

Les dispositions générales et le droit des obligations du nouveau Code civil belge

(Livres 1^{er} et 5)

Marcel FONTAINE

Professeur émérite à la Faculté de droit et de criminologie de l'UCLouvain

Le droit belge des obligations vient de connaître une réforme majeure avec les deux lois du 28 avril 2022 qui ont introduit un livre 1^{er} (« Dispositions générales ») et un livre 5 (« Les obligations ») dans le nouveau Code civil. Pareille réforme était attendue depuis longtemps, les textes régissant le droit des obligations étant encore largement ceux du Code Napoléon de 1804. Certes, depuis lors, l'action de la jurisprudence et de la doctrine avait conduit à bien des évolutions, mais les textes ne représentaient plus l'état du droit positif.

La présente étude décrit la genèse de cette réforme et ses principaux mérites, de forme et de fond. La structure très problématique des anciens textes fait place à un plan logique et fonctionnel. De nombreuses lacunes des textes anciens ont été comblées, des évolutions consacrées et nombre d'innovations introduites. La réforme est située dans son contexte international, où elle a constamment trouvé d'heureuses sources d'inspiration. Quelques regrets sont certes exprimés, mais globalement, notre nouveau droit des obligations paraît avoir rejoint le cercle des meilleures codifications contemporaines, au plus grand profit du justiciable.

Het Belgische verbintenissenrecht heeft zojuist een belangrijke hervorming achter de rug met de twee wetten van 28 april 2022 die een Boek 1 ("Algemene bepalingen") en een Boek 5 ("Verbintenissen") hebben ingevoerd in het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Het was lange tijd wachten op een dergelijke hervorming, nu de teksten die het verbintenissenrecht regelen, nog grotendeels uit de Code Napoléon van 1804 stammen. Sindsdien hebben de rechtspraak en de rechtsleer natuurlijk wel tot vele ontwikkelingen geleid, maar de teksten gaven niet langer de stand van het positieve recht weer.

Dit onderzoek beschrijft het ontstaan van deze hervorming en haar voornaamste verdiensten, qua vorm en qua inhoud. De erg problematische structuur van de oude teksten maakt plaats voor een logische en functionele opbouw. Talloze lacunes in de oude teksten zijn opgevuld, ontwikkelingen zijn tot regel verheven en vele nieuwigheden zijn ingevoerd. De hervorming wordt gesitueerd in haar internationale context, waarbinnen zij voortdurend gunstige inspiratiebronnen heeft gevonden. Er wordt wel gewezen op enkele betreurenswaardige elementen, maar globaal lijkt ons nieuwe verbintenissenrecht te behoren tot de beste hedendaagse codificaties, in het grootste belang van de rechtsonderhorige.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	4
I. Genèse de la réforme	6
II. Aperçu des nouveaux textes	6
A. Le livre 1 ^{er}	7
B. Le livre 5	7
III. Le nouveau droit belge dans le contexte international – Influences	11
IV. Quelques regrets	13
A. La cause	13
B. La formation du contrat hors du processus offre-acceptation	14
C. L'automaticité de la compensation légale	15
Conclusion	15

Introduction

1. La date du 1^{er} janvier 2023 s'inscrit comme un jalon majeur dans l'histoire du droit belge des obligations, avec l'entrée en vigueur des livres 1^{er} et 5 du nouveau Code civil. Jusqu'alors, la matière était toujours régie par des articles du Code Napoléon de 1804, dont les textes étaient restés pratiquement inchangés après plus de deux siècles¹.

1. Les modifications du régime de l'opposabilité aux tiers de la cession de créance en 1994 et celles des textes relatifs aux clauses pénales en 1998 ont compté parmi les rares exceptions. Plus récemment, la loi du 25 avril 2019 a abrogé certaines des dispositions relatives à la preuve pour les

remplacer par de nouvelles, point de départ du nouveau Code civil. Ce nouveau Code est créé par cette même loi, avec pour contenu initial ces dispositions sur la preuve. Sur les progrès récents du nouveau Code, cf. *infra*, n° 6 et 7.



2. Ces textes étaient depuis longtemps dépassés. Leurs lacunes et faiblesses techniques étaient progressivement apparues, déjà par comparaison avec les nouvelles codifications majeures apparues en Allemagne en 1900 et en Suisse en 1911, et plus généralement avec les avancées constantes de la science du droit. Imprécisions de nombreux concepts, structure très imparfaite (notamment quant aux sanctions de l'inexécution des contrats, disséminées dans le Code), lacunes béantes (en particulier, l'absence de dispositions sur les négociations pré-contractuelles, le processus offre-acceptation, l'exception d'inexécution, les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité, les clauses abusives, l'abus de droit, ou encore la cession de dette et la cession de contrat). Dans le passé plus récent, d'autres nouvelles codifications remarquables avaient rendu la comparaison encore plus embarrassante pour les textes de notre Code civil, tant au niveau de nombreuses réformes nationales (cf. *infra*, n° 21) qu'avec le succès mondial de la *Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises* (ci-après la « CISG ») et surtout l'apparition d'instruments internationaux de *soft law*, en particulier les *Principes européens du droit du contrat* (les « PECL »), les *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international* (les « PICC » ou « Principes d'Unidroit ») et le *Cadre commun de référence* (le « DCFR »)² (cf. *infra*, n° 22).

3. Est-il nécessaire d'ajouter qu'outre ces défauts techniques, les textes du Code de 1804 n'étaient pas adaptés aux évolutions sociales survenues depuis lors ? Les bouleversements sociaux produits par l'industrialisation et la prise de conscience du sort des classes ouvrières avaient déjà remis en cause, à propos du contrat de travail, la philosophie ultra-libérale du Code de 1804. Au XX^e siècle, doctrine et jurisprudence allaient progressivement reconnaître la fréquente inégalité des parties dans de nombreux autres contextes contractuels, dégager la notion de contrat d'adhésion et tenter de remédier à certains abus auxquels pouvait conduire la liberté des conventions. Dans la seconde moitié du siècle dernier, l'avènement du consumérisme allait généraliser le souci de protéger la partie faible.

4. Certes, le droit belge des contrats n'était pas resté figé en l'état où pouvaient paraître le confiner les dispositions inchangées du Code de 1804. De nombreuses lois particulières étaient intervenues en vue

d'apporter une meilleure protection contractuelle d'abord aux travailleurs, dès le début du XX^e siècle, puis au fil du temps à bien d'autres catégories de parties faibles telles que les locataires, les assurés ou certains intermédiaires du commerce. Les clauses abusives ont fait l'objet d'une réglementation générale³. D'autre part, sous l'impulsion de la doctrine, la jurisprudence avait également fait son œuvre, en anticipant souvent les interventions législatives pour contrer les abus contractuels, et pour combler certaines des lacunes du Code civil qui viennent d'être citées (par exemple, en reconnaissant la notion d'abus de droit, ou en se référant au processus offre-acceptation dans le contexte de la formation du contrat). Le principe de l'exécution de bonne foi des obligations était déjà inscrit dans les articles 1134 et 1135 du Code de 1804, mais il n'avait longtemps joué qu'un rôle très effacé ; depuis quelques décennies, il a conquis une place de premier plan dans la vie et le contentieux des contrats⁴.

5. L'état du droit belge des contrats n'était donc pas désespérément dépassé, mais il n'apparaissait plus guère dans le texte de base que devrait être le Code civil. Une réforme législative fondamentale semblait donc bien s'imposer.

En Belgique, la question de la révision du Code civil était d'ailleurs posée depuis longtemps. L'article 139 de la Constitution de 1831 ne déclarait-il pas déjà nécessaire de pourvoir à la révision des codes « *dans le plus court délai possible* » ? Mais cette disposition constitutionnelle étant restée sans effet, elle a finalement été abrogée.

Il y a cependant eu des tentatives. En 1879, Laurent a été chargé de préparer un avant-projet de révision du Code civil ; six ans plus tard, un texte de 2411 articles était rédigé, mais diverses raisons, dont semble-t-il un changement de majorité politique⁵, ont fait obstacle à la prise en considération du projet. En 1884, une commission a été nommée par arrêté royal, ayant pour mission « *de préparer les modifications à introduire dans le Code civil* », dans un cadre mesuré : « *Sans ébranler ce monument remarquable, sans même en altérer les grandes lignes, il peut y avoir lieu aujourd'hui d'en remanier certaines parties plus ou moins atteintes par le temps* » (rapport au Roi). En 1904, les travaux de la commission paraissaient en bonne voie, mais ils ne devaient finalement pas aboutir⁶.

2. Nous retenons les abréviations en anglais, qui sont les plus fréquemment utilisées.

3. Lois des 14 juillet 1991 et 6 avril 2010, art. VI.82-87 C.D.E. (cf. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., 2021, n° 84-87, ci-après « P. WÉRY, *Droit des obligations* »).

4. *Ibid.*, n° 111-118, et les nombreuses références citées, dont particulièrement J. ROMAIN, *Théorie critique du principe de bonne foi en droit privé*, Bruylant, Bruxelles, 2000, 1026 pp.

5. Mais aussi des appréciations critiques : sur le projet de Laurent, cf. le jugement de Faider, citée par J. VAN BERVLIET, « L'interprétation belge du Code

civil », dans Société d'études législatives, *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire*, Paris, 1904, p. 671 (« ... œuvre accomplie par un seul homme, effort de méditation toute individuelle, portant l'empreinte d'une personnalité accentuée, n'ayant subi ni l'épreuve de la critique, ni l'examen de la magistrature invitée à la juger »).

