

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTE DE DROIT

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

UNIVERSITE CATH. DE LOUVAIN

FACULTE DE DROIT

BIBLIOTHEQUE

Règles communes à tous les contrats.

par Xavier MALENGREAU.

Commentaire de droit positif
belge destiné à être publié
dans la Collection JUPITER
des Recueils Pratiques du
droit des Affaires des Pays
du Marché Commun.

UNIVERSITE CATHOLIQUE
LOUVAIN - LA - NEUVE
FACULTE DE DROIT
BIBLIOTHEQUE

AVANT - PROPOS

Rédaction nouvelle et originale établie suivant le plan spécifique à la collection JUPITER, le présent commentaire du droit commun des contrats emprunte, cependant, plusieurs passages au cours de droit des obligations enseigné à l'Université Catholique de Louvain-la-Neuve, par le Professeur Marcel FONTAINE, dont le texte écrit a été rédigé avec la collaboration de l'auteur.

Xavier MALENGREAU
Septembre 1980

DROIT DES AFFAIRES - COLLECTION JUPITER

O. REGLES COMMUNES A TOUS LES CONTRATS

Commentaire du droit positif belge par
Xavier MALENGREAU, assistant au Centre de
Droit des Obligations de
l'Université Catholique de
Louvain,
avocat au Barreau de Nivelles

<u>00. DIFFERENTS TYPES DE CONTRATS.</u>	<u>Pages</u>
✓ 00.1 CONTRATS A PRESTATIONS RECIPROQUES OU AVEC PRESTATIONS D'UNE SEULE DES PARTIES.	2
00.11 Exception d'inexécution.	5
00.12 Condition résolutoire tacite.	6
00.13 Charge des risques.	6
00.14 Exigences de preuve.	7
00.2 CONTRATS A TITRE ONEREUX OU A TITRE GRATUIT.	8
00.21 Conditions de forme et de fond.	10
00.22 Régime des nullités.	10
00.23 Exercice de l'action paulienne.	10
00.24 Responsabilité contractuelle.	11
x 00.3 CONTRATS INNOMMES OU NOMMES.	11 ²
00.4 CONTRATS CIVILS ET CONTRATS COMMERCIAUX.	13
00.41 Preuve des contrats commerciaux.	14
00.42 Solidarité des co-débiteurs commerciaux.	14
00.5 CONTRATS DE DROIT PRIVE ET CONTRATS ADMI- NISTRATIFS.	14
x 00.6 CONTRATS CONCLUS EN CONSIDERATION DE LA PERSONNE OU COCONTRACTANT.	16
x 00.7 AUTRES TYPES DE CONTRATS.	17

01. <u>CONDITIONS DE VALIDITE.</u>	19
01.1 CONSENTEMENT.	19
01.10 Généralités.	19
01.11 Erreur.	22
01.12 Ool.	25
01.13 Violence.	29
01.14 Concordance des consentements.	31
01.141 Pourparlers.	32
01.142 Offre.	37
01.143 Moment de la conclusion du contrat.	41
01.144 Représentation.	42
01.15 Simulation, contre-lettres.	44
01.2 CAPACITE.	48
01.20 Généralités.	48
01.21 Mineurs non émancipés.	49
01.22 Emancipation - ses effets.	50
01.23 Majeurs protégés (aliénés, prodigues, ...).	51
01.231 Minorité prolongée.	51
01.232 Interdiction judiciaire.	51
01.233 Mise sous conseil judiciaire.	51
01.24 Statut spécifique des conjoints.	52
01.3 OBJET ET MATIERE, .	53
01.4 CAUSE.	57
01.5 NULLITES - ANNULATIONS - SANCTIONS.	61
01.51 Nullités absolues : cas - effets.	62
01.52 Nullités relatives : cas - effets.	64
01.53 Rescision pour lésion : cas - conditions - effets.	67
01.54 Résolution : cas - conditions - effets.	69
02. <u>CONDITIONS DE FORMES - PREUVES - INTERPRETATION DES CONVENTIONS.</u>	70
02.1 FORMES SOLENNELLES.	71
02.2 FORMES SIMPLES.	72
02.3 LIEU DE FORMATION.	74

02.4 PREUVE DES OBLIGATIONS.	74
02.41 Ecrit : authentique et sous seing privé.	77
02.42 Témoignage - Présomptions.	83
02.43 Aveu.	84
02.44 Serment.	85
02.5 <u>INTERPRETATION DES CONVENTIONS.</u>	86
02.51 Principes d'interprétation.	87
02.52 Rôle du juge.	87
03. <u>DIFFERENTES FORMES D'OBLIGATIONS.</u>	89
03.1 OBLIGATIONS CONOITIONNELLES.	89
03.11 Obligations sous condition suspensive.	90
03.12 Obligations sous condition résolutoire.	92
03.2 OBLIGATIONS A TERME.	93
03.21 Terme suspensif.	93
03.22 Terme extinctif.	94
03.3 OBLIGATIONS ALTERNATIVES.	94
03.4 OBLIGATIONS SOLIDAIRES.	97
03.41 Entre créanciers : solidarité active.	97
03.42 Entre débiteurs : solidarité passive.	98
03.43 Cautonnement solidaire.	100
03.44 Obligations "in solidum".	100
03.5 OBLIGATIONS OIVISIBLES ET INOIVISIBLES.	100
04. <u>EFFETS DES CONVENTIONS ENTRE LES PARTIES.</u>	103
04.0 GENERALITES	103
04.1 OBLIGATION DE DONNER.	104
04.2 OBLIGATION DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE.	106
04.3 EXCEPTION "NON ADIMPLETI CONTRACTUS" (SUSPENSION D'EXECUTION).	107

05. <u>RESPONSABILITE CONTRACTUELLE.</u>	108
05.0 GENERALITES.	108
05.01 Relations avec la responsabilité quasi-délictuelle.	108
05.02 Sanctions conventionnelles.	110
05.03 Sanctions judiciaires	112
05.031 Dommages-intérêts.	112
05.032 Résolution.	112
05.1 CLAUSES CONVENTIONNELLES SUR LA RESPON- SABILITE.	115
05.11 Clauses pénales : étendue - validité - effets.	115
05.12 Clauses exclusives ou limitatives de responsabilité : étendue - validité - effets.	116
05.2 CONDITIONS DE MISE EN OEUVRE DE LA RESPON- SABILITE.	117
05.21 Mise en demeure.	117
05.22 Charge de la preuve.	119
05.3 FAUTE CONTRACTUELLE - CAS DE RESPONSA- BILITE - ETENUE.	122
05.4 CAS D'EXONERATION - EFFETS.	122
05.5 MONTANT DE LA REPARATION.	128
05.50 Généralités - Préjudice réparable.	128
05.51 Dommages-intérêts compensatoires.	129
05.52 Dommages-intérêts moratoires.	130
05.53 Astreinte et exécution forcée.	131
06. <u>EFFETS DES CONVENTIONS ENVERS LES TIERS.</u>	134
06.0 GENERALITES.	134
06.1 STIPULATION POUR AUTRUI.	135
06.2 PORTE-FORT.	139
06.3 CREANCIERS.	139
06.31 Action oblique.	141

06.32 Action paulienne.	143
06.33 Action directe.	145
06.4 AYANTS-CAUSE.	146
06.5 TRANSMISSION DES OBLIGATIONS.	149
06.51 Transmission des créances.	150
06.52 Transmission des dettes.	153
07. <u>EXTINCTION DES OBLIGATIONS.</u>	155
07.0 GENERALITES.	155
07.1 PAIEMENT.	156
07.10 Paiement en général.	156
07.101 Accipiens.	156
07.102 Solvens.	157
07.103 Objet?	158
07.104 Lieu.	161
07.105 Moment.	161
07.106 Preuve.	161
07.11 Subrogation.	162
07.111 Subrogation conventionnelle.	164
07.112 Subrogation légale.	165
07.12 Imputation.	165
07.13 Offre de paiement - consignation.	166
07.14 Cession de biens.	167
07.2 NOVATION	167
07.3 REMISE DE DETTE.	169
07.4 COMPENSATION.	170
07.5 CONFUSION.	173
07.6 PERTE DE LA CHOSE DUE.	173
07.7 PRESCRIPTION.	173.
08/ <u>GARANTIES.</u>	178
08.1 CAUTIONNEMENT.	180
08.2 GAGE - NANTISSEMENT.	182

08.3 PRIVILEGE.	183
08.4 HYPOTHEQUE.	185
09. <u>DROIT APPLICABLE.</u>	188
09.0 GENERALITES.	188
09.1 CONFLIT DE LOIS ET JURISPRUDENCE NATIONALE.	189
09.2 CONFLIT DE COMPETENCE JURIDICTIONNELLE.	192
09.3 ARBITRAGE.	193.

X

X

X

Commentaire du droit positif belge par

Xavier MALENGREAU, assistant au Centre de Droit des
Obligations de l'Université Catho-
lique de Louvain,
avocat au Barreau de Nivelles.

X

X

X

Le contrat est un accord de volontés en vue de créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations entre personnes. Son importance et sa généralisation pratique font du droit des contrats un secteur exceptionnellement riche.

La théorie générale des obligations contractuelles en droit belge est principalement contenue dans les articles 1101 à 1369 du Code civil belge qui est encore le "Code Napoléon" ce qui souligne la proximité fondamentale des droits belge et français en cette matière.

Le présent exposé commence par un examen des différents types de contrats et des implications concrètes des distinctions qu'il y a lieu de retenir (00. --- Différents types de contrats). Il examine ensuite les conditions de fond requises pour la validité légale des conventions (01. --- Conditions de validité) et les formalités diverses auxquelles les cocontractants doivent être attentifs lors de la formation du contrat (02. --- Conditions de forme - Preuves - Interprétation des conventions).

Les différentes modalités des obligations contractuelles (03.--- Différentes formes d'obligations) seront analysées avant l'examen des effets des conventions entre les parties contractantes (04.--- Effets des conventions entre les parties), de leur responsabilité en cas d'inexécution (05.--- Responsabilité contractuelle), et des effets envers les tiers (06. --- Effets des conventions envers les tiers).

Les trois dernières parties seront consacrées successivement aux modes d'extinction des obligations contractuelles (07. ---Extinction des obligations), à leurs sûretés (08.--- Garanties), et au droit applicable (09. ---Droit applicable).

00. - DIFFERENTS TYPES DE CONTRATS.

On peut distinguer plusieurs types de contrats, en fonction de divers critères. Les articles 1102 à 1107 du Code civil introduisent certaines de ces catégories ; d'autres se sont ajoutées par le fait des auteurs.

Les contrats peuvent d'abord se distinguer selon les conditions de leur formation. Il s'agit, d'une part, de la distinction qu'il y a lieu de faire entre les contrats selon qu'ils sont consensuels, solennels ou réels. Il s'agit, d'autre part, de distinguer les contrats d'adhésion des contrats-types. L'analyse de ces distinctions s'intégrera dans l'examen des conditions de forme des contrats (cf. infra, n° 02.1).

00.1. - Contrats à prestations réciproques ou avec prestations d'une seule des parties.

Tout acte juridique n'est pas un contrat. Il existe des actes juridiques unilatéraux comme un testament, une reconnaissance d'un enfant naturel, une levée d'option ou un autre engagement unilatéral. Le contrat, quant à lui, résulte non d'une manifestation unilatérale

de volonté, mais d'un accord de volontés. Il faut être au moins deux pour contracter. Il y a là une caractéristique essentielle du contrat : il naît de la rencontre de deux (ou plusieurs) volontés. Le contrat est un acte juridique bilatéral (ou multilatéral).

Dans notre système juridique, le prétendu "contrat" avec soi-même est inconcevable. L'apparence d'un tel "contrat" peut se créer lorsqu'une personne chargée de contracter pour une autre, par exemple un mandataire, se porte elle-même contrepartie : l'intermédiaire ayant pour mission de vendre la maison de son mandant acquiert lui-même cette maison. Le contrat de vente semble conclu à l'intervention d'une seule personne, "contractant avec elle-même". En droit, cependant, l'intermédiaire agit en deux qualités différentes : si en tant qu'acheteur il traite personnellement, en tant que vendeur, il n'est que le représentant du donneur d'ordre, et c'est avec ce dernier que le contrat est en réalité conclu. Il s'agit donc bien d'un véritable contrat. Mais on aperçoit sans peine le caractère malsain d'une telle situation, qui met en opposition dans le chef du mandataire ses intérêts personnels et ceux de son mandant qu'il est censé représenter au mieux. C'est pourquoi le droit interdit souvent ce genre d'opérations, ou tout au moins les soumet à certaines restrictions (cfr. notamment les art. 450 et 1596 du Code civil, ainsi que l'art. 60 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales).

On sera attentif au fait que si le contrat est nécessairement bilatéral à sa formation, il peut être unilatéral ou bilatéral sur le plan de ses effets, c'est-à-dire qu'il peut n'engendrer d'obligations qu'à charge de l'une des par-

ties (ex. : la donation), ou au contraire faire naître des obligations réciproques (ex. : la vente).

Les contrats dits "synallagmatiques" sont bilatéraux sur le plan des effets en ce sens qu'ils obligent réciproquement les co-contractants l'un vis-à-vis de l'autre.

Les contrats synallagmatiques sont les plus fréquents et les exemples ne manquent pas : la vente (le vendeur s'engage à transférer la propriété et à livrer la chose, l'acheteur a payer le prix), le louage de choses (le bailleur s'engage à laisser jouir de la chose, le locataire à payer le loyer convenu), le contrat d'entreprise (l'entrepreneur s'oblige à accomplir un travail contre l'engagement du maître de l'ouvrage de le rémunérer), le contrat de transport (le transporteur s'engage à déplacer une personne ou une chose, le co-contractant à payer le fret), le contrat d'hôtellerie (l'hôtelier offre au voyageur une table et un lit contre une rémunération), etc...

Les contrats unilatéraux, par contre, n'engendrent des obligations qu'à charge d'une seule des parties contractantes. Comme exemples de tels contrats, on peut citer le contrat de donation (seul le donateur assume une obligation, celle de donner), le contrat de mandat non rémunéré (seul le mandataire assume une obligation, celle d'accomplir sa mission de représentation) et le contrat de prêt (ce contrat, ne s'est formé que par la remise de la chose ; à ce moment, la seule obligation créée est celle pour l'emprunteur de restituer la chose).

Une catégorie parfois évoquée est celle des contrats dits "synallagmatiques imparfaits". Il s'agit de certains contrats unilatéraux où en cours d'exécution, dans des circonstances déterminées, des obligations naissent à charge de la partie qui ne devait rien au départ. Ainsi, le contrat de dépôt non rémunéré est en principe unilatéral, puisque la seule obligation est celle du dépositaire de restituer la chose. Mais si le dépositaire doit consentir certains frais pour la conservation de la chose, le déposant devra les lui rembourser. Comme une telle obligation ne naît que d'un fait éventuel, et postérieur à la conclusion du contrat, le contrat reste soumis au régime des contrats unilatéraux, et l'on tend actuellement à écarter comme trompeuse l'expression "contrats synallagmatiques imparfaits".

L'intérêt de la distinction est grand. En effet, l'interdépendance des obligations dans les contrats synallagmatiques entraîne dans ces contrats l'application de règles particulières, principalement en cas d'inexécution de l'une des obligations. Il s'agit chaque fois de déterminer les répercussions de l'inexécution de cette obligation sur l'obligation corrélatrice, problème par hypothèse inconnu dans les contrats unilatéraux. Les contrats synallagmatiques connaissent également un régime spécial en matière de preuve, la formalité dite "du double".

00/11 - Exception d'inexécution.

Appelée aussi "exception non adempti contractus", cette exception est propre aux contrats synallagmatiques. Si l'une des parties contractantes n'exécute pas ce à quoi elle s'est engagée, l'autre partie peut suspendre ses propres obligations (cfr. infra, n° 04.3).

00.12 - Condition résolutoire tacite.

Outre l'exception d'inexécution, il est certes toujours possible de procéder à une exécution forcée en nature ou par équivalent, en cas d'inexécution. Mais, dans un contrat synallagmatique, l'exécution forcée entraînera l'obligation pour le créancier de prêter ses propres engagements contractuels en contrepartie.

L'article 1184 du Code civil donne à chaque contractant dans un contrat synallagmatique la possibilité de demander la résolution judiciaire au juge compétent (cfr. infra, n° 05.032).

00.13 - Charge des risques.

Lorsque l'inexécution est due à une cause étrangère exonérant son débiteur (cfr. infra, n° 05.4), l'obligation corrélatrice du contrat synallagmatique est éteinte. Si l'immeuble loué est détruit par un incendie fortuit, les loyers ne sont plus dus.

Cette solution trouve son fondement dans le principe de l'interdépendance des obligations dans le contrat synallagmatique. Le débiteur libéré par force majeure ne peut donc plus réclamer aucune contrepartie, malgré le profit espéré du contrat ou les efforts et les frais déjà consentis pour préparer l'exécution de sa prestation. C'est dans ce sens qu'on dit que la chose périt à charge du débiteur (Res perit debitori). Cependant, si l'obstacle n'est que temporaire, l'obligation corrélatrice n'est que suspendue

Le principe de l'extinction corrélatrice n'est pas impératif. On peut y déroger conventionnellement, par exemple en mettant tous les risques à charge d'une partie, en sorte que le cocontractant libéré par force majeure puisse encore exiger la contrepartie.

Cependant, lorsque l'obligation éteinte par force majeure est une obligation de livrer quelque chose, l'article 1138 du Code civil établit une importante limite à la règle de l'extinction corrélatrice. En effet, la propriété de la chose à livrer est transférée, en cas de contrat d'aliénation, dès l'échange des consentements, en sorte que la destruction de la chose par cas fortuit est à charge du créancier. Le transfert de propriété ayant été réalisé, le débiteur qui est libéré de son obligation de livraison conserve sa créance. Le prix dû par le créancier d'une telle obligation de livrer reste dû (Res perit domino).

Toutes les clauses conventionnelles sont cependant possibles pour aménager ce régime légal (clauses de réserve de propriété, clauses dissociant le transfert de propriété du transfert des risques, etc...). En outre, ce régime ne concerne que la livraison d'un corps certain, et non d'une chose de genre non encore individualisée. D'autre part, si le débiteur est mis en demeure, il supporte dès ce moment la charge des risques (cf. infra, n° 05.21).

00.14 - Exigences de preuve.

L'écrit qui est dressé en vue de constater un contrat synallagmatique doit être fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Chacun de ces originaux doit, en outre, mentionner le nombre d'originaux établis. C'est la formalité dite du "double" (art. 1325 Code civil) (cf. infra, n° 02.41).

Cette formalité ne concerne que les contrats synallagmatiques, et non les contrats et les engagements unilatéraux. Elle ne concerne pas les actes authentiques même irréguliers (art. 1318). Ceux-ci, conservés par l'officier public compétent, peuvent toujours être consultés par toutes les parties qui pourront en obtenir copie. La règle ne vaut pas non plus en matière commerciale, où la preuve est libre.

On renonce généralement à invoquer l'article 1325 dans le cas des contrats synallagmatiques où l'une des parties exécute immédiatement ses obligations. On admet aussi que chaque partie ne dispose que d'un exemplaire signé par l'autre. Rappelons cependant que l'invalidité de l'acte probatoire n'a aucun effet sur la validité du contrat lui-même, conformément au principe du consensualisme (cfr. infra, n° 02.1).

00.2-Contrats à titre onéreux ou à titre gratuit.

Un contrat est conclu à titre onéreux lorsque chacune des parties poursuit la réalisation d'un avantage. Un contrat est conclu à titre gratuit (on parle également de "contrat de bienfaisance") lorsqu'une des parties reçoit un avantage, mais que l'autre agit dans un but désintéressé, mue par une intention libérale envers son partenaire.

La distinction ne se confond pas avec la précédente. Elle se situe sur un plan économique ("avantages réciproques ou non) et subjectif (présence d'une "intention libérale"), alors que la distinction entre contrats synallagmatiques et unilatéraux se réfère au critère juridique et objectif de la présence ou de l'absence d'"obligations" réciproques.

Les domaines ne coïncident pas non plus. En principe, tous les contrats synallagmatiques sont également des contrats à titre onéreux : la réciprocité d'obligations implique la réciprocité d'avantages. Mais tous les contrats unilatéraux ne sont pas conclus à titre gratuit. C'est le cas de la donation ou du prêt gratuit où l'absence d'obligations dans le chef d'une partie s'allie à l'existence d'une intention libérale dans le chef de l'autre partie. Mais ce n'est pas le cas du prêt à intérêt : ce contrat

est certes unilatéral, puisque les obligations (rembourser le prêt et payer les intérêts) incombent toutes à l'emprunteur, mais les deux parties ont recherché leur avantage dans l'opération, sans intention libérale de part ni d'autre. De même, dans une promesse de vente contractuelle, seul le vendeur s'engage, mais il y recherche aussi son avantage : il s'agit encore d'un contrat unilatéral à titre onéreux.

L'appréciation du caractère intéressé ou désintéressé d'un contrat peut être difficile. Y a-t-il vraiment des actes totalement désintéressés ? Une prétendue "intention libérale" ne cherche-t-elle pas à provoquer au moins une "dette" de reconnaissance, à gagner l'estime d'autrui ? Tant que les avantages poursuivis conservent cette nature extra-patrimoniale, le contrat reste considéré comme conclu à titre gratuit. Mais il est des actes où tout en n'exigeant pas de contrepartie, l'une des parties poursuit manifestement l'obtention d'un avantage patrimonial : ainsi, le grand magasin qui "offre" une heure de parking "gratuit" à ses clients ; ainsi encore, l'agence immobilière qui "offre" un voyage "gratuit" en Espagne à l'acquéreur d'un terrain sur la Costa del Sol. Il s'agit en réalité de contrats à titre onéreux.

