

Cour de cassation, 1^{re} chambre, 2 mai 2002.

Président : M. VEROUGSTRAETE,
président.

Rapporteur : M. DIRIX,
conseiller.

Conclusions : M. BRESSELEERS,
avocat général.

Plaidants : MM. BÜTZLER et VERBIST.

CONVENTION. — DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES. —
CONTRAT SYNALLAGMATIQUE. — RÉOLUTION. — DEMANDE
EN JUSTICE. — MANQUEMENT. — DÉCISION UNILATÉ-
RALE. — ART. 1184, AL. 3, C. CIV.

La règle suivant laquelle la résolution d'un contrat synallagmatique pour cause de manquement doit être demandée en justice n'empêche pas qu'une partie à un contrat synallagmatique peut décider, de sa propre autorité et à ses propres risques, de ne pas exécuter ses obligations et de notifier à son cocontractant qu'elle considère le contrat résolu et désire le rétablissement de la situation originale; lors de l'appréciation des conséquences de la résolution et des droits que les parties peuvent invoquer, le juge appelé à statuer sur la résolution judiciaire peut décider qu'en égard au manquement de son adversaire, la partie cocontractante n'a pas commis de faute en considérant unilatéralement le contrat comme résolu.

(SPRL CARTOFLEX C. D.L.)

R.C.J.B. - 3^e trim. 2004

ARRÊT (*traduction*).

I. LA DÉCISION ATTAQUÉE

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 18 décembre 2000 par la cour d'appel de Bruxelles.

.

III. LES FAITS

Il ressort de l'arrêt que les faits peuvent être résumés comme suit :

- le 13 avril 1994, l'entrepreneur a communiqué au maître de l'ouvrage un devis pour la livraison et l'installation d'une véranda;
- le 23 avril 1994, le maître de l'ouvrage a signé un bon de commande faisant référence au devis précité, sous la réserve d'une modification;
- la véranda a été livrée le 1^{er} juillet 1994;
- le maître de l'ouvrage s'est opposé à l'installation de la véranda dès lors que les mesures ne correspondaient pas avec les mesures mentionnées dans le devis, que le bois était fendu et que le panneau latéral fixe était trop mince; il a communiqué ses observations à l'entrepreneur, par écrit, le 6 juillet 1994;
- le 7 juillet 1994, le maître de l'ouvrage a confirmé par écrit son entretien de la veille avec l'entrepreneur au cours duquel celui-ci a déclaré être disposé à installer la véranda à ses propres risques; en outre, les deux défauts n'étant pas réparés, le maître de l'ouvrage a réclamé une réduction du prix et, des problèmes d'infiltrations d'eaux s'annonçant dans le futur, il a proposé par mesure de précaution de retenir 20 à 40 % de la somme globale pendant une période de contrôle de 2 à 3 mois;
- l'entrepreneur a protesté le 11 juillet 1994 et a réclamé le paiement d'un acompte de 60 %;
- par lettre adressée le 14 juillet 1994 à l'entrepreneur, le conseil du maître de l'ouvrage a relevé les divers défauts de

la véranda et a proposé avec insistance d'organiser une réunion ;

- cette réunion a eu lieu le 31 août 1994 ; l'architecte B. en a établi le procès-verbal le 1^{er} septembre 1994 ;
- le 9 septembre 1994, l'entrepreneur a fait connaître ses observations relatives au procès-verbal ;
- le 22 septembre 1994, l'architecte a répliqué en considérant que : « Globalement, l'entrepreneur ne démontre pas qu'il est en mesure de livrer un bon produit fini. Je peux admettre la poursuite des travaux avec le même entrepreneur à la condition que celui-ci accepte de tenir compte des observations précitées.

Je déconseille formellement de lui permettre d'achever la véranda selon la méthode qu'il propose ».

L'expert judiciaire a notamment émis les conclusions que :

- la véranda est totalement défectueuse et doit être entièrement démontée ; en outre, des réparations s'imposent pour remettre les lieux en état (la maçonnerie au-dessus de la fenêtre de la façade arrière et certains endroits de la terrasse) ;
- l'entrepreneur n'a pas émis de propositions acceptables à cet égard bien qu'il en ait eu l'occasion ;
- le démontage et la mise en ordre du chantier sont évalués à la somme de 30.000 francs belges ; la réparation du linteau et de la terrasse est évaluée à la somme de 35.000 francs belges.

Après l'expertise, le maître de l'ouvrage a sommé l'entrepreneur de faire savoir s'il avait l'intention de procéder au démontage, à la mise en ordre du chantier et aux réparations et, le 25 mai 1995, il a mis l'entrepreneur en demeure de payer les frais de ces travaux, tels qu'ils ont été évalués par l'expert judiciaire.

(...) Au cours du mois de septembre 1995, le maître de l'ouvrage a procédé à la démolition à l'intervention d'un troisième entrepreneur (qui a facturé le démontage, la mise en ordre et les réparations le 2 octobre 1995 et ce, pour un montant de 56.826 francs belges).

IV. LE MOYEN DE CASSATION

La demanderesse présente un moyen, libellé dans les termes suivants :

Dispositions légales violées

— articles 1183, 1184, 1146, 1143, ... du Code civil;

Décision attaquée

Après avoir constaté que la demanderesse a livré une véranda à la défenderesse le 1^{er} juillet 1994, que celle-ci a immédiatement reproché la mauvaise exécution de l'installation et a porté la cause devant le tribunal de première instance de Bruxelles qui a ordonné une expertise judiciaire par jugement interlocutoire prononcé le 14 novembre 1994, la cour d'appel a décidé qu'au mois de septembre 1995, soit antérieurement à la décision définitive du premier juge qui a été rendue le 27 juillet 1997, la défenderesse était en droit de procéder au démontage de la véranda, à la mise en ordre du chantier et aux réparations à l'intervention d'un troisième entrepreneur et a accueilli l'appel de la défenderesse par les motifs suivants :

« que (la demanderesse) constate que (la défenderesse) a rendu impossible toute exécution en nature par (la demanderesse) (en ce qui concerne le démontage, la mise en ordre du chantier et les réparations);

(...) que ces allégations ne sont pas conformes aux faits tels qu'ils se sont réellement produits;

que l'expert a conseillé de procéder au démontage, à la mise en ordre du chantier et aux réparations et d'enjoindre à (la demanderesse) de le faire; qu'il a considéré que si (la demanderesse) s'y refusait, les frais de démontage, de mise en ordre et de réparations s'élevaient à la somme totale de 65.000 francs belges;

(...) que (la défenderesse) a mis (la demanderesse) en demeure de procéder aux travaux selon les instructions de l'expert judiciaire, que (la demanderesse) ne s'est pas exécutée

et n'a même pas réagi à cette sommation pourtant claire et explicite ;

que (la défenderesse) a clairement et explicitement fait savoir à (la demanderesse) que, (cette dernière) étant restée en défaut, un tiers procéderait aux opérations de démontage, de mise en ordre et de réparations ;

que (la demanderesse) n'a pas davantage réagi à ce moment ».

La cour d'appel a ensuite débouté la demanderesse de sa demande reconventionnelle tendant à obtenir des dommages-intérêts à la suite de la privation de la possibilité de récupérer les matériaux fournis par le motif que cette impossibilité résultait du propre fait de la demanderesse qui, bien que sommée de procéder au démontage, ne s'est pas exécutée et par le motif qu'eu égard au rapport d'expertise qui qualifie la véranda de totalement défectueuse, à la durée de l'incident et à la propre faute de l'entrepreneur, aucun dommage imputable à la défenderesse n'est établi.

Griefs

1.1. Première branche

La cour d'appel n'a pu décider légalement que, dans ces circonstances, la défenderesse était en droit de procéder au démontage de la véranda, à la mise en ordre du chantier et aux réparations à l'intervention d'un troisième entrepreneur.

Il suit des articles 1183 et 1184 du Code civil que seul le juge peut constater la résolution de l'obligation et que la résolution ne produit ses effets qu'après la décision judiciaire.

La résolution de l'obligation pour cause d'inexécution a pour effet que ce qui a été payé doit être restitué, que l'ancienne situation doit être rétablie et que, le cas échéant, des dommages-intérêts doivent être payés, la résolution de l'obligation visée à l'article 1184 du Code civil s'opérant en principe « ex tunc ».

Il ne peut toutefois être procédé au rétablissement de l'ancienne situation qu'après la prononciation de la résolution de l'obligation.

En principe, l'article 1143 du Code civil, suivant lequel le créancier a le droit de demander que ce qui a été fait par contravention à l'engagement soit détruit et peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu, requiert également l'intervention du juge.

Ainsi, la cour d'appel ne pouvait avoir égard aux mises en demeure adressées par la défenderesse à la demanderesse en vue de la remise en état des lieux où la véranda avait été construite pour décider que la défenderesse était en droit de procéder au démontage de la véranda, à la mise en ordre du chantier et aux travaux à l'intervention d'un troisième entrepreneur dès lors qu'à ce moment, la décision judiciaire concernant la résolution de l'obligation n'était pas encore intervenue.

La cour d'appel constate que le premier juge a ordonné une expertise par jugement interlocutoire rendu le 14 novembre 1994, que le rapport d'expertise a été déposé le 7 avril 1995 et que le maître de l'ouvrage a ensuite envoyé des sommations à la demanderesse, avant de faire procéder, au cours du mois de septembre 1995, à la démolition à l'intervention d'un troisième entrepreneur.

Il suit en outre de l'article 1146 que la mise en demeure implique que le débiteur est tenu de respecter une obligation.

Plus spécialement, la mise en demeure de remplir des obligations qui ne sont pas encore certaines ne peut produire d'effets et, en tous cas, ne peut produire les effets que la cour d'appel y attache.

Ainsi, la demanderesse n'était pas obligée de remettre les lieux en état tant que le tribunal n'avait pas prononcé la résolution, et, en conséquence, la défenderesse ne pouvait réclamer cette prestation, nonobstant les conclusions de l'expert à cet égard.

Il s'ensuit que l'arrêt n'a pas légalement accueilli l'appel de la défenderesse ni légalement débouté la demanderesse de sa demande reconventionnelle (violation des articles 1183, 1184, 1146 et 1143 du Code civil).

.....

V. LA DÉCISION DE LA COUR

1. *Première branche*

Attendu qu'en vertu de l'article 1184, alinéa 3, du Code civil, la résolution d'un contrat synallagmatique pour cause de manquement doit être demandée en justice;

Que, dans l'intérêt de la sécurité juridique et par souci d'équité, cette règle tend à ce qu'à défaut de clause résolutoire expresse, la résolution soit soumise au contrôle du juge;

Attendu que cette règle ne fait pas obstacle à ce qu'une partie à un contrat synallagmatique décide, de sa propre autorité et à ses propres risques, de ne plus exécuter ses obligations et de notifier à son cocontractant qu'elle considère le contrat résolu et désire le rétablissement de la situation originaire;

Que l'appréciation de la régularité de cette décision unilatérale est soumise au contrôle du juge par l'introduction ultérieure d'une demande tendant à la résolution judiciaire; que, lors de l'appréciation des conséquences de la résolution et des droits que les deux parties peuvent invoquer, le juge appelé à statuer sur la résolution judiciaire peut décider qu'eu égard au manquement de son adversaire, la partie cocontractante n'a pas commis de faute en considérant unilatéralement le contrat comme résolu;

Attendu que le juge d'appel déclare le contrat d'entreprise résolu aux torts de la demanderesse et, déterminant les droits et obligations résultant de la résolution pour les parties, décide que la défenderesse n'a pas agi illicitement en demandant la remise en état des lieux mais qu'au contraire, eu égard aux circonstances, elle était en droit de demander cette mesure extrajudiciaire de la part de son cocontractant;

Qu'ainsi, il ne viole pas les dispositions légales citées au moyen, en cette branche;

Que le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli;

.

Par ces motifs, la Cour rejette le pourvoi.

NOTE

**La résolution unilatérale
des contrats synallagmatiques, enfin admise ?**

1. — Introduction. Les arrêts du 2 mai 2002. Aux termes de l'article 1184, alinéa 2, du Code civil, la partie qui est victime d'un manquement contractuel jouit d'une option dans les conventions synallagmatiques : elle peut soit réclamer l'exécution de l'obligation, en nature ou, à son défaut, par équivalent, soit agir en résolution du contrat. Par deux fois, le législateur insiste, dans ce texte, sur le fait que cette résolution doit être prononcée par un tribunal : après avoir précisé que « le contrat n'est point résolu de plein droit » (alinéa 2), il ajoute que « La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances » (alinéa 3).

Cette intervention judiciaire constitue-t-elle un préalable obligé à la résolution ? Le droit belge s'accommode-t-il, au contraire, de certaines entorses à la règle ?

Cette question, le professeur P. Van Ommeslaghe la posait, déjà en 1975, dans son premier examen de jurisprudence consacré au droit des obligations : « n'est-il pas possible dans certaines circonstances, en raison des nécessités de la vie des affaires, de faire l'économie du recours préalable au juge, — que ce soit pour appliquer l'article 1184 ou l'article 1144 —, les deux institutions étant parallèles et le recours au juge s'expliquant dans les deux cas par un souci de protéger le débiteur en tempérant un créancier qui abuserait des sanctions légales frappant l'inexécution des obligations contractuelles ? » (1).

Vingt-sept ans devront s'écouler avant que la Cour de cassation se voie offrir l'occasion de se prononcer sur ce délicat problème. Le 2 mai 2002, ce sont même deux arrêts qu'elle rend sur le sujet, en termes pour ainsi dire identiques (2).

Les faits qui ont donné lieu à l'arrêt *Belgische Spaarbankenvereniging contre Argenta* peuvent être résumés comme suit. Par courrier du

(1) P. VAN OMMEFLAGHE, « Examen de jurisprudence. Les obligations (1968-1973) », cette Revue, 1975, p. 606, n° 65bis. Voy. aussi le deuxième examen de jurisprudence de l'auteur couvrant la période de 1974 à 1982, cette Revue, 1986, p. 205 et suiv.

(2) R.W., 2002-2003, p. 501, suivi d'une note d'A. VAN OEVELEN, « De buitengerech-
telijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door
het Hof van cassatie aanvaard », R.G.D.C., 2003, p. 337, précédé d'une note de S. STIJNS,
« De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkom-
sten : door het Hof van cassatie erkend, doch tegelijk miskend », p. 258 et suiv. Voy. aussi
S. STIJNS, « De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in de recente rechts-
praak van het Hof van cassatie : dan toch gerechtelijk ? », in *Mélanges offerts à Marcel
Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 245-278 ; R. JANSEN, « De eenzijdige ontbinding
buiten een uitdrukkelijk beding om juridische traumatologie », *Jura Falconis*, 2002-2003,
n° 4 ; S. STIJNS, « Actualia inzake beëindiging van overeenkomsten : de buitengerechte-
lijke ontbinding erkend door het hof van cassatie », in *Verbintenissenrecht*, sous la dir. de
S. STIJNS, Thémis, Bruges, Die Keure, 2003-2004, p. 5 et suiv.

17 décembre 1993, la société Argenta avait mis fin à son affiliation à l'association de fait précitée en invoquant des manquements graves de celle-ci dans la défense des intérêts professionnels de ses membres. Une disposition des statuts de l'association (3) prévoyait toutefois que ce retrait devait intervenir avant la fin du premier semestre et qu'il ne prendrait effet qu'au 31 décembre de l'année en cours. Argenta se vit assignée en paiement des cotisations annuelles dues pour 1994. Statuant en degré d'appel, la cour d'appel d'Anvers déclara l'action non fondée (4). Pour les magistrats, il est permis à tout membre d'une association de quitter celle-ci immédiatement, si celle-ci manque gravement à son but statutaire qui est de défendre les intérêts professionnels de ses membres.

Le pourvoi formé contre cet arrêt est pris de la violation de deux dispositions du Code civil. D'une part, l'article 1134, qui, selon les demandeurs en cassation, interdit au membre de l'association de démissionner sans respecter les dispositions statutaires. D'autre part, l'article 1184, qui soumet la résolution à une décision judiciaire préalable. Le juge du fond ne pouvait donc légalement décider que la société Argenta était fondée à mettre fin immédiatement au contrat et à se retirer de l'association, sur la seule constatation que celle-ci avait gravement manqué à son obligation contractuelle.

La Cour rejette le pourvoi au terme du raisonnement suivant (5) :

« Attendu qu'en vertu de l'article 1184, alinéa 3, du Code civil, la résolution d'un contrat synallagmatique pour cause de manquement doit être demandée en justice ;

Que, dans l'intérêt de la sécurité juridique et par souci d'équité, cette règle tend à ce qu'à défaut de clause résolutoire expresse, la résolution soit soumise au contrôle du juge ;

Que cette règle ne fait pas obstacle à ce qu'une partie à un contrat synallagmatique décide, de sa propre autorité et à ses propres risques, de ne plus exécuter ses obligations et de notifier à son cocontractant qu'elle considère le contrat résolu ;

Que l'appréciation de la régularité de cette décision unilatérale est soumise au contrôle du juge par l'introduction ultérieure d'une demande ten-

(3) La clause est rédigée comme suit : « *Ieder lid kan uit de vereniging treden mits een aangetekend schrijven gericht aan het Directiecomité van de Vereniging voor het einde van het eerste semester van elk jaar. De uittrede heeft effectief plaats op 31 december van dat jaar. Het betrokken lid dient zijn statutair bepaalde jaarlijkse bijdrage te storten en kan de terug-gave van de door hem betaalde bijdragen nooit vorderen* ».

(4) La résolution unilatérale présente une particularité qui mériterait d'être étudiée, puisqu'elle met fin non pas au contrat d'association dans sa totalité, mais à l'engagement d'un seul des associés. Sur la nécessité de distinguer l'engagement de l'associé (c'est-à-dire la souscription) et le groupement comme tel, voy., à propos des S.A., S.P.R.L. et S.C.R.L., S. GILCART, « Les règles de constitution des S.A., S.P.R.L. et S.C.R.L. », livre 14.2 du *Guide juridique de l'entreprise*, ouvrage collectif sous la dir. de M. COIPEL et P. WÉRY, Bruxelles, Editions Kluwer, 2000, p. 29 et suiv.

(5) Au moment où nous écrivons ces lignes, les arrêts n'ont pas encore fait l'objet d'une publication à la *Pasicrisie*. Pour les besoins de cette note, nous nous sommes fondé sur la traduction française que l'on peut découvrir sur le site de la Cour de cassation.

dant à la résolution judiciaire; que, lors de l'appréciation des conséquences de la résolution et des droits que les parties peuvent invoquer, le juge appelé à statuer sur la résolution judiciaire peut décider, comme c'est le cas en l'espèce, qu'en égard au manquement de son adversaire, la partie cocontractante n'a pas commis de faute en considérant unilatéralement le contrat comme résolu;

Attendu que la violation de l'article 1134 du Code civil invoquée est déduite de la violation, vainement invoquée, de l'article 1184 du Code civil ».

L'arrêt *Cartoflex contre D.* était relatif à un contrat d'entreprise qui portait sur la fourniture et le placement d'une véranda. Le maître de l'ouvrage avait refusé l'installation de celle-ci pour divers motifs : les mesures ne correspondaient pas aux mesures mentionnées dans le devis, le bois était fendu et le panneau latéral fixe était trop mince. Les conclusions de l'expert judiciaire qui fut désigné par jugement interlocutoire du tribunal de première instance de Bruxelles sont accablantes : la véranda, totalement défectueuse, doit être démontée et des réparations s'imposent pour remettre les lieux en état. L'expert évalue aussi le coût de ces différents travaux à 65.000 francs. Après cette expertise, le maître de l'ouvrage somma l'entrepreneur de faire savoir s'il avait l'intention de procéder au démontage, à la mise en ordre du chantier et aux réparations et, le 25 mai 1995, il mit l'entrepreneur en demeure de payer les frais de ces travaux, tels qu'ils avaient été évalués par l'expert. Devant le refus de l'entrepreneur, le maître de l'ouvrage fit procéder à la démolition par un autre entrepreneur (qui a facturé le démontage, la mise en ordre et les réparations, pour un montant de 56.826 francs belges).

Assigné par le client en paiement de ces frais, l'entrepreneur introduit une demande reconventionnelle en dommages et intérêts, afin d'être indemnisé du préjudice lié à l'impossibilité dans laquelle il se trouve de récupérer les matériaux livrés.

Dans son arrêt du 18 décembre 2000, la cour d'appel de Bruxelles donne gain de cause au client. Pour la cour, la défenderesse était, au mois de septembre 1995 — soit antérieurement à la décision définitive du premier juge qui a été rendue le 27 juillet 1997 —, en droit de procéder au démontage de la véranda, à la mise en ordre du chantier et aux réparations à l'intervention d'un troisième entrepreneur. Le raisonnement de la cour est le suivant : « *(la demanderesse)* constate que *(la défenderesse)* a rendu impossible toute exécution en nature par *(la demanderesse)* *(en ce qui concerne le démontage, la mise en ordre du chantier et les réparations)*; (...) que ces allégations ne sont pas conformes aux faits tels qu'ils se sont réellement produits; que l'expert a conseillé de procéder au démontage, à la mise en ordre du chantier et aux réparations et d'enjoindre à *(la demanderesse)* de le faire; qu'il a considéré que si *(la demanderesse)* s'y refusait, les frais de démontage, de mise en ordre et de réparations s'élevaient à la somme totale de 65.000 francs belges; (...) que *(la défenderesse)* a mis *(la demanderesse)* en demeure de procéder aux travaux selon les instructions de l'expert judiciaire, que *(la demanderesse)* ne s'est pas exécutée et n'a même pas réagi à

cette sommation pourtant claire et explicite; que (*la défenderesse*) a clairement et explicitement fait savoir à (*la demanderesse*) que, (*cette dernière*) étant restée en défaut, un tiers procéderait aux opérations de démontage, de mise en ordre et de réparations; que (*la demanderesse*) n'a pas davantage réagi à ce moment ». La cour rejette ensuite la demande reconventionnelle tendant à obtenir des dommages-intérêts à la suite de la privation de la possibilité de récupérer les matériaux fournis au motif que cette impossibilité résultait du propre fait de la demanderesse qui, bien que sommée de procéder au démontage, ne s'est pas exécutée et au motif qu'eu égard au rapport d'expertise qui qualifie la véranda de totalement défectueuse, à la durée de l'incident et à la propre faute de l'entrepreneur, aucun dommage imputable à la défenderesse n'est établi (6).