6. Cf. M. FONTAINE, « Les obligations contractuelles : 1804-1904-2004 et l'avenir... », dans Centre de droit des obligations de l'U.C.L., *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil* (dir. P. WÉRY), 2004, pp. 1-20.

Un siècle plus tard, dans un article consacré au bicentenaire du Code civil, après avoir évoqué ces projets de réforme avortés, nous nous demandions si notre pays pouvait rouvrir le chantier, comme de nombreux autres pays y avaient procédé dans le passé récent (cf. *infra*, n° 21). Notre conclusion était alors désabusée : « Dans le cadre belge, toutefois, la tâche paraît insurmontable. L'élaboration d'un code des obligations contractuelles est une œuvre de longue haleine, qui appelle la mobilisation durable de très nombreuses compétences. Le contexte n'est plus propice à de tels projets, particulièrement au niveau fédéral. Une des dernières réalisations de ce type est la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (une codification moderne et bien structurée de 149 articles), et le processus a duré plus de 50 ans ! »⁷.

I. Genèse de la réforme

6. Nous avons tort, et nous nous en réjouissons !

En 2014, en effet, une heureuse surprise : l'accord présidant à la constitution d'un nouveau gouvernement prévoyait de réformer certains chapitres du droit civil. En 2016, le Ministre de la Justice Koen Geens met en place plusieurs commissions à cet effet, dont l'une était chargée du droit des obligations⁸.

Les travaux de cette dernière commission ont été menés avec diligence. Il a fallu moins de deux ans pour qu'un avant-projet de 342 articles soit élaboré. C'est le résultat d'abord des fermes contraintes de calendrier imposées au groupe de travail ; ensuite et surtout, de la qualité et de la diligence des deux présidents de la commission (nos collègues Sophie Stijns et Patrick Wéry), des experts qui les entouraient et des collaborateurs du groupe, qui doivent en être félicités. Après avoir été soumis à une consultation publique en 2017, l'avant-projet a été approuvé en première lecture par le Gouvernement le 30 mars 2018, et le Conseil d'Etat a rendu un avis dont il fut partiellement tenu compte⁹. Mais la crise gouvernementale intervenue fin 2018 interrompit le processus.

La relance intervint avec le dépôt de plusieurs propositions de loi successives, en 2019 et 2021, des auditions en Commission de la justice et l'apport de certains amendements¹⁰. Deux lois furent finalement adoptées le 28 avril 2022, introduisant respectivement les livres 1^{er} (« Dispositions générales ») et 5 (« Les obligations ») dans le nouveau Code civil, qui avait été créé par la loi du 13 avril 2019, et qui contenait déjà alors des livres 2 (textes relatifs aux « Relations patrimoniales des couples »), 3 (« Les biens »), 4 (« Les successions, donations et testaments ») et 8 (« La preuve »).

7. Ces deux nouveaux livres 1^{er} et 5 sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2023. Ils s'appliquent respectivement aux actes et faits juridiques et aux contrats survenus ou conclus à partir de cette date. Sauf accord contraire des parties, les effets futurs des actes et faits juridiques survenus avant l'entrée en vigueur des deux livres restent régis par les règles de l'« ancien Code civil » de 1804 (maintenu en vigueur sous cette nouvelle appellation), de même que les actes et faits juridiques survenus après l'entrée en vigueur de ces deux livres, mais se rapportant à une obligation née d'un acte ou d'un fait juridiques survenus avant cette entrée en vigueur (art. 3 de la loi du 8 avril 2022 instaurant le livre 1^{er}, art. 64 de la loi de la même date instaurant le livre 5)^{11 12}.

II. Aperçu des nouveaux textes

8. Quels sont le contenu et les caractéristiques de ces livres 1^{er} et 5 du Code civil ? Cette brève contribution ne se propose pas d'offrir une analyse complète et détaillée de leur très riche substance. De nombreuses publications s'y sont déjà employées¹³. Notre intention est de présenter de manière synthétique les caractéristiques majeures de la réforme, de mettre en évidence ses principaux mérites, de situer les principales solutions retenues dans leur contexte international, et peut-être aussi d'exprimer certains regrets, avant de conclure sur un ton très positif.

9. Dans l'ensemble, la nouvelle codification nous paraît en effet de grande qualité. Par rapport aux textes

7. *Ibid.*, p. 14.

8. A.M. du 30 septembre 2017, M.B., 9 octobre, p. 91600.

9. Pour plus de détails et de précisions sur ce processus, cf. P. WÉRY, « Vue d'ensemble sur les Livres 1^{er} « Dispositions générales » et 5 « Les obligations » du Code civil », in *CUP, Le nouveau droit des obligations*, B. KOHL et P. WÉRY (dir.), 2022, pp. 8-10, et les références citées aux notes 3 à 11 (ci-après cité « P. WÉRY, in *CUP, op. cit.* »).

10. *Ibid.*, p. 10.

11. Sur ces dispositions transitoires, cf. P. WÉRY, in *CUP, op. cit.*, pp. 26-37, et le passage cité des travaux préparatoires. Ce texte déroge aux règles ordinaires du droit transitoire, qui prévoient en général que la loi nouvelle s'applique aux effets futurs des situations nées sous l'empire de la loi ancienne.

12. L'élaboration du nouveau Code civil se poursuit. D'autres chantiers sont ouverts : le livre 6 relatif à la responsabilité civile extra-contractuelle (présidents de la commission : H. Bocken et B. Dubuisson), le livre 7 traitant des contrats spéciaux (P.-A. Foriers et B. Tilleman), le livre 10 relatif à la prescription extinctive (G. Jocqué et M. Marchandise). Une autre commission prépare la réforme du régime hypothécaire (V. Sagaert).

13. Cf. notamment, pour s'en tenir à des ouvrages, *CUP*, vol. 216, *Le nouveau droit des obligations*, 2022, dir. B. KOHL et P. WÉRY, 2022 (ci-après « *CUP, op. cit.* »), comprenant la contribution déjà citée de P. WÉRY, « Vue d'ensemble sur les Livres 1^{er} « Dispositions générales » et 5 « Les obligations » du Code civil » (pp. 7-39) ; A. CATALDO et F. GEORGE (coord.), *Droit des obligations. Le nouveau Livre 5 du Code civil*, Limal, Anthemis, 2022, dont la présentation introductive de R. JAFFERALI, « Quelques mots d'introduction sur le nouveau droit des obligations », (pp. 9-22) ; R. JAFFERALI (coord.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2022, dont la présentation introductive de R. JAFFERALI, Présentation et objectifs de la réforme du droit des obligations (pp. 7-38). Cf. aussi des éditions récentes de traités de droit des obligations antérieurs à la loi du 8 avril 2022, mais évoquant déjà largement le nouveau droit alors encore en projet : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., 2021, déjà cité ; S. STIJNS, I. CLAEYS et T. THANGE, *Algemeen contractenrecht*, 2^e éd., Intersentia, Bruxelles, 2022 ; A. DE BOECK (dir.), *Thémis*, 2021-2022, n° 120, *Verbintenissenrecht*, Bruxelles, Intersentia, 2022 ; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht Boek I*, Bruges, die Keure, 2022. D'autres contributions plus spécifiques seront citées ci-dessous.

de l'ancien Code civil, les avancées sont manifestes, sur plusieurs plans. Nous évoquerons successivement les livres 1^{er} et 5 du nouveau Code civil.

A. Le livre 1^{er}

10. Le livre 1^{er}, consacré aux « *Dispositions générales* », est en lui-même une innovation remarquable. Certes, le Code de 1804 comportait-il déjà un très bref « *Titre préliminaire* » de deux articles, respectivement relatifs à l'effet des lois dans le temps et à l'interdiction de porter atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs (art. 1 et 2). Mais cette fois, le livre 1^{er} rassemble en tête du nouveau Code civil une série beaucoup plus substantielle de treize dispositions à portée générale, que nous présenterons brièvement¹⁴.

11. Les sources du droit civil sont citées en premier lieu, le Code civil régissant le droit privé « *sans préjudice des lois particulières, de la coutume et des principes généraux du droit* », les usages ne constituant une source de droit « *que si la loi ou le contrat s'y réfère* » (art. 1.1).

12. La notion d'acte juridique est explicitement consacrée et définie dans le Code (art. 1.3)¹⁵. Il y avait longtemps en effet qu'était reconnue cette notion, dont le contrat n'est que l'application la plus notoire. De nombreuses règles qui, chez nous, se sont développées essentiellement dans le contexte contractuel ont en effet une portée plus générale, que la notion plus large d'acte juridique permet de couvrir. C'est ainsi que le livre 1^{er} traite notamment de la capacité juridique (art. 1.3, al. 3), du respect de l'ordre public et des règles impératives (art. 1.3, al. 3-5), du terme, de la condition et du calcul des délais (art. 1.6 et 1.7), de la représentation (art. 1.8), de la bonne foi « *subjective* » (art. 1.9), de l'abus de droit (art. 1.10), de la faute intentionnelle (art. 1.11) et de la renonciation à un droit (art. 1.12)¹⁶.

13. Nous mettrons en évidence l'introduction dans le livre 1^{er} de certaines de ces dispositions.

- En premier lieu, nous soulignerons l'article spécifique – et très substantiel – relatif à la représentation (art. 1.8), phénomène que le Code de 1804 ne rencontrait pas sur un plan général. En matière contractuelle, il n'y était question que du contrat

de mandat, mais il existe aussi des cas de représentation judiciaire ou légale, comme en droit des personnes, et des règles communes méritaient d'être formulées¹⁷.

