

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

C E N T R E D E D R O I T D E S O B L I G A T I O N S

**Autonomie et contrôle des clauses contractuelles
dans les relations entre professionnels**

par
Denis PHILIPPE

Doc. 97/19

Rapport présenté le 23 octobre 1997 à un colloque
organisé par l'Association belge des juristes
d'entreprise

AUTONOMIE ET CONTROLE DES CLAUSES CONTRACTUELLES DANS LES RELATIONS ENTRE PROFESSIONNELS.

Denis PHILIPPE,

Avocat au Barreau de Bruxelles et de Luxembourg, (*)
Professeur à l'Université de Louvain,
Chargé d'enseignement à l'Université de Paris Nanterre.

Le sujet imparti pourrait donner lieu à des développements fort importants. Il nous a donc fallu choisir un angle d'analyse précis.

Nous nous proposons de montrer à partir de quelques clauses fréquentes et bien connues des praticiens, la nature et le fondement juridique du contrôle exercé par le juge; vu le caractère fort varié du contrôle en fonction des clauses analysées, nous nous demanderons si l'on peut dégager une philosophie commune.

Cet exposé se concentrera plus spécifiquement sur les clauses pénales et de garantie d'une part, sur le principe de bonne foi d'autre part.

Nous étudierons également la place de l'intervention du juge en matière de contrats internationaux.

CHAPITRE I. ETUDE DES CLAUSES.

SECTION 1. LA CLAUSE PENALE.

La clause pénale constitue une détermination conventionnelle des dommages et intérêts qui seront dus à la partie lésée en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations.¹

Nous nous pencherons sur sa nature, sur le contrôle dont elle fait l'objet, sur les clauses qui s'en rapprochent.

§ 1. Caractère indemnitaire de la clause.

Cette clause assume une fonction économique importante²; elle offre d'une part au créancier une garantie d'exécution (fonction comminatoire) et elle le décharge d'autre part de la preuve du dommage et du lien causal entre ce dommage et la violation du contrat (fonction indemnitaire).

Par contre, puisqu'elle constitue une évaluation conventionnelle du dommage, elle permet au débiteur de connaître d'emblée le montant du dommage auquel il serait tenu en cas de violation du contrat, renforçant ainsi la sécurité juridique.

Est-ce la fonction indemnitaire ou la fonction comminatoire qui doit prévaloir?

L'article 1226 du Code civil souligne dans sa définition, le caractère comminatoire de la clause pénale puisque celle-ci est définie comme étant celle par laquelle une personne pour « assurer l'exécution d'une convention s'engage à quelque chose en cas d'inexécution. »

¹ voy. not.P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, Syllabus, Tome III, 1985, p.711

² Voy. sur l'importance de la clause pour les petites et moyennes entreprises, la recommandation de la DG XXIII de la Commission européenne relative aux délais de paiement des entreprises, qui préconise de renforcer la dissuasion pour les mauvais payeurs en permettant le dédommagement adéquat du créancier pour les dommages subis en raison d'un retard du débiteur. *JOCE*, L 127, 10 juin 1995, p.19; voy. aussi la communication relative à cette recommandation, *JOCE*, C144, 10 juin 1995, p.3).

L'article 1229 du même Code met quant à lui l'accent sur le caractère indemnitaire de la clause puisqu'il définit la clause comme fixant la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.

La *jurisprudence* a fait prévaloir l'aspect indemnitaire de la clause dans un important arrêt du 17 avril 1970:

*« Selon l'article 1229 du Code civil, la clause pénale est la compensation de dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. Lorsque le juge constate que la clause litigieuse ne peut être une réparation du dommage et procure au créancier un bénéfice plus important que l'exécution normale du contrat, il motive régulièrement sa décision en estimant la clause pour cette raison contraire aux dispositions de l'article 6 du Code civil. »*³

C'est la disproportion manifeste entre le montant contractuel et le préjudice prévisible à la conclusion du contrat qui permettra d'établir un bénéfice plus important que l'exécution normale du contrat.⁴

L'*ordre public* (article 6 du Code civil) constitue ainsi le fondement juridique du contrôle de la clause pénale, ce qui constitue, au regard des solutions admises dans d'autres pays, une originalité. La clause pénale excessive met-elle réellement en péril l'ordre public et, partant, l'intérêt général?

La Cour a été manifestement influencée par une volonté de protection du débiteur et par le fait que le contrat n'avait pas pour objet de permettre un enrichissement d'une partie au détriment de l'autre.

Certains auteurs ont critiqué la position de la Cour de cassation.⁵

En effet, prévoir une clause qui, par le montant important du dommage qu'elle prescrit, exerce un effet dissuasif, répond à un besoin de garantie d'exécution des prestations, dont la nécessité est évidente dans la vie des affaires. L'astreinte n'exerce-t-elle pas, avec succès, un tel effet dissuasif en cas de non exécution des décisions judiciaires?

La fonction préventive et dissuasive de la clause pénale pourrait trouver un rôle important dans la vie des affaires.

Ceci étant, la plupart des systèmes juridiques, refuse, comme le droit belge, de donner effet aux clauses pénales dont le montant est disproportionné par rapport au préjudice prévisible à la conclusion du contrat.⁶

En cas d'*exécution partielle*, le juge peut réduire la clause pénale en vertu de l'article 1231 du Code civil.

³ R.C.J.B., 1972 et note I. MOREAU-MARGREVE, p.455.

⁴ Voy. pour une précision des critères ainsi déterminés, Cass., 24 novembre 1972, R.C.J.B., 1973, p.302 e.s.

⁵ I.MOREAU-MARGREVE, note citée, R.C.J.B., 1970, p.499; C. VAN HAM, note sous comm. Charleroi, 23 juin 1977, p.573; J. VAN RYN, Nature et fonction de la clause pénale selon le Code civil, J.T., 1980, p.557 e.s.

⁶ P. ELLINGTON, Penalty clauses in English Law, D.P.C.I., 1982, pp. 507-514; ANSON, *Law of Contracts*, p.525; Lord DUNEDIN in *Dunlop Pneumatic Tyre v. New Garage and Motor G. Ltd.*, A.C., 79, spéc. p.89.

Cet article s'applique-t-il aussi lorsque la clause pénale constitue une sanction au retard d'exécution ou de l'inexécution?

Dans une affaire récemment soumise à la Cour suprême, le juge du fond avait estimé que la clause qui prévoyait une indemnité par mois de retard pouvait être réduite. Le pourvoi estimait que cette clause qui ne faisait que couvrir le retard dans l'exécution complète des travaux constituait un aménagement conventionnel des intérêts moratoires et en conséquence, ne pouvait faire l'objet d'une réduction.

Le pourvoi fut rejeté par la Cour de cassation qui considéra qu' » *une clause pénale peut être stipulée aussi bien en cas de retard dans l'exécution d'une obligation qu'en cas d'inexécution.* »⁷

§ 2. Dispositions particulières.

* Il n'est pas dans notre intention de passer ici en revue toutes les dispositions particulières relatives aux clauses pénales; mentionnons l'article 1023 du Code judiciaire qui précise :

« toute clause conventionnelle portant augmentation de la créance en raison de la réclamation en justice est réputée non écrite. »

Ainsi, sera nulle la clause suivante tirée de la pratique:

« Au cas où pour quelque cause que ce soit, nous nous verrions obligés d'intenter contre l'acheteur une action en justice pour faire valoir nos droits, le montant faisant l'objet de l'action sera majoré d'une indemnité fixée forfaitairement et à titre de clause pénale à 20% du montant avec un minimum de 1500frs »

C'est le principe du respect des droits de la défense qui justifie cette interdiction.

* En matière de prêt, l'article 1907 du Code civil permet la réduction du taux d'intérêt excessif et précise: *« en aucun cas, la majoration du taux de l'intérêt pour retard du paiement ne peut dépasser un demi pour cent l'an sur le capital restant dû »*

* Quant aux dispositions en matière de protection du consommateur, l'on renverra à l'exposé du professeur Stuyck.

§3. Caractère forfaitaire et irréductibilité de la clause.

* L'article 1152 du Code civil consacre le caractère forfaitaire de la clause et précise que

« lorsque la convention porte que celui qui manquera de s'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. »

⁷ Cass., 10 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1997, pp.1118-1120.

La réduction de la clause pénale par le juge ne peut être envisagée que dans l'hypothèse d'une exécution partielle de l'obligation; l'article 1231 du Code civil précise en effet:

« la peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie. »

* L'annulation de la clause pénale excessive et l'absence de réductibilité de celle-ci n'est pas sans poser problème pour le praticien.

En effet, le praticien risque de réduire le montant de la clause pénale pour être certain qu'il ne pourra faire l'objet d'une annulation.

Son rôle sera d'autant plus malaisé que le seuil de la disproportion manifeste varie d'un juge à l'autre. Dans la pratique, beaucoup de juges du fond réduisent de manière indirecte la clause pénale. Ceci montre la nécessité d'apporter aux problèmes juridiques des solutions souples.

* Les législateurs français⁸ et luxembourgeois⁹ ont tous deux modifié l'article 1152 du Code civil afin de permettre au juge de réduire la clause pénale. Un nouvel alinéa a été inséré dans l'article 1152 des Code civil français et luxembourgeois:

« Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. »

Le pouvoir de révision des clauses pénales est reconnu dans la plupart des droits étrangers¹⁰ ainsi que par la Convention Bénélux et la Résolution du Conseil de l'Europe relative aux clauses pénales.¹¹

§4.- Contrôle basé sur l'exécution de bonne foi des conventions.

En droit belge, la bonne foi ne constitue pas le fondement juridique du contrôle du juge. Cependant, le principe d'exécution de bonne foi des conventions peut intervenir non dans le contrôle du montant de la clause, mais dans le mode de mise en oeuvre de celle-ci.

Les faits suivants ont donné lieu à un arrêt prononcé par la Cour de cassation le 18 février 1988.

Une brasserie avait donné en location un café; le locataire avait sous-loué le bien tout en s'engageant à rester tenu solidairement des dettes avec le sous-locataire.

Le sous-locataire ne respecta pas ses engagements; la brasserie bailleresse tarda à réagir, ce qui contribua à augmenter le montant de la clause pénale due par le locataire principal.

⁸ Loi du 9 juillet 1975.

⁹ Loi du 15 mars 1987.

¹⁰ Voy. en droit italien, G. SCHIAVONI, La clause pénale en droit italien, *D.P.C.I.*, 1982, p.481; B. CREMADES, La clause pénale en Espagne, *D.P.C.I.*, 1982, pp. 471& 472.

Voy. en droit allemand, le paragraphe 343 du Code civil allemand(BGB) permet la réduction de la clause pénale excessive mais le paragraphe 348 du Code de commerce (HGB) écarte l'application de ce texte en matière commerciale.

¹¹ Convention Bénélux du 26 novembre 1973, article 4; M. FONTAINE, La clause pénale en droit comparé, *D.P.C.I.*, 1982, p.540. Résolution du conseil de l'Europe, article 7.

Le tribunal de première instance de Bruxelles réduisit celle-ci de six mois de loyer à trois mois.

La Cour de cassation considéra que cette réduction était justifiée par le principe de l'abus de droit, consacré, en matière contractuelle, par l'article 1134, alinéa trois, du Code civil.

Il faut souligner que le juge ne peut réduire la clause au seul motif que cette clause procurerait un avantage disproportionné au créancier. C'est donc à juste titre que dans un arrêt du 21 février 1992, la Cour de cassation a cassé un jugement qui avait réduit une indemnité de relocation de six à trois mois au motif que la clause procurerait un avantage plus grand que l'exécution du contrat.¹²

Comme le souligne le professeur Storme dans sa note précitée, c'est à partir de faits concrets que la réduction de la clause pénale peut être appliquée. Il faut donc que le juge établisse la preuve d'un comportement déloyal constitutif d'abus de droit.

§ 5. *Clauses voisines: possibilité d'éluder l'application de la jurisprudence relative à la clause pénale?*

5.1. Clause pénale et clause de dédit.

Une partie peut se réserver le droit de se dégager de ses engagements moyennant le paiement d'une certaine somme. Il s'agit d'une option laissée au débiteur.

Elle trouve un fondement dans l'article 1590 du Code civil qui prévoit:

« Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir. Celui qui les a données, en les perdant, et celui qui les a reçues, en restituant le double. »

En principe, la clause de dédit n'est pas liée à une exécution puisqu'il s'agit d'un choix laissé au créancier.

Cependant, dans certaines hypothèses, les deux clauses se rapprochent.

Imaginons un contrat portant sur la location pendant dix ans d'une installation téléphonique. L'on peut prévoir que le client pourra résilier le contrat quand il le souhaite moyennant une indemnité de dédit égale aux loyers restant à courir.

Le client n'exerce qu'une option et n'est pas en état d'inexécution de ses obligations lorsqu'il met fin au contrat avant terme.

L'on pourrait aussi prévoir que le client ne peut mettre fin au contrat avant terme et que s'il le fait, il est redevable d'un montant égal aux loyers restant à couvrir.

Le paradoxe de cette hypothèse est que, dans le premier cas, la clause, si elle est qualifiée de clause de dédit, ne tombera pas sous le contrôle exercé par les juges en matière de clause pénale excessive. Par contre, dans le second, la clause pourra être annulée. En d'autres termes, celui qui exerce une option, courra le risque de payer des indemnités plus fortes que celui qui commet une faute contractuelle.

¹² Cass., 21 février 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1458 et obs. M.E. STORME.

Dans un arrêt du 6 décembre 1996,¹³ la Cour de cassation eût à connaître d'une clause qui offrait au locataire d'une installation téléphonique, dans l'hypothèse où il souhaitait résilier le contrat avant le terme convenu, de payer une somme équivalente à 50% des loyers restant dus.

La cour d'appel de Bruxelles avait, dans un arrêt du 13 septembre 1993, estimé qu'il s'agissait d'une clause pénale et l'avait annulée.

La Cour de cassation a cassé cet arrêt; il s'agissait, énonce la Cour suprême, d'une clause qui octroyait une faculté de résiliation au preneur, assortie du paiement d'une somme déterminée; il ne s'agissait donc pas d'une clause qui allouait un dommage en cas de non-exécution du contrat.

La Cour suprême a donc considéré que l'arrêt attaqué avait donné à la clause une interprétation inconciliable avec ses termes.¹⁴

Cette solution a le mérite du respect de la volonté des parties, même si le client n'avait pas toujours assimilé la portée précise de la clause à laquelle il adhérerait en contractant.

