

# 11. L'INEXÉCUTION DU CONTRAT IMPUTABLE AU DÉBITEUR<sup>1</sup>

Yannick NINANE

Maître de conférences invité à l'Université Saint-Louis Bruxelles  
Juge au tribunal de l'entreprise du Hainaut

et

Jean-François GERMAIN

Maître de conférences invité à l'Université Saint-Louis Bruxelles  
Avocat au barreau de Bruxelles

|                                                |     |
|------------------------------------------------|-----|
| SECTION 1. Présentation générale des sanctions | 436 |
| SECTION 2. L'exécution en nature               | 438 |
| SECTION 3. La réparation du dommage            | 460 |
| SECTION 4. La résolution du contrat            | 472 |
| SECTION 5. La réduction de prix                | 492 |
| SECTION 6. L'exception d'inexécution           | 497 |
| Conclusion                                     | 504 |

1. La présente contribution est une version modifiée, complétée et mise à jour du texte coécrit par Y. Ninane et R. Thüngen, paru en 2022, dans la collection UB<sup>3</sup>, dans un ouvrage coordonné par R. Jafferli (Y. NINANE et R. THÜNGHEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », in R. JAFFERLI (coord.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, coll. UB<sup>3</sup>, vol. 96, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 219-280). Les auteurs remercient R. Thüngen d'avoir accepté que plusieurs passages du texte original soient reproduits dans la présente contribution.

## Section 1. Présentation générale des sanctions

**1. L'imputabilité au débiteur. Notion.** La sous-section du Code civil consacrée à l'inexécution contractuelle du débiteur débute par un renvoi à la définition de l'imputabilité de cette inexécution au débiteur (art. 5.225). La seule inexécution n'est en effet pas suffisante pour établir la responsabilité du débiteur, encore faut-il qu'elle lui soit imputable parce qu'il est en faute ou parce que, même non fautif, il doit répondre de la cause de l'inexécution, en vertu de la loi<sup>2</sup> ou d'un acte juridique (par exemple une garantie).

**2. Énumération des sanctions. Article 5.83.** L'article 5.83 énumère ensuite les cinq sanctions applicables en cas d'inexécution imputable au débiteur. Les articles qui suivent exposent les règles régissant chaque régime de sanction. Cette approche, soit l'établissement d'une liste à la fois systématique et didactique, tranche singulièrement avec celle de l'ancien Code civil. Cette vue d'ensemble des conséquences de la faute contractuelle s'accompagne de trois règles générales qui ont été dégagées par la jurisprudence et la doctrine sous l'empire de l'ancien Code civil et qui n'étaient pas expressément consacrées.

Tout d'abord, le premier alinéa de l'article 5.85 précise que les sanctions énumérées sont celles dont dispose le créancier victime d'une inexécution imputable, « sauf volonté contraire des parties ». L'exposé des motifs confirme que les parties sont libres d'aménager ou même de supprimer une ou plusieurs sanctions<sup>3</sup>. Il ne faudrait pas pour autant en déduire que toute cette matière relève du droit supplétif. En effet, comme on le verra ci-après, certaines règles relèvent du droit impératif. Par ailleurs, la mise en œuvre des sanctions est limitée par la bonne foi, qui interdit à un créancier d'abuser des droits que le contrat lui confère<sup>4</sup>. Le principe de l'exécution de bonne foi et la prohibition de l'abus de droit contractuel, qui est son corollaire, sont consacrés par l'article 5.73, alinéas 1<sup>er</sup> et 2, 2°. Pour être complet, rappelons que les clauses qui excluent une sanction contractuelle peuvent, le cas échéant, être invalidées sur la base de l'interdiction des clauses abusives tant dans les

2. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 259. On soulignera à ce propos que l'article 5.229 consacre l'imputabilité de l'inexécution en raison de la faute des auxiliaires auxquels le débiteur a fait appel, et que l'article 5.230 instaure une obligation de résultat dans le chef du débiteur qui utilise une chose défectueuse pour exécuter son obligation, et qui aboutit à lui imputer l'inexécution résultant de la défectuosité de la chose utilisée (les travaux préparatoires donnent l'exemple du médecin qui opère avec du matériel défectueux – *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 266).

3. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 93.

4. *Ibid.*

relations B2C que dans les relations B2B<sup>5</sup>, mais désormais également dans les relations C2C sur pied de l'article 5.52.

L'alinéa 2 énonce, sous une forme quelque peu alambiquée<sup>6</sup>, un autre principe et sa limite : les sanctions peuvent être cumulées, pour autant qu'elles soient compatibles. Il s'agit, selon l'exposé des motifs, d'un « principe de cohérence ». L'application de ce principe requiert un examen au cas par cas, mais on peut souligner d'emblée que le cumul n'a rien du cas d'école. Ainsi, pour autant que les conditions d'applications de chacune de ces institutions soient remplies, un créancier peut parfaitement suspendre l'exécution de ses obligations contractuelles tout en sollicitant la résolution du contrat et l'octroi d'une indemnisation.

**3. La mise en demeure comme préalable.** Hormis l'exception d'inexécution, la mise en œuvre des sanctions doit être précédée d'une mise en demeure<sup>7</sup>. On sait que cette exigence est fortement relativisée. Tout d'abord, l'article 5.233 du Livre 5 consacre le principe selon lequel l'exigence de la mise en demeure préalable est écartée lorsque la mise en demeure ne présente plus d'utilité et énumère pas moins de six applications de ce principe. En outre, il était admis de longue date que, conformément à l'article 1139 de l'ancien Code civil, le débiteur pouvait être mis en demeure non seulement par une sommation, mais également « par autre acte équivalent », c'est-à-dire notamment tout acte introductif d'instance<sup>8</sup>. L'article 5.231 contient une définition large de la mise en demeure, laquelle englobe l'acte introductif d'instance<sup>9</sup>. Le créancier qui assigne son débiteur en justice sera donc considéré comme ayant mis son débiteur en demeure. Enfin, l'article 5.232 introduit la notion, déjà consacrée par la Cour de cassation<sup>10</sup>, de la mise en demeure anticipée permettant au créancier d'adresser la mise en demeure avant l'échéance du terme de l'obligation, à une date « suffisamment rapprochée ». Signalons qu'en règle, l'exigence de la mise en demeure préalable est une règle supplétive, ce qui est confirmé par l'article 5.233, 5<sup>o</sup><sup>11</sup>.

5. La présente contribution n'abordera pas en détail l'impact des législations B2C et B2B dans le domaine des sanctions applicables en cas d'inexécution imputable. Voy. not. à ce sujet l'ouvrage *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019*, Limal, Anthemis, 2020, spéc. pp. 270 et s.

6. Empruntée il est vrai à l'article 1217 du Code civil français.

7. Voy. pour plus de développements P. COLSON et Fl. GEORGE, « Les sanctions de l'inexécution de l'obligation contractuelle », in B. KOHL et P. WÉRY (dir.), *Le nouveau droit des obligations*, coll. CUP, vol. 216, Liège, Anthemis, 2022, pp. 118 et s.

8. Sur cette question, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 472 n<sup>o</sup> 450.

9. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n<sup>o</sup> 55-1806/001, pp. 266 et 267.

10. Cass., 16 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1304.

11. Sur ce principe et ses exceptions *de lege lata*, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, pp. 494 et 495, n<sup>os</sup> 4747 et 478.

## Section 2. L'exécution en nature

### §1. Un droit du créancier mais aussi du débiteur

**4. Principe et exceptions.** L'article 5.84 du Code civil consacre le droit du créancier à obtenir l'exécution en nature de l'obligation. L'article 5.234, alinéa 1<sup>er</sup>, rappelle que ce principe connaît des exceptions lorsque l'exécution en nature n'est plus possible ou est devenue inutile<sup>12</sup>, ou en cas d'abus de droit<sup>13</sup>. Le principe de primauté de l'exécution en nature, consacré de longue date par la Cour de cassation<sup>14</sup>, est donc confirmé sans ambiguïté.

**5. Un droit pour le débiteur également.** Comme le rappelle P. Wéry, « le primat de l'exécution en nature bénéficie tant au créancier qu'au débiteur »<sup>15</sup>. En conséquence, si ce dernier propose de s'exécuter, le créancier est tenu de l'accepter et le juge doit y faire droit, sauf si cette proposition n'est pas satisfaisante pour le créancier<sup>16</sup>. C'est ce que confirme l'article 5.238 du Code civil qui dispose « [qu']une fois en demeure, le débiteur conserve le droit d'offrir l'exécution de la prestation due pour autant que celle-ci présente encore une utilité pour le créancier ».

Comme le débiteur, le créancier n'a donc pas d'option : même s'il poursuit la réparation par équivalent (dommages et intérêts), il pourra être contraint d'accepter une exécution en nature si celle-ci est encore possible et est proposée par le débiteur<sup>17</sup>. S'il s'y oppose, il risque de se mettre lui-même en défaut<sup>18</sup>.

12. Cass., 13 mars 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 136 ; Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 370. Voy. les exemples cités par P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 230 et s.

13. Voy. également la Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 94.

14. Cass., 13 mars 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 236 qui confirme dans cet arrêt sa jurisprudence antérieure (voy. not. : Cass., 30 janvier 1965, *Pas.*, I, p. 538 ; Cass., 5 janvier 1968, *Pas.*, I, p. 567 ; Cass., 23 décembre 1977, *Pas.*, 1978, p. 477 ; Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 370).

15. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 521, n° 505.

16. C'est notamment le cas « lorsqu'en raison de sa tardiveté, l'exécution [en nature] devient sans intérêt pour le créancier » (Cass., 30 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 95).

17. Liège, 12 décembre 2005, *J.T.*, 2005, p. 188 ; P. VAN OMMESELAGHE, « Les obligations. Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1986, p. 197 ; P. WÉRY, « Une forme d'exécution en nature trop peu connue : le remplacement judiciaire », *R.R.D.*, 1995, p. 661.

18. *Entr. et dr.*, 2001, p. 117 et note C. LEPAFFE.

## §2. Le remplacement du débiteur

### I. Notion

**6. Un mode d'exécution – mais également de réparation – en nature.** Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mars 1919<sup>19</sup>, le remplacement du débiteur est considéré comme un mode d'exécution en nature, par lequel le créancier exécute lui-même l'obligation ou la fait exécuter par un tiers aux dépens du débiteur lorsque celui-ci est en manquement<sup>20</sup>.

S. De Rey propose une nouvelle analyse du remplacement, considérant que celui-ci peut constituer un mode d'exécution en nature de l'obligation lorsque le créancier ou le tiers exécute une prestation identique à celle qui demeure inexécutée par le débiteur, mais également un mode de réparation en nature lorsque le tiers ou le créancier « *exécute quelque chose de différent* que l'objet de [cette] obligation »<sup>21</sup>. Cette analyse est consacrée à l'article 5.86, alinéa 2, du Code civil qui précise que « la réparation en nature peut avoir lieu par remplacement du débiteur ».

Le régime du remplacement basé sur la réparation n'en sera pas pour autant identique dans ses conditions d'application. L'exécution en nature de l'obligation contractuelle ne doit en effet pas être confondue avec la réparation en nature du dommage contractuel<sup>22</sup>. La réparation en nature est une forme d'indemnisation des dommages contractuels subis par le créancier en raison d'un préjudice engageant la responsabilité contractuelle du débiteur<sup>23</sup>. Elle est un effet de la responsabilité contractuelle qui suppose que le créancier établisse l'imputabilité de l'inexécution au débiteur et le dommage qui en a résulté, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il poursuit l'exécution en nature<sup>24</sup>. La qualification juridique du recours n'est donc pas sans incidence : si le créancier poursuit l'exécution en nature, il se contentera de prouver que l'obligation existe et que son inexécution est imputable au débiteur (peu importe que l'inexécution lui soit ou non dommageable), s'il poursuit la

19. Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 80.

20. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 531, n° 518 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 854, n° 556.

21. Traduction libre de « *iets anders presteert dan wat het voorwerp van de niet-nagekomen verbintenissen bepaalt* ». S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *R.G.D.C.*, 2020, p. 546, n° 18.

22. Voy. à ce propos l'analyse de P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, *op. cit.*, pp. 135 et s. ainsi que les références citées en doctrine française.

23. P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, *op. cit.*, p. 344.

24. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 720.

réparation d'un dommage, il devra établir tous les éléments de la responsabilité de son débiteur<sup>25</sup>. Il risquera en outre dans ce contexte de se voir opposer des clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité<sup>26</sup>.

**7. Un principe général du droit des obligations.** L'ancien Code civil permet, en ses articles 1143 et 1144, au créancier de solliciter l'autorisation du juge de détruire « ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement » ou « [d']exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur » en cas d'inexécution de ce dernier.

La Cour de cassation a précisé, de longue date, que ces dispositions « rappelle[nt], pour les obligations de faire et de ne pas faire, un principe général du droit des obligations et dispose[nt] qu'au cas d'inexécution, le créancier peut être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur » et que, partant « cette règle régit les obligations de toute nature »<sup>27</sup>.

C'est la raison pour laquelle les auteurs de la proposition ont prévu de réglementer le remplacement à l'article 5.235 contenu au titre du Livre 5 du Code consacré au régime général de l'obligation<sup>28</sup>, l'article 5.85 y renvoyant avant de régler deux modalités de mise en œuvre du remplacement, spécifiques aux obligations contractuelles.

## II. Le remplacement judiciaire

**8. Principe.** Les deux premiers alinéas de l'article 5.235 du Code civil reformulent les articles 1143 et 1144 de l'ancien Code civil en prévoyant que « le créancier a le droit<sup>29</sup> de se faire autoriser par le juge à exécuter lui-même l'obligation ou à la faire exécuter par un tiers aux frais du débiteur » et/ou « à procéder [à] la destruction de tout ce qui a été fait par contravention à l'engagement aux frais du débiteur ».

25. Ceci n'étant toutefois pas exclusif de la possibilité pour le créancier d'engager la responsabilité contractuelle de tiers aux fins de les entendre participer aux coûts de son intervention s'il estime qu'ils ont commis une faute engageant leur responsabilité partielle.

26. Concernant ce type de clauses, voy. *infra*, n° 35 et s.

27. Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 80, précité.

28. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 94.

29. P. Wéry (« Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », *R.C.J.B.*, 2021, pp. 477 et 478, n° 13) rappelle que ce droit n'est reconnu par la Cour de cassation que depuis son arrêt précité du 6 mars 1919 (confirmé par Cass., 14 avril 1994, *Act. dr.*, 1996, p. 23, note P. WÉRY et par Cass., 18 juin 2020, *R.C.J.B.*, 2021, p. 457), la Cour considérant antérieurement que le remplacement du débiteur n'était qu'une faculté laissée à l'appréciation souveraine du juge (Cass., 2 juillet 1874, *Pas.*, 1874, I, p. 244).

**9. Si la prestation s'y prête.** Le texte précise que le remplacement n'est autorisé que « si la prestation s'y prête », ce qui exclut notamment le remplacement lorsque le débiteur est tenu à une obligation personnelle<sup>30</sup>, conformément à la jurisprudence bien établie de la Cour de cassation<sup>31-32</sup>.

**10. Une mesure subsidiaire à l'exécution par le débiteur.** Bien qu'envisagée comme une modalité particulière de l'exécution en nature, le remplacement – qui mène à ce que l'obligation soit exécutée par un tiers – est considéré comme subsidiaire par rapport à l'exécution de l'obligation par le débiteur<sup>33</sup>. En conséquence, si le débiteur offre de s'exécuter, le juge doit lui accorder un ultime délai pour ce faire s'il constate que cette exécution peut encore intervenir à la satisfaction du créancier<sup>34</sup>. Le cas échéant, il peut prévoir qu'à l'issue de ce délai, le créancier sera autorisé à remplacer le débiteur s'il demeure défaillant<sup>35</sup>. Cela exclut-il pour autant que le créancier puisse solliciter le remplacement à titre principal, sans laisser une ultime chance au débiteur ? Le professeur Van Ommeslaghe répond par la négative : le créancier doit pouvoir introduire une demande de remplacement à titre principal lorsque les circonstances témoignent de « l'ampleur des défaillances du débiteur, son incompétence manifeste, sa mauvaise foi ou l'impossibilité pour lui d'exécuter l'obligation »<sup>36</sup>.

30. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 269. Cette hypothèse vise non seulement les obligations *intuitu personae*, mais également celles à charge des pouvoirs publics lorsque le remplacement entraverait la continuité du service public (concernant l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation sur cette question, voy. S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtigde vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *op. cit.*, pp. 541 et 542, n° 7 et P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », *op. cit.*, pp. 478-480, n°s 14 et 15).

31. Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 80, précité ; Cass., 28 avril 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 255 ; Cass., 12 septembre 1958, *Pas.*, 1959, I, p. 45.

32. S. De Rey considère qu'un remplacement demeure possible, même en cas d'obligation *intuitu personae* dans le chef du débiteur, non à titre d'exécution en nature, mais de réparation en nature (« Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtigde vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *op. cit.*, p. 544, n° 10). P. Wéry ne partage pas cette opinion qui, selon lui, « perd de vue la nécessité de l'équivalence qualitative qui est inhérente à la réparation en nature » (« Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 479, n° 14).

33. S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtigde vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *op. cit.*, p. 544, n° 10.

34. Voy. à cet égard l'article 5.228 du Code civil qui prévoit qu'« une fois en demeure, le débiteur conserve le droit d'offrir l'exécution de la prestation due pour autant que celle-ci présente encore une utilité pour le créancier ». Pour un cas de rejet de l'offre du débiteur, jugée non satisfaisante, voy. Comm. Mons, 3 février 2004, *R.G.D.C.*, 2004, p. 217, note P. WÉRY.

35. P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 476, n° 11.

36. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 836. ; dans le même sens : P. WÉRY, « Une forme d'exécution en nature trop peu connue : le remplacement judiciaire », *op. cit.*, p. 63.

**11. La preuve et l'intensité du manquement.** Le remplacement étant envisagé comme une sanction de l'inexécution de l'obligation du débiteur, le manquement de ce dernier en est une condition évidente. Conformément à l'article 8.4. du Code civil réglementant la charge de la preuve<sup>37</sup>, lorsque le créancier d'une obligation contractuelle<sup>38</sup> a prouvé l'existence de celle-ci (et donc du contrat), il incombe en principe à son débiteur d'établir son exécution. Une telle solution s'impose incontestablement lorsque le créancier poursuit l'exécution en nature de l'obligation<sup>39</sup>. Certains auteurs considèrent que le caractère subsidiaire du remplacement par rapport à l'exécution en nature par le débiteur a pour conséquence d'imposer au créancier de prouver l'inexécution de l'obligation<sup>40</sup>. Nous ne partageons pas cette analyse. En effet, le remplacement est une modalité particulière de l'exécution en nature<sup>41</sup> et son caractère subsidiaire à l'exécution par le débiteur ne nous paraît pas justifier un renversement de la charge de la preuve établi par les deux premiers alinéas de l'article 8.4. du Code civil. En effet, suivant l'enseignement de R. Jafferali, « l'article [8.4]<sup>42</sup>, alinéa 2, du Code civil paraît donc devoir être interprété en ce sens que, quelle que soit la sanction envisagée, la preuve de l'exécution d'une obligation contractuelle incombe au débiteur, sans préjudice de la preuve des éventuelles autres conditions d'application de la sanction qui continuent quant à elles à peser sur le créancier »<sup>43</sup>. Or, à la différence de la résolution, le remplacement n'impose pas au créancier d'établir que le manquement du débiteur est suffisamment grave<sup>44</sup>. Il ne requiert pas non plus la preuve d'un dommage dans le chef du créancier en lien causal avec la faute du débiteur, conditions de la responsabilité contractuelle du débiteur<sup>45</sup>.

37. Et reprenant, en les complétant, les principes consacrés par l'article 1315 de l'ancien Code civil qu'il remplace.

38. Concernant la charge de la preuve d'une obligation extracontractuelle et de son (in)exécution, voy. R. JAFFERALI, « La charge de la preuve de la fourniture d'informations. Tentative de conciliation des arrêts de la Cour de cassation des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019 », *J.T.*, 2019, pp. 718 et 719, n° 11.

39. R. JAFFERALI, « La charge de la preuve de la fourniture d'informations », *op. cit.*, pp. 715 et 716, n° 6.

40. S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *op. cit.*, p. 545, n° 14.

41. Voy. *supra*, n° 6.

42. Le texte original vise l'article 1315 de l'ancien Code civil, dont les principes ont été repris aux deux premiers alinéas de l'article 8 du Code civil.

43. R. JAFFERALI, « La charge de la preuve de la fourniture d'informations », *op. cit.*, p. 718, n° 10.

44. P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 476 n° 12 ; S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *op. cit.*, p. 554, n° 40.

45. S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *op. cit.*, p. 455, n° 14.

Une nuance doit toutefois être apportée s'agissant de l'obligation partiellement exécutée. On admet en effet qu'il ne peut être exigé du débiteur qu'il établisse l'exécution parfaite de son obligation. En conséquence, lorsqu'il établit qu'il a fourni une certaine prestation ou que celle-ci n'est pas contestée par le créancier et que ce dernier lui reproche le caractère non conforme de celle-ci, la charge de la preuve de ce défaut de conformité lui incombe<sup>46</sup>. Cette solution est consacrée par l'article 5.239, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, dans le cadre de l'exception d'inexécution<sup>47</sup>.

**12. À la condition que l'exécution demeure possible et la prohibition de l'abus de droit.** Si le créancier sollicite l'autorisation du juge de remplacer son débiteur et que ce dernier n'offre pas de s'exécuter lui-même ou que cette offre n'est pas jugée satisfaisante, il doit y être fait droit, sauf si l'exécution par un tiers est impossible ou constitue un abus de droit<sup>48</sup>.

**13. Le respect des intérêts raisonnables du débiteur.** La Cour de cassation a précisé, par son arrêt du 18 juin 2020<sup>49</sup>, que « le créancier doit tenir compte des intérêts raisonnables du débiteur », ce qui lui impose d'agir dans des conditions conformes à la bonne foi<sup>50</sup>. Il devra ainsi choisir un remplaçant compétent, dont le coût n'est pas manifestement excessif et ne pourra mettre à charge de son débiteur le coût de prestations qui n'ont pas été rendues nécessaires par sa défaillance. Il veillera en outre à mettre en œuvre le remplacement dans un délai raisonnable<sup>51</sup>.

46. D. MOUGENOT, « La charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle : la distinction entre l'obligation totalement ou partiellement inexécutée au secours du praticien », in S. Stijns et P. Wéry (éd.), *Le juge et le contrat. De rol van de rechter in het contract*, Bruges-Bruxelles, die Keure-la Charte, 2014, pp. 409-427 ; R. JAFFERALI, « La charge de la preuve de la fourniture d'informations », *op. cit.*, p. 721, n° 14.

47. Voy. *infra*, n° 72.

48. Le remplacement étant un mode particulier d'exécution en nature, il ne peut être appliqué lorsque cette dernière est exclue, c'est-à-dire, comme le prévoit l'article 5.234, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, lorsque « cela s'avère impossible ou abusif ». Voy. également S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *op. cit.*, p. 545, n° 15 et P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », *op. cit.*, pp. 480 et 481, n° 16.

49. Cass., 18 juin 2020, *R.G.D.C.*, 2020, p. 583 et note S. De Rey ; *J.L.M.B.*, 2021, p. 846 et note S. RAXHON ; *R.C.J.B.*, 2021, p. 457 et note P. WÉRY ; *R.D.C.*, 2021, p. 1057 et note Ch.-E. LAMBERT.

50. Ch.-E. LAMBERT, « Le remplacement extrajudiciaire enfin reconnu par la Cour de cassation », *R.D.C.*, 2021, p. 1063, n° 20. Voy., à cet égard, l'article 5.73, alinéa 2, 1°, du Code civil qui rappelle que, conformément au principe d'exécution de bonne foi des conventions, « chacune des parties doit, dans l'exécution du contrat, se comporter comme le ferait une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances ».

51. P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 481, n° 17. Ch.-E. Lambert invite à cet égard le créancier « à trouver un équilibre délicat entre, d'une part, le temps à consacrer à la prospection du marché et à la négociation avec les tiers pour le remplacement, ce qui prolonge les délais, et, d'autre part, la conclusion immédiate sans négociation avec le premier tiers qui formule une offre, ce qui est

Afin d'éviter un contentieux lié aux coûts de remplacement, il peut s'avérer utile de solliciter du juge qu'il désigne un technicien chargé de surveiller les opérations de remplacement<sup>52</sup>. Par ailleurs, il faudra veiller à ce que le juge détermine clairement que les frais de remplacement seront payables par le débiteur sur simple présentation des factures de son remplaçant, ce qui permettra au créancier, en cas de contestation, de disposer sur la base du jugement d'un titre exécutoire relatif à une créance certaine, liquide et exigible, ce pour peu qu'il ait agi « avec prudence et de bonne foi » dans le cadre du remplacement<sup>53</sup>.

**14. L'octroi d'une provision éventuelle.** L'article 5.235 prévoit, en son alinéa 3, que « le juge peut condamner le débiteur au paiement d'un montant provisionnel aux fins de remboursement des frais exposés pour le remplacement ». Il s'agit là d'une nouveauté, inspirée d'autres droits<sup>54</sup>, qui évitera au créancier de faire l'avance de l'ensemble des coûts du remplacement de son débiteur défaillant. Cette disposition répond à l'une des difficultés liées à l'« après dire droit »<sup>55</sup> en matière de remplacement, à savoir celle du risque d'insolvabilité du débiteur remplacé auquel le créancier est confronté après avoir dû faire l'avance des frais de remplacement. Signalons également que, dans le cadre d'un remplacement judiciaire, rien n'interdit que l'on sollicite du juge qu'il combine sa décision de remplacement avec une astreinte, en imposant au débiteur de s'exécuter dans un certain délai, sous peine d'astreinte et sous peine de remplacement<sup>56</sup>.

