation d'exécution de bonne foi; sur la base d'une telle interprétation, il ne peut toutefois pas imposer aux parties des obligations qui sont inconciliables avec la nature et l'économie de la convention* ».

En vertu de ce pouvoir, le juge ne peut aller jusqu'à remplacer par une autre clause que les parties n'avaient pas consenties. La Cour de cassation, également, du 23 mars 2006[191] a considéré que : « *Lorsque le juge constate la nullité absolue d'une clause d'une convention, il ne peut la remplacer par une autre clause qui n'est pas fondée sur le consentement des parties* ».

Droit futur : Le principe de l'exécution de bonne foi

L'article 5.76 définit l'exécution de bonne foi et prohibition de l'abus de droit : « *Le contrat doit être exécuté de bonne foi. Ainsi, chacune des parties doit, dans l'exécution du contrat, se comporter comme le ferait une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances.*

Conformément à l'article 5.7, nul ne peut abuser des droits qu'il tire du contrat.

Toute dérogation au présent article est réputée non écrite ».

L'alinéa 1er vise le principe d'exécution de bonne foi en tant que tel. La définition générale de la bonne foi est énoncée.

La bonne foi a au moins deux fonctions :

- une fonction complétive (art. 5.74)
- une fonction modératrice (prohibition de l'abus de droit).

---

[189] Cette notion peut être **résumée** comme suit : si un cocontractant exerce son droit pour nuire sur son cocontractant ; lorsqu'on exerce son droit sans intérêt ou motif légitime, pour soi-même, alors que cela cause un dommage au cocontractant ; lorsque, entre deux voies possibles d'exercer son droit et qui offrent le même intérêt au titulaire, celui-ci choisi la voie la plus dommageable pour autrui ; si on exerce son droit qui est sans proportion avec l'intérêt qu'on en retire pour soi-même ; lorsqu'on exerce son droit en le détournant de sa finalité.

[190] Cass., 23 mars 2006, RG C.2003.626.N. disponible sur www.juridat.be (*cf.* recueil de jurisprudence).

[191] Cass., 23 mars 2006, RG C.040335.N. disponible sur www.juridat.be (*cf.* recueil de jurisprudence).

L'alinéa 2 renvoie à la disposition générale consacrant la prohibition de l'abus de droit (art. 5.7 où y figure sa sanction), qui trouve ici une application particulière, à propos de l'exécution du contrat. Est ici consacrée la fonction modératrice de la bonne foi[192].

Le principe d'exécution de bonne foi ne peut être exclu ou limité par les parties ressort de l'alinéa 3. Toute dérogation à l'article 5.76 est donc réputée non écrite ; en conséquence, dans la mesure où la proposition adopte le principe de la nullité partielle des contrats (article 5.66), seule la clause dérogeant au principe d'exécution de bonne foi ou écartant le principe de la prohibition de l'abus de droit, pourra le cas échéant faire l'objet d'une annulation ; le juge retrouve alors le pouvoir d'apprécier si les conditions de l'abus de droit sont réunies dans les circonstances de l'espèce.

L'article 5.74 confirme la fonction complétive de la bonne foi dans le contrat. La bonne foi ne peut toutefois avoir pour effet d'imposer aux parties des obligations qui seraient inconciliables avec la nature et la portée du contrat[193].

Le principe d'exécution de bonne foi constitue par ailleurs la source du devoir pour la victime d'une inexécution contractuelle de prendre, avec loyauté, les mesures raisonnables qui permettent de modérer ou de limiter son dommage[194].

---

[192] voy. p. ex.: Cass. 19 sept. 1983, *A.C.* 1983-84, 52, *Pas.* 1984, 55, *J.T.* 1985, 56, not S. Dufrène, *R.C.J.B.* 1986, 282, not J.L. Fagnart, *R.G.A.R.* 1985, nr. 10945, *R.W.* 1983-84, 1480 en *R.D.C.*. 1984, 276, not W. Rauws; Cass. 16 janv. 1986, *A.C.* 1985-86, 683, *Pas.* 1986, 602, *R.C.J.B.* 1991, 4, not M. Fontaine, *R.W.* 1987-88, 1470, not A. Van Oevelen; Cass. 18 fév. 1988, *A.C.* 1987-88, 790, *Pas.* 1988, 728, *R.D.C.*. 1988, 696, not E. Dirix; Cass. 8 fév. 2001, *A.C.* 2001, 245, *Pas.* 2001, 244, *R.W.* 2001-02, 778, not A. Van Oevelen; Cass., 11 sept. 2003, *Pas.*, 2003, p. 1386; Cass., 16 nov. 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 498; Cass., 3 déc. 2007, *R.D.C.*, 2008, p. 288; Cass., 9 mars 2009, *Pas.*, 2009, p. 689; Cass., 8 fév. 2010, *Pas.*, 2010, p. 402; Cass., 1er oct. 2010, *Pas.*, 2010, p. 2470.

[193] Voy. Cass., 23 mars 2006, *Pas.*, 2006, p. 671 ; Cass., 5 juin 2014, *Pas.*, 2014, p. 1422.

[194] Cass., 17 mai 2001, *Pas.*, 2001, p. 889.

II La formation du contrat

Le contrat se forme quand les volontés des parties se rencontrent sur les éléments essentiels et substantiels de celui-ci. Il est rare que cette rencontre soit le produit de la jonction de deux volontés concomitantes. Le contrat se forme quand l'offre est rejointe par l'acceptation.

A *Les pourparlers préliminaires*[195]

Souvent la conclusion du contrat est précédée de pourparlers qui précèdent la formulation d'une offre et son acceptation.

Dans la vie des affaires, dans le domaine des contrats commerciaux, la conclusion d'une convention est souvent précédée de contacts, de négociations, de propositions, de contre-propositions plus ou moins fermes. Des accords partiels, conditionnels, sont pris ; des étapes sont franchies dans le cours de la négociation qui aboutissent finalement, du moins en est-ce le but, à la conclusion du contrat.

Avant que l'accord des volontés soit parfait, il y a donc souvent une phase précontractuelle, une période de pourparlers. Ces propositions sont différentes de l'offre qui implique, elle, que le sollicitant ait émis la volonté de conclure un contrat dont tous les éléments essentiels et substantiels se retrouvent dans sa proposition ; dès lors, il suffit seulement d'accepter l'offre pour que le contrat soit valablement formé.

La conduite de pourparlers nécessite rectitude et loyauté, bref, bonne foi. Aussi, les parties aux négociations ont-elles l'obligation de s'informer réciproquement, complètement, loyalement, de ne rien dissimuler, volontairement ou non, de ne pas entamer ni poursuivre de pourparlers à la légère, de ne pas divulguer les secrets qui auraient été appris au cours de cette phase, ...

Les pourparlers préliminaires échappent à la responsabilité contractuelle. Mais ils peuvent donner lieu à une *culpa in contrahendo*[196] sanctionnée par les *articles 1382 et 1383 Code civil* (responsabilité extracontractuelle). Une telle faute est susceptible d'engager sa responsabilité pour autant que la partie qui se prétend victime d'un comportement déloyal ou incorrect puisse :

- démontrer l'existence de cette faute,

- prouver le dommage qu'elle subit (par ex. le temps perdu, les frais et les dépenses exposés au cours des négociations, les atteintes à l'image commerciale d'une entreprise lorsque la rupture des négociations a fait l'objet d'une certaine publicité...)

- et établir un lien causal entre les deux c'est-à-dire de démontrer que sans cette faute, le dommage ne se serait pas produit tel qu'en l'espèce.

La réparation du préjudice s'effectuera la plupart du temps sous forme de dommages et intérêts[197].

---

[195] *Comp.* avec l'offre qui a « force obligatoire ».

[196] *Cf.* plus loin dans le cours.

[197] Voy. à titre d'exemple au sujet de la *culpa in contrahendo*, Cass. 16 novembre 2001, C.00.0139.F ; Cass., 13 juin 2013, C.11.0634.F, (3ème branche) rappelle le principe : « *Lorsqu'une partie commet une faute dans la phase précédant la conclusion d'un contrat et engage ainsi sa responsabilité aquilienne, la partie préjudiciée par cette faute a droit à la réparation intégrale de son dommage* » disponible sur www.juridat.be.

Les parties en négociation peuvent convenir de certaines modalités quand les pourparlers sont complexes. :

- les parties peuvent signer un accord de confidentialité et même d'exclusivité : véritables contrats préparatoires qui lient contractuellement les parties dans la limite de leur objet.
  - confidentialité : avant la discussion, obligation de ne pas divulguer les informations échangées.
  - exclusivité : toutes les négociations entraînent des frais de conseil divers, donc on demande une exclusivité.

- les parties s'adressent des "lettres d'intention" signent des "*memorandum of understanding*", des "protocoles d'accord" ou des "accords de principes/partiels". Ces documents peuvent :

  - contenir des offres.
  - s'assurer de la confidentialité des pourparlers (ce qui peut également être assuré par une convention de confidentialité
  - revêtir le caractère d'un contrat où il ne reste qu'à négocier les éléments accessoires.
  - avoir pour but de diviser les problèmes à discuter, les parties réservant leur accord sur l'opération à conclure.
  - avoir pour but de fixer des accords définitifs sur certains éléments du contrat à conclure, certains autres éléments devant encore être discutés et, conduire à un accord en cas de convention jalonnant les négociations, cela peut entraîner des manquements contractuels car elles impliquent l'obligation contractuelle de négocier de bonne foi. Sous cet angle, certaines *culpa in contrahendo* pourraient être abordées sous l'angle contractuel et non pas sous l'angle des *articles 1382 et 1383 Code civil.*

Droit futur : La formation du contrat

Dans la Section 2. La formation du contrat, Sous-section 1ère. La conclusion dynamique du contrat § 1er. Les négociations, l'article 5.18 consacre la liberté contractuelle laquelle inclut la liberté de refuser de contracter et celle de choisir son cocontractant. Il rappelle que les personnes privées ne sont en principe pas tenues de motiver leurs décisions en la matière[198].

« *Hors les cas prévus par la loi, chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter et de choisir son cocontractant, sans avoir à justifier les raisons de son choix.*
Les parties sont libres de donner le contenu de leur choix au contrat, pourvu qu'il satisfasse aux conditions de validité prévues par la loi ».

La liberté de contracter est désormais soumise à de nombreuses restrictions, dont cette disposition rappelle l'importance en commençant par les mots "Hors les cas prévus par la loi"[199].

L'alinéa 2 consacre la liberté de déterminer le contenu du contrat. Cette liberté est également soumise à de nombreuses restrictions notamment la licéité du contrat quat à sa cause et son objet (art. 5.31)

L'article 5.19 consacre la liberté de négocier le contrat est confirmée et les exceptions doivent être appliquées avec une grande réserve c'est-à-dire en respectant la bonne foi.

« *Les parties sont libres d'entamer, de mener et de rompre des négociations précontractuelles.*
Elles agissent à cet égard conformément aux exigences de la bonne foi ».

L'article 5.20 énonce que : « *Les parties se fournissent pendant les négociations précontractuelles les informations que la loi, la bonne foi et les usages leur imposent de donner, eu égard à la qualité des parties, à leurs attentes raisonnables et à l'objet du contrat* ».

Il ressort donc qu'il n'existe en droit commun aucun devoir général d'information : les parties ne sont pas tenues de se fournir toutes les informations dont elles disposent. Une information ne doit donc être communiquée que dans les cas prévus par cette disposition, notamment lorsque la bonne foi l'impose. Ceci n'exclut pas que les parties puissent s'accorder pendant les négociations sur les informations à se communiquer.

Exemples de devoirs d'informations légaux : articles III.84 et suivants, VI.2 et X.26 à X.34 CDE; l'article 7 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient ou pour les contrats conclus par voie électronique, l'article XII.7 CDE.

L'article 5.21 confirme et précise la responsabilité précontractuelle (*culpa in contrahendo*) à laquelle s'appliquent les règles de la responsabilité extracontractuelle, notamment en cas de rupture fautive des négociations ou de violation d'un devoir d'information. Par conséquent, la responsabilité précontractuelle implique l'obligation de réparer le dommage subi par l'autre personne.

« *Les parties peuvent engager leur responsabilité extracontractuelle l'une envers l'autre pendant les négociations précontractuelles* ».

---

[198] Cass., 13 septembre 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 33
[199] Soit le droit de la concurrence ; de la législation anti-discrimination ou de la théorie interdisant l'abus de droit, consacrée à l'article 5.7.

L'alinéa 2 s'applique uniquement en cas de rupture fautive de négociations. Dès lors, seul l'intérêt contractuel négatif peut en ce cas être réparé, à moins que la confiance légitime que le contrat serait sans aucun doute conclu n'ait été suscitée. Dans ce cas, l'intérêt contractuel positif peut être réparé, elle implique au maximum la réparation de la perte des avantages nets attendus du contrat non conclu.

« *En cas de rupture fautive des négociations, cette responsabilité implique que la personne lésée soit remise dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée s'il n'y avait pas eu de négociations. Lorsque la confiance légitime que le contrat serait sans aucun doute conclu a été suscitée, elle implique au maximum la réparation de la perte des avantages nets attendus du contrat non conclu* ».

Seuls les dommages ayant un lien de causalité avec la rupture fautive des négociations entrent en considération pour l'indemnisation. Par exemple, la réparation de l'intérêt négatif inclut les frais engagés devenus inutiles et la perte de l'opportunité de conclure un contrat avec un tiers. En revanche, des dépenses qui auraient été exposées en toute hypothèse n'entrent pas en ligne de compte pour l'indemnisation.

« *Outre la responsabilité précontractuelle, la violation d'un devoir d'information peut conduire à la nullité du contrat s'il est satisfait aux exigences établies à l'article 5.37* (soit les vices de consentement) ».

B *L'offre ou pollicitation*

1° Notion[200]

L'offre c'est une déclaration unilatérale de volonté définitive, par l'une des parties en présence, de sorte que cette volonté puisse être immédiatement acceptée par l'autre partie pour former un contrat.

La pollicitation c'est la proposition unilatérale de contracter de manière définitive et complète.

Dès lors, l'offre ou pollicitation constitue une émission définitive de l'une des volontés en présence, qui ne doit plus qu'être acceptée par l'autre pour que le contrat soit formé[201].

L'offre[202] suppose **trois éléments** :

- elle doit contenir tous les éléments essentiels ou substantiels du contrat à conclure c'est-à-dire une exigence de précision. Il faut que l'offre soit complète.
- elle implique la volonté définitive du pollicitant/offrant de se lier par le seul fait de l'acceptation par l'autre partie. Il ce ne s'agit pas d'une lettre d'intention. Le juge du fond appréciera souverainement.
- elle doit être volontairement portée à la connaissance de l'autre. C'est cette déclaration de volonté qui lui confèrera son caractère obligatoire. Il s'agit de l'extériorisation de l'offre. Exemple : on est dans notre bureau, on rédige une offre mais on ne la donne pas tout de suite. Une secrétaire indélicate la donne : pas d'offre car elle n'est pas arrivée volontairement au destinataire car il en a eu connaissance par une voie détournée.

2° La force obligatoire[203]

En Belgique et en France, l'offre lie l'offrant :

- soit pendant le délai qu'elle indique, c'est-à-dire le délai fixé par l'offrant.
- soit, à défaut, pendant un délai raisonnable si l'offrant n'a pas indiqué le délai pendant lequel il s'engageait à maintenir son offre.

Fondement du caractère obligatoire d'offre : l'offre trouve sa force obligatoire dans un engagement par volonté unilatérale. C'est la solution retenue par la Cour de cassation[204].

---

[200] Pour un exemple, voy. Liège, 25 juin 2012, RG 2011/RG/695 : « *L'offre ou pollicitation constitue une émission définitive de l'une des volontés en présence, qui ne doit plus qu'être acceptée par l'autre pour que le contrat soit formé. Le contrat ne peut se former qu'au terme d'un échange de consentements et l'offre doit être acceptée par son destinataire. Cette acceptation n'est soumise à aucune règle de forme, elle peut être tant explicite que tacite. Les règles de preuve de l'acceptation dépendent de la nature civile ou commerciale de l'engagement dans le chef de l'acceptant* » disponible sur www.juridat.be

[201] Cass., 23 septembre 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 73.

[202] La définition de l'offre a été reprise par la Cour de cassation du 1er février 1982, F-19820201-13, disponible sur www.juridat.be.

[203] Au sujet de sa force obligatoire, Cass., 9 mai 1980, F-19800509-7 : « *L'engagement d'une partie par déclaration de volonté unilatérale suppose que cette partie ait entendu se lier par cette déclaration* ».

[204] F. 't Kint, « *Négociation et conclusion d'un contrat. Les obligations contractuelles* », *R.C.J.B.*, 1980, 65 et s. Code civil.

3° Les effets de l'offre

Deux grands types d'offre :

a L'offre à une personne déterminée

Elle ne peut profiter qu'à une seule personne. Ce n'est donc qu'au moment où l'offre a touché le destinataire qu'elle lie son auteur. Avant cela, elle peut être révoquée si la révocation parvient au destinataire au plus tard en même temps que l'offre elle-même. Parvenue au destinataire, l'offre lie le pollicitant pendant le délai exprès fixé par l'offrant, à défaut pendant un délai raisonnable sauf usages particuliers de certaines professions.

b L'offre au public

Elle profite à tous. C'est un acte unilatéral qui lie l'offrant dès qu'il s'est extériorisé.

4° L'acceptation de l'offre

L'acceptation de l'offre, c'est-à-dire son agrément sans réserves, qui entraîne la formation de la convention, peut être expresse ou[205] tacite c'est-à-dire être déduite du comportement du destinataire de l'offre. L'acceptation de l'offre forme le contrat si elle est pure et simple et complète.

Le silence, qu'il faut distinguer de l'acceptation tacite, opposé à une offre et l'adoption d'une attitude passive n'implique en principe aucune acceptation de cette offre. En d'autres termes, le silence ne vaut pas consentement.

Cependant, il peut arriver que le silence s'entoure de circonstances particulières et qu'il puisse être interprété comme l'acceptation d'une offre : on parle de silence circonstancié.
Par exemple : la tacite reconduction du bail.

Ce silence circonstancié joue un rôle très important en matière commerciale. Ainsi, on admettra que le silence vaut consentement lorsqu'en raison de relations d'affaires ou d'un contrat antérieur qu'il s'agit de continuer, le destinataire de l'offre qui se tait devait parler s'il ne voulait pas consentir.
Exemple : la non-protestation au reçu d'une facture ou d'un décompte relatif à une opération implique en général l'accord sur l'opération.

L'exécution du contrat par l'autre partie au reçu de l'offre constitue la preuve de son acceptation ; dans certains secteurs, le défaut d'opposition dans un certain délai vaut acceptation de l'offre (application des usages). Mais rien n'empêche les parties de prévoir la nécessité d'une acceptation expresse.

[205] Cass., 16 juin 1960, *R.C.J.B.*, 1962, p. 301 et note J. Heenen ; Cass., 17 octobre 1975, *Pas.*, 1976, I, 224.

L'acceptation doit être **pure et simple et complète** sinon elle constitue une nouvelle offre. En d'autres mots, il ne faut pas de contre-proposition à cette dernière.