La cour d'appel de Mons a cependant déclaré nulle une clause de dédit aux motifs suivants:

« On ne pourrait admettre que le créancier fixe une clause de dédit disproportionnée par rapport au dommage potentiel qu'elle est censée couvrir, à la seule fin d'échapper à la nullité absolue qui affecte les clauses pénales exorbitantes. »¹⁵

5.2. Clause pénale et clause d'exonération de responsabilité.

Dans certaines hypothèses, la clause pénale se rapproche d'une clause d'exonération de responsabilité.

Ainsi, dans les contrats internationaux, les rédacteurs, par souci de garantir la prévisibilité de l'exécution du contrat, limitent le montant de la clause pénale à un certain pourcentage du prix du contrat. Ce faisant, ils limitent ainsi le montant du dommage et partant leur responsabilité.¹⁶ Le contrôle du juge pourra donc varier en fonction de la qualification retenue par le juge.

§6.-. Clause pénale et violation efficace du contrat.

Certains auteurs de l'école américaine analysant les relations entre le droit et l'économie ont d'ailleurs plaidé pour la théorie de la violation efficace du contrat.

« La théorie de la violation efficace a pour objet de mettre en évidence l'intérêt pour une partie de rompre le contrat initial, d'une part lorsqu'il ne remplit plus son objectif de création de richesse, propre aux contrats synallagmatiques, et d'autre part, dans

¹³ C. 94.0202.N

¹⁴ Voy. dans le même sens, Cass.fr., 9 janvier 1991, *Dalloz*, 1991, J., p.481.

¹⁵ Mons, 2 décembre 1996, *J.T.*, 1997, p.25.

¹⁶ Voy. M. FONTAINE, *Le droit des contrats internationaux*, Feduci, 1990, p.160 c.s.

l'hypothèse d'une offre ultérieure plus intéressante, lorsque le bénéfice qu'elle obtient au titre du nouveau contrat est supérieur aux pertes de la victime dans le contrat original »¹⁷

Certes, cette théorie heurte un principe moral fondamental du droit des contrats : le respect de la parole donnée et de l'engagement souscrit. Elle peut également entrer en contradiction avec le principe qui privilégie l'exécution en nature ainsi qu'avec l'article 1184 du Code civil qui, en cas d'inexécution fautive pour l'une des parties, laisse le choix au créancier entre la résolution du contrat et l'exécution en nature. Certes, en droit belge, le créancier s'est vu - priver de cette option en cas d'usage abusif¹⁸ mais, à notre connaissance, l'analyse économique n'a jamais sous-tendu le raisonnement du juge en pareille hypothèse.

Ceci étant, sur le plan économique, il est parfois préférable de rompre et de payer une indemnité parfois forte que de continuer un contrat dans des conditions néfastes. C'est la raison pour laquelle la clause pénale peut être utile, tout comme d'ailleurs, dans cette hypothèse, la clause de renégociation.

§7.- La clause pénale et les tiers.

* La clause pénale est, en cas de faillite, opposable à la masse.

Mais si la clause est stipulée pour le cas de la faillite visée de manière bien précise, (par exemple : « *en cas de faillite du débiteur, celui-ci sera redevable d'une somme de...* »), la clause ne peut produire effet « *car, ce faisant, le créancier pourrait se couvrir du dommage résultant du fait qu'il ne sera payé qu'en monnaie de la faillite, ce qui est contraire au principe de l'égalité des créanciers.* »¹⁹

* Par ailleurs, l'existence d'une clause pénale peut être invoquée à l'égard des tiers. Ainsi, si une partie est en rupture d'exécution de par la faute d'un tiers, et qu'elle a dû payer une indemnité contractuelle de retard à son cocontractant, la clause pénale pourra être prise en considération par le juge dans l'évaluation du dommage.²⁰

§8.- Les règles relatives à la clause pénale touchent-elles l'ordre public international?

Il n'existe, à notre connaissance, aucun cas de jurisprudence en la matière en droit belge.

§9.- Synthèse.

La prévisibilité des solutions juridiques constitue un outil précieux pour le monde des affaires.

¹⁷ B. RUDDEN, La théorie de la violation efficace, *Revue internationale de Droit comparé*, 1986, p.1017.

¹⁸ Voy. Cass., 16 janvier 1986, *R.W.*, 1987-88, 1470, e. n. A. VAN OEVELEN; B.HUBEAU et W. RAUWS, De toePassing van de leer van het rechtsmisbruik in het huurrecht, *T.B.B.R.*, 1987, pp. 113 e.s, *R.G.D.C.*, 1988, pp. 31 e.s.

¹⁹ Voy. comm. Charleroi, 16 février 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p.147.

²⁰ Cass., 23 octobre 1987, *Pas.*, 1987, I, 212.

Or, en matière de clause pénale, le risque d'annulation est de nature à « biaiser » la rédaction de la clause.

Une réforme visant à la révision de la clause pénale excessive serait, à notre avis, la bienvenue.

Le respect de la volonté des parties a aussi pour effet que des clauses dont la fonction économique est identique, peuvent avoir des effets différents comme le montre la comparaison entre la clause pénale et la clause de dédit.

Enfin, l'on voit que le contrôle basé sur l'ordre public peut se concilier avec le contrôle basé sur la bonne foi.

SECTION II. LA CLAUSE D'EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ et D'EXONÉRATION DE GARANTIE DES VICES CACHES.

§1. La clause d'exonération de responsabilité.

La clause d'exonération de responsabilité est *licite* en droit belge. Ainsi la Cour suprême avait cassé dans son célèbre arrêt du 25 septembre 1959²¹, un arrêt d'une cour d'appel qui avait annulé une clause d'exonération de responsabilité sur la base de l'ordre public. En d'autres termes, la jurisprudence existant en matière de clause pénale n'est pas transposable en matière de clause d'exonération de responsabilité.

Cependant, elle ne sortira pas d'effets lorsque:

a) elle détruit l'objet de l'obligation; ainsi, lorsque le contractant assume une obligation de résultat, l'on a énoncé que la clause qui vient l'exonérer de responsabilité en cas de faute, vient mettre à néant l'objet de l'obligation.

Par exemple, la clause par laquelle une banque n'assume aucune responsabilité à raison de l'inefficacité de la vérification des signatures figurant sur les ordres reçus ou sur les procurations ou autorisations produites, a été considérée comme détruisant l'objet même de l'obligation de vérification qui incombe à la banque.²²

Plusieurs décisions ont été rendues à propos des clauses d'exonération de responsabilité en cas d'erreur dans la reproduction des coordonnées des professionnels dans les annuaires téléphoniques; plusieurs juridictions ont reconnu la validité de ces clauses.²³

S'engager tout en excluant sa responsabilité en cas peut être considéré comme introduisant une condition potestative.²⁴

²¹ Cass., 25 septembre 1959, *Pas.*, 1960, I, 113 et les conclusions de l'avocat général Mahaux.

²² Cass., 27 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, 82.

²³ Liège 19 octobre 1993, *R.D.C.*, 1994, p.702 et note Cl.P; Liège, 25 janvier 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p.521. Comparez Liège, 13 avril 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p.98; comm. Bruxelles, 19 octobre 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 1437 (sommaire).

²⁴ Voy. J. DABIN, De la validité des clauses d'exonération de responsabilité en matière contractuelle, *R.C.J.B.*, 1960, pp.5 e.s.

b) le cocontractant s'exonère de son dol; il est permis de s'exonérer de sa faute lourde ou du dol de ses préposés.²⁵

La mauvaise foi peut-elle être assimilée au dol ?

Le Procureur général Hayoit de Termicourt avait souligné que le dol suppose l'intention de nuire et de causer le dommage²⁶.

Plusieurs auteurs ainsi qu'une bonne partie de la jurisprudence donnent une interprétation plus large à la notion de dol, estimant que la mauvaise foi ne permet pas de se prévaloir d'une clause d'exonération de responsabilité.²⁷ Dans un arrêt du 21 avril 1988, la Cour de cassation a effectivement considéré que le dol du professionnel peut résulter de la présomption d'aptitude à connaître le vice.²⁸ En d'autres termes, le seul fait d'être apte à connaître le vice permet d'écarter l'application des clauses d'exonération de responsabilité stipulées par le professionnel.

Dans un arrêt rendu à propos de la Convention relative au contrat de transport de marchandises par route, la Cour de cassation a considéré que:

« *La circonstance qu'un transporteur a sciemment et volontairement commis une faute et devait savoir que celle-ci était susceptible de causer un préjudice, n'implique pas qu'il a commis un dol au sens de l'article 29 de la Convention* »²⁹

Cet arrêt a certes été rendu à propos d'une disposition réglementaire particulière; il montre cependant que le dol constitue une notion à contenu variable.

On sait que la faute lourde n'est pas assimilée au dol;

l'adage *culpa lata dolo aequiparatur* n'est pas d'application en droit belge.³⁰

Pour que la clause d'exonération de responsabilité puisse produire ses effets en cas de faute lourde, il faut cependant, eu égard au principe d'interprétation restrictive des clauses d'exonération de responsabilité, que cela soit prévu expressément dans la clause.³¹

²⁵ Voy. notre étude De rechter en de bepaling van de overeenkomst, in *De overeenkomst vandaag en morgen*, 1991, p.258.; voy. cass., 28 juin 1928, *Pas.*, 1928, I, 211.

²⁶ Dol et faute lourde en matière d'inexécution du contrat, Mercuriale prononcée à l'audience de rentrée de la Cour de cassation, le 15 décembre 1957, *J.T.*, 1957, p.605.

²⁷ L'obligation de renseignement du vendeur fabricant, *R.C.J.B.*, 1983, p.251; P. VAN OMMESLAGHE, Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit belge, in *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, colloque des 13 et 14 décembre 1990, L.G.D.J., pp.237 et 238.

²⁸ Rôle 7844, Leatini c/ Bernard.; voy.C.JASSOGNE, La garantie découlant de la vente: principes et clauses particulières, *Annales de droit de Liège*, 1988, p.432.

²⁹ *Bull. Cass.*, 1995, 92.

³⁰ Voy. Cass., 7 mars 1988, *Pas.*, 1988, I, 812; pour un exemple récent, Anvers, 19 juin 1984, *Pas.*, 1984, II, 137.

³¹ Cass., 22 mars 1979, *op.cit.*

c) elle est contraire à l'ordre public et aux dispositions impératives.³²

Les clauses sont d'interprétation restrictive.³³

Ainsi, dans un important arrêt du 22 octobre 1979³⁴, la Cour suprême a estimé que l'exonération de la faute lourde n'était possible que si elle avait été prévue expressément dans la clause; il est fort probable que la Cour suprême aurait adopté le même raisonnement s'il s'était agi de dol des préposés.

d) Les clauses d'exonération de responsabilité et la bonne foi.

La bonne foi ne constitue pas la première source de contrôle des clauses d'exonération de responsabilité³⁵

Cependant, dans une décision du 4 juin 1986, la cour d'appel de Gand a écarté l'application d'une clause d'exonération de responsabilité dans un contrat de fourniture de système informatique, car la bonne foi était essentielle pour la mise en oeuvre de pareille convention.³⁶

L'on reviendra sur cette problématique dans la seconde partie.

e) En droit comparé.

La plupart des droits étrangers contrôlent les clauses d'exonération de responsabilité. Il est assez intéressant de constater que la source du contrôle varie d'un système juridique à l'autre.

En droit néerlandais, c'est essentiellement la notion de bonne foi qui constituera le premier fondement juridique du contrôle des clauses. Le tribunal prendra en considération les éléments de fait pour apprécier si la clause est conforme à la bonne foi: l'importance du montant et des intérêts en présence, la situation respective des parties, la manière dont la clause a été établie, la mesure dans laquelle le cocontractant a pris conscience de sa portée, le contenu du contrat, son exécution, les circonstances qui entourent la formation et l'exécution.³⁷

³² Voy. de manière générale, Cass., 25 septembre 1959, *Pas.*, 1960, I, 113 et les conclusions de l'avocat général Mahaux.; voy. pour une application en matière de clause d'exonération contraire à l'ordre public, Cass., 10 mai 1984, *J.T.*, 1984, p.692.

³³ Cass., 22 mars 1979, *R.C.J.B.*, 1981, pp. 196 e.s. et note L.CORNELIS.

³⁴ *R.C.J.B.*, 1981 et note L. CORNELIS, p.190.

³⁵ Voy. S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WERY, *Chronique de jurisprudence, Les Obligations*, (1985-1995), *J.T.*, 1996, p.733, n° 127.

³⁶ *Droit de l'informatique*, 1986, p.58.

³⁷ H.R., 19 mai 1967, *N.J.*, 1967, n° 267 et obs. G.J.S.; 14 décembre 1973, *N.J.*, 1974, n° 127 et obs. G.J.S.; 20 février 1976, *N.J.*, 1976, n° 486, obs. G.J.S.; D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, 1986, p.495.

En droit français, un récent arrêt de la Cour de cassation a annulé une clause d'exonération de responsabilité sur la base de la *cause*.³⁸ Dans cette affaire, un spécialiste du transport garantissait la fiabilité et la célérité du service en s'engageant à livrer les plis de son client dans un délai déterminé. Les plis portaient sur la remise de soumissions à la suite d'une adjudication.

Ces plis arrivent de manière tardive.

La société dont l'offre est ainsi déclarée irrecevable, introduit une action en dommages et intérêts contre le spécialiste du transport.

La cour d'appel déboute cette société de son offre eu égard à la présence d'une clause d'exonération de responsabilité stipulée en faveur du transporteur. La cour d'appel relève l'absence de faute lourde dans le chef de ce dernier.

La Cour de cassation casse cette décision aux motifs suivants:

« Le spécialiste du transport rapide qui garantit la fiabilité et la célérité de son service, s'étant engagé à livrer les plis de son client dans un délai déterminé, en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredit la portée de l'engagement pris, doit être réputé non écrite. »

L'on retiendra que c'est le caractère *essentiel* de l'obligation qui constitue le fondement de l'arrêt.