- La « *bonne foi subjective* » est définie *a contrario* à l'article 1.9, sous la forme d'une définition de la personne « *de mauvaise foi* ».
- La prohibition de l'abus de droit, reconnue comme principe général de droit par une jurisprudence constante de la Cour de cassation, est à présent inscrite dans l'article 1.10 du Code. Le principe est énoncé et la notion définie. La sanction de l'abus consiste dans la réduction du droit à son usage normal, sans préjudice de la réparation du dommage causé.
- Le principe « *fraus omnia corrumpit* » est également consacré dans la foulée à l'article 1.11, refusant à l'auteur d'une faute intentionnelle tout droit à en tirer avantage¹⁸.
- L'article 1.12 confirme que la renonciation à un droit ne se présume pas¹⁹.

B. Le livre 5

14. Le livre 5 est consacré au droit des obligations. Par rapport aux textes antérieurs, les améliorations sont considérables. Nous soulignerons un certain nombre d'entre elles parmi les plus remarquables, en distinguant la forme et le fond.

a) Structure et style

15. En premier lieu, la structure très problématique des dispositions du Code de 1804 relatives au droit des obligations fait place à un plan logique et fonctionnel.

- Le droit des obligations n'est plus traité comme l'une des « *manières dont on acquiert la propriété* », comme le faisait le Code de 1804, rangeant la discipline dans le même ensemble que les successions, les donations entre vifs et les testaments, les régimes matrimoniaux et (depuis 1998) la cohabitation légale.
- La notion d'« *obligation* » est définie classiquement à l'article 5.1 « *un lien de droit en vertu duquel un créancier peut exiger, si nécessaire en justice, d'un débiteur l'exécution d'une prestation* », mettant en évidence la distinction avec l'obligation naturelle, définie à l'article 5.2²⁰.

14. Le Code civil allemand entré en vigueur en 1900 (le « *BGB* ») avait montré l'exemple avec sa Partie générale (*Allgemeiner Teil*) de 140 articles, qui comporte notamment des textes sur les actes juridiques (*Rechtsgeschäfte*) (§§ 104-185), les délais, la prescription et l'exercice des droits.

15. Cf. aussi l'article 1.4, qui définit la « *manifestation de volonté* ».

16. Plusieurs de ces questions seront reprises et développées dans le cadre spécifique du livre 5 ; cf. p. ex. la condition (art. 5.139-5.148) et le terme (art. 5.149-5.155) ; cf. aussi *infra*, n° 19, à propos de l'exécution de bonne foi et de l'abus de droit.

17. Ici également, la distinction entre représentation (*Vertretung*) et mandat (*Vollmacht*) était déjà clairement faite par le *BGB* de 1900 (§§ 164-181).

18. Sur ces deux principes ainsi explicitement consacrés dans le nouveau Code, cf. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, n° 29-1 et 113-116,2°, ainsi que *CUP, op. cit.*, pp. 14-15.

19. Cf. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, p. 191 et les références citées.

20. La notion d'« *incombance* » n'est pas définie dans le texte, mais l'exposé des motifs s'y réfère (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 1806/001, p. 15) pour souligner que la définition de l'obligation permet également de distinguer les deux notions. L'incombance est une charge ou un devoir auquel le créancier est soumis, sous peine non d'une poursuite, mais de la perte de certains avantages (p. ex. en droit des assurances, la réduction ou la déchéance de l'indemnité si l'assuré n'a pas pris les mesures de mitigation du sinistre). Sur cette notion, cf. notre étude « *Obliegenheit, incombance ?* », in *Liber Amicorum Hubert Claassens*, Maklu-Academia-Bruylant, Anvers et Louvain-la-Neuve, 1998, pp. 151-163 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, n° 7.



- Le livre V traite successivement des « sources d'obligations » (titre 2, art. 5.4 à 5.137) et du « régime général de l'obligation » (titre 3, art. 5.138 à 5.270). Le titre 2 distingue les « actes juridiques »²¹, soit le contrat (art. 5.4 à 5.124) et l'acte juridique unilatéral (art. 5.125 et 5.126), et les « faits juridiques », responsabilité extracontractuelle et quasi-contrats (art. 5.127 à 5.137). Le titre 3 regroupe des dispositions qui concernent les obligations en général (et non seulement les obligations contractuelles) : modalités des obligations, pluralité d'objets ou de sujets, transmission des obligations, exécution, inexécution, mesures de sauvegarde des droits du créancier, causes d'extinction.
- Le régime des sanctions de l'inexécution des obligations est traité d'une part sur un plan général (art. 5.224 à 5.238), d'autre part dans le cadre spécifique des obligations contractuelles (art. 5.82 à 5.102), le législateur ayant été attentif aux articulations entre le second régime et le premier²².

Dans les deux cas, ces sanctions sont à présent clairement regroupées et articulées dans un ensemble de dispositions introduites par les tables des matières des articles 5.83 et 5.244, au plus grand bénéfice de l'accessibilité des textes pour le justiciable²³.

16. Un autre mérite des nouveaux textes est que leur style pourrait toujours inspirer Stendhal ; s'ils sont en moyenne un peu plus longs que ceux de 1804, ils ont le plus souvent été rédigés avec un évident souci de clarté et de précision.

b) Aspects de fond

17. Quant au fond, les progrès se manifestent sur trois plans principaux : le livre 5 comble des lacunes, il consacre des évolutions et il apporte des innovations dans notre droit^{24 25}.

1. Lacunes comblées

18. De nombreuses lacunes de l'ancien Code ont été comblées ; en voici quelques exemples parmi les plus notables :

- L'article 5.3 affirme explicitement le caractère en principe supplétif des dispositions du livre 5, « à moins qu'il résulte de leur texte ou de leur portée qu'elles présentent, en tout ou en partie, un caractère impératif ou d'ordre public »²⁶.
- Les négociations précontractuelles sont désormais traitées dans les articles 5.14 à 5.17, relatifs aux libertés de contracter et de négocier, aux devoirs d'information et à la responsabilité précontractuelle²⁷.
- Les articles 5.18 à 5.26 codifient le régime de l'offre et l'acceptation (le « processus dynamique » de formation du contrat), que la doctrine et la jurisprudence belges avaient assimilé depuis longtemps, sous l'influence de codes étrangers (à commencer par le BGB de 1900²⁸), mais que notre ancien Code civil ignore toujours²⁹.
- Si le terme « nullité » apparaissait à plusieurs reprises dans le Code de 1804 (cf. par exemple aux art. 1110, 1111 et 1113), les différents aspects du régime des nullités ne faisaient l'objet d'aucune présentation spécifique. C'est dorénavant le cas avec les articles 5.57 à 5.63 du nouveau Code, où sont consacrées les notions de « nullité absolue » et de « nullité relative », depuis longtemps dégagées par la doctrine³⁰. Ces textes traitent des principales questions relatives à la nullité du contrat : causes, mise en œuvre, prescription, confirmation, effets et nullité partielle³¹.
- Les articles 5.98 et 5.224 formulent explicitement le droit pour le créancier, dans un rapport synallagmatique, de suspendre l'exécution de son obligation jusqu'à ce que le débiteur exécute ou offre d'exécuter la sienne. L'exception d'inexécution trouve déjà ses origines en droit romain, mais le Code de 1804 ne lui avait consacré aucune disposition générale (elle n'apparaissait que dans le contexte de certains contrats particuliers : cf. les articles 1612, 1948 et 1704 de l'ancien Code civil). La Cour de cassation l'avait reconnue comme

21. Déjà définis à l'article 1.3, cf. *supra*, n° 12.

22. Cf. P. COLSON et F. GEORGE, « Les sanctions de l'inexécution de l'obligation contractuelle », in *CUP, op. cit.*, pp. 110-182, et spécialement p. 113 ; A. RIGOLET, « Inexécution et sanctions : l'inexécution imputable au débiteur », in A. CATALDO et F. GEORGE (coord.), *op. cit.*, pp. 99-118 ; Y. NINANE et R. THÜNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », in R. JAFFERALI (coord.), *op. cit.*, pp. 219-280.

23. De telles tables des matières sont également offertes aux articles 5.27, 5.33, 5.83, 5.112, 5.115 et 5.127 (cf. P. WÉRY, in *CUP, op. cit.*, p. 22).

24. D'autres apports du nouveau Code civil ont déjà été soulignés dans notre brève présentation du livre 1^{er} (cf. *supra*, n° 10-13).

25. La répartition qui suit entre comblements de lacunes, évolutions et innovations n'est pas rigoureuse, certains développements pouvant ressortir à plusieurs chefs à la fois.

26. Sur cette affirmation, cf. P. WÉRY, in *CUP, op. cit.*, pp. 17-18.

27. Sur le régime des négociations, cf. F. VANDERMEERSCH, « La formation dynamique du contrat », in *CUP, op. cit.*, pp. 74-89 ; Y. NINANE et F. STANDAERT, « Formation du contrat : conclusion dynamique et devoir d'information », in A. CATALDO et F. GEORGE (coord.), *op. cit.*, pp. 25-36 ; T. DERVAL et

C.-E. LAMBERT, « La conclusion dynamique du contrat », in R. JAFFERALI (coord.), *op. cit.*, pp. 74-87.

28. Il en est de même dans la plupart des législations nationales ultérieures (y compris la France depuis la réforme de 2016 : art. 1113 à 1122 nouveaux du Code civil), ainsi que dans les codifications internationales telles que la CISG (art. 14 à 24) et les *Principes d'Unidroit* (art. 2.1.1 à 2.1.11). Mais cela a souvent pris le temps... : cf. notre étude « The Process of Contract Formation – The Slow Road to Recognition in Codifications », in *Arbitrato, Contratti e Diritto del Commercio Internazionale, Studi in onore di Giorgio Bernini*, Giuffrè, Milan, 2021, pp. 163-178.