Le pourvoi est pris de la violation des articles 1183, 1184, 1146 et 1143 du Code civil. Dans la première branche de l'unique moyen, qui est la seule à nous intéresser pour cette note, le demandeur estime que « La cour d'appel n'a pu décider légalement que, dans ces circonstances, la défenderesse était en droit de procéder au démontage de la véranda, à la mise en ordre du chantier et aux réparations à l'intervention d'un troisième entrepreneur ». Et ce, pour un triple motif. *Primo*, aux termes des articles 1183 et 1184 du Code civil, seul le juge est autorisé à prononcer la résolution de la convention. Cette résolution ne produit ses effets qu'après la décision du tribunal. Ce n'est que consécutivement au jugement de résolution que ce qui a été payé doit être restitué, que l'ancienne situation doit être rétablie et que, le cas échéant, des dommages-intérêts doivent être payés. Le retour au *pristin* état ne peut donc être entrepris qu'après le prononcé de la résolution. *Secundo*, l'article 1143 du Code civil — suivant lequel le créancier a le droit de demander que ce qui a été fait par contravention à l'engagement soit détruit et peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu — requiert, lui aussi, l'intervention préalable du juge. *Tertio*, l'article 1146 dont on peut déduire que la mise en demeure implique que le débiteur est tenu de respecter une obligation. Plus spécialement, la mise en demeure de remplir des obligations dont l'existence n'est pas encore certaine ne peut produire d'effets et, en tous cas, ne peut produire les effets que la cour d'appel y attache.

La Cour de cassation rejette le pourvoi au terme d'un raisonnement très proche de celui qu'elle a tenu dans l'arrêt précédent. La haute juridiction est toutefois amenée à compléter son analyse en abordant la question du retour au *pristin* état consécutif à la résolution. Le maître de l'ouvrage pouvait-il, alors qu'aucun tribunal n'avait encore prononcé la résolution, remettre les choses dans leur état initial?

Pour la Cour, la règle de l'article 1184, alinéa 3, « *ne fait pas obstacle à ce qu'une partie à un contrat synallagmatique décide, de sa propre autorité et à ses propres risques, de ne plus exécuter ses obligations et de notifier à son cocontractant qu'elle considère le contrat résolu et désire le rétablissement de la situation originnaire* ». Dès lors, « le juge d'appel déclare le contrat d'entreprise

(6) Ce résumé de la décision *a quo* est tiré de l'arrêt de la Cour de cassation.

résolu aux torts de la demanderesse et, déterminant les droits et obligations résultant de la résolution pour les parties, décide que la défenderesse n'a pas agi illicitement en demandant la remise en état des lieux mais qu'au contraire, eu égard aux circonstances, elle était en droit de demander cette mesure extrajudiciaire de la part de son cocontractant ».

2. — Plan de l'étude. Tels qu'ils sont rédigés, ces arrêts se présentent comme des décisions de principe. Si la Cour paraît, à première lecture, conférer ses lettres de noblesse à la résolution unilatérale des contrats, il appert toutefois d'un examen plus approfondi de ses arrêts que leur motivation est empreinte d'équivoque. Il se pourrait que la Cour ait, en réalité, voulu préserver le caractère judiciaire de la résolution (*deuxième partie*). Avant de nous livrer à l'exégèse de ces arrêts, il importera de planter le décor dans lequel ils s'inscrivent : un contexte, tant national qu'international, où la résolution judiciaire est en net déclin (*première partie*).

Les arrêts du 2 mai 2002 pourraient, par ailleurs, avoir des incidences sur le régime de deux autres sanctions : le remplacement judiciaire, qui ne se confond pas avec la résolution, et l'annulation du contrat par la partie qui est titulaire du droit de critique. Nous nous attarderons sur les retombées indirectes des arrêts du 2 mai 2002 dans la *troisième partie* de cette note.

3. — Résolution unilatérale et résiliation unilatérale. Avant d'entrer dans le vif du sujet, il importe de bien circonscrire la portée de notre propos. Dans cette note, seule nous intéresse la question de savoir dans quelle mesure le créancier, qui est victime d'une inexécution imputable à la faute de son cocontractant, peut se départir de la convention sans autorisation préalable d'un tribunal. C'est donc la question de la *résolution* unilatérale (7) qui est posée. A raison de l'interdépendance des obligations réciproques qui fonde la résolution, cette problématique ne peut se concevoir que dans les contrats synallagmatiques.

Tout autre est la question de la *résiliation* unilatérale. Il s'agit alors de savoir si une partie — peu importe qu'elle soit créancière ou débitrice — peut dénoncer une convention — peu importe qu'elle soit unilatérale ou synallagmatique —, alors même qu'elle ne peut reprocher le moindre manquement à son cocontractant. L'article 1134, alinéa 2, du Code civil répond à la question : « (*Les conventions légalement formées*) ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ».

Ces causes sont assez nombreuses. On peut citer le droit de rupture qui est ouvert à toute partie se trouvant engagée dans un contrat à durée indéterminée : l'interdiction des engagements perpétuels, qui est un corollaire de la liberté individuelle, justifie que chaque partie puisse, à tout moment, résilier la convention, en se conformant évidemment aux exigences de la

(7) Il est préférable de bannir le mot « rupture » ou « verbreking » du discours juridique (Anvers, 18 février 2002, *L.R.*, 2002, p. 287).

bonne foi (8). La résiliation unilatérale est aussi admise dans certains contrats à durée déterminée. Ainsi le mandant peut-il révoquer le mandataire *ad nutum* (art. 2004, C. civ.), et le déposant peut-il mettre fin au dépôt avant le terme convenu (art. 1944, C. civ.). Parfois, ce droit de résiliation doit aller de pair avec le paiement d'une indemnité au cocontractant évincé. C'est ce que prévoient, par exemple, l'article 1794 (pour le contrat d'entreprise à durée déterminée) et l'article 2007 (droit de renonciation en faveur du mandataire) du Code civil (9).

Ces différentes causes de dissolution des contrats sortent du cadre de cette note, puisque la partie qui résilie n'est pas mue par la volonté de sanctionner un manquement de son cocontractant. Comme on l'a fait justement observer, rien n'empêche toutefois le créancier (maître de l'ouvrage, mandant,...) qui serait en butte à des fautes graves de son cocontractant, de résilier la convention, sur le pied de l'une des dispositions précitées, sans faire état de ces manquements contractuels. C'est un moyen commode qui s'offre au créancier de se débarrasser de la convention. Encore le créancier devra-t-il assumer les conséquences de son choix. Ainsi le maître de l'ouvrage qui recourrait à cette cause de dissolution particulière que constitue l'article 1794 du Code civil (10) doit-il indemniser l'entrepreneur de son manque à gagner et de la perte subie.

Afin d'éviter un second malentendu, il importe de formuler une autre remarque de terminologie. Une partie de la doctrine emploie le terme « résiliation » dans une double acception : d'une part, la cause de dissolution précitée, qui ne sanctionne pas un manquement du cocontractant; d'autre part, la résolution d'un contrat à exécution successive, tel qu'un bail, qui opère *ex nunc*, c'est-à-dire sans effet rétroactif (11). A l'heure actuelle, la majorité des auteurs récuse cette seconde acception, en considérant que la cause de dissolution judiciaire qu'édicte l'article 1184 reste une résolution, en tout état de cause, qu'elle opère ou non avec un effet rétroactif (12). Nous nous rallions à cette dernière analyse.

(8) Sur la question, voy. C. DELFORGE, « L'unilatéralisme et la fin du contrat », in *La fin du contrat*, sous la coordination de P. WÉRY, Formation permanente de la C.U.P., vol. 51, 2001, p. 107 et suiv.

(9) Sur la résiliation unilatérale des contrats de services, voy. les réflexions de P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation. De la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité au principe de l'exécution de bonne foi*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 160 et suiv. Voy. aussi C. DELFORGE, *op. cit.*, in *La fin du contrat*, 2001, p. 128 et suiv.

(10) A ce propos, voy. X. DIEUX, « Observations sur l'article 1794 du Code civil et sur son champ d'application », note sous Cass., 4 septembre 1980, cette Revue, 1981, p. 528 et suiv.

(11) Voy. par ex. I. MOREAU-MARGRÈVE, note sous Comm. Liège, 2 janvier 1967, *J.T.*, 1968, p. 242.

(12) Voy. not. H. DE PAGE, *Traité*, t. 2, 1964, p. 836-837; M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Kluwer, 1999, p. 115; C. DELFORGE, *op. cit.*, in *La fin du contrat*, 2001, p. 105; P. WÉRY, « Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats », in *La fin du contrat*, *op. cit.*, 2001, p. 34.

PREMIÈRE PARTIE. — UN CONTEXTE FAVORABLE
À LA RÉOLUTION NON JUDICIAIRE DES CONTRATS

4. — **Vue d'ensemble.** Si elle fut longtemps à l'honneur, la résolution judiciaire n'est, de nos jours, plus mise au pavois.

Depuis quelques décennies, tant la doctrine que la jurisprudence du fond belges ont creusé des brèches importantes dans le principe de la résolution judiciaire; le législateur moderne n'est pas en reste (A). De nombreux droits étrangers vont plus loin, en élevant au rang de principe la résolution unilatérale par seule décision du créancier (B). C'est dans cette voie aussi que les instruments internationaux récents se sont engagés (C). L'analyse économique du droit et la sociologie du droit fournissent, elles aussi, des arguments en faveur de cette solution (D).

A. *La place de la résolution extrajudiciaire en droit positif belge*

5. — **Le caractère judiciaire de la résolution.** Dans chacun de ses arrêts du 2 mai 2002, la Cour de cassation affirme, d'emblée, que la résolution revêt, en règle, un caractère judiciaire. Eu égard aux termes de l'article 1184 (13), il eût été difficile de soutenir le contraire.

Ce texte « fait de bric et de broc » (14) contient trois alinéas. Le premier présente la résolution du contrat comme étant la conséquence d'une condition résolutoire tacite, chaque engagement étant, dans un contrat synallagmatique, pris sous la condition résolutoire de l'inexécution par l'autre partie de ses propres obligations. Cet héritage de l'ancien droit doit toutefois composer avec les alinéas suivants, qui empêchent la survenance de la prétendue condition d'opérer de plein droit. *Primo*, c'est au créancier, victime

(13) On ne trouve dans les trois premiers projets de Code civil, dits projets Cambacérès, aucune disposition qui traite de la résolution des contrats (P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1827, p. 65 et suiv. [pour ce qui est du premier projet, § 2 De l'effet des obligations], p. 123 et suiv. [pour ce qui est du deuxième projet, titre 1^{er}. Des obligations en général], p. 278 et suiv. [pour ce qui est du 3^e projet, § 1^{er} Des conventions]). Le texte de ce qui allait devenir l'article 1184 apparaît, en revanche, d'emblée dans le projet de l'an VIII (P.-A. FENET, *op. cit.*, t. 2, 1827, p. 170). Le dernier alinéa du texte était libellé comme suit : « La résolution doit être demandée en justice, prononcée par le juge, qui peut accorder au défendeur un délai selon les circonstances ».

L'avant-projet de révision du Code civil rédigé par F. LAURENT sur la demande du ministre de la Justice de l'époque ne remettait pas en cause le caractère judiciaire de la résolution (*Avant-projet de révision du Code civil*, t. 4, Bruxelles, Bruylant-Christophe & compagnie, 1884, p. 169).

Signalons, pour mémoire, que le projet hollandais de Code civil de 1830 — qui serait entré en vigueur le premier février 1831, s'il n'y avait eu l'insurrection des provinces belges du Royaume des Pays-Bas Unis — conférerait, lui aussi, à la résolution un caractère judiciaire (A. WIJFFELS, « Les contrats dans le Code civil de 1830. Contribution à l'histoire de la réception du Code civil des Français en Belgique sous le régime du Royaume des Pays-Bas Unis », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, ouvrage collectif sous la dir. de P. WÉRY, Bruxelles, La Charte, 2004, p. 47).

(14) L. AYNÈS, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », *Droit et patrimoine*, mai 2004, p. 66.

de l'inexécution, qu'il revient de choisir entre l'exécution de l'obligation en souffrance et la résolution du contrat : cette dernière sanction ne s'impose pas à lui (alinéa 2). *Secundo*, c'est au juge qu'il appartient de prononcer la résolution : la résolution n'opère pas *de plano* (alinéa 3).

La Cour justifie la nécessité de ce rôle préalable du juge par la sauvegarde de la sécurité juridique et le souci de l'équité. Ces justifications extrêmement vagues ne sont guère éclairantes (15).

A vrai dire, le caractère judiciaire de la résolution trouve son origine dans l'interdiction de la justice privée, que la Cour de cassation a, d'ailleurs, élevée au rang de principe général du droit (16). La résolution du contrat étant la sanction d'un manquement contractuel, c'est au juge qu'il revient de la prononcer (17). Il ne nous appartient pas de retracer ici les origines historiques de cette sanction, qui est au confluent du droit romain, du droit canon et de l'ancien droit français. D'autres l'ont fait avant nous (18). Bornons-nous à relever les enseignements de Domat et de Pothier, dont l'influence sur les codificateurs est bien connue. Ainsi peut-on lire sous la plume du premier jurisconsulte français, à l'article XIV de la section « De la résolution des conventions qui n'étaient pas nulles » : « Lorsque la résolution d'une convention n'est pas accordée volontairement ; celui qui se plaint ne peut troubler l'autre ; mais il doit se pourvoir en Justice, pour faire résoudre la convention ; & pour faire exécuter ce qui aura été ordonné » (19). C'est la même doctrine que professait le second auteur. Dans le chapitre intitulé « De la résolution du contrat de vente », il imposait l'intervention judiciaire préalable, en toute hypothèse, même lorsqu'un pacte commissaire exprès avait été rédigé (20). Le chapitre intitulé « De plusieurs autres manières, dont s'éteignent les obligations » contient un

(15) A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 505 ; S. STIJNS, *op. cit.*, in *Verbin-tenissenrecht 2003-2004*, *op. cit.*, p. 13-14.

(16) Cass., 24 mai 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 1014. Sur le principe de la prohibition de la justice privée et les dérogations admises en droit belge, voy. et comp. E. DIRIX, « Eigen-richting in het privaatrecht », in *Liber Amicorum Jan Ronse*, E. Story-scientia, 1986, p. 597 et suiv. ; P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, préface I. MOREAU-MAR-GRÈVE, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 312-314.

(17) S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van de overeenkoms-ten*, (ci-dessous : *Thèse*), préface W. VAN GERVEN, Anvers/Apeldoorn, Maklu, 1994, p. 169 et suiv. ; A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 505.

(18) Voy. not. E. LEPELTIER, *La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations*, Paris, Dalloz, 1934, p. 10 et suiv. ; S. STIJNS, *Thèse*, 1994, p. 124 et suiv.

(19) DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel ; le droit public, et legum delectus*, t. 1, nouvelle édition, Paris, Théodore de Hansy, 1745, p. 33. La note qui suit cet article renvoie à l'article XVI qui traite des « conventions qui sont nulles dans leur origine » (p. 31). Ses termes sont intéressants : « Quoiqu'une convention se trouve nulle, celui qui s'en plaint ne peut se remettre lui-même dans ses droits, si l'autre n'y consent. Mais il faut qu'il recoure à l'autorité de la Justice, soit pour faire juger de la nullité, & le rétablir en son droit, ou pour mettre à exécution ce qui sera ordonné, en cas qu'il s'y trouve quel-que résistance. Car quand il faut user de la force, la justice n'en souffre aucune, si elle-même ne la met en usage » (nous avons conservé la syntaxe et l'orthographe d'origine).

(20) DUPIN, aîné, *œuvres de R.-J. Pothier contenant les traités du droit français*, nou-velle édition, t. 1, Bruxelles, JP. Jonker, Ode et Wodon, H. Tarlier, Amsterdam, Diede-richs, 1829, p. 394-395.

article consacré aux conditions résolutoires, qui est encore plus digne d'intérêt, car il a, à l'évidence, inspiré les codificateurs de 1804. L'on peut y lire : « Dans les contrats synallagmatiques, qui contiennent des engagements réciproques entre chacun des contractans, on met souvent pour condition résolutoire de l'obligation que contracte l'un des contractans, l'inexécution de quelqu'un des engagements de l'autre (...). Selon la simplicité des principes, le seul laps du temps limité par le contrat dans lequel vous deviez satisfaire à la condition, lorsqu'il s'est écoulé sans que vous y ayez satisfait, devrait éteindre et résoudre mon engagement dans tous ces cas, et autres semblables. Néanmoins dans notre pratique française, il est d'usage de faire une sommation au créancier par un sergent, à ce qu'il ait à satisfaire à la condition, avec assignation devant le juge pour voir prononcer la nullité de l'engagement, faute par lui d'avoir satisfait. Quand même on n'aurait pas exprimé dans la convention l'inexécution de votre engagement comme condition résolutoire de celui que j'ai contracté envers vous, néanmoins cette inexécution peut souvent opérer le résiliement du marché, et conséquemment l'extinction de mon obligation. Mais il faut que je fasse prononcer le résiliement par le juge, sur l'assignation que je dois vous donner à cet effet (...). Il est, en ce cas, à la discrétion du juge de vous impartir tel délai qu'il jugera à propos pour satisfaire à votre obligation, après lequel je pourrai obtenir sentence qui prononcera le résiliement du marché, et me déchargera de mon engagement » (21).

D'autres considérations ont guidé les codificateurs.

Ainsi ont-ils été incontestablement mus par un souci d'équité : s'il revient au juge de prononcer la résolution, c'est pour lui permettre, le cas échéant, d'accorder un délai au débiteur. Ce délai, déclarait Favard au Tribunalat, est « fondé sur l'humanité » : « on donne aux juges un droit précieux, puisqu'il tend à venir au secours de celui que des circonstances malheureuses ont empêché de remplir à jour fixe les engagements qu'il a contractés » (22). Bigot-Préameneu abonde en ce sens : l'intervention du juge tient à la nécessité de « constater l'inexécution, en vérifier les causes, les distinguer de celles d'un simple retard ; et dans l'examen des causes, il peut en être de si favorables que le juge se trouve forcé par l'équité à accorder un délai » (23). La jurisprudence et la doctrine traditionnelles justifient aussi cet office préalable du juge par la nécessité d'apprécier la gravité du manquement contractuel ; comme nous le verrons, cette justification est toutefois de plus en plus remise en cause à l'heure actuelle (voy. *infra* n° 28).

Enfin, dans ses importants travaux, Chr. Jamin a montré que, derrière cette préoccupation d'équité, se dissimulait aussi la méfiance que le législateur de 1804 manifestait à l'égard des individus. « Nous savons, écrit-il, (...) que les codificateurs avaient une vision pessimiste de la nature

(21) « Traité des obligations », p. 210, n° 672 (nous avons conservé la syntaxe et l'orthographe d'origine).

(22) FAVARD, « Rapport fait au Tribunalat », in LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. 6, Bruxelles, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, 1836, p. 197, n° 61.

(23) LOCRÉ, *op. cit.*, t. 6, 1836, p. 159.

humaine, au point de penser que les individus n'avaient pas la force de caractère suffisante pour respecter leurs engagements, ce qui aurait été susceptible de remettre en cause l'ordre social » (24). Il fallait donc, pour donner tout son sens au principe de la force obligatoire des conventions, répudier un système de résolution unilatérale qui aurait permis au créancier de se départir à la légère du contrat, sous le prétexte de la moindre inexécution.

6. — Les inconvénients de la résolution judiciaire. Le système adopté par le Code Napoléon souffre de deux handicaps majeurs. La nécessité d'une décision de justice empêche tout d'abord le créancier d'intervenir à chaud : il devra patienter des mois et souvent davantage avant de pouvoir être délié de ce contrat qui ne lui donne pas la satisfaction escomptée (25). Tenu de prendre son mal en patience, le créancier n'est, en outre, pas assuré d'obtenir gain de cause. C'est qu'à la faveur d'une interprétation prétorienne de l'article 1184, les juges se sont arrogé de considérables pouvoirs. Ainsi, alors que les auteurs du Code n'entendaient, semble-t-il, leur conférer que le pouvoir d'accorder au débiteur un délai pour s'exécuter (art. 1184, alinéa 3, C. civ.), les cours et tribunaux se sont attribué un double pouvoir d'appréciation. D'une part, ils réservent la résolution aux manquements qui sont suffisamment graves pour mériter une sanction aussi radicale; d'autre part, ils se prononcent sur l'opportunité même de la résolution, en choisissant parmi un large éventail la sanction la plus appropriée (26).

Malgré l'urgence qui caractérise certaines affaires, le juge des référés ne pourrait prononcer la résolution d'un contrat. Il ne peut, en effet, prendre

(24) Chr. JAMIN, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, ouvrage collectif sous la dir. de Chr. JAMIN et D. MAZEAUD, Paris, Economica, 1999, p. 72 et suiv. Voy. aussi Chr. JAMIN, « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, sous la dir. de M. FONTAINE et G. VINEY, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 482.