La distinction entre contrats à titre onéreux et contrats à titre gratuit présente un grand intérêt. Si la morale glorifie les actes désintéressés, le droit s'en méfie. Dans le cours normal des affaires, où chacun poursuit ses intérêts, de tels actes présentent un caractère insolite et l'on soupçonne leur auteur de répondre à des mobiles condamnables : obtenir des faveurs illicites, spolier certains de ses proches, s'appauvrir en fraude des droits de ses créanciers, etc... Une série de règles traduisent cette prévention du système juridique à l'égard des actes à titre gratuit.

00.21 - Conditions de forme et de fond.

Sans insister ici sur cet aspect important, mais extérieur à notre sujet, il faut être attentif au fait que les libéralités font l'objet de règles particulières relatives aux conditions de forme et de fond, plus sévères que les règles générales des obligations conventionnelles à titre onéreux.

00.22 - Régime des nullités.

Lorsque la réalisation du contrat dépend d'une condition illicite, ou impossible, la condition et le contrat qui en dépend sont pareillement nuls. Telle est, du moins, la règle générale. Mais, en cas de donation, la condition illicite ou impossible est simplement réputée non écrite, en sorte que le contrat à titre gratuit subsiste pour le surplus. Si le contrat est à titre onéreux, la nullité d'une condition ou d'une clause illicite rejaillit, en principe, sur tout le contrat. La jurisprudence exige cependant que la clause ou la condition viciée ait été, pour une des parties au moins, une cause impulsive et déterminante.

00.23 - Exercice de l'action paulienne.

L'action paulienne, qui permet au créancier de contester l'opposabilité des actes que le débiteur ferait en fraude de ses droits, est plus largement ouverte pour les contrats à titre gratuit. La preuve de la fraude sera facilitée pour établir que le débiteur a agi en connaissance du fait qu'il aggravait son insolvabilité. La différence la plus notable entre les contrats à titre gratuit et les contrats à titre onéreux tient cependant en ce que la preuve de la fraude du tiers cocontractant du débiteur n'est pas requise lorsqu'il s'agit d'un acte à titre gratuit, à l'inverse de la règle applicable aux contrats à titre onéreux (cf. infra, n° 06.32).

00.24 - Responsabilité contractuelle.

On relèvera que la responsabilité d'un cocontractant est souvent appréciée moins sévèrement lorsqu'il agit à titre gratuit. Cette moindre rigueur est expressément stipulée par le Code civil en matière de dépôt et de mandat. De même, la cession de créance faite à titre gratuit n'implique aucune garantie quant à l'existence de la créance cédée. Celui qui cède à titre gratuit ne garantit que son fait personnel ; il s'engage à ne rien faire qui nuise au recouvrement de la créance par le cessionnaire, mais il n'assume pas les obligations de garantie qui incombent au vendeur (cf. infra, n° 06.51).

e- Enfin, le contrat à titre gratuit étant normalement conclu "intuitu personae", il connaît les particularités s'attachant à cette catégorie (cfr. infra, n° 00.6).

00.3 - Contrats innommés ou nommés.

Après avoir énoncé la théorie générale des obligations conventionnelles (art. 1101 à 1369), le Code civil donne un régime légal aux principaux types de contrats : vente, échange, louage de choses, entreprise, société, prêt, dépôt ... (art. 1582 à 2091). D'autres contrats sont réglementés dans le Code de commerce ou dans des lois particulières. Les différents contrats faisant l'objet d'un régime légal particulier sont appelés "contrats nommés".

Mais, l'un des principes fondamentaux de notre droit contractuel est celui de l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire de la liberté contractuelle : les parties sont libres de contracter sur n'importe quoi, de se lier par voie contractuelle à propos de tout objet licite. La réglementation légale des contrats nommés donne des cadres juridiques en

principe supplétifs, à des contrats usuels, mais elle est très loin de donner une idée de l'infinie diversité des conventions qui se nouent quotidiennement dans la pratique, qu'il s'agisse d'adapter des contrats nommés à des situations particulières, de combiner des contrats nommés en un tout original, voire même de créer des conventions totalement nouvelles par rapport aux modèles connus. Les contrats nés de l'autonomie de la volonté sans le soutien d'un cadre légal sont des "contrats innommés", parfois aussi qualifiés de contrats "sui generis".

Dans certains cas, cependant, les réglementations légales stipulent des règles impératives pour certains contrats tels les ventes et prêts à tempérament, les baux, les contrats de travail, etc... Les clauses contraires sont alors de nul effet.

L'intérêt de la distinction entre les contrats innommés ou nommés consiste principalement à se demander quel est le régime applicable aux contrats innommés, lorsque les parties ont négligé de déterminer dans tous les détails les différents aspects de leurs relations juridiques. Comment combler les lacunes du contrat, là où n'existe pas la possibilité d'une référence à un modèle légal ?

La réponse est complexe. Il s'agira certes d'appliquer au contrat innommé les règles générales applicables aux obligations conventionnelles, pour autant, bien sûr, que les parties aient entendu s'obliger ; les simples engagements d'honneur ne peuvent être qualifiés de contrats innommés. Lorsque les parties conviennent expressément que leur convention n'a pas force obligatoire, son

exécution ou son interprétation sortent du champ du droit. Par contre, pour un contrat innommé créant de véritables obligations, il faudra être particulièrement attentif aux règles d'interprétation (cfr. infra, n° 02.5) et au principe général selon lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi (cfr. infra, n° 04.0).

Enfin, on cherchera à faire l'analyse juridique du contrat innommé pour tenter de déterminer avec quels contrats nommés il présente le plus d'affinités : on pourra alors en appliquer certaines règles par analogie. Mais on veillera, sur ce dernier point, à respecter l'originalité du contrat innommé ; il ne faut pas à tout prix ramener aux cadres légaux tous les produits de l'imagination contractuelle.

00.4 - Contrats civils et contrats commerciaux.

La distinction entre contrats civils et commerciaux ne doit pas être trop accentuée. La théorie générale des obligations constitue un tronc commun à la fois des opérations civiles et des opérations commerciales. Le Code de commerce ne réglemente pas de très nombreux contrats usuels (y compris la vente !), qui restent donc régis en principe par les dispositions du Code civil, même en matière commerciale. Certains contrats trouvent par contre l'essentiel de leur régime dans le Code de commerce (par exemple, les contrats d'assurance et de transport), bien qu'ils constituent souvent des contrats civils dans le chef de l'une des parties. Parfois, enfin, il existe des réglementations distinctes en droit civil et en droit commercial, comme pour le gage, mais

les différences restent assez bien limitées.

Deux distinctions importantes doivent cependant être relevées au niveau de la théorie générale.

00.41 - Preuve des contrats commerciaux.

En droit, ce qui ne peut se prouver est censé ne pas exister. Or, la preuve des contrats civils est très rigoureusement réglementée, notamment par l'exigence d'un acte écrit dès que le contrat porte sur un montant supérieur à 3.000 frs (cfr. infra, n° 02.4). Cette exigence est absente pour les contrats commerciaux pour lesquels la preuve de leur contenu et des obligations respectives peut se faire par toutes voies de droit, y compris par témoignages et par présomption.

00.42 - Solidarité des co-débiteurs commerciaux.

Lorsque plusieurs débiteurs sont tenus ensemble de l'exécution d'une obligation conventionnelle, leur dette est, en principe, divisible, en sorte que chacun n'est tenu que pour sa part. Pour les contrats commerciaux, une règle traditionnelle veut que ce principe soit renversé. Sauf clause contraire, les co-débiteurs commerciaux sont tenus solidairement, en sorte que leur créancier peut réclamer la totalité de sa créance au débiteur de son choix (cfr. infra, n° 03.42).

00.5 Contrats de droit privé et contrats administratifs.

Parmi les modes d'action de l'administration, le contrat occupe une place privilégiée. Ici encore, le droit des obligations n'est pas absolument écarté, mais le contrat

se caractérise par la nature particulière du cocontractant, puissance publique, et la finalité de l'opération, le bien public. Ces caractères justifient certaines règles spécifiques.

On distingue généralement les contrats "de l'administration" qui ne se différencient des contrats civils que par la personnalité administrative d'une des parties contractantes, et les contrats "administratifs" où la puissance publique contractante conserve des prérogatives liées aux exigences du bien public, sous forme de dérogations limitées au droit commun qui reste celui du Code civil. C'est dans cette seconde catégorie qu'il faut classer les marchés publics adjugés par l'état.

Le bien public justifie ainsi des dérogations à la force obligatoire des conventions, telle la possibilité de résilier certains contrats moyennant indemnité. Toutefois, ces exceptions au droit commun ne sont pas généralisées : quand l'administration gère son domaine privé, le droit privé est pleinement applicable. Lorsque l'administration loue un immeuble à un particulier, elle a les mêmes droits et devoirs qu'un particulier.

00.6. - Contrats conclus en considération de la personne du cocontractant.

L'obligation contractuelle, créant un lien de droit entre deux personnes, présente toujours un certain caractère personnel. Parfois, la personne du cocontractant devient essentielle pour la conclusion du contrat. Lorsque tel est le cas, on parle d'un contrat "intuitu personae" où la personne du cocontractant est prise en considération de manière déterminante pour la conclusion du contrat.

Il s'agit le plus fréquemment de contrats de services conclus avec des spécialistes (médecins, avocats, architectes, artistes, etc.). Celui qui confie une tâche à un spécialiste dont il apprécie les qualités personnelles ne conclut un accord que pour obtenir de son cocontractant une exécution personnelle.

Il n'existe pas de relevé juridique exhaustif des contrats intuitu personae. Le cas échéant, il appartiendra au juge d'apprécier souverainement la nature de la convention qui lui serait soumise. De manière générale, tous les actes à titre gratuit sont censés être conclus en considération de la personne du cocontractant.

Le caractère intuitu personae ne s'étend pas nécessairement à toutes les parties au contrat. Ainsi, un contrat de société est généralement intuitu personae à l'égard de tous les cocontractants, alors qu'un contrat de mandat n'est intuitu personae que dans le chef du mandataire et qu'un contrat d'entreprise ne l'est que dans le chef de l'entrepreneur.

Les contrats conclus en considération de la personne du cocontractant ont des effets propres rattachés à leur nature même.

a- Par exception à la règle qui veut que l'erreur sur la personne n'est pas une cause d'annulation des contrats, celle-ci est cependant admise lorsque la considération de la personne est la cause principale de la convention. Les contrats intuitu personae sont donc annulables en cas d'erreur sur la personne. Il s'agit, certes, d'une nullité relative (cf. infra, n°s 01.11 et 01.52) qui ne peut être invoquée que par celui qui s'est trompé.

b- Les contrats intuitu personae ne sont pas susceptibles d'être transmis aux héritiers. Le décès du cocontractant, dont la personne était déterminante pour l'existence du contrat, met fin à la convention. Lorsque la nature intuitu personae du contrat est unilatérale, seul le décès de celui dont la personne était déterminante entraîne la disparition du contrat.

c- Lorsqu'une obligation est intuitu personae, le créancier peut refuser qu'un tiers exécute la prestation à la place du débiteur. Inversement, on ne peut admettre la cession d'une créance intuitu personae (cf. infra, n° 06.51).

007. - Autres types de contrat.

Le droit positif connaît d'autres distinctions que celles précédemment évoquées, mais dont l'intérêt paraît toutefois plus secondaire. Quoiqu'il en soit, la variété des conventions conclues par le fait de l'autonomie de la volonté ne permet pas d'être exhaustif. Les cas-limites sont d'ailleurs nombreux par rapport à la typologie existante.

On peut encore relever ici quelques distinctions classiques en rappelant que nous examinerons plus loin (cf. infra, n° 02.1) les contrats consensuels solennels et réels ainsi que les contrats d'adhésion ou de gré à gré.

Un contrat commutatif est un contrat à titre onéreux où les avantages réciproques sont susceptibles d'être évalués dès la conclusion du contrat. Il se distingue du contrat aléatoire qui est un contrat à titre onéreux où, par contre, le rapport entre les avantages respectifs des parties ne peut être connu au départ, car une ou plusieurs des prestations dépendent de la survenance d'un événement incertain : tel est, notamment, le contrat d'assurance ou de rente viagère.

On distingue aussi le contrat instantané dont les obligations s'exécutent en une seule fois du contrat successif dont les obligations s'exécutent dans la durée. Ainsi, la vente est, généralement, un contrat instantané alors que le bail est un contrat qui s'exécute nécessairement dans la durée.

On relevera encore que certaines conventions sont directement causées par d'autres conventions : c'est le cas du contrat accessoire dont l'existence dépend du contrat principal auquel il est lié. On ne peut concevoir qu'un contrat d'hypothèque ou de gage puisse subsister si le contrat, dont il est la sûreté, prend fin.

01. - CONDITIONS DE VALIDITE.

L'article 1108 du Code civil énonce que quatre conditions sont essentielles : pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement et une cause licite dans l'obligation.

01.1 - Consentement.

01.10 - Généralités.

Le contrat est fondamentalement un accord de volontés, un échange de consentements en vue de créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. Le consentement des cocontractants prend naturellement une importance essentielle pour l'existence légale ou la validité d'une convention.

La première caractéristique requise de cet acte de volonté est l'intention de vouloir s'engager juridiquement. Cette intention est essentielle à l'existence légale des conventions. Manifestement, tous les accords de volonté auxquels donnent lieu les rapports sociaux ne sont pas des contrats. L'on s'entend régulièrement sur toutes sortes de choses avec des parents, des amis ou des tiers, sans avoir la moindre intention de produire des effets juridiques. Dans de nombreuses situations, les partenaires n'ont aucune intention de s'obliger juridiquement.

Les frontières entre les accords contractuels et les accords situés en dehors du droit sont cependant imprécises. L'intention de créer des effets juridiques est souvent implicite, ce qui peut susciter des difficultés d'interprétation. Notre système juridique semble cependant plus enclin que d'autres à reconnaître un caractère contractuel aux accords de volontés.

Un problème connexe, mais distinct, est celui de savoir si des parties à un accord normalement contractuel peuvent délibérément convenir de se situer en dehors du droit. La pratique n'est pas exceptionnelle dans la vie des affaires. Des entreprises qualifient parfois leurs accords de "gentlemen's agreements", renonçant par là à toute possibilité de recours d'ordre juridique en cas d'inexécution. Les parties s'engagent sous la seule contrainte de l'honneur. La jurisprudence récente admet de tels procédés et refuse un recours judiciaire contractuel au créancier d'un tel engagement.

Il n'existe de contrat valable que si les cocontractants concluent un accord relatif à une ou plusieurs obligations permettant à l'un d'exiger de l'autre, le cas échéant par la contrainte judiciaire, une prestation ou une obtention. Cette condition est un préalable à l'existence du contrat.

Ce préalable étant acquis, les consentements des partenaires se rencontrent sur une base extrêmement libre : celui de l'autonomie de la volonté qui est un principe selon lequel, en matière contractuelle, la volonté des cocontractants est toute puissante : les individus sont libres de régler comme ils l'entendent leurs intérêts particuliers, en donnant à leurs conventions l'objet qu'ils souhaitent, selon des modalités qu'ils déterminent, et pour une cause qu'ils ont librement appréciés chacun en ce qui le concerne. Les parties au contrat conviennent ce que bon leur semble.

Les parties peuvent élaborer un contrat *sui generis* (cf. supra, n° 00.3.) ou choisir un contrat régi par la loi. S'ils choisissent un contrat réglementé, ils restent libres de l'aménager librement et de déroger à volonté aux dispositions légales. La loi n'est destinée à intervenir que dans le silence des parties. Si je veux céder mon livre à mon voisin, je peux le lui donner, le lui vendre, le lui louer ou imaginer un contrat "*sui generis*". Si je le lui vends, je peux assortir ma vente, de toutes clauses, modalités ou conditions que j'estime utiles. On peut, ainsi, organiser une vente de manière très différente à propos du

transfert de la propriété, des conditions de livraison ou de paiement du prix, de l'obligation de garantie, etc... On peut aussi se contenter de fixer le prix et le moment de la livraison, et faire référence implicitement aux dispositions légales pour le surplus. Tout m'est possible, si ja m'accorde avec mon cocontractant.

La volonté est l'élément fondamental du contrat. On n'est lié que par ce qu'on a voulu et parce qu'on l'a voulu. Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter. Cette libre volonté est autonome : elle crée, et elle crée seule, le contrat et ses effets.

Il est évident qu'un principe aussi absolu appelle des exceptions. On a compris progressivement que cette liberté contractuelle était fondée sur une égalité illusoire qui pouvait favoriser l'exploitation de l'homme par l'homme. Diverses atténuations du principe sont apparues dès 1804.

Deux limites fondamentales ont été énoncées par l'article 6 du Code civil : "on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs". Sous peine de nullité, l'autonomie de la volonté ne peut engendrer d'obligations contractuelles qui seraient contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

Ces limites ont trouvé un prolongement dans les nombreuses lois impératives qui freinent le libre cours de l'autonomie de la volonté. De telles législations se sont multipliées au cours des dernières décennies : lois sur les ventes à tempérament, sur les baux à ferme, sur les baux commerciaux, sur les pratiques du commerce, etc... Alors que les dispositions que le Code civil consacre aux contrats usuels sont en général supplétives, les parties pouvant aménager différemment leurs relations, les réglementations impératives, au contraire, ne peuvent être l'objet de dérogations conventionnelles. Le législateur poursuit ici des buts divers, mais il s'agit le plus souvent de protéger les cocontractants économiquement faibles.

Dans certains cas, le législateur est même intervenu pour interdire de contracter ou de contracter selon certaines modalités. Dans ce sens, la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce contient diverses dispositions très strictes, et interdit, notamment, la vente à perte ou la vente avec primes.

Dans d'autres cas, il y a obligation de contracter. Ainsi, tout propriétaire d'une automobile mise en circulation sur la voie publique doit obligatoirement souscrire une assurance de responsabilité civile. Celui qui engage du personnel au service de son entreprise doit contracter une assurance contre les accidents de travail. L'administration des chemins de fer est obligée de transporter voyageurs et marchandises ; dans certaines circonstances, la loi condamne le "refus de vendre" dans le chef d'un commerçant.

D1.11 - Erreur.

Il peut apparaître après la conclusion du contrat que le consentement, quoique donné, n'a pas été réprimé en pleine connaissance de cause. L'un des cocontractants peut s'être engagé par erreur. C'est l'objet de l'article 1110 du Code civil.

Deux règles fondamentales régissent l'attitude du droit positif à cet égard. D'une part, seule une erreur substantielle, ayant déterminé principalement le consentement de celui qui s'est trompé, peut mettre en cause la validité du contrat. D'autre part, cette erreur ne peut justifier l'annulation du contrat que si elle est excusable, c'est-à-dire non imputable à une faute que n'aurait pas commise un contractant normalement diligent et prudent.

L'erreur substantielle doit porter sur la chose qui fait l'objet du contrat. Elle vise aussi également l'erreur sur les qualités substantielles de la chose. La possibilité de construction sur un terrain à bâtir, l'authenticité d'un tableau ou la date de fabrication d'un véhicule d'occasion sont des exemples typiques de qualités substantielles qui, en cas d'erreur, peuvent justifier l'annulation du contrat.

A l'erreur substantielle, la jurisprudence belge assimile les erreurs-obstacles, hypothèses où il y a plus qu'un simple vice de consentement. C'est le cas de l'erreur qui porte sur la nature même du contrat ou sur l'identité de l'objet de l'obligation : l'un croit acheter alors que l'autre croit louer ; l'un croit acheter tel objet alors que l'autre croit vendre tel autre. Il n'y a pas ici de réel consentement, mais plutôt un malentendu. On y assimile généralement l'erreur sur le prix, ou plus précisément, l'erreur sur la monnaie. L'un croit que le prix est fixé en francs français, alors qu'il l'est en francs belges. Cette erreur n'est pas à confondre avec l'erreur sur la valeur.

L'erreur sur la valeur n'est pas considérée comme substantielle : il n'y a pas d'erreur sur l'objet convenu ou sur ses qualités déterminantes, mais seulement ^{sur} son appréciation économique. Cette erreur sur la valeur rejoint le problème de la lésion qui, en principe, n'influe pas sur la validité du contrat. Sauf cas particuliers (cf. infra, n° 01.53), la disproportion qui peut exister entre les prestations des parties n'est pas une cause de nullité des conventions.

De même, l'erreur sur les mobiles ou les motifs des cocontractants est également inopérante dans la mesure où elle ne porte pas sur la substance de la chose qui fait l'objet de la convention ou sur une de ses qualités substantielles. Les motivations personnelles des parties n'entrent pas en considération pour l'admission de l'erreur comme vice de consentement. Les parties contractantes peuvent cependant donner à leur motivation un caractère essentiel ou en faire une condition résolutoire.

De manière plus générale, le droit positif écarte du domaine des conditions de validité des conventions toutes les erreurs vénielles qui n'ont pas un caractère suffisamment substantiel et déterminant.

- 24 -

Dans la plupart des cas, l'erreur sur la substance porte sur la prestation du cocontractant, mais il n'en est pas nécessairement ainsi. En effet, l'erreur d'un contractant sur sa propre prestation est possible. Par exemple, celui qui croit vendre une copie, alors qu'il s'agit d'un original, pourra éventuellement obtenir une annulation.