Ensuite, une clause ne peut contredire un engagement pris. C'est en fait la même solution que nous retrouvons en droit belge où la clause ne peut avoir pour effet de détruire l'objet de l'obligation. Pour fonder ce raisonnement, la Cour suprême se réfère à la notion de cause. Le professeur Sériaux critique ce fondement en ces termes:

« Le visa de l'article 1131 c.civ. ne saurait étayer la condamnation de Chronopost à réparer le dommage personnellement subi par l'expéditeur qui n'a pu, en raison du retard, réaliser la bonne affaire à laquelle il aspirait. « L'obligation sans cause » dont fait état cet article renvoie sans nul doute à la cause-contrepartie. Or, force est de constater que cette contrepartie était bien présente ici, que l'équilibre convenu (et donc « objectivé ») des prestations réciproques n'était guère discutable. Les tarifs proposés par Chronopost sont certes plus élevés que ceux établis pour l'acheminement par voie postale ordinaire; mais ils ne sont pas exorbitants. Ils résultent d'un très commercial calcul qui procède par comparaison entre ce que le transporteur peut offrir et ce qu'il peut demander en contrepartie de cette offre. Introduire au sein de cet équilibre, comme le fait la Cour de cassation, les enjeux économiques personnels à chaque utilisateur, revient en réalité à disqualifier l'opération en une assurance tous risques, même ceux dont on ignore tout, qu'il n'est ni juste, ni même simplement utile de faire supporter à Chronopost. Voudrait-on faire de ce service le garant de la réussite économique tous azimuts de sa clientèle. »

³⁸ Voy. Cass.fr., 22 octobre 1996, *Dalloz*, jur., 1997, p.121 et note A. SERIAUX, L'affaire Chronopost: arrêt de principe ou accident de parcours? Variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle.

Le fait de contredire son propre engagement n'a-t-il pas pour conséquence de rendre l'obligation sans contrepartie?

Le professeur Larroumet fait remarquer à ce sujet:

« C'est une chose de stipuler que le débiteur n'est pas tenu de telle obligation, c'est une autre chose de stipuler qu'il ne sera pas responsable en cas d'inexécution. La seule hypothèse dans laquelle on devrait assimiler les deux stipulations correspondrait à la situation où on ferait produire effet à une clause de non-responsabilité en présence d'une faute intentionnelle du débiteur. Dans tous les autres cas, les deux clauses ne doivent point être confondues »³⁹

L'introduction de la notion d'obligation essentielle dans l'appréciation de la clause d'exonération de responsabilité constitue un critère qui paraît adéquat. Ce critère est retenu en droit allemand.⁴⁰ Comme le soulignent les auteurs précités, l'appréciation de la validité de la clause sur la base de l'absence de contrepartie ou de cause est plus discutable.⁴¹

D'autres pays insistent sur la *forme* que doit revêtir la clause d'exonération de responsabilité. Ainsi, aux Etats-Unis, les clauses par lesquelles les parties s'exonèrent de la *merchantability* du bien doivent être inscrites de manière claire, ce qui explique que, fort souvent, ce genre de clauses sont reproduites en lettres capitales dans le texte du contrat⁴²

Enfin, certains droits insistent sur des notions plus générales comme le caractère abusif (*unconscionability*)⁴³ ou *unreasonable*⁴⁴.

§2. La clause d'exonération de garantie des vices cachés.

Aux termes des articles 1641 et suivants du Code civil, le vendeur doit également garantir la marchandise, des vices cachés. L'acheteur doit se prévaloir de cette garantie endéans un bref délai, comme le prescrit l'article 1648 du Code civil.

a) Un important arrêt de la Cour de cassation du 13 novembre 1959⁴⁵, énonce que le vendeur professionnel est censé connaître les vices cachés. Le 4 mai 1939, la Cour avait déjà affirmé que:

³⁹ C. LARROUMET, Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité, *Dalloz, chron.* 1997, p.145.

⁴⁰ M. STRAUCH, La loi allemande sur les conditions générales et les clauses limitatives de responsabilité, *R.D.A.I.*, 1985, pp.495 à 507.

⁴¹ Le professeur Larroumet, dans son étude précitée, présente une solution originale. La clause pénale peut, en droit français, aux termes de l'article 1152 du Code civil, être adaptée par le juge à la hausse comme à la baisse. Or, une clause qui fixe un montant d'indemnisation forfaitaire assez bas constitue à la fois une clause pénale et une clause d'exonération de responsabilité. En conséquence, le juge peut qualifier ce type de clause, de clause pénale et revoir à la hausse le montant de l'indemnisation forfaitaire.

⁴² B. HANOTIAU, Les clauses d'exclusion et de limitation de garantie et de responsabilité en droit américain, *R.D.A.I.*, 1985, pp.517-523.

⁴³ Voy. le droit américain, B. HANOTIAU, *loc.cit.*

⁴⁴ Voy. le droit anglais, P. ELLINGTON, Exclusion clauses in English law, *R.D.A.I.*, 1985, pp.513 à 515.

⁴⁵ *Pas.*, I,313.; voy. aussi not. Cass. 6 mai 1977, *Pas.*, I, 1977, p.907.

*" le fabricant ou le marchand, qui livre à un acheteur un produit de son industrie ou de son commerce, est tenu de s'assurer préalablement que la chose qu'il vend n'est pas affectée de défauts ou de vices cachés "*⁴⁶

L'on sait que cette présomption de connaissance est réfragable en droit belge tandis qu'elle est irréfragable en droit français.

La notion de vice est envisagée de manière large et couvre non seulement le vice intrinsèque mais aussi le vice fonctionnel; en d'autres termes, le vice est présent lorsque la chose ne peut répondre à l'usage auquel elle est normalement destinée.⁴⁷

b) Un vendeur qui ne dispose pas des capacités techniques nécessaires pour déceler les vices tombe lui aussi sous le régime de responsabilité renforcé:

*" Le caractère indécélable du vice caché ne dépend pas des capacités techniques dont dispose le vendeur spécialisé. "*⁴⁸

La Cour de cassation censure un arrêt ayant estimé que devait être considéré comme de bonne foi, le revendeur qui ne disposait pas des capacités techniques du fabricant pour contrôler les vices d'un appareil de séchage.⁴⁹ Plusieurs auteurs ainsi que certaines décisions avaient, au contraire, considéré que le vendeur non spécialisé ne tombait pas sous le champ d'application de la responsabilité renforcée.⁵⁰

c) Cette jurisprudence s'écarte ainsi du régime de la preuve pour s'orienter vers une règle juridique de fond; en créant une règle qui ne dépend plus de la mauvaise foi appréciée en fonction des capacités professionnelles du vendeur appréciées in concreto, la Cour crée une règle plus objective qui se rapproche de la jurisprudence française.

d) Quel est le fondement juridique de la responsabilité renforcée du vendeur professionnel?

⁴⁶ *Pas.*, 1939, I, 223.

⁴⁷ Voy. HORMANS & 't KINT, La réglementation légale des vices cachés dans la vente commerciale, *Annales de droit de Louvain*, 1971, p.239 et la jurisprudence citée.

⁴⁸ Cass., 7 décembre 1990, *R.D.C.*, 1991, p.221.

⁴⁹ Voy. aussi Cass., 6 octobre 1961, *R.C.J.B.*, 1963, p.5; cass., 6 mai 1977, *Pas.*, 1977, I, p.907; Bruxelles, 12 novembre 1973, *Revue Générale des Assurances et Responsabilités*, 1974, n° 9177; Mons, 10 juin, 1985, *Pas.*, 1985, II, p.150; Liège, 27 janvier 1992, *Revue Générale des Assurances et Responsabilités*, 1992, n° 12029; Liège, 8 avril 1992, *Ibid.*, n° 12030; P. GALAND, L'appréciation des vices cachés en cas de vente de véhicules automobiles, *Revue Générale des Assurances et Responsabilités*, 1992, n°12204.

⁵⁰ Voy. B. DUBUISSON, Les clauses de garantie des vices cachés entre professionnels, *D.A.O.R.*, 3/1986-87, p.237.

L'on estime généralement que le vendeur ayant une connaissance de la destination de la chose vendue souscrit une obligation de résultat. Le fabricant ou le vendeur a pour obligation de fournir une chose sans vice⁵¹.

L'arrêt de la Cour de cassation du 27 juin 1985⁵² se réfère explicitement à l'obligation de résultat. L'on a dès lors pu écrire:

*" Il est désormais acquis que la Cour de cassation a entendu consacrer, dans ces principaux arrêts, non une simple règle de preuve mais bien une véritable règle de fond consistant dans la reconnaissance d'une obligation de résultat. "*⁵³

e). Il est généralement admis que la garantie s'applique même à l'acheteur professionnel.

Cette solution s'écarte du droit français.⁵⁴

Ainsi, il a été jugé que:

" Lorsqu'il est fabricant ou vendeur spécialisé, le vendeur a l'obligation de prendre au préalable toutes les mesures qui s'imposent pour déceler les défauts de la chose qu'il vend.

C'est en vain que le fabricant soutient que l'acheteur (une entreprise en l'espèce) devait savoir que les tuyaux risquaient de présenter de graves inconvénients.

*Le fabricant ne peut invoquer pour sa propre défense, le fait qu'il a fourni la chose à un vendeur professionnel. "*⁵⁵

Certains auteurs plaident pour une reconnaissance des clauses dans les relations entre professionnels et estiment que le droit belge reste imprécis à ce sujet.⁵⁶ D'autres, qui, à notre

⁵¹ Liège, 6 février 1984, *Pas.*, 1984, II, 112; Bruxelles, 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, II, 38.

⁵² J.T., 1986, p.511.

⁵³ B. DUBUISSON, *op.cit.*, p.237.

⁵⁴ Cass. fr., 18 janvier 1972, J.C.P., 1972, II, 17072.

⁵⁵ Mons, 10 juin 1985, *Entreprise et Droit*, 1990, p.243.; voy. aussi Mons, 10 mai 1988, Liège, 19 novembre 1991.

⁵⁶ P. VAN OMMESLAGHE écrit : *" La question se pose de savoir si ces règles particulières s'appliquent dans les relations des professionnels entre eux. Un jugement du tribunal de Namur a conclu par la négative, à juste titre à notre avis. La jurisprudence belge n'a cependant guère eu l'occasion d'affiner cette solution en recherchant si elle doit se limiter aux professionnels de la même branche d'activité ou de tenter de préciser le niveau de spécialisation requis pour que le droit commun reprenne son empire. "* (in *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, sous la direction de J. GHESTIN, pp.244 et 245, qui cite civ. Namur, 18 avril 1972, J.Lg, 72-73, p.163.)

avis sont majoritaires en droit belge, estiment au contraire que la jurisprudence française ne peut être transposée en droit belge.⁵⁷

Même en droit belge, lorsque le vice est connu de l'acheteur au moment de la conclusion du contrat, il ne peut plus s'en prévaloir.

La Cour de cassation a considéré que :

*" Toutefois la vente sera valable si l'acheteur a été averti au préalable par son cocontractant de la possibilité de vices, même s'il n'est pas exigé qu'à cet égard, la déclaration soit expresse et spécifique. "*⁵⁸

Seul le vice caché est pris en considération; or, si l'acheteur professionnel ne pouvait légitimement l'ignorer lors de la délivrance de la chose, il ne peut plus invoquer le caractère caché du vice et la protection renforcée qui accompagne la garantie de ces vices.⁵⁹

Il faut au demeurant souligner qu'un arrêt de la cour d'appel de Gand avait rejeté l'action récursoire intentée par l'intermédiaire professionnel, puisqu'il est censé connaître les vices dans ses rapports avec l'acheteur final. Connaissant les vices, il ne pouvait s'en prévaloir à l'égard de son propre vendeur.⁶⁰ Cette jurisprudence ne reflète pas à notre avis, la majorité de la doctrine et de la jurisprudence puisque la présomption ne joue qu'en aval et non en amont.

L'on peut au demeurant épingle un arrêt de la Cour de cassation de France du 8 octobre 1980 qui exonère de toute responsabilité le vendeur d'un produit pilote dont les dangers sont connus par l'acheteur⁶¹.

f) Conséquence de la présomption de connaissance des vices cachés : non validité des clauses d'exonération de responsabilité du vendeur.

Cette non validité résulte du fait que le vendeur est présumé connaître les vices cachés; le vendeur qui s'exonère de défauts qu'il connaît, est de mauvaise foi et ne peut donc invoquer la clause d'exonération de responsabilité:

⁵⁷ L. SIMONT & J. DE GAVRE, Examen de jurisprudence, Les contrats spéciaux, R.C.J.B., 1985, n.45, p.162; B. DUBUISSON, les clauses de garantie, *op.cit.*, 234.

⁵⁸ Cass., 25 mai 1989, J.T., 1989, p.620.

⁵⁹ J.L. FAGNART, L'obligation de renseignement du vendeur fabricant, R.C.J.B., 1983, p.286.

⁶⁰ Gand, 22 octobre 1970, R.W., 70-71, c.893.

⁶¹ J.C.P., 1980, IV, p.416 cité par J. GHESTIN, Conformité et garantie dans la vente, p.271.

" Une clause d'exonération stipulée dans un contrat de vente est en principe valable sauf dol, faute lourde ou lorsque cette clause fait disparaître l'objet même de la convention.

Le vendeur et le fabricant professionnels sont supposés connaître le vice caché et ne peuvent dès lors pas invoquer une clause d'exonération. " ^{62 63}

§3. Le contrat d'entreprise.

Une fois les travaux réceptionnés, l'entrepreneur continuera à répondre non seulement de la garantie décennale mais aussi de la garantie des vices cachés, comme l'énonce la jurisprudence:

« L'approbation des travaux n'exonère pas l'entrepreneur de la responsabilité pour vices cachés. » ⁶⁴

Le régime de la garantie des vices cachés est-il identique en matière d'entreprise et en matière de vente? La jurisprudence ayant énoncé que l'article 1648 du Code civil relatif au bref délai n'était pas applicable en matière d'entreprise⁶⁵, l'on peut donc en déduire que les deux régimes sont distincts.

Ceci étant, nous croyons aussi que la jurisprudence de la Cour de cassation ne s'est pas prononcé clairement sur une transposition pure et simple en matière de contrat d'entreprise de la présomption de mauvaise foi du vendeur professionnel.

Même si l'on admet deux régimes distincts, la mauvaise foi du professionnel en général était de plus en plus souvent retenue, même à l'égard d'autres professionnels, plus particulièrement les professionnels qui ne sont pas de même spécialité. ⁶⁶

Dans un arrêt du 3 avril 1959, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi introduit contre un arrêt qui avait estimé inadmissible pour un entrepreneur d'avoir ignoré un vice, compte tenu de ses connaissances techniques. ⁶⁷ En conséquence, l'entrepreneur a été considéré

⁶² Bruxelles, 9 août 1988, R.G.A.R., 1989, n°11554; voy. Anvers, 7 janvier 1992, Droit européen des transports, 1992, p.375.