**15. Effets du remplacement.** Lorsque le juge fait droit à la demande du créancier et autorise le remplacement du débiteur, celui-ci est tenu à une « obligation de laisser faire »<sup>57</sup> qui lui impose de permettre l'exécution de l'obligation par le créancier ou par le tiers qu'il a désigné. C'est ainsi que si le débiteur doit donner accès au créancier ou au tiers qui le remplace pour que

certes rapide mais aussi généralement plus onéreux », en précisant que « cet équilibre dépendra des circonstances concrètes de chaque espèce » (« Le remplacement extrajudiciaire enfin reconnu par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 1066, n° 35).

52. F. GLANSDORFF et A. BOUCHÉ, « Le rôle de l'expert dans la réparation en nature », *Entr. et dr.*, 1986., pp. 48-54.

53. P. WÉRY, « L'exécution en nature des obligations contractuelles », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, p. 366 et références citées.

54. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 269.

55. P. WÉRY, « L'exécution en nature des obligations contractuelles », *op. cit.*, p. 365.

56. J.P. Jumet, 16 février 1999, *R.R.D.*, 1999, p. 296 et note P. WÉRY.

57. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 531, n° 518 ; S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *op. cit.*, p. 545, n° 16.

l'exécution de l'obligation puisse avoir lieu, le juge peut assortir la condamnation du débiteur d'une astreinte<sup>58</sup>.

L'article 5.235 du Code civil précise en outre que le remplacement a lieu « aux frais du débiteur ». Celui-ci sera dès lors tenu de rembourser au créancier les frais qu'il a, de bonne foi, exposés pour (faire) exécuter l'obligation du débiteur. Toutefois, le remplacement constituant un mode particulier d'exécution en nature de l'obligation<sup>59</sup>, il n'a pas pour effet de libérer le créancier qui serait tenu d'obligations réciproques envers le débiteur, dans le cadre d'un contrat synallagmatique<sup>60</sup>. En conséquence, si le créancier n'a pas encore exécuté l'ensemble de ses obligations, il ne pourra plus invoquer l'exception d'inexécution lorsque le remplacement sera intervenu puisque l'obligation du débiteur sera alors exécutée. Il devra donc exécuter intégralement sa propre obligation. Si celle-ci porte sur le paiement d'une somme d'argent, elle pourra être compensée<sup>61</sup> avec le remboursement des frais du remplacement à charge du débiteur, de sorte que celui-ci ne lui sera redevable que du surcoût du remplacement par rapport au prix de la prestation mise à sa charge.

Que se passe-t-il en revanche si les coûts du remplacement sont moins onéreux que le prix qui avait été initialement convenu avec le débiteur ? La rigueur des principes commande que dans ce cas, la différence soit conservée par le débiteur, qui pourra donc la réclamer au créancier, sauf pour ce dernier à y imputer une créance complémentaire de dommages et intérêts comme il est en droit de le faire en sus du remplacement<sup>62</sup>.

**16. La responsabilité pour les actes posés par le remplaçant.** Le remplaçant ne nous semble pas pouvoir être assimilé purement et simplement à un agent d'exécution, qui serait subrogé au débiteur initial pour exécuter tout ou partie de son contrat. Il conclut un nouveau contrat avec le créancier pour exécuter la prestation matérielle mal ou non exécutée par le débiteur initial. Le débiteur initial ne pourrait donc, à notre estime, être systématiquement tenu, vis-à-vis du créancier, de fautes commises par le remplaçant dans le cadre de sa mission<sup>63</sup>. À tout le moins cette responsabilité devra-t-elle être sérieusement nuancée si l'on admet que le remplaçant est au minimum

58. Pour un cas d'application, voy. Civ. Huy, 26 juin 1985, R.G. n° 11.192, cité par P. WÉRY in *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 544, n° 532.

59. Voy. *supra*, n° 6.

60. E. SWAENPOEL, « De eenzijdige vervanging en de eenzijdige ontbinding: verwarring troef », *R.G.D.C.*, 2007, p. 158, n° 11.

61. Le régime de la compensation est à présent réglé aux articles 5.254 et suivants du Code civil.

62. P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations non pécuniaires*, *op. cit.*, p. 268.

63. Dans le cas contraire, cela signifierait d'ailleurs que le créancier aurait plus avantage à la résolution pure et simple du contrat qu'à son maintien.

un « agent d'exécution imposé » (par le créancier) au débiteur initial<sup>64</sup>. En revanche, dans la mesure où le contrat initial reste en vigueur, il nous semble que le débiteur reste tenu par toutes ses obligations propres, en ce compris le respect des délais et la déduction des indemnités de retard jusqu'à l'accomplissement, par le remplaçant, de la prestation en souffrance.

### III. Le remplacement extrajudiciaire

#### A. L'application d'une clause de remplacement

**17. Licéité de la clause et consécration légale.** Les clauses organisant le remplacement du débiteur – appelées également clauses de « mesures d'office » – sont fréquentes dans la pratique, particulièrement dans les contrats d'entreprise. Leur licéité est admise de longue date dès lors que les articles 1143 et 1144 de l'ancien Code civil qui subordonnent le remplacement à l'autorisation préalable du juge ne sauvegardent que les intérêts du débiteur, qui peut y renoncer, et que « leur mise en œuvre n'affecte pas les droits d'autres créanciers »<sup>65</sup>.

Consacrant cette pratique, l'article 5.85, alinéa 2, du Code civil confirme que le remplacement du débiteur « peut aussi résulter de l'application d'une clause autorisant le créancier à exécuter lui-même ou à faire exécuter part un tiers l'obligation aux frais du débiteur ».

#### B. Le remplacement par notification

**18. Évolution doctrinale et jurisprudentielle.** Suivant un courant initié par le professeur Van Ommeslaghe<sup>66</sup>, la doctrine<sup>67</sup> et la jurisprudence de

64. Voy. à ce sujet J. VAN ZUYLEN, « L'inexécution commise par l'auxiliaire (imposé) du débiteur : entre force majeure et responsabilité contractuelle pour autrui », in C. DELFORGE et J. VAN ZUYLEN (coord.), *Le fait d'autrui. Responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, Limal, Anthemis, 2021, p. 311 (et références citées).

65. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 722, n° 691 et les références citées.

66. P. VAN OMMEFLAGHE, « Examen de jurisprudence (1968 à 1973). Les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, pp. 603-611, n°s 65 et 65bis. P. Wéry rappelle toutefois que « bon nombre d'auteurs du dix-neuvième siècle mettaient, eux aussi, en doute la nécessité de cette autorisation judiciaire dans certaines hypothèses » (voy. P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », *op. cit.*, pp. 483 et 484, n° 20 et les extraits des commentaires de auteurs classiques qu'il cite).

67. Parmi les nombreuses références citées par S. De Rey (« Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtigde vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *op. cit.*, p. 549, note n° 79), voy. not. R. KRUIJTHOF, « Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen », *T.P.R.*, 1983, p. 495 ; L. SIMONT, J. DE GRAVE et P. A. FORIERS, « Examen de jurisprudence. Les contrats spéciaux (1976 à 1980) », *R.C.J.B.*, 1986, p. 284 ; X. DIEUX, « La formation, l'exécution et la dissolution des contrats devant le juge des référés », *R.C.J.B.*, 1987, p. 250 ; E. DIRIX, « Eigenrichting in het privaatrecht », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles,

fond<sup>68</sup> s'accordent à considérer que le créancier peut, dans certaines circonstances et moyennant le respect de conditions strictes<sup>69</sup>, se passer de l'autorisation préalable du juge pour procéder au remplacement de son débiteur.

Ce n'est que par son récent arrêt du 18 juin 2020<sup>70</sup> que la Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer que « dans des circonstances exceptionnelles, telles que l'urgence, le créancier peut [...] recourir [au remplacement de son débiteur] sans autorisation judiciaire, à ses frais et à ses risques, et recouvrer ces frais auprès du débiteur, son comportement étant soumis au contrôle ultérieur du juge » tout en précisant qu'il « doit tenir compte des intérêts raisonnables du débiteur ».

**19. Consécration légale.** Cette solution est à présent consacrée par l'article 5.85, alinéa 3, du Code civil, qui en précise les conditions :

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

**20. Si la prestation s'y prête.** « Le remplacement unilatéral ne peut être admis, là où le remplacement judiciaire est impossible »<sup>71</sup>. Le créancier ne peut, en conséquence, procéder au remplacement de son débiteur par notification lorsque l'obligation en souffrance est personnelle dans le chef du débiteur<sup>72</sup>.

Story-Scientia, 1986, p. 597 ; P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, op. cit., n° 224 et s. ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers, Maklu, 1994, n° 541 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », op. cit., p. 689 ; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Kluwer, 1999, n° 163 ; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht*, I. 1, Bruges, die Keure-la Charte, 2005, p. 175 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., op. cit., n° 801 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 1, op. cit., n° 559 ; J.-Fr. GERMAIN, « Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat » in J.-Fr. ROMAIN (coord.), *Droit des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité*, coll. UB<sup>3</sup>, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 107 ; S. DE REY, *Herstel in natura*, Bruges, die Keure-la Charte, 2019, n° 684.

68. Voy. les réf. citées par P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », op. cit., p. 485, note n° 128.

69. P. Wéry constate que « tout au plus existe-t-il certaines divergences entre les auteurs quant aux conditions d'application du remplacement unilatéral » (« Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », op. cit., p. 485, n° 20).

70. Cass., 18 juin 2020, *R.G.D.C.*, 2020, p. 583 et note S. DE REY ; *J.L.M.B.*, 2021, p. 846 et note S. RAXHON ; *R.C.J.B.*, 2021, p. 457 et note P. WÉRY ; *R.D.C.*, 2021, p. 1057 et note Ch.-E. LAMBERT, précité.

71. P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », op. cit., p. 491, n° 28.

72. Voy. *supra*, n° 9 et art. 5.235 C. civ.

Par ailleurs, le créancier ne pourra procéder au remplacement extrajudiciaire lorsque celui-ci constitue une voie de fait<sup>73</sup>, notamment lorsqu'il mènerait à une immixtion dans le patrimoine du débiteur<sup>74</sup>. En pareille hypothèse, il ne pourra agir que sous l'autorisation préalable du juge qui, le cas échéant, contraindra le débiteur au respect de son obligation de « laisser faire »<sup>75</sup>.

**21. Conditions.** Le remplacement extra-judiciaire par notification est soumis à plusieurs conditions, énoncées à l'article 5.85 alinéa 3, que le créancier veillera à respecter scrupuleusement, les mesures consistant à se faire justice à soi-même devant être interprétées restrictivement et étant exécutées aux risques et périls de leur auteur<sup>76</sup>.

**(i) Les circonstances exceptionnelles.** Alors qu'une part de la doctrine et de la jurisprudence considéraient que seule l'urgence permettait de procéder au remplacement extra-judiciaire sans autorisation contractuelle<sup>77</sup>, tant la Cour de cassation que le Code civil élargissent l'hypothèse à d'autres « circonstances exceptionnelles ». On songe notamment aux cas où il ressort des circonstances, des déclarations du débiteur ou de son comportement qu'il ne s'exécutera pas ou à ceux dans lesquels il fait preuve « d'incompétence flagrante ou de mauvaise foi évidente rendant inutile ou impossible la poursuite des relations contractuelles »<sup>78</sup>.

**(ii) Une mise en demeure préalable.** Bien que l'article 5.85, alinéa 3, du Code civil ne le précise pas, une mise en demeure est un préalable nécessaire au remplacement unilatéral, dès lors que celui-ci s'envisage comme une modalité de l'exécution ou de la réparation en nature, comme le rappellent les alinéas 3 des articles 5.83 et 5.224 du Code civil<sup>79</sup>. Il nous paraît en outre

73. Ch.-E. LAMBERT, « Le remplacement extrajudiciaire enfin reconnu par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 1063, n° 17.

74. P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 484 n° 20 et p. 491, n° 28.

75. Voy. *supra*, n° 10.

76. Liège, 24 juin 1991, *J.T.*, 1991, p. 698. Cf. *infra*, n° 20, pour plus de développements sur cette question.

77. S. RAXHON, « Remplacement extrajudiciaire : le formalisme issu de la jurisprudence est-il en train de devenir une pure formalité ? », *J.L.M.B.*, 2021, p. 849 et les références citées à la note n° 2.

78. P. VAN OMMESSLAGHE, « Examen de jurisprudence (1976 à 1982). Les obligations », *op. cit.*, p. 208, n° 100. Dans le même sens, S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter? De buitenge-rechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *op. cit.*, p. 551, n° 31 et S. RAXHON, « Remplacement extrajudiciaire : le formalisme issu de la jurisprudence est-il en train de devenir une pure formalité ? », *op. cit.*, p. 849. *Contra*, P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 493, n° 29 qui considère qu'en pareilles hypothèses, il demeure « loisible [au créancier] de s'adresser au juge, fût-ce en référé, pour obtenir l'autorisation de remplacer le débiteur à ses dépens ».

79. Voy. toutefois l'article 5.233, 4°, qui dispense le créancier de mettre le débiteur en demeure « lorsque le débiteur fait savoir qu'il n'exécutera pas son obligation ». Or, cette hypothèse est

que, conformément la bonne foi<sup>80</sup> qui doit présider à la mise en œuvre de ces sanctions par le créancier<sup>81</sup>, cette mise en demeure doit laisser au débiteur un délai raisonnable pour s'exécuter<sup>82</sup>. Certains auteurs estiment en outre que l'obligation pour le créancier de « tenir compte des intérêts raisonnables du débiteur »<sup>83</sup> lui impose de l'informer qu'à défaut d'exécution satisfaisante à l'issue de ce délai, il procédera à son remplacement<sup>84</sup>.

(iii) **La constatation de l'inexécution du débiteur.** L'article 5.85 du Code civil impose au créancier de prendre « les mesures utiles pour établir l'inexécution du débiteur » avant de lui notifier son remplacement. Une telle mesure s'impose pour permettre le contrôle *a posteriori* du juge, notamment concernant la nécessité, l'ampleur et le coût du remplacement<sup>85</sup>. S'agissant de la preuve d'un fait, elle peut être rapportée par tout mode de preuve<sup>86</sup>, pour autant qu'elle emporte la conviction du juge<sup>87</sup>. Ainsi, bien qu'il soit préférable de faire procéder à un constat contradictoire des manquements du débiteur pour éviter un éventuel débat sur l'existence de ceux-ci et leur ampleur, une telle mesure n'est pas absolument nécessaire en toutes circonstances<sup>88</sup>. Il est toutefois prudent, et conforme à l'exigence de bonne foi qui pèse sur le créancier, d'inviter le débiteur à procéder à un tel constat et, en cas de refus

également une des circonstances exceptionnelles permettant le remplacement extrajudiciaire (voy. *supra*, n° 15).

80. Voy. art. 5.73, al. 2, 1°, C. civ.

81. ~~Voy. *infra*, n° 22.~~

82. Conformément à l'article 5.231 du Code civil qui prévoit que « la bonne foi peu[t] exiger que le créancier accorde au débiteur un délai afin qu'il exécute l'obligation en souffrance ».

83. Cass., 18 juin 2020, *R.G.D.C.*, 2020, p. 583 et note S. DE REY ; *J.L.M.B.*, 2021, p. 846 et note S. RAXHON ; *R.C.J.B.*, 2021, p. 457 et note P. WÉRY ; *R.D.C.*, 2021, p. 1057 et note Ch.-E. LAMBERT, précité. Voy. également *infra*, n° 22.

84. P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 484 n° 20 et p. 494, n° 31 qui concède que « le doute est toutefois permis sur ce point, compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation qui n'assigne pas de fonction d'avertissement à la mise en demeure » et Ch.-E. LAMBERT, « Le remplacement extrajudiciaire enfin reconnu par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 1064, n° 24 qui considère qu'il faut apprécier distinctement la validité de la mise en demeure comme condition des sanctions de l'inexécution en générale et comme condition de mise en œuvre du remplacement extrajudiciaire.

85. Ch.-E. LAMBERT, « Le remplacement extrajudiciaire enfin reconnu par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 1064, n° 26.

86. Art. 8.8 C. civ.

87. P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 484 n° 20 et p. 495, n° 31 ; Ch.-E. LAMBERT, « Le remplacement extrajudiciaire enfin reconnu par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 1064, n° 26. Voy. également l'article 8.5. du Code civil qui impose que la preuve soit « rapportée avec un degré raisonnable de certitude ».

88. P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 484, n° 20 et p. 495, n° 31.

ou d'absence de réaction de sa part, de veiller à le (faire) dresser unilatéralement, mais de manière objective et détaillée<sup>89</sup>.

Pas plus que le remplacement judiciaire, le remplacement par notification ne nécessite pas que le manquement du débiteur soit grave<sup>90</sup>.

Mettre à charge du créancier une telle obligation serait faire preuve d'un excès de parallélisme avec les conditions de résolution unilatérale d'un contrat synallagmatique sans recours préalable au juge. Cette confusion se retrouve souvent en doctrine et en jurisprudence<sup>91</sup>. Elle ne se justifie pas : la faculté de remplacement est, comme on l'a vu, une modalité particulière de l'exécution par le débiteur de son obligation en nature. À ce titre, elle ne nécessite pas que le créancier prouve un manquement grave, mais simplement l'inexécution de l'obligation. Le remplacement maintient d'ailleurs le lien contractuel avec débiteur initial, alors qu'un manquement d'un niveau de gravité tel que celui exigé en matière de résolution provoquerait une rupture de confiance<sup>92</sup>, rendant en principe impossible la poursuite de la collaboration<sup>93</sup>. Le manquement grave doit en effet exprimer une détérioration inéluctable des liens de confiance devant présider aux relations contractuelles<sup>94</sup>. Telle n'est pas

89. Ch.-E. LAMBERT, « Le remplacement extrajudiciaire enfin reconnu par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 1065, n° 28.

90. S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *op. cit.*, p. 555, n°s 40 et 41, qui pointe le caractère divisé de la jurisprudence de fond antérieure à l'arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 2020 sur la question.

91. Comm. Mons, 30 mars 2010, *R.G.D.C.*, 2011, p. 91 ; dans le même sens, Mons, 22 octobre 2007, *R.G.D.C.*, 2010, p. 38 ; Comm. Charleroi, 23 décembre 1997, *R.D.C.*, 1999, p. 501.

92. S. Stijns fait d'ailleurs expressément référence au problème de la perte de confiance entre cocontractants et souligne que, dans cette hypothèse également, le critère de l'utilité économique (critère fédérateur pour l'appréciation de la gravité du manquement) doit trouver à s'appliquer, même si la perte de confiance résulte d'un manquement anodin (S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *op. cit.*, p. 269).

93. C'est particulièrement le cas en matière de contrats de services, conclus *intuitu personae*, et dont l'exécution « requiert une collaboration étroite et une atmosphère de confiance » (Y. MERCHIEERS, « La fin des contrats de services », in *Les contrats de services*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994, p. 311). On peut également citer le cas soumis au tribunal de commerce de Namur d'un employé de l'une des parties contractantes qui avait tenté de « corrompre » le client de l'autre partie (pour lequel il travaillait en sous-traitance) afin d'obtenir des avantages à l'insu de son cocontractant (Comm. Namur, 20 décembre 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 511). En l'espèce, le tribunal constate toutefois que la corruption n'est pas établie, mais admet en son principe qu'un tel comportement aurait pu justifier une résolution compte tenu de la perte de confiance qu'il aurait entraînée ; dans le même sens, voy. Bruxelles, 10 novembre 1998, *J.T.*, 1989, p. 92 ; Gand, 29 avril 1988, *R.W.*, 1990-1991, pp. 705 et s. ; M. FONTAINE, « La mise en œuvre de la résolution des contrats synallagmatiques », *R.C.J.B.*, 1991, p. 28.

94. Comm. Gand, 12 octobre 1995, *R.G.* n° 508/91 (manquements répétés du concédant dans l'exécution des commandes passées dans le cadre de la concession) et Comm. Bruxelles, 14 novembre 1995, *R.G.* 1994/AR/3011 (décisions citées par P. HOLLANDER et P. KILESTE, « Examen de jurisprudence. La Loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (1992 à 1997) », *R.D.C.*, 1998, p. 13).

nécessairement la situation en cas de remplacement, où rien ne semble d'ailleurs exclure que le débiteur initial soit amené à intervenir pour d'autres prestations dans le cadre du même contrat. Il est au demeurant admis que si, dans le cadre du recours au remplacement, l'exécution en nature s'avère impossible, le créancier puisse encore solliciter la résolution du contrat à l'encontre du débiteur initial<sup>95</sup>.

L'exigence de gravité en matière de remplacement unilatéral devrait, nous semble-t-il, plutôt être envisagée « dans sa répercussion immédiate sur l'utilisation de l'ouvrage réalisé ou sur l'économie du contrat »<sup>96</sup>. Dans cette optique, ce qui sous-tend le remplacement unilatéral, c'est le caractère exceptionnel de la situation plutôt que la gravité intrinsèque du manquement en tant que tel.

En somme, toute « inexécution d'une obligation contractuelle » suffit, comme le confirment l'arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 2020<sup>97</sup> et l'article 5.85 (qui ne requiert que « l'inexécution du débiteur »).

**22. La notification de la décision de remplacement.** L'article 5.85 du Code civil prévoit que le remplacement extrajudiciaire s'opère « par une notification<sup>98</sup> écrite » adressée au débiteur qui « indique les manquements qui lui sont reprochés et les circonstances qui justifient le remplacement ». Cette notification interviendra avant la mise en œuvre du remplacement et après l'échéance du délai laissé au débiteur dans la mise en demeure. Les indications qu'elle doit contenir peuvent, le cas échéant, être mentionnées par renvoi au contenu de cette mise en demeure<sup>99</sup>.

Cette notification a plusieurs effets :

- en présence d'un contrat synallagmatique, elle extériorise le choix du créancier d'opter pour l'exécution en nature au détriment de la résolution<sup>100</sup>. En effet, ces deux sanctions étant incompatibles<sup>101</sup>, elles

95. P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, *op. cit.*, p. 267.

96. En ce sens, Comm. Charleroi, 15 décembre 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p. 306 et note B. LOUVEAUX.

97. Cass., 18 juin 2020, *R.G.D.C.*, 2020, p. 583 et note S. DE REY ; *J.L.M.B.*, 2021, p. 846 et note S. RAXHON ; *R.C.J.B.*, 2021, p. 457 et note P. WÉRY ; *R.D.C.*, 2021, p. 1057 et note Ch.-E. LAMBERT, précité.

98. Pour la définition de la notification et le moment auquel elle est réputée parvenir à son destinataire, voy. art. 1.5 C. civ.

99. S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *op. cit.*, p. 554, n° 38 ; Ch.-E. LAMBERT, « Le remplacement extrajudiciaire enfin reconnu par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 1065, n° 32.

100. S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *op. cit.*, p. 554, n° 38.

101. En effet, si, conformément à l'article 5.95, le contrat est privé d'effets par la résolution, son exécution ne peut plus être sollicitée.

ne peuvent être cumulées, conformément au principe rappelé aux deuxièmes alinéas des articles 5.83 et 5.224 du Code civil ;

- elle informe le débiteur que son obligation sera exécutée par un tiers afin d'éviter qu'il entame des démarches inutiles en vue de cette exécution à laquelle il ne pourra plus procéder personnellement<sup>102</sup>.

**23. Le respect des intérêts raisonnables du débiteur.** La Cour de cassation a précisé, par son arrêt du 18 juin 2020<sup>103</sup>, que « le créancier doit tenir compte des intérêts raisonnables du débiteur » tant lorsqu'il met en œuvre le remplacement judiciaire que lorsqu'il opte pour le remplacement unilatéral<sup>104</sup>.

Outre les conséquences relatives à la mise en œuvre du remplacement, déjà pointées ci-dessus<sup>105</sup>, la prise en compte des intérêts du débiteur peut avoir pour conséquence, dans certaines circonstances, un devoir du créancier de procéder au remplacement de son débiteur. C'est ainsi que la jurisprudence rappelle que « dans certaines circonstances, le remplacement unilatéral constitue un véritable devoir pour le créancier ; tel est le cas lorsqu'il incombe au créancier, conformément au principe de l'exécution de bonne foi des conventions consacré par l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, de prendre les mesures raisonnables afin de limiter son dommage »<sup>106</sup>. Si, comme le souligne P. Wéry, les circonstances imposant un tel devoir au créancier sont des « circonstances exceptionnelles » justifiant (ou imposant) le recours au remplacement extrajudiciaire<sup>107</sup>, le devoir du créancier de limiter son dommage<sup>108</sup> peut également avoir pour conséquence de lui imposer de procéder à ce remplacement avec diligence et l'appréciation de l'exécution de ce devoir par le juge peut influencer l'ampleur des frais et l'étendue de la réparation qui seront mis à charge du débiteur, ainsi que nous le verrons ci-dessous.

**24. Les « risques et périls » du créancier : le contrôle exercé par le juge *a posteriori*.** L'article 5.83 du Code civil précise que c'est « à ses risques et périls » que le créancier peut procéder au remplacement de son débiteur par notification. Il appartient dès lors au juge de vérifier, *a posteriori*, si les

102. S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *op. cit.*, p. 554, n° 38 ; Ch.-E. LAMBERT, « Le remplacement extrajudiciaire enfin reconnu par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 1065, n° 30 et 31.  
103. Cass., 18 juin 2020, *R.G.D.C.*, 2020, p. 583 et note S. DE REY ; *J.L.M.B.*, 2021, p. 846 et note S. RAXHON ; *R.C.J.B.*, 2021, p. 457 et note P. WÉRY ; *R.D.C.*, 2021, p. 1057 et note Ch.-E. LAMBERT, précité.

104. La Cour précise que c'est « dans les deux cas » que « le créancier doit tenir compte des intérêts raisonnables du débiteur ».