En principe, l'erreur ne doit pas être partagée par les deux parties. Cependant, s'il s'agit d'une erreur sur une qualité substantielle, celle-ci ne justifie l'annulation que si elle est généralement considérée comme substantielle par un contractant normal. Lorsque la qualité est exceptionnellement considérée comme substantielle, le cocontractant doit être informé du caractère déterminant que l'autre partie donne à cette qualité.

L'erreur de droit substantielle peut aussi être prise en considération . La règle selon laquelle "nul n'est censé ignorer la loi" ne peut être invoquée. Cette règle a pour portée de rendre la loi applicable même à celui qui l'ignore, mais elle ne fait pas obstacle à ce que cette ignorance puisse être constitutive d'un vice de consentement.

Par contre, et bien que le contrat crée un lien de droit personnel, l'erreur sur la personne du cocontractant n'est pas admise, en principe, comme cause de nullité, sauf dans les contrats conclus en considération de la personne du cocontractant (cf. supra, n° 00.6). Pour être reçu comme cause de nullité, l'erreur sur la personne nécessite que celle-ci ait été considérée comme déterminante en raison de son identité ou de ses qualités.

Cependant, quelle que soit l'erreur invoquée ou son importance, elle ne justifie l'annulation du contrat que dans la mesure où elle n'est pas inexcusable dans les circonstances concrètes de l'espèce. Pour apprécier le caractère inexcusable de l'erreur, on se réfère à l'attitude qu'aurait eu normalement un homme raisonnable considéré de manière concrète. La jurisprudence, a, par exemple, refusé d'annuler l'indemnisation faite à tort par une compagnie d'assurance qui s'était trompée sur l'application en l'espèce de la législation

sur la réparation des accidents du travail. Dans le chef d'une entreprise spécialisée en la matière, une telle erreur de droit a été jugée inexcusable.

D'autre part, quelle que soit l'importance de l'erreur, celle-ci, à l'instar des autres vices de consentement, n'entraîne pas la nullité de plein droit de l'accord. Dans la mesure où l'erreur ne concerne que des intérêts privés, il s'agit d'une nullité relative. L'action en annulation n'appartient qu'à celui des cocontractants qui s'est trompé.

Celui qui s'est trompé doit prouver l'existence de l'erreur qu'il invoque. Sa preuve peut être rapportée par toutes voies du droit. Il faut prouver que l'erreur entre dans une catégorie retenue par la loi ou la jurisprudence, et qu'elle a déterminé le consentement. Celui qui sollicite le maintien du contrat a la charge de prouver le caractère éventuellement inexcusable de l'erreur, pour autant que celle-ci ait été établie au préalable par celui qui l'invoque.

Si l'erreur peut être imputée à une faute du cocontractant, la victime de l'erreur pourra non seulement obtenir l'annulation, mais aussi des dommages-intérêts si cette faute lui a causé un dommage.

Enfin, puisque la nullité est un moyen de protection de celui qui s'est trompé, celui-ci peut toujours confirmer l'acte annulable après la découverte du vice (cf. infra, n° 01.52).

01.12 - Dol.

Le dol, régi par l'article 1116 du Code civil, est un vice du consentement provoqué par le cocontractant. Il consiste en des manoeuvres ou des procédés qui amènent le partenaire à contracter. On fait croire à des caractéristiques ou à des avantages imaginaires. La conséquence du dol est une erreur. Le partenaire contracte parce qu'il a été trompé. On ne confondra pas cependant l'erreur et le dol. Si le dol induit en erreur, il s'en distingue par son origine caractéristique : il est provoqué par les manoeuvres du cocontractant.

Le dol que l'on considère est relatif à la formation du contrat . Le dol est aussi concevable dans l'exécution, mais c'est alors un autre problème, assorti d'autres sanctions (résolutions, dommages et intérêts, etc...). Ici, la sanction est en . la nullité : c'est la sanction d'un vice de la formation.

Le dol civil ne se confond pas avec le dol criminel, qui correspond à l'intention de commettre une infraction. Les manoeuvres dolosives ne se confondent pas non plus avec les conditions plus exigeantes requises pour constituer le délit d'escroquerie.

Pour qu'il y ait dol, il faut des manoeuvres, qui impliquent un élément matériel et un élément intentionnel.

L'élément matériel est un fait, une déclaration, un comportement, une mise en scène, voire même des réticences. Un silence peut être dolosif dans la mesure où certaines choses doivent être révélées. Cacher au vendeur l'existence d'un riche gisement dans son terrain ou dissimuler une dette importante au cours d'une négociation relative à la reprise d'actions dans une société ont été considérées comme des silences constitutifs de dol. La considération des réticences dolosives se développe surtout dans le chef des vendeurs professionnels, envers lesquels la jurisprudence se montre particulièrement sévère dans l'appréciation de leurs devoirs d'information.

Un élément intentionnel est également nécessaire pour qu'il y ait dol. Il faut une intention de tromper.

L'appréciation des manoeuvres dolosives évolue. On écarte généralement le "dolus bonus" qui fait référence aux honiments des marchands. Il est fréquent qu'un vendeur flatte exagérément les qualités de sa marchandise. Il en va ainsi du savon qui lave "plus blanc que neige" ou de tel appareil "inusable". On présume que de telles publicités n'abusent personne. On peut cependant passer progressivement à un stade qui quitte le dolus bonus. En vue de protéger le consommateur, une tendance très nette se manifeste dans le sens

du renforcement des exigences de sincérité, notamment en matière de publicité. Mais l'action actuelle du législateur s'exerce davantage au niveau de la réglementation sur les pratiques de commerce que dans le cadre des vices de consentement.

L'annulation pour cause de dol n'implique pas seulement des manoeuvres dolosives, il faut, en outre, et sans préjudice de l'application des règles d'annulation pour cause d'erreur, que ces manoeuvres émanent du cocontractant. On ne tient pas compte ici du dol d'un tiers qui reste indifférent à l'appréciation de la validité du contrat. Le contrat restera valable, quitte à ce que la victime exerce un recours en dommages et intérêts contre le tiers.

Toutefois, la jurisprudence considère que le contrat est annulable si le tiers a été le complice du cocontractant, ou si celui-ci a profité consciemment de ses manoeuvres dolosives. Une règle traditionnelle veut également qu'en cas de libéralité, le dol du tiers puisse aussi être pris en considération.

Par ailleurs, le dol du tiers pourra donner lieu à l'annulation du contrat si ce dol a provoqué dans le chef de celui qui en a été victime une erreur suffisamment substantielle. La nullité procédera dans ce cas de l'erreur en tant que telle.

On ne confondra pas le dol du tiers avec celui du représentant : le dol de celui-ci permet l'annulation car juridiquement ce n'est pas un tiers. Le représentant agit au nom et pour compte du cocontractant, en sorte que ses manoeuvres dolosives engagent directement son mandant. La solution est retenue même si le représentant a recouru de sa propre initiative aux pratiques dolosives.

Pour justifier une remise en cause du contrat, les manoeuvres du cocontractant doivent enfin avoir déterminé le consentement. Un vendeur a cru bon de me faire miroiter les qualités imaginaires d'un objet que je

comptais de toute façon acheter : son dol n'a pas déterminé la conclusion du contrat, et ne peut, en conséquence, justifier une annulation.

On appréciera le caractère déterminant in concreto, selon les circonstances, et selon les capacités de la victime. L'âge, l'expérience, la formation intellectuelle, la profession sont autant de critères parmi d'autres qui permettent d'apprécier dans quelle mesure le cocontractant a réellement pu être trompé par les manoeuvres dolosives.

La jurisprudence a introduit une distinction entre le dol principal, qui a déterminé le consentement, et le dol incident, qui a seulement fait contracter le partenaire à des conditions moins avantageuses. Comme le Code civil ne retient que le dol principal, le dol incident n'a d'autres conséquences que l'octroi éventuel de dommages-intérêts.

Lorsque les conditions du dol principal sont réunies et que les manoeuvres du cocontractant ont donc déterminé son partenaire à contracter par suite de l'erreur ainsi provoquée, la victime du dol peut en demander l'annulation. Elle peut aussi renoncer à s'en prévaloir et confirmer l'acte annulable.

Le dol principal donne lieu à une action en nullité relative, qui ne peut être exercée que par la victime. Celle-ci, pour autant qu'elle prouve un préjudice, peut obtenir, en outre, des dommages-intérêts.

En cas de dol incident, ceux-ci apparaissent comme la seule réparation possible, et cela peut équivaloir, en fait, à une réduction de prix.

Comme la mauvaise foi ne se présume pas, il appartient à celui qui invoque le dol de le prouver en établissant les différentes conditions requises. La charge de la preuve repose ainsi entièrement sur la victime.

01.13 - Violence.

La violence est un des plus anciens vices du consentement. Il est aussi celui dont le législateur de 1804 s'est le plus préoccupé puisqu'il y a consacré cinq articles (art. 1111 à 1115). Cependant, le terme de violence est plutôt mal choisi. La violence physique directe est une violence "obstacle". Si quelqu'un contraint physiquement la main de son partenaire à signer le contrat, il n'y a pas de consentement.

La violence qui vicie le consentement ne réside pas en fait dans la violence elle-même, mais dans la crainte ou la menace inspirée à une partie pour la contraindre à contracter.

La violence peut consister en des menaces de violence physique (atteinte à l'intégrité corporelle), matérielle (atteinte aux biens), ou morale (par exemple, menace de chantage ou de diffamation).

Pour être prises en considération, ces menaces doivent répondre à diverses caractéristiques :

a) Elles doivent faire craindre "un mal considérable et présent". Les menaces doivent être suffisamment graves. Une menace anodine n'influence pas la validité du consentement. Par contre, contrairement à ce qu'on pourrait déduire de l'article 1112 du Code civil, le mal ne doit pas être immédiat : c'est la crainte qui doit être présente. Celle-ci doit faire craindre un mal qui soit de nature à faire impression sur une personne raisonnable. On tient compte pour l'appréciation de ce critère de la condition de la personne menacée, c'est-à-dire de son âge, de sa formation, de ses capacités, de son sexe et de tout autre élément concret d'appréciation.

b) La menace doit être dirigée contre la personne ou la fortune du cocontractant ou d'un proche parent. En principe, la menace ne constitue pas une cause d'annulation si elle est dirigée contre d'autres personnes. La jurisprudence a tendance, cependant, à étendre cette conception restrictive lorsqu'elle constate un lien d'affection suffisant entre le cocontractant victime des menaces et la personne qui en est l'objet.

c) Pour pouvoir justifier l'annulation du contrat, la violence doit être le fait d'une personne, soit du cocontractant, soit d'un tiers. Contrairement au dol, la violence est un vice du consentement même lorsqu'elle émane d'un tiers. Dans ce cas, le cocontractant victime de l'annulation pourra se joindre à son partenaire menacé pour réclamer des dommages-intérêts au tiers responsable.

En principe, la contrainte ou la menace qui émane seulement des circonstances n'influe pas sur la validité des conventions. Toutefois, la jurisprudence, dans certains cas d'espèce, et le législateur, dans des situations plus générales, sont parfois intervenus pour permettre la remise en cause de contrats conclus dans certaines situations de contrainte extrême. Les tribunaux invoquent, notamment, la contrariété aux bonnes moeurs pour les annuler.

d) La menace doit être injuste. A la violence injuste, on oppose la "crainte révérentielle" et la "violence légitime".

La seule crainte révérentielle ne suffit pas pour invoquer un vice de consentement. Il existe, en effet, diverses circonstances où il existe un rapport de respect ou d'autorité entre les cocontractants. Le Code civil vise expressément les relations entre descendants et ascendants, mais la jurisprudence considère également d'autres relations : employeur-employé, officier-soldat, médecin-malade, professeur-élève, etc... On peut imaginer que la personne qui contracte avec celui dont elle dépend se trouve dans une situation telle qu'elle subisse une certaine violence morale. Cette seule crainte révérentielle ne suffit pas à justifier l'annulation pour violence de tout contrat intervenu entre les intéressés. Le contrat ne sera annulable que si la situation a été exploitée abusivement. Ce serait le cas d'un médecin qui obtiendrait de son patient une importante donation. La victime qui prouve un tel abus pourra obtenir l'annulation de la convention.

De même, une violence légitime ne constitue pas un motif d'annulation. Chaque personne peut exercer, pour le respect de ses droits, tous les moyens de contrainte autorisés par la loi. Un créancier peut légitimement menacer son débiteur défaillant de le poursuivre en justice et d'exécuter ses biens. Il peut utiliser cette menace pour se faire consentir des garanties supplémentaires. Mais il ne peut profiter de sa position de force pour se faire consentir des avantages anormaux, par exemple, la conclusion d'un nouveau contrat à des conditions usuraires. Il abuserait ainsi de l'exercice de ses droits et le débiteur pourrait alors agir en nullité pour violence.

e) Enfin, et cette condition n'est pas la moindre, il faut que les menaces aient déterminé le consentement de celui qui en a été victime. Si elles ne l'ont pas ou guère influencé, elles restent sans effet sur sa validité.

A l'instar des autres vices du consentement, le contrat conclu par violence n'est pas nul de plein droit.

Le cocontractant victime de la violence dispose seul de l'action en nullité. Comme titulaire de cette action, il doit apporter la preuve des menaces dont il a été victime et de leur caractère déterminant. Il peut le faire par toutes voies de droit.

01.14 - Concordance des consentements.

Les consentements librement et consciemment exprimés ne forment le contrat que par leur rencontre concordante. Entre les premiers contacts informels entre les futurs cocontractants et la conclusion du contrat, la rencontre de leurs volontés peut suivre un chemin aux détours complexes.

L'échange des consentements qui donne naissance au contrat ne présente souvent aucune difficulté. L'achat d'un journal se conclut - et s'exécute - en l'espace de quelques secondes. Toutefois, la vie moderne

révèle une tendance à la conclusion d'opérations de plus en plus complexes. Un contrat portant que la construction d'un ensemble industriel est précédé de négociations pouvant durer des années. Des opérations moins exceptionnelles comme la conclusion de contrats avec un entrepreneur à qui l'on demande de construire un immeuble, ou avec une société pétrolière pour assurer l'approvisionnement régulier de mazout et l'entretien d'une installation, peuvent aussi prendre un certain temps avant d'aboutir à un accord.

Or, la durée des pourparlers ou des négociations suscite plusieurs questions. A quel instant le contrat prend-il naissance ? Les négociateurs n'assurent-ils aucune obligation juridique avant la conclusion même du contrat ? De tels problèmes apparaissent dans l'étude des pourparlers, de l'offre et de l'acceptation.

Par ailleurs, les négociations entre les futurs contractants sont souvent éclipsées par le renvoi à des conditions générales et la pratique des contrats d'adhésion.

Enfin, la technique de la représentation soulève elle aussi diverses questions relatives à la réalisation de l'accord.

01.141 - Pourparlers.

Les pourparlers constituent une phase préliminaire et facultative à la conclusion d'un contrat, au cours de laquelle les parties négocient les conditions auxquelles l'objectif commun pourrait faire l'objet d'un accord de volontés. Il n'y a pas encore de contrat, mais seulement des propositions et des contre-propositions destinées à jeter progressivement les bases de l'accord.

a) Effets juridiques généraux.

L'ouverture des pourparlers n'engage pas à contracter. Chacune des parties garde le droit de rompre. Ce droit est intimement lié à l'économie de marché, puisqu'il permet de faire jouer la concurrence entre les cocontractants potentiels.

Il s'agit toutefois, de ne pas abuser de son droit. Celui qui entamerait une négociation sans aucune intention de contracter, mais aux seules fins de satisfaire sa curiosité ou de découvrir les secrets d'affaire de son partenaire engagerait sa responsabilité délictuelle. Il tromperait son adversaire sur son intention réelle, ce qui pourrait donner lieu à une réclamation de dommages et intérêts, sur base de l'art. 1382 C.civ. Si quelqu'un se présente chez un vendeur pour discuter des conditions d'un achat éventuel et procéder à des essais, il n'est pas obligé d'acheter. Toutefois, s'il n'a absolument aucune intention d'acheter, il commet une faute qui peut justifier sa condamnation à des dommages et intérêts. L'ouverture et la conduite des pourparlers exige la bonne foi dans les intentions des parties. En ce sens, elle engage leur responsabilité.

La complexité de la négociation peut atteindre des proportions considérables. L'évolution des besoins et des techniques engendre la réalisation de marchés et de travaux d'une ampleur inconnue dans le passé.

On citera à titre d'exemples, les accords relatifs à la construction d'usines clef sur porte, à la production intégrée d'avions civils ou militaires, à la prospection ou à l'extraction de produits du sous-sol terrestre ou marin, à l'approvisionnement à long terme d'entreprises en matières premières, au transfert, à l'échange ou à l'exploitation en commun de technologies nouvelles. La structure juridique de telles opérations est nécessairement très élaborée. Elle repose souvent sur un ensemble de contrats interdépendants, aux clauses multiples et complexes. La négociation de tels contrats peut prendre des années : études préalables, obtention des concours nécessaires de la part de tiers, par exemple sur les plans du financement, de l'assurance, de l'approvisionnement en amont et des débouchés en aval, obtention des autorisations gouvernementales éventuellement requises, mise au point progressive des différents aspects de l'accord entre parties : spécifications, délais d'exécution et de livraison, établissement du prix, clauses de révision ou d'imprévision, garanties de bon fonctionnement, arbitrage des différends, etc... Il n'est pas rare que les discussions se prolongent au-delà du début de l'exécution du contrat, l'urgence du projet incitant

les parties à entamer sa réalisation avant la mise au point des textes contractuels.

L'ampleur que prennent les négociations développe les exigences de la bonne foi. Celles-ci croissent avec l'état d'avancement des pourparlers. L'obligation générale de négocier de bonne foi implique divers devoirs lorsque la négociation se prolonge durant plusieurs semaines, voire plusieurs mois : informer correctement le partenaire des éléments d'appréciation pertinents, s'abstenir de toute proposition manifestement inacceptable devant nécessairement entraîner l'échec des pourparlers, ne pas prolonger la négociation en entretenant de faux espoirs dans le chef du partenaire lorsque la décision de rompre a été prise, etc...

Corrélativement, l'appréciation de la faute devra aussi subir une certaine évolution. Tel comportement, admissible au début de la négociation, ne le sera plus lorsque les parties seront presque arrivées au terme de leurs discussions. Toute légèreté de comportement doit être sévèrement appréciée lorsque les partenaires ont consacré des études, des recherches, des démarches et de longs moments de négociation à la perspective d'un contrat.

b) Les accords de principe et les lettres d'intention.

Au cours de la gestation prolongée de certaines conventions, les négociateurs ressentent souvent le besoin de mettre au point une série de documents préparatoires, par exemple pour annoncer au départ objectifs des pourparlers entrepris, pour faire en cours de route le bilan des résultats déjà acquis, pour préciser certains aspects de la procédure de négociation, pour consacrer l'accord sur l'essentiel une fois qu'il est obtenu, certains détails restant à régler, pour faire savoir à des tiers dont le concours est sollicité quels sont l'objet et les perspectives de la négociation en cours, etc. Parfois, ce sont ces tiers qui, à la demande de l'une des parties, fournissent l'assurance écrite de leur collaboration éventuelle, à l'intention de l'autre partie. De tels documents portent fréquemment le nom de "lettres d'intention" ou "d'accords de principe".

Le statut de ces documents reste encore très incertain. Il semble que les auteurs de ces lettres estiment souvent qu'elles ne les obligent encore à rien. A travers la très grande diversité des situations et des formules employées se dégage cependant l'impression que certaines lettres d'intention, ou certaines clauses contenues dans ces lettres, pourraient déjà créer des obligations juridiques, de nature contractuelle, dans le chef des signataires. Il ne s'agit évidemment pas encore des obligations qui résulteront du contrat faisant l'objet de la négociation, contrat qui reste à conclure, mais d'engagements contractuels relatifs à la poursuite des pourparlers eux-mêmes, d'une sorte de "contrat de négociation". L'objet d'un tel contrat varierait selon le stade des pourparlers où la lettre d'intention intervient. Une première intention commune de rechercher un accord exprimé au départ ne peut impliquer que l'obligation de se rencontrer, et d'amorcer la négociation avec une attitude constructive. Mais lorsque la discussion est engagée, et qu'elle commence à déboucher sur certains résultats, une lettre d'intention qui constate l'accord déjà acquis sur ces résultats paraît impliquer l'obligation de ne plus les remettre en cause, sauf dans la mesure qui serait rendue nécessaire par la suite des pourparlers ou par l'évolution des négociations complémentaires avec un tiers. Plus elle intervient à un stade proche de l'issue des pourparlers, plus la lettre d'intention oblige à tenir pour acquis les résultats antérieurs de la négociation dont elle dresse le bilan. L'obligation semble atteindre son plus haut degré d'intensité lorsque la lettre d'intention autorise déjà le début de l'exécution du contrat non encore conclu. Toutefois, ces solutions sont encore loin d'être fermement établies.

La difficulté principale du problème réside dans le fait que le phénomène de la lettre d'intention n'est guère aperçue par les règles classiques de la formation des contrats. Le droit traditionnel s'est construit à partir de l'observation des contrats très simple de la vie courante, dont la formation est le plus souvent instantanée.

Après la conclusion du contrat, les lettres d'intention seront susceptibles de concourir à l'interprétation du contrat, à titre de "travaux préparatoires". Les parties peuvent être attentives à la question lors de la rédaction du contrat définitif, soit en prévoyant que les documents antérieurs s'incorporeront au contrat, soit au contraire en stipulant que les clauses du contrat définitif annulent et remplacent tout ce qui a pu précéder.

c) Les promesses de contrat.