⁶³ La loi du 25 février 1991 introduisant en droit belge, une responsabilité nouvelle du fait des produits défectueux; cette loi, auquel l'on ne peut déroger par contrat, ne vise cependant que l'indemnisation :

* du dommage corporel,

* du dommage indirect, c'est-à-dire celui qui ne porte *Pas* sur la chose elle-même; il doit alors s'agir du dommage souffert par un non-professionnel.

Elle ne trouvera *Pas* à s'appliquer entre professionnels.

⁶⁴ Cass. 25 octobre 1985, *J.T.*, 1986, p.438; 13 mars 1975, *Pas.*, 1975, I, 708; 18 novembre 1983, *J.T.*, 1984, p.549.

⁶⁵ Cass., 8 avril 1988, *Pas.*, I, 482.

⁶⁶ Voy.J. GHESTIN, Conformité et garanties...*op.cit.*,p.278, qui écrit: "*Le régime de la responsabilité de droit commun tend ainsi à s'aligner sur la garantie des vices cachés.*"

⁶⁷ *Pas.*, 1959, I, 773.

comme de mauvaise foi et n'a pu invoquer la clause exonératoire de responsabilité. Cet arrêt évoque les connaissances techniques de l'entrepreneur; en d'autres termes, la mauvaise foi sera, à notre avis, appréciée au cas par cas, tandis que dans le contrat de vente, la mauvaise foi est la règle.

Plusieurs auteurs plaident cependant pour la reconnaissance des clauses d'exonération; ainsi, M. Foriers énonce que l'entrepreneur, contrairement au vendeur, n'est pas de mauvaise foi au moment où il contracte car il n'a pas encore réalisé la chose qui pourrait être affectée d'un vice.⁶⁸ A la réflexion, il arrive fort souvent que le vendeur vende une chose future tandis que l'entrepreneur effectue une prestation routinière qu'il maîtrise parfaitement; en outre, en effectuant cette prestation, l'entrepreneur peut très bien s'assurer des vices cachés ce que ne peut faire le vendeur non spécialisé. Hannecart ne donne pas de raison particulière pour justifier la reconnaissance de la validité des clauses d'exonération dans les contrats d'entreprise.⁶⁹

L'on tiendra compte également de la nature de l'obligation. S'il s'agit d'une obligation de résultat (qui suppose un travail plus précis, effectué par un spécialiste et contenant peu d'aléas), la clause d'exonération de responsabilité pourra moins aisément sortir ses effets. Ainsi, l'entrepreneur qui est chargé de placer des vitres thermopanes est investi d'une obligation de résultat.⁷⁰ L'on imagine plus difficilement qu'il se décharge de sa responsabilité si les vitres venaient à se fendre en raison d'un vice intrinsèque.

La solution sera différente en matière d'obligation de moyen. Ainsi, l'on peut plus aisément envisager que dans les contrats portant sur la construction et le lancement de satellites (fusée Ariane), des clauses d'exonération de responsabilité en cas de problèmes techniques soient considérées comme pleinement valables.

En conséquence, trois régimes peuvent être distingués:

- * la présomption quasi-irréfragable en matière de vices cachés;
- * la non validité des clauses sur la base du droit commun pour laquelle il faut établir la mauvaise foi du débiteur ou l'anéantissement de l'objet de l'obligation;
- * l'obligation du professionnel de connaître les défauts du bien qu'il livre; obligation dont la jurisprudence n'a pas cerné les contours de manière claire et qui entraîne, selon certaines décisions, la mauvaise foi et donc la non-validité des clauses portant sur les défauts que le professionnel aurait dû détecter avant de livrer la chose.

§4. *Les autres contrats.*

Une tendance similaire se dessine également en matière de contrat de louage de choses où l'on met à charge du bailleur professionnel une obligation plus lourde.⁷¹ Nous croyons donc, de

⁶⁸ La responsabilité de l'entrepreneur après réception. Réflexions à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 1985, *Entreprise et Droit*, 1988, p.261.

⁶⁹ V. HANNECART, Droit de la construction, Réflexions générales, in *Actualités du droit*, 1992, p.448; voy. pour un résumé des thèses en présence, W. NACKAERTS, in *Exoneratiebedingen*, 1993, p.136-138.

⁷⁰ Civ. Nivelles, 15 novembre 1977, R.J.I., 1978, p.207.

⁷¹ Voy. T. VANSWEEVELT, note sous Antwerpen, 6 janvier 1986, R.W., 1986-87, c.681

lege ferenda, qu'il faut tendre vers une harmonisation plus grande des règles relatives à la garantie dans les différents contrats spéciaux.⁷² L'on soulignera aussi que l'assimilation entre contrat d'entreprise et de vente a été réalisée par la loi du 14 juillet 1991 relative, notamment, aux clauses abusives; en effet, la réglementation sur les clauses abusives s'applique tout aussi bien aux ventes de produits qu'aux ventes de service et prévoit, pour ces deux types de vente, l'interdiction de limiter la garantie prévue aux articles 1641 et suivants. L'on pourrait en tirer pour conséquence qu'il est interdit, en matière de vente de services aux consommateurs, de limiter conventionnellement la garantie existant dans la vente de produits, en matière de vices cachés.⁷³

§5. *L'exonération de responsabilité pour les dommages indirects ou consécutifs qui résulteraient d'un vice caché.*

Selon la jurisprudence précitée, il ne semble pas possible de limiter la garantie de vices cachés. Ceci devrait valoir notamment pour les dommages indirects ou consécutifs comme les clauses exonérant le fabricant ou l'entrepreneur de toute responsabilité, pour perte de profit ou perte de clientèle.

MM. Horsmans et F't Kint⁷⁴ soulignent la nécessité de tenir compte des usages du monde professionnel; ils citent une décision de la cour d'appel de Bruxelles⁷⁵ qui a considéré comme licite la clause limitant la garantie en fonction du temps écoulé depuis la livraison et en fonction du kilométrage parcouru depuis celle-ci et ne comportant que le remplacement gratuit des pièces. La cour a considéré:

"qu'il apparaît des documents versés au débat que cette limitation de la garantie du vendeur constitue, en matière de vente d'automobiles, un usage existant en Belgique et dans certains pays étrangers, qui s'applique au constructeur, au distributeur et au premier propriétaire d'une voiture neuve".

Et la cour a, par conséquent, limité la responsabilité du distributeur et de l'importateur, appelés en garantie par le distributeur, à la réparation des défauts, à l'exclusion des dommages et intérêts pour immobilisation et privation de jouissance.

Les rédacteurs des conditions générales de vente à l'exportation des matériels d'équipement, excluent généralement les dommages indirects (conçus comme perte de production etc...) sauf en cas de faute lourde.⁷⁶ Selon Madame PARISIS-DRESSE, ces clauses sont longuement négociées, largement répandues et leur validité doit être reconnue.⁷⁷

72 Voy. D. PHILIPPE, Le droit des contrats en l'an 2000, *D.A.O.R.*, livraison 26, pp.97 e.s.

73 Voy. D. PHILIPPE, La nouvelle loi sur les clauses abusives, *D.A.O.R.*, livraison 22, pp.45 e.s..

74 La réglementation légale des vices cachés dans la vente commerciale, *Annales de droit de Louvain*, 1971, p 237.

75 15 avril 1971, SA Auto-Transports c/ Dubois et Van de Woestyne, inédit.

76 D.PARISIS DRESSE La réglementation conventionnelle des vices cachés dans la vente connue, *Ann. Dr. Louvain*, 1971, p 264.

77Ibid.

Les usages ont acquis dans certains codes de commerce ainsi que dans le droit du commerce international, une valeur particulière ⁷⁸.

Dans notre droit, cependant, les usages n'ont qu'une valeur complétive ou interprétative. En effet, l'article 1135 du Code civil permet de compléter le contrat par ce que prescrivent les usages tandis que l'article 1160 du Code civil permet d'interpréter en fonction des usages. Les usages ne permettent pas de déroger à une règle de droit bien établie. Il faut aussi que les usages soient reconnus et par l'acheteur et par le vendeur. ⁷⁹

En outre, la décision citée par MM. Horsmans et 't Kint est, à notre connaissance, non publiée et isolée. Nous croyons que l'on ne peut pas en inférer que la jurisprudence admettrait la valeur d'une clause limitant le montant du dommage parce que tous les autres commerçants du secteur ont inclus la même clause; l'expérience professionnelle a montré que beaucoup d'entreprises préfèrent laisser une clause dont la validité n'est pas certaine, plutôt que de ne rien insérer du tout. La jurisprudence belge a vocation à s'appliquer de la même manière aux contrats industriels et aux contrats standards de consommation, quoique, de lege ferenda, cette situation soit discutable et parfois choquante dans la pratique.

Il convient cependant de souligner que si les usages ont acquis dans certains codes de commerce ainsi que dans le droit du commerce international, une valeur particulière ⁸⁰, dans notre droit, toutefois, les usages n'ont qu'une valeur complétive ou interprétative. En effet, l'article 1135 du Code civil permet de compléter le contrat par ce que prescrivent les usages tandis que l'article 1160 du Code civil permet d'interpréter en fonction des usages. Les usages ne permettent pas de déroger à une règle de droit bien établie. Il faut aussi que les usages soient reconnus et par l'acheteur et par le vendeur.

Nous croyons que l'on ne peut pas en inférer que la jurisprudence admettrait la valeur d'une clause limitant le montant du dommage parce que tous les autres commerçants du secteur ont inclus la même clause; l'expérience professionnelle a montré que beaucoup d'entreprises préfèrent laisser une clause dont la validité n'est pas certaine, plutôt que de ne rien insérer du tout. La jurisprudence belge a vocation à s'appliquer de la même manière aux contrats industriels quoique, de lege ferenda, cette situation soit discutable et parfois choquante dans la pratique.

Nous voyons trois pistes de réflexion:

* seules doivent être écartées les clauses qui limitent la responsabilité; la nature de l'objet vendu peut obéir à des règles de garantie moins sévères;

⁷⁸ Voy. notre rapport à l'académie de droit comparé sur l'harmonisation du droit, Montréal, 1991.

⁷⁹ Voy. dans le même sens, B. DUBUISSON, Les clauses de garantie, *op.cit.*, p.233.

⁸⁰ Voy. le Code de commerce tchécoslovaque de 1992 où les usages priment les dispositions supplétives

ainsi, si l'on vend un matériel sous forme de prototype ou un matériel d'occasion⁸¹, la garantie sera différente.

* le régime de la garantie des vices cachés pourrait être considéré comme ne faisant pas partie de l'ordre public international belge.

* une harmonisation des règles en matière de garantie pourrait sans doute être envisagée à un niveau international.

§6. Clauses d'exonération de responsabilité et droit des tiers.

Signalons brièvement que si l'on admettait la théorie des groupes de contrat, ce qui ne semble pas être le cas dans notre pays, l'on devrait admettre l'opposabilité des clauses d'exonération de responsabilité .

Cependant, celui qui (sous-traitant) a inséré une clause d'exonération de responsabilité dans un contrat de prestation de services (entrepreneur général) pourra, en principe, se prévaloir de cette clause d'exonération, à l'égard du client de son propre contractant (maître d'oeuvre) sauf lois particulières le lui interdisant, comme la loi du 25 février 1991 relative à la RC produits.⁸²

A l'inverse, le contractant (fournisseur originaire) ne peut se prévaloir à l'égard de l'acheteur final d'une clause d'exonération de responsabilité insérée dans un contrat de vente.⁸³

§ 7 La validité des clauses d'exonération de responsabilité et de garantie des vices cachés dans la vente internationale.

La Convention de Vienne de 1980 relative à la vente internationale va entrer en vigueur dans notre pays ce premier novembre 1997; elle est déjà en vigueur dans une bonne partie des pays du globe. Tout comme la Convention de La Haye de 1964, toujours en application en Belgique jusqu'au premier novembre 1997, la Convention de Vienne qui a été approuvée par le législateur belge dans une loi du 4 août 1996, ne contient pas de dispositions qui viendraient considérer comme illicites les clauses exonératoires ou limitatives de garantie. Beaucoup d'auteurs ont dès lors plaidé pour la reconnaissance de ces clauses dans la vente internationale.⁸⁴

⁸¹ Liège, 20 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p.17.

⁸² Cass., 22 avril 1977, *Pas.*, 1977, 860.

⁸³ Cass., 27 novembre 1974, *Pas.*, 1975; I, 113. Voy. M. FONTAINE, *in Les effets du contrat à l'égard des tiers*, Paris, 1992, p.49.

⁸⁴ Pour plus de détails, voy. D. PHILIPPE, *La Convention de Vienne sur la vente internationale*, Syllabus de droit comparé des obligations, UCL.

Quid si le droit belge est applicable et que, partant, la convention de Vienne doit trouver application? Va-t-on appliquer la jurisprudence développée à propos des règles de droit interne, relativement aux articles 1641 et suivants?

* Pour répondre à cette question, l'on peut sans doute au préalable préciser les questions régies par la Convention de Vienne.

La Convention régit la formation et l'exécution des obligations. Certaines matières font l'objet de règles, parfois complexes, et varient de pays à pays : ainsi en est-il, aux termes de l'article quatre de la Convention, de l'effet de la vente sur le transfert du titre ; cette question est hors du champ d'application de la Convention. Il en est de même de la validité du contrat (capacité, vices de consentement, nullité). Par exemple, si une partie estime qu'une clause du contrat est nulle, il faudra appliquer le droit de l'Etat désigné par les règles de conflit de lois. Les problèmes de responsabilité pour décès ou lésions corporelles, qui font l'objet dans la Communauté européenne de la directive R.C. Produits du 31 juillet 1985, ne sont pas non plus régis par la Convention de Vienne.

L'on constate donc que la Convention reste limitée dans son champ d'application et dès lors de nombreuses questions devront être régies en se référant aux règles de droit national.

Les parties sont libres d'écarter l'application d'une ou plusieurs dispositions de la Convention de Vienne et donc d'insérer des clauses qui dérogeraient aux normes de la Convention.

* Quid si la clause n'est pas valide au regard du droit belge?