105. Voy. *supra*, n° 8.

106. Voy. not. Liège, 9 janvier 2012, *R.G.D.C.*, 2014, p. 348 ; Liège, 9 janvier 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 496.

107. P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 492 n° 29.

108. À présent consacré à l'article 5.238 du Code civil.

conditions de ce remplacement ont été respectées. Le créancier procédant au remplacement unilatéral de son débiteur fera en effet rarement l'économie d'une procédure judiciaire, qu'il soit contraint de saisir le juge pour obtenir le remboursement des frais qu'il a exposés pour le remplacement ou que cette initiative soit prise par le débiteur qui en conteste les conditions.

Si l'ensemble des conditions analysées ci-dessus sont remplies, le débiteur sera contraint de rembourser les frais du remplacement au créancier de la même manière qu'en cas de remplacement judiciaire<sup>109</sup>. Si tel n'est pas le cas, les conséquences dépendent de la condition qui n'a pas été respectée par le créancier. Il convient donc de distinguer plusieurs hypothèses.

Une première hypothèse est celle dans laquelle le débiteur n'est pas en défaut d'exécuter ses obligations ou si ce défaut ne lui est pas imputable parce qu'il peut se prévaloir d'une cause étrangère exonératoire<sup>110</sup>. Le remplacement étant une sanction du manquement, le créancier ne pouvait, en pareille hypothèse, y procéder. Il sera dès lors débouté de sa demande de condamnation du débiteur aux frais du remplacement. Le remplacement opéré en pareilles circonstances constitue par ailleurs une faute susceptible d'engager sa responsabilité ou, dans les cas les plus graves, de justifier la résolution du contrat à ses torts si le débiteur en fait la demande<sup>111</sup>. Telle est la conséquence logique d'une notification de remplacement qui serait jugée, à l'instar de ce que prévoit l'article 5.94 en matière de résolution unilatérale, inefficace. L'absence d'efficacité de la notification n'entraîne pas *per se* une faute. Cette faute résulte en réalité de l'acte de remplacement en tant que tel, qui prive le débiteur initial de son droit d'exécuter lui-même la prestation et d'en percevoir la contrepartie.

P. Wéry assimile à cette hypothèse celle dans laquelle le créancier ne s'est pas ménagé les preuves suffisantes du manquement du débiteur<sup>112</sup>. Si cette solution doit être approuvée, il convient d'en préciser le fondement. Nous avons en effet exposé ci-dessus que la charge de la preuve de l'(in)exécution n'incombait en principe pas au créancier, mais au débiteur<sup>113</sup>. Or, conformément à l'article 8.4, alinéa 4, du Code civil, « en cas de doute, celui qui a la charge de prouver les actes juridiques ou faits allégués par lui succombe au procès ». Il pourrait toutefois être considéré qu'en imposant au créancier de prendre « les mesures utiles pour établir l'inexécution du débiteur », l'article 5.85, alinéa 3, du Code civil fait peser sur lui la charge de la

109. Voy. ci-dessus, n° 10.

110. P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 496, n° 32.

111. *Ibid.*, p. 498, n° 36.

112. *Ibid.*

113. Voy. *supra*, n° 6.

preuve du manquement, dérogeant ainsi à l'article 8.4, alinéa 2, du même Code lorsque le remplacement est extrajudiciaire. Ch.-E. Lambert propose une autre analyse convaincante : « procéder au remplacement extrajudiciaire [...] sans établir l'état de la situation au préalable reviendra souvent à priver le débiteur de la possibilité de démontrer avoir exécuté, fût-ce partiellement, son obligation avant le remplacement. Un tel comportement du créancier serait [...] contraire à la bonne foi<sup>114</sup> et pourrait [...] aboutir à un renversement de la charge de la preuve, telle que cette possibilité est désormais prévue à l'article 8.4., alinéa 4, du Code civil »<sup>115</sup>.

Si les conditions du remplacement unilatéral ont été respectées, mais que le créancier a manqué à l'exigence de bonne foi lorsqu'il a procédé à celui-ci, le juge donnera effet au remplacement, mais modèrera l'étendue des frais mis à charge du débiteur. Tel est particulièrement le cas lorsque le caractère tardif du remplacement en a augmenté les coûts<sup>116</sup>, lorsque le créancier a fait appel à un remplaçant pratiquant des prix exorbitants ou encore qu'il l'a chargé d'exécuter des prestations étrangères à l'obligation inexécutée par le débiteur originaire<sup>117</sup>.

Une troisième hypothèse a fait l'objet de l'arrêt de principe de la Cour de cassation du 18 juin 2020 déjà évoqué à plusieurs reprises ci-dessus<sup>118</sup> : celle dans laquelle le manquement du débiteur est établi, mais les conditions du remplacement n'ont pas (toutes) été respectées. L'espèce soumise à la Cour concernait, selon les constatations de la décision attaquée, le cas d'un « maître d'ouvrage [qui] a [...] décidé unilatéralement de faire effectuer les réparations par un tiers, sans en informer [son débiteur] » alors « qu'il n'y avait pas d'urgence empêchant de faire appel à un juge, et que [le débiteur] n'a pas non plus été mis en demeure au préalable ». La Cour a considéré qu'en pareille hypothèse, « le créancier ne peut pas récupérer les frais encourus auprès du débiteur, mais a seulement droit à la réparation du préjudice résultant de la défaillance ».

114. Ou, pour reprendre les termes de l'article 8.4 du Code civil, aurait pour conséquence qu'imposer au débiteur de prouver l'exécution de son obligation « serait manifestement déraisonnable ».

115. Ch.-E. LAMBERT, « Le remplacement extrajudiciaire enfin reconnu par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 1064, n° 26.

116. Que le manque de diligence du créancier ait eu pour conséquence une aggravation de la situation et, partant, imposé des prestations plus importantes au débiteur de substitution ou qu'il ait eu pour conséquence une augmentation des prix du marché et donc des frais du remplacement.

117. P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 498 n° 36.

118. Cass., 18 juin 2020, *R.G.D.C.*, 2020, p. 583 et note S. DE REY ; *J.L.M.B.*, 2021, p. 846 et note S. RAXHON ; *R.C.J.B.*, 2021, p. 457 et note P. WÉRY ; *R.D.C.*, 2021, p. 1057 et note Ch.-E. LAMBERT, précité.

Cette solution est novatrice. Elle tranche en effet avec la position adoptée par la doctrine et la jurisprudence antérieures qui considéraient que le créancier qui ne respectait pas les conditions du remplacement unilatéral devait être débouté de sa demande remboursement des dépens qu'il avait exposés pour celui-ci<sup>119</sup>.

Elle est équilibrée<sup>120</sup> et s'explique par un partage de responsabilités<sup>121</sup>. En effet, si le débiteur a commis un manquement qui lui est imputable, le créancier commet à son tour une faute en procédant ainsi au remplacement de son débiteur « sans autorisation judiciaire préalable, sans motif valable ou de manière non consciencieuse »<sup>122</sup>. Par cette faute, il prive ainsi le débiteur de la possibilité d'exécuter en nature son obligation, engendrant des frais qui n'auraient pas été exposés si le débiteur n'avait pas été privé de l'exercice de ce droit<sup>123</sup>.

Les frais inutilement exposés peuvent consister tant dans ceux que le débiteur aurait éventuellement exposés en prévision de l'exécution de son obligation à défaut d'avoir été averti par son créancier que dans le surcoût lié au remplacement. « Ainsi, le débiteur défaillant pourra invoquer la faute du créancier ayant procédé au remplacement extrajudiciaire sans en respecter les conditions, tant pour invoquer un dommage propre devant se compenser avec celui invoqué par le créancier que pour contester l'étendue du dommage que le créancier peut effectivement lui réclamer »<sup>124</sup>.

Cette solution peut être appliquée sans trop de difficultés lorsque le débiteur aurait pu exécuter personnellement son obligation à défaut de remplacement. C'est ainsi que, par son arrêt du 18 juin 2020, la Cour considère que les juges d'appel « justifient leur décision en droit » lorsqu'ils rappellent que si l'entrepreneur en défaut avait exécuté lui-même son obligation de réparation, il « aurait de toute façon été confronté à des coûts supplémentaires (matériaux, personnel, etc.) » pour décider qu'il est redevable « du montant facturé par [l'entrepreneur de substitution] moins la marge bénéficiaire de 30 pour cent et indiquent donc que ce montant correspond au préjudice subi par [le maître d'ouvrage] ».

119. S. RAXHON, « Remplacement extrajudiciaire : le formalisme issu de la jurisprudence est-il en train de devenir une pure formalité ? », *op. cit.*, p. 851 et les références citées.

120. Ch.-E. LAMBERT, « Le remplacement extrajudiciaire enfin reconnu par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 1066, n° 36.

121. P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 500, n° 37.

122. Ce sont les termes de la Cour de cassation.

123. L'exécution en nature constitue en effet un droit du débiteur (P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 1, *op. cit.*, p. 840, n° 547 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 521, n° 505).

124. Ch.-E. LAMBERT, « Le remplacement extrajudiciaire enfin reconnu par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 1067, n° 38.

Elle n'est par contre pas sans poser question lorsque le débiteur ne dispose pas des compétences techniques pour exécuter lui-même l'obligation en nature<sup>125</sup>. En effet, en pareil cas, le débiteur aurait dû, en toute hypothèse, faire appel aux services d'un tiers et prendre en charge les coûts de son intervention. Sauf dès lors pour le débiteur à démontrer qu'il a exposé des frais inutiles en vue de l'exécution de son obligation par la faute du créancier (par exemple parce qu'il aurait dû payer un dédit au tiers à qui il avait confié cette exécution à défaut d'avoir été informé par son créancier) ou qu'il aurait obtenu des conditions d'exécution moins onéreuse (par exemple parce qu'il aurait fait appel à un fournisseur habituel lui octroyant des prix avantageux), le créancier aurait droit, en pareille hypothèse, au remboursement intégral des frais du remplacement à titre de réparation de son dommage<sup>126</sup>.

Tout comme le professeur Wéry, la généralisation de la solution consacrée par la Cour de cassation dans son arrêt du 18 juin 2020 nous interpelle : cela « ne revient-il pas à priver de tout intérêt tant l'exigence de l'autorisation judiciaire préalable requise par l'article [5.235 du Code civil] que les conditions requises pour le remplacement unilatéral ? »<sup>127</sup>.

**25. Uniquement en matière contractuelle ?** Si le remplacement judiciaire est réglementé dans le titre du Livre 5 du Code consacré au régime général de l'obligation (art. 5.235), le remplacement par notification écrite n'est consacré qu'en tant que sanction de l'inexécution d'une obligation contractuelle (art. 5.85)<sup>128</sup>.

En réponse à l'avis du Conseil d'État, les auteurs de la proposition de loi contenant le Livre 5 ont précisé « qu'aucune discrimination ne résulte du fait que le remplacement prévu à l'article 5.235 est nécessairement judiciaire tandis que, par exception, le remplacement en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle peut être extrajudiciaire dans les cas prévus et aux strictes conditions prévues à l'article 5.85. La justification de la différence

125. P. Wéry cite notamment l'exemple du bailleur tenu de procéder à des travaux dans les lieux loués qui devra généralement faire appel à un entrepreneur (« Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 500, n° 37).

126. Il convient en effet de « cerner l'importance causale relative de la faute du créancier sur la situation d'espèce, au regard de toutes les circonstances » (Ch.-E. LAMBERT, « Le remplacement extrajudiciaire enfin reconnu par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 1067, n° 39).

127. P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », *op. cit.*, pp. 500 et 501, n° 37. L'auteur considère en outre que puisque la mise en demeure est un préalable nécessaire à l'octroi de dommages et intérêts, il aurait fallu « refuser au créancier le droit à la réparation de son dommage lorsqu'il s'en est dispensé en dehors des cas exceptionnels où elle n'est pas requise ». On rappellera toutefois qu'un acte introductif d'instance vaut mise en demeure (voy. *supra*, n° 1). Or, la question des dommages et intérêts dus par le débiteur remplacé se pose nécessairement en justice.

128. L'arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 2020 ne vise également que « [l']inexécution d'une obligation contractuelle ».

de traitement trouve sa source dans le lien contractuel. En effet, le débiteur qui souscrit un engagement par contrat accepte ce faisant le risque qu'en cas d'inexécution de sa part, des mesures d'exécution particulièrement efficaces soient prises par le créancier, le cas échéant sans recours préalable au juge mais toujours sous le contrôle de celui-ci. En revanche, il serait contraire à la sécurité juridique et il résulterait un bouleversement du droit actuel de la responsabilité, si on faisait peser un tel risque sur le débiteur d'une obligation non contractuelle qui n'y a pas consenti. Il est par ailleurs rappelé qu'indépendamment du droit au remplacement, le créancier victime d'une inexécution est tenu, conformément à l'article 5.238, de prendre les mesures raisonnables pour limiter son dommage et que les frais raisonnables qui ont été engagés à cet effet peuvent être recouvrés auprès du débiteur »<sup>129</sup>.

Pour notre part, qu'il nous soit permis de souligner que la distinction entre le devoir du créancier de limiter son dommage, le remplacement extra-judiciaire et la réparation du dommage paraît dénuée d'intérêt pratique. En effet, outre les mesures raisonnables prises par le créancier pour limiter son dommage visées à l'article 5.238 du Code civil, l'article 5.237 qui le précède prévoit que l'obligation de réparation du dommage subi par le créancier doit intervenir « en nature ou sous forme pécuniaire ». Dès lors, pour autant qu'il ne se rende pas auteur d'une voie de fait, le créancier qui met son débiteur extracontractuel en demeure d'exécuter son obligation, en l'informant qu'à l'issue d'un délai raisonnable, il y procédera lui-même ou la confiera à un tiers, ne peut-il pas, à défaut de réaction, informer son débiteur de son remplacement et solliciter ensuite les frais de celui-ci à titre de réparation de ce dommage<sup>130</sup> ?

**26. Un remplacement anticipé ?** Dans son commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 2020, P. Wéry constate que « dans l'état actuel de notre droit, le remplacement unilatéral ne peut être décidé qu'en présence d'un manquement effectif du débiteur ». Il précise que « la doctrine de l'*anticipatory breach* n'ayant pas acquis droit de cité, le créancier ne pourrait procéder d'initiative à cette mesure, quand bien même il nourrirait des craintes sérieuses d'une inexécution future de l'obligation ». Ce constat a été fait avant l'adoption de la loi portant le Livre 5 du Code civil. Depuis celle-ci, l'*anticipatory breach* est consacrée à l'alinéa 2 de l'article 5.90 du Code civil qui permet de résoudre le contrat, « dans des circonstances

129. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 270.

130. Voy., à cet égard, S. De Rey, qui donne l'exemple d'un arrêt du *Hoge Raad* néerlandais qui a admis que le propriétaire d'un terrain sur lequel l'arbre d'un voisin était tombé puisse, après diverses interpellation demeurées sans suite, le (faire) débiter et évacuer aux frais du voisin (« Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *op. cit.*, p. 550, n° 29).

exceptionnelles » et « lorsqu'il est manifeste que le débiteur [...] ne s'exécutera pas à l'échéance »<sup>131</sup>. Aucune disposition ne permet par contre le remplacement anticipé du débiteur et nous avons vu que le manquement de ce dernier (et donc une créance exigible à son égard) constituait une condition de son remplacement. Faut-il en déduire que le créancier d'une obligation non encore exigible ne pourra pas confier l'exécution de celle-ci à un tiers lorsqu'il a acquis la certitude que le débiteur ne s'exécutera pas à l'échéance ?

Ce n'est certainement pas le cas lorsque les conditions fixées par l'article 5.90, alinéa 2, du Code civil sont remplies. Le créancier pourra alors procéder à la résolution anticipée par notification en veillant à respecter les conditions de l'article 5.93 du Code civil et, libéré de ses propres obligations, confier l'exécution des prestations faisant l'objet de l'obligation originellement à charge du débiteur à un nouveau débiteur. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un remplacement puisque le contrat prend fin et que l'exécution par le tiers n'est pas réalisée aux frais du débiteur, mais cette solution permettra toutefois au créancier d'évincer le débiteur originaire qui ne s'exécutera pas au profit d'un débiteur en qui il a confiance. Elle ne peut toutefois être envisagée que si les « conséquences de [l']inexécution [à l'échéance] sont suffisamment graves pour le créancier »<sup>132</sup>.

Si tel n'est pas le cas ou si le créancier ne souhaite pas prendre le risque d'une résolution anticipée par notification, il pourra adresser une mise en demeure anticipée au débiteur de s'exécuter à l'échéance, comme le permet l'article 5.232 du Code civil. Cette mise en demeure pourrait informer le débiteur qu'à défaut de s'exécuter (ou de commencer à s'exécuter s'il ne s'agit pas d'une obligation à exécution instantanée) à l'échéance (ou dans un délai rapproché de celle-ci), il procèdera à son remplacement. Cela permettra au créancier de disposer d'un délai jusqu'à l'échéance pour identifier le débiteur de substitution et négocier avec lui les conditions du remplacement afin qu'il puisse être mis en œuvre dès que l'obligation est exigible ou peu après. Si le contrat est synallagmatique de sorte que le créancier est lui-même tenu d'exécuter une obligation en faveur du débiteur et que celle-ci est exigible, il ne pourra se prévaloir de l'*exceptio timoris* prévue à l'article 5.239, § 3, du Code civil que si « les conséquences de l'inexécution [de l'obligations de son débiteur à l'échéance] sont suffisamment graves pour lui ». En pareille hypothèse, la notification de la suspension pourra intervenir conjointement à la mise en demeure anticipée, en veillant à y mentionner les circonstances

131. Pour l'analyse de cette disposition, voy. *infra*, n° 51 et s.

132. Outre les « circonstances exceptionnelles », qui sont une condition commune au remplacement extrajudiciaire et à la résolution anticipée. Sur l'application particulière de cette condition à cette dernière hypothèse, voy. *infra*, n° 56.

qui la justifient. Le remplacement n'est ainsi pas anticipé, mais il est préparé pour intervenir dès que le manquement du débiteur est consommé.

### §3. La décision de justice tenant lieu d'acte

**27. Texte légal.** L'article 5.236 du Code civil consacre un mode particulier d'exécution en nature en permettant au juge de se substituer lui-même au débiteur. Il prévoit ainsi que « lorsque la prestation s'y prête, le juge peut :

- 1° à défaut pour le débiteur d'avoir pris la décision à laquelle il est tenu et dont le contenu est objectivement déterminable, se substituer à lui dans cette décision ;
- 2° à défaut pour le débiteur de collaborer à la rédaction d'un acte instrumentaire qu'il est tenu de passer, ordonner que sa décision tiendra lieu de cet acte ».

**28. La décision à laquelle le débiteur est tenu.** Le premier numéro de l'article 5.236 permet au juge « de se substituer au débiteur pour émettre, en ses lieu et place, un acte de volonté auquel la loi ou la convention l'astreignent »<sup>133</sup>. Le Code consacre ainsi la jurisprudence de la Cour de cassation qui a admis que le juge pouvait désigner un arbitre en lieu et place du débiteur qui y était tenu par un pacte compromissaire<sup>134</sup> ou approuver des plans après avoir décidé que cette approbation relevait de l'exécution de bonne foi des conventions<sup>135</sup>. La disposition ne permet toutefois au juge de se substituer au débiteur que si la prestation s'y prête. Les travaux préparatoires précisent à cet égard que « le jugement tenant lieu d'acte est exclu lorsque l'obligation est personnelle au débiteur en ce sens qu'il est le seul à pouvoir exécuter cette obligation ». Ainsi, « le jugement tenant lieu d'acte ne peut être ordonné au mépris de la séparation des pouvoirs »<sup>136</sup>.

**29. L'acte instrumentaire que le débiteur est tenu de passer.** L'article 5.236 consacre une pratique judiciaire plus courante<sup>137</sup>, par laquelle le juge délivre l'*instrumentum*<sup>138</sup> d'une convention dont il reconnaît préalablement l'exis-

133. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 537, n° 524.

134. Cass., 8 juin 1849, *Pas.*, 1850, I, p. 81. Cette situation est à présent réglementée par l'article 1685 du Code judiciaire.

135. Cass., 5 janvier 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 567.

136. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 271.

137. Pour une habilitation particulière du juge à cette fin en matière de bail d'habitation, voy. l'article 3, § 3, du décret wallon du 15 mars 2018 relatif au bail d'habitation.

138. Il est ainsi courant, en pratique, que le créancier sollicite un jugement valant acte de vente immobilière afin de pouvoir procéder à sa transcription conformément aux articles 3.30 et 3.31 du Code civil.

tence<sup>139</sup>. Ici aussi, la décision judiciaire tenant lieu d'acte ne pourra être déli-  
vrée que si la prestation s'y prête. Elle sera ainsi exclue lorsque le débiteur  
est le seul à pouvoir exécuter l'obligation, notamment « lorsque la promesse  
de contrat a pour objet un contrat solennel, tel un contrat d'hypothèque »<sup>140</sup>.

### Section 3. La réparation du dommage

**30. Introduction.** Les principales innovations du Livre 5 en matière de res-  
ponsabilité contractuelle ne concernent pas le droit commun, dont certains  
principes se trouvent confirmés dans les articles 5.86 (principe de la répara-  
tion intégrale du dommage) et 5.87 (réparation du dommage prévisible dans  
son principe)<sup>141</sup>, mais plutôt les aménagements que les parties peuvent y  
apporter contractuellement, c'est-à-dire dans le domaine des clauses pénales  
(rebaptisées indemnitaires) et des clauses exonératoires de responsabilité.

#### §1. Les clauses indemnitaires

**31. Le régime des clauses pénales dans l'ancien Code civil.** La matière des  
clauses pénales fait l'objet d'une attention soutenue de la part de la doctrine  
et de la jurisprudence depuis de nombreuses années<sup>142</sup>. Il faut dire que ces  
clauses sont extrêmement répandues. Il est en effet très commode pour le  
créancier de pouvoir se prévaloir d'une telle clause, qui le dispense de prou-  
ver l'existence et le *quantum* de son dommage ainsi que l'existence d'un lien  
causal entre la faute et le dommage fixé forfaitairement, sans préjudice du  
droit du débiteur de se prévaloir d'une cause de justification<sup>143</sup>. Les clauses  
pénales sont à l'origine d'un contentieux judiciaire conséquent.

139. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 537, n° 524.

140. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 272.

141. On sait que la Cour de cassation a sensiblement réduit la portée de l'article 1150 de l'ancien Code civil en décidant que la condition de prévisibilité s'appliquait au principe du dommage et non à son étendue (Voy. not. Cass., 11 avril 1986, *R.C.J.B.*, 1990, p. 79 et la note de L. CORNELIS, « Le sort imprévisible du dommage prévisible » ; Cass., 23 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 212 ; Cass., 4 février 2010, *R.D.C.*, 2010, p. 498). En pratique, le dommage sera donc presque toujours considéré comme prévisible et, partant, indemnisable. L'article 5.87 consacre sur ce point le droit antérieur.

142. Sur la notion de clause pénale et son régime, voy. notamment P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, pp. 727 et s. et en particulier l'impressionnante liste de références citées à la note n° 42 ; P. VAN OMMELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1722 et s. ; F. AUVRAY et S. JANSEN, « Een onmogelijke zoektocht naar het ideale controlemechanisme bij strafbedingen », in *Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise*, Bruxelles, la Charte, 2017, pp. 101 et s.

143. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, pp. 738 et 739.

À la suite d'une importante réforme intervenue en 1998, l'article 1226 de l'ancien Code civil définit la clause pénale comme la clause « par laquelle une personne s'engage à payer, en cas d'inexécution de la convention, une compensation forfaitaire pour le dommage éventuellement subi par suite de ladite inexécution ». Il est admis que cette définition englobe les clauses pénales qui mettent à charge du débiteur une prestation non pécuniaire<sup>144</sup>.

Le juge s'est vu reconnaître expressément le pouvoir de réduire les clauses pénales excessives<sup>145</sup>. L'article 1231, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup> de l'ancien Code civil dispose en effet que « [l]e juge peut, d'office ou à la demande du débiteur, réduire la peine qui consiste dans le paiement d'une somme déterminée lorsque cette somme excède manifestement le montant que les parties pouvaient fixer pour réparer le dommage résultant de l'inexécution de la convention ». Le juge ne peut toutefois réduire la clause pénale à « une somme inférieure à celle qui aurait été due en l'absence de clause pénale » (art. 1231, § 1<sup>er</sup>, al. 2, anc. C. civ.). Malgré l'utilisation des termes « somme » et « montant », cette réglementation s'applique à toutes les clauses pénales, qu'elles soient pécuniaires ou non, étant toutefois entendu que la réduction des clauses pénales non pécuniaires soulève des difficultés particulières<sup>146</sup>.

Le pouvoir de réduction du juge est réservé aux hypothèses d'excès manifeste de la clause pénale par rapport au dommage prévisible lors de la conclusion du contrat. Le juge dispose donc d'un pouvoir d'appréciation marginale<sup>147</sup>. Pour exercer ce pouvoir d'appréciation, le juge est invité à se demander si le montant de la clause pénale n'est pas à ce point excessif qu'aucune personne raisonnablement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances n'aurait retenu ce montant<sup>148</sup>. Le dommage avec lequel le juge doit comparer le montant de la clause pénale est, selon les termes de l'article 1231 de l'ancien Code civil, « le montant que les parties pouvaient fixer », c'est-à-dire le dommage prévisible lorsque le contrat a été conclu et non le dommage réellement subi à la suite de l'inexécution fautive du contrat<sup>149</sup>. Le juge doit donc se replacer au moment de la conclusion du contrat et reconstituer le dommage prévisible potentiel, c'est-à-dire le « dommage que les parties craignaient, au moment de conclure le contrat,

144. *Ibid.*, p. 729, n° 696 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 2, *op. cit.*, p. 1723.