29. Sur l'offre et l'acceptation, cf. F. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, pp. 89-96 ; Y. NINANE et F. STANDAERT, *op. cit.*, pp. 25-36 ; T. DERVAL et C.-E. LAMBERT, *op. cit.*, pp. 87-91. Nous regretterons cependant que le nouveau Code n'ait pas également reconnu l'alternative possible à l'échange d'une offre et d'une acceptation (cf. *infra*, n° 28).

30. Cf. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, n° 325-330, et les nombreuses références citées.

31. Sur ce régime des nullités, cf. O. JANSSENS, *op. cit.*, pp. 65-72 ; J. VAN MEER-BEECK, « L'objet, la cause et la nullité », in R. JAFFERALI (coord.), *op. cit.*, pp. 158-176.



principe général de droit dès 1986³², et la voici à présent explicitement consacrée dans le nouveau Code civil³³.

- Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité, de pratique courante mais ignorées de l'ancien Code civil, sont désormais régies par l'article 5.89 du nouveau Code, qui consacre les restrictions que de telles clauses ont connues au cours des dernières décennies^{34 35}.
- L'« *enrichissement sans cause* », ignoré du Code de 1804 mais accueilli depuis lors comme un « *quasi-contrat* », jusqu'à être reconnu comme principe général du droit³⁶, fait dorénavant l'objet des articles 5.135 à 5.137 du nouveau Code civil, sous l'appellation nouvelle d'« *enrichissement injustifié* ».
- Alors que la cession de créance avait son régime codifié dans le Code de 1804 (mais relégué de façon réductrice parmi les dispositions relatives à la vente, sous l'appellation désuète « *Transport de créance* » – art. 1689 à 1701), le nouveau Code comble d'importantes lacunes en traitant également des cessions de dettes et de contrats, et en les regroupant avec la cession de créance dans une sous-section spécifique consacrée à la « *Transmission des obligations* » (art. 5.174 à 5.192). Le régime de la cession de créance n'apporte aucun bouleversement. Il retouche certaines formulations antérieures, et codifie plusieurs questions non évoquées dans l'ancien Code civil, mais rencontrées par la doctrine et la jurisprudence. Plus remarquables sont les dispositions relatives à la cession de dette et à la cession de contrats, qui comblent des lacunes justifiées dans une approche classique³⁷, mais contraires à la conception moderne reflétée dans de nombreuses codifications

étrangères et internationales³⁸. Le nouveau Code civil comporte ainsi, et en bonne place, une réglementation complète des trois volets de la transmission des obligations^{39 40}.

2. Evolutions consacrées

19. Les textes consacrent bon nombre d'évolutions que le droit belge a connues par l'action de la doctrine et de la jurisprudence, comme en témoignent notamment les exemples suivants :

- La relativité des conventions était très imparfaitement exprimée à l'article 1165 de l'ancien Code civil, selon lequel les tiers ne pouvaient en être préjudiciés, tandis qu'ils ne pouvaient en tirer profit que dans le cadre d'une stipulation pour autrui. Le doctrine moderne a approfondi l'analyse, en distinguant les effets « *internes* » des contrats, à savoir les obligations liant les parties elles-mêmes, et les « *effets externes* », c'est-à-dire la situation nouvelle née de l'existence du contrat, dont, selon les circonstances, les tiers peuvent soit se prévaloir à leur avantage, soit se les voir opposer⁴¹. Désormais, l'article 5:103 du nouveau Code civil exprime clairement cette double approche de la relativité^{42 43}.
- La distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat, d'abord proposée par Demogue en 1925⁴⁴, et depuis lors très largement acceptée comme un utile instrument d'analyse, est dorénavant consacrée à l'article 5.72, qui définit les deux notions et leur différence quant à la charge de la preuve⁴⁵.
- L'abus de circonstances lors de la conclusion du contrat, conduisant à un déséquilibre manifeste des prestations (lésion qualifiée), a été reconnu

32. Cass., 6 mars 1986, *Pas.*, 1986, I, 849.

33. Sur ces dispositions, cf. P. COLSON et F. GEORGE, *op. cit.*, pp. 133-134 ; A. RIGOLET, « L'exécution et sanctions : l'inexécution imputable au débiteur », in A. CATALDO et F. GEORGE (coord.), *op. cit.*, pp. 108-109.

34. Cf. B. KOHL, « La clause indemnitaire et la clause exonératoire de responsabilité dans le Livre 5 du Code civil », in *CUP, op. cit.*, pp. 188-201 ; A. RIGOLET, *op. cit.*, pp. 105-106 ; Y. NINANE et R. THÜNGEN, *op. cit.*, pp. 241-246.

35. Quant à la clause que le Code de 1804 régissait déjà sous le nom de « *clause pénale* » aux articles 1226 à 1233 (modifiés par la loi du 23 novembre 1998), désormais rebaptisée « *clause indemnitaire* » à l'article 5.88, cf. *infra*, n° 19.

36. Cf. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, n° 217-246, et spécialement la jurisprudence citée aux n° 218-221.

37. Cf. Cass., 20 septembre 2003, *Pas.*, 2003, 1487. Au contraire des créances, les dettes ne seraient pas cessibles ; une substitution de débiteur avec le consentement de créancier ne pourrait se réaliser que dans le cadre de la novation.

38. Cf. déjà le BGB de 1900, du moins pour la reprise de dette (*Schuldübernahme*, §§ 414-418), et plus récemment, notamment le NBW des Pays-Bas, entré en vigueur en 1992 (*Overgang van vorderingen, subrogatie, schuld- en contractsovernemings*, art. 6.2.1 à 6.159 – à présent les art. 142 à 161 du livre 6, titre 1^{er}). Le Code civil français, avec la réforme de 2016, n'a introduit que la cession de dettes (art. 1327 et 1328). Sur le plan international, on trouve des réglementations complètes dans les *Principes d'Unidroit* (art. 9.1.1-9.3.7), les *PECL* (art. 11:101-12:201) et le *DCFR* (art. III.-5:101 à III.5:301).

39. Sur ces dispositions, cf. C. BIQUET-MATHIEU, « La transmission des obligations », in *CUP, op. cit.*, pp. 389-437 ; P. BAZIER et F. GEORGE, « La transmission des obligations », in A. CATALDO et F. GEORGE (coord.), *op. cit.*, pp. 143-182.

40. Puis-je me permettre une note personnelle ? En 1980, tirant les conclusions générales d'un colloque organisé à Louvain-la-Neuve par le Centre de droit des obligations de l'U.C.L. et consacré à la transmission des obligations,

je déclarais : « Il est permis de rêver. Dans un nouveau Code civil, le droit des obligations rénové comprendrait un chapitre où seraient regroupées les principaux mécanismes nécessaires à la transmission des obligations : une cession de créance débarrassée de son formalisme actuel, une reprise de dettes bien aménagée, des dispositions sur la cession de contrats synallagmatiques... Ce rêve n'est évidemment pas utopique. La plupart des mécanismes que l'on souhaiterait voir adopter existent déjà dans diverses codifications étrangères. Les modèles sont nombreux et souvent excellents... » (*La transmission des obligations*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'U.C.L., Bruxelles et Paris, 1980, pp. 670-671). Quarante-deux ans d'attente, mais le rêve est réalisé !

41. Cf. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, n° 840-894-1, et les références citées.

42. Cf. B. PIRLET et N. WALSCHOT, « Le contrat et les tiers », *CUP, op. cit.*, pp. 274-281 ; P. GOFFIOL, « L'effet des conventions entre parties et à l'égard des tiers », in A. CATALDO et F. GEORGE (coord.), *op. cit.*, 75-86 ; N. WALSCHOT, « Les effets des contrats à l'égard des tiers », in R. JAFFERALI (coord.), *op. cit.*, pp. 343-386.

43. On soulignera aussi que l'action directe fait désormais l'objet d'une disposition générale, à l'article 5.510.

44. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, V, 1925, p. 544.

45. L'insertion de ce texte est manifestement inspirée par l'exemple de l'article 5.1.4 des *Principes* d'Unidroit. Nous regrettons cependant que l'inspiration n'ait pas été jusqu'à adopter ensuite une disposition analogue à celle de l'article 5.1.5 des *Principes*, qui détermine les critères de distinction entre obligations de moyens et de résultat, en s'inspirant principalement des jurisprudences belge et française. Ce dernier texte est le résultat d'un vif débat au sein du groupe de travail élaborant les *Principes*, où la distinction même entre ces deux types d'obligations s'est avérée loin d'être connue dans tous les systèmes juridiques représentés. Le texte sur les critères de distinction a convaincu les sceptiques.



par la Cour de cassation en 2012⁴⁶. Il fait à présent l'objet d'une disposition légale à l'article 5.37. Sa constatation peut conduire à une adaptation des obligations, voire à la nullité relative⁴⁷.