Le professeur Heuzé écrit, à propos du droit français:

*" On doit considérer qu'en ratifiant la convention de Vienne, la France a renoncé à imposer le respect de ses règles relatives à la garantie des vices cachés dans les ventes internationales régies par sa loi. "*⁸⁵

Le professeur Audit aboutit à une solution similaire, sur la base d'un raisonnement différent:

*" Lorsque le contrat de vente a été valablement soumis à un droit étranger qui valide la clause, on peut douter que son effet doive être écarté en France au nom de l'ordre public international; car si la clause est valable à l'étranger et couramment stipulée par le vendeur, on peut objecter à l'acheteur établi en France qu'il lui appartenait de négocier un régime plus favorable ou, à défaut, de s'adresser à un autre fournisseur. Si l'on admet cette solution, l'équité à l'égard des vendeurs français veut que ces clauses soient également rendues efficaces lorsqu'elles figurent dans un contrat international soumis au droit français. "*⁸⁶

⁸⁵ La vente internationale de marchandises, 1992, p.84, n° 100.

⁸⁶ B. AUDIT, La vente internationale de marchandises, p.116; Voy. aussi dans le même sens, mais sur la base de l'article 7-2 de la Convention de Vienne qui demande d'interpréter en vertu des principes généraux qui fondent la Convention, E. BERTRAND, M. CALVO, G. CLARET, Convention de Vienne et Clauses limitatives de responsabilité, *Gazette du Palais, Doctrine*, 3 & 4 avril 1992.

La prudence nous semble de mise.⁸⁷ En effet, le juge pourrait toujours considérer que le problème de la validité de la clause ne tombe pas sous le champ d'application de la Convention de Vienne, aux termes de l'article quatre, et qu'en conséquence, il convient d'appliquer le droit interne à la validité de la clause d'exonération de garantie. La solution serait alors différente si la règle de conflit de loi renvoie à un droit étranger qui reconnaît la validité des clauses exonératrices de garantie; seul l'ordre public international belge permettrait d'écarter l'application de la clause, ce qui, comme le souligne le professeur Audit, apparaît comme improbable.⁸⁸

En résumé, le juge va adopter la démarche suivante:

- la question rentre-t-elle dans le champ d'application de la Convention?

*Si oui, le juge va interpréter celle-ci au regard des principes généraux qui régissent la Convention et notamment la règle de l'autonomie de la volonté.*⁸⁹

- la question ne rentre pas dans le champ d'application de la Convention; il convient alors de se référer au droit applicable selon les règles du droit international privé (la loi du principal établissement du vendeur); l'on distingue alors plusieurs hypothèses:

** les règles de droit international privé renvoient à un droit étranger qui autorise les clauses d'exonération en matière de vente; le juge considérera la clause comme valable sauf application de l'ordre public international belge;*

** les règles de droit international privé renvoient au droit belge; le juge peut appliquer les dispositions en matière de vices cachés; cependant, il n'est pas certain qu'il le fera puisque le vendeur belge (la loi applicable est la loi du vendeur) serait désavantagé par rapport au vendeur étranger dont la loi serait applicable et qui pourrait s'exonérer de sa responsabilité pour vices cachés. La solution sera moins certaine s'il s'agit de l'application de la loi belge à un contrat entre un acheteur belge et un vendeur français; en effet, dans cette hypothèse, le droit français et le droit belge sont similaires, personne ne serait désavantagé puisque chacun peut prévoir les solutions du droit applicable qu'il soit français ou belge.*

En conclusion, il semble que la validité des clauses d'exonération de responsabilité devrait poser moins de problème en droit international qu'en droit interne.

SECTION III.LA CLAUSE DE RESERVE DE PROPRIETE.

§1.Droit belge.

⁸⁸ Voy. d'ailleurs l'arrêt de la Cour de cassation de France du 4 octobre 1989, *Revue critique de droit international privé*, 1990, et note P. LAGARDE, p.316. qui énonce que la loi applicable au contrat de vente régit la validité et la portée des clauses d'exclusion de garantie.

⁸⁹ Voir pour plus de détails et plus de précisions, l'article 7 de la Convention.

Le vendeur peut retarder le transfert de propriété des marchandises qu'il vend jusqu'au complet paiement de celle-ci.

Certes, l'article 1583 du Code civil prévoit que:

« La vente est parfaite entre les parties et la propriété es acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. »

Cette règle n'est cependant que supplétive et les parties sont donc libres d'y déroger.

La clause de réserve de propriété constitue donc, sur le plan économique, une garantie qui permet au vendeur de récupérer son bien en cas de non paiement.

Cette clause est d'autant plus importante que le privilège octroyé au vendeur à crédit par l'article 20, 5° de la loi hypothécaire est, à l'exception du vendeur de biens d'investissement, faible et perd tout effet en cas de faillite.

Cependant, en droit belge, jusqu'à présent du moins, la clause de réserve de propriété ne pouvait plus sortir ses effets en cas de concours.

Dans un important arrêt du 9 février 1933, la Cour a refusé de reconnaître l'opposabilité de la clause de réserve de propriété car ceci méconnaîtrait les règles en matière de privilège du vendeur impayé libellées dans l'article » 20, 5° de la loi hypothécaire. Reconnaître l'opposabilité de la clause de réserve de propriété, c'est « *rétablir le droit de revendication que cette disposition légale n'a laissé subsister que dans les limites rigoureuses qu'elle précise et en remplacement duquel elle crée le privilège du vendeur.* »⁹⁰

Cette jurisprudence a été maintenue par la suite.⁹¹

§ 2. Droit comparé et réforme.

* La Belgique était isolée au regard des autres pays.⁹²

**Ainsi, la clause de réserve de propriété était reconnue depuis bien longtemps en Allemagne sur la base du § 455 du Code civil allemand (BGB)⁹³ et fut reconnue en droit français par la loi Dubanchet du 12 mai 1980.⁹⁴

⁹⁰ Cass., 9 février 1933, *Pas.*, 1933, I, 103 et concl. Proc. Gén. Leclercq.

⁹¹ Cass., 23 mai 1946, *Pas.*, 1946, I, 426; 14 mars 1955, *Pas.*, 1955, I, 752; 22 septembre 1994,

J.L.M.B., 1955, 123.

⁹² Voy. T. MARGELLOS, La réserve de propriété en Europe: les effets de la clause de réserve de propriété dans les procédures collectives en Europe, *C.J.F.E.*, 1987, n°4, p.965; Etude de droit comparé préparée par Unidroit, Vente à tempérament et à crédit d'objets mobiliers corporels dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, Ed. Unidroit, 1970.

Par ailleurs, la situation de bon nombre de petites et moyennes entreprises était critique en cas de faillite de l'acheteur.

La nouvelle loi votée cet été, et appelée prochainement à régir le droit de la faillite consacre dans son article 101, l'opposabilité aux tiers de la clause de réserve de propriété.

L'alinéa deux de cet article prévoit que : « *Les biens meubles vendus avec une clause de réserve de propriété peuvent être revendiqués si la clause a été convenue dans un écrit au plus tard au moment de la délivrance des biens.* »

Les biens doivent en outre, se retrouver en nature chez le débiteur et ne pas être devenus immeubles par incorporation.

L'alinéa trois de l'article dispose que: « *l'action en revendication doit être exercée avant la clôture de vérification du procès verbal de vérification de créances.* »⁹⁵

Si la nouvelle loi régit le sort de la clause en cas de faillite ou de concordat, elle reste muette quant aux autres formes de concours.⁹⁶ Si la clause est opposable en cas de faillite ou de concordat, l'on ne voit pas pourquoi elle ne pourrait sortir ses effets en cas de concours résultant d'une saisie pratiquée par deux créanciers sur le même bien.

**** Le droit belge tout comme le droit français n'a donné à la clause de réserve de propriété que des effets limités.**

En effet, elle suppose que les biens se retrouvent en nature chez le débiteur.

Or, il existe des clauses ayant des effets plus élargis.

Les clauses de réserve de propriété étendues.

En droit français et belge, la clause peut produire effet si le bien se retrouve en nature dans le patrimoine du débiteur.

En Allemagne, l'on reconnaît effet à la clause de réserve étendue qui peut épouser différentes formes que l'on peut examiner ci-après.

La clause de transformation (Verarbeitungs Klausel)

⁹³ voy. E.MEZGER, La protection du vendeur par la réserve de propriété en Allemagne et en France, in *Les créanciers et la faillite*, Actes du séminaire organisé à Liège les 17 et 18 novembre 1980, Bruxelles, 1983, p.250.

⁹⁴ Loi n°80-335 du 12 mai 1980 relative au règlement judiciaire et à la liquidation des biens modifiant les articles 59, 65 et 66 du 13 juillet 1967, modifiée par la loi Badinter n° 85-98 du 25 janvier 1985 et la loi n° 94-475 du 10 juin 1994.

⁹⁵ Projet de loi relatif à la faillite du 18 janvier 1996, adopté par la chambre en date du 12 décembre 1996 évoqué par le Sénat, *Doc. Parl.* Chambre 1995-1996, 330/22, 95-96; projet de loi relatif au concordat judiciaire du 18 janvier 1996 adopté par la Chambre en date du 12 décembre 1996, *Doc.Parl.* chambre Session 1995-1996, 329/22-95-96.

⁹⁶ J. VAN DEURZEN, Rapport fait au nom de la commission chargée des problèmes de droit commercial et économique relatif au projet de loi sur les faillites, *Doc.Parl.* Session, Chambre, 1995-1996, 329/17-95-96.

Cette clause protège le vendeur contre la perte de propriété de la chose vendue si celle-ci est transformée en une chose différente.

L'on peut donner l'exemple suivant:

« Si le matériel devient indissolublement lié à un autre objet, le client devra jusqu'à complète exécution de tous ses engagements de paiement, transférer d'avance au fournisseur les droits de propriété ou de copropriété ainsi créés. »

La clause de transfert.

L'acheteur initial s'engage lors de la revente à maintenir vis-à-vis du second acquéreur la réserve de propriété du vendeur initial.

La clause de cessibilité.

Lorsque le bien est destiné à la revente, le premier acheteur cède à titre de garantie à son vendeur les créances qu'il aurait sur les futurs acheteurs

La clause se libelle comme suit:

« si le client vient à aliéner le matériel livré- acte pour lequel il lui faut autorisation expresse du fournisseur- il cède d'avance à ce dernier sa créance dérivée du contrat d'aliénation, jusqu'au moment où il sera définitivement acquitté de ses obligations de paiement. »

L'opposabilité de cette clause a posé problème puisqu'elle s'opposait à l'opposabilité de la clause aux autres créanciers de l'acheteur et aux banques qui bénéficient d'une cession globale des créances de l'acheteur. La jurisprudence allemande a toutefois tranché en faveur du bénéficiaire de la clause de cessibilité.⁹⁷

Les clauses de réserve de propriété élargies.

Ces clauses ont pour objet d'affecter le bien dont le vendeur s'est réservé la propriété au paiement d'autres créances que celle du prix de vente.

La clause de compte courant. (Kontokorrentvorbehalt)

La propriété n'est transmise à l'acheteur que lorsque la totalité des dettes issues des relations d'affaires avec l'acheteur est réglée, ou lorsque le compte courant est soldé.

Exemple:

⁹⁷ Voy. G. de VELGE et J.L. SEPULCHRE, La réserve de propriété dans le monde et autres garanties du vendeur d'effets mobiliers, L'Allemagne. La Belgique in *La réserve de propriété et les clauses résolutoires expresse*, A.B.J.E., 1976, t.IV.

« Toutes les livraisons sont effectuées sous réserve du droit de propriété. Le client ne devient propriétaire que lorsqu'il s'est acquitté de toutes les obligations qui découlent de l'ensemble des livraisons de marchandises et de prestations de services du fournisseur. »

La clause de réserve de propriété collective (Konzernvorbehalt)

La propriété ne sera transférée qu'en cas de paiement de toutes les dettes de l'acheteur à l'égard des sociétés faisant partie d'un même groupe.

A titre exemple, l'on peut reproduire une clause tirée de la pratique allemande:

« X. Réserve de propriété

1. Nous nous réservons la propriété des marchandises livrées par nos soins jusqu'au paiement intégral du prix et jusqu'à l'encaissement des chèques et lettres de change qui nous ont été remis. Si le client est commerçant, personne morale de droit public ou établissement de droit public, nous nous réservons la propriété des marchandises livrées par nos soins jusqu'au paiement intégral de toutes les créances même futures (y compris les créances de soldes de comptes courants) résultant des relations d'affaires avec le client, y compris toutes les créances secondaires et jusqu'à l'encaissement des chèques et lettres de change qui nous ont été remis.

2. Un traitement ou une transformation effectuée par le client, de la marchandise dont la propriété est réservée, ne sont pas à notre charge et sont sans engagement de notre part ; la nouvelle chose devient notre propriété. Lorsque la marchandise réservée est transformée ensemble avec d'autres marchandises n'appartenant pas aux clients, nous devenons copropriétaires de la nouvelle chose selon la proportion de la valeur de la marchandise réservée à la valeur des autres marchandises; lorsque la marchandise réservée est combinée à d'autres marchandises, nous devenons copropriétaires conformément aux dispositions légales. Si le client acquiert la propriété exclusive par combinaison, il nous transmet dès maintenant la copropriété selon la proportion entre la valeur de la marchandise réservée et la valeur des autres marchandises au moment de la combinaison. Dans les cas précités, le client doit conserver gratuitement la nouvelle chose dont nous sommes propriétaires ou copropriétaires, qui est elle-même marchandise réservée dans le sens des dispositions suivantes .

3. Le client nous cède dès à présent et avec tous les droits secondaires les créances résultant d'une vente ultérieure de la marchandise réservée, c'est-à-dire les créances d'un montant correspondant à la valeur de la marchandise réservée. Il en va de même si la marchandise est incorporée comme une partie constitutive essentielle dans le terrain d'un tiers. Si nous sommes copropriétaires de la marchandise, les créances sont cédées pour un montant correspondant à la valeur de notre quote-part dans la valeur totale. La cession anticipée comprend également une éventuelle créance de solde résultant du compte courant.

4. Aussi longtemps que le client remplit ses obligations envers nous, il est en droit de disposer de la marchandise réservée dans la mesure où les créances sont effectivement transférées conformément à l'alinéa 3 ci-avant et de disposer de nos créances au cours de la marche régulière des affaires; des actes de dispositions extraordinaires tels que des mises en gage, des transferts de sûreté et toutes autres sortes de cession ne peuvent être effectués. Des prises de droit de la part de tiers sur la marchandise réservée ou sur nos créances en particulier des mises en gage doivent nous être signalés immédiatement par le client.