145. Pour une analyse détaillée, voy. F. AUVRAY et S. JANSEN, « Een onmogelijke zoektocht naar het ideale controlemechanisme bij strafbedingen », *op. cit.*, pp. 101 et s.

146. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 730.

147. *Doc.*, Ch., 1997-1998, n° 1373/4, p. 11. Dans le même sens notamment P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 746, n° 714.

148. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 747, n° 714.

149. *Ibid.*, p. 748, n° 716.

de voir se réaliser en cas d'inexécution fautive du débiteur »<sup>150</sup>. L'exercice n'est guère aisé.

Lorsque le juge constate qu'une clause pénale a un caractère excessif, il doit la réduire, mais ne peut pas l'annuler<sup>151</sup>. Cette réduction implique une limitation de la clause pénale excessive au dommage potentiel prévisible<sup>152</sup>.

Le juge est donc appelé à contrôler les clauses pénales en se référant au dommage potentiel prévisible, mais il ne saurait être question pour autant de se désintéresser du dommage réellement subi par le créancier. Tout d'abord, le dommage réel est la limite inférieure que fixe l'article 1231, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de l'ancien Code civil au pouvoir de réduction du juge<sup>153</sup>. Ensuite, la Cour de cassation a décidé que le juge pouvait notamment se baser sur le dommage réel pour évaluer le dommage potentiel prévisible. En pratique, on observe aussi que les juges se réfèrent volontiers au dommage réel, en général bien plus facile à déterminer que le dommage potentiel prévisible, pour sanctionner un éventuel abus de droit dans le chef du créancier<sup>154</sup>. Le raisonnement tenu est le suivant : le créancier qui se prévaut d'une clause pénale commet un abus de droit si, compte tenu de toutes les circonstances de la cause et donc notamment du préjudice réellement subi, l'invocation de cette clause excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne raisonnable. La théorie de l'abus de droit permet au juge non seulement de prendre en considération le dommage réel, mais également de réduire la clause pénale à ce même dommage<sup>155</sup>. La Cour de Cassation a confirmé cette approche dans un arrêt récent, où elle énonce que

150. *Ibid.* La Cour de cassation a décidé que pour déterminer ce dommage prévisible, le juge peut recourir, le cas échéant, à une évaluation *ex aequo et bono* : « Lorsque, en application de l'article 1231, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, le juge réduit la somme stipulée à titre de clause pénale au motif qu'elle excède manifestement le montant que les parties pouvaient fixer pour réparer le dommage résultant de l'inexécution de la convention, il peut évaluer en équité le montant de ce dommage s'il constate l'impossibilité de le déterminer autrement » (Cass., 28 avril 2011, C.10.0117.F).

151. Cass., 12 avril 2013, C.12.0498.N : « Lorsque la somme excède le dommage potentiel, le juge ne peut pas annuler la clause pénale, mais uniquement diminuer le montant convenu ».

152. Cass., 22 octobre 2004, C.03.0088.N : « le juge qui exerce ainsi son pouvoir de révision est tenu de réduire le montant de la clause pénale au montant du dommage potentiel, sans que le montant alloué puisse toutefois être inférieur au dommage réellement subi ».

153. Le recours au dommage réel s'impose également pour contrôler le taux des intérêts conventionnels puisque l'article 1153, alinéa 5, de l'ancien Code civil se réfère au « dommage subi » par le créancier à la suite du retard de paiement d'une obligation de somme.

154. E. SWAENEPOEL, S. STIJNS et P. WÉRY, « Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives », *D.C.C.R.*, 2009, p. 201, n° 80.

La Cour de cassation a par ailleurs confirmé que la théorie de l'abus de droit s'appliquait également aux clauses pénales : Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2011, p. 244.

155. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 754, n° 723.

toute clause pénale, même licite, reste soumise au contrôle du juge au regard de l'abus de droit<sup>156</sup>.

**32. De la clause pénale à la clause indemnitaire.** Le Livre 5 propose tout d'abord d'abandonner la notion de clause « pénale » et de qualifier désormais ces clauses de « clauses indemnitaires ». Ce changement de dénomination ne peut qu'être approuvé dès lors que ces clauses ont un caractère strictement indemnitaire<sup>157</sup> et sont donc étrangère à la notion de peine<sup>158</sup>.

L'article 5.88, § 1<sup>er</sup>, adapte la définition de la clause pénale quant à son objet puisqu'il prévoit que la clause peut prévoir soit le « paiement d'un montant forfaitaire » soit « la fourniture d'une prestation déterminée ». Cet ajustement est lui aussi le bienvenu puisqu'il correspond à l'état du droit positif.

La principale évolution induite par la réforme concerne le critère qui devra être utilisé par le juge pour décider de réduire le cas échéant les clauses indemnitaires. Le texte met à la disposition du juge un critère plus large que le dommage potentiel prévisible puisque l'article 5.88, § 2, dispose que « [...] si la clause indemnitaire est manifestement déraisonnable, le juge la réduit, d'office ou à la demande du débiteur, compte tenu du dommage et de toutes les autres circonstances, en particulier des intérêts légitimes du créancier. En cas de réduction, le juge ne peut condamner le débiteur à une réparation inférieure à un montant raisonnable ou à une prestation raisonnable ».

Comme l'indique le terme « manifestement », le pouvoir d'appréciation du juge reste marginal<sup>159</sup>, mais le juge devra désormais apprécier le caractère raisonnable de la clause indemnitaire au regard « du dommage et de toutes les autres circonstances, en particulier des intérêts légitimes du créancier ».

Selon les travaux préparatoires, le dommage désigne ici tant le dommage réel que le dommage potentiel<sup>160</sup>. Quant aux « autres circonstances », il est précisé que « les circonstances concrètes comprennent également les intérêts légitimes du créancier, comme l'intérêt d'éviter d'autres inexécutions. Dans des situations où il est difficile de prouver et/ou de chiffrer le dommage, les intérêts légitimes du créancier sont un moyen pour apprécier le caractère raisonnable de la clause indemnitaire. Le juge peut également prendre en

156. Cass., 20 janvier 2023, C.21.0499.N, disponible sur [www.juportal.be](http://www.juportal.be).

157. L'exposé des motifs précise que la clause indemnitaire est destinée à indemniser « toutes sortes de dommages, tant directs qu'indirects. Les dommages moraux, matériels et financiers peuvent également être visés par une clause indemnitaire » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 97).

158. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 151 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, 2021, p. 733. La clause indemnitaire partage certes avec la peine un caractère dissuasif, mais elles n'en demeurent pas moins des institutions totalement distinctes.

159. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 99.

160. *Ibid.*, pp. 98 et 100.

considération la nature du contrat, la gravité de l'inexécution et la position du débiteur (par ex., la nature de son manquement, la répétition du manquement et le caractère intentionnel ou non de l'acte) »<sup>161</sup>.

Le juge disposera donc d'un pouvoir d'appréciation beaucoup plus large qu'en droit positif. Permettre au juge de modérer les clauses indemnitaires en ayant égard à toutes les circonstances de la cause, c'est passer du carcan étroit du dommage potentiel prévisible à une liberté d'appréciation complète que seul le caractère marginal de l'appréciation viendra peut-être tempérer.

Par ailleurs, le pouvoir de réduction du juge est également étendu puisque le dommage réel n'en constitue plus la limite<sup>162</sup>. Selon l'article 5.88, § 2, alinéa 2, « le juge ne peut condamner le débiteur à une réparation inférieure à un montant raisonnable ou à une prestation raisonnable ». Les travaux parlementaires sont peu loquaces à ce sujet, mais ils confirment en tout cas explicitement que le dommage réel ne constitue plus la limite inférieure du pouvoir de modération du juge. Il s'en déduit, à notre avis, que le juge pourrait réduire la clause indemnitaire à une prestation inférieure au dommage réel pour autant que cette réparation ne soit pas déraisonnable, compte tenu de toutes les circonstances de la cause<sup>163</sup>.

La réforme du droit des obligations confère donc au juge un pouvoir d'appréciation très étendu dans le domaine des clauses pénales, au point que le recours à la théorie de l'abus de droit deviendra à première vue superflu. Cette évolution peut être présentée sous un autre angle : ayant constaté que le législateur de 1998 avait échoué dans sa tentative d'encadrer strictement le pouvoir du juge de réduire les clauses pénales, le législateur de 2022 en prend acte et confirme le pouvoir d'appréciation très étendu que le juge exerce déjà actuellement.

**33. Le plafonnement des clauses indemnitaires par arrêté royal.** L'article 5.88, § 4, permet au Roi de fixer par arrêté royal des plafonds pour les clauses indemnitaires pécuniaires et les intérêts conventionnels. Cette réglementation des clauses pénales ne pourra concerner que les clauses qui figurent dans les conditions générales incluses dans un contrat d'adhésion et qui sanctionnent une obligation de somme. Ces conditions sont cumulatives<sup>164</sup>.

161. *Ibid.*, p. 100.

162. *Ibid.*

163. On pourrait ainsi imaginer que compte tenu de la situation respective du créancier et du débiteur, il ne soit pas déraisonnable de condamner le débiteur à une prestation inférieure au dommage réel.

164. Ne sont donc pas concernés les clauses indemnitaires non pécuniaires, ni les obligations autres qu'une obligation de somme, ni les clauses figurant dans un contrat dont les clauses étaient négociables.

En outre, la fixation des plafonds devra tenir compte du montant de l'obligation de somme inexécutée, de la catégorie de contrat et du secteur d'activités concerné.

Si une telle réglementation vient à être adoptée, le rôle du juge se limitera à vérifier si la clause indemnitaire concernée respecte les plafonds fixés par l'arrêté royal<sup>165</sup>. L'objectif de ce régime spécifique est de renforcer la sécurité juridique en limitant le pouvoir d'appréciation du juge. Le plafonnement réglementaire des clauses indemnitaires devrait ainsi faciliter la résolution des conflits.

**34. Le maintien du droit antérieur pour le surplus.** Pour le surplus, le régime de la clause indemnitaire confirmera le droit positif. Ainsi, le juge pourra réduire les intérêts conventionnels sans pouvoir descendre en-deçà du taux légal (art. 5.88, § 3)<sup>166</sup>. La clause indemnitaire devra être réduite proportionnellement en cas d'exécution partielle de l'obligation (art. 5.88, § 5)<sup>167</sup>. Lorsque la prestation prévue par la clause indemnitaire est déraisonnablement faible, le régime des clauses exonératoires de responsabilité est applicable (art. 5.88, § 6)<sup>168</sup>.

Le caractère impératif de la législation est confirmé (art. 5.88, § 7)<sup>169</sup>. L'article 5.88, § 1<sup>er</sup>, échappe toutefois à ce caractère impératif. Est donc supplétive la disposition selon laquelle « il ne peut être alloué à l'autre partie une réparation plus élevée, ni plus basse ». Se trouve ainsi implicitement tranchée la controverse relative à la licéité des clauses indemnitaires optionnelles, c'est-à-dire les clauses qui stipulent une indemnisation forfaitaire tout en réservant le droit pour le créancier de réclamer une indemnisation supérieure s'il démontre que le dommage qu'il a subi est plus étendu<sup>170</sup>. Les parties pourront donc valablement prévoir une clause indemnitaire tout en permettant au créancier de préférer l'indemnisation du dommage effectivement subi.

165. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 101.

On peut se demander si l'exclusion du pouvoir d'appréciation du juge prévu aux paragraphes 2 et 3 ne heurte pas les principes d'égalité et de non-discrimination. La circonstance qu'il s'agit de contrats d'adhésion ne justifie pas en soi un amoindrissement de la protection du débiteur, bien au contraire.

166. La différence par rapport à la règle prévue à l'article 1153 de l'ancien Code civil consiste en ce que le juge ne devra plus tenir compte uniquement du dommage réel, mais également du dommage potentiel et de toutes les autres circonstances.

167. Comp. art. 1231, § 2, anc. C. civ.

168. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 738, n° 702.

169. Comp. art. 1231, § 3, anc. C. civ. La Cour de cassation avait expressément confirmé le caractère impératif de la loi du 23 novembre 1998 (Cass., 6 décembre 2002, R.G. C.00.0176.N), tranchant ainsi une controverse quant au caractère d'ordre public ou simplement impératif de cette législation (sur cette question, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 745, n° 712).

170. Selon le professeur Wéry, le respect de la logique forfaitaire s'impose à tous (P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 742, n° 708).

## §2. Les clauses exonératoires de responsabilité

**35. Le principe : maintien du droit antérieur.** L'ancien Code civil ne contient aucune disposition réglementant les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Ce sont la doctrine et la jurisprudence qui ont donc élaboré progressivement le régime applicable à ces limitations conventionnelles de la responsabilité.

Dans une large mesure, les règles dégagées sous l'empire de l'ancien Code civil sont confirmées dans le Livre 5. Il en va ainsi, par exemple, de la validité de principe des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, tant pour la responsabilité contractuelle qu'extracontractuelle<sup>171</sup>.

De même, le principe selon lequel on peut s'exonérer des conséquences de sa faute lourde et de celle des personnes dont on répond, à condition que cette exonération soit expresse<sup>172</sup>, est maintenu.

Par rapport au droit actuellement en vigueur, le Livre 5 propose de modifier l'efficacité des clauses exonératoires en introduisant deux restrictions et une extension.

Sous le régime de l'ancien Code civil, on enseignait que les clauses exonératoires ne sont pas valables dans trois hypothèses : lorsqu'elles contreviennent à une loi impérative ou d'ordre public, en cas de faute intentionnelle et lorsque la clause a pour effet de vider le contrat de sa substance<sup>173</sup>.

Ces trois restrictions sont maintenues dans l'article 5.89, lequel précise que les clauses contraires seront réputées non écrites. L'article 1.11 du Code civil définit, pour sa part, faute intentionnelle comme la faute « comise dans le but de nuire ou de réaliser un gain ».

**36. Les clauses exonératoires relatives aux fautes intentionnelles des personnes dont répond le débiteur.** Le Livre 5 interdit désormais à un débiteur de s'exonérer des conséquences des fautes intentionnelles des personnes dont elle répond. On sait qu'une telle exonération est actuellement valable en droit commun<sup>174</sup>, mais qu'elle est déjà proscrite dans les relations B2C. L'article VI.83, 13°, qualifie en effet de clauses abusives les clauses qui tendent à « libérer l'entreprise de sa responsabilité du fait de son dol,

171. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 782, n° 764 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 2, *op. cit.*, pp. 1708 et s. ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Anvers, Intersentia, 2021, p. 653, n° 910.

172. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 783, n° 767 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, *op. cit.*, p. 654, n° 912.

173. Sur ces restrictions, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, pp. 782 et s., n°s 765 et s. ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 2, *op. cit.*, pp. 1711 et s.

174. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 783, n° 766 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 2, *op. cit.*, p. 1713, n° 1160.

de sa faute lourde ou de celle de ses préposés ou mandataires [...] ». Plus récemment, cette exonération a également été invalidée dans les relations B2B. En effet, selon l'article VI.91/5 du Code de droit économique, « sont présumées abusives sauf preuve contraire, les clauses qui ont pour objet de : [...] 6° libérer l'entreprise de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute grave ou de celle de ses préposés [...] ». À cet égard, le Livre 5 aligne donc le droit commun sur ces deux régimes particuliers.

**37. Les clauses exonératoires relatives aux atteintes à la vie ou à l'intégrité physique.** La seconde nouveauté consiste à interdire les limitations de responsabilité lorsque la faute du débiteur ou d'une personne dont il répond a causé une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne. Le texte tranche une controverse doctrinale quant à la validité de ces clauses. Certains auteurs estimaient que l'indemnisation du dommage corporel relevait du droit commun et qu'une partie pouvait donc valablement s'exonérer de sa responsabilité<sup>175</sup>. D'autres auteurs défendaient quant à eux l'idée que de telles clauses violaient l'ordre public<sup>176</sup>.

Bien que l'exposé des motifs ne le mentionne pas, il s'agit également d'étendre au droit commun une règle issue du droit de la consommation. L'article VI.83, 25° du Code de droit économique interdit en effet dans les contrats B2C les clauses qui ont pour objet d'« exclure ou limiter la responsabilité légale de l'entreprise en cas de mort du consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci et résultant d'un acte ou d'une omission de cette entreprise ».

L'objectif poursuivi est donc de réserver un statut spécifique à l'indemnisation de ces préjudices particuliers en garantissant au créancier le droit à une réparation intégrale de son préjudice. En d'autres termes, le principe de la réparation du dommage énoncé à l'article 5.86 aurait, en ce qui concerne ces dommages spécifiques, le statut d'une norme impérative, tant dans le domaine de la responsabilité contractuelle qu'extracontractuelle.

La formulation de l'article 5.89, § 3, conduit à s'interroger sur la portée exacte de cette disposition. Il est certain qu'une clause qui limiterait le droit

175. P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 2, *op. cit.*, p. 1709, n° 1158.

176. Voy. not. P. WÉRY, « Heurs et malheurs des clauses exonératoires de responsabilité contractuelle », in *Tapas de droit notarial 2020-2021*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 366, n° 8 ; B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, la Charte, 2001, pp. 52 et 53, n° 30 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, pp. 895-897, n° 1419 ; A. VAN OEVELEN, « Exoneratiebedingen en vrijwaringsbedingen », in *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 11, n° 11 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 786, n° 768 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, *op. cit.*, p. 658, n° 919.

du créancier à une réparation intégrale d'un préjudice corporel tomberait sous le coup de l'article 5.89, § 3. Mais qu'en est-il d'une clause qui exonérerait une partie de sa responsabilité en cas d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique de tiers ? Prenons l'exemple suivant : une entreprise fournit des produits alimentaires à un supermarché et le contrat qui les lie dégage le fournisseur de toute responsabilité pour les dommages découlant d'une intoxication alimentaire. Si le supermarché doit indemniser un client victime d'une telle intoxication, peut-il se retourner contre son fournisseur ou se verra-t-il opposer avec succès la clause exonératoire ? Une interprétation large de l'article 5.89, § 3, peut, à notre avis, être défendue dès lors que le texte ne vise pas uniquement les clauses relatives aux atteintes à la vie ou à l'intégrité physique du créancier mais, plus largement, les atteintes à la vie ou à l'intégrité physique « d'une personne », que cette personne soit ou non le co-contractant du débiteur.

Revenons à la comparaison entre le nouveau droit commun et le droit de la consommation. L'article VI.83, 25°, du Code de droit économique et l'article 5.89, § 3, visent tous deux l'hypothèse du décès de la victime, mais le premier vise en outre l'exonération de responsabilité en cas de dommages corporels causés au consommateur tandis que le second vise l'atteinte à l'intégrité physique de la victime (laquelle peut être, dans le Code civil, tant le cocontractant que toute autre personne).

Or, les notions de dommage corporel et d'atteinte à l'intégrité physique ne sont pas synonymes. Le dommage corporel est un concept plus étendu qui comprend à la fois l'atteinte à l'intégrité physique et l'atteinte à l'intégrité psychique<sup>177</sup>. Ainsi, le dommage corporel au sens de l'article VI.83, 25°, du Code de droit économique se comprend non seulement d'une atteinte au corps mais plus largement à la santé<sup>178</sup>. Cette distinction figure également à l'article 19, 3<sup>ter</sup>, de la loi hypothécaire, lequel confère un privilège mobilier général à la créance en réparation de la victime d'un acte intentionnel de violence constitutif d'une infraction pénale et de ses ayants droits jusqu'au deuxième degré inclus, tant pour le préjudice physique que psychique. Différents instruments internationaux distinguent également l'intégrité physique des personnes et leur intégrité mentale, mais placent le respect de ces deux valeurs sur un même pied. C'est notamment le cas de l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ceci peut également se déduire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits

177. En droit français, la dernière proposition de réforme du droit de la responsabilité se prononce également en ce sens. Le projet d'article 1269 du Code civil est rédigé comme suit : « Toute atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne est un dommage corporel » (Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile du 29 juillet 2020, Sénat, sess. extraord. 2019-2020, doc. n° 678).

178. P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Gand, Larcier, 2009, p. 284, n° 344.

de l'homme relative aux articles 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>179</sup>. Par conséquent, on peut se demander si l'exclusion du préjudice psychique dans le cadre de l'article 5.89 ne risque pas d'être considérée comme la source d'une discrimination contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution.

Il se déduit de l'article 5.89 que seules les personnes physiques sont susceptibles de bénéficier de cette protection. Cette différence de traitement ne nous semble pas injustifiée dès lors que sous l'angle des atteintes à la vie ou à l'intégrité physique, les personnes physiques et les personnes morales ne se trouvent pas dans la même situation<sup>180</sup>.

**38. L'extension du bénéfice des clauses exonératoires aux auxiliaires.** Le Livre 5 prévoit par ailleurs une extension de la portée des clauses exonératoires au bénéfice des « auxiliaires », lesquels seraient désormais autorisés à « invoquer contre le créancier principal la clause d'exonération de responsabilité convenue entre celui-ci et le débiteur » (art. 5.89, § 2). Cette nouvelle règle soulève un certain nombre de questions.

Qui sont tout d'abord ces « auxiliaires » ? Cette notion n'est pas définie en tant que telle, mais selon l'article 5.89, il s'agit des personnes auxquelles le débiteur a fait appel pour l'exécution du contrat. La notion d'auxiliaire figure également à l'article 5.229, qui ne définit pas davantage cette notion. On peut penser que l'auxiliaire correspond à la figure de l'agent d'exécution en droit positif<sup>181</sup>. Sont plus spécifiquement visés les sous-traitants, préposés et mandataires à qui l'exécution de tout ou partie d'un contrat est confiée.

Permettre aux auxiliaires d'invoquer une clause figurant dans le contrat principal qui lie le débiteur au créancier n'équivaut-il pas à autoriser un tiers

179. Cour eur. D.H., *Botta c. Italie*, 24 février 1998, § 32 : « La sphère de la vie privée, telle que la Cour la conçoit, couvre l'intégrité physique et morale d'une personne [...] ». Voy. également Cour eur. D.H., *X. et autres c. Bulgarie*, 17 janvier 2019, § 86 : « Les obligations positives, découlant des articles 3 et 8 de la Convention, de protéger l'intégrité physique et morale d'une personne commandent en particulier la mise en place d'un cadre législatif permettant de mettre les individus suffisamment à l'abri d'atteintes à cette intégrité [...] ».

180. La Cour de justice a ainsi décidé qu'un régime de protection des victimes pouvait être instauré au bénéfice des seules personnes physiques : « le législateur de l'Union a pu légitimement instaurer un régime protecteur en faveur des seules personnes physiques, ces dernières se trouvant dans une situation objectivement différente de celle des personnes morales en raison de leur plus grande vulnérabilité et de la nature des intérêts auxquels les infractions à l'encontre des seules personnes physiques peuvent porter atteinte, telles la vie et l'intégrité physique de la victime » (C.J.U.E., 21 octobre 2010, *Procédure pénale contre Emil Eredics et Mária Vassné Sági*, C-205-09).

181. Rappelons que selon la Cour de cassation, l'agent d'exécution est « une personne physique ou morale qui est chargée par le débiteur d'une obligation contractuelle de l'exécution totale ou partielle de cette obligation, que l'obligation soit exécutée pour son propre compte et en son nom ou pour le compte et au nom du débiteur » (Cass., 24 mars 2016, *R.G.D.C.*, 2019, p. 512).

à « invoquer le caractère obligatoire d'une convention à laquelle il n'est pas partie aux fins de limiter ses obligations envers un des contractants »<sup>182</sup> ? Dans ce cas, l'article 5.89 doit être lu comme une nouvelle exception au principe de la relativité des conventions. Telle n'est pas l'interprétation qu'en propose l'exposé des motifs : « La proposition part dès lors de l'idée que lorsqu'une partie limite sa responsabilité, elle le fait non seulement pour elle-même, mais aussi pour toute personne à laquelle elle fait appel pour l'exécution du contrat »<sup>183</sup>. Toute clause d'exonération de responsabilité contiendrait donc implicitement mais certainement une stipulation pour autrui du débiteur en faveur de ses auxiliaires. Cette explication peine à convaincre. On sait que le recours à une prétendue volonté tacite généralisée des parties est souvent un artifice destiné à donner à un mécanisme un fondement contractuel. Cette justification paraît d'autant plus fragile en l'espèce : il n'est pas rare que la décision de faire appel à des auxiliaires ne soit pas prise lors de la conclusion du contrat, mais seulement à un stade ultérieur, dans le cadre de l'exécution du contrat. Dans une telle situation, comment se fonder sur une hypothétique volonté du débiteur de stipuler au bénéfice de futurs auxiliaires dès la conclusion du contrat principal ?

Outre la question du fondement juridique de cette disposition, on peut se demander si la protection juridique des auxiliaires nécessitait un renforcement. La question mérite d'être posée dès lors que les protections offertes par le droit positif sont loin d'être négligeables. Comme le rappellent les travaux préparatoires du Livre 5<sup>184</sup>, les agents d'exécution, comme les sous-traitants, bénéficient des règles du concours de responsabilité. Ces règles sont à ce point protectrices que l'on parle volontiers de la quasi-immunité de l'agent d'exécution<sup>185</sup>. En effet, hormis les cas où la faute de l'agent d'exécution constitue également une infraction pénale, il est très difficile, voire pratiquement impossible de mettre en cause la responsabilité extracontractuelle de l'agent d'exécution. Il faut ajouter que les préposés du débiteur bénéficient de la protection de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats

182. Cass., 13 septembre 2019, R.G. C.19.0080.F : « Hormis le cas de stipulation à son profit, un tiers ne peut demander à son bénéfice l'exécution d'obligations résultant d'une convention et ne peut invoquer le caractère obligatoire d'une convention à laquelle il n'est pas partie aux fins de limiter ses obligations envers un des contractants ».

183. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 103.