(25) Voy. parmi beaucoup d'autres Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge. Eléments d'appréciation*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 254 et suiv. Ce grief était déjà formulé par F. Bourjon dans l'ancien droit français. Concernant les actions dont le maître de l'ouvrage est titulaire envers l'ouvrier qui est en retard de faire les travaux, l'auteur écrivait que ces actions « par un abus auquel il serait bon de remédier, (sont) peu efficaces pour le propriétaire qui fait bâtir, en ce que, soit qu'il ait demandé la résolution du marché, soit qu'il ait demandé de le faire parachever aux frais de l'ouvrier, en lui payant le prix porté par le devis, il ne peut faire travailler qu'après avoir fait constater juridiquement ce que l'ouvrier avec lequel il avait contracté, avait fait; sur quoi ce dernier fait essuyer à l'autre des longueurs qui retardent tellement l'exécution de son projet qu'il est souvent plus prudent de sa part de se livrer à sa foi, quoique fort suspect, que de recourir à un remède qui lui est si peu salutaire » (*Le droit commun de la France et de la coutume de Paris réduits en principes*, t. II, 1770, p. 464).

(26) Sur cette évolution, voy. not. S. STIJNS, « La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre. Rapport belge », in *Les sanctions...*, *op. cit.*, 2001, p. 567 et suiv.; P. WÉRY, « Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles », in *Le droit des obligations contractuelles...*, *op. cit.*, 2004, p. 323 et suiv.

des ordonnances qui seraient constitutives de droit et auraient un caractère définitif (27).

Dans une première approche de la question, qui demandera à être nuancée (voy. *infra*, n° 15), il apparaît ainsi que le système adopté par le législateur sacrifie sur l'autel de la sécurité statique le souci de l'efficacité économique. Encore faut-il s'empresse de préciser que le droit positif belge n'est pas d'une absolue rigidité. Il comporte des exceptions, qui autorisent le créancier à rompre la convention de sa propre initiative. Ces dérogations ont d'ailleurs tendance à se multiplier. Selon les cas, elles sont le fait des parties contractantes (n° 7), du législateur (n° 8) ou de la jurisprudence (n° 9).

7. — Première dérogation : le pacte commissaire exprès. L'article 1184 étant simplement supplétif de volonté, il est loisible aux parties de convenir d'un pacte commissaire exprès autorisant l'une des parties, voire les deux, à résoudre la convention, sans passer préalablement en justice, en cas de manquement du cocontractant (28). La Cour de cassation rappelle, du reste, expressément, dans les deux arrêts annotés, la licéité des pactes commissaires exprès.

Ces clauses n'étant pas au cœur des arrêts, nous pourrions nous en tenir à des développements extrêmement brefs à leur propos.

Les parties doivent exclure de manière certaine le contrôle préalable du juge. Aussi auront-elles soin de préciser, dans cette clause, que le créancier pourra résoudre la convention, de plein droit, sans intervention judiciaire préalable, si son cocontractant manque à ses engagements (29). A défaut d'une telle indication ou d'une formule analogue, les tribunaux ne discerneront dans la clause qu'une simple référence à l'article 1184 du Code civil, qui confère à la résolution un caractère judiciaire. En soi, la clause résolutoire expresse ne dispense pas le créancier de mettre son cocontractant en demeure. Il est toutefois loisible aux parties d'accroître l'efficacité du pacte

(27) S. STIJNS, *Thèse*, 1994, p. 639 et suiv.

(28) Parmi une littérature abondante, voy. M. FONTAINE, « La mise en œuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive », note sous Cass., 16 janvier 1986 et Mons, 21 juin 1983, cette Revue, 1991, p. 40 et suiv.; M. COIPEL, *Éléments...*, 1999, p. 170 et suiv.; S. STIJNS, *Thèse*, 1994, p. 451 et suiv.; S. STIJNS, *op. cit.*, in *Les sanctions...*, *op. cit.*, 2001, p. 578 et suiv.; V. PIRSON, « Les clauses relatives à la résolution des contrats », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, ouvrage collectif sous la dir. de P. WÉRY, Bruxelles, La Charte, 2001, p. 109 et suiv.

Fidèles à la tradition de l'ancien droit français, certains ne prêtaient, au début du dix-neuvième siècle, qu'une portée purement comminatoire au pacte commissaire exprès : c'est au juge et à lui seul qu'il revenait de prononcer la résolution de la convention. Un important arrêt de la Cour de cassation française du 2 juillet 1860 a toutefois donné à cette clause une portée utile, en autorisant le créancier à résoudre de son propre chef le contrat en cas d'inexécution (sur ce point, voy. Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préface H. MUIR WATT, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 228-230).

(29) S. STIJNS, *Thèse*, 1994, p. 473 et suiv.; V. PIRSON, *op. cit.*, in *Les clauses...*, *op. cit.*, 2001, p. 110 et suiv.

commissaire exprès en l'assortissant d'une dispense conventionnelle de mise en demeure (30).

La résolution extrajudiciaire étant un acte unilatéral réceptice (31), le créancier doit notifier au débiteur défaillant sa décision de résoudre la convention.

Signalons enfin que l'éviction du juge n'est pas complète. Sans doute, la stipulation d'une clause résolutoire exprès le dépouille-t-elle du pouvoir de prononcer la résolution. Le tribunal conserve cependant le pouvoir de contrôler, *a posteriori* et à la demande du débiteur, la manière dont la clause a été exercée. Il peut ainsi sanctionner une mise en œuvre du pacte commissaire exprès qui serait intervenue de manière irrégulière ou dans des conditions contraires à la bonne foi (32).

8. — Les dérogations légales au principe de la résolution judiciaire. S'il n'a toujours pas fait table rase du principe de la résolution judiciaire, le législateur n'a toutefois pas hésité à multiplier, au fil du temps, les dérogations à la règle. Le créancier se voit ainsi habilité à résoudre, de son propre chef, certains contrats spéciaux, même en l'absence d'un pacte commissaire exprès.

Les codificateurs n'ont toléré cette sanction que dans l'article 1657, aux termes duquel « En matière de ventes de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement » (33). Le texte répond à des impératifs d'urgence. « Le but est d'éviter que le retard ne cause un préjudice irréparable lié à la dépréciation de la marchandise, de limiter l'obligation du vendeur de conserver la chose et de lui permettre de libérer ses locaux » (34). Il permet aussi au vendeur de tenir en échec les manœuvres spéculatives de l'acheteur qui serait tenté de retirer ou non les marchandises en fonction de leur cours (35).

Au vingtième siècle, les cas de résolution extrajudiciaire autorisés par le législateur sont allés *crescendo*. C'est le contrat de travail qui a, tout d'abord, retenu son attention. La loi du 10 mars 1900 et les lois coordonnées relatives au contrat d'emploi ont ainsi organisé le licenciement et la démission pour motifs graves, sans intervention préalable du tribunal. La loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail a confirmé ces sanctions. Le terrain avait déjà été préparé par la jurisprudence, dès le dix-neuvième

(30) S. STIJNS, *Thèse*, 1994, p. 476; V. PIRSON, *op. cit.*, in *Les clauses...*, *op. cit.*, 2001, p. 120 et suiv.

(31) S. STIJNS, *Thèse*, 1994, p. 481 et suiv.; V. PIRSON, *op. cit.*, in *Les clauses...*, *op. cit.*, 2001, p. 121 et suiv.

(32) Sur ces points, voy. S. STIJNS, *Thèse*, 1994, p. 501 et suiv.; V. PIRSON, *op. cit.*, in *Les clauses...*, *op. cit.*, 2001, p. 126 et suiv.; S. STIJNS, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2003, p. 261-262.

(33) Pour une analyse de ce texte, voy. S. STIJNS, *Thèse*, 1994, p. 531 et suiv.; Z. LAOUANI, *Le juge et la résolution du contrat*, Lille, Diffusion ANRT, Thèse à la carte, 2004, p. 258 et suiv.

(34) Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, 2004, p. 266.

(35) *Ibid.*

siècle (36). Fondamentalement, ce sont, explique M. Jamoulle, les lenteurs inhérentes à toute procédure en justice qui sont à l'origine de cette dérogation : « le jeu combiné de l'article 1184 du Code civil et de l'*exceptio non adimpleti contractus* s'adapte mal à la vie des entreprises et à la nécessité dans laquelle se trouvent placés les salariés de gagner une rémunération puisqu'il suppose que l'employeur attende la décision du juge pour engager un autre travailleur et que le salarié adopte une même attitude avant de conclure un nouveau louage de services » (37).

C'est ensuite dans le secteur de la distribution commerciale que la résolution par voie unilatérale a été admise. Tout d'abord, par la loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (art. 2) (38). Puis, par la loi du 13 avril 1995 sur l'agence commerciale dont l'article 19 reconnaît à chacune des parties « sous réserve de tous dommages-intérêts » le pouvoir de « résilier le contrat sans préavis ou avant l'expiration du terme, lorsque des circonstances exceptionnelles rendent définitivement impossible toute collaboration professionnelle entre le commettant et l'agent ou en raison d'un manquement grave de l'autre partie à ses obligations » (39).

La récente réglementation des contrats à distance par la loi du 14 juillet 1991 contient, en son article 81, § 1^{er}, alinéa 2, une autre exception notable : « Sauf le cas de force majeure, en cas de défaut d'exécution du contrat par le vendeur, le contrat est résolu de plein droit, sans préjudice de l'obtention éventuelle de dommages et intérêts » (39bis).

9. — La résolution unilatérale dans certaines circonstances exceptionnelles. Doit-on confiner la figure de la résolution unilatérale à ces dispositions légales exceptionnelles ? Ou peut-on reconnaître au créancier le pouvoir de s'affranchir du carcan de l'article 1184, alinéa 3, dans d'autres hypothèses ? Se ralliant à la thèse de P. Van Ommeslaghe (40), la doctrine belge contemporaine n'hésite pas à franchir ce pas supplémentaire (41). Encore faut-il que certaines conditions, sur lesquelles nous reviendrons (voy. *infra*, n° 20), soient réunies.

(36) M. PAPIER-JAMOULLE, « Droit et pouvoir de résiliation unilatérale dans le louage de services », note sous Cass., 16 octobre 1969, cette Revue, 1970, p. 536.

(37) M. PAPIER-JAMOULLE, *op. cit.*, cette Revue, 1970, p. 539.

(38) A ce propos, voy. not. S. STIJNS, *Thèse*, 1994, p. 537 et suiv.

(39) Voy. not. P. DEMOLIN et J.-P. TRIAILLE, « L'agence commerciale », livre 75 du *Guide juridique de l'entreprise*, *op. cit.*, 1996, p. 57 et suiv.

(39bis) Sur ce texte, voy. J. STUYCK, *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, XIII *Handels- en economisch recht*, Deel 2 *Mededingingsrecht*, *Handelspraktijken*, Bruxelles, E. Story Scientia, 2003, 2^e éd., p. 439, note 297.

(40) P. VAN OMMEFLAGHE, « Examen », cette Revue, 1975, p. 606 et suiv.

(41) Parmi une abondante doctrine, voy. M. BOURMANNE, note sous Liège, 6 décembre 1985, *R.R.D.*, 1987, p. 14 et suiv. ; M. FONTAINE, « La mise en œuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive », note sous Mons, 21 juin 1983, cette Revue, 1991, p. 29 et suiv. ; P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, préface I. MOREAU-MARGRÈVE, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 294 et suiv. ; S. STIJNS, *Thèse*, 1994, p. 574 et suiv. ; A. VAN OEVELEN, « Actuele jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen inzake de sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen »,

La jurisprudence du fond s'est résolument rangée sous la bannière de ce courant doctrinal (42). Il est remarquable que chacune des cours d'appel du Royaume se soit exprimée en faveur de la résolution unilatérale (43).

Ainsi la cour d'appel de Mons déclare-t-elle, dans un arrêt du 21 juin 1983, que la victime d'une inexécution « fait preuve d'une judicieuse prudence » en exerçant l'action en résolution « avant de rompre le contrat », tout en ajoutant que « rien ne peut empêcher une partie, consciemment décidée à s'exposer au risque de devoir payer des dommages et intérêts si elle est désapprouvée ultérieurement par le tribunal, de mettre un terme immédiat à une convention, en raison de la gravité des griefs qu'elle a à faire, qui peuvent l'amener à considérer qu'il est absolument impossible de poursuivre d'une façon quelconque les relations contractuelle » (44). Se fondant sur les écrits de M. Planiol et de G. Ripert ainsi que de R. Demogue, la cour ajoute que « le principe 'nul ne doit se faire justice à soi-même' n'a pas une valeur absolue, qu'il vise surtout à écarter pour se faire justice, l'emploi de violences et de voies de fait » et que « compte tenu de l'urgence et de la gravité de la situation, une partie peut estimer que la rupture immédiate est la seule initiative censée (*sic*) qu'elle puisse prendre » (45). Pour sa part, la cour d'appel de Liège estime, dans un arrêt du 6 décembre 1985, qu'« Il échet de reconnaître le droit au créancier de 'faire l'économie du recours préalable au juge' que ce soit pour appliquer l'article 1184 ou l'article 1144 du Code civil, et ce du moment essentiellement que la bonne foi du cocontractant n'ait pas été surprise...;... l'urgence requise ainsi que l'incompétence flagrante de la firme existent bel et bien en l'espèce et justifient la résiliation, *a posteriori*, par le juge » (46).

En pratique, cette résolution extrajudiciaire intervient assez souvent dès le dépôt du rapport de l'expert judiciaire constatant les défaillances de l'entrepreneur; c'est, d'ailleurs, ce qui s'est produit dans l'affaire *Cartoflex contre D*. Il arrive toutefois que cette résolution soit décidée par le créancier

R.W., 1994-1995, p. 840; P.A. FORIERS, *op. cit.*, 1998, p. 152 et suiv.; M. COIPEL, *Éléments...*, 1999, p. 115 et s.; S. STIJNS, « La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en œuvre et ses effets », in *Les obligations contractuelles*, ouvrage collectif sous la dir. de P.A. FORIERS, 2000, p. 425 et suiv.; S. STIJNS, *op. cit.*, in *Les sanctions...*, *op. cit.*, 2001, p. 562 et suiv.; W. VAN GERVEN et S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2001, p. 126 et suiv.; S. RUTTEN, « De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep », *R.G.D.C.*, 2002, p. 86; T. HENS, « De gevolgen van de contractuele aansprakelijkheid », in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2002, II.4-204a et suiv. Quelques voix dissidentes se sont cependant fait entendre dans ce concert doctrinal; nous aurons l'occasion de revenir sur l'opinion défendue par E. DIRIX et L. CORNELIS (voy. *infra*, n° 22).

(42) Voy. les réf. citées par S. STIJNS, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2003, p. 262, note 34.

(43) Voy. not. Mons, 21 juin 1983, *Pas.*, 1983, II, p. 125, cette Revue, 1991, p. 8, note M. FONTAINE; Liège, 6 décembre 1985, *R.R.D.*, 1987, p. 11, note M. BURMANNE; Gand, 29 avril 1988, *R.W.*, 1990-1991, p. 705, note E. DIRIX; Anvers, 24 juin 2002, *L.R.*, 2002, p. 289, note P. VANHELMONT.

(44) Mons, 21 juin 1983, *Pas.*, 1983, II, p. 125, cette Revue, 1991, p. 8, note M. FONTAINE.

(45) Cette Revue, 1991, p. 8, note M. FONTAINE.

(46) *R.R.D.*, 1987, p. 11, note M. BURMANNE.

dès qu'il a constaté, d'une manière ou d'une autre, les manquements de sa contrepartie (47).

10. — Suite. Champ d'application. Les domaines où la résolution unilatérale déploie ses effets sont variés.

C'est dans le domaine des ventes commerciales que celle-ci a vu le jour, l'acheteur étant habilité à « se remplacer » (48), lorsque les marchandises ne sont pas fournies. Par la suite, un autre usage a autorisé le maître de l'ouvrage à résoudre de son propre chef la convention qui l'unit à un entrepreneur défaillant. Cette faveur fut reconnue aussi à l'entrepreneur principal, qui peut mettre fin unilatéralement au contrat conclu avec un sous-traitant qui a commis des manquements graves (49). Pour la doctrine et la jurisprudence dominantes, rien ne s'oppose à ce que cette voie de droit soit étendue aux autres catégories de contrats, qu'ils soient nommés ou innomés (50).

Par une singulière métamorphose, la résolution unilatérale se transforme parfois en un devoir pour le créancier qui souffre de l'inexécution. Le débiteur pourra, en d'autres termes, lui reprocher de ne pas avoir mis fin à la convention! Ce curieux paradoxe trouve son origine dans le principe de l'exécution de bonne foi des conventions, lequel impose à la victime de l'inexécution fautive de prendre les mesures raisonnables qui permettent de modérer son préjudice (51). L'une des mesures peut consister dans le fait de résoudre d'initiative la convention, sans attendre une décision de justice (52). Le créancier qui ignorerait cette incombance (53) n'obtiendra qu'une indemnisation partielle de son dommage. Ainsi, lorsque la vente porte sur des marchandises dont le prix est sujet à des fluctuations rapides et importantes, l'acheteur est-il tenu de « se remplacer » dès la survenance du terme ou, à défaut de pareille échéance, dès que la défaillance du vendeur est devenue certaine (54).

Il ne faut pas exagérer la portée de cette double évolution. La résolution judiciaire n'est certainement pas aux abois. Elle demeure le principe. Ce n'est qu'en présence de circonstances exceptionnelles — qui seront précisées par la suite (voy. *infra*, n° 20) — que le créancier peut, de sa propre initiative, résoudre la convention.

(47) Le même constat peut être fait pour le remplacement unilatéral (P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, op. cit., 1993, p. 301 et suiv.).

(48) Sur le point de savoir si cette sanction déroge à l'article 1144 ou à l'article 1184, voy. nos dév. in *L'exécution forcée...*, op. cit., 1993, p. 298 et suiv. avec les réf.

(49) Sur toutes ces applications de la résolution unilatérale, voy. P. VAN OMME-SLAGHE, « Examen », cette Revue, 1986, p. 205 et suiv.; M. FONTAINE, op. cit., cette Revue, 1991, p. 32 et suiv.; S. STIJNS, *Thèse*, 1994, p. 579 et suiv.

(50) P. VAN OMME-SLAGHE, « Examen », cette Revue, 1986, p. 208 et suiv.; M. FONTAINE, op. cit., cette Revue, 1991, p. 36 et suiv.; S. STIJNS, *Thèse*, 1994, p. 593 et suiv.

(51) Cass., 17 mai 2001, *J.T.*, 2002, p. 467.

(52) M. FONTAINE, op. cit., cette Revue, 1991, p. 37-39.

(53) Sur cette notion, voy. M. FONTAINE, « Obliegenheit, incombance? », in *Liber Amicorum Hubert Claassens. Assurance : théorie et pratique*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, Maklu, Anvers, 1998, p. 151 et suiv.

(54) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. 3, 1981, p. 536 et suiv.; P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, op. cit., 1993, p. 299 et suiv.

Par ailleurs, il est certains domaines où elle ne peut, en aucune manière, être admise. Ainsi en va-t-il des hypothèses dans lesquelles le législateur interdit le pacte comissoire exprès. On songe, par exemple, pour ce qui est des baux immobiliers, à l'article 1762*bis* du Code civil (55). En édictant une telle prohibition, le législateur a voulu confier aux juges le monopole de la sanction de la résolution. Par un argument *a fortiori*, l'on peut considérer que la résolution unilatérale n'a pas davantage droit de cité en ces domaines (56).

Enfin, abstraction faite même de ces quelques cas particuliers, les créanciers prudents préféreront, d'ordinaire, engager une procédure en résolution, lorsqu'ils doutent de la gravité, voire de l'existence, du manquement contractuel. La voie de la résolution judiciaire leur offre, au demeurant, l'avantage du titre exécutoire, auquel ils pourront recourir, que ce soit pour le recouvrement forcé des dommages et intérêts complémentaires à la résolution ou pour le délicat règlement des restitutions consécutives à la résolution.

B. *Aperçu de droit comparé*

11. — Vue d'ensemble. Le déclin de la résolution judiciaire n'est pas un phénomène propre à la Belgique. M. Fontaine l'observait déjà dans cette Revue en 1991 : « L'intervention judiciaire préalable est (...) écartée dans la plupart des systèmes juridiques » (57).

C'est évidemment le cas dans le système de *Common Law*, où la « *rescission* » ou la « *repudiation* » ne doit revêtir aucune forme particulière (58). Comme S. Whittaker l'écrit à propos du droit anglais, « La *rescission* est un acte par lequel une partie considère de façon non équivoque que ses obligations ont pris fin. Cet acte prend en général la forme d'une notification par la partie lésée à l'autre partie dans laquelle elle déclare qu'un terme est mis au contrat. Toutefois une notification n'est pas obligatoire : tout comporte-

(55) Sur la portée de ce texte, voy. A. VAN OEVELEN, « Het toepassingsgebied van het verbod van een uitdrukkelijk ontbindend beding in de huurovereenkomsten », note sous Cass., 24 mars 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 1451 et suiv.

(56) En ce sens, voy. S. STIJNS, *op. cit.*, in *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, 2003-2004, p. 21, note 61. Voy. toutefois, à tort selon nous, civ. Bruxelles, 10 juin 1997, *J.T.*, 1998, p. 8, obs. M. FONTAINE, qui admet la résolution unilatérale d'un bail immobilier.