5. Nous sommes en droit de prendre possession de la marchandise réservée en cas de retard dans le paiement, de suspension imminente de paiement ou s'il y a eu des exécutions forcées ou des protestations de lettre de change envers lui ou encore si le client ne remplit pas ses obligations envers nous. Le client est obligé à la restitution. On ne peut faire valoir en tant que résiliation du contrat par nous l'exercice de la

réserve du droit de même que la mise en gage des objets de livraison. Tous les frais de la reprise et de la résiliation du gage incombent au client. Le client doit immédiatement, sur demande, nous faire parvenir une liste des créances qui nous ont été cédées conformément à l'alinéa 3 ci-avant.

6. *Nous nous engageons à libérer sur demande du client, les garanties auxquelles nous avons droit, sous réserve du choix et dans la mesure où la valeur des sûretés dépasse de plus de 20 % les créances à garantie. »*

§ 3. La réglementation en matière de clause de réserve de propriété et l'ordre public international.

Bien que la question devienne partiellement théorique ensuite de la réforme législative, la clause de réserve de propriété a été considérée comme une règle d'ordre public international belge.

Ainsi, le tribunal de commerce de Bruxelles a considéré que: « *même si la loi applicable au contrat reconnaît l'efficacité erga omnes de la clause de réserve de propriété, le vendeur ne pourra s'en prévaloir en Belgique.* »⁹⁸

Cette solution peut sans doute être considérée comme appartenant au passé, à la fois sur la base des nouvelles lois belges mais aussi des travaux législatifs européens actuellement en cours⁹⁹. La question pourra trouver une réponse différente s'il s'agit d'une clause de réserve de propriété élargie.

Autres sûretés nouvelles de type contractuel.

Les parties peuvent aménager contractuellement d'autres sûretés. L'on pense à l'insertion d'un gage sans dépossession, d'un bien donné en trust ou en fiducie.¹⁰⁰

La Cour de cassation va-t-elle aussi refuser toute valeur à cet aménagement contractuel?

La question reste ouverte bien que dans l'arrêt du 17 octobre 1996, la Cour de cassation ait rappelé avec clarté que l'on ne peut déroger, sans texte légal, au principe de l'égalité des créanciers.¹⁰¹

La reconnaissance de la clause de réserve de propriété doit être saluée. Peut-être d'autres formes de sûretés souhaitées par la pratique pourraient-elles être aussi reconnues?

SECTION IV.- LES CLAUSES RELATIVES A L'OBJET ET AU PRIX.

⁹⁸ Comm. Bruxelles, 27 octobre 1958, *J.C.B.*, 1959, p.81.

⁹⁹ L'article 7 de la Convention de Bruxelles du 23 novembre 1995 relative aux procédures d'insolvabilité prescrit: « *L'ouverture d'une procédure internationale d'insolvabilité contre l'acheteur d'un bien n'affecte Pas les droits du vendeur fondés sur une réserve de propriété, lorsque ce bien se trouve, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un autre Etat contractant que l'Etat d'ouverture.* » Cette convention n'est Pas encore en vigueur, étend les droits du vendeur.

¹⁰⁰ J. HERBOTS et D. PHILIPPE,; *Le trust et la fiducie*, Bruylant, 1997.

¹⁰¹ Cass., 17 octobre 1996, *R.P.S.*, 1997, p.145 et note H. BOSLY.

§1. Déterminabilité.

L'article 1129 du Code civil précise que l'objet doit être déterminable.¹⁰²

Le fondement de la nécessité d'un objet déterminé est rattaché, tantôt à l'idée d'utilité de l'acte juridique, tantôt à la nature même du lien de l'obligation.¹⁰³

Comme l'écrit le professeur Ghestin, la déterminabilité de l'objet remplit deux fonctions. En premier lieu:

« le contrat, qui exige un nouvel accord des parties pour déterminer l'objet ou le prix, ne remplit pas sa fonction sociale d'instrument indispensable des prévisions individuelles, conformément au principe de sécurité juridique, puisque les termes essentiels de l'échange ne sont pas fixés. Un tel contrat n'est plus qu'une apparence, dépourvue de toute force obligatoire. »

En deuxième lieu:

« c'est le principe de la justice contractuelle; il est inadmissible qu'un contrat donne à la volonté de l'une des parties, le pouvoir de déterminer après l'accord des parties, les éléments essentiels de l'échange. »¹⁰⁴

Aux termes des articles 1591 et 1592 du Code civil, le prix doit également être déterminable.

Les parties peuvent-elles prendre l'initiative de déterminer certains éléments du contrat, en cours d'exécution?

L'on sait qu'en droit français, les clauses autorisant la banque à modifier les intérêts en cours d'ouverture de crédit, avaient été annulées pour défaut d'objet sur la base de l'article 1129 du Code civil.¹⁰⁵

La Belgique comme les autres pays sont beaucoup plus souples à cet égard.¹⁰⁶

¹⁰² Cass., 9 avril 1959, *Pas.*, I, 793.

¹⁰³ P.A FORIERS, L'objet et la cause du contrat, in *Les obligations contractuelles*, 1984, p.101.

¹⁰⁴ J.GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat, Formation*, t.I,..p.573.

¹⁰⁵ Voy. D. PHILIPPE, Date valeur et taux d'intérêt variable, *Journal des Juges de paix*, 1995, pp.108 e.s et les références citées.

¹⁰⁶ Voy. I. CORBISIER, La validité de la clause de révision des taux d'intérêt en Europe, *R.A.E.*, 1993, pp.27 e.s.

L'on sait également que la jurisprudence française a connu un revirement remarquable. Dans quatre arrêts rendus la 1 décembre 1995, la Cour suprême a considéré que les contrats-cadre durables contenant un engagement d'approvisionnement exclusif ne doivent plus nécessairement prévoir le prix ou les modalités de calcul du prix des produits à livrer.

Si l'on peut saluer cette souplesse, l'on ne peut que recommander de veiller, dans la mesure du possible, à ce que toutes les clauses qui permettent de modifier le contrat en cours d'exécution, puissent reposer sur des paramètres de variation objectifs, afin de protéger le cocontractant contre l'arbitraire.

§2. Le prix et la police du commerce.

L'on rappellera à toutes fins utiles, la nécessité de prendre en considération de nombreux paramètres dans la fixation des clauses de prix. Outre les dispositions de la loi sur les pratiques du commerce comme la vente en solde, la vente à perte etc... il faut veiller au respect de la réglementation administrative des prix, notamment la notion de prix normal, réglementation qui s'est, il est vrai, considérablement allégée dans ces dernières années.

Le droit de la concurrence n'est pas étranger à la matière puisque dans les contrats de distribution notamment, il est interdit au producteur d'imposer au revendeur les prix au détail à appliquer aux clients.¹⁰⁷

SECTION V. LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE * AUTRES CLAUSES LIMITANT LA LIBERTÉ DE COMMERCE ET RESTREIGNANT LA CONCURRENCE.

« La clause de non-concurrence est celle par laquelle un contractant s'interdit d'exercer une activité en ne faisant pas ainsi concurrence au bénéficiaire de cette stipulation. Par définition, cette clause restreint la concurrence en supprimant l'intervention du débiteur sur le marché. »^{108 109}

La clause de non-concurrence constitue généralement l'accessoire d'un autre contrat.

La clause doit être en conformité avec le principe de **la liberté de commerce et le droit de la concurrence.**

¹⁰⁷ Voy. L. DUJARDIN, *Le droit belge de la distribution commerciale*, 1992, pp.73 e.s.

¹⁰⁸ R. PLAISANT, *Droit européen de la concurrence*, Delmas, Paris, 1978, p.190.

¹⁰⁹ Voy. pour d'intéressants développements et illustrations en matière d'obligation de non-concurrence, C.J.C.E. 42/84, *Rec.* p.2545. Y. SERRA, La validité des clauses de non-concurrence au regard de la réglementation française et communautaire des ententes, *Dalloz*, 1993, p.52.

Elle doit donc être limitée dans le temps, dans l'espace et dans son objet. Cette règle se retrouve dans bon nombre de dispositions particulières régissant différents contrats spéciaux.¹¹⁰

Il n'entre pas dans notre intention d'examiner la réglementation régissant les différents contrats mais d'insister simplement sur la nécessaire compatibilité des clauses avec les principes qui régissent l'ordre économique.

L'on sait également que les clauses d'exclusivité, les clauses assignant une durée trop longue au contrat ou un préavis trop court sont contraires à la liberté de commerce et au droit de la concurrence.¹¹¹

Plusieurs décisions ont déjà *annulé* les clauses qui n'étaient pas en conformité avec ces règlements, rétablissant ainsi un équilibre entre les droits des parties.¹¹²

C'est donc l'ordre public qui constitue le mécanisme de contrôle de ces clauses, mais, cette fois, pour des raisons qui ne touchent pas aux relations privées entre contractants ou au mécanisme contractuel, mais pour des raisons qui touchent au fondement de l'ordre économique.

SECTION VI. TYPES DE CONTRATS

Il ne nous est pas possible de développer dans le cadre de ce rapport le contenu des différentes législations protectrices de certaines parties contractantes en matière de vie des affaires.

L'on peut citer deux types de contrat; le contrat de distribution où souvent, le distributeur est économiquement dépendant d'une entreprise productrice.

Les mesures protectrices protègent l'agent ou le distributeur.

En matière de bail commercial, l'on vise à protéger le preneur contre une rupture prématurée de son contrat, qui mettrait en péril son fonds de commerce.

Le contrat informatique est sans doute le contrat d'affaires dans lequel la jurisprudence a fait l'oeuvre la plus protectrice.¹¹³

¹¹⁰ Voy. en matière de franchise, le règlement européen 4078/88, qui autorise les clauses de non-concurrence un an après la fin du contrat; en matière de distribution, le règlement 1983/83 qui autorise la clause de non-concurrence uniquement pendant la durée du contrat; voy. sur le contrat d'agence, la loi du 13 avril 1995, article 21?; nous ne mentionnons *Pas* ici les règles applicables en matière de contrat de travail. EnS'agissant des entreprises communes ou joint ventures, les clauses de non concurrence sont également admises pendant la durée du contrat et parfois, après celui-ci.

¹¹¹ L. DUJARDIN, *op.cit.*, p.69.

¹¹² Voy. D. PHILIPPE, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, pp 572 e.s. et les décisions citées.

¹¹³ Voy. not. Gand, 4 juin 1986, *Droit de l'informatique*, 1986, p.58; Bruxelles, 10 avril 1986, *Ibid.*, p.232.

SECTION VII. EFFET SUR LE CONTRAT DE LA NON VALIDITE D'UNE CLAUSE.

La nullité de la clause n'entraîne la nullité du contrat que dans l'hypothèse où elle forme avec celui-ci un tout indivisible.¹¹⁴

CHAPITRE II. PRINCIPES DIRECTEURS.

Nous voyons donc que la validité des clauses est liée, soit

- à l'ordre public, notamment l'ordre public économique et international;
- au fondement même du mécanisme contractuel
- à l'équilibre entre parties
- au respect d'un pouvoir arbitraire confié à l'un des contractants
- à la bonne foi.
- à l'intérêt des tiers.

Ces principes, nous le verrons, se rejoignent.

SECTION 1. L'ORDRE PUBLIC BELGE ET LES LOIS IMPERATIVES.

L'ordre public « *touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité, ou fixe dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société.* »¹¹⁵

L'ordre public intervient en matière de clause pénale pour protéger en quelque sorte des intérêts privés. Il sanctionne de nullité, une clause liant les parties parce que jugée excessive.

La sanction n'est pas flexible puisqu'elle ne tient pas compte des circonstances de la cause, comme le fait la bonne, et qu'elle ne permet pas, comme l'autoriserait le concept précité, l'adaptation du contrat. Il conviendrait comme dans d'autres systèmes juridiques, notamment le système hollandais, de prévoir des sanctions plus souples.

L'ordre public économique vise au respect de la liberté économique et de la concurrence. A certains égards, l'ordre public économique rejoint la protection des intérêts privés. Le meilleur exemple en est la réglementation européenne en matière de contrats de distribution. Ainsi, la nullité de la clause de non-concurrence, d'exclusivité ou de durée protège le revendeur, c'est-à-dire la partie faible, contre l'entreprise considérée comme plus puissante.

¹¹⁴ P. VAN OMMEFLAGHE, *op.cit.*, in *Les clauses limitatives* 1991, 262.

¹¹⁵ Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, I, 699.

Le principe de la liberté économique rejoint la protection de la partie faible dans le contrat et le principe de l'équilibre contractuel.

SECTION 2. ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL.

De plus en plus nombreux sont les contrats entre professionnels qui dépassent les frontières. Les mêmes règles doivent-elles être appliquées lorsque les parties ont prévu l'application d'un droit étranger qui reconnaît la validité d'une clause que le droit belge sanctionne ou lorsque le droit étranger prévoit un mécanisme d'adaptation alors que le droit belge prescrit la nullité de la clause?

L'on a vu que plusieurs auteurs suggéraient une approche différente.

La Cour de cassation belge a défini comme suit l'ordre public international:

*« Une loi d'ordre public interne n'est d'ordre public international que si, par les dispositions de cette loi, le législateur a entendu consacrer un principe qu'il considère comme essentiel à l'ordre moral, politique ou économique établi en Belgique et qui, pour ce motif, doit nécessairement exclure l'application en Belgique de toute règle contraire ou différente d'un droit étranger. »*¹¹⁶

La jurisprudence belge est assez lacunaire sur ce point; la jurisprudence française est plutôt divisée et incertaine.

Nous croyons pour notre part que dans le domaine du commerce international, une large place doit être réservée à l'autonomie de la volonté et que, si le juge doit intervenir sur la base de l'ordre public international, ce n'est qu'à titre exceptionnel.

Ainsi, lorsqu'un droit étranger, le droit français par exemple, viendrait à reconnaître la faculté de réviser une clause pénale et que ce droit est applicable, nous ne voyons pas pourquoi le juge belge ne pourrait pas diminuer la clause par application du droit français plutôt que de l'annuler sur la base de l'ordre public international belge.

La présence de conventions internationales régissant une matière, telle la Convention de Vienne, et ne prévoyant aucune disposition interdisant tel ou tel type de clause, plaide également en faveur d'une reconnaissance de ces clauses dans le commerce international.

Une harmonisation plus poussée du droit des contrats pourrait contribuer à limiter les incertitudes.¹¹⁷

SECTION 3 EXECUTION DE BONNE FOI DES CONVENTIONS.