184. *Ibid.*

185. Voy. not. C. HÉLAS, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », in *Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle*, coll. CUP, vol. 198, Liège, Anthemis, 2020, pp. 39 et s. ; T. MALENGREAU, « La coexistence des responsabilités : état des lieux », in *Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, pp. 117 et s. ; B. DUBUISSON, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Ultime tentative de conciliation... », in *Dare la luce. Liber amicorum Hubert Bocken*, Bruges, la Charte, 2009, p. 80.

de travail et qu'ils ne donc peuvent voir leur responsabilité mise en cause par le créancier principal qu'en cas de faute lourde ou de faute légère à caractère habituel. Loin de remettre en cause le régime actuellement applicable aux auxiliaires, l'article 5.89 vise à leur offrir « une protection complémentaire » et « ne porte pas atteinte aux solutions jurisprudentielles visant à protéger les auxiliaires »<sup>186</sup>.

L'invocation de la clause d'exonération de responsabilité par les auxiliaires sera soumise aux restrictions évoquées ci-dessus : si la clause ne peut être valablement opposée par le débiteur principal, elle ne pourra pas l'être davantage par son auxiliaire. Ceci limitera l'apport de l'article 5.89 à la protection des auxiliaires. Ainsi, selon les règles en vigueur, une partie peut exercer un recours contre l'agent d'exécution de l'autre partie si la faute commise par l'agent d'exécution constitue également une faute pénale<sup>187</sup> et on cite souvent comme illustration l'hypothèse dans laquelle la faute de l'agent d'exécution a donné lieu à un dommage corporel, car la faute civile de l'agent d'exécution constitue alors simultanément une infraction pénale de coups et blessures, ce qui autorise un recours direct du créancier principal contre l'agent d'exécution. L'article 5.89 permettrait en théorie à l'auxiliaire d'invoquer une clause exonératoire de responsabilité figurant dans le contrat principal. Toutefois, dès lors que les clauses ne peuvent limiter le droit à la réparation de la victime d'une atteinte à son intégrité physique, la clause ne pourra être invoquée par l'auxiliaire.

En conclusion, ce qui été présenté comme un renforcement de la protection de l'auxiliaire ne semble pas, en l'état actuel des choses, modifier réellement le régime de responsabilité de l'auxiliaire vis-à-vis du créancier de son co-contractant. Toutefois, n'oublions pas qu'une réforme du droit de la responsabilité est également en cours. Si, dans le cadre de cette réforme, la mise en cause de la responsabilité de l'auxiliaire devait être plus largement admise qu'elle ne l'est actuellement, l'article 5.89, § 2, pourrait présenter un réel intérêt pour les auxiliaires.

186. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 103.

187. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 2, *op. cit.*, pp. 1201 et s., spéc. p. 103.

## Section 4. La résolution du contrat

### §1. La sanction d'un manquement grave à un contrat synallagmatique

**39. Sanction inhérente aux contrats synallagmatiques.** La résolution est une sanction spécifique à l'inexécution des contrats synallagmatiques<sup>188-189</sup>. C'est ce que confirme l'article 5.90 qui prévoit que seul « le contrat synallagmatique peut être résolu » en cas d'inexécution du débiteur.

**40. L'appréciation de la gravité du manquement.** Conformément à la jurisprudence constante de la Cour de cassation, la résolution d'un contrat ne peut être prononcée que si le manquement du débiteur est suffisamment grave<sup>190</sup>. L'examen de la gravité du manquement relève de l'appréciation souveraine<sup>191</sup> du juge du fond<sup>192</sup>.

La gravité du manquement est une condition tant de la résolution judiciaire que de la résolution par notification du créancier<sup>193</sup>. Le juge l'apprécie de la même manière dans les deux cas<sup>194</sup>. En effet, seul le moment de son intervention diffère à cet égard. Le fondement juridique du pouvoir d'appréciation du juge quant à la gravité du manquement invoqué à l'appui d'une demande en résolution ne réside pas dans les articles 5.90 à 5.96 du Code civil, pas plus qu'il ne se trouve exprimé à l'article 1184 de l'ancien Code civil. Le professeur Van Ommeslaghe écrit à cet égard ce qui suit : « le pouvoir d'appréciation du juge quant à l'opportunité de la demande en résolution procède de la même idée que la condition de bonne foi, exigée dans le

188. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 1, p. 862, n° 562 et p. 897, n° 583 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 667, n°s 661-662. L'article 5.90 étant de droit supplétif, rien n'empêcherait cependant les parties d'étendre conventionnellement la résolution à un contrat unilatéral, par exemple un prêt à intérêts.

189. Le contrat synallagmatique est à présent défini à l'article 5.6. du Code civil.

190. Cass., 28 mai 1965, *Pas.*, I, p. 1051 ; Cass., 8 avril 1976, *Pas.*, I, p. 880 ; Cass., 31 janvier 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 116 ; Cass., 11 octobre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 116 ; Cass., 15 avril 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 361 ; Cass., 6 novembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 455 ; Cass., 23 juin 2005, C.03.0450.F, disponible sur [www.juportal.be](http://www.juportal.be) ; Cass., 24 septembre 2009, *Pas.*, 2009, vol. 9, p. 1979 ; Cass., 28 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2016, p. 826.

191. Concernant le fondement et les critères de l'appréciation de la gravité du manquement par le juge, voy. J.-Fr. GERMAIN, « L'appréciation de la gravité du manquement en matière de résolution de contrats synallagmatiques », *R.G.D.C.*, 2006, pp. 456-462.

192. Cass., 12 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 291 ; Cass., 13 mars 1981, *R.W.*, 1982-1983, col. 1050.

193. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 104.

194. S. STJNS, « La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'inexécution ou de vice de formation », in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, p. 384, n° 43.

cadre de l'exception d'inexécution : il s'agit de tempérer de façon raisonnable l'application de la sanction et d'éviter de recourir à la résolution lorsque les manquements du titulaire de l'option sont bénins. Le pouvoir d'appréciation des tribunaux répond ainsi au souci d'assurer une certaine protection du débiteur fautif contre des agissements intempestifs du créancier »<sup>195</sup>.

Les travaux préparatoires confirment cette approche : « le pouvoir d'appréciation du juge vise à éviter que la résolution soit prononcée alors que les manquements reprochés sont bénins. Cette exigence de gravité suffisante peut être mise en rapport avec le critère de proportionnalité propre à la fonction modératrice de la bonne foi et à l'interdiction de l'abus de droit : la résolution en tant que sanction doit être proportionnelle au manquement »<sup>196</sup>.

Pour limiter les aléas liés à l'appréciation par le juge de la gravité du manquement, les parties peuvent librement fixer les manquements qui permettront de procéder à la résolution du contrat<sup>197</sup>. L'article 5.90 du Code civil prévoit en effet que la résolution peut avoir lieu « lorsque l'inexécution du débiteur est suffisamment grave *ou lorsque les parties sont convenues qu'elle justifie la résolution* »<sup>198</sup>. Le législateur fait donc clairement la distinction entre le manquement considéré comme suffisamment grave *per se*, et celui que les parties ont convenu d'identifier comme cause de résolution. Une telle clause peut consister en une clause résolutoire expresse (permettant au créancier de résoudre le contrat sans recours judiciaire préalable), mais ce ne sera pas nécessairement le cas si la clause se contente d'énumérer les manquements justifiant une résolution, sans pour autant organiser une résolution extra-judiciaire sur cette base. Ceci étant, le contrôle – beaucoup plus limité – du juge quant au manquement invoqué sur la base de cette clause doit selon nous être le même<sup>199</sup>.

195. P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, vol. 4, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1994, p. 1985/299. La doctrine est constante à ce sujet (voy. not. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 847, n° 889 ; M. FONTAINE, « La mise en œuvre de la résolution des contrats synallagmatiques », *op. cit.*, p. 22 ; S. STIJNS, « La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en œuvre et ses effets », in *Les obligations contractuelles*, *op. cit.*, p. 409 ; R. KRUTHOF *et al.*, « Verbintenissenrecht – Overzicht van rechtspraak (1981-1992) », *T.P.R.*, 1994, n° 133.

196. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 108.

197. Cette convention des parties peut prendre la forme d'une clause résolutoire expresse permettant au créancier de résoudre la convention. Il n'est toutefois pas exclu que les parties se contentent de fixer les manquements justifiant la résolution sans dispenser le créancier du recours préalable au juge ou que ce dernier opte pour la résolution judiciaire même en présence d'une clause résolutoire expresse. Le juge sera alors lié par l'accord des parties sur les manquements justifiant la résolution, sauf dans les cas où la clause résolutoire expresse est interdite par la loi.

198. Ce sont les soussignés qui mettent en évidence.

199. Sur le pouvoir de contrôle du juge en présence d'une clause résolutoire expresse, voy. *infra*, n° 45.

Il est enfin des cas exceptionnels dans lesquels la résolution peut intervenir alors que le manquement du débiteur n'est pas encore intervenu. Nous analyserons les conditions d'une telle résolution anticipée ci-dessous<sup>200</sup>.

## §2. La résolution judiciaire

**41. Le choix du créancier et le pouvoir du juge.** L'article 5.91, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil confirme la faculté du créancier de demander la résolution en justice. Saisi d'une telle demande, « le juge peut, selon les circonstances », soit « prononcer la résolution », soit « accorder un délai au débiteur afin d'exécuter ses obligations ». S'il use de cette faculté – qui lui était déjà réservée par l'article 1184, alinéa 3, de l'ancien Code civil –, le juge pourra prévoir qu'à défaut pour le débiteur de saisir cette dernière chance, le contrat sera résolu à l'échéance du délai qu'il lui accorde<sup>201</sup>.

En saisissant le juge d'une demande de résolution, le créancier choisit celle-ci au détriment de l'exécution en nature<sup>202</sup>. Les travaux préparatoires rappellent que « lorsque les conditions de la résolution judiciaire sont jugées remplies le juge n'a pas de pouvoir d'appréciation de l'opportunité de la résolution »<sup>203</sup>. S'il constate que le créancier a abusé de son droit<sup>204</sup> d'option, il peut toutefois sanctionner cet abus en écartant la branche de l'option choisie par le créancier et lui refuser, selon les circonstances, soit la résolution, soit l'exécution en nature du contrat<sup>205</sup>.

Comme le rappellent les articles 5.90 et 5.91, la résolution pourra s'accompagner de dommages et intérêts destinés à réparer le dommage complémentaire éventuel qui n'est pas réparé par la résolution et donc « à placer le créancier dans la même situation que si le contrat avait été exécuté ».

**42. La résolution aux torts réciproques.** Confirmant la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>206</sup>, l'article 5.91, alinéa 2, du Code civil prévoit que le juge

200. Voy. *infra*, n<sup>os</sup> 51 et s.

201. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 676, n<sup>o</sup> 673.

202. Ce choix était expressément prévu par l'article 1184 de l'ancien Code civil. Il ressort aujourd'hui de l'article 5.83 du Code civil qui liste les sanctions de l'inexécution dont dispose le créancier et prévoit que « les sanctions qui sont incompatibles ne peuvent être cumulées ».

203. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n<sup>o</sup> 55-1806/001, p. 109.

204. Cf. art. 5.73, al. 2, 2<sup>o</sup>, C. civ.

205. Cass., 16 janvier 1986, *J.T.*, 1986, p. 404 ; *R.C.J.B.*, 1991, p. 4, note M. FONTAINE ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 1, *op. cit.*, pp. 912 et 913, n<sup>o</sup> 589 ; S. STIJNS et F. AUVRAY, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », in M. DUPONT (dir.), *Les obligations contractuelles*, coll. de la Conférence du jeune barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 305-314 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 675, n<sup>o</sup> 672.

206. Cass., 9 mai 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 1100 ; Cass., 16 février 2009, *J.T.*, 2010, p. 352.

prononce la résolution aux torts réciproques des deux parties si « chacune des parties demande la résolution [et] s'est rendue responsable d'une inexécution justifiant la résolution ».

Si les parties ou l'une d'entre elles sollicite(nt) en outre l'octroi de dommages et intérêts, il appartiendra au juge de « déterminer le dommage auquel chacune des parties a droit à la suite de l'inexécution imputable à l'autre partie, proportionnellement à la gravité de leurs fautes respectives ». En effet, « la circonstance qu'aucune des parties n'a exécuté ses obligations ne supprime ni leur responsabilité contractuelle ni le fait qu'elles soient tenues, proportionnellement à leur part de responsabilité, d'indemniser l'autre partie pour le dommage qui est une suite directe et immédiate de leurs propres manquements »<sup>207</sup>.

### §3. L'application d'une clause résolutoire expresse

**43. Une validité de principe.** La validité des clauses qui dispensent le créancier du recours préalable au juge pour procéder à la résolution du contrat est admise de longue date<sup>208</sup>, sauf dans les cas où elle est interdite par la loi<sup>209</sup>. Ces conventions sont généralement désignées sous l'appellation de pactes commissaires exprès ou de clauses résolutoires expresse. Elles reçoivent à présent une consécration légale à l'article 5.92 du Code civil. Avec cette clause, les parties évitent le double inconvénient de la résolution judiciaire : le contrôle préalable du juge (inconvénient de temps puisque la résolution du contrat ne pourra être prononcée que plusieurs mois, voire plusieurs années après l'introduction de la demande) et, en grand partie, l'appréciation par celui-ci de la gravité du manquement (aléa quant à l'issue de la procédure et donc quant au sort du contrat).

L'absence d'intervention préalable du juge ne sera toutefois acquise que si la clause le prévoit expressément. Le Code civil distingue d'ailleurs la clause qui identifie le manquement pouvant justifier une résolution (art. 5.90, al. 1<sup>er</sup>), du pacte commissaire exprès proprement dit (art. 5.92). Il faut que les parties indiquent sans ambiguïté qu'elles auront le droit de résoudre le contrat *motu*

207. *Ibid.* On soulignera, à la lecture de ces deux arrêts, que la Cour de cassation considère que la part du dommage qui doit être réparé par chacune des parties est fixée en proportion de la gravité de sa faute et non de l'incidence causale de celle-ci.

208. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 850, n° 894 ; Cass., 19 avril 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 981.

209. Voy. not. l'article 1762bis de l'ancien Code civil qui répute la clause résolutoire expresse non écrite lorsqu'elle est contenue dans un contrat de bail immobilier.

*proprio*<sup>210</sup>. Les travaux préparatoires confirment le principe : « si les parties veulent organiser une telle résolution non judiciaire, la clause résolutoire doit exclure, *sans doute possible*, l'intervention judiciaire préalable »<sup>211</sup>.

**44. Mise en œuvre de la clause.** L'alinéa 2 de l'article 5.92 impose au créancier qui souhaite mettre la clause en œuvre d'adresser une « notification écrite au débiteur » par laquelle il lui « indique les manquements qui lui sont reprochés ».

Cette disposition confirme la doctrine et la jurisprudence qui considèrent que le créancier doit manifester sa volonté de se prévaloir de la clause pour lui

210. On observe ainsi une « gradation » du pacte en fonction des termes utilisés par les parties : – Certaines clauses prévoient simplement qu'en cas de manquement de l'une partie à ses obligations, l'autre partie pourra poursuivre la résolution du contrat à ses torts. De telles clauses sont dépourvues de toute utilité pratique puisqu'elles se bornent à reproduire les conditions de la résolution judiciaire (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 852, n° 898 ; P. VAN OMMESELAGHE, « Les obligations. Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *op. cit.*, n° 135 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *op. cit.*, n° 15).

– Certaines clauses prévoient la résolution « de plein droit » ou « sans recours judiciaire préalable » en cas de manquement d'une partie à ses obligations. De telles clauses autorisent le créancier victime du manquement à prononcer la résolution du contrat d'autorité et sans recours au juge, économisant ainsi un temps précieux et soustrayant le manquement invoqué à l'appréciation préalable du juge. Elles ne le dispensent toutefois pas d'adresser à son débiteur défaillant une mise en demeure. La Cour d'appel de Bruxelles a rappelé dans un arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 2004 que même en présence d'un pacte commissaire exprès, « une résolution de plein droit ne peut intervenir en l'absence de mise en demeure » (2004KR178, juportal.be ; voy. également : Cass., 9 avril 1976, *Pas.*, I, 337 et S. STIJNS, « De noodzaak van de ingebrekestelling voor de uitwerking van een uitdrukkelijk ontbindend beding », *R. Cass.*, 1995, pp. 259-261). Quant à la formulation exacte de la clause, on retrouve fréquemment les expressions « de plein droit » ou « sans recours judiciaire préalable » dans les contrats examinés. De telles formulations permettent valablement d'éluder l'intervention préalable du juge, mais on rappellera d'une manière plus générale qu'il n'existe en la matière aucun terme sacramentel, de sorte que l'on devrait accepter toute clause révélant la volonté des parties d'obtenir la résolution *motu proprio* (on peut citer à cet égard l'exemple de la clause selon laquelle le vendeur a le pouvoir « de réputer la vente nulle et non avenue » (Liège, 14 avril 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 470). Voy. également S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *op. cit.*, n° 51 et références citées).

– Certaines clauses prévoient enfin que la résolution sera obtenue non seulement sans recours judiciaire préalable, mais également sans sommation. Dans un tel cas, la mise en demeure n'est plus requise (Cass., 2 mai 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 934). Il faut toutefois que la volonté du créancier de prononcer la résolution du contrat soit portée à la connaissance du débiteur fautif, cette décision constituant un acte unilatéral réceptice (S. RUTTEN, « Het uitdrukkelijk ontbindend beding: een kwestie van interpretatie », *R.D.C.*, 2002, p. 621). Le principe est confirmé par les travaux préparatoire : « Les parties peuvent aussi renforcer l'efficacité de la clause résolutoire en dispensant le créancier d'une mise en demeure préalable à la résolution ou en ajoutant une clause indemnitaire fixant la réparation complémentaire à la résolution » (Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 111).

211. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 111.

donner effet dès lors qu'il pourrait préférer l'exécution en nature du contrat à sa résolution<sup>212</sup>. En outre, comme le rappellent les travaux préparatoires<sup>213</sup>, la nécessité de préciser les manquements reprochés au débiteur se justifie par les exigences de la bonne foi et le souci de permettre le contrôle qui sera exercé par le juge *a posteriori*.

Enfin, le créancier devra faire précéder la notification de sa décision de résolution d'une mise en demeure du débiteur, lui octroyant un dernier délai conformément aux articles 5.83, alinéa 3, et 5.231, alinéas 2 et 3, du Code civil<sup>214</sup>.

**45. Contrôle du juge.** La clause résolutoire dispense le créancier d'un recours préalable au juge. Elle n'a pas pour autant effet de supprimer purement et simplement l'intervention du juge, ce qui serait au demeurant contraire à l'ordre public<sup>215</sup>. Si « le juge n'aura plus le droit d'apprécier si le manquement est suffisamment grave »<sup>216</sup>, dès lors que les parties ont défini, dans la clause, les manquements justifiant la résolution, il conserve un contrôle *a posteriori* sur les conditions de mise en œuvre du pacte commissaire exprès par l'une des parties.

Ce contrôle est double :

- (i) Le juge doit tout d'abord contrôler la *régularité* « formelle » de la résolution, à savoir si la clause résolutoire est valide (notamment au regard d'une disposition impérative ou d'ordre public) et si le créancier l'a mise en œuvre conformément aux conditions qui y sont énoncées<sup>217</sup>.
- (ii) Le juge doit ensuite vérifier si la mise en œuvre de la clause est *légitime*, c'est-à-dire conforme à la bonne foi<sup>218</sup>. Contrairement à ce qu'une partie de la jurisprudence a pu considérer, le juge ne peut se borner à constater la validité du manquement invoqué à l'appui de la résolution, sans pouvoir en apprécier la gravité. En effet, la clause résolutoire expresse n'est pas une condition « mécanique », mais une clause qui organise la résolution du contrat en cas d'inexécution de

212. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 851, n° 897 ; P. VAN OMMESELAGHE « Examen de jurisprudence (1976 à 1982). Les obligations », *op. cit.*, pp. 303-305, n°s 29-30 ; M. C. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte commissaire exprès ? », *Ann. dr. Lg.*, 1988, p. 172.

213. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 112.

214. Sauf dans les cas visés à l'article 5.233 du Code civil.

215. E. DIRIX, « De bezwarende bedingen in de HPW », *R.W.*, 1991-1992, p. 568.

216. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 852, n° 898.

217. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 112.

218. J-Fr. GERMAIN, « Le contrôle de la gravité du manquement en présence d'une clause résolutoire expresse », note sous Cass., 9 mars 2009, *R.G.D.C.*, 2010, pp. 133-136.

celui-ci par le débiteur. La résolution relève donc de la volonté subjective et de l'appréciation du créancier qui invoque cette sanction. Cette caractéristique du pacte commissaire tacite, dont le pacte commissaire exprès n'est qu'une variante, autorise le juge à contrôler la sanction de la résolution au regard du manquement constaté, ce contrôle trouvant son fondement dans le principe modérateur de la bonne foi. C'est la direction qu'a prise la doctrine moderne, qui plaide en faveur d'un tel contrôle du juge dans le cadre du pacte commissaire exprès, sur la base de la théorie de l'abus de droit<sup>219</sup>, contrôle qui peut conduire le juge à priver le créancier du bénéfice de la clause ou à sanctionner l'abus par des dommages et intérêts<sup>220</sup>. Plusieurs décisions de jurisprudence ont adopté cette approche<sup>221</sup> et les travaux préparatoires du Code civil affirment le même principe : « Le juge peut, en effet, contrôler si la mise en œuvre de la clause résolutoire est régulière et si la résolution est légitime, c.à.d. si elle est conforme aux exigences de la bonne foi et ne viole donc pas l'interdiction d'abuser de ses droits [...] Le contrôle de la légitimité de la résolution donne au juge la possibilité de contrôler si l'application de la clause résolutoire ne procédait pas, dans les circonstances concrètes, d'un abus de droit. Une résolution peut être considérée abusive lorsque le manquement reproché est minime et que la clause est formulée de façon fort générale visant "les cas de manquement" sans autres précisions [...] De cette manière, la gravité des manquements contractuels peut faire, après coup, l'objet d'un contrôle marginal qui tient compte des circonstances concrètes de l'espèce »<sup>222</sup>.

Si la mise en œuvre de la clause est irrégulière ou illégitime, l'article 5.94 dispose que la notification du créancier est inefficace. Le contrat n'est alors pas résolu et continue à sortir ses effets<sup>223</sup>.

219. S. STIJNS, « La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en œuvre et ses effets », *op. cit.*, p. 449 et références citées en droit belge et en droit français.

220. Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, 244, *Arr. Cass.*, 2001, p. 245 ; *R.W.*, 2001-2002, p. 778, note A. VAN OEVELEN ; Cass., 1<sup>er</sup> octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2470 ; *R.W.*, 2011-2012, p. 142, note S. JANSEN et S. STIJNS ; *R.G.D.C.*, 2012, p. 387, note P. BAZIER. Par ex. Anvers, 29 juin 2007, *R.W.*, 2009-2010, p. 105, note J. DE CONINCK.

221. *R.W.*, 1998-1999, p. 160 ; dans le même sens, Civ. Bruxelles, 6 mars 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 602 ; Civ. Gand, 6 février 1998, *R.W.*, 1998-1999, col. 160 ; Cass., 9 mars 2009, *Pas.*, 2009, p. 689, concl. contraires : GENICOT ; *Arr. Cass.*, 2009, p. 762 ; *R.G.D.C.*, 2010, p. 130, note J.-Fr. GERMAIN et *J.T.*, 2009, p. 392 ; Cass., 8 février 2010, *Pas.*, 2010, p. 402 et *T.B.O.*, 2011, p. 163 ; Cass., 5 décembre 2014, C.14.0061.N. (impl.), disponible sur [www.juportal.be](http://www.juportal.be).

222. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 112 et 113.

223. Voy. *infra*, n° 57.

#### §4. La résolution par notification du créancier

**46. Évolution doctrinale et jurisprudentielle.** Dans son examen de jurisprudence déjà évoqué ci-dessus<sup>224</sup>, le professeur Van Ommeslaghe a mis en avant les mêmes motifs pour déroger, dans des circonstances exceptionnelles, au caractère judiciaire tant de la résolution que du remplacement<sup>225</sup>. La doctrine et la jurisprudence du fond lui ont rapidement emboîté le pas<sup>226</sup>.

Par des arrêts prononcés le 2 mai 2002<sup>227</sup> et le 16 février 2009<sup>228</sup>, la Cour de cassation a jugé que « 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 tel contrat peut décider, de sa propre initiative et à ses propres risques, de ne pas exécuter ses obligations et de notifier à son cocontractant qu'elle considère que le contrat a pris fin ».

Les termes ambigus de ces arrêts ont suscité le débat en doctrine, certains y voyant la consécration de la résolution extra-judiciaire, d'autres continuant à la contester<sup>229</sup>.

La Cour de cassation a finalement consacré, dans des termes clairs, la résolution par notification par un arrêt du 23 mai 2019 en décidant que « la règle [suivant laquelle la résolution doit être demandée en justice] ne fait pas obstacle à ce qu'en cas d'inexécution suffisamment grave pour justifier la résolution judiciaire, le créancier décide à ses risques et périls de résoudre le contrat par une notification au débiteur » et en précisant que « cet acte unilatéral de résolution produit effet tant qu'il n'a pas été déclaré inefficace par un juge »<sup>230</sup>. Cet arrêt, prononcé par la chambre francophone de la Cour, a été confirmé par la chambre néerlandophone, qui précise que la notification de la résolution par le créancier doit être expresse<sup>231</sup>.

224. Voy. *supra*, n° 14.

225. P. VAN OMMEFLAGHE, « Examen de jurisprudence (1968 à 1973). Les obligations », *op. cit.*, pp. 603-611, n°s 65 et 65bis.

226. Voy. les références citées par P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 808, n° 790, notes n°s 77 et 78.

227. *R.W.*, 2002-2003, p. 501 et note A. VAN OEVELEN ; *R.G.D.C.*, 2003, p. 337 et note S. STIJNS ; *R.C.J.B.*, 2004, p. 258 et note P. WÉRY.