(57) M. FONTAINE, *op. cit.*, cette Revue, 1991, p. 30. Pour des aperçus de droit comparé, voy. M. VAN RUYMBEKE, « Et si la résolution n'était plus judiciaire... », *R.G.A.R.*, 1978, n° 9850; G.H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A comparative account*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 318 et suiv.; les différentes contributions à l'ouvrage collectif *Les sanctions...*, *op. cit.*, 2001, p. 811 et suiv. ainsi que le rapport de synthèse de M. FONTAINE, p. 1076 et suiv.; Z. LAOUANI, *op. cit.*, 2004, p. 207 et suiv.; Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, 2004, 666 pages.

(58) G.H. TREITEL, *op. cit.*, 1988, p. 334. Pour ce qui est du droit écossais, où la « *rescission* » du contrat ne doit pas emprunter une forme judiciaire, voy. David M. WALKER, *The law of civil remedies in Scotland*, publié sous les auspices de The Scottish Universities law institute, Edinburgh, W. Green & Son Ltd, 1974, p. 51 (« *Rescission on other party's breach of contract* » envisagé sous un titre éloquent : « *Remedies not requiring resort to court* »); William W. MCBRYDE, *The law of contract in Scotland*, 2° éd. publié sous les auspices de Scottish Universities Law Institute Ltd, Edinburgh, W. Green, 2001, n° 20-107.

ment de la partie lésée établissant clairement son intention de se considérer comme déliée est suffisant » (59).

La résolution unilatérale n'est toutefois pas propre au *Common Law*. Elle est notamment présente dans bon nombre de droits appartenant à la famille romano-germanique.

Le *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand permet ainsi, en son paragraphe 326, la résolution du contrat synallagmatique par un acte extrajudiciaire, en imposant toutefois le *Nachfrist* (60). Le créancier, qui est confronté au retard fautif de son cocontractant, doit lui adresser une sommation par laquelle il précise que passé tel délai, il n'acceptera plus la prestation (§ 326, alinéa 1^{er}). Ce délai n'est même pas nécessaire, lorsque, à la suite du retard, le créancier ne trouve plus aucun intérêt à l'exécution de la convention (§ 326, alinéa 2) ou lorsque les parties avaient convenu que l'exécution devait avoir lieu à une date ou dans un délai de rigueur (§ 361) (61).

Le modèle allemand a essaimé à l'étranger. Ainsi l'article 107 du Code des obligations suisse laisse-t-il au créancier le choix, dans les contrats bilatéraux, entre trois solutions. Lorsque l'exécution n'est pas intervenue à l'expiration du délai convenable fixé par le créancier ou par l'autorité compétente (alinéa 1^{er}), celui-ci peut soit la demander et agir en dommages et intérêts pour cause de retard, soit renoncer à ce droit et réclamer des dommages-intérêts pour cause d'inexécution, soit, enfin, « se départir du contrat » (alinéa 2) (62). Cette dernière expression correspond à la résolution : elle opère par un acte formateur unilatéral, qui ne nécessite pas l'intervention d'un tribunal (63).

Certains codes récents ont coupé le cordon ombilical qui les unissait au Code Napoléon, en privilégiant la voie de la résolution extrajudiciaire.

L'exemple hollandais est à cet égard particulièrement éloquent. Le Code civil de 1838 proclamait, en son article 1302, le caractère judiciaire de cette sanction, allant même jusqu'à imposer la demande en justice dans le cas où la condition résolutoire pour inexécution de l'obligation était exprimée

(59) Voy. aussi S. WHITTAKER, « Les sanctions de l'inexécution des contrats. Droit anglais », in *Les sanctions...*, *op. cit.*, 2001, p. 991 et suiv.

(60) A ce propos, voy. les réflexions de M. FONTAINE, « Rapport de synthèse », in *Les sanctions...*, *op. cit.*, 2001, p. 1070-1071.

(61) Codes allemands — Code civil et Code de Commerce — suivis des principales lois commerciales, traduits en français par une équipe de juristes sous la direction de W. GARCIN, préfacé par F. STURM, Paris, Editions Jupiter, 1967, p. 125 et suiv. A ce sujet, voy. not. F. RANIERI, « Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit allemand », in *Les sanctions...*, *op. cit.*, 2001, p. 823-824. Voy. aussi le Code civil coréen (à ce sujet, voy. SOON-KOO MYOUNG, « La formalité 'délai supplémentaire' dans la résolution du contrat », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 703 et suiv.).

(62) G. SCYBOZ et P.-R. GILLIÉRON, *Code civil suisse et Code des obligations annotés*, 5^e éd. mise à jour, Lausanne, Editions Payot, 1993, p. 64-65.

(63) A ce sujet, voy. P. WESSNER, « Les sanctions de l'inexécution des contrats : questions choisies. Exposé du droit suisse et regard comparatif sur les droits belge et français », in *Les sanctions...*, *op. cit.*, 2001, p. 910 et suiv. L'auteur discerne dans la résolution par déclaration unilatérale une manifestation de l'esprit individualiste et libéral du droit suisse des contrats » (p. 921).

dans la convention (64). Le *Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, adopté en 1992, fait table rase de ce régime, puisque son article 6 : 267, alinéa 1^{er}, proclame le principe de la résolution par déclaration écrite du créancier. Tout manquement d'une partie à l'exécution de l'une de ses obligations confère au cocontractant la compétence (« *de bevoegdheid* ») pour résoudre, en tout ou en partie, la convention. Il y a toutefois lieu de réserver le cas où le manquement ne justifie pas, eu égard à sa nature particulière ou à son importance mineure, la résolution avec ses effets (art. 6 : 265, alinéa 1^{er}, *in fine*) (65). La rupture avec le passé n'est toutefois pas radicale. Le principe énoncé par l'article 6 : 267, alinéa 1^{er}, se voit, en effet, tout aussitôt tempéré par l'alinéa second, qui autorise le créancier à opter pour la résolution judiciaire. Dans les faits, l'action en résolution sera intentée dans les cas où le créancier doute que l'importance ou la nature du manquement contractuel justifie une résolution (66).

Une évolution analogue peut être observée en droit québécois. Dans le Code civil du Bas-Canada, la résolution était, en règle générale, judiciaire (67), l'intervention préalable du tribunal n'étant écartée que de manière exceptionnelle (68). Le Code civil du Québec s'est affranchi, dans une large mesure, de cette tradition, en précisant, à l'article 1605, que « La résolution ou la résiliation du contrat peut avoir lieu sans poursuite judiciaire lorsque le débiteur est en demeure de plein droit d'exécuter son obligation ou qu'il ne l'a pas exécutée dans le délai fixé par la mise en demeure » (69).

Quant au Code civil italien, il adopte, depuis 1942, une solution très proche. L'article 1453 soumet la résolution à une demande en justice. Le législateur prévoit toutefois différents cas où le créancier peut se dispenser d'une décision judiciaire. Ainsi en va-t-il lorsque l'exécution devait intervenir dans un délai « essentiel ». En outre, l'article 1454 permet au créancier d'enjoindre au débiteur, par un acte de mise en demeure, d'exécuter la prestation dans un délai déterminé, tout en déclarant qu'à l'expiration de celui-ci, le contrat sera résolu (70).

(64) P.H. HAANEBRINK, *Code civil néerlandais traduit en français et mis en concordance avec le Code civil belge*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1921, p. 266.

(65) J.M. VAN DUNNÉ, *Verbintenissenrecht*, t. 2, *Contractenrecht*, 2^e gedeelte. *Onrechtmatige daad. Overige verbintenissen*, 2^e éd., Deventer, Kluwer, 1993, p. 38.

(66) C.B.P. MAHÉ et E. H. HONDIUS, « Les sanctions de l'inexécution en droit néerlandais », in *Les sanctions...*, *op. cit.*, 2001, p. 855.

(67) Article 1065 du Code civil. Voy. L. FARIBAUT, *Traité de droit civil du Québec*, t. 7bis, Montréal, Wilson et Lafleur, 1957, p. 242-243; P.-G. JOBIN, « Chronique de droit civil québécois », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 556 et suiv.

(68) Ainsi la vente de choses mobilières était-elle résolue de plein droit en faveur du vendeur, lorsque l'acheteur n'en payait pas le prix en dépit d'une mise en demeure (art. 1544). De même la demande en résolution ne s'imposait-elle plus lorsque l'obligation ne pouvait être exécutée que dans un certain délai que le débiteur avait laissé s'écouler (art. 1068). Sur ces exceptions, voy. L. FARIBAUT, *op. cit.*, 1957, p. 242-243.

(69) *Collection Codes et recueils. Code civil. Québec. Civil Code*, édition préparée sous la direction de J.-L. BAUDOUIN, Judico, Montréal, Wilson & Lafleur Itée, 2000-2001, p. 401.

(70) Voy. G. ALPA et M. DASSIO, « La dissolution du lien contractuel dans le Code civil italien », in *Les sanctions...*, *op. cit.*, 2001, p. 877 et suiv.

12. — Le cas particulier du droit français. Quelques législations étrangères continuent, à l'instar de notre droit, à conférer à la résolution un caractère judiciaire (71). Le droit français, dont les termes de l'article 1184 sont toujours identiques à ceux de son homologue belge, vient immédiatement à l'esprit (72). Il mérite que l'on s'y arrête, à raison de l'influence qu'il a exercée sur la doctrine belge relative à la résolution unilatérale (73).

A vrai dire, la jurisprudence actuelle sur la question y est assez délicate à interpréter.

A diverses reprises, la chambre commerciale de la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler, avec force, le principe de la résolution judiciaire. Dans un arrêt du 24 juin 1980, elle affirme, en termes énergiques, qu'« abstraction faite de tous autres motifs, surabondants », la résolution d'un contrat de vente aux torts de l'acheteur et sa condamnation aux dommages et intérêts se justifient par la seule constatation qu'il « avait de son propre chef et sans recourir à justice, rompu le contrat pour retard mis par son cocontractant à exécuter son obligation » (74). Une dizaine d'années plus tard, cette même chambre confirme son allégeance au principe, dans un litige où un concédant avait résolu unilatéralement la concession exclusive à durée déterminée, pour manquement grave de son cocontractant : pour la Cour, « au cas où l'une des parties à un contrat synallagmatique n'exécute pas ses obligations, la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté doit, si elle opte pour la résolution de la convention, demander celle-ci en justice » (75). De tout quoi il résulte que « La partie qui mettrait (*la résolution*) en œuvre de son propre chef s'apprêterait à succomber dans un éventuel débat judiciaire, quelle que soit la pertinence des motifs justifiant son comportement » (76). L'intransigeance de la chambre commerciale tient sans doute au fait que ses magistrats ne veulent pas « ajouter la force à la force » (77), les litiges qui lui ont été soumis concernant, le plus souvent, des résolutions unilatérales exercées par des concédants.

L'arbre ne doit toutefois pas cacher la forêt. La jurisprudence et la doctrine françaises se montrent, d'ordinaire, nettement plus nuancées, en admettant certains tempéraments au caractère judiciaire de la résolu-

(71) C'est le cas du Code civil espagnol (art. 1124 : ARANZADI, *Código civil*, concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Don Francisco Javier Fernandez Urzainqui, Pamplona, 1993, p. 1204 et suiv.) ou du Code civil luxembourgeois.

(72) J. GHESTIN, Chr. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil* sous la direction de Jacques GHESTIN, *Les effets du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 524 et suiv.

(73) P. VAN OMMESLAGHE — dont les examens de jurisprudence ont influé considérablement sur la doctrine et la jurisprudence belges relatives à la résolution unilatérale — fait reposer une bonne part de sa démonstration sur le droit français (« Examen », cette Revue, 1975, p. 609-610).

(74) Cass. fr. com., 24 juin 1980, *Bull. cass.*, 1980, IV, p. 221.

(75) Cass. fr. com., 25 mars 1991, *Ed. Techniques, Contrats-Concurrence-Consommation*, juillet 1991, p. 5, note L. LEVENEUR.

(76) J. GHESTIN, Chr. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, 2001, p. 524.

(77) J. ROCHFELD, « Résolution et exception d'inexécution », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, ouvrage collectif sous la dir. de P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Paris, Dalloz, 2003, p. 215.

tion (78). Le créancier peut ainsi résoudre de son propre chef la convention en certaines circonstances exceptionnelles, qui tiennent soit à l'urgence (79) ou à l'état de nécessité (80), soit à l'importance des relations personnelles entre parties contractantes qui rendrait intolérable le maintien du rapport contractuel (81). Certains auteurs, dont J. Carbonnier, préfèrent justifier ces dérogations par l'idée que l'interdiction de la justice privée n'est pas un principe absolu (82).

C'est dans le domaine des relations du travail que se trouvent les premières applications de la résolution unilatérale. Il y a déjà longtemps que la jurisprudence ne sourcille plus devant la résolution sur-le-champ d'un contrat de travail, qu'il s'agisse de la démission ou du licenciement du travailleur, lorsqu'une des parties a commis une faute grave (83). Ainsi, après avoir affirmé que la « résiliation » d'un louage de services à durée déterminée doit être demandée en justice et que « par suite, la rupture unilatérale, sans intervention d'une décision judiciaire, peut constituer un droit à indemnité au profit de celui qui la subit et à la charge de celui qui l'impose », un arrêt de la Cour de cassation du 15 juin 1914 ajoute-t-il que « à l'action qui lui est intentée pour cette cause, la partie qui a rompu le contrat peut opposer un moyen de défense pris de ce que l'autre partie a rendu la rupture nécessaire en n'exécutant pas les obligations qui lui incombaient » et que « notamment, le maître ou patron est recevable à prouver que l'ouvrier ou employé a manqué gravement à ses devoirs ou se trouve incapable de remplir le service pour lequel il a été engagé » (84).

Le contrat de travail n'a toutefois pas le monopole des résolutions unilatérales. La plupart des conventions sont concernées. On épinglera par exemple l'arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation du 22 décembre 1920 (85), qui rejette le pourvoi pris de la violation de l'article 1184, dans une espèce où un groupement de commerçants avait exclu d'autorité l'un de ses membres en raison des graves manquements qu'il avait perpétrés. Pour la Cour, « la rupture n'avait été (...) que la conséquence inévitable d'agissements qui, dans un organisme de ravitaillement,

(78) J. GHESTIN, Chr. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, 2001, p. 538.

(79) Ph. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, préface de P. RAYNAUD, Paris, L.G.D.J., 1968, p. 166 et suiv. Voy. en termes particulièrement nets Nancy, 20 novembre 2000, *J.C.P.*, 2002, jur., II-10113, p. 1353, note Chr. JAMIN : « même en cas de manquement grave à l'exécution des obligations de son cocontractant, une partie ne peut être admise à rompre unilatéralement un contrat, avant d'avoir obtenu une décision de justice, que si elle établit que l'urgence imposait la résolution immédiate des relations contractuelles ».

(80) L. AYNÈS, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », *Droit et patrimoine*, mai 2004, p. 65.

(81) A ce propos, voy. J. ROCHFELD, « Résolution et exception d'inexécution », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, ouvrage collectif sous la dir. de P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Paris, Dalloz, 2003, p. 214.

(82) J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, t. 4, Paris, P.U.F., 2000, 22^e éd., p. 346.

(83) J. GHESTIN, Chr. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, 2001, p. 532.

(84) *D.P.*, 1918, I, p. 32, notes 1 à 3.

(85) *S.*, 1922, I, p. 369, note R. MOREL.

compromettaient les rapports du groupement avec l'autorité dont il relevait ». L'annotateur, R. Morel, fait observer fort justement à quel point l'arrêt est laconique : « Il n'indique nullement au nom de quel principe la Cour déclare valable la délibération qui a exclu le demandeur et ainsi rompu le pacte sans intervention de la justice » (86). Le commentaire de l'auteur éclaire toutefois sur les raisons sous-jacentes à cette décision. Lorsque l'inexécution revêt un caractère définitif, « la résolution s'imposerait aux juges. Pourrait-on, dès lors, faire grief à l'autre partie de devancer cette inévitable décision et de reprendre sa liberté ? Une telle manière d'agir n'est-elle pas commandée par la nécessité actuellement si pressante d'économie de temps et d'activité ? Au surplus, de quel préjudice pourrait exciper la partie défaillante, si elle était assez mal avisée pour reprocher à l'autre l'inobservation de l'art. 1184 ? L'intervention de la justice, commandée par ce texte, a sa raison d'être en tant qu'elle laisse au juge un certain pouvoir d'appréciation, qu'elle lui permet d'accorder un délai de grâce, ou même de refuser la résolution en cas d'inexécution partielle. Mais cette considération n'a plus de valeur en présence d'une inexécution totale et définitive, qui ne laisse place à aucune espèce d'appréciation ». Il faut également dispenser le créancier de cette intervention judiciaire préalable « lorsque l'inexécution dont (*il*) souffre est susceptible de mettre ses intérêts en péril pressant et qu'il y a urgence à sauvegarder ces derniers (...). En ce cas, il y aurait le plus souvent impossibilité matérielle et morale pour cette partie à demeurer engagée dans les liens d'un contrat pendant les semaines ou les mois qui lui seront nécessaires pour obtenir la résolution en justice (...). Se soustraire à ses obligations apparaît pour cette partie la conséquence d'un véritable état de nécessité qui a d'ailleurs son origine dans la défaillance même de son cocontractant. Au surplus, cette solution ne sera-t-elle pas, bien souvent, la plus favorable à ce dernier, puisqu'en évitant l'aggravation du préjudice subi, elle limitera par cela même les dommages-intérêts auxquels il pourra être condamné ? Dans certains cas même, en présence des agissements dolosifs de l'une des parties, la rupture du contrat constitue, pour l'autre contractant, un véritable acte de légitime défense ». Bien qu'il soit long, ce remarquable passage méritait d'être reproduit *in extenso*. Il est prémonitoire, puisqu'y figurent en germe la plupart des arguments qui devraient permettre d'écarter, à l'heure actuelle, la résolution judiciaire en droit belge : une interprétation restrictive de l'article 1184, alinéa 3, fondée sur sa *ratio legis* ; l'urgence ; l'état de nécessité ; le devoir, pour le créancier qui est victime d'un manquement contractuel, de prendre les mesures raisonnables afin de réduire son préjudice (voy. *infra*, n^{os} 26 et suiv.).

13. — Suite. L'arrêt *Tocqueville*. Les décisions faisant application de cette jurisprudence ne sont, à l'analyse, guère abondantes. Les exemples donnés par les auteurs se répètent et sont généralement anciens (87). Dans

(86) *Op. cit.*, S., 1922, I, p. 369.

(87) On cite souvent une décision du tribunal civil de la Seine du 31 juillet 1897, S., 1898, II, p. 85, qui tolère l'expulsion, par un entrepreneur des spectacles publics, d'un spectateur qui viendrait à troubler une représentation théâtrale.

la neuvième édition de leurs *Leçons de droit civil*, en 1998, H., L., J. Mazeaud et F. Chabas relèvent que « la jurisprudence se montre le plus souvent très réticente pour admettre cette voie de justice privée » (88).

L'année 1998 marque toutefois un tournant important dans la jurisprudence française. Dans l'arrêt *Tocqueville* (89), la prestigieuse première chambre civile de la Cour de cassation déclare, en effet, que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls » (90) (91).

En l'espèce, un médecin anesthésiste-réanimateur, qui s'était vu consentir l'exclusivité des actes de sa spécialité dans une clinique pour une durée de trente ans, avait manqué gravement à ses obligations professionnelles : différents chirurgiens s'étaient notamment plaints de son manque de disponibilité, mais aussi de ses états d'énervement et de brutalité envers certains malades. Après l'avoir convoqué à la réunion du conseil d'administration pour l'entendre sur son comportement professionnel, la clinique décida de notifier par lettre sa décision de mettre fin à leurs relations contractuelles après un préavis de six mois. Le médecin réclama en justice des dommages et intérêts pour cette rupture unilatérale qu'il estimait contraire à l'article 1184, alinéa 3. Débouté par la cour d'appel de Rouen, il saisit la Cour de cassation d'un pourvoi pris notamment de la violation de cette disposition, au motif que « le contrat n'est point résolu de plein droit et que la résolution doit être demandée en justice ». La Cour rejeta le moyen par l'attendu précité, en ajoutant que la gravité du comportement « n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis ».

Deux autres arrêts de la même chambre, en date du 20 février 2001 (92) et du 28 octobre 2003 (93), attestent que cette décision n'était pas un simple feu de paille. Ils reproduisent, en effet, cet attendu au mot près (94),

(88) Paris, Montchrestien, 9^e éd., 1998, p. 1147. Voy. aussi D. MAZEAUD, note sous Cass. fr. civ., 13 octobre 1998, *Rép. not.*, Defrénois, 1999, p. 375, note 45.

(89) Cass. fr. civ., 13 octobre 1998, *D.*, 1999, jur., p. 197, note Chr. JAMIN, *D.*, 1999, somm., p. 115, obs. Ph. DELEBECQUE, *Rép. not.*, Defrénois, 1999, p. 374, obs. D. MAZEAUD, *J.C.P.*, jur., 1999, II, 10133, note N. RZEPECKI.

(90) On notera la terminologie particulière de la Cour, qui n'emploie pas une seule fois le terme de « résolution » : « mette fin », « rompre », « résiliation unilatérale » et « rupture ».

(91) Quelques arrêts antérieurs préfiguraient déjà cette jurisprudence. Ainsi un arrêt de la première chambre civile du 28 avril 1987, où la « résiliation unilatérale » d'un contrat de maintenance d'un système d'alarme a été admise, la société installatrice ayant « traité avec une négligence et une désinvolture excessives » (*D.S.*, 1988, jur., p. 1, note Ph. DELEBECQUE, qui, à la page 5, cite plusieurs décisions de juges du fond allant en ce sens).