Il suffit pour qu'un contrat se forme qu'il y ait accord sur les éléments :

- **essentiels** : éléments sur lesquels, en droit, l'accord des parties est nécessairement requis. Exemple : le prix de la chose dans la vente.
- **substantiels** : éléments accessoires en droit mais qui ont été considérés comme essentiels aux parties de celui-ci. Exemple : dans une vente de sapin de Noël, le délai de livraison de x jours au plus tard avant Noël.

Le désaccord sur les autres éléments n'empêche pas la formation du contrat. Les dispositions accessoires seront alors régies par le droit commun ou les usages. Il a été jugé que le désaccord qui porte sur des conditions accessoires ou secondaires auxquelles les parties, ou l'une d'elles, n'ont pas attaché une importance déterminante et qui ne sont dès lors pas, pour ce motif, substantielles, n'empêche pas la naissance d'un contrat[206].

Dans la pratique des affaires, il arrive que les parties subordonnent la conclusion du contrat à des conditions générales, ces conditions générales peuvent être propres à telle ou telle entreprise ou être élaborées par une association professionnelle et n'être qu'une codification d'usages propres à un secteur d'activité. Excepté les conditions générales qui ne font que codifier les usages et qui n'ont donc pas une force contractuelle, deux principes gouvernent la matière :

- le recours à des conditions générales est licite, mais ne lie les parties que si elles les ont acceptées.
- les conditions générales, même globalement acceptées, doivent céder devant les clauses spéciales qui y dérogent.

L'existence d'un accord sur les conditions générales suppose que les conditions générales d'une partie aient été portées à la connaissance de l'autre partie au plus tard à la conclusion du contrat. Les conditions générales doivent ensuite avoir été acceptées. Ex : le bon de commande oblige celui qui l'a établi malgré des conditions générales contraires (*art. VI. 88, al. 2 CDE*).

[206] Bruxelles, 18 avril 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 69.

Droit futur : L'offre et l'acceptation

Le principe contenu à l'article 5.22 énonce que : « *Le contrat est formé par l'acceptation de l'offre* ».

La définition de l'offre est contenue à l'article 5.23 qui dispose : « *L'offre est une proposition de conclure un contrat qui contient tous les éléments essentiels et substantiels du contrat visé et qui implique la volonté de l'offrant d'être lié par le contrat en cas d'acceptation...* ».

Tandis que la définition de l'acception est contenue à l'article 5.24 qui énonce : « *L'acceptation est toute déclaration ou autre comportement du destinataire de l'offre qui exprime l'accord sur celle-ci, sans ajouts, limitations ou autres modifications concernant des éléments essentiels ou substantiels...* ».

L'article 5.25[207] au sujet du moment et du lieu de la formation énonce : « *Le contrat est formé au moment et au lieu où l'acceptation parvient au sens de l'article 5.5 à l'offrant.*
Pour un contrat conclu par voie électronique, ce lieu est présumé, sauf accord contraire des parties, être le domicile de l'offrant ».

Le deuxième alinéa s'inspire de l'article 10, 3, de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux. Il s'agit d'une **présomption irréfragable** formulée dans un objectif de sécurité juridique.

Le législateur introduit, également, l'exercice du droit de rétraction (art. 5.26) jusqu'alors uniquement contenu dans les articles VI.47, VI.67 et VI.58 CDE. L'exercice du droit de rétractation est un acte juridique unilatéral réceptice au sens de l'article 5.5.

« *La loi ou le contrat peut accorder un droit de rétractation. En vertu de celui-ci, une partie dispose après la conclusion du contrat d'un délai pendant lequel elle peut porter à la connaissance de l'autre partie qu'elle renonce au contrat.*
En ce cas, sauf disposition contraire de la loi ou du contrat, cette partie peut se rétracter sans paiement de frais ou d'une indemnité et sans avoir à donner de motifs ».

Une autre avancée est l'article 5.27 relatif aux conditions générales (clauses standard) qui sont des clauses établies préalablement par l'une des parties pour un usage général et répété et elles sont imposées sans négociation avec l'autre partie.

L'aliéna 1er consacre la jurisprudence de la Cour de cassation du 20 avril 2017[208] qui avait dit pour droit que : « *Le consentement, exprès ou tacite, de la partie qui s'oblige requiert la connaissance effective ou, à tout le moins, la possibilité de prendre d'une manière effective connaissance des clauses sur lesquelles il doit porter* » et d'ajouter « *Le consentement portant sur les conditions générales ne peut être fondé sur une présomption de connaissance liée à la qualité de commerçant de la partie qui s'oblige* ».

---

[207] Cet article doit être lu conjointement avec l'article 5.5 et confirme la théorie de la réception ; Cass., 25 mai 1990, *Arr. Cass.*, 1989-90, 1218, concl. G. D'Hoore et *Pas.* 1990, I, 1087 ; S. STIJNS, 1, 130, n° 164; P. WERY, I, 168-169, n° 145.

[208] Cass., 20 avril 2017, n° C.16 0341.F disponible sur www.juridat.be ; Cass., 16 septembre 2016, n° C.14 0424.N; Cass., 19 décembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 697

« *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.*
En cas de conflit entre les conditions générales d'une des parties et les conditions négociées, la priorité revient à ces dernières... ».

A l'alinéa 3, la règle se base sur l'intention commune présumée des parties et se fonde sur le fait que les conditions générales ne constituent en principe pas un élément essentiel ou substantiel du contrat, mais uniquement un élément accessoire. Le contrat peut par conséquent être formé sans qu'il y ait accord de volonté des parties sur (toutes) les conditions générales. Le seul fait que les deux parties veuillent conclure le contrat sur la base de leurs propres conditions générales et que certaines de ces conditions soient incompatibles ne signifie pas que les parties ne souhaitaient pas conclure le contrat. Seules les conditions générales incompatibles restent sans effet.

« *Lorsque l'offre et l'acceptation renvoient à des conditions générales différentes, le contrat se forme néanmoins. Chacune des conditions générales fait partie du contrat, à l'exception des clauses incompatibles* ».

L'alinéa 4 indique que les parties peuvent déroger au caractère accessoire présumé des conditions générales. Leur volonté de ne pas conclure de contrat en présence de conditions générales incompatibles doit toutefois être expresse. Une déclaration en ce sens dans les conditions générales mêmes ne suffit pas. Elle doit être faite avant la conclusion du contrat. A défaut, si le contrat a déjà reçu un commencement d'exécution, il pourra être annulé pour absence de consentement et les prestations exécutées devront être restituées (voy. les art. 5.35, 5.60, 5.65 et 5.118 à 5.127 du nouveau Code civil).

« *Par dérogation à l'alinéa précédent, le contrat ne se forme pas si, préalablement, une partie indique expressément, et non au moyen de conditions générales, qu'elle ne veut pas être liée par un tel contrat* ».

5° *La culpa in contrahendo (art. 1382 et 1383 C. civ.)*[209]

Ce concept sanctionne les fautes commises dans la négociation, les pourparlers préliminaires ou conclusion d'un contrat. Une extension du principe de bonne foi (*art. 1134, al. 3 et 1135 C. civ.*) impliquerait une obligation de loyauté dans le cadre des négociations. Cette obligation conduit à un devoir d'information, voire de conseil (surtout pour les professionnels) et peut impliquer un devoir de confidentialité à l'égard des informations données dans le cadre des négociations.

Exemples :

- Il y a "*culpa in contrahendo*" quand une partie tire les négociations en longueur en laissant croire à l'autre que le contrat va être conclu, puis rompt les pourparlers pour un motif qui aurait pu être invoqué antérieurement ou suite à un simple prétexte ou sans explication raisonnable[210]. On peut avoir des ruptures tardives auxquelles on pouvait s'attendre, donc

[209] Voy. M. DUPONT, « La culpa in contrahendo : une application particulière de la responsabilité civile (note d'observations sous Liège, 3e ch., 7 mai 2008) », *For. Ass.*, 2009/2, n° 92, p. 50 ; J. STICHELBAUT, « La période précontractuelle. La rencontre des consentements », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, Editions Kluwer, Bruxelles, 2007, II.1.4-11 - II.1.4-66 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Section 3 - La responsabilité précontractuelle (*la culpa in contrahendo*) » in *Traité de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 535 à 555.
[210] Bruxelles, 5 février 1992, *J.T.*, 1993, p. 130.

pas de *culpa in contrahendo* (ex. : négociation sous réserve de l'accord du conseil d'administration).
Le reproche est d'avoir exposé l'autre partie à certains frais pour la poursuite des négociations et de l'avoir empêché de négocier plus rapidement avec une autre partie.

- Avoir provoqué la conclusion d'un contrat entaché d'une cause de nullité peut parfois constituer une faute. Sous cet angle, le dol est la "*culpa in contrahendo*" par excellence.

  Le défaut d'information peut aussi constituer pareille faute, même s'il n'est pas intentionnel ou lorsqu'une partie provoque la conclusion d'un contrat contraire à des dispositions impératives ou d'ordre public. Exemple : la cession de son fonds de commerce de ventes d'armes alors que la loi vient de l'interdire.

- "C*ulpa in contrahendo*" même si le contrat n'est pas frappé de nullité en cas de manquement au devoir d'information ou de conseil.

- Le fait de divulguer des informations confidentielles communiquées lors des négociations est constitutif d'une faute (souvent accord/contrat de confidentialité, alors il y a responsabilité contractuelle).

- Parfois, la bonne foi impose que l'on prévienne l'autre partie, en temps utile de son intention de ne pas renouveler un contrat en cours, il y aura donc *culpa in contrahendo*.

- D'autres hypothèses de "*culpa in contrahendo*" peuvent être envisagées chaque fois qu'il y a manquement à la bonne foi qui doit présider aux négociations. Il faut alors prouver la faute, le dommage et le lien de causalité.

- Sanctions :

  L'auteur de la faute doit réparer le dommage engendré par celle-ci.
  Exemple : frais pour les négociations fautivement rompues sur le tard et la perte de la chance d'avoir contracté plus tôt avec une autre partie parce que la négociation impliquait une forme d'exclusivité, …

Droit futur : Responsabilité précontractuelle

Voy. 5.21 *supra.* (formation du contrat).

C *La promesse unilatérale de contrat ou contrat d'option*

Les pourparlers préliminaires peuvent déboucher sur :

1° La promesse unilatérale de contrat est un contrat par lequel le promettant s'engage vis-à-vis du bénéficiaire à conclure avec lui, à son option, un contrat dont tous les éléments essentiels et substantiels sont déterminés ou déterminables (le promettant s'engage à maintenir une offre).

La promesse unilatérale se distingue :
- de l'offre par son caractère contractuel (c'est un contrat bilatéral du point de vue de sa formation et unilatéral du point de vue de ses effets).
- du contrat sous condition suspensive qui en cas de réalisation de cette dernière sortirait ses effets rétroactivement à la date de sa conclusion, car, ici, le contrat final naît à la levée de l'option du destinataire de la promesse unilatérale et sans effet rétroactif.

Exemples :
- Option d'achat, option de vente (contrat de vente).
- Promesse d'hypothèque (contrat d'hypothèque) : *art. 81sexies L.H.*
- Promesse de bail (contrat de bail).
- Promesse de prêt (contrat de prêt).
- (...)

2° Conditions de validité, durée et modalité de la promesse de contrat :

- Conditions de validité de tous les contrats. La promesse doit comprendre tous les éléments nécessaires pour que le contrat puisse valablement se former au moment de la levée de l'option.
- La durée :
  - souvent prévue par les parties.
  - si pas prévue, il vaut mieux appliquer les principes relatifs aux contrats à durée indéterminée : possibilité de résiliation unilatérale par le promettant de son engagement moyennant un préavis raisonnable en mettant le bénéficiaire en demeure de lever son option dans les délais (solution française)

3° Effets de la promesse de contrat entre parties :

- Le promettant a :
  - une obligation de faire : maintenir la promesse aux conditions convenues.
  - entraîne corrélativement une obligation de ne pas faire c'est-à-dire ne rien faire qui puisse empêcher l'exécution du contrat à conclure. Ex : ne pas vendre le bien faisant l'objet d'une option d'achat.

- Les risques sont à charge du promettant, même si il y a option d'achat, si la chose vient à périr avant la levée de l'option, la vente ne pourra se former faute d'objet (*art. 1601 C. civ.*).

- S'il y a levée de l'option régulière, un contrat parfait se substitue à la promesse, sans rétroactivité.

- Sanctions : en cas d'inexécution de la promesse, le bénéficiaire a souvent le choix :
  - agir sur la base de la promesse inexécutée pour demander des dommages et intérêts.
  - lever l'option et agir sur la base du contrat né de la levée de l'option et inexécuté, donc exécution forcée de ce contrat en nature, si cette exécution est possible.

- Si la promesse n'est pas levée dans les délais, le contrat de promesse est caduc, le promettant est délié de son obligation.

4° Effets de la promesse de contrat à l'égard des tiers

- *Art. 1165 Code civil* : la promesse ne produit aucun effet interne à l'égard des tiers qui sont donc libres de contracter avec le promettant *sauf* tierce complicité[211] :

  - si le tiers est de bonne foi, le bénéficiaire n'a qu'un recours en dommages et intérêts contre le promettant.

  - si le tiers est de mauvaise foi, le bénéficiaire à un recours contre le promettant et contre le tiers pour faire déclarer inopposable le contrat conclu avec ce dernier.

NB : La tierce complicité de rupture de contrat[212] :

- lorsqu'il y a une obligation contractuelle valable et préexistante ;
- que cette obligation contractuelle est violée par son débiteur ;
- que le tiers complice a connaissance de cette obligation contractuelle préexistante ou devait raisonnablement en avoir connaissance ; et
- que le tiers complice a volontairement coopéré à la violation de l'obligation contractuelle par son débiteur.

Ces conditions doivent être interprétées de manière stricte, dans la mesure où la théorie de la tierce complicité à un manquement contractuel est une exception au principe de l'effet relatif des conventions. Le tiers qui participe à la rupture de contrat pourra être rendu responsable sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Exemples de tierce complicité en matière commerciale :

- complicité dans le débauchage de personnel[213] ;
- complicité dans la violation de contrat de distribution ;
- complicité dans la violation de prix imposés ;
- complicité dans la violation d'une clause de non-concurrence ;
- complicité dans la divulgation de secret de fabrique ou de commerce ;
- complicité dans la violation d'une concession de vente exclusive.

---

[211] A ce sujet, voy. Y. Merchiers, « La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle : fin d'une incertitude », R.C.J.B., 1984, p. 379. Ainsi que Cass., 19 mai 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1449 ; Cass., 28 novembre 2002, n° JC02B54-1, www.juridat.be. Voy. également I. Banmeyer, L'action paulienne et la tierce complicité, points de contact, C.U.P., décembre 1988, vol. XXVII, pp. 261 et s. ; Cass., 29 juin 2012, R.G. n° C.11.0522.F, www.juridat.be.

[212] *Cf. supra.*

[213] Voy. Comm. Brux., 2 février 2009.

Droit futur : Le pacte de préférence et le contrat d'option (promesse unilatérale de contrat)

L'article 5.28[214] énonce que : « *Le pacte de préférence est un contrat par lequel une partie s'engage à donner la priorité au bénéficiaire du pacte si elle décide de conclure un contrat. Sauf volonté contraire, le pacte de préférence est soumis aux règles suivantes.*

La partie ne peut conclure un contrat avec un tiers qu'après avoir donné au bénéficiaire la possibilité d'exercer son droit de préférence. A cette fin, elle notifie au bénéficiaire les éléments essentiels et substantiels du contrat qu'elle entend conclure.

Cette notification vaut offre.

Si l'offre n'est pas acceptée, la partie ne peut pas conclure un contrat avec un tiers à un prix inférieur ou à des conditions plus favorables sans procéder à une nouvelle notification conformément à l'alinéa 2 ».

L'article 5.29 définit le contrat d'option ou de promesse unilatérale de contrat comme : « *un contrat par lequel une partie donne à son bénéficiaire le droit de décider de conclure avec elle un contrat dont les éléments essentiels et substantiels sont établis et pour la formation duquel il ne manque plus que le consentement du bénéficiaire* ».

L'article 5.30 énonce la sanction en cas de violation de l'article 5.28 ou 5.29.
« *Lorsqu'un contrat avec un tiers viole le pacte de préférence ou le contrat d'option, le bénéficiaire dispose contre le débiteur des sanctions de l'inexécution.*
A l'encontre du tiers qui est complice de la violation du pacte de préférence ou du contrat d'option, le bénéficiaire peut également demander la réparation du dommage subi, l'inopposabilité du contrat ou sa substitution au tiers dans le contrat conclu ».

En d'autres mots, le bénéficiaire lésé aura droit à la réparation du dommage subi, et plus largement aux sanctions de l'inexécution prévues aux articles 5.86 et suivants.

Par ailleurs, l'aliéna 2 vise l'hypothèse de la tierce complicité à la violation du contrat (art. 5.114 pour les conditions de tierce complicité de la violation d'un contrat). La sanction sera la réparation du dommage subi voire à l'inopposabilité du contrat ou à sa substitution. Par l'effet de cette substitution, le bénéficiaire peut prendre la place du tiers complice (au prix et aux conditions convenus avec le tiers). En demandant la substitution, le bénéficiaire exprime sa volonté de contracter à ces conditions.

[214] A rapprocher de l'ancien art. 48 de la loi sur le bail à ferme qui a été régionalisé depuis lors.

III Les conditions de validité des contrats

Il ne s'agit, dans ce chapitre, que des conditions requises pour la validité de tout contrat, des règles de principe applicables à tous les actes juridiques bilatéraux ainsi que les obligations nées d'actes juridiques unilatéraux[215].

L'article 1108 Code civil énonce :

« Quatre conditions[216] sont essentielles pour la validité d'une convention :
- *le consentement de la partie qui s'oblige ;*
- *sa capacité de contracter ;*
- *un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;*
- *une cause licite dans l'obligation ».*

Outre ces conditions, certains contrats doivent respecter les formes déterminées par une loi pour être valables (formalisme de validité). Lorsqu'une des conditions fait défaut ou est affectée d'un vice, le contrat sera annulable.

Droit futur : Les conditions de validité des contrats

Le nouvel article 5.31 ne déroge pas aux 4 conditions de validité pour la validité des contrats.

« Pour la validité d'un contrat, les conditions suivantes doivent être remplies :
1° le consentement libre et éclairé de chaque partie ;
2° la capacité de chaque partie de contracter ;
3° un objet déterminé et licite ;
4° une cause licite... »

L'alinéa 2 indique que : « *Les conditions de validité sont appréciées au moment de la conclusion du contrat* ». Néanmoins, il ne porte pas atteinte à la possibilité de prendre également en considération, lors de l'appréciation de la réunion des conditions de validité, des éléments de preuve *postérieurs* à la conclusion du contrat[217].

Enfin, cette disposition n'exclut pas la possibilité d'invoquer la caducité par disparition de l'objet (art. 5.116) qui est inséré dans un texte légal.

---

[215] Cass., 10 novembre 2008, *Pas.*, 2008, 2513, concl. Proc.gén. J.F. Leclercq et *J.T.*, 2009, 13 ; Cass., 10 novembre 2008, *Pas.*, 2008, 2526, concl. J-F. Leclercq et *J.L.M.B.* 2010, 632

[216] Cass., 13 juin 2005, RG S.04.0109.N : « *Pour être valide, l'obligation doit notamment avoir un objet certain, déterminé ou, à tout le moins, déterminable. L'objet est déterminable lorsque le contrat contient les éléments objectifs permettant de déterminer celui-ci sans nouvel accord de la part des parties* » (*cf.* recueil de jurisprudence).