228. Cass., 16 février 2009, *R.D.C.*, 2009, p. 722 ; *J.T.*, 2010, p. 352 et note M. DUPONT ; *R.W.*, 2011-2012, p. 1843, note J. BAECK.

229. Pour un résumé des arrêts et des analyses qu'ils ont suscitées, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, pp. 809-811, n°s 791-793.

230. Cass., 23 mai 2019, *R.G.D.C.*, 2019, p. 474 et note S. STIJNS et S. JANSEN ; *J.T.*, 2020, p. 26 et note S. STIJNS et P. WÉRY ; *R.D.C.*, 2020, p. 497 et note S. VAN LOOCK.

231. Cass., 11 décembre 2020, *R.D.C.*, 2021, p. 433 et note S. SOMERS et S. JANSEN ; *R.G.D.C.*, 2022, p. 113 et note S. STIJNS et S. DECLERCO.

**47. Consécration légale.** La résolution par notification est consacrée à l'article 5.93 du Code civil, rédigé comme suit :

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

**48. Conditions de mise en œuvre.** Comme toute sanction de l'inexécution<sup>232</sup>, la résolution unilatérale doit être précédée d'une mise en demeure, comme le prévoient les articles 5.83, alinéa 3, et 5.231, alinéa 2, du Code civil<sup>233</sup>. La bonne foi impose que cette mise en demeure laisse au débiteur un ultime délai pour s'exécuter<sup>234</sup>. Par ailleurs, à l'instar de la résolution judiciaire, le manquement justifiant la résolution doit être suffisamment grave, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans son arrêt du 23 mai 2019 et comme le précise l'article 5.90, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil<sup>235</sup>. Afin de permettre le contrôle, *a posteriori*, par le juge, de la gravité du manquement, le créancier est tenu de notifier<sup>236</sup> sa décision de résolution au débiteur par écrit<sup>237</sup>, en précisant les manquements qu'il lui reproche. Si la mise en demeure est suffisamment explicite à cet égard et que le débiteur ne s'est pas exécuté à l'issue du délai que le créancier lui a octroyé, la notification pourra se contenter d'y renvoyer. Toujours en vue de permettre au juge de contrôler la gravité du manquement, le créancier doit « prendre les mesures utiles pour établir l'inexécution du débiteur ». Cette disposition est conforme à l'enseignement selon lequel la charge de la preuve de la gravité du manquement justifiant la résolution repose sur le créancier<sup>238</sup>.

Par contre, le créancier ne doit, à la différence du remplacement par notification, justifier d'aucune circonstance exceptionnelle pour procéder à la résolution par notification, conformément à l'arrêt de la Cour de cassation des 23 mai 2019<sup>239</sup>. Le régime de la résolution unilatérale s'écarte ainsi,

232. À l'exception de la suspension de l'exécution des obligations du créancier (voy. *infra*, n° 74).

233. Sauf dans les cas visés à l'article 5.233 du Code civil.

234. Voy. art. 5.231, al. 3, C. civ.

~~235. Voy. *supra*, n° 35.~~

236. Cf. art. 1.5 C. civ.

237. Les travaux parlementaires précisent que « Le créancier peut avoir intérêt à faire notifier sa déclaration de résolution par voie d'exploit d'huissier, ce qui permettra d'en assurer la transcription conformément aux articles 1<sup>er</sup> et 2 de la loi hypothécaire » (Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 107). Cela vise la résolution des actes translatifs de droits réels immobiliers dont la transcription est à présent régie par les articles 3.30 et 3.31 du Code civil.

238. R. JAFFERALI, « La charge de la preuve de la fourniture d'informations », *op. cit.*, p. 717, n° 8.

239. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 118.

et ce n'est pas anodin, de l'une des conditions que la doctrine majoritaire considèrerait initialement comme indispensable à la mise en œuvre d'une résolution unilatérale<sup>240</sup> : la preuve de circonstances rendant impossible, ou à tout le moins inutile, l'attente d'une intervention du juge. Aux yeux de la doctrine, il ne pouvait alors se concevoir que la résolution, véritable sanction civile appliquée à l'auteur du manquement à côté de l'exécution en nature ou par équivalent, puisse être abandonnée au seul arbitrage du créancier dans toute situation de survenance d'un manquement grave, sous peine d'insécurité juridique. Le droit belge consacre aujourd'hui un tel pouvoir, qui s'exerce « aux risques et périls » du créancier, s'alignant ainsi avec ce qui était déjà admis par de nombreux codes civils européens<sup>241</sup>.

**49. Les risques et périls du créancier : le contrôle du juge.** Comme en matière de clause résolutoire, la mise en œuvre d'une résolution par notification est soumise à un double contrôle juridictionnel : un contrôle de régularité consistant à vérifier si le créancier a respecté les conditions de mise en demeure et de notification précise des manquements justifiant la résolution, et un contrôle de légitimité, à la lumière de l'interdiction l'abus de droit. L'échec à ce double test est sanctionné par l'*inefficacité* de la décision de résolution, exposant le créancier à toutes les sanctions attachées à une inexécution fautive dans son chef. Comme le rappellent les travaux préparatoires, « la résolution par le créancier constitue, en effet, une décision de partie. Lorsqu'elle est prise par le créancier en dehors des conditions d'application de son pouvoir décisionnel ou en abusant de son pouvoir, la décision reste sans effet. Le contrat n'est donc pas dissous »<sup>242</sup>. Le juge pourra dès lors – si une demande est formulée en ce sens – prononcer la rupture du contrat à ses torts (ou le cas échéant aux torts réciproques des parties), ordonner qu'il reprenne l'exécution du contrat, ou qu'il indemnise le créancier pour le dommage causé par son inexécution.

Le contrôle juridictionnel *a posteriori* exercé par le juge du fond interviendra le plus souvent à l'initiative du débiteur qui conteste la décision de

240. P. VAN OMMESLAGHE, « Les obligations. Examen de jurisprudence (1968 à 1973) », *op. cit.*, pp. 606 et s. ; M. FONTAINE, « La mise en œuvre de la résolution des contrats synallagmatiques », *op. cit.*, pp. 29 et s. ; Y. MERCHERS, « La fin des contrats de services », *op. cit.*, p. 309 ; Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérale en droit commercial belge*, Bruxelles, Bruylant, 1984, n° 217 et s. ; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, « Kroniek van verbintenissen recht (1985-1992) (eerste deel) », *R.W.*, 1992-1993, p. 1234 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *op. cit.*, p. 740 ; S. STIJNS, « La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en œuvre et ses effets », *op. cit.*, p. 425 et « Le rôle du juge dans la résolution judiciaire et non judiciaire pour inexécution d'un contrat », in *Droit des contrats. France, Belgique*, L.G.D.J., Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 115 et s.

241. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 115.

242. *Ibid.*, p. 120.

résolution, mais le créancier peut également faire de même s'il souhaite voir confirmée la résolution pour lever toute incertitude en cas de contestation de la décision par son débiteur, ou s'il veut obtenir un titre exécutoire portant sur les dommages et intérêts complémentaires<sup>243</sup>.

L'intervention du juge des référés trouvera probablement un terrain d'élection particulier dans la résolution par notification. On peut en effet craindre que le risque d'une sanction prononcée par le juge du fond, dans un avenir parfois très lointain, ne soit pas suffisamment dissuasif pour le créancier peu scrupuleux. Les risques de détournement du mécanisme de résolution par notification ne sont pas absents. Par exemple, dans un contrat de service à durée indéterminée, un créancier pourra être tenté de résoudre le contrat avec effet immédiat en mettant la rupture sur le compte d'une « faute » de son cocontractant, s'il s'avère que le risque auquel il s'expose correspond au maximum au paiement de l'indemnité de préavis qu'il avait prévu de supporter.

Le risque d'un usage abusif de la résolution par notification est d'autant plus important que cette forme de résolution ne nécessite plus que l'on rapporte la preuve de circonstances exceptionnelles justifiant que l'on se dispense d'une intervention préalable du juge. Il suffit que l'on invoque un manquement suffisamment grave. Le risque est plus important qu'en cas de mise en œuvre d'une clause résolutoire, où les manquements justifiant une résolution ont en principe été préalablement identifiés par les parties, ce qui limite les possibilités d'abus.

Le recours au juge des référés doit permettre au débiteur qui se voit opposer une résolution unilatérale de son créancier, d'en suspendre les effets afin que la poursuite des relations contractuelles soit ordonnée jusqu'à ce qu'il soit statué au fond.

Dans un arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 2004, la Cour d'appel de Bruxelles a rappelé les conditions strictes auxquelles est soumis le pouvoir d'intervention du juge des référés en matière de résolution unilatérale de contrats synallagmatiques. La Cour souligne qu'« il ne suffit pas, pour que le juge des référés puisse intervenir et prescrire des mesures conservatoires, en matière contractuelle, qu'il y ait urgence, apparence de droit et risque de subir un préjudice irréparable ou à tout le moins des inconvénients sérieux. Dans le cadre contractuel, l'intervention du juge n'est possible que si l'une des parties au contrat commet une voie de fait ou que la décision de rupture est manifestement fautive ou a été prise dans des conditions irrégulières »<sup>244</sup>.

243. En ce sens, *ibid.*, p. 118.

244. *D.A.O.R.*, 2005/73, p. 22.

En ce sens, l'intervention du juge en matière contractuelle s'apparente au référé provision : « il n'y a pas de différence de nature entre une décision de référé qui, sans préjudice à toute décision contraire, qui serait prononcée par le juge du fond, condamne une partie au paiement d'une somme provisionnelle et des décisions de référé qui interviennent directement dans les relations contractuelles en ordonnant la poursuite de ces relations ou en prononçant des injonctions ou des défenses »<sup>245</sup>.

Quelles que soient les voies de recours d'urgence ou conservatoires qui peuvent être envisagées en cas de résolution par notification, leur efficacité est soumise à l'aléa de toute procédure juridictionnelle. Le risque étant principalement pour le débiteur qui se voit opposer une résolution unilatérale d'être confronté à un écoulement de temps important jusqu'à ce que la question soit tranchée. Sans doute pourra-t-il être opportun d'aménager contractuellement le régime de la résolution par notification (celui-ci étant supplétif), soit en l'excluant totalement ou partiellement, soit en l'associant à des mécanismes de résolution des conflits garantissant l'intervention rapide d'un tiers décideur en cas de mise en œuvre du mécanisme par l'une des parties.

**50. La résolution par notification est-elle permise lorsque la clause résolutoire est interdite ?** Une partie importante de la doctrine estime que, dans les cas où le législateur a interdit le pacte commissaire exprès, la résolution extrajudiciaire ne peut non plus être admise<sup>246</sup>, considérant qu'« en édictant une telle prohibition, le législateur a voulu confier aux juges le monopole de la sanction de la résolution »<sup>247</sup> ou, encore, que, par cette interdiction, le législateur a entendu « s'assurer de l'intervention préalable du juge »<sup>248</sup>.

La solution préconisée par les éminents auteurs tenants de cette thèse ne nous semble pas certaine. L'effet principal de la clause résolutoire est en effet de priver le juge de l'appréciation de la gravité du manquement commis

245. Civ. Bruxelles, 6 juin 1997, *J.L.M.B.*, 00/52, cité par J. ENGLEBERT, « Inédits de droit judiciaire (X) – référés (4) », *J.L.M.B.*, 2000, p. 365.

246. P. WÉRY, « La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise ? », *R.C.J.B.*, 2004, p. 315, n° 10 ; S. STIJNS, « La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'inexécution ou de vice de formation », *op. cit.*, p. 397, n° 55. Concernant plus particulièrement (l'interdiction de) la résolution unilatérale du contrat de bail, voy. S. NAPORA, « Effets de l'inexécution fautive et non fautive », in *Le droit commun du bail*, Bruxelles, la Charte, 2006, p. 361, n° 45 ; S. STIJNS *e.a.*, « Schorsing en beëindiging van de huurovereenkomst naar gemeenrecht », in *Handboek algemeen huurrecht*, Bruxelles, la Charte, 2006, pp. 574 et 575, n° 1332 ; P. WÉRY, « La résolution unilatérale d'un contrat de bail immobilier est interdite », *J.T.*, 2010, pp. 709-713.

247. P. WÉRY, « La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise ? », *op. cit.*, p. 315, n° 10.

248. S. STIJNS, « La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'inexécution ou de vice de formation », *op. cit.*, p. 397, n° 55.

par le débiteur si celui-ci est visé par la clause<sup>249</sup>. Or, nous avons vu ci-dessus que la gravité du manquement était une condition de la résolution unilatérale comme de la résolution judiciaire et que l'appréciation du juge est identique à cet égard, qu'elle intervienne *a priori* ou *a posteriori*<sup>250</sup>. Nous avons en outre rappelé que le juge à qui la résolution judiciaire est demandée peut la refuser si elle est abusive ou octroyer un ultime délai au débiteur.

Il nous paraîtrait dès lors injustifié qu'un juge, devant lequel une résolution par notification unilatérale est contestée décide que le créancier qui y a procédé est fautif au seul motif que la clause résolutoire est interdite alors qu'il considère que les manquements reprochés par le créancier à son débiteur et repris dans la notification sont suffisamment graves et que la résolution n'est pas abusive. On peut citer l'exemple du preneur confronté à l'inertie du bailleur tenu de procéder à des travaux dans les lieux loués, malgré une mise en demeure et qui a l'opportunité de prendre d'autres lieux, qui lui conviennent, en location<sup>251</sup>. Doit-il introduire la procédure judiciaire au risque de laisser passer cette opportunité ? Son devoir de limiter son dommage<sup>252</sup> nous paraît justifier la solution contraire.

En définitive, ne faut-il pas considérer que l'objectif d'une interdiction légale de clause résolutoire expresse n'est pas tant de garantir l'intervention préalable du juge, mais plutôt d'empêcher qu'une partie « faible » accepte, *au moment de la signature du contrat*, que certains types de manquements puissent être qualifiés contractuellement de suffisamment graves pour mener à la résolution du contrat ? Dans un régime où désormais la résolution par

249. Voy. *supra*, n° 45. C'est principalement cette crainte de voir le juge privé de la faculté d'apprécier la gravité du manquement en fonction des circonstances qui a incité le législateur à réputer la clause résolutoire expresse en matière de baux d'immeubles. C'est ainsi que l'on peut lire ce qui suit dans les travaux préparatoires de la loi ayant inséré l'article 1762*bis* de l'ancien Code civil : « Usant de la liberté des conventions, les parties stipulent fréquemment que la seule inexécution d'une des obligations, même accessoire du bail permettra au bailleur d'y mettre fin, par un simple acte de volonté et sans intervention du juge. La résolution opère alors de plein droit et, pour ainsi dire, automatiquement. C'est la condition résolutoire expresse ou pacte commissaire. Aucun délai n'est accordé ; aucun égard n'est donné à la gravité de l'inexécution ou aux circonstances qui peuvent justifier ou expliquer l'inexécution ou le retard. Ce pacte est dangereux aux mains du créancier qui entend pousser l'exercice de ses droits à toute rigueur. Il paraît inique dans les contrats dont l'exécution est destinée à se développer pendant un long terme, comme dans le bail à loyer, car une faute minime, tel le retard d'un jour ou d'une heure dans le paiement du loyer échu, peut faire résilier un bail qui aurait encore bien des années à courir. Cette disproportion entre la faute et la sanction, entre le manquement au contrat et ses conséquences, est choquante et l'équité n'y trouve pas son compte, d'autant moins que l'inexécution peut n'avoir causé au bailleur aucun dommage » (Projet de loi portant des modifications au titre VIII du livre III du Code civil, Exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 1928-1929, n° 64, p. 4).

250. Voy. *supra*, n° 35.

251. L'article 1762*bis* de l'ancien Code civil répute en effet la clause résolutoire expresse non écrite lorsqu'elle est contenue dans un contrat de bail immobilier.

252. À présent consacré à l'article 5.238 du Code civil.

notification n'est plus soumise à aucune condition de fond spécifique par rapport à la résolution judiciaire, l'intervention préalable du juge n'est plus regardée comme un critère déterminant pour assurer la protection des intérêts des parties. On perçoit donc mal pourquoi on priverait une partie du droit de résolution par notification en raison du fait qu'est légalement prohibée dans son contrat l'insertion d'une clause résolutoire expresse, au motif qu'une telle prohibition viserait à garantir une intervention préalable du juge, alors même qu'une telle intervention préalable n'est absolument plus jugée nécessaire dans le nouveau régime de la résolution. Le motif de la prohibition nous semble être plutôt l'intensité du manquement invoqué à l'appui de la résolution, ce qui justifie effectivement qu'il soit écarté dans certains contrats pour éviter, encore une fois, qu'une partie faible n'accepte de sacraliser artificiellement des obligations, s'exposant ainsi à ce que leur inexécution ultérieure ne lui coûte la résolution du contrat à ses torts (le contrôle du juge *a posteriori* restant certes toujours possible, mais de manière plus marginale que pour une résolution de droit commun).

## §5. La résolution anticipée

**51. La doctrine de l'*anticipatory breach*.** Mécanisme répandu dans les pays du Common Law<sup>253</sup>, l'*anticipatory breach* permet au créancier de « mettre fin unilatéralement au contrat, même avant l'échéance des obligations du débiteur, lorsqu'il est manifeste que l'exécution n'aura pas lieu dans l'avenir ou ne sera pas conforme à ce qui a été convenu »<sup>254</sup>. Cette sanction ne pouvait être mise en œuvre sous l'ancien Code civil à défaut d'obligation exigible dans le chef du créancier, et donc de manquement suffisamment grave consommé dans le chef du débiteur. Elle a été introduite dans notre droit par la ratification de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise<sup>255</sup>. Sous réserve d'une clause contractuelle l'autorisant expressément, la résolution anticipée<sup>256</sup> ne pouvait dès lors concerner qu'un contrat entrant dans le champ d'application de cette convention.

253. C. DELFORGE, « Le contrat d'outsourcing : aspects liés à la durée et au caractère intégratif », in *Les aspects juridiques de l'outsourcing*, Centre de droit des obligations de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 2002, p. 32.

254. M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « La prévision de l'inexécution du contrat: lacunes et ressources du droit belge », *Entr. et dr.*, 2004, p. 90.

255. Loi du 4 septembre 1996 portant assentiment à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, faite à Vienne le 11 avril 1980, *M.B.*, 1<sup>er</sup> juillet 1997.

256. Concernant de telles clauses, voy. M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « Les clauses relatives à la prévision de l'inexécution » in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, *op. cit.*, pp. 203-215, n<sup>os</sup> 17-24.

**52. Introduction dans le Code civil.** S'inspirant du régime de résolution anticipée mis en place par la Convention de Vienne<sup>257</sup>, l'article 5.90 prévoit, en son alinéa 2, que « le contrat peut aussi être résolu, dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'il est manifeste que le débiteur, après avoir été mis en demeure de donner, dans un délai raisonnable, des assurances suffisantes de la bonne exécution de ses obligations, ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour le créancier ».

**53. Le caractère manifeste de l'inexécution du débiteur à l'échéance.** Le moindre doute sur la fiabilité du cocontractant ne peut suffire à résoudre anticipativement le contrat à ses torts. « Sans être nécessairement inéluctable, [l'inexécution à l'échéance] doit être quasiment certaine ou revêtir à tout le moins un haut degré de probabilité »<sup>258</sup>. La crainte du créancier doit donc être fondée sur des éléments concrets, telles la déclaration du débiteur qu'il ne s'exécutera pas ou des circonstances qui démontrent son incapacité à s'exécuter à terme. Cette condition sera appréciée au cas par cas. On peut notamment citer l'exemple de l'incompétence manifeste du débiteur ou de sa faillite lorsque le curateur n'a pas confirmé que l'activité serait poursuivie. A. De Boeck ajoute l'hypothèse du vendeur qui aurait vendu à un tiers les biens qu'il était tenu de livrer<sup>259</sup>.

Cette condition de la résolution anticipée fait apparaître l'existence d'une obligation distincte de celle dont la violation est pressentie, contenue en creux dans le mécanisme de l'*anticipatory breach*, étant l'obligation du débiteur de prendre les dispositions nécessaires pour assurer l'exécution de son obligation à terme. Cette obligation procède naturellement de l'exécution de bonne foi de la convention, et de son prolongement dans l'obligation de ne pas rompre la confiance de l'autre partie en phase d'exécution du contrat<sup>260</sup>. Si le créancier a des raisons de douter du respect de cette obligation, et peut le démontrer, il pourra alors invoquer un manquement à cette obligation pour résoudre le contrat. Agissant dans ce cadre, il appartient en premier lieu au créancier de démontrer la violation manifeste de cette obligation, comme le souligne l'article 5.90 du Code civil. Il ne suffit pas pour cela d'adresser

257. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 105.

258. M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « Les clauses relatives à la prévision de l'inexécution », *op. cit.*, p. 209, n° 20.

259. A. DE BOECK, « Anticipatory breach : de kroniek van een aangekondigde dood binnenkort ook veralgemeend van toepassing in het Belgische verbintenissen- en contractenrecht? », *R.G.D.C.*, 2021, p. 100.

260. A. DE BOECK, « De anticipatory breach, anticipatieve sanctie met veralgemeende toepassing in boek 5 van het nieuwe Belgische Burgerlijk Wetboek : een welgekomen bevrijding uit een doodbloedende contractuele relatie », in Fl. GEORGE, B. FOSSÉPREZ et A. CATALDO (coord.), *Liber Amicorum Xavier Thunis*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 32.

une mise en demeure au débiteur en spéculant sur son absence de réponse complète et satisfaisante, sous peine d'exposer les parties à un détournement du mécanisme, aboutissant à ce que le créancier sollicite gratuitement des justifications de la part de son débiteur avant même l'échéance de ces obligations. Il faut que le créancier identifie des risques précis et graves d'inexécution (insolvabilité, absence de ressources, perte d'agrément, déclaration du débiteur qu'il ne s'exécutera pas etc.), dans la mise en demeure invitant le débiteur à y répondre de manière satisfaisante. À défaut pour ce dernier de s'y conformer, on pourra alors considérer qu'il manque à son obligation de prendre les mesures nécessaires pour assurer l'exécution de son obligation à terme, et que ce manquement revêt une telle ampleur, en terme d'étendue potentielle de l'inexécution de l'obligation sous-jacente, et de son impact dommageable, qu'il justifie une résolution immédiate du contrat.

**54. La mise en demeure de donner des assurances suffisantes.** Comme évoqué ci-dessus, le créancier qui craint que son débiteur ne s'exécutera pas à l'échéance doit commencer par le mettre en demeure de lui donner des assurances suffisantes de la bonne exécution de ses obligations. Il doit, pour cela, lui laisser un délai raisonnable, qui dépendra de l'importance et de la complexité des assurances à fournir par le débiteur et de l'urgence, pour le créancier, de les recevoir. Les « assurances suffisantes » qui devront être fournies par le débiteur dépendront également des circonstances et ne devront pas nécessairement prendre la forme d'une sûreté. La démonstration par le débiteur de ce qu'il dispose des moyens nécessaires à l'exécution de ses prestations ou même, dans certains cas, une explication sur la manière dont il compte s'exécuter peuvent suffire<sup>261</sup>.

Il nous paraît par ailleurs que si le créancier souhaite procéder à la résolution anticipée, il est tenu de notifier la mise en demeure prévue à l'article 5.90, alinéa 2, du Code civil même lorsque le débiteur a déclaré qu'il ne s'exécutera pas, malgré l'exception prévue à l'article 5.233, 4°, du même Code. Cette mise en demeure ne manifeste en effet pas la volonté du créancier d'exiger l'exécution de l'obligation du débiteur<sup>262</sup>, mais le somme de donner des assurances de ce que cette exécution interviendra à terme. Elle constitue en outre une condition spécifique de la résolution anticipée.

**55. Des conséquences suffisamment graves pour le créancier.** La condition selon laquelle les conséquences de l'inexécution doivent être « suffisamment graves » pour le créancier est le pendant, pour la résolution anticipée, de celle

261. Principes d'UNIDROIT 2016, commentaire de l'art. 7.3.4 (p. 727).

262. Voy. la définition de la mise en demeure reprise à l'article 5.231 du Code civil.

qui prévoit que le manquement doit être « suffisamment grave » pour justifier la résolution lorsque la créance est exigible<sup>263</sup>.

**56. Les circonstances exceptionnelles.** L'article 5.90, alinéa 2, prévoit en outre que la résolution anticipée ne peut avoir lieu que « dans des circonstances exceptionnelles ». Cette condition n'est pas prévue par la Convention de Vienne ni dans les instruments de *soft law*. Les travaux parlementaires précisent qu'elle est prévue « afin d'instaurer une gradation visible vis-à-vis des conditions de l'*exceptio timoris* »<sup>264</sup>. Ils ne définissent toutefois pas de telles circonstances. Il convient donc de tenter de donner un contenu à cette notion.

La notion de circonstances exceptionnelles avait déjà été examinée par la doctrine belge lorsqu'elle constituait une condition de mise en œuvre du mécanisme de résolution unilatérale. Il s'agissait alors de justifier que la partie victime du manquement puisse se dispenser d'un recours judiciaire préalable. La doctrine qualifiait alors les circonstances exceptionnelles au regard du « devoir du créancier de limiter son préjudice », de « l'urgence et de l'état de nécessité » et enfin, « l'interprétation *a contrario* de l'article 1184, al. 3, du Code civil » justifiant que l'intervention du juge pour accorder un dernier délai soit devenue inutile<sup>265</sup>.