(92) Cass. fr. civ., 20 février 2001, *Bull. Cass.*, 2001, I, p. 25, *D.*, 2001, p. 1568, note C. JAMIN, *D.*, 2001, somm., p. 3239, obs. D. MAZEAUD, *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, p. 363, obs. J. MESTRE et B. FAGES, *Rép. not.*, Defrénois, 2001, p. 705 et suiv., note E. SAVAUX.

(93) Voy. J. MESTRE et B. FAGES, « Obligations en général », *Rev. trim. dr. civ.*, 2004, p. 89 et suiv.

(94) Sur cette jurisprudence, voy. J. ROCHFELD, *op. cit.*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, *op. cit.*, 2003, p. 213 et suiv.; Ph. DELEBECQUE, « Le droit de rupture unilatérale du contrat : genèse et nature », L. AYNÈS, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », Ph. STOF-

en apportant une précision, à vrai dire, assez évidente : il importe peu que le contrat soit à durée déterminée ou non.

Quelques auteurs minimisent la portée de ces décisions, en y voyant de simples exceptions au principe de la résolution judiciaire, dont certaines pourraient, d'ailleurs, s'expliquer par l'urgence (95). En réalité, la portée de cette jurisprudence est bien plus radicale : elle installe la résolution unilatérale dans le paysage juridique français (96), en la détachant des circonstances exceptionnelles où elle était antérieurement confinée. « Depuis 1998, il n'est plus besoin d'urgence, ni d'état de nécessité », a-t-on fort justement dit (97). Le principe de la résolution judiciaire s'en trouve ainsi vidé de sa substance. Désormais, le créancier, qui est aux prises avec un comportement grave de son cocontractant, jouit d'une option (98) : soit il sollicite d'un tribunal la résolution, soit il prend l'initiative de mettre fin, à ses risques et périls, au contrat (99).

La première chambre civile a ainsi institué, par voie prétorienne, un principe concurrent de celui prévu par l'article 1184, alinéa 3 (100). Tout est cependant loin d'être dit. Les questions en souffrance demeurent nombreuses, en ce qui concerne les conditions de cette résolution extrajudiciaire (101). L'exigence d'un « comportement grave » s'identifie-t-elle à la notion de « faute grave » requise pour la résolution judiciaire ? La gravité revêt-elle la même intensité dans les deux cas ou faut-il n'admettre la rupture unilatérale qu'en présence d'un comportement d'une particulière gravité ? Des exigences de forme encadrent-elles la décision du créancier de mettre fin au contrat ? Faut-il une mise en demeure préalable ? Le créancier doit-il notifier au débiteur sa décision de rompre ? Sa décision doit-elle être motivée ? Les effets de la rupture unilatérale demandent, eux aussi, à être

FEL-MUNCK, « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », *Droit et patrimoine*, n° 126, mai 2004, p. 55-77.

(95) N. RZEPECKI, *op. cit.*, *J.C.P.*, 1999, jur., II, n° 10133, p. 1415-1416 ; J. GHESTIN, Chr. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, 2001, p. 524 et suiv. ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Ed. Montchrestien, 2003, p. 258-259.

(96) Pour reprendre la formule de J. MESTRE et B. FAGES, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, p. 363.

(97) L. AYNÈS, *op. cit.*, *Droit et patrimoine*, mai 2004, p. 65.

(98) Sous réserve de la question de savoir si la notion de « comportement » grave auquel est subordonnée la rupture unilatérale s'identifie, en tous points, au « manquement » d'une suffisante gravité pour justifier la résolution judiciaire (voy. *infra* les réf. citées en note 101).

(99) C'est ce qu'ont parfaitement aperçu F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 2002, p. 640.

(100) Chr. JAMIN, note sous Cass. fr. civ., 13 octobre 1998, *D.*, 1999, jur., p. 199 ; Chr. JAMIN, « Une partie peut, à ses risques et périls, mettre fin à un contrat de façon unilatérale quand le manquement de l'autre est d'une réelle gravité », obs. sous Douai, 6 juillet 1999, *J.C.P.*, 1999, chron. I, 191, p. 2295. Voy. aussi B. FAGES, « Quelques évolutions du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando », *D.*, 2003, p. 2390.

(101) J. ROCHFELD, *op. cit.*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, 2003, p. 217 et suiv.

cernés avec précision : opère-t-elle avec ou sans rétroactivité (102) ? Enfin, les auteurs s'interrogent sur les conséquences d'une rupture que le juge déclarerait, après coup, illégale (103) : le créancier, qui s'est fait indûment justice à soi-même, pourrait-il être condamné à poursuivre le contrat jusqu'au terme convenu (104) ou en est-il quitte pour des dommages et intérêts ?

On le voit, les questions demeurent nombreuses (105). C'est le lot de toutes les constructions prétoriennes. Peut-être la Cour de cassation a-t-elle voulu se mettre au diapason de certains instruments internationaux récents.

C. *La solution privilégiée par certains instruments internationaux*

14. — Un remède largement admis. A quelques rares exceptions près (106), la préférence des instruments internationaux les plus récents va nettement à la résolution par simple décision du créancier.

(102) Sur cette question, voy. les réflexions de D. MAZEAUD, « L'unilatéralisme en matière de résolution du contrat, nouvel épisode », *D.*, 2001, somm., p. 3240 ; Chr. JAMIN, note sous Cass. fr. civ., 13 octobre 1998, *D.*, 1999, jur., p. 199 (pour qui la formule selon laquelle le créancier est autorisé à « mettre fin » au contrat traduirait un anéantissement non rétroactif du contrat) ; Chr. JAMIN, « L'émergence contestée d'un principe de résolution unilatérale du contrat », *J.C.P.*, 2002, jur., II, 10113, p. 1355-1356 ; Chr. JAMIN, « L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée », *D.*, 2001, jur., p. 1570.

(103) J. ROCHFELD, *op. cit.*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, 2003, p. 226 et suiv.

(104) En ce sens, voy. J. MESTRE et B. FAGES, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, p. 365.

(105) A ce propos, voy. not. E. SAVAUX, *op. cit.*, *Rép. not.*, Defrénois, 2001, p. 706 et suiv. ; J. ROCHFELD, *op. cit.*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, 2003, p. 217 et suiv.

(106) L'Acte uniforme adopté le 17 avril 1997 relatif au droit commercial général de l'Ohada (*J.O. Ohada* n° 1 du 1^{er} octobre 1997, p. 1, www.ohada.com) confère à la résolution un caractère judiciaire, dans le titre consacré aux ventes commerciales. Voy. ainsi l'article 254, alinéa 1^{er}, aux termes duquel « L'acheteur peut demander la résolution du contrat à la juridiction compétente : — si l'inexécution par le vendeur de l'une quelconque des obligations ou des présentes dispositions constitue un manquement essentiel au contrat, ou — en cas de défaut de livraison, si le vendeur ne livre pas les marchandises dans les délais supplémentaires qui avaient pu lui être accordés » ; l'article 259, aux termes duquel « Le vendeur peut demander la résolution du contrat à la juridiction compétente : 1°) si l'inexécution par l'acheteur de l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat, ou des présentes dispositions, constitue un manquement essentiel au contrat, ou 2°) en cas de défaut de prise de livraison, si l'acheteur ne prend pas livraison des marchandises dans le délai supplémentaire proposé par le vendeur ». Voy., dans le même esprit, les articles 246 et 247. Curieusement toutefois, quelques textes paraissent admettre une résolution par seule décision du créancier. Voy. ainsi les articles 254, alinéa 2 (« Cependant, lorsque le vendeur a livré les marchandises, l'acheteur est déchu du droit de considérer le contrat résolu, s'il ne l'a pas fait dans un délai raisonnable »), 261, alinéa 2 (« L'acheteur ne peut déclarer le contrat résolu... ») ou encore 272 (« L'acheteur qui a perdu le droit de déclarer le contrat résolu... »). Quant à la question dans le projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats, voy. M. FONTAINE, « Le projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats et les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *Revue de droit uniforme*, 2004-2, p. 263-264.

C'est le parti qu'avait pris la sous-commission chargée de la rédaction d'une loi uniforme Benelux sur l'inexécution des obligations contractuelles (107). Ses travaux n'ont toutefois pas abouti.

Autrement plus intéressants sont évidemment les exemples fournis par la Convention de La Haye (108), et, ensuite, par la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises qui admet, tant en faveur de l'acheteur que du vendeur, le droit, en cas de contravention essentielle, de résoudre unilatéralement le contrat (109).

Le modèle de la Convention de Vienne a séduit les rédacteurs des grands projets d'harmonisation du droit des contrats relevant de la *soft law*. On songe évidemment aux Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, qui disposent que « La résolution du contrat s'opère par notification au débiteur » (art. 7.3.2, paragraphe premier) (110). La commission Lando a reproduit, au mot près, ce texte à l'article 9 : 303, alinéa premier, des Principes du droit européen du contrat (111). C'est dans ce courant aussi que s'inscrit l'avant-projet de Code européen des contrats, rédigé par l'Académie des privatistes européens (112). L'article 114, qui reconnaît un « droit à la résolution du contrat », précise en son premier paragraphe que « S'il se produit une inexécution d'importance notable, au sens où l'entend l'article 107, le créancier a le droit de procéder à la résolution du contrat, en sommant le débiteur de l'exécuter dans un délai raisonnable, et quoi qu'il ne soit pas inférieur à quinze jours, et en lui notifiant, que si le délai s'écoule inutilement, le contrat sera considéré comme résolu de droit » (113).

Il n'entre pas dans nos intentions d'examiner ces différents textes par le menu. Il nous suffira de faire observer que ces différents instruments partagent plusieurs traits communs. *Primo*, la résolution suppose une notification, le plus souvent écrite, au débiteur (114). *Secundo*, le remède ne peut être mis en œuvre pour des manquements bénins : il faut une « contraven-

(107) Le projet prévoyait la résolution par simple déclaration écrite du créancier, tout en précisant que celui-ci pouvait aussi demander au tribunal qu'il la prononçât (M. VAN RUYMBEKE, *op. cit.*, *R.G.A.R.*, 1978, n° 98769).

(108) Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels du 1^{er} juillet 1964, art. 74 (M. VAN RUYMBEKE, *op. cit.*, *R.G.A.R.*, 1978, n° 98768).

(109) Art. 49, 64, 72 et 73. Voy. à ce sujet, M. VAN DER MERSCH et D. PHILIPPE, « L'inexécution dans les contrats du commerce international », in *Les sanctions...*, *op. cit.*, 2001, p. 708 et suiv. ainsi que p. 711 et suiv.

(110) M. VAN DER MERSCH et D. PHILIPPE, *op. cit.*, in *Les sanctions...*, *op. cit.*, 2001, p. 747 et suiv.

(111) M. VAN DER MERSCH et D. PHILIPPE, *op. cit.*, in *Les sanctions...*, *op. cit.*, 2001, p. 736 et suiv. Voy. *Principes du droit européen du contrat*, version française préparée par G. ROUHETTE, avec le concours de I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON et C. WITZ, Paris, Société de législation comparée, 2003, p. 372 et suiv.

(112) *Code européen des contrats, avant-projet*, sous la coordination de G. GANDOLFI, Milan, Giuffrè, 2001, p. 57 et suiv.

(113) Pour un commentaire de cette disposition, voy. le rapport du coordinateur sur les articles 89-117 (Inexécution du contrat), p. 264 et suiv.

(114) Voy. art. 7.3.2 des Principes Unidroit et art. 9:303 des Principes du droit européen du contrat.

tion essentielle » (115), une « inexécution essentielle » (116), une « inexécution d'importance notable » (117). *Tertio*, un dernier délai, inspiré du système allemand du *Nachfrist*, doit, en cas de retard du débiteur, lui être laissé pour lui permettre de s'exécuter (118). Enfin, cette sanction peut être exercée pour contravention anticipée, c'est-à-dire avant même que l'inexécution soit consommée (119).

D. *Autres approches de la question*

15. — Éléments d'analyse économique de la résolution unilatérale. Dans le remarquable rapport de synthèse qui termine l'ouvrage collectif consacré aux sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, le professeur M. Fontaine insiste sur le fait que la réflexion des juristes gagnerait à s'ouvrir à d'autres disciplines. Ils peuvent, en effet, y trouver des arguments pour faire pencher la balance en faveur de telle ou telle thèse.

Ainsi les juristes de *Common Law* trouvent-ils, dans l'analyse économique du droit, des raisons qui militent en faveur de la résolution non judiciaire. Dans un monde de plus en plus dominé par la loi du marché, la reconnaissance de ce « pouvoir privé économique » (120) permet au créancier de faire disparaître sur-le-champ ce bois mort, ce contrat dont il n'escompte plus rien, et de s'engager tout aussitôt dans une nouvelle relation contractuelle pour obtenir le résultat économique attendu. A cette réallocation rapide des ressources vient s'ajouter l'économie des frais liés à un procès en résolution de la convention (121). Bref, il y va d'une question d'efficacité économique (122).

S'ils ne sont pas dénués de valeur, ces arguments ne doivent toutefois pas être pris pour argent comptant. On doit, en effet, se garder de toute présentation manichéenne, qui parerait la résolution unilatérale de toutes les vertus et vouerait la résolution judiciaire aux gémonies.

Ainsi, il n'est pas certain que le système de la résolution unilatérale réduise de manière drastique le nombre des procès. Ceux-ci se verront seulement reportés dans le temps, à l'occasion d'un contrôle judiciaire *a posteriori*. Les raisons de saisir, après coup, la justice sont multiples. Le débiteur

(115) Voy. ainsi les art. 49 et 64 de la Convention de Vienne.

(116) Voy. ainsi les art. 7.3.1 des Principes Unidroit et 9:301 des Principes du droit européen du contrat.

(117) Voy. ainsi l'art. 114 de l'avant-projet de Code européen des contrats.

(118) Voy. ainsi les art. 49 et 64 de la Convention de Vienne, 7.3.1 des Principes Unidroit et 8:106 des Principes du droit européen du contrat.

(119) Voy. ainsi les articles 72 et 73 de la Convention de Vienne, 7.3.3 des Principes Unidroit et 9:304 des Principes du droit européen du contrat.

(120) E. BAZIN, « La résolution unilatérale du contrat », *R.R.J.*, 2000, p. 1401.

(121) Chr. JAMIN, note sous Cass. fr. civ., 13 octobre 1998, *D.*, 1999, jur., p. 200; D. MAZEAUD, « L'unilatéralisme en matière de résolution du contrat, nouvel épisode », *D.*, 2001, jur., p. 3240.

(122) Pour un vibrant plaidoyer en ce sens, voy. la très belle étude de Y.-M. LAYTHIER, p. 292 et suiv. En termes plus nuancés, voy. E. BAZIN, *op. cit.*, *R.R.J.*, 2000, p. 1400 et suiv.

peut contester la manière dont son cocontractant s'est fait justice à soi-même et, par exemple, réclamer de celui-ci une indemnisation. Il se peut aussi que le débiteur refuse de payer les dommages et intérêts complémentaires à la résolution que lui réclame son cocontractant, alors même que celui-ci y aurait recouru à bon escient. Au demeurant, le débiteur sera rarement enclin à restituer ce qu'il avait reçu de sa contrepartie. Ce sont là autant de contestations que seul, un tribunal sera à même de trancher (123).

Par ailleurs, le système de la résolution unilatérale n'assure pas au débiteur une protection aussi forte que la résolution judiciaire, lorsqu'il s'avère que le créancier a rompu la convention à la légère ou par pur calcul opportuniste. Pour sanctionner cette attitude, le juge ne peut intervenir qu'*a posteriori* et pour autant, faut-il le préciser, que le débiteur évincé prenne l'initiative de le saisir. Il ne sera pas toujours possible au juge d'ordonner le remède par excellence qu'est, en droit belge, la condamnation de l'auteur de la rupture fautive à s'exécuter en nature, c'est-à-dire à « reprendre l'exécution » du contrat. Son cocontractant devra alors se rabattre sur des dommages et intérêts qui ne sont qu'un pis-aller, tant en droit que sur le plan économique. Chr. Jamin souligne fort bien la faiblesse congénitale de l'indemnisation du dommage par rapport à l'exécution en nature : « La perte d'un client, fût-elle compensée par une indemnité, est toujours susceptible de produire un effet désastreux sur la réputation d'un agent économique, et donc lui nuire à terme sans qu'il soit possible de chiffrer le montant exact du dommage qu'il subit (...). Par ailleurs, plus une partie engage ce que les économistes nomment des actifs spécifiques à l'occasion de la formation et de l'exécution d'un contrat, plus elle semble avoir besoin de la protection du juge pour éviter les comportements qualifiés d'opportunistes de son partenaire » (124). Si elle se vérifie bien pour le créancier, l'efficacité économique de la résolution unilatérale est moins évidente lorsqu'elle est appréciée d'un point de vue macro-économique, à tout le moins dans l'hypothèse où le remède n'a pas été exercé de manière idoine (125).

(123) La même observation était déjà formulée par L.-J. CONSTANTINESCO (*La résolution des contrats synallagmatiques en droit allemand*, Paris, Rousseau, 1940) pour le droit allemand : « Comme le créancier déclarera la résolution chaque fois qu'il croira en avoir le droit et non chaque fois qu'il aura effectivement ce droit, l'intervention des tribunaux se produira à peu près toujours, mais *post factum* » (p. 319) ; « Donc non seulement le système allemand n'a pas réussi à éliminer l'intervention des tribunaux mais il l'a rendue peut-être aussi fréquente qu'en droit français. Et cela pour contrôler l'existence des conditions légales, ainsi que pour éviter les abus éventuels de la part du créancier. Ce que le système allemand a réussi à faire c'est à déplacer le moment où se produit l'intervention des tribunaux » (p. 319).

(124) Chr. JAMIN, *op. cit.*, D., 1999, jur., p. 200. Voy. aussi E. BAZIN, *op. cit.*, R.R.J., 2000, p. 1401.

(125) Comme l'observe Chr. Jamin, il semble que la résolution unilatérale « ait moins pour effet de diminuer le contentieux que de favoriser en dernière analyse les créanciers au détriment des débiteurs dans un jeu dont on peut parier, même en l'absence d'études empiriques dont on ne sait d'ailleurs si elles sont réalisables, qu'il soit à somme nulle » (Chr. JAMIN, *op. cit.*, in *Les sanctions...*, *op. cit.*, 2001, p. 482-483).

Enfin, comme M. Fontaine l'écrit avec beaucoup de sagesse, « Il ne suffit pas qu'une règle soit peu coûteuse, ou qu'elle conduise à un comportement économiquement efficace, pour qu'elle mérite d'être privilégiée. La dimension économique ne peut être que l'un des critères d'évaluation. L'appréciation doit également tenir compte d'autres éléments (...). Elle doit surtout s'inscrire dans les valeurs fondamentales de notre système juridique » (126). Envisagée sous l'angle des intérêts du débiteur, l'intervention préalable de la justice présente des avantages indéniables (127). Elle permet au tribunal d'apprécier le manquement du débiteur et de choisir, parmi la palette de sanctions s'offrant à lui, celle qui est la plus indiquée. Le juge peut ainsi exercer un pouvoir modérateur *a priori* et faire pièce aux attitudes déloyales ou purement opportunistes du créancier. Le législateur moderne l'a, d'ailleurs, bien compris en interdisant le pacte commissaire exprès dans certains contrats où les rapports de force sont trop déséquilibrés (voy. *supra*, n° 10).

Ces quelques considérations nous paraissent plaider en faveur d'un système où la résolution judiciaire reste le principe et la résolution unilatérale, une exception qu'il ne faut admettre que dans des circonstances exceptionnelles et moyennant des conditions de fond et de forme.

16. — Éléments d'analyse psycho-sociologique. Dans son rapport précité, M. Fontaine fait observer que l'efficacité probable d'une règle de droit doit s'apprécier aussi à l'aune de la psychologie des justiciables. « L'hypothèse de départ est qu'une règle juridique correspondant aux attentes psychologiques a plus de chances de bien fonctionner qu'une autre » (128).

Si l'exception d'inexécution se moule parfaitement dans ce cadre, il n'en va pas de même pour la résolution telle que l'article 1184 l'envisage : « Le mauvais exemple est celui du caractère judiciaire de la résolution pour inexécution, imposé en principe par les droits français et belge. Un cocontractant non juriste pense en effet qu'il peut '*casser son contrat*' de sa propre initiative en cas de défaillance grave de son partenaire. Il en résulte un important contentieux... » (129).

L'argument milite incontestablement en faveur de la résolution par voie non judiciaire. Encore faut-il, pour éviter toute dérive de justice privée débridée, que ce réflexe naturel du créancier déçu soit contenu dans certaines limites.

E. *En conclusion*

17. — La résolution unilatérale : un genre et plusieurs espèces. Si le principe d'une « résolution sans poursuite judiciaire (...) » semble bénéficier

(126) M. FONTAINE, *op. cit.*, in *Les sanctions...*, *op. cit.*, 2001, p. 1087.

(127) D. TALLON, « L'article 1184 du Code civil. Un texte à rénover ? », in *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, p. 261-262.

(128) M. FONTAINE, *op. cit.*, in *Les sanctions...*, *op. cit.*, 2001, p. 1089.

(129) M. FONTAINE, *op. cit.*, in *Les sanctions...*, *op. cit.*, 2001, p. 1090.

d'un véritable 'effet de mode', l'adopter étant une marque de modernisme » (130), il faut néanmoins se garder de toute généralisation hâtive en la matière. Ce serait une grossière erreur de croire qu'il n'existe qu'un type de résolution unilatérale (131).