Les pourparlers peuvent déboucher sur une "promesse de contrat". Précédant le contrat définitif, la promesse de contrat constitue elle-même un engagement contractuel à part entière. Son objet est d'obliger à la conclusion d'un contrat définitif, dont tous les éléments font déjà l'objet d'un accord. Lorsque la promesse est bilatérale, elle est déjà, en soi, un accord de volontés qui oblige les parties. Compte tenu du principe du consensualisme (cf. infra, n° 02.1), la promesse de contrat bilatérale se confond le plus généralement avec le contrat lui-même.

Lorsque la promesse n'est qu'unilatérale, elle n'oblige que celui qui l'a faite. Le promettant s'oblige à contracter si son partenaire lève l'option. Une telle promesse ne se confond pas avec une offre de contracter, car elle constitue déjà un contrat alors qu'une offre est un acte purement unilatéral.

La promesse de contrat ne peut être révoquée unilatéralement. Le bénéficiaire conserve la possibilité d'accepter le contrat tant que la promesse est valable, selon l'accord intervenu entre le promettant et le bénéficiaire. La promesse fait naître ainsi deux périodes : la période d'option durant laquelle le bénéficiaire de la promesse a la faculté de faire exécuter la promesse, et la période de réalisation qui suit la mise en oeuvre de la promesse par le bénéficiaire : si le contrat est consensuel, il vient immédiatement à existence et se substitue à la promesse de contrat.

01.142 - Offre.

L'offre est une proposition contractuelle complète, à laquelle il suffit d'ajouter l'adhésion du destinataire pour que le contrat soit conclu. Elle est irrévocable dès qu'elle est parvenue à son destinataire, durant un délai fixé, ou, à défaut, durant un délai raisonnable.

L'offre peut s'exprimer de manières très variées : par la parole, par un écrit, mais aussi par une attitude (exposition d'une marchandise en vitrine, taxi en stationnement) ou par un procédé mécanique (distribution automatique). L'offre n'est pas plus formaliste que le contrat lui-même (cf. infra, n° 02.1).

Dans de nombreux cas, l'offre n'est pas destinée à une personne déterminée, mais elle s'adresse à tous. Ce sont les offres publiques. Le commerçant qui expose ses prix et ses produits en vitrine ou le particulier qui met une annonce suffisamment détaillée dans un journal font des offres publiques. Toute personne peut se constituer cocontractant par son acceptation.

- L'offre, qui est un acte unilatéral, ne se confond ni avec une promesse de contrat qui est déjà une convention, ni avec une simple proposition par laquelle celui qui la formule n'offre pas encore de contracter.¹ Les propositions et contre-propositions que les parties peuvent échanger lors des négociations se révèlent par leur caractère imprécis ou partiel par rapport à ce qui constituera le contrat définitif.

On est en présence d'une offre que lorsque la négociation est à un point tel que l'une des parties peut faire à l'autre une proposition contractuelle complète : elle invite son partenaire à contracter sur des bases entièrement déterminées (ou déterminables), auxquelles il ne manque plus que l'accord de l'autre pour que le contrat soit parfait. Il n'y a plus qu'à dire oui. A ce moment, l'élaboration du contrat atteint une étape décisive. L'un des partenaires récapitule l'ensemble des conditions auxquelles il est disposé à contracter, en sollicitant l'acceptation de son partenaire.

Cette offre peut intervenir après de très longues négociations. Mais pour les contrats très simples, l'offre peut apparaître d'emblée. Il en est ainsi de l'exposition de marchandises dans la vitrine d'un commerçant, avec l'indication du prix, qui constitue une offre de vente.

Dans l'état actuel du droit positif belge, l'offre de contracter engage celui qui l'a émise. Elle n'engage, certes pas encore, au respect des obligations découlant du futur contrat qui reste à conclure. Ce à quoi l'offrant s'oblige, c'est à ne pas révoquer son offre, à la maintenir au profit du destinataire. L'offrant se tient donc prêt à entrer dans les liens du contrat, sans nouvelle manifestation de volonté de sa part, pour le cas où l'offre serait acceptée.

Cependant, on rencontre certaines offres faites "sans engagement". De telles offres se refusent à elles-mêmes toute force obligatoire. Le procédé est valide. La force obligatoire de l'offre résulte de la volonté unilatérale de l'offrant de s'engager. Cette volonté peut être expressément déniée par l'auteur de l'offre. L'offre sans engagement a la même portée que toute autre proposition survenue au cours des pourparlers.

L'engagement de l'offrant peut aussi être assorti de réserves, expresses ou implicites. Il peut offrir des marchandises en vente, mais seulement jusqu'à l'épuisement de son stock. Une telle limite ne met cependant pas en cause le principe de la force obligatoire de l'offre pour celui qui l'émet.

En outre, l'engagement de l'offrant n'est pas éternel. On conçoit que le destinataire de l'offre prenne le temps de réfléchir, mais l'offrant ne peut rester indéfiniment tenu d'attendre la réponse de son partenaire. Après un certain temps il doit pouvoir recouvrer sa liberté, par exemple pour contracter avec un tiers.

a) Si l'offrant est prévoyant, il aura assorti son offre d'un délai, au terme duquel l'offre sera caduque. Dans ce cas, elle n'a d'effet obligatoire que devant le délai stipulé.

b) En l'absence d'une telle indication, la jurisprudence considère que l'offre doit être maintenue pendant un délai "raisonnable", évalué selon les circonstances : éloignement des parties, importance et complexité du contrat, usages, etc...

c) Lorsque la déclaration de volonté est émise à l'intention d'une personne physiquement éloignée de l'auteur de la déclaration, elle n'est efficace qu'au moment de sa réception par son destinataire. Le principe a pour conséquence que l'offre ne revêt sa force obligatoire qu'au moment où elle est reçue par celui à qui elle est adressée. Auparavant, elle peut être librement rétractée. Ainsi, un télégramme peut annuler une offre envoyée par pli ordinaire non encore reçu par le destinataire.

Pendant le délai implicite ou explicite durant lequel l'offre est maintenue, l'acceptation du destinataire forme le contrat, pour autant qu'il s'agisse d'un contrat consensuel (cf. infra, n° 02.1). L'acceptation n'est plus possible lorsque l'offre est devenue caduque en raison de l'expiration du délai. Mais une telle acceptation tardive pourra elle-même constituer une offre nouvelle.

L'acceptation n'est soumise à aucune forme particulière. Comme l'offre, elle peut s'exprimer par une parole, par un écrit, par un geste (introduction d'une pièce de monnaie dans le distributeur automatique), par un comportement (début de l'exécution du contrat). Ces solutions ne font que traduire le principe du consensualisme (cf. infra, n° 02.1).

Des hésitations sont cependant possibles lorsque l'on prétend inférer l'acceptation du simple silence du destinataire de l'offre. Sur base de l'adage populaire "qui ne dit mot consent", peut-on prétendre que le fait de laisser sans réponse une offre qui vous est destinée implique votre acceptation ?

En principe, il faut décider que le silence ne vaut pas acceptation. Il n'y a aucune obligation de réagir à la réception d'une offre. Une volonté peut s'exprimer de multiples façons, mais encore faut-il qu'elle s'exprime.

La jurisprudence reconnaît cependant deux types d'hypothèses où l'acceptation peut résulter du silence. Cette solution exceptionnelle est retenue en premier lieu, lorsque l'offre a été émise dans l'intérêt exclusif du destinataire : par exemple, une offre de délai de paiement, ou une offre de réduction d'un loyer. L'acceptation par le silence est également reconnue dans les cas où ce silence lui-même est "éloquent", "circonstancié" compte tenu des relations posées entre parties. C'est le cas si quelqu'un commande chaque mois des matières premières à un fournisseur, qui satisfait régulièrement à mes demandes. Si ce fournisseur reçoit une nouvelle commande qu'il ne désire plus, cette fois, honorer, il doit le faire savoir, c'est-à-dire refuser explicitement l'offre ; en effet, compte tenu des relations qui se sont instaurées entre parties, il est devenu légitime de considérer son silence comme une nouvelle acceptation.

Si l'acceptation n'est soumise à aucune forme particulière, elle doit néanmoins correspondre à l'offre. Le contrat se conclut par l'accord de deux volontés concordantes : l'acceptation ne peut donc être qu'une adhésion complète au contenu de l'offre.

L'acceptation conditionnelle ou assortie de réserves ("j'accepte, à condition que vous modifiez votre prix") n'est pas une véritable acceptation. Le contrat ne peut se former si l'offre initiale n'est pas acceptée telle quelle. Mais de prétendues acceptations, partielles ou conditionnées, peuvent équivaloir à de nouvelles offres si elles en présentent elles-mêmes les caractéristiques.

La rigueur de ces dernières solutions est parfois tempérée par la jurisprudence lorsque la divergence entre l'offre et l'acceptation ne porte que sur des points mineurs.

01.143 - Moment de la conclusion du contrat.

Le contrat se forme au moment où l'offre est acceptée. Lorsque les deux contractants sont présents, la question ne suscite aucune difficulté. Par contre, lorsque le contrat est conclu par correspondance ou par un mode analogue, on parle de contrat entre absents car au moment de l'acceptation, les parties contractantes ne sont pas en présence l'une de l'autre. La détermination du moment de la conclusion du contrat constitue alors une difficulté pratique qui peut être de grande importance.

Ce moment est le point de départ de l'obligation contractuelle, c'est l'instant où s'opère une mutation qualitative : l'offre cesse d'être une offre pour se transformer en contrat. La conclusion du contrat met un terme définitif à la possibilité de révoquer l'offre, et les obligations des parties prennent naissance. S'il s'agit d'un contrat translatif de droit (ex. : la vente), le moment de la conclusion du contrat détermine le transfert des droits, des charges, des risques. Sur un plan général, ce moment présente encore de l'importance pour fixer le point de départ d'une éventuelle prescription, pour apprécier la capacité des cocontractants, pour déterminer la loi en vigueur en cas de survenance d'une loi nouvelle, etc... Il importe donc de le déterminer avec précision.

Le droit positif belge considère que le contrat n'existe pas par le seul fait de l'accord des volontés. L'acceptation de l'offre ne suffit pas pour former le contrat tant que l'offrant en ignore l'existence. En effet, le contrat implique davantage qu'une simple coexistence des volontés. Il faut des volontés qui se rencontrent. Le concours des volontés n'existe qu'au moment où l'offrant prend connaissance de l'acceptation. Le contrat n'est donc formé que lorsque les consentements sont ainsi échangés par la rencontre des volontés exprimées.

La jurisprudence a apporté, cependant, certains tempéraments à ces principes. Elle considère que le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient au domicile de l'offrant ou à l'endroit où l'acceptation doit parvenir. Dès cet instant, et indépendamment du fait que l'offrant en ait pris ou non connaissance, le contrat est formé. C'est la théorie de la réception. Elle écarte certaines difficultés de preuve. Il est, en effet,

très difficile de pouvoir déterminer le moment exact où l'offrant prend connaissance de l'acceptation. Il peut, par exemple, être absent au moment où l'acceptation est remise à son domicile. Il pourrait, aussi, sciemment ou involontairement, ne prendre connaissance de l'acceptation qu'avec retard et vouloir reporter la conclusion du contrat en maintenant la lettre non ouverte afin de garder une possibilité de révocation ou de s'assurer de délais d'exécution prolongés. C'est à ces inconvénients que la théorie de la réception fait échec.

Toutefois, les solutions restent supplétives : les parties aménagent librement leurs relations contractuelles et peuvent fixer à un autre moment la naissance de leur engagements. Par ailleurs, on trouve dans certaines lois particulières des exceptions à la théorie de la réception, notamment, en matière de renouvellement de baux commerciaux.

01.144 - Représentation.

La question de la concordance des consentements se pose encore lorsque les parties ne sont pas mises personnellement en présence l'une de l'autre parce qu'elles entendent contracter par l'intermédiaire d'un tiers qui représente l'un ou l'autre cocontractant.

La représentation peut concerner des actes juridiques divers (par exemple la représentation en justice), mais elle joue un rôle important à propos de la conclusion des contrats et c'est à ce titre qu'il en est question ici. Au lieu de négocier personnellement avec B, A envoie son représentant R. Ce dernier conclut avec B, au nom et pour compte de A.

Les sources de la représentation peuvent être légales (cf. le régime des mineurs d'âge), judiciaires (cf. la curatelle en matière de faillite) ou conventionnelles. Le contrat qui investit le représentant est normalement le contrat de mandat. C'est d'ailleurs dans les textes relatifs au mandat (art. 1984 à 2010 C. civ.) que l'on trouve l'essentiel des règles de la

représentation, ^{pour} laquelle le législateur n'a pas consacré un régime général.

L'effet de la représentation dans la conclusion d'un contrat est, en principe, parfait. Le consentement donné par le représentant forme le contrat en manière telle que tous les effets de la convention se produisent immédiatement dans le chef du représenté : les droits et devoirs qui naissent du contrat lui sont directement acquis. Inversement, le représentant disparaît du rapport contractuel dès que le contrat est conclu.

L'institution est très utile. Un particulier, peut, par exemple, solliciter l'intervention d'un représentant lorsqu'il lui est difficile d'agir en personne, pour les raisons les plus diverses (éloignement, maladie, utilité de recourir à un spécialiste, etc...). La représentation joue, notamment, un grand rôle dans la vie juridique des incapables (cf. infra, n° 01.2).

Diverses conditions sont requises pour que la représentation soit parfaite.

a) La technique de la représentation suppose, d'abord, l'existence de pouvoirs dans le chef du représentant. L'étendue de ces pouvoirs dépend de la source de la représentation. La loi, par exemple, détermine les pouvoirs du représentant d'un mineur. Lorsque la représentation découle d'un contrat de mandat, c'est ce contrat qui définit les pouvoirs du mandataire. A peut soit donner à R le pouvoir d'acheter une maison, pour tel prix maximum, soit de manière plus générale, le charger de gérer tous ses biens pendant une absence à l'étranger.

L'étendue des pouvoirs délimite, en principe, les opérations à propos desquelles peuvent se produire les effets de la représentation. Toutefois, la responsabilité du représenté peut être engagée envers les tiers lorsque le représenté laisse subsister un mandat apparent par lequel le représentant agit en dehors ou au-delà de ses pouvoirs. En effet, si le représenté a laissé croire aux tiers que le représentant était mandaté, il engage sa responsabilité délictuelle dont les tiers de bonne foi pourront se prévaloir pour obtenir une réparation de leur dommage. Cette réparation en nature pourra consister à rendre le représenté personnellement tenu des engagements conclus en son nom et pour son compte par le représentant agissant au-delà de ses pouvoirs.

b) Même s'il est régulièrement mandaté, le représentant n'agit pas nécessairement au nom et pour compte du représenté. Tous ses actes ne sont pas nécessairement englobés dans le champ de la représentation. S'il est chargé de gérer les biens d'autrui, il n'en cesse pas moins de gérer son propre patrimoine. L'intention de représenter est, dès lors, un élément essentiel de la représentation. Pour qu'il y ait représentation, le représentant doit vouloir agir au nom et pour compte du représenté.

c) Cette volonté doit être exprimée, car le cocontractant doit être informé du fait qu'il traite avec un représentant pour que les effets du contrat puissent se produire directement dans le chef du représenté.

Néanmoins, la représentation n'est pas toujours apparente. Dans certains cas, le cocontractant ne connaît que le représentant. C'est la représentation imparfaite ou médiate. Le cocontractant n'a alors aucun lien juridique avec le représenté dont il peut ignorer l'existence. Le représentant est son seul partenaire et il est personnellement et pleinement engagé dans les liens du contrat. Le cocontractant reste étranger au règlement de comptes qui interviendra ultérieurement entre son partenaire et le représenté.

d) Outre la volonté d'agir au nom et pour compte du représenté, il faut que le représentant ait aussi une volonté propre de conclure le contrat. Le représentant n'est pas un simple messenger ou le porteur d'une acceptation. C'est lui qui donne son consentement, même si tous les effets se reportent sur le représenté. Le consentement du représentant doit donc être réel et exempt de vices.

Nous n'examinerons pas ici les rapports et les engagements qui peuvent exister entre le représenté et le représentant. Les liens sont régis dans chaque cas d'après la source de la représentation : la loi, un jugement, un contrat de mandat, etc...

01.15 - Simulation, contre-lettres.

L'échange des volontés peut présenter, dans certains cas, une double face. Pour divers motifs, les parties peuvent s'entendre pour camoufler leur accord réel derrière un accord apparent. Il s'agit d'une simulation par laquelle les cocontractants créent l'apparence d'une situation juridique fictive pour cacher une situation réelle différente.

Sur le plan moral, la simulation est rarement irréprochable : elle constitue souvent une tromperie ou un mensonge, qui trouve sa cause réelle dans un souci de fraude fiscale, successorale ou contractuelle. La simulation n'est cependant pas illicite, en soi. Conformément aux principes de l'autonomie de la volonté et du consensualisme, les parties sont libres de conclure leur contrat de la manière qui leur convient.

Elles peuvent établir, d'une part, un acte apparent et fictif et, d'autre part, un acte secret ou "contre-lettre" qui lui dénie toute valeur réelle entre parties. Cette dualité d'actes ne crée cependant pas deux contrats. Entre parties, il n'existe qu'une seule convention. C'est celle contenue dans la contre-lettre, qui exprime le véritable accord. On ne peut tenir compte de l'acte apparent, auquel il manque une condition essentielle de validité, le consentement. Celui-ci n'existe que pour la contre-lettre.

En principe, la contre-lettre doit respecter toutes les conditions de fond et de forme de l'acte qu'elle exprime, notamment, sur le plan de la licéité, quelle que soit la régularité de l'acte apparent. La volonté réelle prévaut donc pleinement sur la volonté apparente.

La simulation comporte, au moins, quatre variétés :

a. Dans une première hypothèse, il y a un acte juridique entre parties, mais celles-ci s'entendent pour le dissimuler sous l'apparence d'un autre acte juridique. Par exemple, les parties conviennent d'une donation, mais décident de simuler une vente. Ils établissent deux actes dont l'un, la donation, est réel et simulé et l'autre, la vente, fictif et apparent.

Le premier cas de simulation ne doit pas se confondre avec les erreurs de qualification. Si les parties concluent un soi-disant "prêt" qui s'analyse, en réalité, comme une location, il n'y a aucune simulation mais seulement une erreur d'expression.

Il n'y a pas non plus de simulation, lorsqu'il s'agit de corriger ou de modifier un acte initial sincère. Les parties voulaient vendre, mais décident finalement de conclure une donation.

On écartera aussi les cas où des parties choisissent, pour obtenir un certain résultat, la voie fiscale la moins imposée. Il est en effet fréquent de pouvoir atteindre un objectif par plusieurs actes juridiques différents. Le procédé choisi peut paraître artificiel, mais il n'y a pas de simulation si les parties en conviennent vraiment pour elles-mêmes comme à l'égard des tiers.

b. Dans une deuxième hypothèse, il y a un acte ostensible, mais pas d'acte réel. Ce qui est dissimulé, c'est l'absence d'opération juridique. Ce serait le cas d'un débiteur qui "vendrait" ses biens pour les faire échapper à l'action de ses créanciers.

c. Parfois, l'acte apparent constate un acte juridique réel, mais certaines de ses clauses sont cachées ou simulées. Pour échapper à la T.V.A., à des droits d'enregistrement, ou à des frais notariaux, les parties conviennent d'un prix officiel dont le montant est inférieur au prix réel convenu (une portion du prix réel est payé "en noir").

d. Dans une autre hypothèse, ce qui est convenu est réel, mais il y a une simulation de personnes. Un "homme de paille" s'interpose entre les véritables contractants, qui ne peuvent ou ne veulent contracter ouvertement.

Quelle que soit l'hypothèse et bien que la volonté réelle prévaille toujours entre parties, l'article 1321 du Code civil énonce que la contre-lettre n'a point d'effets contre les tiers. Ils se voient accorder une option très favorable : ils peuvent soit s'en tenir à l'acte apparent, soit invoquer l'acte réel.

En effet, si les parties ont créé une apparence, c'est précisément pour s'en prévaloir à l'égard des tiers. Réciproquement, on permet aux tiers de se prévaloir de cet acte apparent.

La jurisprudence belge accorde même cette option au tiers informé de la simulation. Par delà la simple protection des tiers, on peut déceler dans cette solution une hostilité à l'égard de la simulation, que l'on cherche à sanctionner à travers ses effets à l'égard des tiers. La simulation risque ainsi de se retourner contre les parties auxquelles des tiers, même informés, pourront opposer les effets de l'acte apparent. On refuse cependant cette option aux tiers de mauvaise foi.

Les tiers peuvent aussi rejeter l'acte apparent, pour se prévaloir de la contre-lettre. Ils doivent cependant au préalable détruire l'apparence en intentant l'action en déclaration de simulation. Cette action tend à faire prévaloir la réalité. La simulation peut être prouvée par toutes voies de droit.

Lorsque l'option est levée de manière contradictoire par des tiers différents, la jurisprudence a tendance à faire prévaloir l'acte apparent. C'est une exigence de la sécurité juridique.

L'action en déclaration de simulation est ouverte à tout tiers intéressé, et non aux seuls créanciers, ce qui est le cas pour l'action oblique et l'action paulienne. Ce n'est donc pas seulement un mode de protection des créanciers (cf. infra, n° 06.3).

Dans certains cas, l'acte apparent sera constitutif de délit de faux en écritures, s'il y a une intention frauduleuse ou un dessein de nuire (art. 196 C. Pén.).