[217] A titre d'exemple, Cass., 12 février 2015, C.2014 0330.F disponible sur www.juridat.be

A *Le consentement*

Le contrat se forme par simple échange, exprès ou tacite, des consentements. Ceux-ci doivent être sains, donnés librement en parfaite connaissance de cause.

1° L'absence totale de consentement

Cela exclut la naissance d'un lien contractuel. Dans ce cas, le contrat est en réalité inexistant. Exemple : l'incapacité de fait (par ex., en raison d'une démence sans statut de protection légale ou en raison d'une maladie), des troubles de la conscience occasionnels ou de courte durée (par exemple sous l'influence de l'alcool, de médicaments ou de drogue ou sous l'emprise d'une crise de démence ou ivre mort ou en état d'aliénation mentale. C'est à rapprocher de l'erreur obstacle[218]. Normalement cette absence de consentement doit être sanctionnée par l'inexistence du contrat mais étant donné la réticence de la doctrine et de la jurisprudence par rapport au concept d'inexistence, cette absence est sanctionnée par la nullité.

- 1ère conception : nullité absolue car elle se rapprochait le plus de l'inexistence ;
- 2ème conception de la Cour de cassation 21 octobre 1971[219] : **nullité relative** car la Cour estime que cette nullité ne protège que des intérêts privés et est dès lors susceptible de confirmation.

Dans le nouveau Livre 5 du Code civil, l'absence totale de consentement est reprise à l'alinéa 1er de l'article 5.35 « *Le contrat qui est formé alors que le consentement d'une des parties fait défaut est frappé de nullité relative…* ».

L'alinéa 1er de la disposition proposée confirme que l'absence de consentement ne conduit pas à la nullité absolue ou à l'inexistence du contrat. Le contrat est frappé de nullité relative.

---

[218] Art. 5.35, al. 2 du nouveau Code civil.

[219] Cass., 21 octobre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 174 et 175 ; voy. Sur ce que, nonobstant le fait qu'il y ait absence de volonté et non pas seulement vice de celle-ci, la nullité de l'acte juridique reste relative, cons. DE PAGE, t. Ier, nos 35, 81, 96, 2°, et 583, et t. II, n° 780 ; RIGAUX, « Annulation, nullité d'existence des actes juridiques en droit judiciaire privé belge », *J.T.*, 1962, p. 397, n° 3; *Rép. prat. dr. belge*, v° Nullité, vol. IX, p. 8, nos 32 à 38 ; RENARD et VIEUJEAN, « Nullité, inexistence et annulabilité en droit civil belge », *Ann. fac. dr. Liège*, 1962, p. 243 et s., spécialement p. 260 et suiv.; VAN GERVEN, Beginselen van Belgisch Privaatrecht, t. Ier, nos 128 et 135 et s., spécialement n° 137, p. 441 *in fine*; la note sous l'arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 29 janvier 1890, *Dall. Pér.*, 1891, II, 97 ; « Quelques réflexions sur la maxime Quod nullum est nullum producit effectum' » par PIEDELIEVRE, Mélanges offerts à Pierre Voirin, p. 638, *Contra* : KLUYSKENS, De verbintenissen, t. Ier, nos 19, 234 et 306. Comp. en matière de mariage, où l'absence de tout consentement est une cause de nullité absolue, cass., 28 mai 1958 (*Bull.* et *Pas.*, 1958, I, 1069) ; Voy. à propos de cet arrêt, la note de Mme M. GEVERS dans *Rev. crit. jur. belge*, 1959, p. 5.

2° Les vices de consentement[220]

Les règles en matière de vices de consentement visent à protéger l'intégrité du consentement (volonté libre et consciente).

Les vices du consentement prévus par le Code civil sont :

a) L'erreur (sur la substance) (*art. 1110 et svts Code civil*)
b) Le dol (*art. 1116 Code civil)*
c) La violence (*art. 1109 Code civil*).

On y ajoute classiquement la lésion (*art. 1118 Code civil*) même si elle n'est pas en tant que tel un vice de consentement général. Il est à noter que la lésion qualifiée (théorie de l'imprévision ou abus de circonstance) n'est pas reprise.

La sanction des vices du consentement est la *nullité relative*. La sanction ne peut donc être invoquée que par la partie protégée (la partie commettant l'erreur, la partie trompée, contrainte ou lésée) qui peut également confirmer le contrat non valable.

Droit futur : Le consentement

L'article 5.37 est rédigé comme suit : *Il n'y a pas de consentement valable lorsqu'il est la conséquence d'une erreur, d'un dol, d'une violence ou d'un abus de circonstances, pour autant que le vice de consentement soit déterminant* ». Il confirme les vices de consentements qui seront énoncés ci-après soit :

a) L'erreur (art. 5.38)
b) Le dol (art. 5.39)
c) La violence (art. 5.40)

Mais il va y ajouter la lésion qualifiée c'est-à-dire l'abus de circonstance (art. 5.41)

Dans le nouveau Code civil, la sanction des vices du consentement reste la *nullité relative* (art. 5.37, al. 2) « *À moins que la loi n'en dispose autrement, un contrat entaché par un vice de consentement est frappé de nullité relative, sans préjudice de la responsabilité précontractuelle telle que visée à l'article 5.21* ».

Les premiers mots « *À moins que la loi n'en dispose autrement* » s'expliquent par le fait que la sanction de l'abus de circonstances peut consister en l'adaptation de la prestation (art. 5.41) et que la loi peut également exclure les hypothèses de nullité pour vice de consentement dans certains cas comme pour la transaction (*art. 2052, al. 2, à 2054 C. civ.*) ou les limiter comme pour l'aveu (*art. 1356, al. 4- art. 8.32 du Livre 8 du C. civ.*).

Dans cette disposition, il est fait renvoi à l'éventuelle interaction entre la nullité relative et le droit de demander réparation du préjudice causé sur la base de la responsabilité extracontractuelle (*art. 1382 C. civ.*). La victime d'un vice du consentement peut obtenir, outre l'annulation du contrat, une réparation ou choisir une réparation du dommage à la place de l'annulation.

---

[220] **Ces actions dites personnelles se prescrivent après un délai de 10 ans (art. 2262*bis* C. civ.) pour les nullités absolues et à l'article 1304 du Code civil pour les nullités relatives.**

Dans les deux cas, il est requis que le vice du consentement soit causé par une faute précontractuelle dommageable de l'autre partie. En effet, en cas de vices du consentement, il y aura en même temps une telle *culpa in contrahendo* dans le chef de l'auteur du dol, de la violence ou de la personne qui a abusé de circonstances afin de léser l'autre partie. Le cocontractant de celui qui commet l'erreur peut également avoir commis une faute à l'origine de l'erreur et être tenu pour responsable.

L'article 5.37, al. 3 dispose que : « *Le dol, la violence et l'abus de circonstances émanant du complice du cocontractant ou d'une personne dont ce dernier doit répondre sont assimilés à ceux du cocontractant* ».

Cette disposition répond à la question de savoir si un vice de consentement causé par un tiers peut constituer un motif d'annulation du contrat conclu entre la victime du vice du consentement et son cocontractant.

En droit actuel, seule la violence causée par un tiers constitue un motif d'annulation du contrat (*art. 1111 C. civ.*). La victime de la violence est donc largement protégée.

En cas de dol, par contre, on exige que les manœuvres émanent du cocontractant de sorte que le contrat ne peut pas être annulé lorsque le dol émane d'un tiers. La jurisprudence admet toutefois une série d'exceptions afin d'arriver à une meilleure protection de la victime du dol (par exemple lorsque le tiers est un représentant du cocontractant[221] ou lorsque le tiers est complice[222].

En comparaison avec le droit actuel, l'option retenue est de soumettre la violence causée par un tiers à des conditions plus strictes tout en étendant celles-ci au dol et à l'abus de circonstances.

a L'erreur (*art. 1110 et s. Code civil*)

① Erreur obstacle : malentendu fondamental entre les parties qui est à ce point grave que les volontés ne se rencontrent pas.

Ce n'est pas un simple vice de consentement mais une absence totale de consentement.

Il existe 3 types d'erreur d'obstacle :

- *Error in corpore* : malentendu fondamental sur l'objet du contrat.
  Exemple : dans un lotissement, le vendeur vend le lot I et l'acheteur achète le lot II.

- *Error in negotio* : malentendu sur la nature du contrat.
  Exemple : l'un croit louer, l'autre croit acheter.

- Erreur sur la cause[223] essentielle : une partie s'engage pour une raison déterminante qui est inexistante ou erronée.

---

[221] Cass., 9 novembre 1987, *Arr. Cass.*, 1987-88, 318, *Pas.*, 1988, 298

[222] A. DE BOECK, "De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag. ..." in *Wilsgebreken,* 2006, (37) 87-88; A. DE BOECK et R. VAN RANSBEECK, "De geldige totstandkoming van overeenkomsten... 2005-2012" in *Verbintenissenrecht. Themis-cahier 75*, 2012-13, (51) n° 31-34; S. STIJNS, 1, 2015, 93, n° 111; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 120; P. VAN OMMESLAGHE, I, 279-280, n° 157; P. WÉRY, I, 2011, 246, n° 247.

[223] Cass., 24 septembre 2007, RG C.06.0107.F *cf.* recueil de jurisprudence.

Exemple : j'indemnise telle personne car je pense être responsable alors que je ne le suis pas ; j'accomplis tel acte car j'ai cru hériter de tel bien alors que ce n'est pas le cas. Ce type d'erreur a des liens étroits avec la théorie de la cause et se rapproche plus de l'erreur vice de consentement que de l'absence totale de consentement.

Sanction :

L'erreur obstacle est sanctionnée de *nullité relative* : même raisonnement que pour l'absence de consentement[224].

En principe, cette absence de consentement doit être sanctionnée par l'inexistence du contrat mais la doctrine et la jurisprudence sont réticentes par rapport au concept d'inexistence, l'erreur-obstacle est donc sanctionnée par la nullité.

Dans le nouveau Livre 5 du Code civil, l'alinéa 5.35, al. 2 énonce que : « *Le contrat entaché d'une erreur faisant obstacle à la rencontre des consentements n'est frappé de nullité que si l'erreur est déterminante et excusable* ». La règle l'erreur-obstacle (c'est-à-dire l'erreur sur la nature du contrat (*error in negotio*) ou son objet même (*error in corpore*)) Elle est considérée comme un cas d'absence de consentement[225]. Avec le nouveau Code, elle est soumise à la condition d'excusabilité[226].

Un nouvel apport dans notre droit est l'erreur matérielle (art. 5.36).

« *L'erreur matérielle qui procède d'une discordance involontaire entre la volonté réelle commune des parties et leur volonté déclarée ne rend pas le contrat nul mais peut toujours être rectifiée* ».

Elle donne la possibilité pour le juge de rectifier les erreurs matérielles[227]. Elle ne vise que l'hypothèse où les parties avaient une volonté réelle commune, mais qui involontairement diffère de leur volonté déclarée. En revanche, si la volonté réelle d'une partie diffère involontairement en dépit d'une volonté déclarée commune, il s'agit alors d'un cas d'erreur obstacle visé par l'article 5.35, al. 2.

L'erreur matérielle sera généralement de portée limitée, par exemple l'omission d'un mot ou l'interversion de deux chiffres dans la désignation d'une parcelle. Elle doit ressortir à l'évidence du contrat lui-même ou de ses documents préparatoires. Si tel n'est pas le cas, l'interprétation du contrat est encore possible mais elle doit intervenir conformément aux articles 5.67 et suivants.

---

[224] *cf. supra*
[225] S. STIJNS, 1, 2015, 89, n° 106 ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 117-118
[226] A. DE BOECK, "De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag..." in *Wilsgebreken,* 2006, (37) 41; P. WERY, I, 2011, n° 240, p. 240-241 et note 100
[227] Cass., 18 décembre 1947, *Pas.* 1947, I, p. 553

② Erreur vice de consentement : l'erreur sur la substance[228].

Une erreur est le fait d'avoir une représentation erronée de la réalité. Cependant, pour des raisons de sécurité juridique, toutes les situations où une partie commet une erreur n'entrent pas en considération en tant que vice du consentement.

L'erreur porte sur la substance même de la chose et d'une certaine façon sur l'objet. Selon la Cour de cassation : « *la substance de la chose c'est la qualité de cette chose que la partie a principalement eu en vue lors de la conclusion d'un contrat et qui l'a déterminée à contracter* ».

L'erreur substantielle[229] est une erreur portant sur tout élément qui a déterminé principalement la partie à contracter de telle sorte que, sans cet élément, le contrat n'aurait pas été conclu.
L'erreur substantielle peut porter :

- sur la nature de l'objet « *qualité objective de la chose* »
  Exemple : je crois acheter un tableau ancien mais c'est une copie moderne ou alors je crois acheter un véhicule avec 10.000 km mais il en a 100.000 car le compteur a été piraté.

- sur l'aptitude de l'objet à réaliser un but « *qualité subjective de la chose* »
  Exemple : j'achète un terrain que je crois constructible alors qu'il ne l'est pas.

Les qualités "substantielles" de la "chose" doivent être appréciées en fonction de son utilisation normale.

L'erreur substantielle peut être :

- une erreur de **fait**

  Exemple : je crois avoir acheté un original mais c'est une copie.

- une erreur de **droit**[230] : Une erreur *sur le droit* peut être une erreur sur l'existence ou sur le contenu d'une disposition légale, sur l'interprétation ou l'application qu'il convient de lui réserver.

  Exemple : je prends à bail un rez-de-chaussée dans un immeuble dont le règlement de copropriété permet d'y exploiter une activité libérale, à l'exclusion de tout commerce, pour y installer une officine de pharmacien car je crois, à tort, qu'il s'agit d'une activité libérale et non-commerciale.

---

[228] Cass., 24 septembre 2007, RG. C.05.0246.F au sujet d'un logiciel informatique (*cf.* recueil de jurisprudence) ; Cass. 14 janvier 2013, RG C.10.0661.N disponible sur www.juridat.be au sujet de **l'erreur sur la substance de la chose et de la notion de mobile déterminant** : « *La substance même de la chose consiste en tout élément qui a déterminé une partie à conclure la convention, que la partie cocontractante devait connaître et sans lequel la convention n'aurait pas été conclue* » ; « *La convention dont le motif déterminant est fondé sur une représentation involontairement erronée de la réalité, n'est pas une convention dénuée de cause ou fondée sur une cause erronée mais une convention dont le consentement est entaché d'erreur: celle-ci n'est une cause de nullité que si elle est excusable* » note sous cassation 2015, ANDRE-DUMONT, A.-P., Revue trimestrielle de droit familial, n° 4, p. 970-973.

[229] Comp. avec la garantie d'éviction en matière de contrat de vente.

[230] Sauf dans les contrats de transaction (art. 2052 C. civ.), l'erreur de droit peut constituer une cause de Nullité en respectant les 3 conditions.

- L'erreur sur la substance n'entraîne la nullité que si **3 conditions cumulatives** sont réunies :

1. L'erreur doit être commune « déterminante » :

C'est-à-dire que les deux parties soient informées de l'aspect déterminant des caractéristiques de la chose sur lesquelles l'erreur a porté. On parle, qu'il faut qu'elle soit entrée dans le champ contractuel[231] :

- il s'agit de qualités normalement et objectivement considérées comme telles.
- elles ont été expressément mentionnées par une des parties pendant la négociation et la conclusion du contrat.

  Exemple : celui qui avait acheté un tableau dans une vente de charité sans garantie d'authenticité, ne pourrait agir en nullité si l'œuvre n'était pas authentique. En effet dans ce type de vente, les vendeurs ne devraient pas savoir que l'acheteur attachait une importance au caractère authentique de l'œuvre.

Si ce n'est pas le cas la victime peut invoquer la responsabilité précontractuelle (*culpa in contrahendo*) ou une adaptation du contrat en cas d'abus des circonstances. Ces situations de responsabilité précontractuelle sont fréquentes dans la pratique. Par exemple, en cas d'erreur sur un élément non déterminant causée par une faute de l'autre partie (une information erronée ou incomplète, par exemple).

2. L'erreur doit être excusable :

L'erreur excusable, c'est l'erreur qu'aurait commise toute personne de même qualité, normalement diligente et prudente placée dans les mêmes circonstances ou dans des circonstances analogues aurait également commis l'erreur[232].

La Cour de cassation considère que le caractère excusable de l'erreur doit s'apprécier par rapport au caractère de "l'homme raisonnable" et pas "*in concreto*". Le standard de "l'homme raisonnable" ou du "bon père de famille" est toutefois à contenu variable. Il doit notamment prendre en compte la profession de la victime de l'erreur. Plus un cocontractant est spécialisé, moins son erreur sera excusable.

Exemple : si un consommateur peut raisonnablement se tromper sur la nature de tel tissu, il est difficile pour un fabricant d'imperméables d'invoquer qu'il a cru que le tissu était imperméable.

Ainsi, une erreur est souvent excusable lorsqu'elle est causée par une faute précontractuelle du cocontractant, comme la communication d'informations incorrectes ou incomplètes ou le fait

---

[231] On parle également de « sphère contractuelle » ; Cass., 12 février 2015, C.14 0330.F; Cass., 24 septembre 2007, *Arr. Cass.*, 2007, 1743, *Pas.*, 2007, 1609, *R.W.*, 2009- 10, 1640, note E. Nordin, *T.B.B.R.*, 2009, 216, note D. Philippe; Cass., 14 janvier 2013, *Pas.*, 2013, 70 et *R.W.*, 2013-14, 342, note; Cass., 27 octobre 1995, *Arr. Cass.*, 1995, 920, *Pas.*, 1995, 950; Cass., 3 mars 1967, *Arr. Cass.*, 1967, 829 et *Pas.*, 1967, 811. Voy. également: art. 6: 228.1 NBW; art. II. – 7:201 (1) DCFR; art. 3.2.2 PICC; art. 4:103 PECL). La doctrine est également établie en ce sens (S. STIJNS, 1, 2015, 87-88, n° 103-105; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 116-117; P. VAN OMMESLAGHE, I, 253 et s., n° 139 et suiv.; P. WERY, 1, 2011, 234, n° 233.

[232] par ex. Cass., 28 novembre 2013, *R.W.*, 2014-15, 584; Cass., 28 juin 1996, *Arr. Cass.*, 1996, 664, *Pas.*, 1996, 714; Cass., 10 avril 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 871, *Pas.*, 1975, 785 et *R.C.J.B.*, 1978, 198, note M. Coipel

d'omettre de communiquer des informations[233]. Ce n'est toutefois pas toujours le cas parce qu'il faut soupeser les éventuelles obligations d'information réciproques des parties contractantes[234].

Si une obligation d'information repose effectivement sur le cocontractant et que celui-ci la méconnaît, il convient d'évaluer si la partie commettant l'erreur pouvait se fier aux informations et si elle n'avait pas elle-même une obligation de contrôle (c'est-à-dire l'obligation de collecter elle-même les informations nécessaires dans la même mesure qu'une personne prudente et raisonnable le ferait avant de contracter dans les circonstances données).