- Le principe de l'exécution de bonne foi, déjà énoncé à l'article 1134 de l'ancien Code civil, mais longtemps resté très discret dans ses applications, a conquis une place de plus en plus marquante dans la jurisprudence et la doctrine des dernières décennies⁴⁸. Déjà définie à l'article 1.9 du nouveau Code (cf. *supra*, n° 12), la bonne foi dans l'exécution des contrats est affirmée à l'article 5.73, de même que la prohibition de l'abus de droit qui en découle. Toute dérogation à cet article est réputée non écrite.
- En cas de manquement du co-contractant à ses obligations, le créancier « doit prendre les mesures raisonnables pour limiter et prévenir les conséquences dommageables de l'inexécution » (art. 5.38). Ce devoir de limiter son propre dommage était déjà largement reconnu par la jurisprudence⁴⁹ 50. La sanction en est que la partie du dommage qui aurait pu être évitée reste à charge du créancier lésé.
- L'article 5.88, relatif aux clauses naguère « pénales », à présent rebaptisées « clauses indemnitaires », ne donne pas seulement au juge le pouvoir de réduire une clause manifestement déraisonnable (dans la ligne de l'article 1231 de l'ancien Code civil), mais il rencontre également le cas inverse, où la clause prévoit « un montant ou une prestation déraisonnablement faible », pour soumettre cette situation au régime de la clause exonératoire de responsabilité régie par l'article 5.89. C'est là rencontrer un abus fréquent dans la pratique contractuelle, où le débiteur lui-même, en position de force, impose une prétendue clause pénale sanctionnant ses propres manquements,

en y stipulant des montants dérisoires – il s'agit d'une clause limitative de responsabilité déguisée, que le nouveau texte soumet au régime approprié. Pareille requalification apparaissait déjà dans la jurisprudence⁵¹ ; elle est à présent inscrite dans la loi⁵².

- Sous l'ancien Code civil, un remède à certaines situations doit être demandé en justice. Ainsi en est-il, aux termes de l'article 1184, de la résolution d'un contrat pour cause d'inexécution. Progressivement, la jurisprudence, souvent incitée ou soutenue par la doctrine⁵³, a cependant accepté que pareille résolution se réalise par une simple notification du créancier ; la Cour de cassation a fini par l'admettre clairement en 2019⁵⁴. Dorénavant, la résolution par simple notification est consacrée à l'article 5.93 du nouveau Code⁵⁵. Le droit belge s'est ainsi aligné sur de nombreux exemples nationaux et internationaux⁵⁶.

Des évolutions analogues sont intervenues en ce qui concerne l'annulation du contrat (art. 5.59, al. 3), le remplacement (art. 5.85) et la réduction du prix (art. 5.97), où la voie est à présent ouverte à des initiatives unilatérales.

Ces développements illustrent le souci des auteurs du nouveau Code de réaliser un meilleur équilibre entre l'autonomie des parties et le rôle du juge⁵⁷.

3. Innovations

20. Le nouveau Code civil ne se borne pas à codifier des évolutions accomplies. Il innove aussi en de nombreuses matières où les solutions n'étaient pas encore affirmées. En voici quelques exemples significatifs.

- Une des innovations les plus remarquées est inscrite dans l'article 5.74, qui sous le titre « *Changement des circonstances* », admet (enfin !) l'imprévision

46. Cass., 9 octobre 2012, *R.W.*, 2012-2013, 1416, *R.G.D.C.*, 2013, 168 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, I, n° 264-266. Cf. aussi l'article 1907ter de l'ancien Code civil, à propos du prêt à intérêt. Une telle disposition figurait déjà dans le BGB de 1900, au § 138 (2) ; à l'époque contemporaine, cf. également les *Principes d'Unidroit*, art. 3.2.7, les *PECL*, art. 4:109 et le *DCFR*, art. 7:207.

47. Sur l'article 5.37, cf. O. JANSSENS, « La formation statique du contrat : conditions de validité et régime de la nullité », in *CUP, op. cit.*, pp. 54-56 ; J. VAN MEERBEECK, « L'objet, la cause et la nullité », in R. JAFFERALI (coord.), *op. cit.*, pp. 132-138.

48. Cf. *supra*, note 4, et les références citées.

49. Cf. P. COLSON et F. GEORGE, « Les sanctions de l'inexécution de l'obligation contractuelle », in *CUP, op. cit.*, pp. 168-169 ; A. RIGOLET, *op. cit.*, p. 104.

50. En droit des assurances, la mitigation du dommage est reconnue depuis longtemps comme une obligation pour l'assuré, dans les termes actuels, de « prendre toutes les mesures raisonnables pour prévenir et atténuer les conséquences du sinistre » (art. 75 de la loi du 4 avril 2014).

51. Cf. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, pp. 732-734 ; B. KOHL, « La clause indemnitaire et la clause exonératoire de responsabilité dans le livre 5 du Code civil », in *CUP, op. cit.*, p. 197 ; Y. NINANE et R. THÜNGEN, *op. cit.*, pp. 219-280.

52. Nous sommes plus réservé à propos du caractère indemnitaire apparemment consacré par la nouvelle appellation des clauses visées à l'article 5.88, dans le prolongement de l'article 1226 de l'ancien Code civil. A notre avis, une clause prévoyant un montant supérieur au dommage qui résulterait de l'inexécution peut jouer un rôle incitatif très utile, favorable à la bonne exécution des obligations – sous réserve de l'intervention possible du juge en cas d'abus manifeste. C'est la conception reconnue dans d'autres pays

(cf. l'article 1231-5 du Code civil français) et les principales codifications internationales (*Principes d'Unidroit*, art. 7.4.13, *PECL*, art. 9:509, *DCFR*, art. III-3:3 :712). Dans le nouveau droit belge, l'option exclusivement indemnitaire n'est cependant pas certaine, compte tenu de la possibilité donnée au juge appelé à réduire une clause considérée comme manifestement déraisonnable de tenir compte non seulement du dommage, mais aussi de « toutes les autres circonstances, en particulier des intérêts légitimes du créancier » (art. 5.88 § 2) (cf. C. BIQUET-MATHIEU, « Quel avenir pour la clause pénale ? », in *Liber Amicorum Paul Alain Foriers. Entre tradition et pragmatisme*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, p. 154 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *op. cit.*, n° 883 ; B. KOHL, *op. cit.*, pp. 192-194).

53. Cf. notamment M. VAN RUYMBEKE, « Et si la résolution n'était plus judiciaire ? », *R.G.A.R.*, 1978, n° 8850 ; M. FONTAINE, « La mise en œuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive », note sous Cass., 26 janvier 1986 et Mons, 21 juin 1983, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 5-54 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buiten gerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Maklu, Anvers et Apeldoorn, 1994, n° 386-512 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence : les obligations – les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, pp. 147-150.

54. Cass., 23 mai 2019, *R.G.D.C.*, 2019, 474. Sur cet arrêt, cf. notamment P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, pp. 790-799.

55. Sur cette disposition, cf. P. COLSON et F. GEORGE, *op. cit.*, pp. 128-129 ; A. RIGOLET, *op. cit.*, pp. 111-112 ; Y. NINANE et R. THÜNGEN, *op. cit.*, pp. 256-259.

56. Cf. notamment le § 349 du BGB, les articles 265 et 267 du livre 6 du *BW* néerlandais, 1224 et 1225 du Code civil français, 7.3.2. des *Principes d'Unidroit*, 9:303 (1) des *PECL* et III-3:505 du *DCFR*.

57. A ce sujet, cf. P. WÉRY, in *CUP, op. cit.*, pp. 27 et 29-30.



dans le droit belge⁵⁸. Depuis la célèbre affaire du Canal de Craponne, il était acquis, en France et en Belgique, que le principe de la convention-loi empêchait le juge de modifier un contrat si des circonstances nouvelles et imprévisibles avaient rendu son exécution trop onéreuse pour l'une des parties⁵⁹. Toutefois, le droit comparé révélait qu'en de pareilles situations, bien des systèmes étrangers admettaient la remise en cause du contrat sous certaines conditions, sur la base parfois de textes, parfois d'interprétations jurisprudentielles⁶⁰, l'isolement croissant du droit belge à cet égard était épinglé⁶¹, et la jurisprudence du fond montrait des signes d'évolution⁶².

L'article 5.74 du nouveau Code accueille ce « *Changement de circonstances* ». Chaque partie doit en principe exécuter ses obligations même si l'exécution était devenue excessivement plus onéreuse, mais il est désormais admis qu'elle puisse demander au créancier de renégocier le contrat si certaines conditions sont réunies (onérosité excessive, changement imprévisible et non imputable au débiteur, risque non assumé par le débiteur, aucune exclusion légale ou conventionnelle). En cas de refus de renégocier, ou d'échec de la renégociation, chaque partie peut demander au juge d'adapter le contrat ou d'y mettre fin⁶³.

- L'article 5.90 consacre la notion de la convention anticipée (issue de l'« *anticipatory breach* » de la « *common law* »), permettant à un créancier de recourir à la résolution du contrat avant terme, lorsqu'il est déjà manifeste que le débiteur ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences en seraient suffisamment graves

pour le créancier⁶⁴. Le débiteur doit préalablement avoir été mis en demeure et s'être vu invité à fournir des assurances suffisantes de bonne exécution. Une disposition analogue (art. 5.239, §§ 2 et 3) permet également au créancier de suspendre l'exécution de ses obligations en pareilles circonstances (« *exceptio timoris* »)⁶⁵.

- L'énumération des sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles (art. 5.83) comporte un élément qui attire l'attention : la réduction du prix. Pareille sanction était déjà prévue par la loi dans certains cas (cf. en matière de vente, les articles 1644 et 1649*quinquies* de l'ancien Code civil), mais elle est dorénavant ouverte de manière générale au créancier, « *en cas d'inexécution qui n'est pas suffisamment grave pour justifier la résolution* » (art. 5.97)⁶⁶.
- Le nouveau Code reconnaît l'importance du phénomène fréquent, mais ignoré du Code de 1804 et encore souvent méconnu, des obligations « *post-contractuelles* »⁶⁷. L'on songe par exemple aux obligations de confidentialité ou de fidélité qui peuvent se prolonger après l'exécution des obligations principales. L'article 5.114 traite de leurs sources et du régime qui leur est applicable⁶⁸.

III. Le nouveau droit belge dans le contexte international – Influences

21. Comment notre nouveau droit des obligations se situe-t-il dans le contexte international ? A-t-il subi certaines influences, adopté certains modèles ?