§1. Essor.

¹¹⁶ Cass., 4 mai 1950, *Pas.* 1950, I, 624.

¹¹⁷ Voy. les récents *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Unidroit, publié notamment dans la *Revue de droit des Affaires internationales*, 1997, n°2, p.164.

La bonne foi a connu, au cours de la dernière décennie, un développement remarquable,¹¹⁸ sur lequel certains ont, plus récemment, posé un regard critique.¹¹⁹

La bonne foi est utilisée de plus en plus fréquemment dans l'appréciation du comportement des parties dans la négociation, la conclusion et l'exécution du contrat.

La doctrine et la jurisprudence la citent souvent à côté d'autres notions comme l'abus de droit¹²⁰ ou la culpa in contrahendo¹²¹ sans que la distinction entre ces différents concepts ne soit clairement établie.

§2. Contenu de la notion de bonne foi.

Comme le souligne Mme le professeur David Constant: " *La notion de bonne foi se prêterait mal à une définition légale, laquelle, au surplus, ferait obstacle à sa malléabilité.*"¹²²

La bonne foi constitue une norme ouverte; elle introduit un élément moral dans le droit des obligations et son contenu peut varier en fonction des valeurs auxquelles sont attachées les personnes qui sont appelées à traduire, définir ou appliquer le concept. Certains

¹¹⁸ Voy. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, *op.cit.*, p.701, n° 33. S. DAVID CONSTANT, Des vivants et des morts dans le droit des obligations, *J.T.*, 1977, p.651; La bonne foi: une mer sans rivages, in *La bonne foi*, Editions du Jeune Barreau de Liège, 1990, p. 5 et s.; W. DEBONDT, Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht, *T.P.R.*, 1984, pp. 94 à 125; J.L. FAGNART, "L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion", *R.C.J.B.*, 1986, pp. 285 à 316 ; M. FONTAINE, Portée et limites du principe de la convention-loi, in *Les obligations contractuelles*, Jeune Barreau, Bruxelles, 1984, pp. 170 e.s.; S. STIJNS, Abus, mais de quel(s) droit(s), *J.T.*, 1990, p.33.; M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de contractuele schuldvorderingen* Thèse K.U.L., 1990; W. VAN GERVEN en A. DEWAELE, Goede trouw en getrouw beeld, *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, 1986, pp. 103 e.s. ; P. VAN OMMESLAGHE, L'exécution de bonne foi, principe général de droit, *R.G.D.C.*, 1987, pp. 101 tot 110 ; Voy. aussi l'article plus ancien-mais toujours actuel de F. BAERT, De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten, *R.W.*, 1956-1957, cc. 489-516. ; D. PHILIPPE, De rechter en de bepaling van de inhoud van de overeenkomst, in *De Overeenkomst vandaag en morgen*, pp. 543 e.s.

¹¹⁹ Voy. not. l'article plus critique de L. CORNELIS, La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté, in *La bonne foi*, Editions du Jeune Barreau de Liège, 1990, p. 17 et s.

¹²⁰ Voy. à propos de l'abus de droit, W. DEBONDT, *De gekwalificeerde benadeling*, 1985.- Voy. pour les exemples d'application et les références, *infra*.

¹²¹ Voy. F. 't KINT, Négociation et conclusion du contrat, in *Les Obligations contractuelles*, Ed. du Jeune Barreau, 1984, spéc. n° 19, p.18; L. CORNELIS, La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel, *Revue Générale de Droit civil*, 1990, p. 391 ; G. SCHRANS, De progressieve totstandkoming der contracten, *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 1984, pp. 1 à 32.

¹²² *Loc.cit.*

insistent , dans son approche, sur la rectitudedu comportement, d'autres sur les exigences d'honnêteté, de loyauté, qu'elle requiert.¹²³

La bonne foi veille à ce que le contrat réponde aux attentes réciproques des parties contractantes; elle pèse les intérêts en présence, elle tient compte de la situation particulière de chacun et requiert collaboration dans la réalisation des objectifs que les parties se sont fixés.¹²⁴

La bonne foi ne permet qu'un contrôle marginal.¹²⁵
Le juge ne peut se substituer aux parties et ne peut juger de l'opportunitéde telle ou telle décision ou comportement. La Cour de cassation a rappelé que le juge ne peut modifier le contenu ducontrat pour des raisons d'équité.¹²⁶

La bonne foi permet de compléter les obligations.¹²⁷
Elle exerce aussi une fonction dérogatoire, permettant de ne pas donner effet à une clause-contractuelle lorsque les circonstances le requièrent.¹²⁸

§.3 Bonne foi, responsabilité civile, abus de droit et ordre public.

La bonne foi se distingue de la *responsabilité quasi-délictuelle*.

La faute suppose également que le dommage résultant du comportement soit Nous croyons que la violation de l'obligation de bonne foi ne peut trouver son seul fondementdans la responsabilité quasi-délictuelle.

L'obligation de bonne foi a un fondement et, partant, un contenu différent.

Elle s'inscrit dans des relations de confiance qui se nouententre deux parties; l'on imagine difficilement de parler deviolation de l'obligation de bonne foi à l'occasion d'un accidentde la circulation car aucune relation étroite de confiance nes'est instaurée entre les parties. L'on ne s'interroge pas sur la conduite que doit adopter une personne abstraite placée dans les mêmes circonstances, mais au contraire sur une appréciation basée avant tout sur ce que requiert l'équité dans une situation de fait donnée, eu égard à la confiance mutuelle que peuvent se porter les parties l'une envers l'autre. La solidarié peut aussi intervenir dans l'appréciation de la bonne foi; ainsi, ne pas faire preuve de collaboration à

¹²³ Voy.les auteurs cités dans la première référence.

¹²⁴ M.E. STORME, thèse précitée; D.M. PHILIPPE, *Changement de circonstances et-bouleversement de l'économie contractuelle*, 1986, p. 621.

¹²⁵ J.RONSE, De marginale toetsing, *T.P.R.*, 1977, p. 207

¹²⁶ 15 octobre 1987, *Pas.*, I, 1988, p.177.

¹²⁷ C'est ce que l'on appelle en langue néerlandaise, l' *aanvullende werking van de goede trouw*

¹²⁸ Voy.Cass., 18 février 1988, *R.D.C.* 1988, p. 660 e. n. E. DIRIX, Over de beperkende werking van de goede trouw; *Pas.*, 1988, p.729; voy.notre étude précitée, De rechter en de bepaling van de inhoud vande overeenkomst.

l'égard d'un partenaire qui se meut dans une situation critique peut, sans constituer une faute, être un manquement à la bonne foi.¹²⁹ La faute suppose également que le dommage résultant du comportement soit prévisible, élément qui n'est pas requis en matière de bonne foi.¹³⁰

Par ailleurs, les conditions d'application des deux concepts sont, à notre avis, distinctes. La mise en oeuvre de la responsabilité civile suppose un lien de causalité, entre la faute et le dommage. Par contre, la bonne foi peut trouver application non seulement sans qu'il y ait faute au sens de l'article 1382 du Code civil, mais aussi, écrivent certains auteurs,¹³¹ sans qu'un lien de causalité à proprement parler ne soit présent; ainsi, en matière d'apparence, la bonne foi crée une relation contractuelle entre le mandant et celui qui pouvait légitimement croire à l'existence d'un mandat dans le chef du mandataire apparent; non seulement la faute n'est pas requise mais le lien de causalité non plus.¹³²

Dans l'appréciation de la bonne foi dans la négociation et la formation du contrat, l'on tiendra compte de la nature du contrat à conclure, de l'économie du contrat en formation. Ainsi, en matière informatique, la bonne foi dans la négociation du contrat sera fonction du type de contrat (contrat portant sur la vente d'une installation entièrement adaptée aux besoins de l'entreprise ou vente d'un appareil standard), des connaissances des parties en matière informatique, des informations qu'elles se sont échangées, de la présence d'un conseil en informatique, de l'importance du contrat et de toutes les autres circonstances qui sont en relation avec l'économie contractuelle.

Le caractère prévisible du dommage, élément nécessaire dans l'appréciation de la faute, qui n'est pas requis en matière de bonne foi.¹³³

La bonne foi s'apprécie en tenant compte de la situation particulière des parties. Ainsi, nous avons émis plus haut l'idée que la bonne foi puisse trouver application pour tenir compte du phénomène d'exclusion sociale dans la formation du contrat; il s'agirait alors de trouver une solution qui, indépendante de la notion de faute et de dommage, aménage, en équité, c'est-à-dire en tenant aussi compte de la nécessaire sécurité juridique qu'est en droit d'attendre le partenaire contractuel de la personne marginalisée culturellement, la situation juridique des parties.

D'autres distinctions peuvent être évoquées au niveau de la réparation.

La bonne foi peut avoir pour effet de priver une partie de l'exercice d'un droit ou elle peut aboutir à ce qu'un contrat soit formé (théorie de l'apparence). La réparation en

¹²⁹ Voy. not. M.E. STORME, thèse précitée; W. WILMS, Het recht op informatie in het verbintenissenrecht, Een grondslagenonderzoek, R.W., 1980-1981c. 499 e.s.

¹³⁰ Voy. L. CORNELIS, article cité dans R.G.D.C., 1990, p.402.

¹³¹ Voy. L. CORNELIS, La bonne foi, *op.cit.*, p.62.

¹³² Voy. L. CORNELIS, La bonne foi, *op.cit.*, p.61 & 83; J.P. Liège, 25 mars 1988, J.L.M.B., 1988, 1052; M. FONTAINE, R.C.J.B., 1982, pp. 326-327.

¹³³ Voy. L. CORNELIS, article cité dans R.G.D.C., 1990, p.402.

nature qui est aussi de droit en matière de responsabilité civile peut, à notre avis, sortir des effets identiques. Cependant la bonne foi, de par sa nature, peut sortir des effets différents de ceux de la responsabilité civile. Ainsi, en matière d'exécution des contrats, la bonne foi peut avoir pour effet une révision des conditions contractuelles. La théorie de l'imprévision n'est généralement pas admise par la jurisprudence belge.¹³⁴

La bonne foi doit également être distinguée de l'*abus de droit*.¹³⁵

L'abus de droit trouve en matière d'exécution du contrat, son fondement dans l'article 1134, alinéa 3, du Code civil.¹³⁶

L'abus de droit, en matière de formation du contrat, trouve son fondement dans l'article 1382 du Code civil. En effet, l'abus suppose un droit subjectif existant que l'on utilise dans l'intention de nuire à autrui ou en créant à autrui un dommage disproportionné par rapport à l'avantage que l'on retire.¹³⁷

Lorsque la bonne foi vient créer des nouvelles obligations, obligation de renseignement, obligation d'information etc..., peut-on prétendre que l'on abuse de son droit de ne rien dire lorsque l'on ne divulgue pas les informations appropriées? Peut-on affirmer que l'article 30 du 14 juillet 1991 de la loi sur la protection et l'information du consommateur qui met à charge du vendeur professionnel une obligation de renseignement, constitue une consécration de la théorie de l'abus de droit ?

La bonne foi repose comme nous l'avons exposé sur une relation de confiance et de collaboration entre personnes; elle complète, affine ou corrige des obligations existantes ou ajoute des obligations nouvelles, comme l'obligation d'information. L'abus de droit repose lui aussi sur le respect d'autrui et constitue, comme la bonne foi, une norme ouverte assortie d'une référence à des valeurs; cependant, l'abus de droit vient limiter l'exercice d'un droit déjà existant dans des hypothèses bien déterminées. Ainsi, pour reprendre l'exemple d'un contrat conclu avec une personne victime d'une exclusion sociale, le comportement du cocontractant ne pourrait pas être qualifié d'abusif, mais la situation de l'exclu social peut être telle que dans certaines circonstances exceptionnelles, le juge ne pourrait y être indifférent.

L'on peut épinglez aussi le nouveau Code civil néerlandais, entré en vigueur le 1 janvier 1992 qui fait une large place à la bonne foi, plus particulièrement dans le droit des

¹³⁴ Voy. cependant pour une reconnaissance de la révision du contrat, trib. Bruxelles, 14ème Ch. R.G. 13.138/89, inédit, statuant en degré d'appel.

¹³⁵ Voy. L. CORNELIS, La bonne foi, *op.cit.*, p.93.

¹³⁶ Cass., 19 septembre 1983, *R.W.*, 1983-1984, c. 1480 ; *J.T.*, 1985, p. 56 e. n. S. DUFRESNE ; Cass. , 16 janvier 1986, *R.W.*, 1987-88, 1470, e. n. A. VAN OEVELEN ; Cass., 18 février 1988, *R.D.C.*, 1988, p. 660 e.n. E. DIRIX, Over de beperkende werking van de goede trouw, *Pas.*, 1988, p.729. Voy. en doctrine, A. DE BERSAQUES, L'abus de droit en matière contractuelle, *R.C.J.B.*, 1969, pp. 500 à 533 .

¹³⁷ Voy. Cass. 18 septembre 1983, *J.T.*, 1985, p.56 e. n. S. DUFRESNE, 18 juin 1987, *Pas.*, 1987, p.1295.

obligations. La force dérogatoire de la bonne foi y est expressément consacrée puisque l'article 6.2.1. du Code, devenu depuis l'entrée en vigueur du Code l'article 6:2,(alinéa 2) dispose que :

*"une règle existant entre parties n'est d'application que, si dans les circonstances de la cause, son application serait inacceptable, selon les normes de la bonne foi."*¹³⁸

¹³⁸ Voy. aussi, 6: 248 qui consacre la bonne foi en matière contractuelle.
(anciennement article 6.5.3.1).

Enfin, la bonne foi répond à d'autres impératifs que l'*ordre public*; elle n'intervient qu'à titre marginal d'une part, elle a une fonction complétive ou correctrice et n'a pas pour effet la nullité des obligations. L'on a pu observer la différence d'approche au niveau de la clause pénale. Celle-ci est annulée lorsque le montant fixé à la *conclusion du contrat* était excessif; la bonne foi contrôle de manière *marginale* le *comportement et les relations* des parties aussi dans le cours de l'*exécution* du contrat.

§4.. *Aménagement du principe de bonne foi*

L'autonomie de la volonté n'interdit pas, à notre avis, un aménagement de la bonne foi. Ainsi, l'on peut aménager les obligations de renseignement, par exemple en invitant l'une des parties à remplir un formulaire qui est censé reprendre toutes les informations nécessaires à l'autre partie.