Sur ce plan, la nature (parfois vague ou générale) des communications, la nature du contrat ainsi que la position sociale des parties et leur expertise jouent un rôle[235].

3. L'erreur doit avoir existé au moment de la formation du contrat, car le consentement touche à la formation du contrat. Exemple : le particulier qui achète un terrain à bâtir ne pourrait se plaindre deux ans après la vente que, suite à une modification du plan d'aménagement, il change d'affection.

③ L'erreur sur la substance : erreur sur la personne – erreur sur la valeur ?

- **Erreur sur la personne** : ne sera une cause de nullité que dans les contrats *intuitu personae*. Dans un contrat *intuitu personae*, l'identité de la personne constitue par définition un élément déterminant. Mais une propriété (par ex., la personnalité, les talents) ou une qualité (par ex., l'aptitude ou l'expérience professionnelle, la capacité financière) reconnue comme essentielle par les parties entre également en ligne de compte comme élément déterminant[236].

- **Erreur sur la valeur** : l'erreur sur le prix ou sur la valeur de l'objet du contrat ne constitue pas une erreur substantielle, elle n'est jamais en elle-même une cause de nullité sinon on introduit une théorie générale de la lésion, ce que le Code civil exclut en principe. De même, l'erreur sur la solvabilité du cocontractant est indifférente.

④ Sanctions :

L'erreur entraîne une action en nullité relative.
Le demandeur en nullité ne peut obtenir des dommages-intérêts complémentaires que s'il prouve que l'erreur est le produit d'une *culpa in contrahendo*. Ces dommages-intérêts ont alors un caractère quasi-délictuel. Le demandeur en nullité a la charge de la preuve de l'erreur qu'il invoque. La preuve de celle-ci peut être rapportée par toute voie de droit.

Remarque : difficile de faire la différence entre champ d'application des actions en nullité : pour erreur sur la substance, en garantie des vices cachés, en délivrance en matière de vente[237].

---

[233] W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 118
[234] A. DE BOECK, "Dwaling in de ban van precontractuele informatie- en onderzoeksplichten" (sous Trib. Hasselt 6 janvier 2000), *R.W.*, 2001-02, 354-357 ; A. DE BOECK, "De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag. ..." in *Wilsgebreken*, 2006, (37) 53-65 ; S. STIJNS, 1, 2015, 89, n° 107
[235] A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2000, n° 592-597 ; S. STIJNS, 1, 2015, 89, n° 107
[236] A. DE BOECK, "De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag. ..." in *Wilsgebreken*, 2006, (37) 51; P. WERY, I, 2011, 239, n° 239
[237] *cf.* partie III Les contrats, *supra.*

Droit futur : L'erreur

Dans le nouveau Livre 5 du Code civil, l'erreur est visée à l'article 5.38 qui dispose : « *L'erreur n'est une cause de nullité que lorsqu'une partie a, de manière excusable, une représentation erronée d'un élément qui l'a déterminée à conclure le contrat, alors que l'autre partie connaissait ou devait connaître ce caractère déterminant.*

L'erreur peut porter sur des faits ou sur le droit.

L'erreur n'est pas une cause de nullité lorsqu'elle ne concerne que la personne avec laquelle on voulait traiter, à moins que le contrat n'ait été conclu principalement en considération de cette personne.

N'est pas davantage une cause de nullité l'erreur qui concerne exclusivement la valeur d'une chose ou d'une prestation ou le prix, à moins qu'elle résulte d'une erreur concernant une caractéristique déterminante de l'objet du contrat ».

En résumé, les conditions d'application sont celles qu'antérieurement exposées, il est requis qu'une partie commette une erreur sur un élément du contrat qui soit déterminant pour la conclusion du contrat, que ce caractère déterminant soit connu du cocontractant et que l'erreur soit excusable dans le chef de la partie commettant l'erreur[238].

L'alinéa 2 reconnaît l'erreur sur des faits ou sur le droit.

L'alinéa 3 de l'article limite l'erreur sur la personne, comme l'article 1110, alinéa 2, du Code civil, au contrat qui a été conclu principalement en considération de cette personne « *contrat intuitu personae* ».

Le quatrième et dernier alinéa exclut l'erreur sur la valeur d'une chose ou sur le prix[239]. En effet, si on devait considérer toutes les erreurs sur le prix comme des erreurs déterminantes, tous les contrats pourraient être annulés pour cause de lésion, ce qui n'est pas souhaitable (ni dans l'actuel Code civil (*art. 1118 C. civ.*), ni dans cette proposition). Toutefois, l'erreur qui porte sur la valeur d'une chose ou sur le prix contractuel peut indiquer une erreur sur une qualité déterminante de la chose. Cela peut arriver, par exemple, en cas d'erreur sur le caractère constructible d'un terrain acheté ou sur l'authenticité d'une œuvre d'art ou d'une antiquité[240].

b Le dol (*art. 1116, al. 1 C. civ.*)

① Notion et conditions :

Le dol, vice de consentement, est une tromperie commise par une partie à l'égard de l'autre, c'est toute espèce d'artifice utilisé pour tromper quelqu'un, de manœuvres (élément matériel) pratiquées par une partie pour amener l'autre à contracter. Il provoque une erreur. Il est donc différent de la simple erreur résultant d'une *culpa in contrahendo* qui résulte d'une simple négligence non

[238] A. DE BOECK et R. VAN RANSBEECK, "De geldige totstandkoming van overeenkomsten en verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring 2005-2012" in *Verbintenissenrecht. Themis- cahier 75*, 2012-13, (51) n° 11

[239] S. STIJNS, 1, 2015, 88, n° 105; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 117; P. VAN OMMESLAGHE, I, 264, n° 144; P. WERY, I, 2011, 241, n° 241

[240] J. SACE, "Quelques réflexions sur l'erreur dans les ventes d'objets d'art", in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Bruges, die Keure, 2001, 239- 251; B. TILLEMAN, "Dwaling bij de aan- en verkoop van kunst en antiek", in *Liber amicorum Jacques Herbots*, Anvers, Kluwer, 2002, 443-459

intentionnelle. En outre, il suppose un élément intentionnel ou moral : intention de nuire, intention malicieuse, la volonté d'induire son cocontractant en erreur.

Le dol implique en principe des manœuvres malicieuses (*art. 1116, al. 1 C. civ.*) mais la jurisprudence admet que ces "manœuvres puissent consister en une simple réticence".
Exemple : se taire volontairement sur un point qu'on sait important pour l'autre partie.

L'erreur causée par le dol ne doit pas porter sur la substance de la chose : le dol provoque une erreur mais cette erreur n'est pas nécessairement une erreur sur la substance au sens de *l'article 1110 Code civil.* Elle peut très bien porter sur la valeur de la chose.

Le dol est réprimé même si l'erreur qui en résulte est excusable : la solution est justifiée par le principe général de droit de la "*Fraus omnia corrumpit*" (la fraude corrompt tout)[241]. La Cour de cassation du 6 novembre 2002[242], estimait déjà, que le principe général de droit de la *Fraus omnia corrumpit* exclut que l'auteur d'une faute intentionnelle puisse faire valoir une responsabilité partagée à l'égard de sa victime négligente. On exclut ici tout partage de responsabilité. C'est une véritable pénalité civile.

Le dol doit émaner d'une des parties : la règle résulte de *l'article 1116 Code civil.* Si le dol vient d'un tiers, il n'entraîne en principe que des dommages et intérêts à charge de ce tiers. Mais il se peut que la victime du dol puisse dans ce cas se prévaloir d'une autre cause de nullité comme l'erreur substantielle.

A titre d'exemple, la Cour du travail de Liège du 6 mars 2017[243] rappelle les conditions d'application de ce vice de consentement en disant pour droit : « *En vertu de l'article 1116 du Code civil, le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans celles-ci, l'autre partie n'aurait pas contracté. Le dol implique qu'un contractant utilise des artifices intentionnellement, en vue d'inciter la partie adverse à conclure le contrat. Il appartient au juge du fond de constater en fait l'existence de l'intention de tromper et des manœuvres constitutives du dol, ainsi que l'influence que ces manœuvres ont eue sur les conditions auxquelles l'autre partie a été amenée à contracter. Le contrôle de la Cour de cassation se limitera à contrôler si, des faits qu'il relève, le juge a pu légalement déduire l'existence d'un dol ayant eu pour effet d'amener la partie à contracter* ».

Attention à certaines situations spéciales :

- dol du représentant entraîne un vice de consentement opposable au représenté même s'il existe un débat pour savoir qui est tenu de dommages et intérêts.

- dol d'un tiers peut entraîner la nullité du contrat si une des parties est complice.

---

[241] Voy. *supra* sur l'action paulienne. Cass., 19 mars 2004, *Pas.*, I, 2004, n°157. (*cf.* recueil de jurisprudence) ; Cass., 18 mars 2010, *Pas.*, 2010, 875, *T.B.B.R.*, 2012, 31, note A. Lenaerts.
Voy. plus tôt déjà: Cass., 23 septembre 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 107, avec concl. av. gén. E. Krings, *Pas.*, 1978, 100 et *R.C.J.B.*, 1980, 32, note J. Matthijs; Cass., 6 octobre 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 168 et *Pas.*, 1978, 157; Cass., 29 mai 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1201 et *Pas.*, 1980, 1190). Le nouveau droit français (art. 1139 C.civ. fr.) et une partie importante de la doctrine approuvent également cette solution (S. STIJNS, 1, 2015, 93-94, n° 114; P. VAN OMMESLAGHE, I, 278-279, n° 156; P. WERY, I, 2011, 248, n° 251

[242] Cass., 6 novembre 2002, *Pas.*, 2002, 2103, *R.W.*, 2002-03, 1629, note B. Weyts, *R.C.J.B.*, 2004, note F. Glansdorff et *J.T.*, 2003, 310, concl. J. Spreutels

[243] C. trav. Liège (div. Liège), 6 mars 2017, RG 2015/AL/724 disponible sur www.terralaboris.be ainsi que Cass., 16 sept. 2009, 1er avril 1993 et 10 nov. 2008 disponible sur www.juridat.be

② La réticence dolosive[244] suppose un silence "qualifié", elle suppose une obligation de parler résultant de la loi, de la qualité professionnelle d'une des parties, de circonstances (principe d'exécution de bonne foi), du devoir de répondre aux questions posées (devoir de loyauté).
Elle suppose **la volonté** de se taire pour tromper l'autre partie. Ce n'est pas un simple défaut d'information qui est une *culpa in contrahendo*.

Une manœuvre n'est pas nécessairement un acte ou une déclaration mensongère ou fallacieuse (comme la communication intentionnelle d'informations incorrectes). Le fait de retenir ou de taire intentionnellement des informations (comme la non-communication intentionnelle d'informations ou la communication incomplète d'informations) constituera aussi une manœuvre à la condition qu'une obligation d'information ou de parler incombe au cocontractant et qu'il connaisse effectivement les informations[245].

③ Sanctions :

Il conviendra de distinguer entre le dol principal et le dol incident.

Dol principal : celui sans lequel la victime n'aurait pas contracté, il est **la cause totalement déterminante** de son consentement, il est le seul à être une cause de nullité relative.

Ce caractère déterminant est apprécié concrètement dans le chef de la victime[246].

Le dol principal est sanctionné d'une nullité relative. Le demandeur peut obtenir des dommages et intérêts complémentaires si les restitutions résultant de la nullité ne réparaient pas totalement son dommage.

Le demandeur en nullité a la charge de la preuve du dol, qui peut être apportée par toutes voies de droit. Il faut que le dol soit principal et émane d'une des parties, peu importe qu'il ait créé une erreur excusable. En d'autres mots, lorsque le dol conduit à l'annulation de la convention, l'auteur du dol ne peut pas invoquer l'imprudence, ni même la négligence grave et inexcusable de sa victime et il est tenu à la réparation intégrale du dommage.

Dol incident : celui sans lequel la victime aurait contracté mais à d'autres conditions, ce qui entraîne des dommages-intérêts. Dès lors, si les manœuvres pratiquées intentionnellement ont pour seule conséquence que la partie trompée a contracté à des conditions plus onéreuses (dol incident), ce dol n'entache pas la validité de contrat[247]. Dans ce cas, la partie trompée peut

---

[244] A ce sujet, voy. Cass., 8 juin 1978, *J.T.T.*, 1978, p. 544 ; Cass., 16 septembre 1999, *Pas.*, I, p. 1160 ; Cass. 1er avril 1993, R.G. 9626, *Pas.*, 1993, n° 173 ; Cass. 10 novembre 2008, R.G. S.08.0063.F, *Pas.*, 2008, n° 626, avec concl. M.P. ; Cass., 31 mars 2011, RG C.09.0510.F disponible sur www.juridat.be ; C. trav. Mons, 7 nov. 2011, RG 2010/AM/236 disponible sur www.terralaboris.be ; Mons, 23 nov. 1989 : « *Se rend coupable de réticence constitutive de dol au sens de l'article 1116 du Code civil le professionnel en organisation d'entreprises qui s'abstient de fournir à son client, lors de la conclusion du contrat, des renseignements déterminants sur les incidences financières désastreuses qu'aurait la conclusion d'un contrat de réorganisation et, en tout cas, d'attirer son attention sur les risques financiers majeurs qu'elle entraînerait pour une entreprise dépourvue de trésorerie suffisante* ».

[245] A. DE BOECK, "De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag. ..." in *Wilsgebreken,* 2006, (37) 79-78; S. STIJNS, 1, 2015, 91-92, n° 110; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 121; P. VAN OMMESLAGHE, I, 272-275, n° 153; P. WÉRY, I, 2011, 242-244, n° 243-244.

[246] A. DE BOECK, "De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag. ..." in *Wilsgebreken,* 2006, (37) 86.

[247] Cass., 21 avril 1988, *T.B.H.*, 1991, 203, note C. Jassogne; Cass., 10 février 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 755 et *Pas.*, 1983, 665; Cass., 1er décembre 1997, *Pas.*, 1997, 1315; P. WÉRY, I, 2011, 245, n° 246.

uniquement demander réparation du dommage causé par la faute précontractuelle de l'auteur du dol[248].

Exemple : vente d'un fonds de commerce dont une partie du passif a été volontairement cachée. En principe, il ne s'agira que d'un dol incident. Le vendeur devra indemniser l'acheteur à la concurrence de la partie cachée.

Rem : il existe ce que l'on appelle le bon dol « *dolus bonus* » lequel n'est pas frappé de nullité. Il s'agit d'une petite tromperie acceptée par l'usage. Exemple : une entreprise qui exagère et vante sa marchandise : produit lave plus blanc que blanc.

Droit futur : Le dol

Dans le nouveau Livre 5 du Code civil, le dol est visé à l'article 5.39 qui dispose : « *Le dol n'est une cause de nullité que lorsqu'une partie a été trompée par les manœuvres que son cocontractant a pratiquées intentionnellement.*

Une manœuvre peut consister en une rétention intentionnelle d'informations dont on dispose et que l'on devait communiquer en vertu de l'article 5.20.

Le dol est une cause de nullité indépendamment du caractère excusable de l'erreur qui en résulte.

Le dol ne se présume pas mais doit être prouvé ».

L'alinéa 1er énonce les conditions d'application exposée *supra.* c'est-à-dire que l'erreur est nécessairement provoquée par des *manœuvres* (élément matériel) pratiquées *intentionnellement* (élément intentionnel ou moral) *par le cocontractant* et qui ont été *déterminantes* pour le consentement de la personne trompée.

L'aliéna 2 ne fait que confirmer ce qui a été déduit tant de la doctrine que de la jurisprudence mais y ajoute l'obligation de d'information dans les négociations telle que retenue dans l'article 5.20 : « *la loi, la bonne foi, les usages et les attentes raisonnables [...], à la lumière de la qualité des parties et de l'objet du contrat"*. Si le cocontractant se tait par négligence bien qu'il ait une obligation de parler (il oublie de communiquer des informations, par exemple), le dol n'existera pas vu l'absence d'intention de tromper, mais la victime pourra prouver une faute précontractuelle « *culpa in contrahendo* » et exiger la réparation de son préjudice éventuel sur la base de la responsabilité extracontractuelle[249].

L'alinéa 3 prévoit, tout comme dans l'article 1116 Code civil, que l'erreur née dans le chef de la personne trompée *ne doit pas être excusable*. La Cour de cassation l'a déclaré à plusieurs reprises, en invoquant le principe général de droit "*Fraus omnia corrumpit*" qui empêche que le dol procure un avantage à son auteur.

Le dernier alinéa reprend l'article 1116 du Code civil. La mauvaise foi doit être prouvée par la partie trompée.

[248] S. STIJNS, 1, 2015, 94, n° 115.
[249] S. STIJNS, 1, 2015, 92, n° 110.

c La violence (*art. 1111 et svts C. civ.*)

① Notion :

Violence, c'est le fait d'inspirer à une partie une crainte d'exposer sa personne, sa fortune, ou celle de ses proches à un mal considérable et présent. Le consentement de la victime est alors forcé, même si elle a parfaitement conscience de la portée de son accord. La violence peut être physique ou simplement morale. Dès lors, la violence peut consister en l'exercice d'une contrainte physique ou morale sur la personne de l'autre partie, mais également à l'égard de "*proches*", à savoir une personne avec qui l'autre partie a concrètement des liens affectifs (comme son conjoint ou partenaire, ses enfants ou ses parents)[250].

② Les conditions de la violence[251] : la violence doit être injuste ou illicite (illégitime)[252], elle ne peut provenir de l'usage normal d'un droit ou de la simple différence de puissance économique des parties.

a. Violence principale ou incidente.

Seule la violence qui a été déterminante (principale) du consentement peut entraîner une action en nullité. La violence incidente qui n'a influencé que les conditions du contrat ne peut entraîner que des dommages et intérêts.

b. La violence ne doit pas nécessairement émaner de la partie.

La violence peut émaner d'un tiers (≠ du dol) ou simplement des circonstances (ex. : état de nécessité dont une partie profite injustement).
Exemple : des pompiers extorquent indûment une indemnité lors d'un incendie.

c. L'acte ou le fait critiqué objectivement et compte tenu des circonstances doit pouvoir être considéré comme un acte un fait de violence. La contrainte doit être illégitime.

La violence s'apprécie en fonction de toutes les circonstances et notamment de l'âge, du sexe, de l'état de la victime. Mais, pour une question de sécurité juridique, l'acte ou le fait dénoncé doit être de nature à peser sur la volonté d'une personne normalement raisonnable.

Ainsi, la contrainte dans le cadre de l'exercice *normal* d'une autorité ou d'un droit est autorisée. On pense à la "crainte révérencielle" ou à la crainte qu'inspire le respect envers l'autorité d'un parent ou d'un supérieur (hiérarchique)[253].

Il est également admis que l'*application de voies de droit* ne constitue pas une contrainte illicite, sous réserve de la présence de circonstances particulières[254] ou d'une situation d'abus de droit.