58. Sur cet article 5.74, cf. D. PHILIPPE, « L'introduction de l'imprévision en droit belge », in *CUP, op. cit.*, pp. 226-230 ; J. VAN ZUYLEN, « Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat », in R. JAFFERALI (coord.), *op. cit.*, pp. 283-320 ; M. DUPONT, « Inexécution et sanctions : l'inexécution non imputable au débiteur », in A. CATALDO et F. GEORGE (coord.), *op. cit.*, pp. 94-98.

59. Cf. encore Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, 365. La Cour réservait cependant le cas de l'abus de droit.

60. Cf. D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, 1986. Dans les législations nationales, cf. notamment le BGB, § 313, le Codice civile italien, art. 1467, le BW néerlandais, art. 6:258 et l'article 1195 nouveau du Code civil français. Dans les codifications internationales, cf. les articles 6.2.1 à 6.2.3 des *Principes d'Unidroit*, 6:111 des *PECL* et III.-1:110 du *DCFR*. On sait que dans la pratique des contrats internationaux, le bouleversement des circonstances est fréquemment rencontré par les clauses dites de « *hardship* » (cf. M. FONTAINE, « Les clauses de *hardship*. Aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats à long terme », *Droit et Pratique du Commerce International*, 1976, pp. 7-49).

61. Cf. notamment P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, p. 598.

62. Particulièrement remarqué, même au niveau international (cf. notamment A. VENEZIANO, « UNIDROIT Principles and CISG : Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court », *Rev. dr. unif.* (Unidroit, Rome), 2010, pp. 885-894), a été l'arrêt rendu le 19 juin 2009 par la Cour de cassation (*R.W.*, 2009-2010, 744 ; *R.D.C.*, 2009, 988 ; *D.A.O.R.*, 2010, pp. 156-162, et la note de D. PHILIPPE, « Renégociation du contrat en cas de changement de circonstances : une porte entrouverte ? », dont l'audace dans l'interprétation de l'article 79 de la *CVIM* et la référence faite aux *Principes d'Unidroit* ont pu apparaître comme les signes d'une évolution qui pourrait se manifester en droit national (sur cet arrêt, cf. aussi D. PHILIPPE, in *CUP, op. cit.*, pp. 227-228 et les références citées).

63. Cette dernière disposition nous semble problématique, car elle risque de dissuader de nombreux praticiens et de les conduire à déroger à l'article 5.74 pour lui substituer une clause de *hardship* sur mesure. Autant les opérateurs se montrent en général très favorables à la possibilité d'adapter

ou de résilier le contrat en cas de bouleversement de circonstances, autant ils répugnent à confier ces tâches au juge, particulièrement celle d'adapter le contrat. Les *Principes d'Unidroit* prévoient un recours analogue au juge en cas d'échec de la renégociation (art. 6.2.3), et le conseil est souvent donné, si les parties choisissent de se référer aux Principes comme règles de droit applicable au contrat, de le faire à l'exclusion de l'article 6.2.3 (cf. notamment F. BORTOLOTTI, *Drafting and Negotiating International Commercial Contracts – A Practical Guide*, Intern. Chamb. of Comm., 2008, pp. 62-65).

64. Sur la notion, cf. l'ouvrage de base de M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme*, Fac. droit Liège, 1982, 535 pp.

65. Sur les dispositions relatives à l'« *anticipatory breach* », cf. P. COLSON et F. GEORGE, in *CUP, op. cit.*, pp. 130-131 ; A. RIGOLET, *op. cit.*, pp. 108 et 110 ; Y. NINANE et R. THÜNGEN, *op. cit.*, pp. 260-262 et 278-280.

66. Sur la réduction du prix, cf. P. COLSON et F. GEORGE, in *CUP, op. cit.*, pp. 158-162 ; A. RIGOLET, *op. cit.*, pp. 116-118 ; Y. NINANE et R. THÜNGEN, *op. cit.*, pp. 265-274.

67. Sur les obligations post-contractuelles, cf. S. BENZIDI et C. LEGRAND, « L'interprétation, la qualification et les effets entre parties du contrat », in R. JAFFERALI (coord.), *op. cit.*, pp. 402-403. A proprement parler, ces obligations ne sont pas « *postérieures au contrat* » ; c'est le contrat lui-même qui se poursuit avec elles, après que les obligations principales aient été exécutées (cf. M. FONTAINE, « Les obligations 'survivant au contrat' dans les contrats internationaux », *Droit et Pratique du Commerce International*, 1984, pp. 7-27).

68. Parmi les autres exemples d'évolutions ou d'innovations qui pourraient être évoqués, citons encore la consécration en droit belge de la distinction entre dommages-intérêts positifs et négatifs (art. 5.17), la mise en place d'un régime détaillé des restitutions (art. 5.115-5.124), la suppression de l'effet rétroactif des conditions suspensives et résolutoires, sous réserve des restitutions prévues pour ces dernières (art. 5.147), l'introduction d'un régime de la demeure du créancier (remplaçant la vétuste procédure des offres réelles) (art. 5.211 à 5.216) et l'accueil de la notion de « *caducité* » parmi les causes d'extinction du contrat (art. 5.264 à 5.267).

Dans le passé, des codifications remarquables comme le Code Napoléon de 1804, puis le *BGB* allemand de 1896, entré en vigueur en 1900, ainsi que le Code suisse des obligations de 1911, puis le Code civil italien de 1942, avaient exercé des influences souvent marquées sur les droits d'autres pays⁶⁹. En 1926, le nouveau Code civil de Turquie d'Ataturk avait même repris quasi littéralement les textes du droit suisse, y compris ceux du Code des obligations⁷⁰. Le Code civil égyptien de 1948, dont l'influence est grande dans le monde musulman, s'inspire encore partiellement du droit français, mais aussi des codes allemand, suisse et italien.

De nos jours, de nouveaux modèles sont apparus, et les fertilisations croisées sont devenues très nombreuses. Le *BGB* conserve une certaine influence (il a lui-même connu une importante réforme en 2002⁷¹), de même que le droit suisse (dans ce pays, une proposition de réforme du Code des obligations a cependant échoué en 2018⁷²). Le nouveau Code civil hollandais (le *NBW*), dont le livre 6 relatif au droit des obligations est entré en vigueur en 1992, a rejoint le cercle des codifications remarquables, sources d'inspiration. A nos portes, la France, qui nous avait apporté le Code Napoléon, vient elle-même de réformer en profondeur son droit des obligations avec l'Ordonnance du 10 février 2016⁷³.

22. Le développement le plus remarquable réside cependant dans l'apparition de plusieurs codifications internationales relatives au droit des contrats, elles-mêmes élaborées par des commissions ou groupes de travail réunissant des juristes relevant des différents systèmes juridiques, dans une approche comparative. Les plus notables de ces codifications, on le sait (cf. *supra*, n° 2), sont sans doute la *Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale*

de marchandises (CISG), les *Principes européens du droit du contrat (PECL)*⁷⁴, les *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (PICC)*⁷⁵ et le *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*⁷⁶.

La *CISG* a été ratifiée par 95 pays à ce jour⁷⁷. Si son succès auprès des praticiens de la vente internationale est parfois mitigé, l'influence de ses textes sur les codifications ultérieures est importante. Les *Principes d'Unidroit*, par exemple, s'en sont souvent inspirés, notamment dans leurs dispositions relatives à l'offre et à l'acceptation (comparer les art. 14 à 24 de la *CISG* et les art. 2.1.2 à 2.1.11 des *Principes*), et dans les présentations structurées des sanctions des manquements contractuels (art. 7.1.1 à 7.4.13 des *Principes*), domaine où la *CISG* avait ouvert la voie (art. 45 à 52 et 61 à 65). Ces *Principes* eux-mêmes ont rapidement exercé une influence remarquable sur la jurisprudence de nombreux pays⁷⁸ et sur la jurisprudence arbitrale⁷⁹, mais aussi sur des réformes nationales déjà évoquées du droit des contrats (cf. *supra* n° 21). L'influence des *Principes européens* est par nature plus limitée à l'Europe occidentale, mais elle est évoquée à propos de la réforme française^{80 81}.

23. Ces importantes initiatives d'harmonisation mettent en évidence la place toute nouvelle qu'occupent à présent les travaux comparatistes.

Le droit comparé n'est plus une discipline marginale occupant quelques spécialistes isolés, tout heureux de pouvoir se retrouver à l'occasion de leurs congrès périodiques. Le développement des travaux d'harmonisation a fait du droit comparé une branche majeure de la recherche juridique contemporaine, dans la mesure où il fournit les matériaux de base à des réalisations concrètes. Ces travaux sont nécessairement précédés de recherches comparatives, et conduits au cours de

69. Chez nous et ailleurs, ce sont les armées françaises qui ont apporté le Code Napoléon, mais nous l'avons conservé jusqu'en 2022, malgré l'invitation à réformer les codes prescrite par la Constitution de 1831 (cf. *supra*, n° 5) ! Les droits des pays colonisateurs ont par ailleurs généralement été importés dans de nombreux pays des autres continents, où ils sont encore très souvent en vigueur. Sur l'influence du droit français, cf. M. FONTAINE, « Le rayonnement international du droit français des contrats. Le cas particulier de l'OHADA », *D.*, Paris, 2016, pp. 2008-2017.

70. Cf. K. ZWIGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, vol. I, North Holland, Amsterdam, New York et Oxford, 1977, p. 176.

71. Cf. *La réforme du droit allemand des obligations*, dir. C. WITZ et F. RANIERI, Société de législation comparée, Paris, 2004.