01.2 - Capacité.

01.20 - Généralités.

La capacité des parties contractantes est une condition essentielle de validité des conventions (art. 1108 C. civ.). Les parties peuvent être inaptes soit à être titulaires de droits, soit à les faire valoir elles-mêmes. On distingue ainsi l'incapacité de jouissance et l'incapacité d'exercice.

L'incapacité de jouissance est assez rare actuellement. C'est le cas du mineur de moins de 16 ans qui n'a pas le droit de faire une donation (art. 903 du Code civil).

L'incapacité d'exercice, c'est-à-dire l'inaptitude à exercer soi-même des droits que l'on a, est beaucoup plus fréquente et suscite divers mécanismes particuliers de protection par représentation, autorisation ou assistance. Cette incapacité est soit générale, pour tous les actes juridiques, soit spéciale, pour certains actes juridiques déterminés. Le principe est, cependant, la capacité. Ne sont incapables que ceux qui sont déclarés tels par la loi (art. 1123 C.civ.). Ils peuvent se répartir en diverses catégories : les mineurs d'âge (art. 388 du Code civil) qui peuvent être émancipés (art. 476 à 478 octies) constituent la catégorie principale. Cf. aussi les art. 487 bis à 487 octies concernant la minorité prolongée. Les autres catégories concernent les interdits (art. 489 à 512), les prodigues et les faibles d'esprit (art. 513 et 514), et certains condamnés (art. 22 du Code pénal).

Depuis la loi du 14 juillet 1976, la femme mariée a acquis réellement la pleine capacité qui lui était déjà reconnue, en principe, depuis 1958. Sa capacité de contracter est désormais alignée complètement sur celle de son homologue masculin.

L'incapacité étant justifiée par un souci de protection, les actes juridiques accomplis par l'incapable ne sont frappés que de nullité relative : seuls l'incapable lorsqu'il sera devenu capable d'agir, ou son représentant peuvent s'en prévaloir. Le cas échéant, l'acte peut être confirmé.

Les mécanismes de protection varient selon le type d'incapacité et selon l'acte à accomplir. Les incapables ne peuvent parfois agir que par l'intermédiaire d'un représentant : c'est l'incapacité de représentation. Dans d'autres cas, ils peuvent agir personnellement, mais avec une assistance ou une autorisation : c'est l'incapacité d'assistance ou d'autorisation. Tous les incapables peuvent accomplir des actes conservatoires utiles. Ainsi, un mineur d'âge peut interrompre une prescription. Par contre, les actes d'administration ou de disposition sont, en principe, frappés de nullité relative.

Lorsque le contrat est annulé, le contractant doit restituer au mineur tout ce qu'il a engagé, alors que l'incapable ne doit restituer que les choses qui ont tourné à son profit (art. 1312 C. civ.). S'il s'agit d'un objet déterminé, la restitution par le mineur ne suscitera aucune difficulté. Par contre, s'il s'agit d'une somme d'argent, seul le montant non "consommé" devra être restitué. En présence d'un enrichissement quelconque, le cocontractant pourra aussi obtenir un remboursement au moins partiel.

L'article 1241 du Code civil envisage l'hypothèse de la réception d'un paiement par un incapable. Si quelqu'un est débiteur d'un incapable et que, par imprudence, il lui paie personnellement son dû, le paiement est nul. A moins qu'il ne prouve que le paiement a tourné au profit de l'incapable, il sera tenu de payer une seconde fois à la personne qui avait la capacité de le recevoir.

01.21 - Mineurs non émancipés.

Le mineur d'âge est celui qui n'a pas atteint l'âge de 21 ans accomplis. Il ne dispose pas de la capacité de contracter. Cette incapacité est cependant limitée par le fait que le mineur ou son représentant ne peuvent attaquer l'engagement conclu par ce mineur que dans les cas prévus par la loi (art. 1125 C. civ.), principalement pour cause de lésion (cf. infra, n° 01.53) ou en raison du non accomplissement de formalités spécialement requises pour certains actes.

Le mineur d'âge est représenté par son père ou sa mère, ou à défaut par un tuteur, voire un subrogé tuteur.

Sauf exceptions particulières prévues par la loi, l'incapacité du mineur d'âge est générale.

L'article 43 de la loi du 3 juillet 1978 abaisse à 18 ans l'âge de la capacité requise pour consentir seul à la conclusion d'un contrat de travail. Même avant cet âge, un mineur peut déjà conclure un tel contrat avec l'autorisation simplement tacite de ses représentants légaux et il peut valablement percevoir sa rémunération personnellement, sauf opposition.

Tout mineur d'âge peut aussi se faire ouvrir un livret d'épargne ou de dépôt, mais non un compte en banque. Sauf opposition, il peut effectuer personnellement certains retraits dès l'âge de 16 ans (loi du 30 avril 1958 modifiée par les lois du 16 mars 1964 et du 14 juillet 1976).

01.22 - Emancipation - ses effets.

Le mineur d'âge peut être émancipé dès l'âge de 15 ans. Cette émancipation a lieu de plein droit par l'effet du mariage (art. 476 al. 1er C. civ.). Dans les autres cas, elle dépend d'une décision du tribunal de la jeunesse qui est saisi à la requête du père ou de la mère du mineur, ou, à défaut, par le conseil de famille (art. 477 à 479 C. civ.).

Cette émancipation met fin à l'autorité des père et mère, ou de la tutelle. Selon l'article 481 du Code civil, le mineur émancipé a pleine capacité pour accomplir tous les actes "de pure administration".

Le mineur émancipé qui fait un commerce est réputé majeur pour les actes de ce commerce (art. 487 C. civ.). D'une manière générale, on peut dire qu'il a pleine capacité quant à la gestion de ses revenus.

Certains actes ne peuvent être accomplis par un mineur émancipé qu'avec l'assistance d'un curateur. En cas d'émancipation par mariage, le conjoint majeur est curateur de plein droit (art. 476 al. 2 c. civ.). Dans les autres cas, le curateur est nommé par le conseil de famille. Parmi les

actes qui requièrent cette assistance spéciale, on peut relever les actions et tous les actes de dispositions immobiliers (art. 482 et 484 C. civ.). Selon l'article 482 du Code civil, il ne peut davantage recevoir et donner décharge d'un capital mobilier ; le terme capital est entendu ici dans son sens économique par rapport aux revenus.

Selon l'article 483 du Code civil, le mineur émancipé ne peut faire d'emprunts sans une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal de première instance.

01.23 - Majeurs protégés (aliénés, prodigues, ...).

01.231 - Minorité prolongée.

Le mineur d'âge ou le majeur atteint d'une arriération mentale grave congénitale ou ayant débuté au cours de la petite enfance, peut être mis sous un statut de minorité prolongée dans lequel il est assimilé à un mineur de moins de quinze ans (art. 487bis C.civ. introduit par la loi du 29 juin 1973).

01.232 - Interdiction judiciaire.

Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité ou de démence doit être interdit, même lorsque son état présente des intervalles lucides (art. 489 C. civ.). L'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens; une tutelle est organisée (art. 509 C. civ.).

Les actes juridiques antérieurs à l'interdiction peuvent être annulés, si la cause de l'interdiction existait de manière notoire à l'époque de leur conclusion (art. 503 C. civ.).

01.233 - Mise sous conseil judiciaire.

Les faibles d'esprit et les prodigues peuvent être mis sous conseil judiciaire. Sans l'assistance de ce conseil, il leur est défendu de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier ou

d'en donner décharge, d'aliéner, ni de grever leurs biens d'hypothèques (art. 513 C. civ.).

01.24 - Statut spécifique des conjoints.

La loi du 14 juillet 1976, modifiant diverses dispositions du Code civil, a établi une stricte égalité entre les époux. L'homme et la femme conservent dans le mariage une pleine capacité juridique.

Cette nouvelle législation a aussi modifié profondément les règles des régimes matrimoniaux qui régissent les rapports pécuniaires des époux entre eux, mais aussi à l'égard des tiers, notamment des cocontractants. Le droit commun des contrats ne peut donc en ignorer les principes essentiels.

Les biens des époux appartiennent soit au patrimoine commun, soit au patrimoine propre de chacun d'eux. La répartition des biens entre ces patrimoines et les pouvoirs de gestion des époux dépendent du régime matrimonial qui est le leur. En l'absence de convention contraire, le régime légal est d'application. Quel qu'il soit, le régime adopté n'est pas immuable et peut être modifié de commun accord durant le mariage.

Le régime légal est une communauté de revenus et d'acquets. Le patrimoine commun est géré simultanément par l'un ou l'autre des époux qui peut exercer seul les pouvoirs de gestion. Il s'agit donc, en principe, d'une gestion concurrente (art. 1416 C. civ.). Chaque époux gère cependant seul ses revenus, ses biens professionnels et ses comptes bancaires (art. 217 C. civ.).

Le consentement commun des époux n'est requis que pour certains actes limitativement énumérés par la loi : les actes de disposition entre vifs à titre gratuit (art. 1419 C. civ.), les opérations immobilières (art. 1418, 1, a, C. civ.), les opérations sur fonds de commerce et autres exploitations (art. 1418, 1, b, C. civ.), les baux de plus de 9 ans, les baux commerciaux et les baux à ferme, le bail relatif au logement principal de ménage (art. 215 C. civ.). Dans d'autres cas spécifiques, le conjoint non consentant peut demander la rescision pour lésion d'actes accomplis par l'autre conjoint, notamment pour les emprunts et les opérations à tempérament.

Toute dette de l'un ou l'autre des époux est commune sauf disposition contraire de la loi. Elle peut être exécutée tant sur le patrimoine commun que sur le patrimoine propre. Sont propres, les dettes antérieures au ménage et celles qui grèvent les successions et libéralités qui échoient aux époux durant le mariage (art. 1406 C. civ.), de même que celles qui naissent dans l'intérêt d'un seul époux (art. 1407 C. civ.).

Les créanciers d'une dette propre n'ont d'action que sur les biens propres de leur débiteur. Ils ne peuvent poursuivre ni les biens propres du conjoint, ni les biens communs. Cette limitation rigoureuse est tempérée par trois exceptions. Le créancier peut poursuivre les revenus de son débiteur, nonobstant leur caractère commun, et les biens communs dans la mesure où la dette leur a profité. Pour les dettes délictuelles, le créancier peut saisir la part du débiteur dans la communauté (art. 1409 C. civ.).

En tout temps, les conjoints peuvent modifier leur régime matrimonial soit dans un sens plus communautaire, soit dans un sens d'une plus grande séparation des patrimoines. La liberté des conjoints n'est cependant pas totale : leur choix se limite aux régimes et clauses-types établies par la législateur.

En cas de séparation de biens, un époux ne peut engager le patrimoine de son conjoint. Chaque époux a seul tous les pouvoirs d'administration, de jouissance et de disposition de ses biens (art. 1466 C. civ.). Il n'y a de gestion que privative et il n'y a de dette que personnelle. Le législateur a prévu cependant une solidarité des époux pour les dettes de ménage et d'éducation contractées par chacun d'eux, dans la mesure où la dépense n'est pas excessive (art. 222 C. civ.).

01.3. - Objet et matière.

L'accord contractuel doit avoir un objet certain pour être valable. Cette notion d'objet peut être envisagée à différents niveaux qui se superposent. Au plus haut degré d'abstraction, on peut dire qu'un contrat a pour objet de créer, modifier, transmettre ou éteindre des droits ou des obli-

gations. A un niveau intermédiaire, l'obligation a pour objet une prestation consistant à donner, faire ou ne pas faire quelque chose. Enfin, au sens le plus concret, l'objet du droit ou de la prestation est la chose ou le service promis.

Dans un contrat relatif à la vente d'un bien matériel, on peut, par exemple, dégager ces différents aspects de l'objet certain qui forme la matière de l'engagement contractuel et sans lequel un contrat ne peut avoir aucune existence légale. L'objet de ce contrat de vente est d'abord de transférer le droit de propriété et de faire naître des obligations réciproques dans le chef des deux parties. A un second niveau, les obligations principales ont pour objet, d'une part, pour le vendeur, d'effectuer la délivrance et, d'autre part, pour l'acheteur, de payer le prix convenu. Dans le sens le plus concret, l'objet du droit et de ces prestations est le bien matériel.

Pour être valable, l'objet doit exister, être possible, licite et déterminable.

a) Si l'objet n'existe pas ou n'existe plus au moment de la conclusion du contrat, celui-ci est nul. Le contrat n'a pas d'existence légale si la chose qui en est l'objet est détruite au moment de l'échange des consentements. Il en va de même si l'on assure contre l'incendie un bien déjà anéanti ou si l'on concède une licence sur un brevet imaginaire ou tombé dans le domaine public.

Toutefois, la chose qui fait l'objet de la prestation peut aussi périr après la conclusion du contrat. Dans ce cas, il ne s'agit plus d'une question de validité du contrat, mais d'un problème de risques (qui supportera la perte ?) ou de responsabilité contractuelle. La prestation promise avait un objet lors de sa formation et le contrat a été valablement formé.

L'article 113D du Code civil prévoit une exception importante à l'exigence d'un objet lors de la formation du contrat. C'est le cas des choses futures. L'objet n'existe pas, mais va exister. On citera les exemples de ventes relatives à une récolte non encore levée, à une machine à fabriquer ou à une maison à construire. De telles choses futures peuvent être valablement stipulées comme l'objet de prestations contractuelles.

L'article 1130 alinéa 2 maintient cependant une exception traditionnelle à la validité des opérations relatives à des choses futures : c'est la prohibition des pactes sur une succession future. Les contrats relatifs à la succession de personnes toujours en vie sont interdits. Le futur de cujus ne peut s'engager sur sa succession avant son décès. Les héritiers présomptifs ne peuvent disposer de la future succession : aucune répartition, aucune renonciation, aucun engagement n'est possible à propos d'une succession non ouverte. Cette interdiction trouve sa source dans le souci de sauvegarder la liberté testimoniale et d'éviter les spéculations sur la mort d'autrui. Elle ne fait cependant pas obstacle à la validité des contrats dont l'exécution seule sera affectée par le décès d'une personne. Il est parfaitement licite de faire du décès d'un tiers ou d'un cocontractant une modalité ou un terme affectant l'exécution du contrat, notamment, de conclure un contrat d'assurance-vie, de rente viagère ou d'usufruit.

b) La prestation qui fait l'objet de l'obligation doit aussi être possible au moment de la conclusion du contrat. La notion d'impossibilité est cependant difficile à circonscrire.

La prestation peut être irréalisable soit parce qu'elle est absolument impossible, soit parce qu'elle n'est plus possible, soit parce qu'elle n'est pas encore possible. Pour être valable, la prestation doit être objectivement possible au moment où le contrat se forme.

L'impossibilité subjective n'est pas prise en considération. Si quelqu'un s'engage inconsidérément à faire des travaux qui sont au-dessus de ses forces ou de ses moyens, le contrat est valable et sa responsabilité contractuelle est engagée en cas d'inexécution. L'impossibilité qui annule le contrat doit être objective, mais elle peut être d'ordre matériel ou d'ordre juridique. Ainsi, la vente de produits étrangers frappés d'une interdiction d'exportation ou d'importation est nulle.

En outre, comme l'impossibilité est une notion qui peut varier avec les circonstances et le progrès technique, il faut l'apprécier au moment de la conclusion du contrat. Aussi, la disparition d'une cause d'impossibilité ne fait pas vivre un contrat qui n'a pu se former. Le contrat

peut cependant être conclu sous la condition suspensive que la chose devienne possible (cf. infra, n° 03.11). Il faut encore rappeler que l'objet du contrat peut être une chose future. On peut convenir d'une prestation qui ne sera possible qu'au moment convenu pour son exécution, mais la réalité de cette possibilité doit être appréciée au moment même où le contrat se forme.

Par contre, si l'objet réalisable au départ devient impossible (imprévision, force majeure, faute du débiteur...), il ne s'agit plus d'un problème de validité du contrat, mais d'un problème d'inexécution.

c) L'objet doit aussi être licite, c'est-à-dire conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs ainsi qu'aux lois impératives. L'illicéité de l'objet renvoie à l'illicéité de la cause, en sorte qu'elle sera examinée au niveau de cette condition de validité (cf. infra, n° 01.4).

Cette illicéité peut atteindre l'objet de la prestation qui forme la matière de l'engagement. Certaines choses sont "hors commerce" (art. 1126 C.civ.). Par exemple, ne peuvent pas faire l'objet d'opérations contractuelles certains biens dont la loi interdit le commerce (stupéfiants, produits toxiques, animaux contagieux, gibier hors saison, monuments classés, éventuellement certaines oeuvres d'art, etc...), de même que les biens du domaine public (routes, ponts, etc...), les fonctions de caractère public (charge notariale, charge d'huissier, etc...), les fonctions électives dans les sociétés commerciales (mandat d'administrateur), ou encore le corps humain, bien que de nombreuses nuances sont à apporter, par exemple à propos de l'engagement des sportifs, de la cession de clientèle, des traitements médicaux, des greffes d'organes, de l'assurance-vie, etc...

d) Enfin, selon l'article 1129 du Code civil, l'objet doit être déterminé quant à son espèce et déterminable quant à sa quotité. Cette expression repend une ambiguïté qui se trouve déjà dans l'article 1108 qui énonce la nécessité d'un "objet certain". Cet objet certain ne doit pas être un corps certain. Il peut s'agir d'une chose dont le genre est seul déterminé, sans que l'objet soit déjà individualisé. Si j'achète une voiture, il me suffit de déterminer le genre souhaité. Bien que l'objet ne doive être individualisé qu'au moment de la réception, la vente est parfaitement valable.

L'exigence de la détermination de l'objet ne se réfère donc pas à la distinction entre chose de genre et choses d'espèce. Elle vise à priver de validité des engagements imprécis tels que "je m'engage à faire quelque chose" ou à "vous livrer quelque chose" (indétermination de la prestation (ou de son objet), ou que "je m'engage à vous acheter du blé" (indétermination de la quantité de l'objet de la prestation).

Toutefois, à défaut d'être déterminé, il suffit que l'objet soit déterminable. Si on prend un taxi, par exemple, le prix de la course n'est pas fixé au départ, mais il sera déterminé par le taximètre à l'arrivée. On peut aussi acheter une chose moyennant fixation du prix par un expert. La détermination de l'objet peut encore résulter des circonstances, notamment des usages, des conventions antérieures similaires, ou des conditions prévalant sur le marché.

La détermination doit être possible sur base de critères objectifs ; (ne serait pas déterminable le prix "qu'il me plaira de vous fixer") elle doit pouvoir intervenir au plus tard au moment de l'exécution du contrat. Elle ne peut dépendre ni d'une nouvelle convention, ni de la volonté d'une seule des parties contractantes. Les consentements ne peuvent se rencontrer pour former un contrat qu'à propos d'un objet au moins déterminable.

01.4. - Cause.

Parmi les conditions essentielles de validité d'une convention, l'article 1108 du Code civil évoque la nécessité d'une cause licite, dont la notion et la portée sont précisées aux articles 1131 à 1133. La notion de cause a donné lieu à une littérature abondante, en raison de sa complexité.

On s'interroge ici sur le pourquoi du contrat, sur la raison pour laquelle on s'oblige. On peut considérer que la cause est soit le résultat directement recherché et obtenu, soit le motif ou les mobiles plus ou moins connus de celui qui s'engage. A l'instar de l'objet, la notion de cause présente donc différentes facettes.

a) La conception objective de la cause a été recherchée dans la proximité immédiate des obligations contractées. Elle est dégagée objectivement et d'une manière générale pour chaque type de contrat. Elle est identique pour chaque convention de même nature.

Dans un contrat synallagmatique (cf. supra, n° 00.1), la cause de chaque obligation est la contrepartie due par le cocontractant. Ainsi, dans un contrat de vente, la cause de l'obligation de payer, c'est le transfert de propriété et la délivrance de la chose achetée. Dans un contrat réel unilatéral (cf. infra, n° 02.1), l'obligation trouve sa cause dans la remise antérieure de la chose. Le remboursement d'un prêt est causé par la remise de somme d'argent. Dans un contrat à titre gratuit (cf. supra, n° 00.2), c'est l'intention libérale qui est la cause de l'engagement de celui qui s'oblige.

Cette conception objective est très critiquée, car elle est tellement abstraite qu'elle ne présente guère d'utilité. En effet, dans les contrats synallagmatiques, elle fait double emploi avec la définition même de ce type de contrat et avec l'objet de l'obligation de l'autre partie (la cause de l'obligation de A est l'objet de l'obligation de B). Dans les contrats réels, la cause se confond avec la source même du contrat, sa principale condition de formation qu'est la remise de la chose. Dans les actes à titre gratuit, on ajoute rien aux caractéristiques de leur nature en précisant que leur cause est une intention libérale.

b) La conception subjective de la cause se situe à un niveau plus médiate qui complète et valorise l'utilité de la notion, particulièrement pour l'appréciation de la licéité des obligations. La cause est à découvrir ici dans les motivations personnelles des parties, dans une analyse de leurs intentions. Par exemple, la cause de l'obligation pour un acheteur d'une maison de payer le prix du bien vendu est certes, d'abord, l'acquisition de la propriété et de la possession de la maison (cause objective immédiate), mais aussi ses mobiles propres : les désir d'habiter la région, la beauté du jardin, un projet d'urbanisme, l'intention d'y exploiter un commerce, etc... (cause subjective médiate). L'illicéité se trouve souvent dans la cause médiate de

UNIVERSITÉ CATH. DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

BIBLIOTHÈQUE

l'engagement. L'acheteur achète la maison (l'acquisition de cette maison donne à ses obligations d'acheteur une cause objective neutre sur le plan de la licéité), pour y installer une maison de débauche (la cause subjective révèle l'illicéité).