---

[250] P. WERY, I, 2011, 250, n° 254.
[251] Cass., 12 février 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, 758 et *Pas.*, 1988, 697; S. STIJNS, 1, 2015, 94-97, n° 116-121; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 122; P. VAN OMMESLAGHE, I, 281-283, n° 160 et 162; P. WERY, I, 2011, 249-254, n° 253-259 ; p. ex. C. trav. Bruxelles, 4 juin 2013, R.G. 2011/AB/1.194 disponible sur www.terralaboris.be
[252] Cass., 7 novembre 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 288 et *Pas.*, 1978, 275 ; Cass., 12 mai 1980, *Arr. Cass.*, 1979-1980, 1144, note et *Pas.*, 1980, 1132, note ; Cass., 23 mars 1998, *Arr. Cass.*, 1998, 359 et *Pas.*, 1998, 382; Cass., 15 mai 2000, *Arr. Cass.*, 2000, 909 et *Pas.*, 2000, 898.
[253] Pour un exemple, entre la relation employeur-employé, Cass., 24 mars 2003, *Arr. Cass.*, 2003, 732, *J.L.M.B.*, 2004, 1704 et *J.T.T.*, 2003, 360 ; Cass., 23 mars 1998 disponible sur www.cass.be
[254] P. VAN OMMESLAGHE, I, 284-285, n° 163.

③ La sanction :

La violence principale est sanctionnée de nullité relative (*art. 1115 C. civ.*). Le demandeur peut demander des dommages et intérêts complémentaires à l'auteur de la violence. La charge de la preuve de la violence incombe au demandeur, elle se prouve par toutes voies de droit.

Droit futur : La violence

La définition de la violence comme vice de consentement est visée à l'article 5.40 qui dispose que : « *La violence n'est une cause de nullité que lorsqu'une partie conclut un contrat sous une contrainte illégitime de son cocontractant qui lui fait craindre un mal considérable qui porterait atteinte à l'intégrité physique ou morale ou aux biens de cette partie ou de ses proches* ».

La contrainte peut toucher le contractant ou ses proches dans leur intégrité physique ou morale, dans leur honneur ou leur patrimoine. Auparavant des situations de contrainte par *"état de nécessité"* ont été artificiellement regroupées sous le terme "violence" et sont désormais réglées dans le cadre de l'abus de circonstances (art. 5.41).

Les conditions-clés du droit actuel sont maintenues :

1) la victime de violence craint véritablement un mal considérable (le mal lui-même ne doit pas être véritable ou imminent, mais bien la crainte[255] et la contrainte est de nature telle qu'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances peut également être influencée. Dans ce cas, on prend en considération toutes les circonstances concrètes ;
2) la violence a été déterminante pour la conclusion du contrat (violence principale). Toutefois, si la victime avait une alternative raisonnable à la conclusion de ce contrat, la contrainte n'a pas été déterminante. Dans le cas d'une telle violence incidente, la victime peut demander la réparation de son dommage sur la base d'une faute précontractuelle de l'auteur de la violence[256]. La violence peut également émaner d'un tiers, aux conditions fixées à l'article 5.37 ;
3) la contrainte est illégitime (injuste ou illicite)

d La lésion (*art. 1118 C. civ.*)

① Notion :

La lésion est un grave déséquilibre économique entre les prestations des parties, existant au moment de la conclusion du contrat. Dans le Code civil actuel, la lésion n'est pas conçue comme un vice du consentement général qui offrirait un motif d'annulation de tous les contrats chaque fois qu'un déséquilibre entre les prestations entre les parties serait établi. Dès lors, le juge n'intervient dans l'appréciation de la valeur économique des prestations des contractants que lorsque le législateur l'y autorise expressément[257].

Le nouveau Code civil en son article 5.42 ne dérogera pas à ce principe : « *La disproportion entre les prestations des parties n'est une cause de nullité que dans les cas prévus par la loi* ».

---

[255] L. CORNELIS, Algemene theorie, 2000, n° 51; S. STIJNS, 1, 2015, 94-95, n° 117.
[256] S. STIJNS, 1, 2015, 97, n° 121; P. WERY, I, 2011, 252, n° 257.
[257] S. STIJNS, 1, 2015, 97-98, n° 123; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 122-123; P. VAN OMMESLAGHE, I, 288-290, n° 167-169; P. WERY, I, 2011, 255-256, n° 262.

Actuellement, la théorie de la lésion de distingue par-là de :

- **La théorie de l'imprévision** : le contrat est équilibré à l'origine mais le déséquilibre naît d'évènements postérieurs qui ne pouvaient être raisonnablement prévus. L'imprévision se définit comme le **déséquilibre des prestations réciproques** qui vient à se produire, dans les contrats à prestations successives ou différées, par l'effet d'événements ultérieurs à la formation du contrat, indépendants de la volonté des parties (inévitables et imprévisibles), et se révélant tellement extraordinaires, tellement anormaux, qu'il n'était guère possible de raisonnablement les prévoir[258]. En cas de survenance de circonstances nouvelles, postérieurement à la conclusion du contrat et non imputables à la partie qui s'en prévaut, la théorie de l'imprévision autorise la révision du contrat[259].

  La théorie de l'imprévision se distingue doublement de la force majeure. Tout d'abord, la force majeure s'applique en cas d'impossibilité d'exécution tandis que l'imprévision peut trouver application en cas de déséquilibre des prestations qui aggravent les charges d'une des parties[260]. Par ailleurs, la force majeure rend impossible la poursuite du contrat et libère le contractant de ses obligations alors que l'imprévision ne met pas fin au contrat mais autorise sa révision. Enfin, la théorie de l'imprévision n'est pas reconnue en droit belge alors que c'est le cas de la force majeure. Aucune disposition légale n'admet, en droit belge, l'imprévision en général.

  Néanmoins certains textes légaux prennent en compte cette théorie :

  - ✓ article 7 de la loi du 20 février 1991 sur les baux de résidence principale ; article 6 de la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux.
  - ✓ **La réglementation des clauses abusives par le Code de droit économique (*Livre VI*)** : ces clauses conduisent à un déséquilibre, mais celui-ci est au départ de nature purement juridique.

Par contre, à défaut de disposition légale particulière, la jurisprudence belge a tendance à condamner la théorie de l'imprévision.
La Cour de cassation a, en effet, dans un arrêt du 14 avril 1994, considéré que l'exécution de bonne foi ne permet pas de demander la modification du contrat en cas de circonstances nouvelles et non prévues par les parties, qui rendent plus difficile l'exécution du contrat[261]. Elle a confirmé cette jurisprudence à plusieurs reprises[262].

Ce rejet de l'imprévision trouve son fondement dans l'article 1134, alinéa 1er du Code civil selon lequel les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Admettre la révision du contrat en raison de circonstances nouvelles dérogerait, en effet, à cette règle[263].

---

[258] H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3e éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 560.
[259] D. Philippe, « Le point sur… L'imprévision », *J.T.*, 2007/35, p. 738.
[260] Bruxelles, 25 janvier 2000, *J.T.*, 2000, p.790.
[261] Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, I, p. 365.
[262] Cass., 30 avril 2004, R.G. n°02.0201. F ; Cass., 20 avril 2006, R.G. C.030084 disponible sur www.juridat.be
[263] La Cour de cassation du 20 avril 2006 (C.03.0084.N) **casse** le jugement rendu le 10 octobre 2002 par le Tribunal de première instance de Gand pourtant favorable à la notion d'imprévisibilité. Voy. point 5.3. En cas de circonstances imprévisibles, il faut poser la question de savoir ce que peuvent espérer les parties sur le plan de l'exécution de la convention. Suivant le droit en vigueur, tant la solution que le fondement juridique de la doctrine de l'imprévisibilité peuvent être rattachés à la bonne foi, prévue par l'article 1134, alinéa 3, du Code civil. Aussi bien la jurisprudence que la doctrine admettent que la bonne foi ne constitue pas une simple règle d'interprétation, mais qu'elle formule aussi une règle de comportement et que la condition de la « bonne foi » doit avoir un effet limitatif et dérogatoire, le juge étant tenu, dans certains cas, d'avoir un pouvoir régulateur. L'effet limitatif de la bonne foi ne peut être considéré comme une infraction illégale à l'autonomie des parties. Ce n'est pas le juge qui s'approprie la compétence de modifier le contenu du contrat mais l'application du droit objectif - dont fait partie la

Néanmoins, face à cette intransigeance de la jurisprudence, la doctrine a tenté d'établir des alternatives permettant de prendre en compte le changement de circonstances. Citons, l'abus de droit et le principe d'exécution de bonne foi des conventions. Plusieurs décisions considèrent, en effet, qu'il est contraire à la bonne foi, de la part du créancier, d'exiger la poursuite d'un contrat complètement déséquilibré[264].

Cette théorie est à rapprocher de **la théorie des sujétions imprévues** qui permet une renégociation des termes du contrat en cas de survenance de phénomènes d'ordre naturel, généralement présents à la conclusion du contrat et qui apparaissent après cette conclusion[265][266].

Dès lors, une renégociation des termes du contrat en cas de circonstances nouvelles, normalement d'ordre économique, indépendantes de toutes fautes des parties et qui bouleversent l'économie des parties[267]. Cette théorie admise par la jurisprudence se distingue de la théorie de l'imprévision par le fait qu'elle a trait à des difficultés techniques qui existaient déjà lors de la conclusion de la convention mais qui étaient inconnues des parties et qu'elles ne pouvaient raisonnablement pas découvrir lors des vérifications préalables qui pouvaient raisonnablement leur être imposées[268].

Droit futur : Changement de circonstances (Théorie de l'imprévision)

Le nouveau Code civil insérer un article 5.77 au sujet de « Changement de circonstances » (**Théorie de l'imprévision**).

Le changement de circonstances est pris en compte par toutes les législations modernes La disposition vise à établir une sécurité juridique au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation qui tend à l'accepter progressivement[269].

L'alinéa 1er rappelle le principe de la convention-loi, dont le présent article ne constitue qu'une exception applicable en présence de circonstances exceptionnelles : en d'autres termes, sauf lorsque les strictes conditions de l'alinéa 2 sont rencontrées, chacune des parties demeure tenue d'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 contreprestation ait diminué.

Les conditions sont énoncées à l'alinéa 2. Il est précisé que le changement de circonstances ne peut pas être imputable au débiteur au sens de l'article 5.299[270].

---

bonne foi - qui entraîne une modification des droits et obligations contractuels (Joan Debaere, o.c., p. 1422, n° 17 ; F. Baert, « De goede trouw bij de uitvoering van overeenskomsten », R.W. 1956-57, 508).

[264] Liège, 21 décembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 564 ; Cass. 14 octobre 2010, *Act. dr. fam.* 2012/7, p. 156.

[265] Bruxelles, 3 avril 2007, R.G. n° 1999/AR/2591, inédit.

[266] Outre ces théories, les parties dans les contrats internationaux ou les contrats dont l'exécution perdure pendant un laps de temps relativement long peuvent prévoir une clause de Hardship. Pour un exemple d'une telle clause, voy. art. 6.2. des principes de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT).

[267] P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 808.

[268] Liège, 28 juin 1995, *Pas.*, 1995, II, p. 36. ; Bruxelles, 10 décembre 1970, *Entr. et Dr.*, 1981, p. 15 ; Bruxelles, 8 mars 2001, R.G. n° 95/AR ; Bruxelles, 3 avril 2007, R.G. no 1999/AR/2591 ; Civ. Namur, 26 avril 1990, *R.R.D.*, 1990, p. 489.

[269] Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2643 ; Cass., 19 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1590 ; Cass., 12 avril 2013, *Pas.*, 2013, p. 863.

[270] Art. 5.299. Définition d'imputabilité : « *L'inexécution n'est imputable au débiteur que si une faute peut lui être reprochée ou s'il doit en répondre en vertu de la loi ou d'un acte juridique* » (al. 1er).

En cas de refus ou d'échec des renégociations dans un délai raisonnable, chaque partie peut s'adresser au juge. Le juge pourra le cas échéant remettre l'affaire à une date rapprochée si la condition des renégociations préalables n'est pas encore remplie.

A défaut d'accord entre les parties, le juge peut mettre fin au contrat (pour le tout ou en partie), le cas échéant avec effet rétroactif, l'effet rétroactif pouvant remonter au maximum jusqu'à la date du changement de circonstances. A la demande d'au moins une des parties le juge dispose également du pouvoir d'adapter le contrat. Le juge statue comme en référé en vue de garantir l'efficacité de la disposition

La présente disposition est supplétive, tant dans son principe que dans ses modalités d'application. Des dispositions légales particulières, comme la correction judiciaire d'en équité de l'art. 1474/1 du Code civil, peuvent y déroger. Les parties peuvent supprimer ou modaliser le droit de renégocier et de voir le contrat modifié sous réserve de l'abus de droit d'une partie entendant se prévaloir de la clause dérogatoire. Par ailleurs, la disposition ne porte pas atteinte à la théorie des sujétions imprévues.

② La lésion des mineurs[271] *(art. 1305 à 1314 C. civ.)* :

L'action en rescision pour lésion est ouverte pour les actes accomplis par les mineurs sans assistance de leur tuteur. Elle suppose que l'acte accompli par le mineur soit lésionnaire en lui-même ou hors de proportion avec les moyens du mineur.

Droit futur : La lésion des mineurs

Dans le nouveau Code civil, l'article 5.47 reprend les anciens articles 1305, 1306 et 1309 C. civ.

③ La lésion objective :

Dans deux cas, la loi prévoit que la disproportion objective de certains contrats puisse entraîner la rescision, donc en principe la nullité.
Exemples : *art. 1674 Code civil* : lésion de plus de 7/12ème dans les ventes immobilières ;
art. 887 et 1709 Code civil : lésion de plus d'¼ en matière de partage ; ou alors la société léonine (*art. 32 C. Sociétés qui deviendra 4 :2 Code des sociétés et associations*) : « *La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, ou exclurait un ou plusieurs associés de la participation aux bénéfices, est nulle à moins qu'elle puisse recevoir une autre qualification qui la rendrait valable ou lui permettrait de subsister partiellement* ».

④ La lésion qualifiée

[a] Notion.

La lésion qualifiée est une théorie doctrinale et jurisprudentielle[272] qui permet au juge d'intervenir quand un contrat est gravement déséquilibré à la suite de l'abus par une des parties au besoin, des faiblesses, des passions ou de l'inexpérience de l'autre partie. Exemple : *art. 1907 Code civil.* Cette théorie suppose en principe un contrat commutatif. Elle ne peut logiquement s'appliquer, en règle, aux contrats aléatoires.

---

[271] Voy. art. 1304 C. civ. pour la prescription de l'action en nullité ou en rescision des conventions.
[272] Voy. Cass. 9 nov. 2012, *R.W.*, 2012-13, 1416, note E. Adriaens, T.B.B.R., 2013, 168, *T. Not.*, 2013, 363 et *Not. Fisc. M.*, 2013, 119, note H. Casman ; *R.C.D.C.*, 2013, p. 129, note M. De POTTER de Ten BROECK.

b Fondement de la théorie.

La théorie de la lésion qualifiée s'est développée en marge de *l'art. 1118 Code civil* qui exclut expressément la lésion comme cause de nullité sauf les cas prévus par la loi.

L'intervention du juge en cas de "lésion qualifiée" peut être justifiée par l'idée d'abus de droit ou de *culpa in contrahendo* : la majorité de la doctrine et la jurisprudence des juges du fond se rattachent à ce fondement. Commet une faute quasi-délictuelle ou un abus de droit celui qui exploite abusivement de la position de faiblesse de son cocontractant. Ex : x veut s'enrichir, ce qui n'est pas en soi une faute, néanmoins, les moyens utilisés compte tenu des circonstances comme la faiblesse, l'inexpérience de l'autre partie, sont critiquables.

La jurisprudence du fond fait application de cette figure avec grande circonspection et uniquement dans des situations factuelles claires ainsi, lorsqu'une mère de deux jeunes enfants signe au petit matin et dans la rue un contrat avec un expert de son assureur, alors qu'elle vient d'échapper en pyjama à l'incendie de sa maison qui a tout détruit; l'expert abuse de la faiblesse de cette femme en état de choc, ce qui a causé un déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques puisque l'expert stipule en sa faveur des honoraires à calculer sur la totalité des indemnités que paiera l'assureur, alors qu'il ne doit pas expertiser les meubles puisqu'en cas de perte totale, l'assureur indemnise la perte de ces derniers par le paiement d'un forfait[273].

L'application de cette figure est régulièrement refusée parce qu'il n'est pas prouvé que les conditions d'application sont remplies. Ainsi lorsque les acheteurs de parts dans une SPRL demandent l'annulation de cette cession parce que la valeur des parts est bien inférieure au prix de vente, sans être toutefois capable de prouver un abus de leur prétendue position de faiblesse, ni la présence d'une disproportion manifeste et importante entre les prestations réciproques[274].

Sans un sens identique, n'est pas non plus entaché d'un vice de consentement le contrat entre une intercommunale et un promoteur immobilier, qui est aussi administrateur de buildings, concernant la mise à disposition gratuite à l'intercommunale d'un local pour le placement d'une cabine pour organiser la distribution d'électricité sur le site, parce que l'exercice de sa position de force économique n'équivaut en soi pas à un abus de supériorité et qu'il n'est pas démontré que l'administrateur était dans une situation de faiblesse qui l'a gravement lésé[275].

Dans un arrêt du 9 novembre 2012[276], la Cour de cassation a reconnu l'abus de circonstances également appelé "lésion qualifiée" et défini les conditions d'application qui ont inspiré la nouvelle disposition du Code civil[277] (art. 5.41).

c Sanction.

La sanction de la lésion est alors modulable : nullité, réduction, dommages et intérêts.

---

[273] Anvers, 5 septembre 2011, *T.B.B.R./R.G.D.C.* 2014, p. 76.
[274] Mons, 14 février 2000, *J.T.* 2000, p. 469.
[275] Civ. Anvers, 29 mai 2000, *A.J.T.* 2000-01, p. 792.
[276] *R.W.*, 2012-13, 1416, note E. Adriaens, *T.B.B.R.*, 2013, 168, *T. Not.*, 2013, 363 et *Not.Fisc.M.*, 2013, 119, note H. Casman.
[277] E. ADRIAENS, "Regelingsakte echtsheiding door onderlinge toestemming: kwalificatie, wilsgebreken en erkenning gekwalificeerde benadering" (note sous Cass., 9 novembre 2012, *R.W.*, 2012-13, 1416-1420; M. DE POTTER DE TEN BROECK, "De gekwalificeerde benadeling aanvaard, maar wat met de grondslag?" (note sous Cass., 9 novembre 2012), *T.B.B.R.*, 2013, 131-140.

Droit futur : Abus de circonstance (Théorie de la lésion qualifiée)

Une nouveauté apportée par la réforme du Code civil est l'ajout de l'article 5.41 concernant l'abus de circonstances.

« *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 ».

Cette disposition confirme la théorie de la "lésion qualifiée" développée par la jurisprudence et la doctrine parce que le nombre de cas de lésion reconnus par la loi a été jugé insuffisant. Une figure juridique de portée générale a été élaborée pour les situations où un contrat présente *ab initio* un déséquilibre manifeste par suite de l'abus par l'une des parties de l'infériorité de l'autre partie ou par suite de l'abus de sa position de force[278].