Ce critère de l'intervention préalable du juge n'est aujourd'hui plus pertinent puisque le nouveau Code civil permet indifféremment au juge ou à la partie victime de prononcer la résolution, qu'il s'agisse ou non d'une résolution anticipée. Ce qui distingue la résolution « classique » de la résolution anticipée, c'est uniquement le fait qu'une sanction soit prononcée avant que l'obligation en souffrance ne soit arrivée à échéance. On érige ainsi en obligation, implicite mais certaine, puisque passible de sanction, le fait de ne pas donner des assurances que l'obligation sera exécutée à terme. C'est selon nous le manquement à cette obligation qui doit permettre de justifier une résolution anticipée, en sus de la gravité associée à la non-exécution de l'obligation à son terme.

L'évaluation de la circonstance exceptionnelle sous l'angle du délai qui peut ou non encore être accordé au débiteur ne nous semble pas non plus être une bonne approche. La question du délai d'exécution ne peut être posée,

263. P. COLSON et Fl. GEORGE, « Les sanctions de l'inexécution de l'obligation contractuelle », *op. cit.*, p. 150. Comp. avec l'article 7.3.4 des Principes d'UNIDROIT et l'article 8:105 des Principes de droit européen des contrats qui prévoient la résolution anticipée en cas de risque « [d']inexécution essentielle » et l'article 72 de la Convention de Vienne qui vise l'hypothèse dans laquelle « il est manifeste qu'une partie commettra une contravention essentielle au contrat ».

264. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 105.

265. *R.C.J.B.*, 2004, pp. 336 et s.

par hypothèse, que lorsque l'exécution est due, ~~c'est à dire~~ à l'échéance de l'obligation.

La question est différente en matière de résolution anticipée puisque dans ce cas, le débiteur ne doit pas encore exécuter son obligation. La question du délai d'exécution n'est pas (encore) en mesure d'être posée.

Il va par ailleurs de soi que la circonstance exceptionnelle ne peut se confondre avec le caractère manifeste, voire avéré, d'une inexécution par le débiteur de son obligation à l'échéance, puisque la circonstance exceptionnelle se confondrait alors avec une condition de mise en œuvre du mécanisme, distincte et identifiée comme telle à l'article 5.90.

Reste alors peut-être l'angle de l'obligation de limiter son préjudice. On considère en effet que le devoir du créancier de limiter son dommage<sup>266</sup> peut être admis à titre de circonstance exceptionnelle justifiant le remplacement extrajudiciaire du débiteur<sup>267</sup>. Dès lors, puisque l'*anticipatory breach* n'est admis que lorsque les conséquences de l'inexécution à terme sont suffisamment graves pour le créancier, il nous paraît que lorsque ces conséquences sont difficilement réparables et qu'elles peuvent être évitées ou réduites par une résolution anticipée, le créancier est confronté à une circonstance exceptionnelle justifiant une telle résolution. L'exercice revient dans ce cas à comparer l'efficacité de la sanction à l'échéance, avec celle de la même sanction avant l'échéance. Si le créancier est en mesure de démontrer qu'il n'existe pas, en termes d'efficacité de la sanction, d'alternative raisonnable à la protection que lui offre une résolution anticipée, il nous paraît qu'une telle démonstration permettrait de caractériser les circonstances exceptionnelles exigées par l'article 5.90. Le créancier pourra par exemple, face à un débiteur dont la situation financière démontre qu'il sera dans l'incapacité de payer à terme les matières livrées, établir que la résolution anticipée est la seule mesure qui lui permettra, par l'effet des restitutions, de récupérer les marchandises avant qu'elles soient par exemple transformées ou consommées, et donc irrécupérables à terme. La démonstration nous semble également pouvoir être faite lorsque le créancier attend du débiteur une prestation à une date déterminée. Attendre cette date pour résoudre le contrat ou remplacer le débiteur n'est pas une alternative raisonnablement envisageable<sup>268</sup>.

266. Aujourd'hui consacré à l'article 5.238 du Code civil.

267. Voy. *supra*, n° 23.

268. On peut citer l'exemple d'une robe de mariée qui doit être livrée pour le jour de la cérémonie alors qu'il est manifeste que le tailleur n'y parviendra pas et qu'il n'a pas fourni les assurances suffisantes d'une telle livraison à l'échéance. Si, confrontée à cette situation, la future mariée a la possibilité de se faire délivrer une autre robe, qui lui convient, par un autre fournisseur pour le jour J, elle pourra procéder à la résolution anticipée du contrat conclu avec le premier tailleur

Le critère de l'alternative raisonnable nous semble en définitive pertinent pour évaluer si la mise en œuvre de la sanction une fois l'obligation échue constitue ou non une alternative raisonnable à une résolution anticipée. Si le créancier peut démontrer, outre les conditions de fond applicables à la résolution, que la sanction à l'échéance ne constitue pas une alternative raisonnablement équivalente à la sanction avant l'échéance, la résolution anticipée devrait être accordée.

## §6. Sanction de la résolution irrégulière ou abusive

**57. Inefficacité.** L'article 5.94 prévoit que « la notification par laquelle le créancier résout le contrat est inefficace si les conditions de la résolution ne sont pas remplies ou si elle est abusive ». L'inefficacité se justifie dans les deux cas visés puisque, d'une part, lorsque les conditions de la résolution ne sont pas remplies, celle-ci ne peut avoir lieu et, d'autre part, la sanction de l'abus de droit peut aboutir à priver son titulaire de l'exercice de celui-ci<sup>269</sup>.

La mise en œuvre d'une clause résolutoire et la résolution unilatérale imposent toutes les deux une notification écrite et la résolution anticipée prendra aussi généralement cette forme. Les hypothèses dans lesquelles « les conditions de la résolution ne sont pas remplies » sont donc variées. On pense notamment à celle qui serait faite par application d'une clause résolutoire illicite, pour un manquement qui n'est pas visé par la clause ou sans respecter les conditions de fond ou de forme prévues par la clause ou à la résolution unilatérale notifiée pour un manquement qui n'est finalement pas jugé suffisamment grave ou encore la résolution notifiée anticipativement sans que l'inexécution à l'échéance ne soit jugée manifeste. La résolution peut également être jugée abusive lorsqu'elle a été notifiée par application conforme d'une clause résolutoire expresse valide, mais que le créancier a abusé de son droit en optant pour la résolution plutôt que pour l'exécution en nature de la convention.

Lorsque la résolution est inefficace, le contrat continue donc à sortir ses effets. Le créancier qui, croyant le contrat dissous, a cessé de s'exécuter a donc commis une faute engageant sa responsabilité, le débiteur pouvant

et ne se faire délivrer que la seconde robe, par le nouveau fournisseur de son choix. Attendre le jour prévu pour le mariage pour constater l'inexécution et remplacer le tailleur ne constitue en effet pas une alternative raisonnable.

269. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 121 ; Cass., 8 février 2001, *Arr. Cass.*, 2001, p. 245 ; *Pas.*, 2001, p. 244 ; *R.W.*, 2001-2002, p. 778, note A. VAN OEVELEN ; *J.T.*, 2002, p. 475 ; *R.G.D.C.*, 2004, p. 396 ; S. STIJNS et F. AUVRAY, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », *op. cit.*, pp. 305-320, spéc. n°s 42 et 43.

solliciter sa condamnation à reprendre ses engagements et/ou à réparer son dommage ou, encore la résolution du contrat à ses torts<sup>270</sup>.

**58. La réparation du dommage du créancier ?** Nous avons eu égard ci-dessus à l'arrêt de la Cour de cassation du 18 juillet 2020 qui a décidé que lorsque le manquement du débiteur est établi, mais que les conditions du remplacement unilatéral n'ont pas (toutes) été respectées, « le créancier [...] a seulement droit à la réparation du préjudice résultant de la défaillance »<sup>271</sup>.

Nous partageons l'opinion de P. Wéry qui estime que le raisonnement tenu par la Cour dans cet arrêt à propos du remplacement unilatéral incite « à penser que le débiteur pourrait être tenu d'indemniser son cocontractant » lorsque les conditions de la résolution extrajudiciaire ne sont pas remplies<sup>272</sup>, mais que le manquement du débiteur est établi<sup>273</sup>.

## §7. Effets de la résolution

**59. Effet rétroactif.** L'article 5.95 consacre l'effet rétroactif de la résolution. Il prévoit toutefois que cet effet est limité dans le temps et ne remonte que jusqu'à la date du manquement qui a donné lieu à la résolution, « pour autant que le contrat soit divisible dans l'intention des parties, eu égard à sa portée ». Les auteurs de la proposition de loi expliquent que « ce critère de la divisibilité est largement admis en doctrine et se justifie par l'idée qu'il n'y a pas lieu de détruire la partie du contrat qui a été exécutée de part et d'autre à la satisfaction de toutes les parties, pour autant que le maintien de cette partie du contrat continue à présenter une utilité pour elles »<sup>274</sup>.

La résolution rétroagissant jusqu'à la date de conclusion du contrat ou, en cas de divisibilité, jusqu'à la date du manquement, elle donnera lieu à des restitutions réciproques. C'est ce que confirme l'alinéa 2 de l'article 5.95, en renvoyant aux dispositions du Code traitant de ces restitutions.

**60. Protection des tiers de bonne foi.** L'article 5.95, alinéa 3, introduit une nouveauté en prévoyant « [qu']à l'égard de tiers de bonne foi, la résolution ne prive le contrat d'effet que pour l'avenir ».

270. P. COLSON et Fl. GEORGE, « Les sanctions de l'inexécution de l'obligation contractuelle », *op. cit.*, p. 151.

271. Voy. *supra*, n° 21.

272. L'auteur cite le cas d'une résolution par notification suite à un manquement qui n'est finalement pas jugé suffisamment grave.

273. P. WÉRY, « Le remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, enfin admis par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 501, n° 37.

274. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 121

Constatant que « l'effet rétroactif de la résolution a [...] pour conséquence, sur le plan réel, de permettre au créancier de la restitution de revendiquer la chose entre les mains des tiers, tel qu'un sous-acquéreur, lequel n'a pas nécessairement connaissance du risque auquel il s'expose en acquérant la chose » et considérant que « les intérêts privés du vendeur ne paraissent pas préférables en soi à ceux du sous-acquéreur de bonne foi », le législateur a souhaité « couvrir ces hypothèses par une disposition générale »<sup>275</sup>.

**61. Résolution partielle.** S'inspirant de la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>276</sup>, l'article 5.96 consacre la résolution partielle<sup>277</sup>. Il prévoit en effet que « lorsque le manquement justifiant la résolution n'affecte qu'une partie du contrat, la résolution se limite à cette partie pour autant que le contrat soit divisible dans l'intention des parties, eu égard à sa nature et sa portée ».

## Section 5. La réduction de prix

**62. Notion.** L'article 5.97 introduit un nouveau mécanisme de sanction : la réduction de prix, qui permet à la victime d'une inexécution de demander en justice ou de décider unilatéralement une réduction de prix destinée à rééquilibrer les prestations réciproques. Comme le soulignent les travaux préparatoires, la nouvelle sanction « a sa logique et ses conditions d'application propres »<sup>278</sup>. Elle est donc distincte et autonome par rapport à l'exécution en nature, la réparation ou la résolution (totale ou partielle) du contrat<sup>279</sup>.

Compte tenu de la portée générale des termes de l'article 5.97, le mécanisme de réduction de prix semble devoir s'appliquer à tout contrat synallagmatique où la contrepartie de la prestation défaillante est une somme d'argent<sup>280</sup>. Initialement limitée aux inexécutions défectueuses sur le plan quantitatif, elle a été, suite à la critique du Conseil d'État quant à un risque de discrimination, étendue aux inexécutions de type qualitatif.

275. *Ibid.*, p. 123.

276. Cass., 17 octobre 2008, *R.G.D.C.*, 2011, p. 189 et note I. SAMOY.

277. Concernant cette question, voy. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat. Étude d'une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d'égalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 1043 et s. Pour une application récente, voy. Trib. entr. Hainaut (div. Charleroi), 23 février 2021, *J.T.*, 2021, p. 356.

278. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 125.

279. Sur la différence de nature entre le mécanisme de réduction et des sanctions voisines, telles que la responsabilité combinée à la compensation, l'exception d'inexécution, ou la résolution partielles, voy. Y. NINANE et R. THÜNGHEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », *op. cit.*, pp. 268 et s., n° 61.

280. *Ibid.* Dans le même sens, R. JAFFERALI, « La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés », *J.T.*, 2023, p. 52.

**63. Condition : un manquement « minime ».** Le droit de réduire le prix suppose que soit établi un manquement dans le chef du débiteur de la prestation, manquement dont l'article 5.97 dit qu'il ne doit pas être « suffisamment grave » pour justifier la résolution. Cette condition permet de distinguer la sanction de la réduction de celle de la résolution, qui ne peut quant à elle être prononcée qu'en cas de manquement dit suffisamment grave.

Cette condition n'est pas sans poser question quant à l'intensité exacte du manquement pouvant justifier une réduction. S'agit-il de tout manquement dès l'instant où il n'est pas « suffisamment grave » ? C'est en tout cas ce que dit littéralement l'article 5.97 en visant une « inexécution qui n'est pas suffisamment grave pour justifier la résolution ». Or l'on sait que le manquement justifiant une résolution est à l'extrémité supérieure de l'échelle d'intensité des manquements puisqu'il doit non seulement constituer une faute contractuelle, mais également avoir pour effet de rompre la confiance réciproque des parties, anéantissant l'utilité économique du contrat et justifiant par conséquent sa dissolution.

On pourrait donc considérer, au regard de cette interprétation, que tout manquement, même sérieux, sans être suffisamment grave pour justifier une résolution, justifie une réduction de prix. On aperçoit ici le risque de dérive du mécanisme, qui permettrait au créancier victime d'imposer un dédommagement (présenté comme un rééquilibrage des prestations réciproques) fondé sur cet article, en fonction de son appréciation subjective non seulement de l'existence du manquement, mais aussi de son impact sur la poursuite de la relation contractuelle. Après tout, le caractère suffisamment grave du manquement, caractérisé comme étant celui qui justifie, aux yeux de la victime, la sanction de la dissolution, relève d'une appréciation partiellement subjective dans le chef du créancier. Ce dernier pourrait donc opportunément choisir d'imposer une réduction de prix substantielle tout en exigeant de son débiteur qu'il continue à s'exécuter pour le reste, le contrat n'étant pas résolu.

On comprend donc que les travaux préparatoires adoptent une approche prudente à ce sujet, indiquant que la sanction doit se limiter au cas où l'inexécution « ne présente qu'un caractère minime »<sup>281</sup>. Mais on est surpris de lire que ce caractère minime se déduit de la formulation de l'article 5.97 selon laquelle l'inexécution « n'est pas suffisamment grave pour justifier la résolution du contrat ». En réalité, comme déjà indiqué, le fait qu'un manquement ne soit pas suffisamment grave ne signifie pas qu'il soit minime. La perplexité est renforcée par l'exemple de manquement donnée par les travaux préparatoires : « Un entrepreneur s'est engagé à construire cinq maisons pour un prix de 1 000 000 euros. Il n'en construit que quatre. Ayant accepté cette

281. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 126.

exécution partielle, le maître de l'ouvrage se retrouve avec un ensemble incomplet. Une adaptation du prix s'avère nécessaire. Le maître de l'ouvrage pourra retenir, sur la base d'une règle proportionnelle, un cinquième du prix qui était dû à l'entrepreneur, soit 200 000 euros »<sup>282</sup>. Il est difficile de considérer qu'une telle inexécution soit minime<sup>283</sup>.

Il nous semble néanmoins que la vocation d'un tel mécanisme doit se limiter à des manquements légers et facilement mesurables. Les travaux préparatoires soulignent qu'il n'était d'ailleurs envisagé initialement que pour les manquements quantitatifs. On peut également considérer que la référence à la « résolution » au premier alinéa de l'article 5.97 vise uniquement la résolution partielle, seule sanction concurrente pouvant aboutir à un résultat similaire à la réduction, ce qui permet alors d'affiner l'interprétation et de caractériser le manquement justifiant une réduction partielle comme tout manquement qui ne justifie pas une résolution partielle. Enfin, le fait qu'un tel manquement conduise à une réduction proportionnelle du prix au regard de la valeur de la prestation exécutée, et exclut tout dommages et intérêts pour compenser cette perte de valeur, plaide également en faveur d'un manquement léger.

L'évaluation de la sanction, lorsqu'elle est justifiée par un manquement qualitatif, est particulièrement délicate. L'appréciation est ici nettement subjective et permet à la victime d'imposer à son cocontractant, sous le couvert d'une réduction de prix justifiant un « rééquilibrage » des prestations, un véritable dédommagement sans passer par la case judiciaire, fondé sur son appréciation personnelle de l'impact, sur le prix, du défaut qualitatif revendiqué. Si l'on combine le mécanisme avec l'exception d'inexécution (éventuellement anticipée), cela revient *de facto* pour le créancier à s'approprier un dédommagement alors même que les conditions de la compensation ne seraient pas réunies.

Les premières interventions jurisprudentielles seront certainement lues avec intérêt sur cette question. D'ici là, la prudence commandera sans doute de modaliser contractuellement le mécanisme, en le limitant par exemple à des manquements quantitatifs d'une certaine ampleur.

**64. Mise en œuvre.** Lorsque les conditions de la réduction de prix sont remplies, le créancier peut choisir entre la réduction de prix judiciaire ou unilatérale. L'article 5.97 permet en effet au créancier de solliciter la réduction en justice ou de l'exercer par notification écrite. La notification doit indiquer la cause de cette réduction.

282. *Ibid.*

283. Dans le même sens, Y. NINANE et R. THÜNGHEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », *op. cit.*, p. 270, n° 62 ; P. COLSON et Fl. GEORGE, « Les sanctions de l'inexécution de l'obligation contractuelle », *op. cit.*, p. 160.

Il nous semble évident que le créancier n'est pas dispensé du respect de la primauté de l'exécution en nature. Bien que l'article 5.83 identifie uniquement le créancier comme titulaire du droit d'exiger l'exécution en nature, celle-ci reste le mode normal d'exécution des obligations tant du point de vue du créancier que du débiteur. Il justifie que la primauté soit réservée à l'exécution en nature, ainsi que l'énonce sans ambiguïté la Cour de cassation : « l'exécution en nature constitue le mode normal d'exécution forcée tant des obligations de faire que de celles de ne pas faire [...]. L'exécution par équivalent s'impose lorsque cette exécution en nature n'est pas ou n'est plus possible »<sup>284</sup>. Elle s'impose au débiteur *et* au créancier.

Le principe nous semble reflété dans le nouveau Livre 5, à l'article 5.231, qui prévoit que le créancier doit adresser une mise en demeure avant la mise en œuvre de la sanction, et que cette mise en demeure est l'acte par lequel le créancier exige du débiteur l'exécution de son obligation. L'article 5.83, alinéa 3, confirme bien que la sanction de réduction de prix doit être précédée d'une telle mise en demeure. Le débiteur a donc le droit, à ce moment, de faire échec à la réduction en remédiant au manquement dénoncé via une exécution en nature, comme le prévoit l'article 5.228.

**65. Effets.** La réduction de prix est un mode de dissolution partielle des contrats. En procédant à une réduction de prix, le créancier accepte de se contenter de la partie du contrat qui a été exécutée et donc, de libérer le débiteur de son obligation d'exécuter le contrat pour le surplus.

Cette extinction partielle s'accompagne bien entendu de la réduction corrélative et simultanée de l'obligation du créancier de payer le prix. L'article 5.97, alinéa 3, précise comment s'opère la diminution : « La réduction du prix est proportionnelle à la différence, au moment de la conclusion du contrat, entre la valeur de la prestation reçue et la valeur de la prestation convenue ». Il s'agit donc d'appliquer au prix initialement convenu la même diminution proportionnelle que celle qui est admise pour l'étendue des prestations du débiteur. Il n'est donc pas tenu compte de la valeur des prestations au moment où la réduction de prix est mise en œuvre. La réduction de prix peut ainsi se révéler plus favorable au créancier que la réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution fautive<sup>285</sup>.

284. Cass., 13 mars 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 236. Voy également Cass., 30 janvier 1965, *Pas.*, I, p. 538 ; Cass., 5 janvier 1968, *Pas.*, I, 567 ; Cass., 23 décembre 1977, *Pas.*, 1978, p. 477 ; Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 370.

285. Cette conséquence de la réduction de prix est voulue et assumée. Ainsi, l'exposé des motifs qui accompagnait l'avant-projet de 2017 fournissait l'exemple suivant : « Un entrepreneur s'est engagé à construire une maison pour un prix de 400.000 euros. Des malfaçons affectent la construction. Si aucune malfaçon n'avait affecté le bien, il aurait valu 300.000 euros. La présence de ces malfaçons réduit la valeur du bien à 270.000 euros. Si le maître de l'ouvrage réclame des dommages et intérêts, il obtiendra 30.000 euros. Si, par contre, il privilégie la réduction

Le calcul peut sans doute être effectué relativement aisément en cas d'inexécution quantitative, à condition toutefois que l'obligation du débiteur porte sur plusieurs objets identiques. Ainsi, si un entrepreneur s'est engagé à bâtir cinq maisons identiques mais n'en a exécuté que quatre, le maître de l'ouvrage pourra prétendre à une réduction d'un cinquième du prix. Les difficultés surviennent dès que l'obligation du débiteur porte sur des objets légèrement ou totalement différents. Comment réduire le prix si l'une des maisons comporte un aménagement particulier, tel qu'une piscine, ou nécessite la mise en œuvre de procédés de construction spécifiques ? Les travaux préparatoires ne fournissent aucune indication pour régler une telle situation. Il nous semble en tout cas qu'une réduction purement proportionnelle n'est pas adaptée. Si les parties ont fixé d'emblée un prix individuel pour chacun des objets du contrat, il serait logique que la réduction de prix se base sur cette répartition du prix. En revanche, si les parties se sont uniquement accordées sur un prix global, il incombera au créancier de fixer la part du prix qui, selon lui, correspond à la partie inexécutée du contrat. Il va sans dire que cette tâche sera délicate et que, dans de nombreux cas, le débiteur contestera le montant de la réduction de prix qui aura été retenue par le créancier. En cas de réduction de prix judiciaire, le juge fixera le montant de la réduction de prix. Si le créancier a opté pour la réduction de prix unilatérale, c'est le débiteur qui portera vraisemblablement l'affaire en justice pour remettre en cause l'étendue de la réduction de prix.

Comme on l'a vu, le calcul de la réduction de prix sera encore plus complexe lorsque le manquement contractuel consistera en une inexécution qualitative ou un retard dans l'exécution.

La réduction de prix suppose que le créancier accepte de se contenter de l'exécution partielle que le débiteur a fournie. La différence entre la valeur de la prestation reçue et la valeur de la prestation convenue est compensée par la réduction de prix. Le créancier ne peut donc pas réclamer de réparation pour le préjudice consistant à n'avoir reçu que partiellement la prestation convenue. L'article 5.97, alinéa 4, réserve néanmoins le droit du créancier d'obtenir une réparation pour tout autre dommage qu'il subirait. C'est un point important puisqu'en substance, le choix du créancier de recourir à cette sanction le fait renoncer à tous dommages et intérêts du fait de la différence de valeur constatée.

du prix, il pourra retenir, sur la base d'une règle proportionnelle, un dixième du prix qui était dû à l'entrepreneur, soit 40.000 euros » (p. 158). Cet exemple n'a pas été reproduit dans les développements de la proposition de loi n° 55-0174/001, mais il y est tout de même précisé à propos du mode de calcul de la réduction que la réduction de prix « ne constitu[e] pas la réparation d'un dommage mais une mesure de rééquilibrage du contrat » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 126). Au sujet de cette dérogation éventuelle au principe indemnitaire, voy. également I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Anvers, Intersentia, 2021, p. 670.

**66. Sanction.** L'article 5.97 ne contient aucune précision quant aux suites à réserver une réduction de prix irrégulière ou abusive. Il nous semble que les principes exposés aux articles 5.93 et 5.94 au sujet de la résolution unilatérale doivent être appliqués par analogie à la réduction de prix. Par conséquent, le créancier qui met en œuvre une réduction de prix unilatérale agit à ses risques et périls.

Si les conditions de la réduction de prix unilatérale ne sont pas remplies ou qu'elle s'avère abusive, la notification est inefficace. Le débiteur pourra demander au tribunal de constater que le créancier a commis une faute et faire sanctionner ce comportement.

## Section 6. L'exception d'inexécution

**67. Un principe général de droit.** L'exception d'inexécution (ou *exceptio non adimpleti contractus*) permet à une partie à un contrat synallagmatique ou plus généralement à un rapport synallagmatique de suspendre l'exécution de ses obligations si elle prouve que son cocontractant est resté en défaut d'exécuter les siennes, et ce jusqu'à ce que le cocontractant s'exécute<sup>286</sup>. En même temps qu'une sanction à l'inexécution des obligations contractuelles, l'exception d'inexécution s'analyse donc comme une cause de suspension du contrat.

Elle ne requiert aucune intervention judiciaire préalable<sup>287</sup>, le juge conservant toutefois le pouvoir d'apprécier *a posteriori* si l'exception a été valablement soulevée et, à défaut, de retenir la faute contractuelle de l'*excipiens*<sup>288</sup>.

L'exception d'inexécution n'est pas consacrée comme telle par l'ancien Code civil. On en trouve toutefois des manifestations au travers de dispositions particulières telles que les articles 1612<sup>289</sup>, 1653<sup>290</sup> et 1704<sup>291</sup> du Code<sup>292</sup>.

286. Cass., 15 juin 2000, C.97.0118.N, disponible sur [www.juportal.be](http://www.juportal.be).

287. Cass., 2 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 977.

288. P. VAN OMMESELAGHE, « Les obligations. Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *op. cit.*, p. 232. L'auteur rappelle que le recours au Juge des référés permet d'empêcher dans l'urgence la mise en œuvre d'une exception d'inexécution.

289. « Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose si l'acheteur n'en paye pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement ».

290. « Si l'acheteur est troublé ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution, ou à moins qu'il n'ait été stipulé que, nonobstant le trouble, l'acheteur payera ».