Le mobile peut n'être illicite que dans le chef de l'une des parties. L'annulation dans un tel cas suscite des hésitations et des controverses. Il y a une tendance à considérer que le contrat ne serait pas nul, ou, du moins, que l'illicéité ne pourrait être invoquée que par la partie dont les mobiles étaient licites. Une autre tendance considère que la nullité dépend de la connaissance par l'autre partie des mobiles illicites du cocontractant. En ce qui concerne les libéralités, cependant, on estime généralement qu'il suffit pour qu'il y ait nullité que l'illicéité existe dans le chef d'une seule partie.

La conjonction des deux conceptions de la cause permet de mieux circonscrire le sens et la portée de cette condition essentielle de validité des conventions. Selon l'article 1131 du Code civil, l'obligation sans cause, sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet.

La fausse cause évoque la notion d'erreur sur la cause. Or, les conditions d'influence d'une erreur sur la validité du contrat ont déjà été évoquées (cf. supra, n° 01.11). Notamment, nous avons constaté que l'erreur sur les mobiles est inopérante sur la validité du contrat. Bien que l'hésitation soit patente dans la doctrine et la jurisprudence, il semble qu'il faille rapprocher la fausse cause de l'absence de cause. La fausseté d'une cause apparente entraîne la nullité de la convention qui ne se fonde pas sur une cause réelle et licite. Certains auteurs estiment, cependant, que l'article 1131 du Code civil implique la nullité du contrat en cas d'erreur sur les mobiles déterminants, lorsque ceux-ci sont entrés dans le champ contractuel comme un élément de la convention.

L'exigence d'une cause réelle et licite n'empêche pas qu'elle soit implicite. Selon l'article 1132 du Code civil, l'obligation est valable même si la cause n'est pas exprimée. On appelle billet non causé un écrit qui énonce une obligation sans en mentionner la cause. Un tel acte ne dispense cependant pas de la nécessité d'une cause réelle et licite. Celui qui le conteste peut, le cas échéant, demander l'annulation en prouvant la cause illicite ou l'absence de cause.

Dans certains cas, cependant, le législateur a admis l'existence d'obligations abstraites. Il s'agit d'obligations détachées de leur cause en manière telle que celle-ci ne puisse plus en influencer la validité. Il est fait abstraction de cette cause pour déterminer leur régime juridique, afin de renforcer l'intensité de l'engagement.

Ainsi, l'obligation - dite cambiaire - du tiré, c'est-à-dire du débiteur principal d'une lettre de change, est abstraite dans la mesure où il doit en payer le montant au porteur de la traite à l'échéance, quelle que soit la cause initiale de son engagement. Il y a certes une cause à l'origine de son obligation. Le tiré a, par exemple, acheté des marchandises et il a accepté la traite en représentation de son engagement de payer le prix, cet engagement trouvant sa cause dans les obligations du vendeur. Mais l'engagement cambiaire de l'acheteur est abstrait en ce que sa cause ne pourra plus être invoquée. Il y a une cause, mais elle est détachée. Le tiré ne pourra invoquer aucune exception tirée du contrat de vente pour refuser d'honorer l'effet à l'échéance. Il devra par exemple payer même si les marchandises ne lui ont pas été livrées. Cette abstraction a pour objectif de favoriser le crédit et de faciliter la circulation de l'effet.

La délégation de dette engendre également une obligation abstraite dans le chef du délégué (cf. infra, n° 07.2).

01.5. - Nullités - annulations - sanctions.

La nullité est la sanction normale du vice qui affecte un contrat à sa formation. Elle a pour effet que le contrat est censé n'avoir jamais existé. C'est l'anéantissement rétroactif de tout ce qui a été fait.

Deux autres situations où un contrat prend fin doivent soigneusement être distinguées de l'hypothèse de la nullité : la résiliation et la résolution. Dans ces deux cas, c'est un événement postérieur à la formation qui met fin à un contrat valable au départ. La résolution ne se distingue de la nullité que sur ce plan conceptuel, car ses effets sont analogues. La résiliation présente, quant à ses effets, une seconde distinction. Elle ne concerne que l'avenir et ne remet pas en cause les prestations contractuelles antérieures à sa survenance.

On ne confondra pas la nullité d'un contrat avec les problèmes susceptibles de se poser en matière de preuve ou d'opposabilité aux tiers. En l'absence d'écrit ou d'un autre moyen de preuve admissible, le contrat existe, mais en cas de contestation, on ne pourra, pratiquement, pas en obtenir l'exécution. En l'absence de formalités de publicité légale requises, le contrat existe et produit pleinement ses effets entre parties, mais les tiers peuvent en ignorer l'existence.

La théorie des nullités n'a pas été faite par le Code civil mais elle s'est élaborée progressivement grâce aux réflexions de la doctrine et de la jurisprudence. La matière est très riche, et l'on y constate beaucoup de nuances, de variantes et de situations intermédiaires entre les régimes-clés. Les types classiques sont la nullité absolue et la nullité relative, auxquels certains auteurs ajoutent l'inexistence.

L'inexistence est invoquée lorsque le vice qui affecte la rencontre des volontés est tellement fondamental qu'on ne peut même pas parler d'accord. Un élément essentiel du contrat manque. Si je vends ma maison sans convenir du prix avec mon acquéreur, on ne peut parler de vente. L'inexistence,

qui recouvre une réalité^{relativement} indistincte, est souvent rejetée comme catégorie autonome, car cette notion semble inutile sur le plan de ses effets qui sont ceux de la nullité absolue. Certains ont toutefois prétendu que l'accès au prétoire était inutile en cas d'inexistence. En fait il faudra quand même assigner pour la faire constater s'il y a litige.

La majorité de la doctrine s'en tient donc à la distinction entre nullité absolue et nullité relative.

01.51 - Nullités absolues : cas-effets.

La nullité absolue sanctionne, en principe, une atteinte à l'intérêt général. Certains auteurs estiment que la nullité absolue doit sanctionner également tout manquement grave aux conditions de formation du contrat, même si des intérêts privés sont seuls en cause.

Il semble difficile et hasardeux de déterminer avec précision l'état du droit positif à cet égard. Les auteurs sont très partagés et les théories sont multiples. Dans cette confusion, la jurisprudence paraît très empirique. On peut cependant affirmer que les manquements aux conditions de validité relatives à l'objet et à la cause sont sanctionnés par la nullité absolue.

A ces cas de nullités absolues, on peut ajouter l'inexistence légale de certains contrats dont la formation dépend de l'accomplissement de formalités essentielles. Ce sont les contrats solennels (cf. infra, n° 02.1).

Lorsque la nullité est absolue, l'annulation de l'acte peut être demandée par toute personne intéressée : les parties, leurs ayants-cause à titre universel et à titre particulier, les créanciers, le tribunal d'office ou à la demande du Ministère Public si l'ordre public est menacé (cf. art. 138 al. 2 C. Jud.), voire des tiers concernés par les effets externes du contrat.

La confirmation de l'acte nul n'est dès lors pas concevable puisque l'action en nullité n'est pas réservée aux parties contractantes. On ne peut que refaire une opération correcte. Cette réfection est un nouvel acte sans lien juridique avec l'acte antérieur absolument nul.

Les nullités absolues se prescrivent par 30 ans après ce délai, il n'y a plus d'action en nullité possible. Toutefois, cette prescription ne rend pas le contrat valable, et l'exception de nullité peut toujours être opposée à celui qui réclamerait l'exécution d'un contrat frappé de nullité absolue.

Les effets de l'annulation du contrat sont les mêmes quel que soit le type de nullité qui la justifie. Il n'y a pas de distinction à cet égard entre la nullité absolue et relative, sauf lorsque la nullité absolue est prononcée pour illicéité.

Lorsque le contrat est illicite, on invoque fréquemment deux anciens adages : "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans" et "In pari causa turpitudinis cessat repetitio". Ces deux adages sont souvent confondus. Leur sens respectifs les différencient néanmoins. L'adage "Nemo auditur..." signifie que personne ne peut demander en justice l'exécution d'une convention contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs. L'adage "In pari causa..." signifie que lorsqu'il y a une même turpitude de la part des deux contractants, il n'y a pas d'action en restitution ni pour l'un, ni pour l'autre.

On affirme parfois que l'adage "In pari causa..." empêcherait même d'agir en nullité, puisque la partie qui agit a elle-même contracté avec turpitude. Cette affirmation est inexacte. On peut toujours se repentir de sa propre illicéité, sans pouvoir cependant se prévaloir des effets normaux de la nullité pour demander la répétition des prestations déjà fournies. L'adage ne concerne qu'une aggravation de la sanction de la nullité. Celui qui contracte de manière illicite est ainsi menacé de perdre définitivement sa mise. L'adage "in pari causa..." n'est cependant pas une norme obligatoire, elle est laissée à la libre appréciation du juge. La jurisprudence ne l'applique pas d'une manière systématique, car cela favoriserait parfois les intentions

illicites en permettant au contrat de sortir ses effets. Ce serait le cas si un tribunal refusait d'ordonner la restitution d'une donation "illicite".

01.52 - Nullités relatives : cas-effets.

Les nullités relatives sont des nullités de protection existant au bénéfice de certaines personnes et pour la défense de leurs intérêts privés.

Le consentement et la capacité de chaque partie contractante sont protégés par une nullité de ce type. Contrairement à l'avis d'une partie de la doctrine, la jurisprudence belge considère que même l'absence de consentement n'entraîne qu'une nullité relative, pour autant, certes, que le contrat soit dûment prouvé (cf. infra, n° 02.4.), ce qui implique, au moins, un consentement apparent.

Cette action en nullité ne peut être intentée que par la personne que la loi a voulu protéger : par exemple, en cas d'erreur, celui qui s'est trompé, en cas d'incapacité, l'incapable devenu capable ou son représentant.

Inversément, la nullité relative est susceptible d'être couverte par une confirmation du titulaire de l'action en nullité (cf. art. 1338 C. civ.) lorsque le vice a été découvert et a disparu.

Cette confirmation ne requiert aucune forme particulière et la manifestation de la volonté de confirmer le contrat annulable peut même être implicite. Il suffit que l'obligation, par exemple, soit exécutée volontairement (art. 1338 alinéa 2 C. civ.). On peut aussi, sur base de l'article 1115 du Code civil considérer que le fait de laisser passer la prescription de l'action en nullité équivaut, en fait, à une confirmation tacite.

L'acte confirmé est considéré comme valable dès l'origine. Les effets déjà produits sont maintenus et l'acte continue à sortir ses effets pour l'avenir. La confirmation est donc rétroactive. Elle écarte définitivement l'action en nullité et le contrat confirmé cesse d'être annulable.

Les actions en nullité relative se prescrivent par 10 ans dans tous les cas où le délai n'est pas réduit par une loi particulière (art. 1304 C. civ.). Ce délai commence à courir dès que le vice est découvert et a disparu. Il peut en principe être suspendu ou interrompu par toutes les causes de droit commun (cf. infra, n° 07.7).

L'annulation du contrat implique l'anéantissement rétroactif de tout ce qui a été fait. En cas de litige, cette nullité devra être prononcée par un tribunal (cf. art. 1117). Le juge n'a en principe pas de pouvoir d'appréciation, dès lors qu'il constate que les conditions de la nullité sont réunies.

La nullité frappe tout le contrat, même si la cause de nullité est due à une seule clause. Dans certains cas, cependant, le législateur prévoit lui-même que la nullité ne frappera que la clause (cf. notamment art. 900 et 1762bis C. civ., art. 24 de la loi du 4 novembre 1969 sur les baux à ferme).

L'anéantissement du contrat annulé implique la restitution de tout ce qui aurait déjà été presté. Il faut replacer les parties dans la situation qui aurait été la leur si le contrat n'avait pas été conclu.

Lorsque le contrat annulé a reçu un début d'exécution, il faut procéder à des restitutions réciproques. Le vendeur restitue le prix, l'acheteur restitue la chose acquise.

Toutefois, la restitution n'est pas toujours possible : les obligations de faire (cf. infra, n° 04.2) sont rarement restituables. On ne peut restituer la jouissance de lieux loués ou le conseil donné. Dans ce cas, la nullité jouera sans rétroactivité, comme une résiliation.

Cette restitution peut aussi avoir des effets dommageables pour des tiers qui ont pu acquérir des droits sur base de la situation créée par le contrat. Certains ont pu acquérir des droits en fonction de la nouvelle

situation qu'on va anéantir. C'est notamment le cas des sous-acquéreurs d'un bien dont le contrat litigieux avait transféré la propriété. En principe, les tiers doivent subir les effets de la nullité. Le sous-acquéreur sera dépossédé, mais il aura un recours en éviction contre celui qui lui avait cédé le bien.

Il existe néanmoins deux types de protection, selon qu'on se trouve en matière immobilière ou mobilière. En cas de vente immobilière, la demande en nullité doit, pour être recevable, faire l'objet d'une inscription en marge de la transcription de l'acte de vente dans les registres de la conservation des hypothèques, de même que la décision d'annulation (art. 3 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851). Cette publicité dissuadera les tiers de contracter à l'avenir. Mais elle est sans effets à l'égard de ceux qui auraient déjà recheté l'immeuble : ceux-ci risquent d'être évincés. Par contre, l'article 2279 du Code civil, protège le sous-acquéreur de bonne foi d'un meuble corporel, en lui permettant de conserver son bien malgré l'annulation.

Dans certains cas, le législateur prévoit un régime particulier de protection. Ainsi, en matière d'assurance de responsabilité civile automobile, la loi permet à la victime d'agir directement contre l'assureur du responsable, sans que celui-ci puisse lui opposer la nullité du contrat d'assurance (loi du 1er juillet 1956, art. 11). La loi intervient ainsi pour protéger un tiers contre les effets de la nullité. Dans un autre domaine, mais avec le même souci de protéger les tiers, la loi prive de rétroactivité la nullité des sociétés commerciales (lois coord., art 13 quater et quinquies).

La jurisprudence a aussi contribué à protéger les tiers dans certains cas. Les actes d'administration accomplis de bonne foi par l'acquéreur continuent à sortir leurs effets. Si je vends ma maison à quelqu'un qui la loue à une tierce personne, l'annulation de la vente n'emportera pas l'annulation du contrat de location conclu de bonne foi par l'acquéreur.

Enfin, lorsque la nullité n'est causée que par la faute de l'une des parties, le cocontractant de bonne foi pourra obtenir des dommages-intérêts.

01.53 - Rescision pour lésion : cas-conditions-effets.

La rescision pour lésion ne se distingue pas de la nullité relative, quant à ses conditions d'application et quant à ses effets. Seule son origine, la lésion, la distingue des autres vices de validité. En effet, la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes (art. 1118 C. civ.). En règle générale, la lésion n'invalide pas les conventions au contraire de l'erreur, de la violence ou du dol qui vicie les conventions dans les limites générales fixées par le législateur.

La lésion est une disproportion ou un déséquilibre important entre les prestations des parties à un contrat conclu à titre onéreux. Une partie donne beaucoup plus que ce qu'elle reçoit. On vend par exemple un immeuble d'une valeur de deux millions pour 500.000 francs.

La lésion est un vice qui se situe à la formation du contrat. Elle ne se confond pas avec l'imprévision, qui place ultérieurement les parties dans une position assez semblable. Il y a lésion lorsque les prestations sont déséquilibrées à l'origine. Il y a imprévision lorsqu'au cours de l'exécution du contrat, les circonstances se modifient en sorte que le contrat qui était équilibré au départ devient très déséquilibré. Si un contrat de fournitures à long terme a été conclu en 1960 pour un prix formulé en Livres Sterling, il est devenu très déséquilibré lorsque la monnaie anglaise a dévalué progressivement de plus de la moitié par rapport au franc belge. Mais ce déséquilibre résulte d'un changement de circonstances postérieur à sa conclusion. Pas plus que la lésion, l'imprévision ne permet pas de remettre, en droit belge, le contrat en cause, du moins en principe (cf. infra, n° 05.4).

Les deux cas principaux où la lésion est admise concernent, d'une part, les mineurs et, d'autre part, les ventes immobilières.

Selon l'article 1305 du Code civil, la lésion est admise pour les mineurs. A leur égard, la lésion est une cause de nullité. Toutefois, le mineur émancipé ne peut invoquer cette nullité que contre les conventions qui excèdent les bornes de sa capacité (cf. supra, n°s 01.21 et 01.22).

L'article 1674 du Code civil donne au vendeur d'immeuble le droit de demander la rescision, c'est-à-dire l'annulation de la vente, lorsqu'il a été lésé de plus de sept douzièmes de la valeur du bien, par rapport à son prix normal. Si un immeuble vaut 1.200.000 francs, tout prix inférieur à 500.000 francs constitue une lésion qui justifie la rescision du contrat. Toutefois, la lésion immobilière ne peut être invoquée que par le vendeur. Si l'immeuble susmentionné est vendu pour 3.000.000 francs, l'acheteur ne pourrait invoquer la lésion.

L'article 1907 ter du Code civil (A.R. n° 148 du 18 mars 1935) relatif aux prêts usuraires, se réfère à une conception spéciale de la lésion. Ce qui est considéré, ce n'est pas tant le vice du consentement que l'attitude illicite du cocontractant. Si, abusant des besoins, des faiblesses, des passions ou de l'ignorance de l'emprunteur, le prêteur s'est fait promettre, pour lui-même ou pour autrui, un intérêt ou d'autres avantages excédant manifestement l'intérêt normal et la couverture des risques du prêt, le juge, sur la demande de l'emprunteur, réduit ses obligations au remboursement du capital prêté et au paiement de l'intérêt légal. Lorsque la loi prend en considération le comportement de celui qui a obtenu des avantages disproportionnés, on parle de lésion qualifiée. Pour obtenir une réduction - et non, une rescision - il faut démontrer que le prêteur a abusé des besoins, des faiblesses, des passions ou de l'ignorance de l'emprunteur.

Dans certains cas, la loi prévoit donc une sanction moins radicale que la rescision : le rééquilibrage du contrat. Il arrive souvent que la loi permette à celui qui a profité de la lésion de rétablir l'équilibre. L'acheteur de l'immeuble peut, en cas de lésion, offrir de payer le supplément de prix (art. 168 du Code civil). Dans certains cas, la loi prévoit, outre la rescision, une possibilité alternative de rééquilibrer le contrat.

La preuve de la lésion appartient à celui qui se prétend lésé et qui réclame la rescision. Il doit prouver que toutes les conditions d'application de la lésion sont présentes et qu'il se trouve dans une des hypothèses prévues par la loi.

Si l'autre partie affirme, pour se défendre, qu'il y avait intention libérale, c'est à elle de la prouver. Comme cette exception est souvent invoquée, et qu'elle risquait de fait l'objet d'une clause de style, l'article 1674 du Code civil prévoit que la clause par laquelle le vendeur donne la plus-value ne fait pas, en soi, preuve de l'intention libérale. On ne peut renoncer d'avance à la rescision pour lésion, en insérant dans les contrats des clauses automatiques de donation de l'éventuelle plus-value.

En pratique, il faut bien circonscrire l'intérêt de la lésion dans notre droit. Les circonstances qui la provoquent sont souvent prévenues par les réglementations contemporaines, comme celles des prix et des salaires.

Le développement d'une réglementation publique des prix a porté le problème de la lésion sur un autre plan. En agissant sur le niveau des prix, ces textes tendent à prévenir et à sanctionner la lésion en dehors des hypothèses prévues par le Code civil. L'article 1er § 2 de la loi sur la réglementation publique et les prix du 22 janvier 1945 interdit de manière générale, sous peine de sanctions pénales, de pratiquer des prix supérieurs aux prix "normaux", tant pour la vente que pour la prestation de services. En application de l'article 1er § 1 de la même loi, des prix maxima sont par ailleurs fixés par les pouvoirs publics pour certains produits et services. Ces dispositions de droit public de l'économie tendent quelque peu à refouler à l'arrière-plan la vieille matière de la lésion.

01.54 - Résolution : cas-conditions-effets.

Nous avons relevé plus haut la distinction fondamentale qu'il y a lieu de retenir entre la nullité ou la rescision d'un contrat qui sanctionne un vice de la formation mettant en cause la validité de la convention, et la résolution qui sanctionne une inexécution, un événement postérieur à la formation.

La résolution, comme la résiliation, ne concerne pas les conditions de validité du contrat. On se limitera donc ici à un simple renvoi (cf. infra, n° 05.032).

02. CONDITIONS DE FORMES - PREUVES - INTERPRETATION DES CONVENTIONS.

Le consensualisme prolonge au niveau formel le principe de l'autonomie de la volonté. Le contrat existe par le seul effet de la volonté des parties qui s'accordent. Aucune formalité n'est essentielle pour la validité d'une convention. C'est l'échange des consentements qui crée le contrat, quel que soit le mode d'expression de cet accord. Peu importe qu'il soit verbal, écrit, voire même implicite.

Le principe de base est donc que les obligations naissent et les droits se transfèrent par le seul échange des consentements. Les contrats peuvent se former par des échanges de propos, une poignée de mains, des regards, des échanges de lettres, par téléphone, voire même par l'exécution du contrat avec approbation tacite du partenaire ou par l'introduction d'une pièce de monnaie dans un distributeur automatique.

Le principe du consensualisme ne doit, cependant, pas être confondu avec les problèmes que soulèvent la preuve du contrat et son opposabilité aux tiers.