L'alinéa 1er de cet article fixe les conditions selon lesquelles le juge doit veiller à l'équilibre entre les prestations :

1) l'abus de circonstances ressort d'une disproportion manifeste entre les prestations stipulées entre les parties ;

2) il y a abus des circonstances concrètes d'infériorité dans lesquelles la victime se trouvait au moment de la conclusion du contrat, ce qui a permis au cocontractant de s'arroger un avantage. Les circonstances d'infériorité visées peuvent découler tant de caractéristiques personnelles, comme l'état de nécessité physique, moral ou financier, les faiblesses, l'ignorance ou l'inexpérience de la victime (ex. : art. 1907*ter* C. civ.) que de circonstances de supériorité économique ou fonctionnelle dans le chef de la partie commettant l'abus, qui se trouve, par exemple, dans une position de monopole ou de force ;

3) un lien de causalité entre l'abus et le déséquilibre manifeste.

Dorénavant, la violence par suite de "circonstances extérieures ou état de nécessité"[279] peut relever du vice du consentement "abus de circonstances".

---

[278] L. CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, n° 54 et s.; A. DE BERSAQUES, "L'oeuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion", in *Mélanges Jean Dabin*, II, Bruxelles, Bruylant, 1963, 487-518; A. DE BOECK et R. VAN RANSBEECK, "De geldige totstandkoming van overeenkomsten ... 2005-2012" in *Verbintenissenrecht. Themis-cahier 75*, 2012-13, (51) n° 52; W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, Anvers, Kluwer rechtswetenschappen, 1985, 342 p.; C. GOUX, "L'erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons", *T.B.B.R.*, 2000, 6-41; R. KRUITHOF, "Overzicht", *T.P.R.*, 1983, n° 66; R. KRUITHOF e.a., "Overzicht", *T.P.R.*, 1994, n° 149; J.-F. ROMAIN, "Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations" (sous Cass., 29 avril 1993), *J.T.*, 1993, 749 et s.; –, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 176 et suiv.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, "Chronique", *J.T.*, 1996, n° 65; E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Anvers, Intersentia, 2011, n° 328-735; A. VAN OEVELEN et E. DIRIX, "Kroniek", *R.W.*, 1992-93, n° 23; P. VAN OMMESLAGHE, I, 291-299, n° 170-176.

[279] Bruxelles, 7 février 1964, *Pas.*, 1965, II, 70.

En principe, l'abus de circonstances émanant d'un tiers est sans incidence sur la validité du contrat, mais il existe des exceptions à cette règle qui sont réglées à l'art. 5.37, al. 3.

L'alinéa 2 définit les sanctions : nullité relative si l'abus est déterminant S'il s'agit d'un abus de circonstances qui, pour la victime, n'était pas déterminant pour la conclusion du contrat, l'adaptation sera fondée sur la responsabilité précontractuelle. En effet, la sanction d'un vice du consentement accessoire peut consister en ce que le juge procède, à titre de réparation du dommage, à une adaptation de la prestation que la victime a promis d'exécuter.

Les règles prévues à l'article 5.77 sur le "changement de circonstances" (théorie de l'imprévision) visent à corriger un déséquilibre qui n'existait pas dès le moment de la conclusion du contrat, mais qui apparaît par la suite dans le contrat. Les conséquences sont toutefois comparables dans les deux situations puisque le juge peut adapter le contrat si les parties ne se mettent pas d'accord.

5 L'état de nécessité[280]

Il peut arriver que quelqu'un soit poussé à contracter sous la contrainte qui provient de circonstances particulières. L'état de nécessité suppose que le responsable apparent cause un préjudice à autrui, alors que ce comportement était indispensable pour éviter un autre préjudice, actuel et imminent, plus important pour soi-même ou pour un tiers. L'intérêt de celui qui a contracté et qu'il a voulu protéger doit être à tout le moins d'une valeur sociale égale à l'intérêt sacrifié. La sanction qui pourra être prononcée sera la nullité relative du contrat. En pratique, l'état de nécessité s'avère difficile à manier[281].

B *La capacité : voir le cours de droit des personnes*[282]

[280] O. CUYLITS, *Nécessité n'a pas de loi ? L'état de nécessité dans la jurisprudence commerciale et son actualité*, R.D.C., 2013, p. 67 ; P. WERY, *L'état de nécessité et l'élision de la faute aquilienne et de la faute contractuelle*, Rev. rég. dr., 1987, p. 105.

[281] Ex : Cass. 15 mai 1930 disponible sur www.juridat.be

[282] L'article 5.44 « Principe » remplace l'article 1123 du Code civil ; l'article 5.45 « Exceptions à la capacité de contracter » remplace l'article 1124 du Code civil ; l'article 5.46 « Effets de l'incapacité » remplace l'article 1125 du Code civil ; l'article 5.48 « déclaration de majorité » reprend l'ancien article 1307 du Code civil ; l'article 5.49 « Respect des formalités » reprend l'ancien article 1314 du Code civil.

C L'objet

1° Notion

Le Code civil parle indifféremment de l'objet du contrat (*art. 1108, 1126 à 1128 C. civ.*) et l'objet de l'obligation (*art. 1129 et 1130 C. civ.*) voire les confonds. L'objet d'un acte juridique ou d'un contrat est la conséquence juridique concrète visée par les parties contractantes[283].

En réalité, dans le langage courant, l'objet du contrat se confond avec l'objet de l'obligation caractéristique de ce contrat. Ex : l'objet du contrat de bail c'est la chose louée ; l'objet du contrat de vente c'est la chose vendue.

L'article 5.50 du nouveau Code civil reprend l'ancien article 1126 du Code civil avec les conditions visées ci-après mais en y ajoutant quelques éléments.

« *Tout contrat a pour objet les obligations ou les autres effets de droit que visent les parties.*
Une obligation a pour objet une prestation qui peut consister à faire ou ne pas faire quelque chose, à donner quelque chose ou à garantir quelque chose.
L'obligation de donner tend au transfert d'un droit ou à la constitution d'un droit réel ».

Le deuxième alinéa énumère les diverses sortes d'obligations. Celles-ci peuvent tendre à faire quelque chose, à s'abstenir de faire quelque chose ou à donner quelque chose. Cette énumération classique s'avère toutefois incomplète. Un débiteur peut en effet également s'engager à garantir quelque chose. Il suffit de penser à l'assureur ou à la caution.

L'alinéa 3 consacre la définition de l'obligation de donner.

2° Caractéristiques générales

Pour être valable, l'objet doit être déterminé ou du moins déterminable, possible et licite. Il est évident que ces conditions doivent être appréciées au moment de la conclusion du contrat[284].

1) L'objet doit être possible et réalisable.

L'objet d'une obligation ne saurait être impossible en fait ou en droit. Il s'agit ici d'une impossibilité radicale ou absolue alors que quand une impossibilité d'exécution apparaît après la conclusion du contrat, on admet que cette impossibilité soit relative. Dans ce cas, elle était possible à l'origine mais l'exécution est troublée par exemple par la suite d'une cause étrangère libératoire (force majeure, cas fortuit).

Deux types d'impossibilité :

- impossibilité matérielle (rare). Ex : faire un tour du monde à pied en 24 heures.
- impossibilité juridique :
  - sanction : En principe, c'est la nullité relative
  - sanction : nullité absolue : Ex : vente d'un bien hors commerce (*art. 1128 C ; civ.*), vente de la chose d'autrui (*art. 1599 C. civ.*), contrat contraire à l'ordre public et/ou bonnes mœurs.

[283] W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, n° 329.
[284] Cass., 28 novembre 2013, *T.B.B.R.*, 2015, 422, note Derval et Grauer.

Droit futur : Possibilité de l'objet

L'article 5.51 du nouveau Code civil énonce que : « *La prestation* (objet) *doit être possible* ».

L'article 5.52 d'ajouter que « *L'objet d'une prestation doit nécessairement être dans le commerce* ». Il s'agit de l'article 1128 du Code actuel.

Le cas des choses futures – pactes sur successions futures[285]

"Les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation" (*art. 1130 C. civ.*) pour autant qu'elles soient déterminées ou déterminables :

- contrat portant sur une chose future qui devient caduc si cette chose ne vient pas à existence. Exemple : vente de bateau sur plan (à construire).
- contrat portant sur une espérance qui doit sortir ses effets, que la chose espérée se réalise ou non (= contrat aléatoire). Exemple : achat du produit d'une pêche, si pêche rien, le contrat n'est pas caduc, il faut payer le prix.

Ex : article 4.18, §1er du Code des sociétés et associations : « *La convention peut prévoir que le décès d'un des associés n'entraîne pas la dissolution de la société, mais qu'elle se poursuit soit avec ses héritiers ou légataires, soit avec les associés survivants uniquement. Dans le premier cas, on parle de clause de continuation avec les héritiers, dans le second, de clause de continuation entre les associés restants...* ».

Par dérogation à ces principes, le Code civil prohibe les pactes sur successions futures[286] mais a assoupli et quelque peu clarifié cette matière (*art. 1001/1 à 1001/7 C. civ.*).

Droit futur : Choses futures

Le nouveau Code civil reprend intégralement l'article 1130 du Code civil dans l'article 5.54 : « *Les choses futures peuvent être l 'objet d 'une prestation* ».

[285] Selon la Cour de cassation du 10 nov. 1960 : « *Attendu que, pour qu'une convention ayant pour objet tel ou tel bien particulier constitue un pacte sur la succession future d'une des parties contractantes, il faut d'abord que ce bien soit considéré comme devant former un des éléments de sa succession actuellement non ouverte, ensuite que cette partie attribue à l'autre, dans sa succession, des droits purement éventuels sur ledit bien.* » Cass., 10 novembre 1960, *Pas.*, 1961, I, p. 259.

[286] Le Pacte sur succession est une stipulation qui attribue un droit sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte même si elle porte sur un bien particulier qui se retrouvera éventuellement dans une succession future. Exemple : je vends ma maison si elle se trouve dans mon patrimoine à mon décès.

2) L'objet doit être certain (*art. 1108 et 1129 C. civ.*).

L'objet doit être certain donc *déterminé* ou *déterminable* (*art. 1108 et 1129 C. civ.*).

- ✓ *Déterminé*, c'est-à-dire quand l'objet est complètement désigné par les parties.

  Exemple : telle maison bien précise fait l'objet d'une vente.

- ✓ *Déterminable*[287], c'est quand le contrat comporte des éléments objectifs permettant de déterminer l'objet du contrat sans recours à un nouvel accord des parties.

  Exemple d'objet déterminable : le prix de vente d'un terrain établi après mesurage sur la base de 40 €/m².

Modes de détermination de l'objet

En principe, il appartient aux parties de déterminer l'objet. Le juge ne peut se substituer à elles pour pallier les lacunes de leur accord. Par contre, il peut interpréter leur volonté en recherchant leurs intentions. Par ailleurs, un pouvoir de contrôle marginal du juge reste naturellement possible lorsque la détermination est confiée à un tiers ou à l'une des parties[288].

Exceptions : par exemple, la règle suivant laquelle il appartient aux parties de déterminer l'objet de leur contrat par la loi ou les usages. Le législateur a souvent prévu des lois supplétives pour compléter la détermination de l'objet de leur convention.

Exemple : l'obligation de délivrer une chose de genre dont la qualité n'a pas été précisée comprend l'obligation non pas de délivrer la chose de la "meilleure espèce" ni de "la plus mauvaise" mais bien d'une qualité moyenne c'est-à-dire loyale et marchande (*art. 1246 C. civ.*).

Exemple : pour le prêt à intérêt si le taux d'intérêt n'est pas fixé selon le taux légal (*art. 1907, al. 4 C. civ.*).

En principe, il appartient aux parties de déterminer le prix. Il convient de distinguer entre le prix fixé par le créancier ou le débiteur.

Fixé par le créancier : dans le contrat d'entreprise, le prix est fixé par l'entrepreneur mais il existe une protection en faveur du débiteur, du maître de l'ouvrage en application du principe d'exécution de bonne foi des conventions tel que contenu à l'article 1134, al. 3 du Code civil. Les Cours et Tribunaux pourront exercer un contrôle marginal sur le prix qui pourra être censuré s'il est jugé comme excessif.
Dans le contrat de bail, le juge du fond peut fixer le loyer en cas de révision triennale du loyer.

Fixé par le débiteur, client, consommateur : lors de la réparation d'une voiture en panne, le garagiste devra appeler le client, dès qu'il aura trouvé la panne et ce, avant de réparer la voiture si les frais sont plus élevés que ceux qui avaient été prévus.

L'objet de l'obligation est déterminable si les parties ont chargé un tiers de le fixer (*art. 1592 C. civ.*[289]). Le tiers est un simple mandataire commun des parties chargé d'une mission spécifique. C'est le plus souvent le prix que les parties chargent un tiers d'arbitrer. Pour que le contrat soit valable, il suffit que le tiers désigné par les parties soit déterminé ou déterminable.

---

[287] Voy., *op. cit.*, Cass., 13 juin 2005 (*cf.* recueil de jurisprudence).
[288] Cass., 31 octobre 2008, C.07 0201.N; Cass., 28 octobre 2016, C.15.0528.N disponible sur www.juridat.be
[289] Comp. avec l'article 1591 C. civ.

Si le tiers chargé de l'estimation[290] "ne veut ou ne peut pas faire l'estimation", *l'article 1592 Code civil* prévoit "qu'il n'y a point de vente". Le mécanisme de *l'article 1592 Code civil* s'explique par l'idée de caducité. La vente est valablement formée, son objet est déterminable et la vente, qui perd juridiquement son objet, est frappée de caducité qui retentit sur le contrat en entier. Dès que le tiers a pris la décision, elle lie les parties sauf fraude.

Droit futur : Déterminabilité de l'objet

Dans le nouveau Code civil, la déterminabilité de l'objet est prévue à l'article 5.53 qui est une version adaptée de l'article 1129 C. civ.

« *La prestation doit être déterminée, ou au moins déterminable sans qu'un nouvel accord de volontés des parties soit exigé.*
La détermination de la prestation peut, en vertu de la loi, du contrat ou des usages, être confiée à une des parties ou à un tiers déterminé ou déterminable, sauf si la loi l'interdit ».

3) L'objet doit être licite (*art. 1108 et 1131 C. civ.*).

Voy. le point E. Les obligations illicites : objet et la cause illicites

Le principe de l'autonomie de la volonté n'est pas infini. La liberté contractuelle est encadrée par les limites fixées par l'ordre juridique. Ces limites sont fixées de manière classique par la loi et par les notions d'"ordre public" et de "bonnes mœurs" (*art. 2 C. civ.*).

Droit futur : Licéité

Dans le nouveau Code civil, la licéité de l'objet est reprise à l'article 5.55 : « *La prestation est illicite lorsqu'elle crée ou maintient une situation qui est contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives* ». La notion de "bonnes mœurs" n'a toutefois pas été reprise, car elle est déjà incluse dans l'"ordre public".

D *La cause (art. 1108, 1131 et 1133 C. civ.)*

Tout comme les autres conditions de formations du contrat, la cause s'apprécie également à ce moment. La notion de cause est un domaine controversé dans notre droit. La notion de cause exprime le fait qu'il doit exister un motif, un fondement, pour lequel une personne souhaite s'engager. Si l'obligation a été exécutée, mais qu'elle s'avère dénuée de cause, la restitution de la prestation peut alors être réclamée.

Rationnellement, un contrat suppose qu'un échange de consentement éclairé sur un objet déterminé ou déterminable mais rien n'impose l'existence d'une cause. La doctrine et la jurisprudence est divisée sur l'utilité de la notion de cause. La cause est le "pourquoi" de l'obligation.

La jurisprudence est « casualiste » c'est-à-dire que la validité d'une opération juridique est subordonnée à l'existence d'une cause[291].

---

[290] *Contra* l'article 1174 C. civ : condition purement potestative c'est-à-dire les conditions dont la réalisation dépend uniquement de la volonté de celui qui s'oblige, soit de la seule volonté du débiteur est nulle (H. De Page, Traité, t. I, n° 155 et 155*bis*).

[291] Cass., 21 janvier 2000, *J.T.*, 2000, p. 573 avec comm. de P.-A. FORIERS, p. 676 (*cf.* recueil de jurisprudence).

La doctrine, en la personne de P. Van Ommeslaghe à une « conception subjective de la cause ». Dès lors, la cause est le mobile qui a déterminé la partie à s'engager[292]. La Cour de cassation va donc adopter cette conception en considérant : « *Dans un contrat synallagmatique, la cause des obligations de l'une des parties ne réside pas exclusivement dans l'ensemble des obligations de l'autre partie, mais dans celui des mobiles qui a principalement inspiré son débiteur et l'a déterminé à contracter* » et d'ajouter « *Dès lors que le mobile qui a déterminé les parties à contracter leur est commun, chacune d'elles peut invoquer la nullité de la convention si elle y a intérêt* ».

Dans la plupart des contrats à titre onéreux, c'est la contrepartie objective qui s'identifie à ce mobile. Exemple : en principe, le mobile déterminant du vendeur est d'avoir le prix et l'acheteur d'avoir la chose.

Pour les libéralités et les actes à titre gratuits, ils trouvent leur cause par définition dans des éléments subjectifs.

L'idée de cause trouve une application pratique dans les cas de fausse cause ou d'erreur sur la cause[293].

Exemples :

- Deux époux rédigent des testaments parallèles pour établir un certain équilibre dans la répartition de leurs biens. L'un des testaments est annulé pour vice de forme, l'autre pourrait être annulé pour erreur sur la cause.
- Annuler (en demander la nullité) la vente d'une rente viagère[294] mais il faut que le crédirentier soit malade au jour de la constitution de la vente en viager ; qu'il décède dans les 20 jours[295] qui suivent la constitution de la vente en viager[296] ; et que le décès soit directement lié à la maladie qui existait au jour du contrat (preuve à apporter).
- J'achète telle maison croyant que j'ai été nommé dans telle ville, en réalité ma nomination est annulée avec effet rétroactif : fausse cause ou erreur sur la cause.

L'absence de cause ou la fausse cause sont sanctionnées de nullité relative. La preuve de l'absence de cause appartient au demandeur (*art. 1132 C. civ.*).

Droit futur : La cause

Dans le nouveau Code civil, la cause est reprise à l'article 5.56 : « *La cause s'entend des mobiles qui ont déterminé chaque partie à conclure le contrat, dès lors qu'ils sont connus ou auraient dû l'être de l'autre partie* ».

La définition donnée répond à celle qui résulte de la jurisprudence et de la doctrine, à savoir les motifs déterminants pour la conclusion du contrat[297]. L'exigence de cause doit être appréciée au moment de la formation de la convention[298].

---

[292] Cass., 14 mars 2008, RG C.05.0380.F/1 (*cf.* recueil de jurisprudence).
[293] Cass., 24 septembre 2007, C.2006.107.F au sujet d'un logiciel informatique (*cf.* recueil de jurisprudence).
[294] Il s'agit d'un contrat aléatoire conformément à l'article 1964 du Code civil.
[295] Art. 1975 C. civ.
[296] Le jour de la conclusion du contrat n'est pas pris en compte, le délai commence à courir, le lendemain du jour de l'établissement de la rente viagère.
[297] Cass., 14 mars 2008, C.05.0380.F, *Pas.*, 2008, 708, *R.W.*, 2010-11, 21.
[298] Cass., 12 décembre 2008, C.06 0322.N, *R.W.*, 2008-09, 1690, note Barbaix, *J.T.*, 2010, 335 note Delnoy, *R.C.J.B.*, 2011, 329 note Nudelholc, *T.B.B.R.*,, 2009, 236, note Masschelein.