Cependant, nous croyons que l'on ne peut stipuler purement et simplement que l'un des contractants ne doit pas respecter la bonne foi dans l'exécution de ses obligations. Ainsi une clause de parfaite information de l'acheteur n'exonère pas le fournisseur de matériel informatique de son obligation de conseil.¹³⁹

Une telle clause permettrait de détruire l'objet de l'obligation et devrait être considérée comme dépourvue d'effet.¹⁴⁰

Nous croyons qu'autoriser une partie à ne pas être loyal et correct revient à priver le contrat ou l'obligation contractuelle d'un de ses fondements essentiels. Le professeur Cornelis estime quant à lui que la bonne foi n'est pas d'ordre public¹⁴¹ parce que la sanction de la violation d'une règle d'ordre public est toujours la nullité. Des dispositions auxquelles on ne peut déroger, par exemple des dispositions impératives, peuvent faire l'objet d'une sanction autre que la nullité; l'on pense à l'article 1728bis du Code civil relatif à l'indexation annuelle des loyers qui prévoit comme sanction la réduction de l'indexation en cas de clause dérogeant à la règle légale.

§5. *Respect dû aux attentes légitime d'autrui.*

Le professeur Dieux a dans sa brillante thèse, développé un principe fort proche de celui de la volonté

Il propose l'introduction d'un principe général de droit qui est « *le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui.* »

La police des contrats se construit donc non seulement sur la base des principes de l'autonomie de la volonté et de la convention-loi, mais aussi sur les attentes des autres. Un des meilleurs exemples est celui portant sur l'introduction de la théorie de l'apparence par l'arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 1988.

¹³⁹ Lyon, 12 juin 1989, *Dr. Inform.*, 1989, p.71 et note J.H.

¹⁴⁰ Voy. Cass., 25 septembre 1969, *Pas.*, 1960, I, 113, et concl. av. gen. MAHAUX, *R.C.J.B.*, 1960, 5, note J. DABIN.

¹⁴¹ Voy. L.CORNELIS, *La bonne foi, op.cit.*, p.67 e.s.

Il vise dans ce principe, non seulement les droits légitimes des parties mais aussi les droits des tiers, ce qui constitue un des éléments de distinction avec la bonne foi.

§6. La bonne foi et le contrôle des clauses.

Nous croyons, que le contrôle des clauses peut s'exercer à partir de la bonne foi, notamment au niveau des clauses d'exonération de responsabilité.¹⁴² La bonne foi offre une certaine souplesse et permettrait de mieux prendre en considération des facteurs comme la compétence professionnelle de chacune des parties, notamment leur spécialité et compétence respective.

SECTION 4. MECANISME CONTRACTUEL. EQUILIBRE CONTRACTUEL. PROTECTION CONTRE L'ARBITRAIRE D'UNE PARTIE.

Il ne s'agit pas à proprement parler de concepts juridiques assortis d'un régime bien précis. Cependant, ces éléments sont, d'une manière ou d'une autre, pris en considération dans l'appréciation de la validité du contrat.

§1. Mécanisme contractuel.

Certains éléments sont essentiels au mécanisme contractuel lui-même: une obligation doit être déterminable, l'obligation doit avoir un objet et, dans notre système juridique, une cause; la condition potestative est nulle.

Ces éléments sont liés aussi de manière plus ou moins directe à la protection du cocontractant. En effet, si une obligation est dépourvue de contrepartie, le cocontractant qui fournit une prestation est lésé.

Si l'objet de l'obligation est indéterminable, le débiteur de cette obligation peut déterminer lui-même l'objet ce qui peut conduire à des abus.

Si le sort du contrat est lié à une condition potestative, là aussi l'obligation est dépendante d'une partie.

De même, une clause d'exonération qui détruit l'objet de l'obligation, met en péril le mécanisme contractuel lui-même puisqu'une obligation est dépourvue de toute sanction, préjudiciant ainsi le cocontractant.

La sanction est la nullité de la clause pour le défaut d'objet ou de cause de l'obligation ou en présence cas de condition potestative. La clause d'exonération est dépourvue d'effet.

§2. Le déséquilibre contractuel.

¹⁴² M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de contractuele schuldverhoudingen*, p.175.

Le déséquilibre du contrat ou plus particulièrement, le déséquilibre entre les obligations réciproques, ne permet pas à lui seul de mettre fin à une convention. La preuve en est que la lésion tout comme l'imprévision ne sont pas admises en droit belge.

2.1. Equilibre dans la formation du contrat

Cependant, le déséquilibre contractuel plus spécifiquement à la formation du contrat, constitue une sorte de clignotant, qui associé à d'autres facteurs, permet au juge d'intervenir dans le contrat. Ainsi, en est-il de la lésion qualifiée: le déséquilibre contractuel doit s'accompagner d'une exploitation des faiblesses du cocontractant.¹⁴³

S'agissant des clauses analysées, nous avons déjà montré que l'ordre public visait à assurer l'équilibre contractuel

- * en annulant les clauses pénales non équilibrées

- * en annulant les clauses qui imposent des obligations excessives à l'une des parties en les liant de manière trop étroite ou de manière trop longue (clauses de non-concurrence, clauses d'exclusivité). Le droit de la concurrence qui est une matière d'ordre public et qui poursuit avant tout des objectifs macroéconomiques, a donc pour effet de protéger la partie faible dans le contrat.

Le défaut de cause a été invoqué à plusieurs reprises en France pour annuler des clauses qui n'étaient pas assorties de contrepartie¹⁴⁴; là encore, la jurisprudence vise à garantir l'équilibre entre les obligations.

2.2. Equilibre contractuel dans l'exécution du contrat.

L'équilibre dans l'exécution du contrat est préservé, on l'a vu, par la notion de bonne foi.

Par ailleurs, les clauses qui laissent aux parties, le soin de déterminer le contenu de certaines obligations, peuvent être sujettes à contrôle du juge sur la base de:

- la bonne foi,
- l'abus de droit
- l'abus de position dominante.

§3. L'arbitraire.

Les réflexions relatives à l'arbitraire d'une des parties sont liées à celles relatives à la condition potestative, aux clauses d'exonération de responsabilité qui détruisent l'objet de l'obligation ainsi qu'aux clauses pénales excessives ou à l'abus de position dominante notamment.

¹⁴³ W. DE BONDT, *De gekwalificeerde benadeling*, thèse, 1984.

¹⁴⁴ D. PHILIPPE, Date valeur et taux d'intérêt variable, *Journal des Juges de paix*, 1995, pp.108 e.s.

Elles sont liées aussi à l'exécution de bonne foi des conventions; une partie qui abuse du droit qui lui est réservé, par exemple, de déterminer les obligations du contrat, n'agit pas selon la bonne foi. L'on peut renvoyer à cet égard au concept de la *partijbeslissing*.

SECTION 4. DOL, MAUVAISE FOI ET OBLIGATION DE RENSEIGNEMENT.

L'objet du rapport ne nous permet pas de discuter ces différents éléments et leur fonction précise.

Retenons simplement que l'on ne peut s'exonérer pour une défectuosité lorsque l'on a tu certains éléments à son partenaire, le dol ou la mauvaise foi pouvant porter sur l'annulation de toutes les clauses dans lesquelles un élément déterminant a été caché au cocontractant.

L'on sait qu'en matière de garantie de vices cachés, le vendeur est censé connaître les vices et la mauvaise foi est, en quelque sorte, érigée en règle de droit.

Se pose la question de savoir si cette règle s'applique lorsque le professionnel aurait dû connaître l'existence de tel ou tel vice ou de tel ou tel problème. La jurisprudence semble aller dans ce sens et écartera l'application de différentes clauses lorsque le professionnel devait connaître un élément essentiel et ne l'a pas divulgué, alors qu'il aurait dû le faire, sur la base de son obligation d'information à charge d'un professionnel qui n'est pas de la même spécialité.

Il est intéressant de relever à cet égard l'importance donnée en France à la notion de professionnels de même spécialité: en effet, dans cette hypothèse, les clauses d'exonération de responsabilité sont mieux acceptées.

Une fois de plus, les concepts se recoupent: la bonne foi justifie cette règle intervention du juge tout comme le mécanisme contractuel, dans la mesure où une volonté entachée de dol ne s'est pas exprimée de manière correcte et ne peut donner effet aux obligations.

SECTION 5.DROIT DES TIERS.

Ceux-ci se précisent lorsque naît une situation de concours, notamment en cas de faillite ou en matière de successions ¹⁴⁵. L'on pense à l'effet des clauses pénales et surtout, des clauses de réserve de propriété en cas de faillite tout comme les droits des héritiers peuvent poser obstacle à la cession d'entreprise. Par ailleurs, les droits des tiers ne doivent pas être un frein trop absolu au développement de mécanismes originaux notamment au niveau des garanties financières.

¹⁴⁵ Nous n'avons pas étudié cette matière. La réserve accordée aux héritiers constitue cependant un obstacle au transfert d'entreprise. Voy. l'ouvrage *Trust et fiducie*, précité, 1997, spécialement les rapports de MM. Ghorain, Schulte Braucks et Boeckert.

Les droits des tiers se posent également à propos de l'opposabilité de clauses visant à limiter la responsabilité d'un contractant. En principe, les clauses d'exonération de responsabilité ne sont pas opposables aux tiers de par le principe de la relativité du contrat tout comme la clause pénale ne peut être invoquée contre un tiers sauf comme un fait établissant par exemple, le montant d'un dommage. La notion de groupe de contrat développée essentiellement en France pourrait avoir l'effet d'incorporer une clause d'exonération dans un cadre contractuel. A notre connaissance, une telle solution n'a pas encore été retenue par la jurisprudence belge.

L'on peut se référer aussi à la thèse de M. Dieux qui laisse entrevoir un principe de protection général des attentes légitimes des contractants valant aussi à l'égard des tiers.

SECTION 6. APPROCHE ECONOMIQUE DU CONTRAT.

Plusieurs auteurs, notamment aux Etats Unis, ont analysé le contrat en termes d'efficience économique et de maximalisation de profit.

La théorie économique cherche à déterminer la règle qui répartit les ressources de manière optimale :

*" Un système social sera peu efficace si (sans bonne raison) il empêche que les biens aillent aux mains de ceux pour lesquels ils valent davantage, leur appréciation, tant signalée par la disposition à payer : le mot pretium gît au coeur de l'appréciation . "*¹⁴⁶

L'une des fonctions essentielles du contrat est la prise en charge de risques. En recevant la signature de son cocontractant, le créancier obtient une sorte de garantie de ce que son débiteur va exécuter ses obligations, quels que soient les aléas, financiers ou autres, que celui-ci peut rencontrer. Cette fonction de "risk allocation" est essentielle.¹⁴⁷ Cette notion de risque n'est certes pas absente dans l'approche du contrat en droit belge ou français¹⁴⁸ qui insiste sur la notion d'aléa contractuel mais elle est sans doute plus clairement mise en exergue dans les systèmes juridiques étrangers.¹⁴⁹

Nous croyons que la théorie économique comparant les avantages réciproques des parties, en termes de maximisation du profit, pourraient constituer un éclairage utile, et, en tout cas, plus objectif que beaucoup d'autres critères, dans l'application de la théorie de l'abus de droit ou de la bonne foi, dans l'hypothèse visée ci-dessus.

¹⁴⁶ Voy. pour une analyse économique de la problématique spéc. en matière de vente d'oeuvres d'arts, B. RUDDEN, *Le juste et l'inefficace pour un non-devoir de renseignements*, *R.T.D. Civ.*, 85, p.95.

¹⁴⁷ Voy. P.S. ATIYAH, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, 1979, p. 716 et s.

¹⁴⁸ Voy. par exemple, en matière d'imprévision, le célèbre arrêt du Conseil d'Etat français, *Gaz de Bordeaux*, 1916

¹⁴⁹ Voy. pour le droit allemand, le droit anglais, le droit italien, le droit suisse, D.M.-PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, 1986, n° 1.3.3.2.

CONCLUSIONS

Le mécanisme contractuel consitue un facteur de liberté mais aussi de développement de la valeur ajoutée. Si j'accepte de payer 1.000frs pour une chaise, c'est parce que, pour moi, cette chaise a une valeur égale ou supérieure à ces 1.000frs ; si mon interlocuteur accepte de la vendre, c'est parce que pour lui, les 1.000frs ont une valeur égale ou supérieure à cette chaise. En d'autres termes, le contrat est créateur de richesse et le mécanismecontractuel doit contribuer à cette fonction.¹⁵⁰

Le contrat est donc source de richesses à la fois sur le plan microéconomique mais aussi macroéconomique.

Ce mécanisme et ses valeurs fondamentales, autonomie de la volonté et convention-loi, doivent être préservés.

Ces principes peuvent cependant entrer en conflit avec d'autres principes comme l'ordre public et l'éthique contractuelle. Comme l'énonçait M. Weber, la force économique, notamment par l'importance de la propriété de l'un ou de l'autre, étant distincte, la négociation n'a pas toujours lieu à armes égales tout comme l'exécution ou la rupture.¹⁵¹

Nous croyons que là où existent des secteurs d'activités où des personnes représentatives sont aptes à négocier des accords collectifs, ceux-ci contribuent à l'équilibre contractuel. L'on connaît les accords développés dans les relations entre brasserie et cafetiers et ceux entre sociétés pétrolières et gérants de station-service, accords qui acquièrent une valeur réglementaire lorsqu'ils font l'objet d'un arrêté royal pris en application de l'arrêté royal n°62 du 13 janvier 1935.¹⁵²

S'agissant du contrôle du juge, celui-ci ne devrait, à notre sens qu'exercer, dans des cas exceptionnels, un contrôle marginal aux fins de protéger l'un des contractants contre les abus; le contrôle de la police économique doit, surtout au niveau des relations commerciales internationales, être fait, si possible, avec une souplesse permettant de ne pas rompre la confiance que les parties mettent dans le mécanisme contractuel.

¹⁵⁰ NOTEB Voy. A. KRONMAN & R.A. POSNER, *The Economics of contract Law*, pp 1 à 10; B. RUDDEN & P. JUILHARD, La théorie de la violation efficace, *Revue internationale de Droit comparé*, 1986, p. 1015 e.s. et les références citées.

¹⁵¹ M. WEBER, in *The economics of contract law*, p. 230.

¹⁵² Voy. not. en matière de relations entre sociétés pétrolières et gérants de stations-service, les arrêtés royaux du 20 juin 1975 et du 9 juin 1981.