Nombreuses sont les différences apparaissant entre les différents systèmes qui admettent cette institution. Ainsi dans certains droits, la résolution unilatérale peut-elle être mise en œuvre pour toute inexécution, même non fautive (132). Par ailleurs, certains systèmes admettent, contrairement au droit belge, une notification de résolution partielle (133) ou de résolution pour contravention anticipée (voy. *supra*, n° 14). En outre, la résolution par voie de notification du créancier opère, selon les droits, avec ou sans rétroactivité (134). Enfin, la question des dommages et intérêts complémentaires à la résolution est loin d'être résolue de manière uniforme (135).

En soi, ces divergences techniques suffisent déjà à donner à la résolution unilatérale des physionomies fort diverses. Nous ne nous attarderons pas sur ces points, qui sortent du cadre de cette note. En revanche, il est intéressant de constater que la suppression de l'intervention judiciaire préalable peut emprunter des voies fort diverses. On peut, *grosso modo*, distinguer trois courants.

Tout d'abord, certains droits ouvrent au créancier une option entre la résolution unilatérale et celle qui opère par décision de justice. C'est le parti qu'a pris le *Nieuwe Burgerlijk Wetboek* néerlandais. C'est à cette solution qu'aboutit aussi la première chambre civile de la Cour de cassation française, au terme d'un raisonnement prétorien. Les droits italien et québécois organisent, eux aussi, une certaine cohabitation entre les deux formes de résolution (voy. *supra*, n°s 11 et 13).

La seconde tendance est illustrée par les instruments internationaux précités. Ceux-ci ne font état que de la résolution par voie de notification du créancier, laissant dans l'ombre la question de savoir si les tribunaux peuvent prononcer une résolution (voy. *supra*, n° 14).

Enfin, le droit belge continue de reposer sur le principe de la résolution judiciaire. Les hypothèses, où la résolution unilatérale est admise même en l'absence de pacte comissoire exprès, se multiplient toutefois. Elles sont le fait du législateur et de la jurisprudence. En dépit de leur importance, elles conservent le statut d'exceptions, la règle restant le caractère judiciaire de la résolution (voy. *supra*, n° 5 à 10).

(130) E. PUTMAN, in *Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, sous la dir. de C. PRIETO, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 497-498.

(131) A ce sujet, voy. G.H. TREITEL, *op. cit.*, 1988, p. 318 et suiv.

(132) Voy. ainsi pour les Principes du droit européen du contrat, G. ROUHETTE, *op. cit.*, 2003, p. 373.

(133) C'est le cas du nouveau Code civil hollandais (C. ASSER's, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, t. II, *Algemene leer der overeenkomsten*, 11^e éd. par A.S. HARTKAMP, Deventer, 2001, p. 539).

(134) Voy. les réflexions de M. FONTAINE, *op. cit.*, in *Les sanctions...*, *op. cit.*, 2001, p. 1078.

(135) *Id.*, p. 1074-1075.

DEUXIÈME PARTIE. — LES ARRÊTS
DU 2 MAI 2002 : CONSÉCRATION OU CONDAMNATION
DE LA RÉOLUTION UNILATÉRALE ?

18. — Une motivation équivoque. On le voit, c'est dans un contexte éminemment favorable à la résolution extrajudiciaire que s'inscrivent les deux arrêts du 2 mai 2002.

Les décisions *a quo* qui ont été entreprises devant la Cour de cassation avaient, d'ailleurs, ratifié des résolutions unilatérales. Les pourvois ont, à chaque fois, été rejetés. Les motifs des arrêts de la Cour de cassation sont toutefois rédigés d'une manière telle que le doute subsiste sur le point de savoir si la résolution unilatérale trouve grâce aux yeux de la Cour. Certains termes, plus spécialement l'expression « décision unilatérale » (« *eenzijdige beslissing* »), donnent à penser que la Cour reconnaît au créancier le pouvoir de résoudre la convention (136). D'autres passages des attendus sont toutefois difficilement compatibles avec la reconnaissance d'une telle prérogative. Ainsi en va-t-il de celui qui précise que le créancier « décide (...) de ne plus exécuter ses obligations » ou de celui où il est dit que le créancier « considère le contrat comme résolu ». Et que dire de la phrase selon laquelle « l'appréciation de la régularité de cette décision unilatérale est soumise au contrôle du juge par l'introduction ultérieure d'une demande tendant à la résolution judiciaire » ?

Deux interprétations radicalement différentes de ces arrêts sibyllins peuvent, du coup, être avancées. L'une est favorable à la résolution unilatérale (A); l'autre lui est hostile (B). Cette ambiguïté résulte, au demeurant, des références doctrinales qui sont citées en note sous le premier arrêt : le Ministère public près la Cour de cassation mentionne côte à côte le traité de L. Cornelis et la dissertation doctorale de S. Stijns (137), alors que ces auteurs défendent des thèses aux antipodes l'une de l'autre. Les rapports annuels de la Cour de cassation n'apportent pas davantage les éclaircissements que l'on aurait pu espérer. Le rapport 2002 range le second arrêt parmi les onze décisions importantes à avoir été rendues en matière civile, sous l'intitulé « Résolution unilatérale d'un contrat synallagmatique / *Eenzijdige ontbinding van een wederkerige overeenkomst* » (138). Par une curieuse volte-face, le rapport 2003 présente toutefois cette décision comme faisant application du principe général de droit de l'exception *non adimpleti contractus* (139).

Quelle que soit, en fin de compte, la volonté de la Cour de cassation, ces arrêts sont en net recul par rapport au courant dominant qui traverse la

(136) A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 506; S. STIJNS, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2003, p. 265; S. STIJNS, *op. cit.*, in *Verbintenissenrecht*, 2003-2004, p. 12.

(137) L'article de S. RUTTEN, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2002, p. 86 qui est aussi cité se conforme à l'enseignement de S. STIJNS.

(138) « Rapport annuel de la Cour de cassation 2002, section 1. Arrêts en matière civile », p. 40 et p. 325.

(139) *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2002-2003. Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique*, p. 127 et p. 451.

doctrine et la jurisprudence du fond. D'autres raisonnements auraient pu être adoptés par la Cour, qui lui auraient permis de concilier les exigences de la pratique et le prescrit de l'article 1184 du Code civil (C).

A. — *Première interprétation : une consécration, en termes maladroits, de la résolution unilatérale*

19. — Une décision de partie. Dans leurs excellents commentaires, les professeurs S. Stijns et A. Van Oevelen (140) inclinent à penser que les arrêts du 2 mai 2002 confèrent droit de cité à la résolution unilatérale en droit belge. Ils en voient la preuve dans l'attendu qui reconnaît au créancier victime de l'inexécution le pouvoir de prendre une « décision unilatérale » (« *eenzijdige beslissing* »).

Telle qu'elle est admise par la doctrine et la jurisprudence dominantes, la résolution unilatérale procède de l'exercice par le créancier d'un pouvoir (« *een bevoegdheid* ») de résoudre la convention. Il s'agit d'une décision de partie, d'un acte juridique unilatéral réceptice (141), dont l'efficacité est subordonnée à une notification adressée au débiteur : la volonté du créancier ne sortit ses effets qu'à compter du moment où elle est parvenue à la connaissance de son destinataire ou a pu raisonnablement être connue de celui-ci.

Avec nos collègues précités (142), il est toutefois permis de regretter que la Cour ait eu, dans le même temps, recours à d'autres termes fort approximatifs, qui méconnaissent la nature juridique de la résolution unilatérale. Une volonté ferme et non équivoque de résoudre le contrat est nécessaire (143). Il ne suffit pas que le créancier « considère le contrat comme résolu » ou qu'il décide de « ne plus exécuter » la convention (144).

Ce n'est pas la seule critique qui puisse être adressée à la motivation de ces arrêts.

20. — Les conditions de la résolution unilatérale. Dans aucun des arrêts commentés, la Cour de cassation ne précise les conditions auxquelles le créancier peut résoudre, de sa propre initiative, la convention.

La Cour n'y était certes pas tenue sur le plan de la technique de cassation. S'agissant d'arrêts de principe rendus sur une question d'une grande

(140) A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 504; S. STIJNS, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2003, p. 264 et suiv. Voy. aussi P. VANHELMONT, *op. cit.*, *L.R.*, 2002, p. 293.

(141) S. STIJNS, *Thèse*, 1994, p. 622 et suiv.; C. DELFORGE, *op. cit.*, in *La fin du contrat*, 2001, p. 145 et suiv.; A. BOUCQUEY, « La dissolution du contrat », in *Commentaire pratique. Obligations*, Editions Kluwer, 2003, II.1.8-56; P. WÉRY, « Les vices du consentement et l'acte juridique unilatéral », note sous Comm. Mons, 8 juillet 2003, *R.G.D.C.*, 2004, p. 214.

(142) S. STIJNS, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2003, p. 265.

(143) S. STIJNS, *Thèse*, 1994, p. 628.

(144) S. STIJNS, *op. cit.*, in *Verbintenissenrecht, 2003-2004*, p. 15-16.

importance pratique, le silence de la Cour ne laisse toutefois pas d'être regrettable (145).

Ce mutisme pourrait même donner à penser que le droit de résolution unilatérale est admis de la manière la plus large, en toutes circonstances et sans conditions de fond ou de forme particulières (146). Interprété de la sorte, cet arrêt rapprocherait le droit belge de la récente jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation (voy. *supra*, n° 13). Une telle interprétation, que l'arrêt *Belgische Spaarbankenvereniging* contre *Argenta* ne permet pas d'exclure (147) serait, à coup sûr, fâcheuse. Il faut, en effet, éviter de laisser la bride sur le cou du créancier, pour qu'il ne puisse pas se livrer à un coup de force contre la loi et contre les intérêts de son cocontractant.

La résolution par décision du créancier est donc subordonnée à diverses conditions strictes. Selon l'opinion majoritaire (148), ces conditions sont les suivantes :

- Le débiteur doit avoir commis une faute contractuelle d'une suffisante gravité pour justifier la résolution judiciaire de la convention.
- Comme toute sanction de l'inexécution, la résolution unilatérale doit être précédée, en règle générale, d'une mise en demeure qui somme le débiteur de s'acquitter de ses engagements dans un délai raisonnable.
- Le créancier doit avoir pris les mesures utiles pour constater les défaillances du débiteur, par voie judiciaire, d'une manière contradictoire ou par tout autre moyen.
- Le créancier est tenu de notifier de manière claire et non équivoque sa décision de résoudre la convention et de préciser, dans cet acte de notification, le manquement reproché qui fonde cette décision (149).
- *Last but not least*, la résolution extrajudiciaire n'est admise que dans des circonstances exceptionnelles. Lesquelles? Sur ce point, l'accord ne règne pas encore en doctrine et en jurisprudence. Certains auteurs imposent une situation d'urgence (150). D'autres considèrent cette approche trop étroite. Au départ d'une interprétation *a contrario* de l'article 1184, alinéa 3, sur laquelle nous reviendrons (voy. *infra*, n° 28), on enseigne

(145) A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 505; S. STIJNS, *op. cit.*, in *Verbintenissenrecht 2003-2004*, *op. cit.*, p. 20-21.

(146) S. STIJNS, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2003, p. 269 et suiv.

(147) Fort justement, les demandeurs en cassation faisaient valoir que le juge ne pouvait légalement décider que la société *Argenta* pouvait se retirer immédiatement de l'association, en se fondant sur la *seule* constatation que celle-ci avait gravement manqué à ses obligations. Le grief nous paraissait fondé. D'autres conditions que le manquement grave sont, en effet, requises pour justifier une résolution unilatérale. La Cour a néanmoins rejeté le pourvoi, sans faire la moindre allusion à celles-ci (en ce sens aussi, voy. S. STIJNS, *op. cit.*, in *Verbintenissenrecht 2003-2004*, *op. cit.*, p. 21-22).

(148) S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 742; M. COIPEL, *Eléments...*, 1999, p. 116 et suiv.; W. VAN GERVEN et S. COVEMAEKER, *op. cit.*, 2001, p. 126 et suiv.; V. PIRSON, *op. cit.*, in *Les clauses applicables...*, *op. cit.*, 2001, p. 103 et suiv.; T. HENS, *op. cit.*, 2002, II.4-204a et suiv.; A. BOUCQUEY, *op. cit.*, 2003, II.1.8-55 et suiv.

(149) *Id.* Voy. aussi A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 505.

(150) M. FONTAINE, *op. cit.*, cette Revue, 1991, p. 39.

ainsi que « Le pouvoir légal et nécessairement préalable du juge d'accorder un dernier délai doit avoir perdu son sens ou tout objet, ce qui peut, notamment, être le cas en situation d'urgence ou en vertu de l'obligation de prendre les mesures raisonnables afin de restreindre le dommage ou, encore, lorsque la confiance nécessaire entre parties au contrat a disparu ou, enfin, lorsque l'exécution du contrat est devenue impossible » (151).

21. — L'office du juge. Une autre critique, plus fondamentale, doit être formulée. Elle a trait au rôle du juge, lorsqu'il est saisi *a posteriori* de la décision du créancier.

En « considérant le contrat comme résolu », le créancier agit, déclare la Cour, à ses risques et périls. Sa décision n'est donc pas à l'abri de la censure d'un tribunal. Pour la haute juridiction, la légitimité de cette décision s'appréciera à la faveur d'une action en résolution exercée après coup.

Cette analyse singulière du contrôle judiciaire tranche avec l'opinion qui a généralement cours en doctrine. Il n'appartient pas, a-t-on coutume d'enseigner (152), au juge de prononcer la résolution : il lui revient seulement de ratifier la décision prise par l'auteur de la résolution unilatérale ou, au contraire, de la désavouer. A quelques rares exceptions près, c'est le même raisonnement que suit la jurisprudence du fond (153).

La saisine du juge est, le plus souvent, l'œuvre du cocontractant qui s'estime indûment évincé du contrat. Il entend que le tribunal déclare la rupture fautive et qu'il en tire les conséquences sur le plan juridique. Sous peine de placer le juge devant le fait accompli et de consacrer une sorte de faculté de résiliation unilatérale de tout contrat, il importe de reconnaître au tribunal saisi *a posteriori* les pouvoirs les plus étendus. Selon les cas, le cocontractant obtiendra des dommages-intérêts compensatoires; la résolution de la convention aux torts exclusifs du créancier qui s'est fait indûment justice à soi-même, avec une condamnation aux dommages-intérêts complémentaires; ou la résolution aux torts partagés des parties (154). Le créancier qui s'est rendu à tort justice à lui-même peut, par ailleurs, perdre le droit de réclamer les dommages-intérêts (155).

Le débiteur pourrait-il obtenir la condamnation de sa contrepartie à reprendre l'exécution en nature de la convention, sous astreinte s'il échet ? Pour nous, la réponse affirmative ne fait aucun doute sur le plan théorique. L'acte unilatéral de résolution étant nul, il ne peut sortir le moindre effet.

(151) S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique », *J.T.*, 1996, p. 742. Voy. aussi S. STIJNS, *Thèse*, 1994, p. 603 et suiv.; V. PIRSON, *op. cit.*, in *Les clauses applicables...*, *op. cit.*, 2001, p. 104-105; S. RUTTEN, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2002, p. 86.

(152) M. FONTAINE, *op. cit.*, cette Revue, 1991, p. 35; M. COIPEL, *Eléments...*, *op. cit.*, 1999, p. 116 et suiv.; C. DELFORGE, *op. cit.*, in *La fin du contrat*, 2001, p. 148 et suiv.; T. HENS, *op. cit.*, 2002, II.4-204a et suiv.

(153) Voy. toutefois Liège, 6 décembre 1985, *R.R.D.*, 1987, p. 7, note M. BOURMANNE.

(154) A ce sujet, voy. M. FONTAINE, *op. cit.*, cette Revue, 1991, p. 36-37; S. STIJNS, *Thèse*, 1994, p. 647 et suiv.; S. STIJNS, *op. cit.*, in *Verbintenissenrecht 2003-2004*, *op. cit.*, p. 17-18.

(155) A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 505.

La convention n'étant point dissoute, la primauté de l'exécution en nature retrouve son empire. Le juge du fond peut, partant, ordonner au créancier qui se serait fait à tort justice à soi-même, de reprendre ses engagements (156). S'il y a urgence, le juge des référés qui statue au provisoire peut, lui aussi, prononcer des injonctions en ce sens (157). Force est néanmoins de concéder qu'en pratique, cette exécution en nature sera souvent devenue impossible ou aura, à tout le moins, perdu toute utilité pour le cocontractant qui a dû subir une résolution unilatérale injustifiée. Celui-ci n'aura alors d'autres ressources que de se rabattre sur une condamnation à des dommages et intérêts ou sur la résolution judiciaire du contrat aux dépens de l'autre partie. Comme l'ont écrit J. Ghestin, Chr. Jamin et M. Billiau, « la résolution unilatérale crée une situation de fait qui, d'un point de vue pratique, ne laisse plus au tribunal une entière liberté d'appréciation. Celui-ci n'a plus guère la possibilité de maintenir le contrat. La résolution lui a en quelque sorte forcé la main » (158).

En pratique, nous l'avons dit, la saisine du juge est le plus souvent le fait du débiteur qui proteste contre son éviction du contrat. Rien n'empêche toutefois le créancier qui est l'auteur de la résolution unilatérale d'agir en justice, afin d'obtenir, non pas le prononcé de la résolution, mais la ratification judiciaire de son initiative. Par ce biais, il désire un titre exécutoire, lui permettant d'obtenir, par voie de saisie si nécessaire, les dommages et intérêts complémentaires à la résolution (art. 1184, al. 2, *in fine*, C. civ.). Il pourra aussi postuler un jugement réglant les restitutions réciproques consécutives à cette résolution (159).

B. — *L'interprétation favorable*
au caractère judiciaire de la résolution

22. — Le rejet de la résolution unilatérale. La liste des critiques dont les deux arrêts de la Cour de cassation sont la cible ne laisse pas d'être impressionnante. Le constat surprend, lorsque l'on connaît le soin que la Cour met à la rédaction de ses décisions. Aussi est-il permis de se demander si ces griefs ne procèdent pas d'une lecture inadéquate des arrêts.

Selon une seconde interprétation plus plausible, que n'excluent pas complètement A. Van Oevelen et S. Stijns (160), la Cour a voulu préserver le caractère judiciaire de la résolution. La haute juridiction a ainsi rallié la

(156) S. STIJNS, *Thèse*, 1994, p. 651; A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 505.

(157) S. STIJNS, *Thèse*, 1994, p. 645 et suiv.; F. GLANSDORFF et Chr. DALCQ, « Du pouvoir d'intervention du juge en cas de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée », in *Mélanges offert à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 86-87.

(158) *Op. cit.*, 2001, p. 540. Voy. aussi M. COIPEL, *Eléments...*, *op. cit.*, 1999, p. 118; E. BAZIN, *op. cit.*, *R.R.J.*, 2000, p. 1402 : « dans les faits en perdant son contrôle ordonnateur de la résolution, le juge ne peut que constater les dégâts ».

(159) S. STIJNS, *op. cit.*, in *Verbintenissenrecht 2003-2004*, *op. cit.*, p. 18.

(160) A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 506; S. STIJNS, *op. cit.*, in *Verbintenissenrecht 2003-2004*, *op. cit.*, p. 18-19.

thèse minoritaire, dont L. Cornelis est le principal représentant. Dans son récent traité de droit des obligations (161), notre collègue enseigne qu'en dehors du pacte comissoire exprès, le droit belge n'admet pas la résolution des contrats par voie unilatérale. L'anticipation de la résolution judiciaire doit, à son estime, être qualifiée d'offre par laquelle le créancier invite son cocontractant à mettre fin aux obligations (162); si l'offre ne reçoit pas de suite favorable, les obligations subsistent jusqu'à ce qu'intervienne une cause d'extinction, telle qu'une résolution judiciaire.

Lors d'un colloque consacré aux remèdes des droits belge et hollandais applicables à l'inexécution des contrats, le professeur E. Dirix a, lui aussi, fait part de ses doutes sur la question : « *Hoe zou de invoering in België van een algemene buitengerechtelijke ontbinding verzoenbaar zijn met het feit dat de tussenkoms van de rechter constitutief is?* » (163). Dans une note d'observations sous un arrêt de la cour d'appel de Gand, il écrivait d'ailleurs déjà en 1990 : « *Aan de eenzijdige beëindiging komt echter geen zelfstandige betekenis toe; het gaat om een vooruitlopen op de vordering tot gerechtelijke ontbinding* » (164).

Le créancier ne disposant pas du pouvoir de mettre fin à la convention de sa seule autorité, il peut seulement prendre les devants sur la décision du juge et lui demander ensuite de prononcer cette sanction (165). On s'explique du même coup pourquoi, selon la Cour, le créancier décide seulement de « ne pas exécuter ses obligations », pourquoi il fait savoir à son cocontractant qu'il « considère le contrat comme résolu » et pourquoi il « désire » un retour au *pristin* état.

Cette interprétation des arrêts est, au demeurant, celle que L. Cornelis retient dans une étude toute récente (166). L'auteur salue les deux arrêts du 2 mai 2002, qui, à ses yeux, confirment que seules deux formes de résolution existent en droit belge : celle qui est l'œuvre d'un tribunal et celle qui résulte d'un pacte comissoire exprès. A son estime, la prétendue « résolution extrajudiciaire », en l'absence d'une telle clause, n'est qu'une situation purement factuelle et précaire, « *een voorspel op een latere proce-*

(161) L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Intersentia Rechtswetenschappen, Anvers-Groningen, 2000, p. 753 et suiv. La note 1 qui figure sous le premier arrêt de la Cour de cassation tel qu'il est publié sur le site de la Cour renvoie à cet ouvrage.

(162) Il s'agirait donc d'une offre de résolution conventionnelle ou de *mutuus dissensus*, qui sont des variétés de conventions extinctives.

(163) I. SAMOY et I. VAN LOO, « Verslag van de discussie », in *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, sous la dir. de J. SMITS et S. STIJNS, Intersentia, Groningen, 2000, p. 385.