Un contrat tacite ou verbal est pleinement valable, mais le choix d'un procédé d'expression ne laissant aucune trace risque de favoriser des contestations ultérieures sur l'existence ou sur la portée exacte des obligations contractées. Il importe donc de se ménager une preuve des engagements pris. Ainsi, la rédaction d'un écrit s'avèrera particulièrement opportune pour les contrats complexes et pour les contrats dont l'exécution complète n'est pas immédiate. Le législateur énonce à cet égard des règles très précises (cf. infra, n° 02.4). Mais les plans ne doivent pas être confondus. L'exigence d'un écrit à des fins probatoires ne modifie pas le caractère consensuel du contrat, pleinement formé par le simple échange des consentements.

Sur un autre plan, et bien que le contrat ne produit d'obligations qu'entre les parties contractantes, la situation nouvelle créée par le contrat est, en principe, opposable aux tiers. Dans certains cas, cependant, l'opposabilité du contrat est liée au respect de certaines formalités. Lors de l'achat d'un immeuble, par exemple, on ne peut se prévaloir de son nouveau droit de propriété à l'égard des tiers au contrat qu'après avoir transcrit le titre de propriété sur le registre du bureau de la conservation des hypothèques (loi du 16 décembre 1851, art. 1). Le législateur instaure ce type de formalisme d'opposabilité lorsque les effets externes d'une opération sont de nature à affecter particulièrement les tiers. Toutefois, dans ces cas, même sans l'accomplissement des formalités légales, le contrat est pleinement valable entre parties. Il en va de même pour les formalités fiscales d'enregistrement.

L'autonomie de la volonté peut, toutefois, déroger au consensualisme et faire d'une formalité ou de la rédaction d'un écrit un élément essentiel du contrat. Par ailleurs, il arrive que le législateur lui-même, afin de protéger certains contractants, rende un contrat solennel en subordonnant sa conclusion à la rédaction d'un écrit (cf. infra, n° 02.1). Dans ce cas, les formalités ne concernent pas seulement l'opposabilité ou la preuve, mais l'existence même de la convention. Le contrat n'a aucune existence légale tant que les formalités n'ont pas été accomplies.

Le principe général reste cependant le consensualisme, qui se répercute dans différents aspects du droit des obligations. La prévalence de la volonté réelle sur son expression et ses formes extérieures se retrouve, notamment, dans le régime des vices du consentement (cf. supra, n° 01.11), de la simulation (cf. supra, n° 01.15), de l'effet translatif de certaines conventions (cf. infra, n° 04.1), et de l'interprétation des contrats (cf. infra, n° 02.51).

02.1 - Formes solennelles.

Exceptionnellement, la loi subordonne la conclusion de certains contrats à l'accomplissement de formalités, par exemple la rédaction d'un acte authentique. Il s'agit alors d'un contrat solennel. La formalité

- 12 -

requisie concerne l'existence même du contrat, et non seulement son opposabilité aux tiers. C'est le cas du contrat d'hypothèque qui nécessite la rédaction d'un acte authentique sans lequel il serait absolument nul.

Parfois encore, la formation d'un contrat implique, outre l'échange des consentements, la remise par l'une des parties à l'autre de la chose qui fait l'objet du contrat. Le contrat de prêt n'existe que par la remise de la chose empruntée (art. 1875 et 1892 du C. civ.). Il en va de même pour le dépôt (art. 1915 C. civ.) ou le gage (art. 2071 C. civ.). De tels contrats sont appelés contrats réels. La mise en possession de la chose est de leur essence même.

02.2. Formes simples.

On constate, en fait, que la formation du contrat adopte souvent une forme préétablie. Dans la philosophie du Code civil, les contrats sont librement discutés d'égal à égal par les parties. Les différentes clauses sont conclues de gré à gré après de véritables négociations (cf. supra, n° 01.14). Mais dans la réalité actuelle, ce cas est devenu de moins en moins fréquent tout au moins pour le consommateur individuel, ou pour la petite entreprise. S'il arrive encore de pouvoir "marchander" ou discuter des conditions de certains contrats, l'on se trouve dans bien des hypothèses devant un contrat dont toutes les clauses ont été préétablies unilatéralement par le contractant souvent sous la forme de "conditions générales". Il n'existe guère de possibilité de modifier les conditions du contrat ainsi proposé : la seule liberté est d'accepter ou de refuser. Mais si l'on accepte, on doit adhérer au contrat préétabli. On parle ainsi de contrat d'adhésion. Ce sera le cas pour le particulier s'il achète dans un grand magasin, s'il prend le train, s'il contracte une assurance, s'il s'abonne au téléphone, s'il s'engage au service d'une grande entreprise, etc...

Le contrat d'adhésion est donc celui dont les conditions ont été préétablies par l'une des parties. La possibilité de choisir un autre contractant ne modifie pas la position des parties au contrat.

Le contrat d'adhésion reste, en droit, un contrat comme les autres. Le manque de débat préalable et la présence de clauses pré-établies ne sont pas en soi de nature à porter atteinte à la validité ni à la force obligatoire du contrat. Mais l'inégalité de force entre les cocontractants, que révèle le phénomène du contrat d'adhésion, est susceptible de provoquer des abus. Cette inégalité a suscité diverses réactions protectrices à l'égard du contractant le plus faible.

Le législateur a introduit de nombreuses dispositions impératives dans des conventions où une partie impose fréquemment un contrat d'adhésion. Ainsi en est-il pour les contrats de travail (loi du 3 juillet 1978) ou pour les ventes à tempérament (loi du 9 juillet 1957).

La jurisprudence a, pour sa part, souvent cherché à protéger le contractant le plus faible en considérant que, si on peut admettre qu'une partie au contrat soit liée par son adhésion à des clauses qu'elle n'a pu négocier, encore faut-il qu'elle ait réellement "adhéré", c'est-à-dire consenti. Or il n'est pas rare qu'un commerçant cherche à introduire ses conditions générales dans le champ contractuel de manière quelque peu subreptice : texte imprimé en petits caractères figurant au verso des documents, souvent apparus à un stade tardif du processus de conclusion du contrat, voire après la conclusion. Il ne suffit évidemment pas au cocontractant de prétendre qu'il n'a pas lu les conditions dont le commerçant se prévaut, mais la jurisprudence exige de ce dernier qu'il ait à leur égard suffisamment attiré l'attention de son partenaire. D'autre part, les clauses introduites après la conclusion du contrat sont en général rejetées. Ces différentes solutions ne sont pas d'application absolue ; mais on les rencontre le plus souvent lorsque l'"adhérent" n'est pas un professionnel, notamment lorsqu'il s'agit de protéger un consommateur.

L'exigence d'un consentement réel se situe sur le plan des conditions de fond de formation du contrat. D'autres manifestations du préjugé défavorable de la jurisprudence à l'égard des conditions générales se placent au niveau de l'interprétation. Ici le Code civil lui-même indique expressément la voie, tout au moins en matière de vente ; les articles 1162 et 1602 autorisent des interprétations sévères à l'égard du vendeur. En outre,

il existe un principe général d'interprétation restrictive des clauses dérogatoires au droit commun. Les tribunaux belges se sont parfois référés à ces articles et à ce principe pour interpréter en faveur du cocontractant non commerçant certaines conditions générales préétablies.

Enfin, certaines des clauses contenues dans les conditions générales sont parfois contestées quant à leur licéité. Il s'agit surtout de clauses restrictives de responsabilité et de clauses pénales. Elles feront ultérieurement l'objet d'un examen particulier (cf. infra, n° 05.1).

02.3 - Lieu de formation.

Le lieu où le contrat se forme revêt de l'importance à certains égards, notamment à propos de la compétence judiciaire et de la détermination de la loi applicable (cf. infra, n° 09). Si le lieu de la formation du contrat est patent lorsque les cocontractants sont présents, il n'en va pas de même pour les contrats conclus par téléphone ou par correspondance.

Lorsqu'il y a une offre et une acceptation, la théorie de la réception (cf. supra, n° 01.14) implique que le contrat se forme au lieu où l'acceptation parvient à l'offrant.

02.4. - Preuve des obligations.

La preuve des obligations peut susciter divers problèmes qu'il importe de bien dissocier. L'existence et le contenu des obligations peut, en effet, être contesté à des niveaux très différents. D'abord, une partie, voire même un tiers, peut contester la validité du contrat sur base des exigences de l'article 1108 du Code civil et lui nier sa force obligatoire (cf. supra, n° 01).

Lorsque le contrat est valable, sa force obligatoire resterait néanmoins théorique si elle n'était susceptible d'exécution forcée. La preuve de l'obligation contractuelle permet d'obtenir cette exécution forcée de celui qui s'est obligé. Seul le contrat prouvé peut être invoqué en justice.

Cette question de preuve doit toujours être clairement distinguée du problème de l'opposabilité aux tiers qui ne concerne que la possibilité d'invoquer l'existence des effets externes du contrat à l'encontre de ceux qui n'y sont pas parties. L'opposabilité suppose, évidemment, une obligation valable prouvée au préalable.

Enfin, le contrat valable et prouvé peut encore être discuté à un quatrième niveau. Les parties contractantes peuvent aussi diverger sur le sens à donner à l'expression initiale de leur consentement ; il s'agit alors d'interpréter cette expression (cf. infra, n° 02.5).

Le problème de la preuve n'est pas vraiment un problème de droit des obligations. C'est plutôt une question de procédure, qui ne se pose qu'en cas de litige. Son champ d'application dépasse d'ailleurs largement le droit civil.

L'importance pratique du problème est considérable, car, en droit, ce qui ne peut se prouver n'existe pas. Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit d'abord la prouver (article 1315 C.civ.). Inversément, si l'obligation est établie, il appartient au débiteur de prouver sa libération, le cas échéant. Dans certains cas, la charge de la preuve est renversée par des présomptions légales.

La preuve n'est pas libre. Notre droit civil est dominé par un système de preuve légale. Le juge, en matière civile, n'apprécie pas librement tous les éléments de conviction apportés par les parties. Les modes de preuve admissibles sont limitativement énumérés et strictement réglementés. A défaut de pouvoir être prouvé selon les règles, le fait reste non établi même si les éléments produits par une partie paraissent convaincants. Il faut noter, cependant, que le droit commercial est moins rigoureux que le droit civil à cet égard.

L'article 1316 énumère les cinq procédés de preuve admis par le Code civil :

1) La preuve littérale ou écrite est réglementée par les

articles 1317 à 1340, bien que les règles les plus importantes qui la concernent soient contenues dans les articles 1341 à 1348. C'est une matière vaste, qui comporte diverses sous-distinctions. On distingue :

- A) Les actes, qui sont des écrits dressés en vue de faire preuve, et qui se subdivisent en deux sous-catégories : les actes sous seing privé et les actes authentiques ;
- B) Les autres écrits (lettres, registres, annotations, etc.).

2) L'aveu (art. 1354 à 1356) est la reconnaissance unilatérale par une partie d'un fait qui lui est défavorable. On distingue l'aveu fait en dehors de l'instance judiciaire (aveu extrajudiciaire) de l'aveu réalisé en cours d'instance, en présence du juge (aveu judiciaire).

3) Le serment (art. 1357 à 1359) est une déclaration solennelle, faite en justice par une partie de l'existence d'un fait qui lui est favorable. On distingue le serment décisoire, déféré par une partie à l'autre au cours du procès, du serment supplétoire déféré par le juge à une partie.

4) Les témoignages (art. 1341 à 1348) sont des déclarations apportées par des personnes tierces au litige. Leur force probante est relativement limitée par rapport aux procédés déjà énumérés.

5) Les présomptions humaines (art. 1353) sont des circonstances de fait de nature à accréditer la thèse alléguée par une partie. Elles sont appréciées par le juge qui ne doit admettre que des "présomptions graves, précises et concordantes".

On rattache fréquemment à cette catégorie les nombreux autres modes de preuve évoqués par le Code civil, tels l'expertise (cf. art. 1644, 1678 et 1716) ou les actes de notoriété (cf. art. 70 à 72bis), et par le code judiciaire ou les lois particulières. On y rattache aussi souvent tout l'arsenal moderne des moyens de reproduction : photos, telex, enregistrements, photocopies, etc...

02.41 - Ecrit : authentique et sous seing privé.

La preuve écrite occupe une place dominante dans l'administration de la preuve des obligations contractuelles. L'article 1341 du Code civil énonce que pour "toutes choses" dépassant la valeur de 3.000 francs, il faut une preuve écrite (un "acte"). L'expression "toutes choses" vise tous les actes juridiques. Cela concerne non seulement les contrats, mais aussi les autres actes juridiques tels que les engagements unilatéraux, l'existence de clauses déterminées, les paiements, etc. Mais l'exigence de l'écrit ne s'applique pas à la preuve des faits juridiques, tels que les délits, les manoeuvres dolosives, etc. Ceux-ci peuvent être prouvés par toutes voies de droit.

A cette première règle, s'en ajoute une seconde : lorsqu'il y a un écrit, même pour un acte portant sur moins de 3.000 francs, on ne peut prouver par témoignages ou présomptions contre ou outre le contenu de cet écrit. On ne peut prétendre par de tels modes de preuve que le document est inexact, incomplet ou qu'il a été modifié.

L'écrit probatoire au sens de l'article 1341 doit être un acte, c'est-à-dire un écrit dressé en vue de servir d'instrument de preuve. Il doit présenter certaines conditions. Tous les actes n'ont pas la même valeur probatoire. On distingue principalement les actes sous seing privé et les actes authentiques.

L'acte authentique est un acte dressé selon les formes légales par un officier public compétent. Diverses personnes peuvent être compétentes, selon le type d'acte : juge, officier d'état civil, notaire, huissier, receveur des contributions, agent diplomatique, greffier, etc.

L'acte authentique a une force probatoire renforcée. Il ne peut être remis en cause quant à son contenu que par la procédure d'inscription de faux. En dehors de cette procédure stricte et coûteuse, on ne peut prouver contre un acte authentique, sauf s'il révèle une erreur manifeste ou une contradiction. Cette force probante va au-delà de celle des autres écrits,

puisque'on ne peut même pas contester l'acte authentique par un aveu, un serment ou un autre écrit.

La valeur probatoire ne s'attache pas à la vérité de ce que les parties ont déclaré, mais seulement au fait que leurs déclarations ont été telles que mentionnées dans l'acte. Cette valeur s'attache aussi à la signature de l'officier public et des parties, à la date, au fait de la comparution et, d'une manière générale, à tout ce que l'officier instrumentant avait le pouvoir de constater. Cette force probatoire trouve son fondement dans les garanties légales de régularité de l'acte authentique et la confiance mise dans la parole de l'officier public.

Si un acte prétendument authentique ne remplit pas les conditions de forme requises ou est dressé par un officier public incompétent, il sera nul en tant qu'acte authentique, mais on pourra le cas échéant y reconnaître un acte sous seing privé ou un commencement de preuve par écrit (cf. infra).

L'acte sous seing privé est un document écrit dressé pour faire preuve d'un acte juridique et signé par les parties, ou du moins par celle à qui on l'oppose.

La signature en est, en effet, une condition essentielle. Il s'agit d'un signe manuscrit par lequel on a l'habitude de manifester son approbation sur un document. Ce signe doit être manuscrit : ce ne peut être une griffe ou un cachet. En principe, à défaut de signature, le document serait, au plus, un commencement de preuve par écrit.

Hors cette exigence de signature, qui peut même être un blanc-seing, l'acte sous seing privé peut prendre n'importe quelle forme : il peut être manuscrit ou dactylographié, imprimé avec ou sans titre, écrit par une des parties ou par un tiers. Il peut contenir des ratures, même ressembler à un brouillon.

Le contenu de l'acte sous seing privé n'est cependant pas totalement indifférent. S'il est dressé en vue de constater un contrat synallagmatique, il doit être établi en autant d'exemplaires qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Chacun des originaux doit mentionner le nombre d'originaux établis. C'est la formalité dite du "double" (art. 1325 C.civ.).

On renonce cependant à invoquer l'article 1325 dans le cas où l'une des parties exécute immédiatement ses obligations. On admet aussi que chaque partie ne dispose que d'un exemplaire signé par l'autre. Les contrats conclus entre absents sont aussi valablement prouvés par la production de correspondances concordantes.

Lorsque l'acte sous seing privé contient un contrat ou une obligation unilatérale qui porte sur une somme d'argent ou un autre objet appréciable en quantité, il doit être écrit en entier de la main du débiteur ou, du moins, contenir la mention "bon" ou "approuvé" manuscrite avec l'indication du chiffre en toutes lettres, outre sa signature (art. 1326 C.civ.).

Cette formalité veut prévenir le risque que l'on modifie la somme ou la quantité convenue en ajoutant un chiffre. Le créancier pourrait transformer l'engagement à payer 100 en ajoutant un ou deux chiffres. Cela ne concerne pas les contrats synallagmatiques, du fait de la formalité du double, ni les quittances.

Toutefois, en cas de discordance entre un montant indiqué en lettres et un montant indiqué en chiffres, l'obligation est présumée être du montant le moins élevé.

Lorsque toutes les conditions susmentionnées sont remplies, l'acte sous seing privé a la même foi que l'acte authentique (art. 1322 C.civ.). Cette affirmation doit cependant être tempérée dans la mesure où la force probante de l'acte sous seing privé tient principalement dans la signature de celui auquel on l'oppose. Or cette signature peut être contestée. On peut désavouer sa signature ou méconnaître la signature d'autrui. Dans ce cas,

elle fera l'objet d'une procédure de vérification d'écritures (art. 1324 C. civ. ; art. 883 à 894 C. jud.). L'acte sera provisoirement dénué de toute force probatoire durant le temps de cette procédure. Celle-ci n'est pas comparable à la procédure beaucoup plus stricte d'inscription de faux requise pour la contestation des actes authentiques.

Quelles que soient les distinctions entre l'acte sous seing privé et l'acte authentique, ils répondent tous deux aux exigences de l'article 1341 du Code civil. Il faut cependant bien circonscrire le caractère impératif et prééminent de la preuve écrite.

Les règles de l'article 1341 ne concernent que les parties à l'acte juridique. Les tiers peuvent, en principe, prouver ou contester l'existence et le contenu des actes juridiques par toutes voies de droit.

Certes, l'acte authentique fait foi à l'égard des tiers. Pas plus que les parties, ils ne peuvent contester ce qui a valeur authentique. Par contre, ils peuvent attaquer la véracité du contenu des déclarations actées par toutes voies de droit, alors que les parties sont tenues par la prééminence de l'écrit.

De la part des tiers, l'écrit peut être combattu par toutes voies de droit, pour établir, par exemple, une inexactitude ou une simulation.

Les tiers peuvent écarter la date de l'acte que les parties prétendraient leur opposer. L'article 1328 du Code civil ne prévoit que trois cas où la date d'un acte sous seing privé est "certaine" à l'égard des tiers : à la date de l'enregistrement, à la mort d'une des parties, ou lorsque la substance de l'acte est constatée dans un acte authentique.

L'article 1328 ne s'applique cependant pas aux cas où il y a des formalités spéciales de protection des tiers, telles que la transcription en matière immobilière. Il ne s'applique pas non plus en matière com-

merciale, ni à l'égard des tiers de mauvaise foi.

Entre parties, la prééminence de la preuve écrite connaît aussi diverses limites.

L'article 25 du Code de commerce établit une première exception importante. La preuve par témoins et présomption est admise lorsqu'il s'agit d'engagements commerciaux, quels qu'en soient les montants. L'exigence d'un écrit est aussi écarté par la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail (art. 12).

La preuve par témoignages et présomptions est admise lorsque l'une des parties, bien que n'ayant pas un acte faisant preuve de contrat lui-même, dispose d'un "commencement de preuve par écrit". On nomme ainsi tout écrit émanant de l'autre partie et qui rend vraisemblable ce qui est allégué (art. 1347 C. civ.).

L'article 1348 admet d'autres exceptions dans les cas où le créancier n'a pas pu se procurer une preuve littérale, et pour ceux où le titre a été détruit par cas fortuit.

Cet article du Code civil énumère différentes situations non limitatives où les parties se sont trouvées dans l'impossibilité de rédiger un écrit.

Dans de tels cas, le créancier sera dispensé de l'exigence d'une preuve littérale. Cette impossibilité peut être matérielle, dans des circonstances critiques comme un incendie ou un naufrage. Elle peut aussi être morale, lorsque la rédaction d'un écrit n'est pas possible en raison des rapports personnels entre parties ou des usages. Ainsi, il n'est pas d'usage de signer un contrat avec l'hôtelier à l'occasion du dépôt des bagages.

La prééminence de la preuve écrite n'est pas totale. L'aveu judiciaire et le serment décisoire sont toujours admissibles en l'absence ou contre un écrit sous seing privé. Il s'agit d'autres procédés de preuve dits "parfaits". En outre, comme la matière de la preuve n'est pas d'ordre

public, les parties peuvent déroger aux principes de l'article 1341, mais encore devront-elles, le cas échéant, prouver leurs dérogations conformément aux règles de la preuve légale.

Il y a d'autres écrits que des actes. Beaucoup n'ont aucune force probatoire particulière. Dans certains cas, ces documents peuvent cependant constituer un aveu ou un commencement de preuve par écrit, voire une simple présomption. Parfois même, la loi ou la jurisprudence leur reconnaissent une valeur probatoire spéciale.

A) Les lettres missives peuvent parfois fournir des éléments probatoires : commencements de preuve par écrit, présomptions, aveux extrajudiciaires. Une lettre missive peut même être un "acte", si elle constate un engagement unilatéral. La jurisprudence admet aussi que le rapprochement de deux lettres échangées entre parties prouve un contrat, lorsque chacune des lettres permet d'établir les engagements de son auteur. Dans ce dernier cas la formalité du double n'est pas respectée, mais l'exacte correspondance des lettres échangées assure une protection équivalente et suffisante. Rappelons d'autre part qu'en matière commerciale, la preuve étant libre, les lettres missives jouent un rôle probatoire beaucoup plus important.