72. Cf. notre étude « Les projets de réforme du droit des obligations en Belgique et en Suisse – Réflexions comparatives », in *Gedenkschrift für Claire Huguenin, Dike*, Zürich et St. Gall, 2020, pp. 111-122.

73. Bien d'autres exemples pourraient être cités. Ainsi, après la chute du mur de Berlin, une vague de réformes est intervenue dans les pays de l'Europe centrale et orientale, placés devant une nécessité à la suite du changement de leur système économique. La promulgation du nouveau Code civil de Russie (1995) a été un événement remarqué, mais le mouvement a été général. Même la petite Estonie a adopté en 2001 une impressionnante loi sur les obligations de plus de mille articles (y compris la réglementation des contrats particuliers). Ailleurs dans le monde, d'autres nouvelles codifications ont encore retenu l'attention, notamment celles apparues au Québec (1991), en Chine (1999), au Brésil (2002) et en Argentine (2014).

74. *Principles of European Contract Law*, Parties I et II, O. LANDO et H. BEALE éd., Kluwer, La Haye, 2000, partie III, O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM et R. ZIMMERMANN éd., Kluwer, La Haye, 2003.

75. INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ (Unidroit), *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, 4^e

éd., 2016. L'édition originale est en anglais ; de nombreuses traductions existent, dont la française qui vient d'être citée.

76. On citera aussi un avant-projet (non adopté) d'Acte uniforme sur le droit des contrats dans l'espace OHADA (l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires). Le texte et l'exposé introductif ont été publiés dans le n° 1/2 de 2008 de la *Revue de droit uniforme*, avec les Actes d'un colloque tenu à Ouagadougou. Les pays de la région des Caraïbes ont par ailleurs adopté en 2014 un autre instrument de *soft law*, des *Principes OHADAC sur les contrats du commerce international*. Cf. M. FONTAINE, « Les objectifs de l'harmonisation du droit des contrats. Deux projets OHADA et les Principes OHADAC : objectifs contrastés », *European Review of Private Law*, 2016, pp. 393-408.

77. Ratifiée en Belgique par la loi du 31 octobre 1996.

78. On rappellera ici l'arrêt remarqué rendu le 19 juin 2009 par notre Cour de cassation, déjà cité *supra*, note 62.

79. En octobre 2022, la banque de données Unilex (www.unilex.info), qui répertorie toutes les décisions connues se référant aux *Principes d'Unidroit*, avait relevé dans le monde 226 sentences arbitrales à côté de 321 décisions judiciaires.

80. Cf. le Rapport au Président de la République, *Journ. off. Rép. fr.*, 16 février 2016, p. 2.

81. L'influence du *Draft Common Frame of Reference* nous paraît beaucoup plus limitée. Les auteurs du projet avaient initialement choisi les *Principes européens du droit du contrat* comme base de leurs travaux en droit des contrats, mais les textes avaient souvent été modifiés dans une direction excessivement dogmatique – au point que la Commission avait rejeté le projet et chargé un groupe d'experts d'élaborer de nouveaux textes, initiative qui n'a abouti qu'à une proposition de Règlement sur le *Droit commun européen de la vente* (COM/2011/0635 final – 2011/0284), projet lui-même retiré en 2014.



débats où les spécialistes du droit comparé se voient confier un rôle prépondérant, bien éloigné du quasi-dilettantisme du passé⁸². Les PECL en offrent une illustration explicite, avec les notes comparatives qui suivent les textes et les commentaires.

24. Notre réforme ne pouvait évidemment se préparer en vase clos. Selon l'un de ses co-présidents, le Professeur Patrick Wéry, « ... la commission d'experts s'est inspirée de l'exemple de droits nationaux étrangers – tels que la France, les Pays-Bas ou encore l'Allemagne. Il a également puisé son inspiration dans une série d'instruments internationaux – on pense, en particulier, à des codifications savantes, telles que les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, les Principes européens du droit des contrats ou le Projet de cadre commun de référence »⁸³.

Notre collègue a fait une démonstration de ces ouvertures en offrant un relevé de plus de soixante dispositions du livre 5 dont l'Exposé des motifs indique explicitement les sources d'inspiration étrangères⁸⁴. Ainsi, l'article 5.19, relatif à l'offre de contracter, « s'inspire des articles 1114, 1115 et 1116 du Code civ. fr., du § 146 du BGB, des articles 14 à 17 CISG et de l'article 2.1.2. PICC ». L'article 5.74, traitant du changement de circonstances, « s'inspire notamment du CESL⁸⁵ et du droit français ... ». A propos de l'article 5.83, qui énumère les sanctions de l'inexécution des obligations, l'Exposé des motifs présente la disposition comme conçue « à l'image du Code civil français et des instruments d'harmonisation internationale (PICC ; DCFR ; etc.) ». L'article 5.93, relatif à la résolution par notification du créancier, a été inspiré par « l'évolution marquante dans les codes civils de nos pays voisins (art. 1224 et 1226 al. 1 et 3 C. civ. fr. ; art. 6:265 et 6:267 NBW et § 249 BGB) et dans la soft law (art. 7.3.2. Unidroit, art. III.-3:507 (1) DCFR et art. 9:303 (1) PECL) ».

Nous avons nous-même déjà évoqué plusieurs autres exemples d'inspirations étrangères dans notre présentation des livres 1^{er} et 5 du nouveau Code civil belge⁸⁶.

25. Ces ouvertures étaient évidemment nécessaires. Elles ont permis aux nouveaux textes de rejoindre, en de nombreux cas, les dernières avancées du droit des contrats tel qu'il évolue de plus en plus dans un cadre international.

IV. Quelques regrets

26. L'impression d'ensemble sur les nouveaux textes étant excellente, est-il cependant permis d'exprimer quelques regrets ? Bien des solutions adoptées par une codification de pareille ampleur ont pu être le résultat de débats approfondis et parfois difficiles entre les membres de la commission, dont l'issue, même par consensus, ne satisfait pas nécessairement chacun⁸⁷. A fortiori les observateurs extérieurs, même très impressionnés par la qualité globale de la nouvelle codification, peuvent-ils avoir des réserves sur certains points.

Nous avons déjà formulé certaines d'entre elles en notes⁸⁸. Personnellement, nos principales réserves portent sur le maintien de la notion de « cause » et sur le défaut d'introduire un important élargissement au processus de formation du contrat. Nous évoquons encore le maintien du jeu automatique de la compensation légale. Nous les passerons rapidement en revue.

A. La cause

27. Fallait-il conserver la notion de « cause » (art. 5.53 à 5.56), objet de débats souvent passionnés dans nombre de pays qui la connaissent encore, et d'incompréhension auprès de bien des comparatistes⁸⁹ ? La notion de cause est ignorée dans certains systèmes civilistes majeurs ; c'était déjà le cas de l'Allemagne, de la Suisse et des Pays-Bas, et la France elle-même y a renoncé lors de la réforme de 2016. Les grands textes internationaux tendant à harmoniser le droit des contrats (Convention de Vienne, Principes d'Unidroit, Principes du droit européen des contrats, Cadre commun de référence) s'en passent délibérément. Les

82. Une distinction importante doit cependant être faite entre un instrument comme la CISG, Convention internationale élaborée par des experts nommés par les différents gouvernements, et des instruments de soft law tels que les Principes d'Unidroit ou les PECL, initiatives menées à bien par des groupes de comparatistes agissant à titre individuel. Dans le premier cas, les experts étaient souvent tenus de soutenir les solutions de leur droit national, conduisant parfois à des solutions de compromis boiteuses (un exemple frappant est celui de l'exécution en nature : comparer les articles 46 et 62, d'une part, et l'article 28 d'autre part, de la Convention). Par contre, dans un groupe de travail tel que celui qui élaborait les Principes d'Unidroit, les membres provenant de différents systèmes juridiques apportaient des contributions fort importantes par leurs connaissances de leurs droits respectifs, mais ils se sentaient généralement très ouverts aux choix de solutions d'autres systèmes qui leur paraissaient mieux adaptés aux exigences actuelles des contrats internationaux.

83. Cf. P. WÉRY, *CUP*, op. cit., n° 17 ; P. WÉRY, « L'influence des sources européennes de soft law sur la proposition de loi belge portant le livre 5 'Les

obligations' du Code civil », in *Liber amicorum Denis Philippe*, vol. 1, A. STROWEL et G. MINNE coord., 2022, pp. 202-222.

84. P. WÉRY, op. cit., pp. 202-205.

85. Les initiales CESL se réfèrent à la proposition avortée d'une *Common European Sales Law* (cf. supra, note 81).

86. Cf. les notes 14, 17, 28, 38, 45, 46, 52, 56 et 60 supra.

87. Nous en avons nous-même eu l'expérience, à propos de quelques solutions, lors des nombreuses années où nous avons participé au groupe de travail élaborant les Principes d'Unidroit.

88. Cf. supra, aux notes 45 (obligations de moyens et de résultats), 52 (clause indemnitaire) et 63 (hardship). D'autres réserves, que nous ne développerons pas ici, portent notamment sur le maintien de la catégorie des contrats réels (art. 5.5) et de l'effet translatif des contrats (art. 5.79 - cf. aussi l'art. 3.14, § 2).

89. La boutade répandue dans les milieux comparatistes est que « Si vous croyez avoir compris la notion de 'cause', c'est qu'on vous l'a mal expliquée »...

effets fort disparates qui sont attachés à la notion de cause sont bien plus adéquatement atteints par des voies plus directes, qui font l'économie d'une notion tellement polysémique^{90 91}.