(164) E. DIRIX, note sous Gand, 29 avril 1899, *R.W.*, 1990-1991, p. 710.

(165) Cette analyse se rencontre peu ou prou sous la plume de quelques auteurs français (pour une présentation critique de ce qu'un auteur a qualifié de « logique d'évitement » du conflit entre la résolution unilatérale et le prescrit de l'article 1184, alinéa 3, voy. Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, 2004, p. 271-272). Voy. aussi l'analyse de L. AYNÈS, *op. cit.*, *Droit et patrimoine*, n° 126, mai 2004, p. 68 : « une anticipation risquée sur la décision du juge, laquelle demeure donc la seule vraie source de la rupture ».

(166) L. CORNELIS, « De ontbinding : het treurige einde van een mooi verhaal ? », in *Sancties en nietigheden*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 249 et suiv.

dure tot gerechtelijke ontbinding of tot nakoming, op een afstand van recht, dan wel een verbreking of op verjaring » (167).

De telles analyses nous paraissent très discutables et ne pas répondre aux besoins de la pratique (168). Discerner dans l'attitude du créancier une offre par laquelle il invite son cocontractant à mettre fin à la convention ne correspond, en effet, pas à la volonté de ce créancier : ce qu'il entend, ce n'est pas faire offre de *mutuus dissensus*, mais bien mettre fin, de lui-même, à la convention. En outre, le raisonnement de la Cour ne précise pas si des conditions particulières de forme et de fond doivent encadrer cette « anticipation sur la résolution judiciaire ».

23. — Une application de l'exception d'inexécution ? Dans son rapport annuel de 2003, la Cour de cassation présente l'arrêt *Cartoflex contre D.* comme une application du principe général de droit de l'exception *non adimpleti contractus* (169).

Il existe certes certaines accointances entre la résolution unilatérale et l'exception d'inexécution, qui a parfois été présentée comme un diminutif de la résolution (170). Ce sont toutes deux des formes de justice privée, qui, de surcroît, reposent sur la même idée d'interdépendance des obligations réciproques inhérentes aux contrats synallagmatiques. Par ailleurs, le créancier ne peut recourir à ces sanctions que de bonne foi. Elles ne peuvent, en outre, s'appliquer qu'à des manquements graves du débiteur (171).

Là s'arrêtent toutefois les analogies. Car si, par la pression qu'elle exerce sur le débiteur, l'exception d'inexécution vise à obtenir de celui-ci qu'il exécute ses obligations, la résolution unilatérale est une cause de dissolution du contrat (172). L'exception *non adimpleti contractus* est un moyen de justice privée défensive : elle permet seulement au créancier *excipiens* de suspendre l'exécution de ses obligations, jusqu'à ce que son cocontractant

(167) L. CORNELIS, *op. cit.*, 2003, p. 252.

(168) En ce sens aussi, voy. S. STIJNS, *Thèse*, 1994, p. 597-598 ; A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 506 ; S. STIJNS, *op. cit.*, in *Verbintenissenrecht 2003-2004, op. cit.*, p. 18-19.

(169) *Op. cit.*, p. 127 et p. 451.

(170) J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome 4, *Les obligations*, Paris, P.U.F., 2000, 22^e éd., p. 352.

(171) Sur tous ces points relatifs à l'exception d'inexécution, voy. B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, « L'exception d'inexécution en droit belge. Rapport belge », in *Les sanctions...*, *op. cit.*, 2001, p. 58 et suiv.

(172) Comme le précisait déjà R. MOREL, dans sa note sous Cass. fr. req., 22 décembre 1920, *S.*, 1922, I, p. 365. La Cour de cassation française a rappelé, à diverses reprises, que l'exception d'inexécution se borne à suspendre l'exécution du contrat. Voy. ainsi Cass. fr. comm., 1^{er} décembre 1992, *Rev. trim. dr. civ.*, 1993, p. 578 et suiv., à propos d'un contrat de distribution exclusive : « l'exception d'inexécution, fût-elle fondée, permettait à la société S. non pas de rompre le contrat conclu avec la société D. mais seulement d'en suspendre l'exécution en distribuant provisoirement en Belgique, par elle-même ou par un tiers, les produits concédés » (commenté par J. MESTRE).

vienne à résipiscence en s'exécutant (173). Simple moyen de défense, elle ne permet pas au créancier de résoudre la convention (174).

A l'évidence, il ne pouvait s'agir, dans l'affaire *Cartoflex contre D.*, de la mise en œuvre de l'exception d'inexécution. L'effet suspensif caractéristique de celle-ci est inconciliable avec la remise en état à laquelle procède le maître de l'ouvrage et qui revêt un caractère définitif (175).

C. — *La question centrale :*
le fondement de la résolution unilatérale

24. — Une question délicate. En 1993, dans notre dissertation doctorale, nous faisons observer que la doctrine esquivait généralement la question du fondement juridique du remplacement et de la résolution unilatérale. « On fait état, écrivions-nous, des solutions qu'adoptent des législations étrangères; on invoque les nécessités de la pratique et de la vie des affaires; on met en avant le souci d'assurer l'efficacité de la sanction civile; etc. Ces diverses considérations d'opportunité auraient certes toute leur importance *de lege ferenda*. On peut toutefois se demander si elles peuvent suffire, *de lege lata*, à tenir en échec le schéma légal des articles 1144 et 1184 du Code civil et s'il n'est pas fait trop bon marché de l'adage 'Nul ne peut se faire justice à soi-même'. La Cour de cassation ne sera-t-elle pas portée à censurer cette solution que certains de ses partisans qualifient, d'ailleurs, de 'prétorienne' ? » (176).

Ces craintes se sont malheureusement vérifiées avec les arrêts du 2 mai 2002. Toutefois, la Cour s'est gardée de condamner, de manière brutale, la pratique de la résolution unilatérale. La résolution extrajudiciaire se voit, en effet, admise sur un mode que l'on pourrait qualifier de mineur, puisque, selon la Cour, « lors de l'appréciation des conséquences de la résolution et des droits que les parties peuvent invoquer, le juge appelé à statuer sur la résolution judiciaire peut décider qu'eu égard au manquement de son adversaire, la partie cocontractante n'a pas commis de faute en considérant unilatéralement le contrat comme résolu ». Une application aveugle du principe général « Nul ne peut se faire justice à soi-même » aurait conduit inéluctablement à la conclusion inverse; on se souvient, à cet égard, de la sévérité de la chambre commerciale de la Cour de cassation française (voy. *supra*, n° 12).

(173) P. WÉRY, *op. cit.*, in *Le droit des obligations contractuelles...*, *op. cit.*, 2004, p. 345.

(174) S. STIJNS, *op. cit.*, in *Verbintenissenrecht 2003-2004*, *op. cit.*, p. 23-25. Voy. toutefois la thèse dissidente défendue récemment en doctrine française par deux auteurs, qui analysent l'exception d'inexécution comme étant « une forme de résolution unilatérale » (J. ROCHE-DAHAN, « L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique », *D.*, 1994, chron. p. 255 et suiv.; C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, Paris, L.G.D.J., préface J. GHESTIN, 1999, p. 103 et suiv.). Cette thèse audacieuse a été réfutée en termes convaincants par Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, 2004, p. 272-274.

(175) En ce sens aussi, voy. S. STIJNS, *op. cit.*, in *Verbintenissenrecht, 2003-2004*, p. 23-25.

(176) P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, p. 310.

Notre Cour de cassation a ainsi imaginé un raisonnement qui ambitionne d'être tout à la fois respectueux du prescrit légal et soucieux des exigences de la pratique. Cette volonté de modernisation du Code civil par la voie jurisprudentielle mérite d'être saluée. La voie que la haute juridiction emprunte débouche toutefois sur une impasse, puisqu'en fin de compte, la résolution du contrat demeure judiciaire et que les praticiens ne sauraient s'accommoder d'un système permettant seulement au créancier de considérer le contrat « comme résolu ».

Les scrupules legalistes de la Cour sont certes légitimes. Jusqu'à nouvel ordre — c'est-à-dire aussi longtemps que l'article 1184, alinéa 3, n'aura pas été abrogé ou, à tout le moins, réécrit —, la résolution reste, en droit belge, une sanction relevant, en principe, de l'apanage des cours et tribunaux. Pas plus les nécessités de la vie des affaires que les enseignements tirés du droit comparé ou d'autres disciplines ne suffisent à justifier, *de lege lata*, qu'il soit fait table rase de ce texte. Seule, une source de droit — écrite ou autre — peut, en l'absence d'un pacte commissaire exprès, conférer au créancier le pouvoir de mettre fin, par sa seule volonté, au contrat.

Nous ne reviendrons pas ici sur les lois particulières, qui attribuent à certains créanciers pareil pouvoir (voy. *supra*, n° 8). Qu'en est-il dans l'hypothèse, bien plus délicate, où aucun texte spécial ne peut être avancé? Il existe, nous semble-t-il, divers raisonnements qui permettraient à la Cour d'accueillir la résolution unilatérale en droit positif.

25. — Le devoir pour le créancier de limiter son préjudice. Dans un important arrêt du 17 mai 2001 (177), la Cour de cassation a dégagé une application supplémentaire du principe de l'exécution de bonne foi des conventions. Dans le cadre de sa fonction complétive, ce principe impose au créancier, qui est victime d'un manquement contractuel, d'adopter les mesures raisonnables qui sont de nature à réduire son préjudice. L'exigence de bonne foi prescrite par l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, confère ainsi, dans certaines circonstances, à la résolution unilatérale un caractère obligatoire.

Le fondement légal d'une telle dérogation à l'article 1184, alinéa 3, est solide. Il a cependant ses limites. Il ne peut embrasser toutes les hypothèses où, de l'avis de la doctrine et des praticiens, il serait opportun d'admettre la résolution unilatérale. Plus précisément, la justification tirée de l'article 1134, alinéa 3, ne peut englober les hypothèses où la résolution unilatérale constitue, non pas un devoir, mais une simple faculté pour le créancier.

26. — Le pouvoir dérogatoire de l'urgence et de l'état de nécessité. Une autre piste intéressante mériterait d'être explorée. Elle nous

(177) *J.T.*, 2002, p. 467.

vient de la doctrine française, plus spécialement des écrits de M. Vasseur (178) et de Ph. Jestaz (179).

Comme le souligne le premier auteur, « la règle de droit introduit dans les rapports humains un élément de rigidité. Il se peut de ce chef qu'en un cas donné la technique apparaisse mal appropriée au but recherché par les intéressés ou déforme la réalité. C'est le rôle de la notion d'urgence et d'autres notions de même ordre que d'assurer les 'retours au réel', qui s'avèrent indispensables » (180). Aussi M. Vasseur conclut-il à la nécessité de reconnaître, en matière civile, un principe général de l'urgence : « source d'un droit d'exception » (181), l'urgence remplit une « fonction d'éviction de tout ce qui fait obstacle à la réalisation rapide du résultat recherché » (182). Dans sa thèse consacrée aux rapports entre l'urgence et les principes classiques de droit civil, Ph. Jestaz se rallie à cette conception de l'urgence, dont le rôle est de « faire échec aux principes classiques du droit civil, ou du moins à certains d'entre eux » (183).

Certes, la Cour de cassation n'a, à notre connaissance, pas encore été saisie du point de savoir si pareil principe général du droit existe. Les dispositions légales qui réservent l'hypothèse de l'urgence sont toutefois à ce point nombreuses qu'il est permis de se demander si elles ne procèdent pas d'un tel principe (184). Ainsi se trouveraient légalement justifiées les nombreuses décisions qui tolèrent la résolution unilatérale en visant expressément les impératifs de l'urgence.

Une notion voisine pourrait être invoquée pour justifier le comportement du créancier qui résout d'office une convention. Il s'agit de l'état de nécessité ou, de manière plus large, de l'exception de nécessité, que R. Pallard a dégagée dans sa thèse *L'exception de nécessité en droit civil* (185). Un intéressant arrêt de la cour d'appel de Mons du 11 décembre 1992 décide ainsi que « Le remplacement, mécanisme juridique normalement propre à la vente, n'est toléré en matière d'entreprise que dans des conditions strictes qui peuvent se synthétiser elles-mêmes en une seule : l'impératif de la nécessité » (186).

27. — Une interprétation *a contrario* de l'article 1184, alinéa 3. Dans sa magistrale thèse déjà maintes fois citée, S. Stijns a démontré que les codificateurs de 1804 entendaient confiner le pouvoir d'appréciation des juges à l'octroi d'un délai au débiteur, pour lui permettre de s'exécuter.

(178) M. VASSEUR, « Urgence et droit civil », *Rev. trim. dr. civ.*, 1954, p. 405 et suiv.

(179) Ph. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1968.

(180) M. VASSEUR, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1954, p. 436.

(181) *Id.*, p. 407.

(182) *Id.*, p. 407-408.

(183) Ph. JESTAZ, *op. cit.*, 1968, p. 14. En ce sens aussi, pour la doctrine belge, Th. DELAHAYE, *op. cit.*, 1984, p. 282; P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, 1993, p. 310 et suiv.

(184) Pour nous en tenir à quelques dispositions du Code civil, voy. les articles 1348, alinéa 2, 2°, 1724, 1889, 1890 et 1991, alinéa 2.

(185) Paris, L.G.D.J., 1949.

(186) *R.R.D.*, 1992, p. 211, note B. ROLAND, spéc. p. 219.

C'est dans le courant de la seconde moitié du dix-neuvième siècle que la jurisprudence a étendu, tant en France qu'en Belgique (187), le pouvoir d'appréciation des tribunaux à l'opportunité même de la résolution : selon une jurisprudence constante des Cours de cassation des deux pays, le juge du fond doit réserver la résolution aux manquements suffisamment graves pour mériter pareille sanction (188).

Ce contrôle d'opportunité, que l'on fonde d'ordinaire sur l'article 1184, alinéa 3, est, en réalité, un pouvoir modérateur qui procède de l'article 1134, alinéa 3, et plus précisément de la fonction modératrice du principe d'exécution de bonne foi des conventions (189). Il est, en d'autres termes, interdit au créancier d'abuser de son droit à la résolution.

Cet éclairage historique permet à l'auteur de proposer une interprétation *a contrario* de l'article 1184, alinéa 3. L'intervention judiciaire préalable se justifiant seulement par le fait que le juge peut accorder un délai au débiteur, on peut en inférer que si ce délai n'a plus de sens, le créancier peut se dispenser de ce contrôle judiciaire préalable. Le contrôle fondé sur l'abus de droit peut, quant à lui, s'exercer aussi bien *a priori* qu'après coup (190). *Cessante ratione legis, cessat lex* : la résolution unilatérale n'est point incompatible avec l'article 1184, alinéa 3, ainsi entendu.

Cette opinion doctrinale élargit le champ des hypothèses où le créancier peut faire l'économie du recours préalable au juge. Il s'agit, en effet, de tous les cas où le pouvoir du juge d'accorder un dernier délai a perdu son sens. Ce qui peut se vérifier évidemment en situation d'urgence ou lorsque le créancier doit prendre les mesures raisonnables afin de restreindre son dommage, mais aussi lorsque la confiance nécessaire entre les parties s'est évanouie ou que l'exécution du contrat est devenue impossible (191).

Cette interprétation extrêmement intéressante semble promise à un bel avenir. Du reste, une partie de la doctrine et la jurisprudence belges lui réserve, d'ores et déjà, un accueil favorable (192) (193). Plusieurs auteurs

(187) Pour la Belgique, voy. Cass., 22 novembre 1894, *Pas.*, 1895, I, p. 11.

(188) S. STIJNS, *Thèse*, 1994, p. 199 et suiv. Parmi une jurisprudence particulièrement abondante, voy. Cass., 9 juin 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 1104.

(189) S. STIJNS, *Thèse*, 1994, n^{os} 304 à 323; P.A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », note sous Cass., 30 janvier 1992, cette Revue, 1994, p. 220; A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 505; S. STIJNS, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2003, p. 261; S. STIJNS, *op. cit.*, in *Verbintenissenrecht 2003-2004*, *op. cit.*, p. 14-15.

(190) S. STIJNS, *op. cit.*, in *Les sanctions...*, *op. cit.*, 2001, p. 569 et suiv.

(191) S. STIJNS, *Thèse*, 1994, p. 603 et suiv.

(192) Voy. not. P.A. FORIERS, *La caducité...*, *op. cit.*, 1998, p. 154 et suiv.; S. RUTTEN, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2002, p. 86; A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 505; A. BOUCQUEY, *op. cit.*, 2003, II.1.8-54 et suiv. Voy. en jurisprudence, Anvers, 24 juin 2002, *L.R.*, 2002, p. 289, note P. VANHELMONT.

(193) L'énigmatique passage des arrêts du 2 mai 2002, où la Cour de cassation déclare que la règle de l'article 1184, alinéa 3, « ne fait pas obstacle à ce qu'une partie à un contrat synallagmatique décide (...) de notifier qu'elle considère le contrat comme résolu » ne permet pas d'affirmer que la Cour a adopté cette nouvelle lecture de l'article (en ce sens aussi, voy. A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 504; S. STIJNS, *op. cit.*, in *Verbintenissenrecht 2003-2004*, *op. cit.*, p. 13).

français se sont fait l'écho de cette analyse (194). Nous nous permettrons néanmoins de formuler une double observation.

Si l'on pousse le raisonnement au bout de sa logique, ne faudrait-il pas conclure, en toute hypothèse, à l'inutilité de la mise en demeure préalable ? Or, la doctrine et la jurisprudence subordonnent, en principe, la mise en œuvre de la résolution extrajudiciaire à ce préliminaire (195).

Par ailleurs, s'il est bien exact que le contrôle fondé sur l'interdiction de l'abus de droit peut s'exercer tant *a priori* qu'*a posteriori*, il nous paraît, en revanche, difficile de placer les deux hypothèses sur un même pied (196). Le premier contrôle permet au juge de prévenir la perpétration de l'abus, puisqu'il écartera la demande en résolution et, par exemple, y substituera une condamnation à l'exécution de l'obligation en souffrance (197). L'intervention du juge est particulièrement efficace, puisqu'elle étouffe dans l'œuf l'abus, au contraire du second contrôle, qui opère alors que le créancier a déjà matériellement abusé de son droit. Il ne sera pas toujours possible, nous l'avons dit, au juge d'ordonner la reprise du contrat qui a été résolu à tort ; le cocontractant lésé devra se satisfaire d'une indemnité, souvent moins intéressante (voy. *supra*, n° 21).

TROISIÈME PARTIE. — *QUID*

DE LA FACULTÉ DE REMPLACEMENT UNILATÉRAL ET DE L'ANNULATION UNILATÉRALE ?

28. — Introduction. Les arrêts de la Cour de cassation du 2 mai 2002 amènent tout naturellement à se pencher sur le régime de deux autres sanctions judiciaires : d'une part, le remplacement du débiteur défaillant prévu par les articles 1143 et 1144 du Code civil ; d'autre part, l'annulation du contrat en raison d'un vice qui affecte sa formation.

Le droit positif ménage-t-il une place à la faculté de remplacement unilatéral (A) et à l'annulation unilatérale (B) ? Et si oui, à quelles conditions (197*bis*) ?

(194) Chr. JAMIN, *op. cit.*, *J.C.P.*, 2002, jur., II, 10113, p. 1355 ; L. AYNÈS, *op. cit.*, *Droit et patrimoine*, mai 2004, p. 66-67.

(195) Voy. P. WÉRY, « La mise en demeure en matière d'obligations contractuelles », in *Les obligations contractuelles*, ouvrage collectif sous la dir. de P.A. FORIERS, p. 315 et suiv., spéc. p. 327.

(196) Z. LAOUANI, *op. cit.*, 2004, p. 251.

(197) Sur les sanctions de l'abus de droit, voy. P. WÉRY, « Les sanctions de l'abus de droit dans la mise en œuvre des clauses relatives à l'inexécution d'une obligation contractuelle », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 127 et suiv.

(197*bis*) La question se pose aussi pour la révocation pour motifs légitimes du mandataire, lorsque le mandat est d'intérêt commun. Selon la Cour de cassation, ces motifs doivent être reconnus en justice (Cass., 28 juin 1993, *Pas.*, 1993, I, P. 628 ; *R.W.*, 1993-1994, p. 1425, note A. VAN OEVELEN). Par identité de motifs avec la résolution unilatérale, il faudrait toutefois faire céder les rigueur de ce principe, en admettant, en certains cas, la révocation unilatérale (P. WÉRY, *Le mandat*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 289-290).

A. — *La faculté de remplacement unilatéral*

29. — La lourdeur du remplacement judiciaire. A l'image de la résolution des contrats synallagmatiques, le remplacement aux dépens du débiteur défaillant souffre d'une faiblesse : celle d'être précisément une sanction judiciaire (art. 1143 et 1144, C. civ.). Or, dans certains cas, la défaillance du débiteur nécessiterait une réplique, sinon immédiate, du moins très rapide.

Le problème se pose, il est vrai, avec moins d'acuité que pour la résolution judiciaire.

L'incertitude quant à l'issue du litige est moins grande que pour l'action en résolution. On s'accorde, en effet, à l'heure actuelle sur le fait que le créancier jouit, en principe, d'un droit au remplacement (198) et que cette sanction n'est pas réservée aux seuls manquements graves du débiteur (199). Le pouvoir d'appréciation du juge est ainsi plus réduit que dans le cadre de l'article 1184.