La proposition précise que ces motifs doivent être "communs". Cela signifie que les motifs déterminants d'une partie ne sont pertinents juridiquement que s'ils étaient connus de l'autre partie. Les motifs doivent faire partie *"du champ contractuel"*.

L'article 1131 du Code civil est repris dans l'article 5.57 : « *Un contrat conclu sans cause est frappé de nullité relative, à moins que la loi admette qu'il puisse exister sans cause. Les parties peuvent également convenir d'abstraire le contrat de sa cause, à moins que la loi l'interdise.*

Un contrat sur une fausse cause n'est frappé de nullité que si l'erreur est déterminante et excusable ».

Il est ajouté à cette disposition l'exception jurisprudentielle selon laquelle la loi peut admettre que l'obligation existe par elle-même et être séparée de sa cause. Tel est le cas des "obligations abstraites" comme la lettre de change[299]. Il est également admis que l'abstraction puisse résulter de la volonté des parties.

Pour être complet, il est encore précisé que lorsque la cause est une condition de validité du contrat, ce sont en réalité les obligations qui font l'objet du contrat pour lesquelles l'existence d'une cause doit pouvoir être démontrée.

Le deuxième alinéa vise à rapprocher la problématique de la fausse cause de la doctrine relative à l'erreur[300].

L'article 5.58 concerne la cause non exprimée : « *Un contrat n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée* » et reprend l'article 1132 C. civ. Cette nouvelle disposition exprime une règle de preuve utile. La loi établit une présomption selon laquelle une cause valable est à la base de l'obligation, même lorsque celle-ci ne ressort pas de l'écrit qui constate cette obligation. Par conséquent, aucune preuve n'incombe au créancier. Si le débiteur conteste l'existence ou le caractère licite de la cause de l'obligation, il doit en rapporter la preuve[301].

E Les obligations illicites : objet et la cause illicites

1° Notion

Les contrats doivent avoir un objet et une cause licites (*art. 1131 et 1133 C. civ.*). L'ordre public et les bonnes mœurs sont donc des limites à l'autonomie de la volonté.

a Les bonnes mœurs (*anc. art. 6 C. civ. renuméroté art. 2 C. civ.*)

Les bonnes mœurs ne sont définies par aucune loi, mais la doctrine et la jurisprudence considèrent comme contraire aux bonnes mœurs toute convention contraire à la morale coutumière qui se dégage d'un ensemble de règles d'ordre moral, faites d'habitudes et de traditions formant corps avec la mentalité d'un peuple, et suffisamment générales pour être indépendantes de toute confession religieuse. En d'autres mots, c'est un ensemble de règles de conduite ou d'ordre moral découlant des traditions pratiques et usages du corps social et qui sont jugées à ce point important et qu'elles sont sanctionnées par le droit. C'est donc, une notion à contenu variable dans le temps et dans l'espace.

---

[299] Cass., 13 novembre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, 326, note P. Van Ommeslaghe; Cass., 17 mai 1991, *R.W.*, 1991-92, 684, *J.T.*, 1992, 298.
[300] P. WERY, I, p. 265, n° 299.
[301] Cass., 27 février 2003, *R.W.*, 2004-05, 975.

Exemple : évolution de la jurisprudence relative aux contrats entre concubins.

En pratique la jurisprudence se réfère communément à l'ordre public et aux bonnes mœurs, même si certains auteurs font une distinction entre les deux concepts.

b L'ordre public[302] (*anc. art. 6 C. civ. renuméroté art. 2 C. civ.*)

Suite aux enseignements de De Page, la doctrine et la jurisprudence distinguent :

- ✓ les dispositions d'ordre public proprement dit dont la sanction est la nullité absolue : ce sont les dispositions qui touchent aux intérêts essentiels de l'Etat au sens large ou de la collectivité ou qui fixent, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société.
- ✓ dispositions d'ordre public de protection dont la sanction est la nullité relative (dispositions impératives) : ce sont les dispositions qui protègent des intérêts privés et non l'intérêt général (soit un groupe de citoyens considérés globalement et non individuellement).

Remarque : la différence n'est pas toujours facile : ex. : la garantie décennale des architectes et entrepreneurs (*art. 1792 et 2270 C. civ.*) protège le maître de l'ouvrage mais répond à une préoccupation d'ordre public, la solidité des bâtiments, car c'est un élément important pour la sécurité publique.

Exemples de dispositions d'ordre public :

- ✓ sont majoritairement d'ordre public les dispositions de droit public : les lois fiscales, lois pénales, lois relatives à l'organisation judiciaire et administrative, réglementation de la concurrence, réglementation du prix, réglementation pour l'accès à certaines professions.

- ✓ En droit privé sont d'ordre public : règles relatives à l'état des personnes, les principes fondamentaux du droit des successions, *art. 815 Code civil,* principe du respect des droits de la défense en procédure civile (*art. 6 C.E.D.H.*), régime général de la faillite, régime de la continuité des entreprises, garantie décennale des architectes et entrepreneurs (*articles 1792 et 2270 C. civ.*), ...

Exemples de dispositions impératives :

- ✓ la plupart des dispositions de la loi sur les baux commerciaux (*Loi du 30 avril 1951*) et de la loi sur les baux à ferme (*Loi du 4 novembre 1969*), ainsi que le régime de baux de résidence principale (*Loi du 20 février 1991*[303]). Protection du preneur et du bailleur.

- ✓ le régime des contrats de travail est généralement considéré comme impératif en faveur du travailleur et parfois des deux parties. (*Loi du 3 juillet 1978*)

2° Sanction de l'ordre public et les bonnes mœurs

Les dispositions contractuelles contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs sont frappées de nullité absolue.
L'exception de nullité doit être soulevée d'office par le juge et la nullité ne peut être couverte par confirmation.

---

[302] L'ordre public n'est pas défini par la loi. La Cour de cassation considère comme d'ordre public la loi dont les dispositions sont ordonnées en vue de l'existence même de l'Etat et pour le bien de la chose publique ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société (Cass., 15 mars 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 884).

[303] Ainsi que la partie du Décret wallon sur le bail d'habitation qui remplace cette loi.

Quand seule une clause du contrat est illicite, il faut déterminer son caractère indivisible avec le contrat pris dans son ensemble : quand ni la loi, ni les parties ne prévoient le problème, la doctrine et la jurisprudence admettent aujourd'hui qu'il faut combiner les solutions des *art. 900 et 1172 Code civil* :

- si la clause est dans l'esprit des parties et l'économie de leur contrat inséparable de celle-ci, le contrat tout entier doit être annulé.
- si la clause est accessoire ou dissociable, seule la clause illicite sera annulée.

Quand l'objet du contrat est illicite, il peut être facilement annulé, chaque partie étant à même d'apprécier la licéité de l'objet de leur contrat. Exemple : commerce de stupéfiants.

Mais il se peut qu'un contrat ait un objet licite et apparaisse comme conforme à la loi mais qu'en réalité une des parties l'ait conclu dans un but illicite /avec une cause illicite. Exemple : bail d'un immeuble abritant un hôtel que le locataire veut transformer en hôtel de passe.

Aujourd'hui, il est constant qu'il suffit qu'un des mobiles soit illicite pour que le contrat soit affecté. La Cour de cassation française considère que le contrat peut être annulé même si une seule partie était animée d'un mobile illicite. La Cour de cassation belge a suivi cette solution dans un arrêt du 20 octobre 2000[304] confirmé le 7 octobre 2004. Cette solution pose la question de la protection de la partie de bonne foi, si le contrat a été exécuté. Elle pourrait évidemment demander des dommages et intérêts pour la *culpa in contrahendo* commise nécessairement par l'autre partie. Il ressort de l'arrêt de 2000 qu'une convention qui a pour but d'organiser une fraude envers les tiers, dont les droits sont protégés par une législation d'ordre public, a une cause illicite et est frappée de nullité absolue. S'agissant de l'intérêt général, il suffit que l'une des parties ait contracté à des fins illicites et il n'est pas nécessaire que ces fins soient connues du co-contractant. Bref, la cause illicite ne doit pas être commune à toutes les parties.

La sanction de la nullité absolue est complétée par un adage traditionnel : l'adage "*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* "[305]. Dans l'opinion généralement admise en Belgique, cet adage fait obstacle à ce qu'une des parties poursuive en justice l'exécution forcée d'un contrat contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (*art. 1131 C. civ.*). Il en est de même pour cet adage : « *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* »[306]. Ces deux adages sont l'expression d'un seul et même principe. En principe, l'annulation d'un contrat fait naître dans le chef d'une ou de plusieurs parties des obligations de restituer ce qui a été exécuté en vertu du contrat. En vertu de ces adages, la partie innocente peut refuser la restitution des prestations qu'elle a exécutées.

---

[304] Cass., 12 octobre 2000, *Arr. cass.*, 2000, p. 1564, *Pas.*, 2000, p. 1531, *Rev. not. b.*, 2001, p. 109, note, *T.B.B.R.*, 2001, p. 549, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1508, *R.W.*, 2002-03, p. 416, note A. VAN OEVELEN, *R.C.J.B.*, 2003, p. 74, note P. WERY, « *Une convention dont le but est de porter atteinte aux droits de l'administration fiscale protégés par une législation d'ordre public est frappée de nullité absolue dès lors qu'une partie a contracté à des fins illicites, sans que la connaissance de celles-ci par le cocontractant ne soit requise* » ; repris par Cass., 7 octobre 2004 disponible sur www.juridat.be.

[305] Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude.

[306] Lorsque la turpitude est égale, il n'y a pas lieu à répétition.

3° La sanction des dispositions impératives

Elles sont sanctionnées d'une nullité relative qui est susceptible de confirmation quand la protection légale est acquise.

Exemples :
1) si en principe les parties à un contrat de travail, peuvent à l'avance convenir d'un délai de préavis, une fois le congé donné, les parties peuvent valablement transiger sur ce délai ou l'indemnité compensatoire de préavis.
2) Les parties ne peuvent pas convenir d'un bail à ferme[307] d'une durée de moins de 9 ans mais rien ne les empêche une fois le bail convenu, de résilier celui-ci d'un commun accord.

La confirmation peut intervenir chaque fois que la contestation est née.

Outre les développements exposés *supra.* au sujet de la licéité, il conviendra de se référer dans le nouveau Code à l'article 5.55 qui expose : « *La cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives* »[308]. Il s'agit d'une reprise de l'article 1133 C. civ. mais adapté pour le rapprocher de la disposition adoptée en matière d'objet illicite notamment la suppression de la référence aux "bonnes mœurs".

Droit futur : De la nullité, de la confirmation et de l'annulation (art. 5.60 à 5.66)

L'article 5.60 expose les causes de nullité : « *Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul.*
Toutefois, le contrat demeure valable dans les cas prévus par la loi ou lorsqu'il résulte des circonstances que la sanction de la nullité ne serait manifestement pas appropriée, eu égard au but de la règle violée ».

Cet article n'a pas d'équivalent dans le Code civil actuel.

L'alinéa 1er rappelle que la nullité est la sanction ordinaire d'un vice de validité, c'est-à-dire d'une violation de la loi contemporaine à la formation du contrat. Ce principe doit être lu en conjonction avec l'article 5.66, de sorte que la nullité peut frapper non seulement le contrat entier, mais parfois uniquement certaines obligations ou certaines clauses de celui-ci.

Par ailleurs, la proposition emploie le terme "nullité" de manière générique en y incluant la sanction désignée par le terme de "rescision" par certaines dispositions actuelles du Code (art. 887, 891, 892, 1117, 1234, 1304, 1305, 1338, 1674, 1681, 1682, 1683, 1685 et 1706). En effet, en droit positif, il n'existe plus de différence substantielle entre la nullité et la rescision. Cette distinction, d'origine historique, a donc perdu aujourd'hui son sens.

L'alinéa 2 de l'article permet d'écarter la sanction de la nullité lorsque celle-ci ne serait pas la sanction la plus appropriée. Nous l'avons vu, la nullité, comme toute sanction, doit être proportionnée à son objectif, qui est d'assurer le respect de la norme violée.

Le législateur peut donc décider de substituer expressément à la nullité une autre sanction plus adéquate, telle que l'inopposabilité en cas d'action paulienne (art. 5.317), les dommages-intérêts en

[307] Cette législation vient d'être réformée par le législateur wallon avec une entrée en vigueur au 1er janvier 2020. Veuillez noter que le bail classique sera toujours de 9 ans renouvelable 3 fois. Mais il sera possible de conclure des baux de courte durée pour des situations particulières (5 ans max.) et des baux de fin de carrière (pour aller quelques années au-delà du 3ème renouvellement).
[308] La problématique du mobile illicite unilatéral est exposée à l'article 5.56.

cas de dol incident (art. 5.39), la réduction de l'obligation en cas de clause indemnitaire manifestement déraisonnable, ...

Par ailleurs, même en l'absence d'une disposition expresse en ce sens, la nullité doit être écartée lorsque l'application d'une telle sanction heurterait manifestement le but de la norme violée. La prise en compte du but et de la portée de la norme violée pourra le cas échéant permettre au juge d'écarter la sanction de la nullité s'il apparaît que la violation de la norme a été régularisée depuis la conclusion du contrat et que la norme violée ne commande plus dans ce cas l'application de la nullité.

L'usage du terme "manifestement" souligne le caractère exceptionnel de cette situation. La disposition permet à cet égard, dans des cas spécifiques, d'écarter la sanction de la nullité au profit d'une autre sanction plus appropriée, voire même dans certains cas d'éviter l'application de toute sanction. Par exemple en matière de normes régionales sur le bail[309] ; aux infractions urbanistiques régularisables[310] ; aux règles de forme imposées en matière de contrats d'organisation et d'intermédiaire de voyages[311] ; aux formalités prévues par la législation anti-blanchiment[312].

L'article 5.61 indique la Classification des nullités : « *La nullité est absolue lorsque la règle violée est d'ordre public, ayant ainsi pour objet principal la sauvegarde de l'intérêt général. Toute personne justifiant d'un intérêt peut s'en prévaloir.*

La nullité est relative lorsque la règle violée est impérative, ayant ainsi pour objet principal la sauvegarde d'un intérêt privé. Seule la personne protégée peut s'en prévaloir ».

Cet article n'a pas d'équivalent dans le Code civil actuel.

La disposition codifie à droit constant la distinction entre nullités absolues et relatives.

La référence à "la personne protégée" au singulier n'empêche pas qu'une disposition légale puisse avoir pour objet la protection de plusieurs personnes. Par exemple : en cas de lésion énorme, chacun des vendeurs dispose de l'action en rescision d'après l'art. 1685 C. civ. renvoyant aux articles 1668 à 1672 ; ...[313].

Le terme "principalement" a été utilisé pour souligner qu'une règle d'ordre public peut poursuivre indirectement la protection des personnes privées[314] et que, à l'inverse, en protégeant les parties faibles, le législateur peut poursuivre indirectement une politique économique d'intérêt général[315].

---

[309] A ce sujet, J. VAN MEERBEECK, "Le juge et l'ordre public : libres propos quant à l'impact des normes régionales sur le bail à l'aune de la théorie des nullités", *Le bail et le contrat de vente face aux réglementations régionales (urbanisme, salubrité, PEB)*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 156 et s.

[310] Liège, 23 décembre 2014, *J.L.M.B.*, 2016, p. 292, obs. P. Wéry.

[311] Cass., 26 mai 2006, *R.G.D.C.*, 2007, p. 476, note P. Wéry.

[312] Cass., 30 janvier 2015, *D.B.F.*, 2015, p. 260, note L. Cornelis.

[313] Ou en droit du travail avec l'article 82 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail qui était interprété comme édictant une nullité pouvant être invoquée tant par l'employeur que par le travailleur avant le revirement de jurisprudence opéré par Cass., 7 avril 2008, *Pas.*, 2008, n° 207, *R.C.J.B.*, 2009, p. 481, note C. Wantiez ou que la nullité puisse être invoquée par un tiers habilité par la loi à défendre les intérêts de la personne protégée (voy. l'art. 493, § 3, al, 1er, 1re phrase et l'art. 499/13, al. 2, C. civ.).

[314] voy. ainsi, en matière de droit financier, Cass., 10 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 237 (affaire Wagons-Lits).

[315] A. MEEUS, "La notion de loi impérative et son incidence sur la protection en cassation et sur l'office du juge", note sous Cass., 17 mars 1986, *R.C.J.B.*, 1988, n° 15, p. 511; J. VAN ZUYLEN, "L'ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux", *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, Liège, Anthemis, 2011, n° 7, p. 97; P. WERY, "L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle", *R.G.D.C.*, 2011, n° 14, p. 149.

Si besoin en était, le législateur n'a pas repris ce que doit être l'office du juge en matière de nullité, qui relève du droit judiciaire commun « *jura novit curia* »[316].

L'article 5.62 parle de la mise en œuvre de la nullité : « *Jusqu'à son annulation, le contrat entaché d'une cause de nullité produit les mêmes effets qu'un contrat valable.*

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

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

Elle reprend l'article 1117 du Code civil.

L'alinéa 1er consacre le principe selon lequel la nullité n'intervient jamais de plein droit. En ce sens, un contrat entaché d'une cause de nullité n'est donc pas nul de plein droit, mais plutôt annulable.

L'alinéa 2 consacre la possibilité d'une annulation amiable ou judiciaire du contrat.

- L'annulation amiable suppose que la cause de nullité existe véritablement. A dé faut, l'accord serait nul en tant qu'annulation amiable mais pourrait être requalifié en résiliation de commun accord (art. 5.73). La loi peut s'opposer à une annulation amiable ou la soumettre à des conditions (ex : l'article 14 de la loi sur les baux à ferme)
- L'annulation judiciaire constitue le mode ordinaire d'annulation des contrats.

L'alinéa 3 constitue une nouveauté dans notre droit. Lorsque le contrat est atteint d'une cause de nullité, il paraît en effet déraisonnable d'imposer à la partie habilitée à s'en prévaloir d'attendre l'issue d'une procédure judiciaire avant de pouvoir se délier du contrat. Il aurait été paradoxal d'admettre la résolution extrajudiciaire (art. 5.96) tout en refusant toute possibilité d'annulation extrajudiciaire, alors que la cause de nullité atteint plus radicalement l'existence du contrat qu'une inexécution commise au cours de l'existence de celui-ci.

La notification doit être faite par écrit. Elle peut ainsi être faite par voie d'exploit d'huissier, ce qui permettra d'en assurer la transcription conformément aux articles 1er et 2 de la loi hypothécaire.

L'annulation par voie de notification intervient aux risques et périls de la partie dont elle émane en ce sens qu'elle peut être contestée en justice et que, si le juge constate que le contrat a été annulé

[316] Le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable. Il a donc l'obligation, en respectant les droits de la défense, de relever d'office les moyens de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqué s par les parties au soutien de leurs pré tentions (jurisprudence constante depuis Cass., 14 avril 2005, *Pas.*, 2005, n° 225, avec les conclusions de M. l'avocat général délégué P. De Koster, *J.L.M.B.*, 2005, p. 856, obs. G. De Leval, *J.T.*, 2006, p. 659, obs. J. Van Compernolle). Lorsque les faits n'ont pas été spécialement invoqués par les parties, l'application de la règle de droit fondée sur ces faits constitue pour le juge une simple faculté (voy. Cass., 2 avril 2010, *Pas.*, 2010, n° 246; Cass., 13 mars 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1306, obs. J.-F. Van Drooghenbroeck). Les deux formes de nullité peuvent et même doivent – aux conditions précitées – être soulevées d'office par le juge, à moins que le contrat n'ait été valablement confirmé.

sans fondement, il pourra constater que la notification était inefficace et que le contrat n'a jamais pris fin de ce chef.