Certes, la notion de « cause » est à présent définie dans l'article 5.53, par référence aux « *mobiles qui ont déterminé chaque partie à conclure le contrat* »⁹². Ainsi semble écartée la conception dite « objective » de la cause, qui, dans les contrats synallagmatiques, se référerait à la contrepartie en raison de laquelle l'obligation était assumée⁹³. Il n'est donc notamment plus question de se référer à la cause pour rencontrer le problème du déséquilibre des prestations⁹⁴, et l'exposé des motifs explique que cette problématique est abordée ailleurs, « *notamment par la théorie de l'imprévision, les vices du consentement et la théorie de l'abus de circonstances* »⁹⁵ : n'est-ce pas reconnaître ici l'inutilité du détour par la notion de cause par rapport à la voie directe des dispositions spécifiques ?

Dans le même sens, les obligations abstraites peuvent être régies soit par les conventions des parties, soit par des dispositions légales organisant des régimes d'inopposabilité des exceptions. C'est déjà le cas, sans recours inutile à la notion de cause⁹⁶, et la référence que leur fait la seconde phrase de l'article 5.54, al. 1, n'y ajoute rien.

Quant aux autres questions rencontrées au reste de l'article 5.54 et à l'article 5.55, bien qu'elles aient nourri bien des discussions dans notre histoire juridique, ces textes n'auraient sans doute plus d'utilité s'il était renoncé à la notion de cause. On s'épargnerait ces distinctions quelque peu subtiles entre les notions de contrats « sans cause », avec « fausse cause » ou avec « cause non exprimée », qui étonnent les observateurs étrangers appartenant à des systèmes non causalistes.

L'article 5.56, enfin, explicite la référence déjà faite à l'article 5.27, al. 1^{er}, 4^e, à la licéité de la cause : « *La*

cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives ». Si l'on abandonnait la notion de cause, il suffirait de prévoir une règle plus directe selon laquelle « *Le contrat est illicite quand il est contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives* »... C'est tout aussi efficace, et cela fonctionne très bien dans d'autres systèmes juridiques (cf. par exemple le § 138 du *B.G.B.* et l'article 19 du Code suisse des obligations).

Le maintien de la « cause » dans notre droit des contrats nous apparaît comme un anachronisme regrettable dans une réforme sinon tellement progressiste, par son alignement avec les principales avancées de ce droit au niveau international^{97 98}. On l'a dit, la France elle-même, qui apparaissait naguère comme l'un des bastions irréductibles de la notion de « cause », vient d'y renoncer dans sa récente réforme...

B. La formation du contrat hors du processus offre-acceptation

28. Nous regrettons également l'occasion manquée par la réforme de consacrer le fait que le processus offre-acceptation peine souvent à être identifié lorsqu'un important contrat a donné lieu à de longues négociations. Le *Uniform Commercial Code* américain a été le premier à prévoir que « *A contract for sale of goods may be made in any manner sufficient to show agreement, including conduct by both parties which recognizes the existence of such a contract* » (§ 2-204-1). Les *Principes d'Unidroit* ont suivi avec leur article 2.1, selon lequel « *Le contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre, soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord* ». A ses articles II.4:101 et II.4:102, le *Cadre commun de référence* requiert pour la conclusion d'un contrat que les parties aient l'intention de se lier contractuellement, pareille intention pouvant découler de déclarations ou du comportement^{99 100}.

90. Cf. notamment à ce sujet la démonstration approfondie de Chr. CHAPPUIS, « Le renoncement à la cause et à la considération dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *Rev. dr. unif.*, 2002, pp. 253-291. Sur un autre mode, dans leur ouvrage classique de droit comparé, K. Zweigert et H. Kötz qualifient la « cause » du droit français d'alors de « *conceptual hippogriff* » (*An Introduction to Comparative Law*, vol. II, 1977, North Holland, Amsterdam, New York et Oxford, 1977, p. 66) – on sait que cet animal est une créature hybride qui ressemble à un cheval ailé avec les membres d'un aigle...
91. La critique de la notion de cause n'est pas nouvelle, même dans les pays alors régis par le Code de 1804 – parmi les « *anti-causalistes* », on a compté Planiol en France, Ernst (dès 1826 !), Laurent (1878) et Jean Dabin (1919) en Belgique ; cf. P. WÉRY, *Droit des obligations*, n° 294.
92. Consacrant ainsi l'orientation qu'avait largement inspirée l'étude publiée par P. VAN OMMESLAGHE en 1970 (« Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne », note sous Cass., 13 novembre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, pp. 328 et s.).
93. L'exposé des motifs indique néanmoins, ce qui peut surprendre, que dans les contrats synallagmatiques, les mobiles déterminants « *consistent généralement dans les engagements pris par l'autre partie* » *Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 1806/001, p. 72.
94. Sur ce recours à la notion de « cause », cf. P. WÉRY, *Droit des obligations*, n° 294.
95. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 1806/001, p. 71.

96. Cf., par exemple, l'article VII.216/18 du Code de droit économique à propos de la lettre de change, ou encore l'article 151 de la loi du 4 avril 2014 en ce qui concerne l'action directe dans les assurances de responsabilités, ainsi que les pratiques contractuelles du crédit documentaire et des garanties à première demande (cf. P. WÉRY, *Droit des obligations*, n° 302).
97. Dans le même sens, cf. I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen Contractenrecht*, op. cit., n° 248. Cf. aussi O. JANSSENS, op. cit., p. 68, pour qui le choix du maintien « *peut paraître traditionnel au regard des réformes intervenues sans les pays voisins* ».
98. L'exposé des motifs justifie le maintien de la notion de « cause » pour deux raisons : « *elle s'inscrit dans une tradition bien ancrée* » et « *elle ... est utile pour la dogmatique* » (cf. *EM, Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 1806/001, p. 71). Une réforme aussi ambitieuse doit-elle s'incliner devant une tradition sans doute bien ancrée, mais source de tant de discussions ? Le terme « *dogmatique* » ne revêt-il pas un sens péjoratif ?
99. Les *Principes de droit européen du contrat* reconnaissent également le phénomène, en des termes moins explicites : « *Quand bien même le processus de conclusion d'un contrat ne pourrait s'analyser en une offre et une acceptation, les règles de la présente section (relatives à l'offre et à l'acceptation) s'appliquent, avec les adaptations appropriées* » (art. 2:211).
100. Sur cette approche, cf. notre étude « Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats ? », dans *Mélanges offerts à Pierre van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 115-133.



Ce développement, qui rencontre de fréquentes situations vécues en pratique, a déjà inspiré plusieurs législateurs nationaux, notamment dans les pays baltes¹⁰¹ et en Argentine¹⁰². Plus près de nous, la réforme française de 2016 n'a pas suivi, mais en Suisse, un avant-projet de réforme du Code des obligations datant de 2020 (mais non adopté), prévoyait de manière très remarquable, dans son article 1^{er}, que « *Le contrat est conclu lorsque les parties ont, réciproquement ou d'une manière concordante, manifesté leur volonté. Ces manifestations peuvent être expresses ou résulter d'actes concluants. L'accord des parties peut résulter de l'acceptation d'une offre, négociée ou non, soit être obtenu autrement* ». La Belgique aurait pu jouer un rôle encore précurseur au niveau national, et très utile, si elle avait emprunté cette voie¹⁰³.

C. L'automatisme de la compensation légale

29. L'article 5.255 du nouveau Code maintient la solution héritée du Code de 1804, selon laquelle « *La compensation légale s'opère de plein droit, même à l'insu des débiteurs* ».

Il nous semble que cette solution aurait dû être remise en question. Le caractère automatique de la compensation est une particularité de certains systèmes juridiques, mais il présente l'inconvénient majeur de l'insécurité résultant d'une extinction des obligations survenant à l'insu des parties. L'obligation de manifester sa volonté d'invoquer la compensation par la voie d'une notification, qui n'est pas une formalité lourde, apporte la transparence nécessaire.

Telle est la solution de nombreuses codifications étrangères, notamment du *BGB*, § 388, du *NBW*, art. 6.129, du Code suisse des obligations, art. 124 et du nouveau Code civil français, art. 1347, al. 2 ; tel est également le système retenu tant par les *PECL* (art. 13:301) et les *Principes d'Unidroit* (art. 8.3) que par le *DCFR*, art. III.-6:105.

Conclusion

30. Une réforme d'une telle ampleur ne peut satisfaire tous les vœux de chacun. Les réserves que nous avons exprimées n'affectent en rien notre appréciation globale : les livres 1^{er} et 5 du Code civil qui viennent d'entrer en vigueur sont de grande qualité. Notre droit des obligations avait certes bien évolué depuis 1804, par l'action de la doctrine et de la jurisprudence, mais la survie des anciens textes représentait depuis longtemps un anachronisme flagrant de notre législation.

Les justiciables disposent désormais d'une codification du droit des obligations et du droit général des contrats qui exprime le droit positif. Les lacunes du Code de 1804 ont été comblées. D'importants développements ultérieurs sont à présent codifiés. Enfin et surtout, une large ouverture comparative et internationale a conduit à l'adoption de plusieurs innovations fort attendues, permettant ainsi à notre droit des obligations de rejoindre le cercle des meilleures codifications contemporaines. Tous ceux qui ont œuvré à la réforme doivent en être félicités et remerciés.

101. Lituanie, Code civil de 2000, § 9 (1) et Estonie, loi sur les obligations de 2001, art. 6.162, 1^o.

102. Code civil argentin de 2014, art. 971.

103. Cf. à ce sujet les regrets également exprimés par B. WEYTS, « Wat brengt het verbintenissenrecht ons in de toekomst ? », *Rechtsk. Weekbl.*, 2021-2022, p. 578 ; I. CLAEYS et T. TONGHE, *Algemeen contractenrecht*, op. cit., n° 121.