Par ailleurs, si le juge des référés ne peut résoudre un contrat, il est, au contraire, investi du pouvoir d'ordonner l'exécution en nature et donc de celui d'accorder l'autorisation préalable au remplacement (200). En 1833, Duranton insistait, d'ailleurs, déjà sur les services que cette procédure d'urgence offre au créancier qui souhaite remplacer son débiteur (201). Selon Y. Chartier, le juge de référés y recourt souvent en droit français (202). Les auteurs belges n'insistent guère sur les potentialités du référé en matière de remplacement judiciaire. A leur décharge, il est vrai que le recours à la juridiction présidentielle ne constitue pas la panacée. Le président du tribunal ne peut accéder à la demande que si le droit allégué est évident ou ne lui paraît pas sérieusement contestable; on ne perdra, par ailleurs, pas de vue que le juge des référés ne peut statuer qu'au provisoire, de sorte que le juge du fond pourrait toujours remettre en cause le dispositif de son ordonnance; enfin, il est, en pratique, des hypothèses où l'urgence est à ce point pressante que le référé judiciaire n'est d'aucun secours au créancier.

30. — La faculté de remplacement unilatéral. On comprend, dans ces conditions, que la doctrine et la jurisprudence belges n'aient pas hésité

(198) Sur ce point, voy. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, p. 324 et suiv. Voy. aussi Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 370, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1240, obs. J.-F. JEUNEHOMME, *Act. droit*, 1996, p. 23, note P. WÉRY.

(199) P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, p. 264-265.

(200) Voy. les exemples cités par J.-H. HERBOTS et C. PAUWELS, « Overzicht van rechtspraak (1982-1987). Bijzondere overeenkomsten », *T.P.R.*, 1989, p. 1143-1144. Voy. aussi P. WÉRY, « L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel. Rapport belge », in *Les sanctions...*, *op. cit.*, 2001, p. 255.

(201) A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 6, Bruxelles-Mons, 1833, p. 165.

(202) Y. CHARTIER, note sous Tr. gr. inst. Dunkerque, 3 octobre 1984, *Gaz. Pal.*, 1985, III, jur., p. 157.

à battre en brèche le principe de l'autorisation judiciaire préalable (203). Les nécessités de la pratique et le souci d'efficacité de la sanction civile militent, ici aussi, pour que le créancier puisse, même en l'absence d'une clause d'exécution d'office (204), faire l'économie de l'intervention préalable du juge, pour l'application des articles 1143 et 1144.

L'idée n'est, au demeurant, pas neuve. Plusieurs auteurs, et non des moindres, admettaient déjà au dix-neuvième siècle que le créancier pût, dans certaines hypothèses, agir de la sorte, sans encourir de reproche (205).

Les domaines où cette faculté de remplacement unilatéral peut être observée coïncident très largement avec ceux où la résolution unilatérale est admise. Depuis longtemps déjà, un usage existe, en matière de ventes commerciales, qui autorise l'acheteur à se procurer sur le marché les marchandises promises, et ce aux dépens de son fournisseur défaillant (206). Plus récemment, un usage similaire a vu le jour, qui permet de remédier aux défaillances des entrepreneurs et des sous-traitants : sans avoir à requérir d'autorisation judiciaire, leur créancier peut s'adresser à un autre prestataire de services qui accomplira, à leurs dépens, les travaux en souffrance (207). La faculté de remplacement unilatéral peut être étendue aux

(203) Voy. not. P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, cette Revue, 1986, p. 205 et suiv.; M. FONTAINE, *op. cit.*, cette Revue, 1991, p. 31 et suiv.; P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, p. 293 et suiv.; S. STIJNS, *Thèse*, 1994, p. 576 et suiv.; M. COIPEL, *Eléments...*, *op. cit.*, 1999, p. 118 et suiv. P.A. FORIERS, *La caducité...*, *op. cit.*, 1998, p. 152 et suiv.; A. VAN OEVELEN, « Recente ontwikkelingen in de wetgeving en de rechtspraak inzake de sancties bij contractuele wanprestatie », in *Overeenkomstenrecht 1999-2000*, XXVI^{ste} postuniversitaire cyclus Willy Delva, Anvers, Kluwer, p. 178; W. VAN GERVEN et S. COVEMAËKER, *op. cit.*, 2001, p. 116-117; J.-F. GERMAIN et E. PLASSCHAERT, « L'exécution des obligations contractuelles », in *Commentaire pratique. Obligations*, 2003, II.1.6.-26 et suiv. En jurisprudence, voy. encore tout récemment Mons, 16 septembre 2003, R.G. n° 1999/80 (inédit).

(204) Sur ces clauses, voy. P. WÉRY, « Les clauses relatives au remplacement du débiteur défaillant », in *Les clauses applicables...*, *op. cit.*, 2001, p. 232 et suiv.

(205) C'est le cas de A. DURANTON, *op. cit.*, t. 6, 1833, p. 165, n° 461 ou encore de F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, t. 16, 1875, p. 261.

(206) J.-P. LE GALL, « Le retard dans la livraison des marchandises vendues », *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 265 et suiv.; P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, cette Revue, 1975, p. 607-608, n° 65bis; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. 3, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 537-538, n° 689; M. FONTAINE, *op. cit.*, cette Revue, 1991, p. 32-33.

(207) Voy. notamment : Bruxelles, 10 juillet 1950, *J.T.*, 1951, p. 9; Gand, 15 décembre 1971, *Entr. et dr.*, 1973, p. 22, obs. Th. DELAHAYE; Bruxelles, 13 mars 1978, *J.T.*, 1978, p. 560; Liège, 6 décembre 1985, *R.R.D.*, 1987, p. 11, note M. BOURMANNE; Liège, 24 juin 1991, *J.T.*, 1991, p. 696; Gand, 6 mai 2003, *NjW*, 2003, p. 1005, note F.B.; Comm. Bruxelles, 7 avril 1977, *Jur. comm. Brux.*, 1977, p. 635; Comm. Bruxelles, 18 octobre 1977, *Jur. comm. Brux.*, 1978, p. 200; Comm. Bruxelles, 26 juin 1979, *Entr. et dr.*, 1980, p. 102; Comm. Verviers, 17 novembre 1986 et J.P. Verviers, 18 avril 1986, *Entr. et dr.*, 1990, p. 210, obs. M.-A. FLAMME; Comm. Hasselt, 2 mai 1990, *L.R.L.*, 1990, p. 159.

autres contrats (208); elle peut notamment être invoquée par le locataire lorsque son bailleur néglige d'effectuer certaines réparations (209).

Tout en admettant cette entorse au principe de l'autorisation judiciaire, la doctrine et la jurisprudence ont veillé à ne pas abandonner le débiteur, fût-il défaillant, aux caprices de son cocontractant. Il est toujours loisible au débiteur de saisir le juge et de lui demander d'apprécier *a posteriori* si cette faculté a été exercée à bon escient. C'est dire si le créancier qui se remplace unilatéralement agit toujours à ses risques et périls.

Les conditions du remplacement unilatéral sont calquées sur celles de la résolution unilatérale (210). Il est donc inutile d'y revenir. Deux remarques méritent toutefois d'être formulées.

La première, pour insister sur le caractère exceptionnel de la faculté de remplacement unilatéral. Le créancier ne peut se remplacer d'autorité en toutes circonstances. Seule, l'urgence peut légitimer sa décision (211). Si elle fait défaut, le créancier doit prendre son mal en patience et, conformément aux articles 1143 et 1144, réclamer au tribunal une autorisation de remplacement. Ce n'est, à notre avis, qu'une nouvelle manifestation du pouvoir dérogatoire qui caractérise l'urgence : en l'espèce, l'urgence délègue au créancier un véritable « pouvoir d'exécution d'office » (212). Par ailleurs, il en va du remplacement unilatéral comme de la résolution extrajudiciaire : dans certaines hypothèses, la faculté de remplacement unilatéral peut se métamorphoser en un devoir pour le créancier. Ce remplacement obligé s'explique par les interférences en ce domaine de l'obligation pour la victime d'un dommage de limiter celui-ci (213).

La seconde observation tient au fait qu'une partie de la doctrine et de la jurisprudence estime, par identité de motifs avec la résolution unilatérale, que le remplacement unilatéral ne peut être admis qu'en cas de faute grave du débiteur (214). Cette exigence paraît très discutable. La faculté de remplacement est l'application anticipée, sans intervention du juge, des articles 1143 et 1144 : elle vise seulement à procurer au créancier l'exécu-

(208) P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, p. 318 à 321.

(209) Sur cette hypothèse, voy. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, p. 319 et 320; L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence. Les contrats spéciaux (1981 à 1991) », cette Revue, 1996, p. 279.

(210) P. VAN OMMESELAGHE, « Examen », cette Revue, 1986, p. 205, qui écrit : « Ces dérogations (*aux articles 1143 et 1144*) sont les mêmes que celles qui concernent le recours à justice pour la résolution d'un contrat par application de l'article 1184 du Code civil ». Sur ces conditions, voy. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique », *J.T.*, 1996, p. 723 avec les réf.

(211) P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, p. 314-317.

(212) M. VASSEUR, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1954, p. 422.

(213) Pour une étude de cette question, voy. E. DIRIX, « De schadebeperkingsplicht van de benadeelde », note sous civ. Hasselt, 26 février 1979, *R.W.*, 1979-1980, col. 2921 et suiv., spéc. col. 2929; R. KRUTHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », note sous Cass., 22 mars 1985, cette Revue, 1989, p. 12 et suiv.

(214) Voy. encore tout récemment Mons, 16 septembre 2003, R.G. 1999/80 (inédit).

tion en nature de l'obligation et non pas à résoudre la convention. La gravité du manquement du débiteur est, dès lors, sans importance (215).

31. — Les incidences des arrêts du 2 mai 2002. Après ces brefs rappels, venons-en à la question la plus délicate : quelles incidences les arrêts du 2 mai 2002 pourraient-ils avoir sur la faculté de remplacement unilatéral (216) ?

Même si la résolution unilatérale et le remplacement unilatéral poursuivent des finalités radicalement différentes (217), le raisonnement que la Cour de cassation tient pour la résolution des contrats risque fort de devoir être transposé en tous points au remplacement du débiteur défaillant. Au demeurant, le pourvoi pris dans l'affaire *Cartoflex contre D.* invoquait la violation de l'article 1143, lequel applique le principe général de droit du remplacement judiciaire (218) aux obligations de *non facere*. Le demandeur en cassation reprochait au maître de l'ouvrage d'avoir fait procéder d'initiative à l'enlèvement de la véranda aux frais de l'entrepreneur — travaux qui n'étaient que la conséquence logique de la résolution de la convention —, alors qu'aux termes de l'article 1143, cette destruction doit être autorisée par le tribunal. La Cour de cassation rejette l'objection en déclarant que « la règle suivant laquelle la résolution (...) doit être demandée en justice n'empêche pas qu'une partie (...) peut notifier à son cocontractant qu'elle considère le contrat résolu et *désire le rétablissement de la situation originnaire* » (219).

Ce qui est vrai pour la destruction matérielle consécutive à une résolution de contrat doit l'être *a fortiori* pour l'exécution en nature d'une obligation contractuelle de *facere* (art. 1144, C. civ.), de *non facere* (art. 1143, C. civ.) ou de *dare* portant sur des choses fongibles non individualisées. Dès lors, en effet, que l'on permet au créancier de faire l'économie de l'intervention judiciaire préalable pour une mesure aussi radicale que la résolution du contrat, il faut, à plus forte raison, admettre qu'il soit dispensé de cette

(215) Voy. les réf. citées dans notre ouvrage *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, p. 321-322; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique », *J.T.*, 1996, p. 723 avec les réf.; M. COIPEL, *Eléments...*, *op. cit.*, 1999, p. 119; J.-F. GERMAIN et E. PLASSCHAERT, *op. cit.*, 2003, II.1.6.-27.

(216) Les instruments internationaux relatifs aux obligations contractuelles ne contiennent pas de disposition qui reconnaîtrait au créancier le droit de procéder au remplacement du débiteur. Tout au plus ceux-ci font-ils allusion aux contrats de remplacement consécutifs à une résolution unilatérale (voy. ainsi l'art. 9 :506 des Principes du droit européen du contrat). La Cour de cassation française ne s'est à ce jour pas engagée dans une interprétation des articles 1143 et 1144 aussi audacieuse que celle qu'elle a adoptée à propos de l'article 1184 (sur cette jurisprudence, voy. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, p. 308-310).

(217) La première dissout le contrat; le second procure au créancier l'exécution en nature de l'obligation inexécutée.

(218) Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 80. Pour une analyse de l'arrêt, voy. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, p. 111 et suiv.

(219) Mis en italique par nous. Les faits sont assez proches de ceux qui ont donné lieu à l'arrêt de la cour d'appel de Gand du 15 décembre 1971, qui a été commenté par P. VAN OMMESSLAGHE, « Examen », cette Revue, 1975, p. 603 et suiv.

intervention pour le remplacement, qui n'est pas une cause de dissolution du contrat, mais un mode particulier d'exécution en nature (220).

Pour le reste, les mêmes interrogations que pour la résolution extrajudiciaire sont hélas de mise : la Cour reconnaît-elle au créancier le *pouvoir* de s'adresser à un tiers remplaçant ou faut-il considérer que le créancier, qui remplace son cocontractant par un tiers, doit se faire autoriser après coup par le tribunal ?

La première solution serait la plus conforme à la doctrine et à la jurisprudence du fond dominantes (221). On doit toutefois craindre qu'elle ne recueillera pas l'assentiment de la Cour, le jour où la question lui sera posée explicitement. L'emploi du verbe « désirer » (« ... désire le rétablissement de la situation originaire ») n'est, sans doute, pas dû au hasard. « Désirer » n'est pas « décider ».

Il est intéressant de noter à cet égard que le raisonnement que L. Cornelis tient à propos de l'anticipation par le créancier de l'autorisation judiciaire prescrite par l'article 1144 s'inspire nettement de celui qu'il développe pour la résolution extrajudiciaire (222) : c'est à tort, estime-t-il, que la doctrine et la jurisprudence discernent dans la faculté de remplacement unilatéral une nouvelle règle qui aurait vu le jour à côté de l'article 1144. Lorsqu'un juge prend connaissance d'un remplacement unilatéral (« *eenzijdige vervanging* ») qui est contesté par le débiteur, il se demande *post factum* si le créancier se trouvait bien dans des circonstances telles qu'il aurait été en droit d'obtenir l'autorisation de remplacement. Si tel est bien le cas, le tribunal décerne une autorisation *a posteriori*, laquelle opère avec un effet rétroactif. Une telle analyse tend à préserver, vaille que vaille, au remplacement son caractère judiciaire.

B. — *L'annulation des contrats par voie unilatérale*

32. — Le caractère judiciaire de l'annulation. A l'image du remplacement et de la résolution, la nullité du contrat doit, en règle, être prononcée par un tribunal. Le principe général de droit selon lequel nul ne peut se faire justice à lui-même est à l'origine de cette exigence : c'est au juge qu'il incombe de faire tomber l'apparence de validité qui s'attache à l'acte juridique (223). Les parties peuvent toutefois s'accorder pour annuler à l'amiable leur convention (224).

(220) Sur les différences entre remplacement judiciaire et résolution judiciaire, voy. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, p. 259 et suiv.

(221) P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, 1993, p. 293 et suiv.; M. COIPEL, *Éléments...*, *op. cit.*, 1999, p. 118-119; A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, in *Overeenkomstenrecht 1999-2000*, p. 178.

(222) L. CORNELIS, *op. cit.*, 2000, p. 538-540.

(223) H. DE PAGE, *Traité*, t. 2, 1964, p. 750; V. BASTIAEN et G. THOREAU, « Les nullités en droit civil », in *Les nullités en droit belge. Sanction du vice et conséquences*, Ed. Jeune Barreau de Liège, 1991, p. 26; S. STIJNS, « Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming », in *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, sous la dir. de J. SMITS et S. STIJNS, Groningen, Intersentia, 2002, p. 228.

(224) P. WÉRY, *op. cit.*, in *La fin du contrat*, *op. cit.*, 2001, p. 18.

Est-il permis d'aller plus loin, en admettant qu'en certaines circonstances, une partie puisse annuler, de son propre chef mais à ses risques et périls, la convention ? Une partie, qui serait par exemple victime d'un vice de consentement, pourrait-elle, en l'absence d'une telle clause, faire l'économie du recours judiciaire préalable, lorsqu'elle est confrontée à une situation d'urgence ?

La doctrine n'aborde pas la question. Nous avons rompu récemment une lance en faveur d'une telle possibilité (225). Pourquoi, en effet, le principe général de droit susmentionné devrait-il être d'une absolue rigueur s'agissant de la nullité des conventions, alors qu'il peut y être dérogé pour la résolution et le remplacement (226) ? Les conditions auxquelles cette annulation unilatérale devrait obéir ne pourraient évidemment être, en tous points, celles qui gouvernent le remplacement et la résolution extrajudiciaires (227). Ainsi l'exigence d'une faute contractuelle n'aurait-elle aucun sens dans ce contexte : dans l'hypothèse qui nous occupe, il faut établir un défaut dans la formation du contrat. Pour cette même raison, il ne se concevrait pas davantage d'imposer au titulaire du droit de critique de mettre son cocontractant préalablement en demeure.

On notera, avec intérêt, que les Principes Unidroit (228) ainsi que les Principes du droit européen du contrat (229) admettent l'annulation des contrats par simple notification. La déjudiciarisation de la nullité est complète, puisque ces instruments internationaux ne la subordonnent pas à des conditions particulières d'urgence ou autres.

Force nous est toutefois de reconnaître que la philosophie qui imprègne les arrêts du 2 mai 2002 met à mal la thèse que nous défendons. Il y a fort à parier que si, un jour, la Cour de cassation devait être saisie expressément de la question, elle ne se départirait pas du principe de l'annulation par voie judiciaire.

CONCLUSIONS

33. — Une occasion manquée. La position de la Cour de cassation sur la possibilité pour un créancier de résoudre unilatéralement un contrat, même en l'absence de clause résolutoire expresse, était attendue avec impatience.

Les arrêts du 2 mai 2002 ne sont toutefois pas à la hauteur des espérances des praticiens et de la doctrine. Ils baignent, en effet, dans l'ambiguïté. La doctrine est, d'ores et déjà, divisée sur la portée à leur donner. Pour certains interprètes, la résolution unilatérale a conquis ses lettres de noblesse au plus haut niveau, même si les termes de cette consécration sont

(225) *Ibid.*

(226) Comp. dans un sens assez proche avec A. BENABENT, *op. cit.*, 2003, p. 148.

(227) Ce que n'aperçoit pas Bruxelles, 23 novembre 1976, *Entr. Dr.*, 1979, p. 243, obs. Ch. LÉONARD.

(228) Article 3.14.

(229) Article 4.112.

sujets à caution. D'autres y voient, au contraire, le rejet de cette forme de résolution.

Cette ambiguïté tient au fait que la Cour n'a, semble-t-il, pas voulu condamner de manière brutale l'attitude du créancier qui « rompt » le contrat. La haute juridiction l'autorise à considérer le contrat « comme résolu » et à « désirer » en conséquence le retour au *pristin* état. Il n'en demeure pas moins que fondamentalement, la Cour répudie la résolution unilatérale en tant que figure autonome, puisque le contrôle judiciaire *a posteriori* s'effectue dans le cadre d'une action en résolution.

La Cour de cassation n'a pas osé franchir le Rubicon de l'article 1184, alinéa 3. On peut le regretter, dans la mesure où sa position va à contre-courant de celle qui est défendue par une doctrine largement dominante et par les cinq cours d'appel du pays. Elle aurait pu trouver, dans le principe de l'exécution de bonne foi des conventions et dans une interprétation renouvelée de l'article 1184, alinéa 3, du Code civil, des arguments qui militent en faveur de la reconnaissance, pour le créancier, d'un pouvoir de résolution unilatérale (voy. *supra*, n° 26 et 28). Le pouvoir dérogatoire qui s'attache à l'urgence et à l'état de nécessité offre aussi des perspectives intéressantes (voy. *supra*, n° 27).

Quoi qu'il en soit, le droit belge compte, à l'heure actuelle, deux variétés de résolution unilatérale. D'une part, la résolution pleine et entière qui résulte d'un pouvoir de décision dont le législateur investit expressément certains créanciers (art. 1657, C. civ.; le licenciement d'un travailleur pour motifs graves; *etc.*); d'autre part, la résolution extrajudiciaire opérant sur un mode mineur, qui permet au créancier désirant mettre fin à la convention de ne pas exécuter son obligation et de « considérer le contrat comme résolu », en attendant une décision judiciaire. Cette seconde variété de résolution unilatérale qui anticipe sur la décision du juge est sans équivalent dans les systèmes juridiques et les instruments internationaux que nous avons examinés.

On peut légitimement nourrir les mêmes craintes quant à la question de savoir si le remplacement du débiteur défaillant peut être décidé d'office par le créancier. Si on lui applique la logique des arrêts du 2 mai 2002, le créancier ne dispose pas d'un pouvoir autonome lui permettant de substituer, en certaines circonstances, sa personne ou celle d'un tiers au débiteur défaillant (voy. *supra*, n° 32). Il en va probablement de même de la question de savoir si, de son propre chef, une partie pourrait annuler, en certaines circonstances, une convention (voy. *supra*, n° 33).

Il reste à espérer que la Cour de cassation se verra offrir rapidement l'occasion de clarifier sa position sur l'admissibilité de la résolution unilatérale en droit belge. Elle devrait aussi lever les incertitudes qui existent, tant sur le fondement et les conditions d'application de cette sanction que sur la portée du contrôle judiciaire *a posteriori*.

R.C.J.B. - 3^e trim. 2004



On ne saurait trop insister, entre-temps, sur l'utilité des clauses résolutoires expressees et des clauses autorisant le remplacement du débiteur.

PATRICK WÉRY,

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE
DE LOUVAIN