En ce cas, si l'auteur de la notification a en outre cessé d'exécuter le contrat dans l'intervalle, cette inexécution pourra le cas échéant justifier la résolution du contrat à ses torts. Si la notification est contestée par son destinataire, l'auteur de la notification pourra également saisir le juge pour faire confirmer l'annulation du contrat.

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

Par exception, l'annulation par voie de notification est exclue lorsque le contrat est constaté par un acte authentique tel qu'un acte notarié ou un jugement d'homologation. Cette solution est justifiée à la fois par l'idée que la personne qui confère l'authenticité au contrat (telle qu'un notaire ou un juge) est tenue d'en vérifier au préalable la validité et par le souci de ne pas compromettre la force exécutoire de l'acte authentique.

Une annulation amiable ou judiciaire demeure toutefois possible.

L'article 5.63 énonce les règles de Prescription de la nullité : « *La nullité par voie d'action ou de notification se prescrit par cinq ans à partir du jour qui suit celui où son titulaire a connaissance de la cause de nullité et, dans le cas d'une nullité relative, peut valablement renoncer à l'invoquer. Ainsi, il faut, selon le cas, que l'incapacité, le vice de consentement ou la raison d'être de la protection prévue par la règle impérative violée ait cessé. La nullité se prescrit en tout cas par vingt ans à partir du jour qui suit celui où le contrat a é té conclu.*

L'exception de nullité ne se prescrit pas ».

L'alinéa 1er de la disposition aligne le délai de la prescription de la nullité sur celui de l'action en responsabilité extracontractuelle. Ce principe s'applique aussi bien aux nullités absolues que relatives. En précisant que la prescription a pour point de départ le jour qui suit celui où le titulaire de la nullité a une connaissance effective de la cause de nullité et est en mesure de renoncer valablement à l'invoquer, la disposition ne fait que généraliser les hypothèses visées à l'actuel article 1304 du Code civil.

Ainsi, comme auparavant, la nullité pour vice de consentement ne commencera à se prescrire qu'à partir du moment où la victime ne se trouve plus sous l'empire du vice et la nullité pour incapacité ne commencera à se prescrire que lorsque l'incapacité aura cessé.

Dans les autres cas, la disposition implique que la prescription ne peut commencer à courir tant que le titulaire du droit de critique n'a pu bénéficier de la protection prévue par le législateur. Toutefois, dans un objectif de sécurité juridique, la nullité par voie d'action ou de notification se prescrira au plus tard vingt ans à compter du jour qui suit le jour de la conclusion du contrat.

L'alinéa 2 consacre la règle selon laquelle l'exception survit à la prescription de l'action[317], reconnue par la jurisprudence[318]. Par conséquent, si une partie agit en exécution sur la base du contrat après l'expiration du délai de l'action en nullité, le défendeur, de même que le juge, pourront en principe encore soulever l'exception de nullité sans limite de temps pour s'opposer à l'action.

[317] *Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excepiendum.*
[318] Cass., 22 octobre 1987, *R.C.J.B.*, 1991, p. 258, note F. Glansdorff.

L'article 5.64 du nouveau Code civil au sujet de la « Confirmation » que : « *Le contrat atteint d'une cause de nullité relative peut être confirmé expressément ou tacitement par la personne protégée.*

La confirmation suppose que la personne protégée ait connaissance de la cause de nullité et puisse valablement renoncer à l'invoquer. Ainsi, il faut, selon le cas, que l'incapacité, le vice de consentement ou la raison d'être de la protection prévue par la règle impérative violée ait cessé.

Elle emporte renonciation à invoquer la nullité, sans préjudice du droit des tiers habilités à se prévaloir de la nullité.

Le contrat atteint d'une cause de nullité absolue ne peut être confirmé ; il ne peut être refait que dans le respect de la loi ».

Cet article remplace les articles 1115, 1311, 1338 et 1339 du Code civil.

Seules les nullités relatives, à l'exclusion donc des nullités absolues, peuvent être confirmées. Un contrat atteint d'une cause de nullité absolue ne peut être que refait dans le respect de la loi, pour autant que cela soit possible (article 1339 du Code civil).

Cette disposition clarifie la confusion entretenue par l'article 1338 entre conditions de fond et conditions de forme de la confirmation. Conformément au principe du consensualisme, la confirmation peut être expresse ou tacite (art. 5.32, applicable conformément à l'article 5.129 relatif à l'acte juridique unilatéral). Il faut toutefois, comme pour toute renonciation, qu'elle soit faite en connaissance de cause (art. 5.327 relatif à la renonciation unilatérale). Il faut en outre que son auteur soit capable d'agir en nullité, c'est-à-dire qu'il bénéfice de la capacité juridique, qu'il ne soit plus sous l'empire d'un vice de consentement et qu'il ait pu bénéficier de la protection prévue par la loi (art. 5.63 relatif à la prescription de la nullité).

La confirmation emporte renonciation pour l'avenir à invoquer la cause de nullité. Elle vaut sans préjudice du droit des tiers, en ce sens que s'il existe d'autres personnes protégées par la règle violée, elles demeurent libres d'agir en nullité ou de confirmer.

Enfin l'alinéa 4 *in fine* a été conservé dans un but pédagogique.

L'article 5.65 expose les effets de l'annulation : « *L'annulation du contrat prive celui-ci d'effets depuis la date de sa conclusion.*

Les prestations fournies en vertu de celui-ci donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 5.118 à 5.127 ».

Cet article remplace les articles 6 et 1131 du Code civil.

L'alinéa 1er consacre l'effet rétroactif de la nullité.

Le contrat se trouve donc privé d'effets et est dissous depuis la date de sa conclusion plutôt que celle de son annulation. Sont en principe visés aussi bien les effets personnels que réels du contrat.

Sur le plan personnel, les droits et obligations nés du contrat se trouvent privés d'effets depuis l'origine et les parties ne peuvent plus en demander l'exécution en justice telle est la seule portée de l'adage *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*[319]

Sur le plan réel, la nullité prive d'effets le transfert, la constitution, la modification ou l'extinction de droits réels prévus par le contrat et ce *erga omnes*.

Par exemple, en cas d'annulation d'une vente, si l'acheteur a dans l'intervalle disposé de la chose au profit d'un sous-acquéreur, celui-ci se trouve également privé de son droit sur la chose (*Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*), sans préjudice des mécanismes de protection des tiers tels que l'article 2279 du Code civil (art. 3.24 et 3.28)

L'effet rétroactif de la nullité constitue donc le principe, dont la loi peut cependant s'écarter.

Par exemple l'article 1038 du Code civil qui considère que l'aliénation d'une chose léguée par testament emporte révocation de ce testament même si cette aliénation est entachée de nullité.

L'alinéa 2 soumet les restitutions consécutives à la nullité au régime commun applicable aux restitutions institué par les articles 5.118 à 5.127, sous réserve des dérogations prévues par ces mêmes dispositions. Sont concernées par le régime des restitutions toutes les "prestations fournies en vertu du contrat". Cette formule large vise à inclure aussi les prestations fournies sans qu'elles constituent l'exécution d'une obligation contractuelle. Par exemple, la remise de la chose requise pour la formation d'un contrat réel.

La nullité partielle est visée à l'article 5.66 qui expose : « *Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une partie du contrat, l'annulation se limite à cette partie pour autant que le contrat soit divisible, eu égard à l'intention des parties ainsi qu'au but de la règle violée.*

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

Cet article n'a pas d'équivalent dans le Code civil actuel.

Cette disposition consacre la théorie de la nullité partielle. L'annulation peut ainsi se limiter à certaines clauses du contrat (divisibilité matérielle), voire même à certaines parties d'une clause (théorie de la réduction) conformément à l'article 5.17[320].

Dans un contrat multipartite, elle peut également se limiter aux rapports de droit entre certaines parties (divisibilité personnelle).

Le critère déterminant est celui de la divisibilité du contrat dans l'intention des parties. Celle-ci ne peut cependant aller à l'encontre du but et de la portée de la règle violée. Ainsi, même lorsque les parties ont inséré dans leur contrat une clause d'indivisibilité, l'insertion d'une clause abusive dans un contrat de consommation n'entraîne que l'annulation de cette clause et laisse subsister le reste du contrat (art. VI.84, § 1er, al. 2, CDE).

Par ailleurs, conformément à la volonté présumée des parties et à la nature de ces clauses, les clauses de droit applicable et de règlement des différends (clause d'élection de for, clause d'arbitrage, clause

[319] P.A. FORIERS, "L'objet et la cause du contrat", *Les obligations contractuelles,* Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1984, n° 3, p. 153; P. WERY, I, n° 316, p. 309.

[320] voy. à ce propos Cass. (plén.), 25 juin 2015, n° C.14 0008.F, avec les conclusions de M. l'avocat général T. Werquin.

de conciliation ou de médiation, ...) sont en principe divisibles du reste du contrat et survivent à l'annulation de celui-ci (art. 5.117).

Le législateur n'a pas paru opportun de consacrer un régime autonome pour la clause réputée non écrite ainsi que la conversion des actes nuls[321]. La clause réputée non écrite par la loi est donc soumise au régime ordinaire des nullités sous la seule réserve de sa divisibilité. Elle produit donc ses effets jusqu'à son annulation, laquelle intervient néanmoins avec effet rétroactif.

F *La forme comme condition de validité des contrats*

En d'autres mots, l'on parle de formalisme de validité. La forme est un élément de validité des contrats solennels. C'est un formalisme de protection de la volonté des parties qui touche au *negotium*. Ce n'est ni un formalisme probatoire (*art. 1715, 2044, al. 2 C. civ.*), ni un formalisme d'opposabilité c'est-à-dire la formalité nécessaire pour que le contrat soit opposable aux tiers (*art. 1er L.H.*). La forme caractérisant les contrats solennels est sanctionnée par la nullité absolue. Exemple : contrat de mariage, donation, ...

G *La caducité*

Dans les conditions de formation d'un contrat, nous avons vu qu'il faut un objet, une cause qui doit être licite, un consentement. Il arrive que l'objet ou la cause de la formation disparaissent. Dès lors, on parle de disparition du contrat par caducité. La Cour de cassation a consacré cette théorie.

- Caducité par disparition de l'objet[322] :

La Cour de cassation s'est prononcée le 28 novembre 1980 en matière de bail à ferme : Faits : Le bail à ferme porte sur un corps de logis, des bâtiments annexes et des terres cultivées. Le bailleur ne fait pas le nécessaire pour les bâtiments agricoles qui périssent par négligence. Le locataire/fermier n'a plus la pleine jouissance. Le locataire aurait pu demander l'exécution en nature mais la Cour de Cassation va dire que lorsqu'il y a perte de la chose louée (plus de jouissance possible), le bail est dissous par disparition de l'objet. La Cour considère que : *« si l'objet de l'obligation principale du bailleur disparaît, de quelque façon que ce soit, même si c'est à cause du bailleur, le bail prend fin. Le bailleur pourra se prévaloir, comme le locataire, de la dissolution du bail par disparition de l'objet, même si la disparition de l'objet résulte de sa propre faute. Il devra alors des dommages et intérêts* ». Elle s'est fondée sur l'article 1741 du Code civil.

Droit futur : Disparation de l'objet

L'article 5.116. Disparition de l'objet : « *La caducité d'une obligation par disparition de son objet conformément à l'article 5.339 n'entraîne pas par elle-même l'extinction du contrat qui lui a donné naissance.*

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

---

[321] Celle-ci pouvant déjà être réalisée par le biais de l'article 5.71 relatif à la requalification du contrat.

[322] Voy. Le principe général du droit relatif à la caducité des obligations en raison de la disparition de leur objet, est consacré notamment par les articles 1108, 1126, 1184, alinéa 2, 1193, 1194, 1195, 1196, 1302, 1592, 1722, 1741du Code civil et 39, 2°, et 41 du Code des sociétés, Cass. 14 octobre 2010, C.03.0454.F/2 ; Cass. 12 décembre 1991 en matière de promesse de vente (incendie fortuit) ; Cass. 14 décembre 2004 va considérer la caducité comme un principe général du droit ; Cass. 4 février 2005 : la perte de la chose n'implique pas nécessairement caducité de la vente et dépend en effet de la charge des risques ; Cass. 25 juin 2010 : impossibilité imputable au créancier.

Cette dernière disposition insérée à la Section 7. L'extinction du contrat, Sous-section 1ère. Les causes d'extinction : Art. 5.115. Énumération : « *Le contrat prend fin :*

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

L'article 5.116 n'a pas d'équivalent dans le Code civil actuel. Il règle la question de la caducité du contrat par disparition de son objet et ses liens avec la caducité de l'obligation par disparition de son objet.

La caducité de l'obligation proprement dite est réglée à l'article 5.339 - Chapitre 5. La caducité de l'obligation par disparition de son objet - figurant dans le régime général de l'obligation.

L'article 5.339. Disparition de l'objet énonce que : « *L'obligation devenue impossible à exécuter en nature pour quelque cause que ce soit, même si cette inexécution est imputable au débiteur, est de plein droit caduque, sans préjudice des sanctions ouvertes au créancier* ».

Dès lors, la caducité par disparition de l'objet est **un mode particulier d'extinction des obligations et/ou des contrats** consacré par la jurisprudence de la Cour de cassation.

De manière générale, il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation que la caducité de l'obligation résulte de l'impossibilité d'exécuter son objet en nature, que cette impossibilité soit due à un cas de force majeure[323], à la faute du débiteur[324] ou même au fait du créancier[325]. L'impossibilité ne doit pas être entendue de manière abstraite mais s'apprécie à la lumière de l'objet tel que les parties l'ont conçu[326].

La caducité concerne au premier chef l'obligation [327]; elle peut s'étendre à tout le contrat[328] mais il n'en va pas nécessairement ainsi[329]. Elle produit ses effets de plein droit[330] et constitue un principe général du droit de nature supplétive[331].

L'article 5.339 et le présent article ont pour but de codifier cette jurisprudence sous la réserve de l'automaticité de l'extinction du contrat.

Il convient encore de préciser que seule l'impossibilité définitive d'exécution peut entraîner la caducité de l'obligation. En cas d'impossibilité temporaire, il est fait application de l'article 5.100

---

[323] Cass., 12 décembre 1991, *A.C.*, 1991-1992, n° 198, *Pas.*, 1991, I, n° 198, avec les conclusions de M. l'avocat général Janssens De Bisthoven, *R.C.J.B.*, 1994, p. 7, note Fr. Glansdorff, *R.W.*, 1992-1993, p. 217, note A. Carette et Cass., 4 février 2005, *A.C.*, 2005, n° 67, *Pas.*, 2005, n° 67, *R.A.B.G.*, 2006, p. 9, note J. Bekaert, *R.W.*, 2005-2006, p. 587, note S. Mosselmans, Chroniques notariales, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 9 et s., n° 20, note C. Biquet-Mathieu.
[324] *Op. cit.*, arrêt du 28 novembre 1980.
[325] *Op. cit.*, arrêt du 25 juin 2010.
[326] *Op cit.*, arrêts des 28 novembre 1980 et 12 décembre 1991.
[327] Cass., 14 octobre 2004, *R.W.*, 2005- 2006, pp. 860 et s.; Cass., 25 juin 2010, *Pas.*, 2010, n° 460 et largement admis par la doctrine.
[328] *Op. cit.*, arrêt du 28 novembre 1980.
[329] *Op. cit.*, arrêt du 4 février 2005.
[330] *Op. cit.*, arrêts des 28 novembre 1980, 12 décembre 1991 et 25 juin 2010.
[331] *Op. cit.*, arrêt du 14 octobre 2004.

(en cas d'impossibilité imputable au débiteur) ou de l'article 5.102 (en cas d'impossibilité non imputable au débiteur).

Les choses s'avèrent en revanche plus délicates si l'on se place sur le terrain, non de l'obligation, mais du contrat. La disposition en projet proposée que la caducité d'une obligation née du contrat n'entraîne pas, en tant que telle, la caducité de celui-ci ; le contrat ne sera éteint que par application des causes ordinaires d'extinction énumérées à l'article 5.115.

Ainsi, lorsque la caducité de l'obligation résulte d'une impossibilité d'exécution non imputable au débiteur, le contrat pourra le cas échéant être dissous par l'effet de la théorie des risques, en principe de plein droit (article 5.103).

- Caducité par disparition de la cause : (abandon)

La Cour de cassation s'est prononcée le 21 janvier 2000[332] en matière de testament : « *La cause d'une libéralité testamentaire ne réside pas exclusivement dans l'intention libérale du disposant, mais dans celui des mobiles qui l'a inspiré principalement et qui l'a conduit à léguer* ». « *Lorsque, par l'effet d'un événement indépendant de la volonté du disposant, mais avant le décès du testateur, la raison déterminante d'une libéralité testamentaire vient à défaillir ou à disparaître, le juge du fond peut constater la caducité de cette libéralité si, d'après les termes mêmes de cette disposition ou l'interprétation de la volonté de son auteur, il est impossible de la séparer des circonstances qui l'ont amenée et sans lesquelles elle n'aurait pas de raison d'être* ».

Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 16 novembre 1989[333] en matière de donation il était admis que : « *La cause d'une libéralité entre vifs ou testamentaire ne réside pas exclusivement dans l'intention libérale* (animus donandi) *du disposant mais dans celui des mobiles qui l'a inspiré principalement et l'a conduit à donner ou à léguer* ».

Néanmoins depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 12 décembre 2008[334] : « *L'existence d'une cause au sens des articles 1108 et 1131 du Code civil doit, en principe, être appréciée au moment de la naissance de l'acte juridique dont elle constitue une condition de validité ; sa disparition ultérieure est, en principe, sans conséquence sur la validité de l'acte juridique ; cela vaut aussi pour les donations entre vifs* ». « *Le simple fait que des événements ultérieurs ne s'accordent pas avec le motif principal ayant incité le donateur à faire la donation, n'entache pas en soi la validité de la donation, sans préjudice de la possibilité de révoquer une donation qui est valable pour cause d'inexécution d'une condition ou pour cause d'ingratitude* ».

---

[332] *Op. cit.*, RG C.98.0335.F., *Pas.*, 2000, n°56. (*cf.* recueil de jurisprudence).

[333] RG 8402, *Pas.*, 1990, n°169.

[334] Cass., 12 décembre 2008, C.06.0332.N/1. (*cf.* recueil de jurisprudence). Par contre depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mars 2014, la caducité est possible pour la clause de tontine. Cette dernière peut être définie comme une stipulation contractuelle par laquelle les acquéreurs acquièrent du vendeur une part du bien sous condition résolutoire du prédécès de l'un par rapport à l'acquéreur de l'autre part, cette même part étant acquise sous condition suspensive de la survie de cet acquéreur par rapport à l'autre. Le bien sera donc considéré avoir été en pleine propriété dans le patrimoine du survivant depuis le départ.