291. « Si l'un des coprimeutants a déjà reçu la chose à lui donnée en échange, et qu'il prouve ensuite que l'autre contractant n'est pas propriétaire de cette chose, il ne peut pas être forcé à livrer celle qu'il a promise en contre-échange, mais seulement à rendre celle qu'il a reçue ».

292. X. THUNIS, « La suspension du contrat », in *La fin du contrat*, Liège, Formation Permanente CUP, 2001, p. 51.

De son côté, la Cour de cassation en a fait de longue date un principe général de droit<sup>293</sup> fondé sur l'interdépendance des obligations réciproques des parties<sup>294</sup>.

Ce principe général de droit n'est pas d'ordre public. Les parties peuvent donc y déroger, soit pour y renoncer purement et simplement (la jurisprudence a déjà reconnu la validité de telles clauses<sup>295</sup>), soit pour en modaliser l'exercice<sup>296</sup>. De telles restrictions conventionnelles sont toutefois susceptibles de se heurter à des dispositions légales impératives<sup>297</sup> ou à des principes touchant à l'ordre public<sup>298</sup>.

**68. Consécration légale.** Le Livre 5 du Code civil consacre l'exception d'inexécution, à droit constant, à l'article 5.239, au sein de la section du Livre 5 consacrée au régime général de l'obligation. L'exception d'inexécution est également mentionnée à l'article 5.98 du Code civil (qui renvoie à l'article 5.239 précité) dans la mesure où le mécanisme trouve « son application pratique la plus fréquente dans les contrats synallagmatiques »<sup>299</sup>.

**69. Un rapport synallagmatique.** Suivant l'enseignement de la doctrine<sup>300</sup> et la jurisprudence établie<sup>301</sup>, l'article 5.239 du Code civil ne limite pas le champ d'application de l'exception d'inexécution aux seuls contrats synallagmatiques, mais l'étend à tout « rapport synallagmatique », c'est-à-dire à toute situation où les obligations réciproques des parties sont liées entre elles par une connexité<sup>302</sup> qui les rend interdépendantes. Les travaux parlementaires

293. Voy. not. Cass., 15 juin 2000, C.97.0118.N, disponible sur [www.juportal.be](http://www.juportal.be) ; Cass., 2 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 977 ; Cass., 4 mars 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 652 ; .Cass., 26 mai 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 1020 ; Cass., 6 mars 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 849 ; Cass., 15 juin 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1179.

294. Cass., 22 avril 2002, C.99.0264.N, disponible sur [www.juportal.be](http://www.juportal.be).

295. Voy. not. J.P. Torhout, 3 octobre 1995, *Huur*, 1999-2000, p. 41.

296. P. VAN OMMELAGHE, « Les obligations. Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *op. cit.*, p. 238.

297. Voy. not. l'article VI.83, 9°, du Code de droit économique, qui répute abusive la clause ayant pour effet « [d']obliger le consommateur à exécuter ses obligations, alors que l'entreprise n'aurait pas exécuté les siennes ou serait en défaut d'exécuter les siennes ».

298. Ainsi par exemple le fournisseur d'un service public (distribution d'eau, de gaz ou d'électricité) peut être tenu à un service minimum indépendamment de la non-exécution par le bénéficiaire de ses obligations. (voy. toutefois en matière de distribution de gaz : Civ. Charleroi, 5 décembre 1997, *Iuvis*, 1999, p. 983).

299. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 127.

300. P. VAN OMMELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 1, *op. cit.*, p. 877, n° 573 ; S. JANSEN, « L'exception d'inexécution : *capita selecta* », in M. DUPONT (dir.), *Les obligations contractuelles*, *op. cit.*, p. 224, n° 2.

301. Voy. not. Cass., 8 septembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 785 ; Bruxelles, 27 janvier 2011, *J.T.*, 2011, p. 420.

302. Pour une analyse du lien de connexité, parfois considéré comme un « concept insaisissable », voy. B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, « L'exception d'inexécution en droit belge »,

citent l'exemple des restitutions réciproques consécutives à l'annulation ou à la résolution d'un contrat<sup>303</sup>. L'exception d'inexécution peut également trouver à s'appliquer lorsque les obligations réciproques trouvent leurs sources dans la gestion d'affaire<sup>304</sup> ou dans des groupes de contrats formant un ensemble indissociable dans l'intention des parties<sup>305</sup>.

**70. Un effet temporaire.** Par l'exercice de l'exception d'inexécution, le créancier ne fait que suspendre l'exécution de son obligation. En conséquence, il ne pourra plus l'invoquer et sera (à nouveau) tenu de s'exécuter dès que le débiteur exécute son obligation ou offre de le faire<sup>306</sup>. C'est ce que confirme l'article 5.239, § 1<sup>er</sup>, du Code civil.

C'est ce qui implique que l'exception d'inexécution n'est pas applicable lorsqu'elle a pour effet de rendre définitive l'inexécution par l'*excipiens* de sa propre prestation, puisque dans ce cas, une fois que la partie défaillante a régularisé la situation, l'*excipiens* ne sera plus en mesure de s'exécuter.

Ainsi, par exemple, le preneur ne peut-il s'abstenir, en application de l'exception d'inexécution, d'effectuer des réparations urgentes qui lui incombent et causer ainsi un dommage *définitif* au bâtiment loué<sup>307</sup>.

**71. Un manquement imputable au débiteur.** Sous réserve du cas particulier de l'*exceptio timoris* que nous analyserons ci-dessous<sup>308</sup>, le créancier ne peut opposer l'exception d'inexécution à son débiteur qu'en cas de manquement imputable à ce dernier<sup>309</sup>. Il faut donc que la créance à son égard soit exigible<sup>310</sup> et que le débiteur ne puisse se prévaloir d'une cause étrangère exonératoire. Le manquement du débiteur ne peut non plus être causé par l'attitude ou l'inertie de l'*excipiens*<sup>311</sup>.

in M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2001, pp. 58-67, n°s 4-13.

303. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 273. L'article 5.118, alinéa 2, confirme d'ailleurs expressément que « si les prestations à restituer se trouvaient dans un rapport synallagmatique, le créancier de la restitution peut opposer l'exception d'inexécution aux conditions prévues à l'article 5.239 ».

304. B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, « L'exception d'inexécution en droit belge », *op. cit.*, p. 70, n° 16.

305. Bruxelles, 27 janvier 2011, *J.T.*, 2011, p. 420.

306. Cass., 7 février 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 654 ; Cass., 24 octobre 2019, *J.T.*, 2020, p. 894, note A. DURIAU.

307. Cass., 6 mars 1986, *R.C.J.B.*, 1990, p. 559.

308. Voy. *infra*, n° 75.

309. Cass., 7 février 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 654, précité.

310. B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, « L'exception d'inexécution en droit belge », *op. cit.*, p. 79, n° 26 ; S. JANSEN, « L'exception d'inexécution : *capita selecta* », *op. cit.*, p. 229, n° 5.

311. B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, « L'exception d'inexécution en droit belge », *op. cit.*, p. 82, n° 31, qui citent notamment l'exemple du défaut d'entretien qui ne peut être imputé au bailleur lorsqu'il n'a jamais été avisé par le preneur des réparations à effectuer.

Il n'est par contre pas nécessaire que le manquement justifiant la retenue soit grave<sup>312</sup>, même si la bonne foi s'oppose à ce qu'une partie suspende l'exécution de son obligation pour un manquement futile ou dérisoire de débiteur. En effet, l'exception d'inexécution ne met pas fin au contrat, mais en suspend simplement les effets. Elle n'est donc pas soumise à la même rigueur que la résolution en ce qui concerne la gravité du manquement. Au contraire, l'exception d'inexécution doit, pour conserver son efficacité, permettre au créancier d'une obligation inexécutée de rétablir rapidement, à moindre coût et avec souplesse, l'équilibre du rapport synallagmatique. Si l'exception d'inexécution ne trouvait à s'appliquer qu'en cas de manquement grave, nul doute que la résolution lui serait régulièrement préférée (l'exception d'inexécution oblige en effet l'*excipiens* à poursuivre le rapport synallagmatique une fois que la partie défaillante a exécuté son obligation). Le fait qu'elle puisse s'inscrire hors du cadre d'une crise contractuelle grave confère souvent à l'exception d'inexécution un statut d'instrument de sauvegarde du contrat plutôt qu'une véritable sanction.

**72. La charge de la preuve.** La jurisprudence de la Cour de cassation semblait contradictoire concernant la charge de la preuve en matière d'exception d'inexécution. Ainsi, la Cour considérait :

- d'une part, « qu'en raison de l'interdépendance des obligations réciproques des parties dans un contrat synallagmatique, la partie à un tel contrat qui demande l'exécution des obligations incombant à l'autre partie à la suite de l'exécution de ses propres obligations, doit établir qu'elle a rempli, ou offert de remplir, celles-ci »<sup>313</sup> ;
- d'autre part, « [qu']une partie à un contrat synallagmatique peut suspendre l'exécution de ses obligations si elle prouve que son cocontractant est resté en défaut d'exécuter ses propres obligations contractuelles »<sup>314</sup>.

Adoptant la solution proposée par la doctrine<sup>315</sup>, qui résout cette contradiction en distinguant la charge de la preuve selon que l'obligation est totalement ou partiellement exécutée<sup>316</sup>, l'article 5.239, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, confirme que « la preuve que le débiteur a exécuté ou offert d'exécuter son obligation

312. Cass., 24 septembre 2009, *Pas.*, 2009, vol. 9, p. 1979.

313. Cass., 25 juin 2004, C.03.0326.F, disponible sur [www.juportal.be](http://www.juportal.be).

314. Cass., 15 juin 2000, C.97.0118.N ; Cass., 13 mai 2004, C.02.0497.N, disponibles sur [www.juportal.be](http://www.juportal.be) ; Cass., 24 septembre 2009, *Pas.*, 2009, vol. 9, p. 1979.

315. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 274.

316. D. MOUGENOT, « La charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle : la distinction entre l'obligation totalement ou partiellement inexécutée au secours du praticien », *op. cit.*, pp. 415-427 ; R. JAFFERALI, « La charge de la preuve de la fourniture d'informations », *J.T.*, 2019, p. 716, n° 7 et p. 721, n° 14.

incombe au débiteur » tout en précisant que « si le créancier considère que cette exécution ou offre d'exécution n'est pas conforme à ce qui était dû, la preuve lui en incombe ».

**73. Mise en œuvre de bonne foi.** Confirmant ce qui était déjà largement consacré par la doctrine<sup>317</sup> et la jurisprudence<sup>318</sup>, l'article 5.239, § 1<sup>er</sup>, rappelle que « la suspension doit être appliquée de bonne foi ». Ce principe impose notamment que la retenue exercée par le créancier ne soit pas disproportionnée par rapport au manquement de son débiteur<sup>319</sup>.

La Cour de cassation a par ailleurs précisé, par un arrêt du 13 janvier 2017<sup>320</sup>, que si « l'exercice du droit de suspension en cas d'obligations interdépendantes ne doit, en principe, pas être précédé d'une notification au créancier [...], dans certaines circonstances et en vertu de la bonne foi, il peut être exigé du débiteur qu'il informe au préalable le créancier de son intention de suspendre l'exécution de son obligation et, le cas échéant, des conséquences de cette suspension ». C'est ce que confirme le § 3 de l'article 5.239 du Code civil en imposant une notification écrite indiquant « la cause de la suspension et les circonstances la justifiant » lorsque « la bonne foi l'impose ».

**74. Aucune mise en demeure nécessaire.** Une controverse existait en doctrine<sup>321</sup> quant à savoir si la mise en demeure du débiteur constituait au non un préalable nécessaire à l'exception d'inexécution. La jurisprudence était également divisée sur la question. Sans doute influencé par l'arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 2017<sup>322-323</sup> évoqué ci-dessus, le législateur a considéré que le créancier ne devait pas faire précéder la suspension de ses obligations d'une mise en demeure. L'article 5.83 prévoit en effet uniquement que « la mise en œuvre des sanctions visées aux points 1° à 4° doit être précédée

317. Voy. not. B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, « L'exception d'inexécution en droit belge », *op. cit.*, pp. 78 et 79, n° 25 et les références citées ; S. JANSEN, « L'exception d'inexécution : *capita selecta* », *op. cit.*, p. 231, n° 5.

318. Voy. not. Cass., 18 mars 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 669.

319. S. JANSEN, « L'exception d'inexécution : *capita selecta* », *op. cit.*, pp. 231 et 232, n° 5 et les références citées.

320. Cass., 13 janvier 2017, *J.T.*, 2017, p. 483 ; *R.G.D.C.*, 2017, p. 354.

321. Pour un résumé des deux thèses en présence, voy. S. JANSEN, « L'exception d'inexécution : *capita selecta* », *op. cit.*, pp. 236-238, n° 12.

322. Cass., 13 janvier 2017, *J.T.*, 2017, p. 483 ; *R.G.D.C.*, 2017, p. 354.

323. P. Wéry, qui, jusqu'à cet arrêt, considérait qu'une mise en demeure était un préalable nécessaire à l'exception d'inexécution, comme à toute sanction du manquement du débiteur concède que, si « la portée de cet arrêt se limite à la seule question de l'exigence d'une notification [...], cette décision n'en témoigne pas moins de la volonté de la Cour de limiter les formalités de mise en œuvre de l'exception d'inexécution. S'il n'est, en principe, pas nécessaire au créancier d'informer son cocontractant de sa décision de suspendre l'exécution de son obligation, il faut *a fortiori* en conclure qu'il n'a pas à lui adresser une mise en demeure préalable » (P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 493, n° 474).

d'une mise en demeure » alors que « le droit de suspendre l'exécution de sa propre obligation » est visé au point 5° de cette disposition.

**75. L'*exceptio timoris*.** Le caractère exigible de la créance de l'*excipiens* étant une condition de l'exception d'inexécution, il faisait obstacle à ce qu'elle puisse être invoquée en cas de crainte d'une défaillance future<sup>324</sup>, sauf dans les cas prévus par la loi<sup>325</sup>. Certaines décisions ont toutefois accueilli l'exception d'inexécution anticipée lorsque le débiteur avait annoncé qu'il ne s'exécuterait pas<sup>326</sup> ou lorsqu'il était devenu manifeste qu'il ne pourrait le faire<sup>327</sup> et la doctrine était de plus en plus encline à la reconnaître<sup>328</sup>.

Suivant cette tendance, l'article 5.239, § 2, du Code civil introduit l'*exceptio timoris* dans notre droit des obligations<sup>329</sup>. S'inspirant de l'article 1220 du Code civil français, il prévoit en effet que « le créancier peut aussi suspendre l'exécution de son obligation lorsqu'il est manifeste que son débiteur ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour lui ».

Le caractère « manifeste » de l'inexécution du débiteur à l'échéance permet d'objectiver la crainte que doit avoir le créancier à cet égard. Une simple inquiétude subjective serait insuffisante et mènerait à « un immobilisme craintif où chacune des parties, et particulièrement le créancier d'une obligation à terme, se retranche, pour soulever l'exception, derrière une quelconque crainte, inhérente au seul fait de devoir s'exécuter en premier »<sup>330</sup>. Il convient donc que la crainte du créancier soit fondée sur des éléments concrets, telles la déclaration du débiteur qu'il ne s'exécutera pas ou des circonstances qui démontrent son incapacité à s'exécuter à terme.

324. P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1968 à 1975). Les obligations », *op. cit.*, p. 615, n° 68.

325. Voy. les art. 1613 et 1653 anc. C. civ.

326. Com. Mons, 5 novembre 2003, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1060, note C. MARR.

327. Mons, 10 septembre 2001, *R.R.D.*, 2002, p. 362 et *R.D.C.*, 2003, p. 329 (qui constate que le débiteur est en faillite et que l'exécution de ses obligations est devenue impossible) ; Com. Anvers, 26 mars 2013, *R.W.*, 2013-2014, p. 1031 (qui considère qu'en se prévalant de l'exception d'inexécution anticipée, le créancier agit de bonne foi en limitant son dommage).

328. Voy. not. P. A. FORIERS, « La Convention de Vienne et son incidence en droit belge : la formation du contrat et les sanctions », *Rev. dr. ULB*, 1998/2, pp. 88-91, n° 40-43 ; B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, « L'exception d'inexécution en droit belge », *op. cit.*, pp. 108 et 109, n° 66 et 67 ; C. MARR, « L'exception d'inexécution comme instrument de prévention : vers un principe général de sanction de l'inexécution anticipée ? », *J.L.M.B.*, 2005, pp. 1066-1075 ; P. GILLAERTS, « *Exceptio timoris*: to fear or not to fear? », *R.G.D.C.*, 2016, pp. 478-505.

329. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 274.

330. C. MARR, « L'exception d'inexécution comme instrument de prévention : vers un principe général de sanction de l'inexécution anticipée ? », *op. cit.*, p. 1072, n° 8.

La condition selon laquelle les conséquences l'inexécution doivent être « suffisamment graves » peut, à première lecture, étonner dès lors que le manquement justifiant l'exception d'inexécution ne doit pas être grave. Elle nous paraît toutefois justifiée par un souci de proportionnalité. En effet, l'*exceptio timoris* est envisagée comme un instrument préventif. Il serait dès lors injustifié que le créancier retienne, même partiellement, l'exécution de son obligation, si le risque auquel l'expose l'inexécution de l'obligation de son débiteur à l'échéance n'est pas important. Les droits belges et français ne sont d'ailleurs pas isolés en la matière puisque les instruments de *soft law* et la Convention de Vienne n'autorisent le créancier à suspendre l'exécution de ses obligations qu'en cas de risque « [d']inexécution essentielle »<sup>331</sup> par le débiteur ou « [d']une partie essentielle de ses obligations »<sup>332</sup>.

S'inspirant de ces instruments, le législateur a prévu que le créancier « ne peut plus suspendre l'exécution de son obligation si le débiteur donne des assurances suffisantes de la bonne exécution de la sienne ». Les « assurances suffisantes » qui devront être fournies par le débiteur dépendront des circonstances et ne devront pas nécessairement prendre la forme d'une sûreté. La démonstration par le débiteur de ce qu'il dispose des moyens nécessaires à l'exécution de ses prestations ou même, dans certains cas, une explication sur la manière dont il compte s'exécuter peuvent suffire.

Enfin, le § 3 impose au créancier d'adresser au débiteur « une notification écrite donnée sans retard injustifié » et qui « indique la cause de la suspension et les circonstances la justifiant ».

On conseillera dès lors au créancier qui a des motifs de craindre que son débiteur ne s'exécute pas de s'adresser à lui par écrit pour l'informer de cette crainte et des circonstances qui la fondent. Par même courrier, il mettra le débiteur en demeure de lui donner des assurances suffisantes de la bonne exécution à l'échéance et lui précisera que tant qu'il ne recevra pas ces assurances, il suspendra l'exécution de ses propres obligations. Si le débiteur ne réagit pas à ce courrier, il sera difficilement contestable que les conditions de l'*exceptio timoris* et de la résolution anticipée<sup>333</sup> sont rencontrées. Le créancier pourra alors choisir de maintenir la suspension de son exécution

331. Principes d'UNIDROIT 2016, art. 7.3.4 ; Principes de droit européen des contrats, art. 8:105.

332. Art. 71 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises.

333. Sous réserve de ce qu'il pourrait être considéré que le créancier n'était pas confronté à des circonstances exceptionnelles justifiant la résolution anticipée. Sur cette question, voy. *supra*, n° 53.

jusqu'à l'échéance<sup>334</sup> – ou même au-delà si le débiteur ne s'exécute pas – ou de procéder, à ses risques et périls, à la résolution anticipée du contrat<sup>335</sup>.

**76. Le contrôle du juge.** Si l'exception d'inexécution ne requiert pas d'autorisation judiciaire, elle est évidemment toujours susceptible de faire l'objet d'un contrôle du juge *a posteriori*. Si celui-ci estime que c'est à tort que le créancier a suspendu l'exécution de ses obligations<sup>336</sup>, cette suspension sera constitutive de faute engageant sa responsabilité contractuelle et, si elle est suffisamment grave, pouvant fonder la résolution de la convention à ses torts à la demande de son débiteur<sup>337</sup>.

## Conclusion

La matière de l'inexécution imputable au débiteur et ses sanctions fournit une belle illustration des objectifs que le législateur s'est fixés en adoptant le Livre 5 du Code civil<sup>338</sup>.

Le premier consiste en une « remise en ordre des dispositions », réalisée, dans la matière qui fait l'objet de la présente contribution, par « rassemblement sous une seule sous-section des sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles qui est imputable au débiteur »<sup>339</sup>, qui renvoie au titre relatif au régime général des obligations pour les notions qui sont communes à l'inexécution de l'ensemble des obligations, telles que l'imputabilité, la mise en demeure ou certaines sanctions.

334. Il pourra alors soit demander la résolution judiciaire ou résoudre le contrat par notification si le débiteur ne s'exécute pas.

335. Les instruments de *soft law* (Principes d'Unidroit (art. 7.3.4) et Principes de droit européen des contrats, art. 8:105) envisagent d'ailleurs le droit de suspendre ses obligations (al. 1<sup>er</sup>) et le droit de résoudre le contrat (al. 2), comme s'exerçant successivement, le premier pouvant être invoqué dans l'attente de recevoir des assurances suffisantes d'exécution par le débiteur et le second pouvant être mis en œuvre si de telles assurances ne sont pas fournies dans un délai raisonnable.

336. Par exemple parce que sa retenue n'était pas proportionnelle à l'inexécution de son débiteur, parce qu'il l'a maintenue alors que le débiteur s'exécutait ou offrait de le faire ou, encore, parce qu'il a invoqué l'*exceptio timoris* alors qu'il n'était pas manifeste que son débiteur ne s'exécuterait pas à l'échéance.

337. Le cas échéant (notamment si le débiteur a commis un manquement suffisamment grave, mais que la retenue du créancier est disproportionnée), le tribunal pourra prononcer la résolution aux torts réciproques des parties.

338. D'intéressants développements concernant le contexte et les objectifs de la réforme, voy. R. JAFFERALI, « Présentation et objectifs de la réforme du droit des obligations », in R. JAFFERALI (coord.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, op. cit., pp. 7-38.

339. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Développements, Doc., Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 8.

Dans un souci d'assurer une plus grande accessibilité du droit des obligations aux justiciables<sup>340</sup>, le Livre 5 du Code civil consacre également plusieurs acquis de la jurisprudence, qui, sous l'empire du Code Napoléon, avait « assuré une certaine modernisation »<sup>341</sup> de la matière. C'est ainsi le cas de l'exception d'inexécution<sup>342</sup>, considérée, de longue date, comme un principe général de droit ou encore de la faculté, reconnue plus récemment par la Cour de cassation au créancier, de remplacer son débiteur<sup>343</sup> ou de résoudre le contrat<sup>344</sup> par une notification écrite.

« Les textes [adoptés] ne sont [toutefois] pas une simple codification de la jurisprudence ou une pure adaptation technique ». Le législateur annonce en effet que la réforme « cherche [...] à réaliser un nouvel équilibre entre l'autonomie de la volonté des parties et le rôle du juge en tant que gardien des intérêts de la partie faible et de l'intérêt général. Sur certains points, l'autonomie de la volonté est renforcée [...]. Sur d'autres points, le juge se verra investi de pouvoirs lui permettant de corriger des situations de déséquilibre contractuel »<sup>345</sup>. C'est ainsi que si, d'une part, la loi consacre le droit du créancier de remplacer son débiteur, de résoudre le contrat ou de réduire le prix par notification, sans intervention judiciaire préalable, elle renforce, d'autre part, le contrôle du juge sur les clauses indemnitaires, lui permettant d'avoir égard non seulement au dommage prévisible lors de la conclusion de la clause, mais également au dommage réel, tel qu'il s'est réalisé et à « toutes les autres circonstances »<sup>346</sup>.

Enfin, le législateur innove, en instituant la réduction du prix comme nouvelle sanction d'une inexécution contractuelle qui n'est pas suffisamment grave pour justifier la résolution<sup>347</sup> et en permettant au créancier d'anticiper lorsqu'il est manifeste que son débiteur ne s'exécutera pas à l'échéance, en suspendant l'exécution de sa propre obligation<sup>348</sup> ou même, moyennant le

340. *Ibid.*, p. 6. R. Jafferli souligne que « Le principal objectif de la réforme est incontestablement d'accroître l'accessibilité des règles du droit des obligations » (R. JAFFERLI, « Présentation et objectifs de la réforme du droit des obligations », *op. cit.*, p. 11, n° 4).

341. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Développements, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 5.

342. *Voy. supra*, n°s 67 et s.

343. Cass., 18 juin 2020, *R.G.D.C.*, 2020, p. 583 et note S. DE REY ; *J.L.M.B.*, 2021, p. 846 et note S. RAXHON ; *R.C.J.B.*, 2021, p. 457 et note P. WÉRY ; *R.D.C.*, 2021, p. 1057 et note Ch.-E. LAMBERT. *Voy. également supra*, n°s 18 et s.

344. Cass., 23 mai 2019, *R.G.D.C.*, 2019, p. 474 et note S. STIJNS et S. JANSEN ; *J.T.*, 2020, p. 26 et note S. STIJNS et P. WÉRY ; *R.D.C.*, 2020, p. 497 et note S. VAN LOOCK. *Voy. également supra*, n°s 46 et s.

345. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Développements, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 7.

346. *Voy. supra*, n° 32.

347. *Voy. supra*, n°s 62 et s.

348. *Voy. supra*, n° 75.

respect de conditions plus strictes, en notifiant la résolution anticipée du contrat<sup>349</sup>. Il appartient à présent à la doctrine et à la jurisprudence de donner corps à ces nouvelles sanctions. Nous espérons que les premiers commentaires que nous avons livrés dans les pages qui précèdent y contribueront.

---

349. Voy. *supra*, n<sup>os</sup> 51 et s.