B) Les télégrammes ont une valeur probante inférieure à celle des lettres, puisqu'il ne s'agit que de copies d'originaux remis au bureau de poste par l'expéditeur. L'original, non signé, pourra éventuellement être un commencement de preuve par écrit.

C) Les copies d'actes sous seing privé ne font pas foi, si elles ne sont pas signées, sauf à constituer, parfois, un commencement de preuve par écrit. Les copies d'actes authentiques ne font foi que si le titre original n'existe plus et dans des limites strictes prévues par les articles 1335 et 1336 du Code civil.

D) Les livres de commerce, au contraire des "autres écrits" qui précèdent, se voient reconnaître par la loi une force probatoire caractérisée. La raison en est que la tenue de ces livres est soumise à des exigences particulières de régularité. Les livres de commerce font preuve

contre les commerçants qui les détiennent. En matière commerciale, on admet même qu'un commerçant invoque ses propres livres contre un autre commerçant. En matière civile, le commerçant ne peut en principe invoquer ses propres livres contre un non-commerçant, mais ils font preuve contre lui (art. 1329 et 1330 C. civ.).

E) Les registres et papiers domestiques font foi contre leur auteur quand ils énoncent formellement un paiement ou lorsqu'ils mentionnent expressément que la note inscrite a été faite pour suppléer le défaut de titre (art. 1331 C. civ.).

F) Les écritures sur titre font foi contre le créancier qui les a écrites, lorsqu'elles tendent à prouver la libération du débiteur (art. 1332 C. civ.).

02.42 - Témoignage - Présomptions.

La prééminence de la preuve écrite écarte dans une large mesure la preuve des obligations contractuelles par témoignages et présomptions.

Les témoignages, comme les présomptions, sont des modes de preuve imparfaits. Il s'agit de déclarations faites sous serment par des personnes tierces au litige, qui viennent déclarer ce qu'elles connaissent de tel ou tel fait. Vu le danger de ce mode de preuve, le juge apprécie librement et n'est jamais lié. Les témoignages sont strictement réglementés par le Code Judiciaire (art. 915 à 961).

Les présomptions sont des faits connus dont on peut déduire l'existence d'un fait inconnu à prouver. N'importe quel fait peut constituer une présomption. Sa force probante dépend de l'appréciation souveraine du juge qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes. Il peut admettre souverainement une présomption unique qu'il estime suffisamment probante.

La preuve par présomption n'est admise que là où la loi accepte la preuve par témoins (art. 1353 C. civ.).

Certaines présomptions sont établies par le législateur lui-même (cf. infra, n° 07.3). Dans certains cas, ces présomptions légales sont irréfragables et ne sont donc pas susceptibles de la preuve contraire.

En principe, toutefois, une présomption légale peut être écartée par une preuve contraire. Elle n'équivaut, en fait, qu'à un renversement de la charge de la preuve par rapport au droit commun. Son caractère réfragable apparaît facilement lorsque la loi est claire à ce sujet, en réservant expressément la preuve contraire. Dans les autres cas, on peut retenir deux critères pour reconnaître une présomption irréfragable (cf. art. 1352 al. 2 C. civ.) : la présomption est absolue, d'une part, lorsqu'elle annule certains actes par présomption de fraude et, d'autre part, lorsqu'elle refuse une action en justice.

Dans certains cas, le caractère irréfragable d'une présomption légale aboutit à créer une règle de fond. Ainsi, la donation faite à un proche parent d'une personne incapable de recevoir est présumée faite à cet incapable, sans que la preuve contraire soit recevable, en sorte que ces proches sont, en fait, atteints d'une même incapacité (art. 911 C. civ.).

02.43 - Aveu.

L'aveu est une déclaration unilatérale et volontaire par laquelle quelqu'un reconnaît pour vrai un fait de nature à avoir des effets juridiques défavorables à son égard. Il peut être judiciaire ou extrajudiciaire.

Si l'aveu est extrajudiciaire, sa preuve même sera difficile et devra, le cas échéant, respecter les exigences de la preuve écrite s'il porte sur un montant supérieur à 3.000 francs (cf. infra, n° 02.41).

Comme la preuve porte sur le fait et non sur le droit, l'aveu ne peut pas porter sur une responsabilité ou un autre élément de droit, mais seulement sur des faits dont le juge tirera les conséquences juridiques. Les faits avoués doivent être personnels à l'auteur de la déclaration : c'est ce qui distingue l'aveu du témoignage.

L'aveu ne peut émaner que d'une personne qui soit capable, ou qui ait le pouvoir de disposer des droits litigieux relatifs au fait avoué. Ce n'est pas le cas ni d'un mineur, ni d'un mandataire non doté de pouvoirs suffisants.

Selon l'article 1356 C. civ., l'aveu judiciaire est irrévocable et définitif, sauf erreur de fait. Il lie le juge. Celui-ci n'est, par contre, pas lié par un aveu extrajudiciaire dont il apprécie librement la valeur.

L'aveu est, en principe, indivisible. Cependant, lorsque l'aveu est complexe et comprend plusieurs faits distincts, on peut toujours apporter la preuve contraire d'un de ces faits, l'aveu demeurant valable pour le surplus.

02.44 - Serment.

Le serment probatoire est l'affirmation solennelle d'une partie en justice relative à un fait à prouver. On distingue principalement le serment décisoire (ou litisdécisoire) qui détermine de manière décisive la preuve du fait allégué et le serment supplétoire qui ne lie pas le juge. Les serments probatoires ne doivent pas être confondus avec certains serments qui servent à consolider un engagement (serment des fonctionnaires, des députés, des avocats, des médecins, etc...).

Le serment décisoire provient de l'initiative d'une partie à un procès judiciaire, qui ne parvient pas à prouver une obligation ou un fait. Pour établir ce qu'elle allègue, elle défère le serment à son adversaire qu'elle place devant un choix. Si l'adversaire conteste l'allégation sous la

foi du serment, son affirmation est décisive. Par contre, s'il refuse le serment, le fait ou l'obligation est considéré comme établi. L'adversaire peut aussi "référer" le serment à la partie qui a eu la première initiative, et celle-ci se trouve placée devant la même alternative "prêter le serment et gagner", ou refuser et perdre (art. 1361 et 1363 C. civ.).

Le serment décisoire peut être déféré pour toute contestation et en tout état de cause, sans que le juge puisse en apprécier l'opportunité, pour autant qu'il porte sur un fait personnel à celui auquel on le défère (art. 1358 à 1360 C. civ.), suffisamment pertinent et décisif pour la solution du litige. Il n'a d'effet qu'entre parties au procès (cf. art. 1365 C. civ.).

Le serment supplétoire est un serment dont l'initiative revient au juge. Il le défère à l'une des parties pour parfaire sa conviction, lorsque les éléments de preuve déjà acquis ne lui paraissent pas suffisamment décisifs. Il ne peut donc le déférer qu'à titre complémentaire : il faut qu'un doute subsiste, mais qu'il existe déjà un "commencement de preuve" (art. 1367 C. civ.). Le juge n'est par ailleurs pas lié par ce serment, ou le refus de le prêter. Le serment supplétoire ne peut être référé à l'autre partie.

Le serment estimatoire est une variété assez rare du serment supplétoire qui porte non sur un fait, mais sur une valeur qui ne peut être prouvée autrement (art. 1369 al. 1 C. civ.). Le juge fixe un maximum à concurrence duquel le demandeur qui doit prouver un objet de sa demande sera cru sur parole.

02.5. - Interprétation des conventions.

Si la convention fait la loi des parties, encore faut-il s'entendre sur le sens et la portée des clauses. Le Code civil consacre à ce problème les articles 1156 à 1164.

02. 51 - Principes d'interprétation.

Les critères légaux ne sont que des directives, dont l'application peut être contradictoire. Le principe de base est celui de l'article 1158, selon lequel la commune intention des parties prévaut sur le sens littéral des termes. C'est encore une conséquence du principe de consensualisme (cf. supra, n° 02.1).

Diverses règles sont énoncées pour trouver cette volonté réelle.

A. Lorsqu'une clause est ambiguë, il faut l'interpréter dans le sens où elle peut avoir quelque effet plutôt que dans celui où elle peut n'en avoir aucun (art. 1157).

B. Lorsqu'un terme est ambigu, il faut choisir le sens qui convient le mieux à la matière (art. 1158).

C. Le juge peut aussi recourir aux usages (art. 1159 et 1160).

D. Les clauses doivent s'interpréter les unes les autres. Il faut rechercher le sens qui résulte de l'acte entier (art. 1161).

E. Dans le doute, la convention s'interprète dans le sens le plus favorable au débiteur (art. 1162).

02.52 - Rôle du juge.

Les règles d'interprétation du Code civil ne sont que des directives à l'égard desquelles le juge garde une grande latitude. Il a un pouvoir souverain d'interprétation qui échappe au contrôle de la Cour de Cassation. Il ne peut évidemment aller jusqu'à dénaturer le sens incontestable d'une clause. L'interprétation doit être conciliable avec les termes de la convention. On ne peut méconnaître la foi due aux actes.

Le juge doit, notamment, être attentif aux règles de la preuve. Par le biais de l'interprétation, il ne peut écarter le système selon lequel on ne peut prouver outre ou contre un écrit que par un autre écrit.

Toutefois, le juge peut toujours modifier la qualification juridique donnée à un acte par les parties. Mais cette appréciation en droit est soumise au contrôle de la Cour de Cassation.

03. DIFFERENTES FORMES D'OBLIGATIONS.

Diverses modalités peuvent parfois affecter les obligations. Il s'agit de caractéristiques qui ne sont pas essentielles à l'existence d'une obligation, mais qui sont de nature à modifier les conditions de son exécution. On examinera successivement les obligations conditionnelles ou à terme, puis certaines caractéristiques liées à la pluralité d'objets ou de sujets de l'obligation contractuelle. La matière n'est pas spécifique aux obligations contractuelles, mais c'est dans le domaine des contrats qu'elle connaît ses applications les plus fréquentes.

03.1 - Obligations conditionnelles.

La condition est un événement futur et incertain dans sa réalisation même, dont dépend, non pas seulement l'exigibilité, mais la naissance même de l'obligation (c'est la condition suspensive) ou son extinction (c'est la condition extinctive). Une même situation peut parfois donner lieu au recours à l'une ou l'autre formule.

Le Code civil consacre les articles 1168 à 1184 aux obligations conditionnelles. Leur commentaire nécessite trois remarques préliminaires.

1) Le mot "condition" utilisé ici ne se confond pas avec les sens très différents qu'il peut avoir dans d'autres contextes. La condition est un élément essentiel du contrat dans l'article 1108. Dans les articles 900, 953 ou 954, la condition est la charge qui incombe au donataire. Lorsque j'ai contracté à telle ou telle condition, la condition est la clause ou la stipulation d'un contrat. Ici, le sens est celui qui vient d'être défini ci-dessus.

2) La condition est ici une modalité, c'est-à-dire un élément sans lequel le contrat resterait valable. On ne peut prétendre mettre sous condition un élément essentiel du contrat. On ne peut vendre

quelque chose à condition d'y consentir : ce n'est pas admissible, car sans le consentement, il n'y a pas de vente.

Dans ce sens, une obligation consentie sous une condition purement potestative, c'est-à-dire dont la réalisation dépend entièrement de la volonté de celui qui s'oblige, est nulle (art. 1174). Ne pose par contre aucun problème, la condition casuelle, dont la réalisation ne dépend pas des parties (art. 1169). On admet également la validité des obligations conclues sous une condition simplement potestative ou mixte, qui ne dépend pas seulement de la volonté de l'une des parties et pour la réalisation de laquelle il y a un élément extérieur qui fait que l'engagement reste incertain et n'est pas livré totalement à la discrétion de celui qui s'est obligé (art. 1171).

3) Lorsque la condition est illicite, immorale ou impossible, la condition et le contrat qui en dépend sont pareillement nuls (art. 1172). Cependant, la jurisprudence n'annule le contrat que si la condition nulle était vraiment une cause déterminante et impulsive de la volonté du cocontractant. En outre, selon l'article 1173, la condition de ne pas faire une chose impossible ne rend pas nulle la convention contractée sous cette condition.

03.11 - Obligations sous condition suspensive.

Le contrat qui contient une obligation conclue sous condition suspensive existe pleinement dès sa conclusion, mais une obligation (ou plusieurs) dépend pour son existence même de la survenance d'un événement futur et incertain.

Avant la réalisation éventuelle de la condition, il y a seulement un germe d'obligation. L'obligation n'existe pas encore pleinement. Le créancier ne peut pas en exiger l'exécution. Un paiement prématuré donne lieu à répétition. La prescription ne court pas, puisque la créance n'est pas exigible. S'il s'agit d'une vente, la propriété et les risques ne sont pas transférés.

Ce germe d'obligation a, cependant, certaines conséquences juridiques . Le créancier peut prendre des mesures conservatoires. La créance conditionnelle peut être cédée entre vifs ou pour cause de mort. Le débiteur doit s'abstenir de tout acte susceptible d'empêcher la réalisation de la condition (cf. art. 1178). Dans certaines hypothèses, le débiteur a même l'obligation de concourir à cette réalisation, selon les exigences de la bonne foi. Par exemple, une société qui s'engage, à la condition qu'elle obtienne une autorisation officielle, doit manifester une certaine diligence pour obtenir ladite autorisation.

Lorsque la condition se réalise, l'obligation devient exigible. Mieux encore, elle se consolide avec effet rétroactif au jour où l'engagement a été conclu (art. 1179). Ainsi, si le contrat est translatif, la propriété est transmise au jour de la conclusion. Une hypothèque inscrite avant la réalisation de la condition prend rang au jour de son inscription. Il y a cependant des situations où la rétroactivité n'est pas possible. La possession ou l'usage d'un bien, par exemple, ne peuvent être exercés rétroactivement. D'autre part, rien, n'empêche d'écarter conventionnellement cette rétroactivité.

La rétroactivité peut présenter des inconvénients pour des tiers. Le bien vendu sous condition suspensive peut avoir été cédé par le vendeur à un tiers, avant la réalisation de la condition. Ce tiers doit, en principe, être évincé si la condition se réalise. Toutefois certaines mesures légales de publicité et les règles de la possession mobilière (art. 2279 C. civ.) lui assurent une certaine protection.

S'il s'agit d'un meuble, le tiers possesseur de bonne foi pourra refuser la restitution et le créancier n'aura qu'un recours indemnitaire contre son débiteur. S'il s'agit d'un immeuble, les formalités de la transcription assureront la protection des tiers. En effet, si la vente conditionnelle a été transcrite, le tiers aura pu en être informé, en sorte que s'il a acquis le bien, il l'aura fait à ses risques et périls, en pleine connaissance de cause. D'autre part, à défaut de transcription, la vente conditionnelle ne sera pas opposable à un autre acquéreur qui aura fait transcrire son titre.

Par ailleurs, la rétroactivité de la condition n'affecte pas les actes d'administration qui assurent la gestion du patrimoine sans en affecter la consistance. Les actes ne sont pas anéantis rétroactivement. Un bail conclu par un tiers acquéreur pendant la période de suspension reste valablement conclu si la condition se réalise.

L'article 1182 prévoit un autre tempérament. Lorsqu'une chose est détruite par cas fortuit, la perte en est en principe à charge du propriétaire. Supposons que la perte affecte une chose vendue sous condition. Si celle-ci se réalise, l'acquéreur devrait prendre la perte à sa charge, par le fait de la rétroactivité. L'acheteur conditionnel d'un bien détruit serait ainsi tenu de payer un bien qu'il ne pourrait recevoir. Pour éviter une telle situation, la charge des risques pendant la suspension est laissée à l'aliénateur, même si la condition vient à se réaliser.

La prescription, d'autre part, ne court qu'à partir de la réalisation de la condition (art. 2257).

Par ailleurs, lorsqu'il devient certain que le fait ne se produira pas, ce qui a pu exister en germe est anéanti rétroactivement. Tout est comme si rien n'avait été. Mais, si la défaillance de la condition est due à une faute du débiteur, la condition est réputée accomplie (art. 1178).

03.12 - Obligations sous condition résolutoire.

Lorsqu'une obligation est contractée sous une condition résolutoire, elle produit tous ses effets aussi longtemps que la condition ne se réalise pas. Si l'événement conditionnel se réalise, l'obligation est effacée rétroactivement (art. 1183). Cette rétroactivité pose des problèmes similaires à ceux de la condition suspensive. La jouissance des lieux ne pourra pas être restituée et des tiers peuvent avoir acquis des droits. On admet pour la condition résolutoire des tempéraments analogues à ceux de la rétroactivité de la condition suspensive : ainsi, les actes d'administration pourront subsister et l'acquéreur conservera la charge des risques réalisés. En tous cas, cette rétroactivité peut toujours être écartée conventionnellement. On parlera alors plutôt d'une condition extinctive.

Si la condition résolutoire (ou extinctive) ne peut plus se réaliser, le contrat est définitivement consolidé.

03.2. - Obligations à terme.

Le terme est un événement futur et certain qui peut suspendre ou éteindre une obligation. L'événement est certain dans sa survenance, mais le moment de l'échéance peut être incertain. La mort d'une personne peut, ainsi, constituer un terme valable pour une obligation. Les obligations à terme sont régies par les articles 1185 à 1188 du Code civil.

03.21 - Terme suspensif.

Selon l'article 1185, le terme ne suspend pas l'engagement, mais seulement son exécution. L'obligation affectée d'un terme suspensif existe donc pleinement avant l'échéance. Cet engagement permet au créancier de prendre des mesures conservatoires, d'agir en justice si l'existence de sa créance est contestée, même avant l'échéance, et de refuser la répétition d'un éventuel paiement prématuré. S'il s'agit d'un corps certain livrable à terme, les risques sont déjà transférés, en sorte que l'acquéreur doit subir la perte éventuelle de la chose avant sa délivrance.

Seule l'exigibilité de l'obligation est suspendue. Le créancier ne peut pas réclamer son paiement avant l'échéance du terme (art. 1186). De même, la prescription ne commence pas à courir avant cette date. Ce n'est qu'à l'arrivée du terme que l'obligation devient exigible et prescriptible.

En principe, le débiteur peut toujours renoncer au bénéfice du terme. Toutefois, il arrive que le terme soit consenti en faveur du créancier, et non du débiteur, ou en faveur des deux parties. Dans le contrat de dépôt, le déposant ne souhaite pas récupérer son bien avant le terme qu'il a stipulé en sa faveur. Ici, c'est le créancier-déposant qui pourrait renoncer au terme. Par ailleurs, dans le prêt à l'intérêt, le terme est consenti dans l'intérêt des deux parties. En principe, cependant, le terme est présumé consenti en faveur du débiteur (art. 1187).

Dans certains cas, le législateur est intervenu pour permettre au débiteur de se libérer anticipativement alors même que le terme n'était pas consenti dans son intérêt exclusif (cf. par exemple les articles 9 et 19 sexies de la loi du 9 juillet 1957 sur les ventes et prêts personnels à tempérament).

L'article 1168 prévoit deux hypothèses où le débiteur peut être tenu d'exécuter anticipativement son obligation parce que le créancier est menacé dans la récupération de sa créance à l'échéance.

D'une part, le bénéfice du terme ne peut plus être invoqué par un débiteur en faillite. Cette déchéance permet d'assurer l'égalité dans le concours des créanciers. La jurisprudence assimile à la faillite commerciale le cas de la "déconfiture", qui est l'état d'insolvabilité du débiteur non commerçant.

D'autre part, la diminution des sûretés par le fait du débiteur lui fait également perdre le bénéfice du terme, par exemple, s'il détruit l'objet donné en gage. La diminution doit être le fait du débiteur. La jurisprudence élargit la solution aux cas où le débiteur ne réalise pas les sûretés qu'il avait promises.

D3.22 - Terme extinctif.

Le terme extinctif est un événement futur et certain qui met fin à une obligation. Si quelqu'un loue un appartement jusqu'à une date fixée, à l'échéance du terme, son obligation est éteinte sans rétroactivité. Jusqu'à cette date, l'obligation subsiste normalement.

D3.3. - Obligations alternatives.

L'obligation alternative est une obligation qui a plusieurs objets et qui doit sur cette base se distinguer d'une obligation conjonctive et d'une obligation facultative.

- 33 -

L'obligation conjonctive est celle qui comporte plusieurs prestations, dont le paiement est indivisible. Le débiteur a une obligation multiple quant à son objet. Il doit ceci et cela.

L'obligation est alternative lorsqu'elle comprend deux ou plusieurs objets dont un seul doit être exécuté par le débiteur. Celui-ci s'est engagé à effectuer l'une des prestations comprises dans l'obligation. Il doit ceci ou cela.

L'obligation facultative se distingue de l'obligation alternative du fait que les diverses prestations ne sont plus sur le même plan. L'obligation facultative comprend une obligation principale, et une obligation éventuelle de substitution. La distinction ne tient souvent qu'en une manière de formuler les choses, mais la nuance est cependant importante au niveau des effets. Le contrat qui comprend une obligation facultative produit ses effets sur l'objet principal et l'éventuel transfert de propriété est effectif dès sa conclusion. La clause du dédit dans un contrat de vente fournit un exemple d'obligation facultative : une partie contractante peut se délier en payant une certaine somme. Les clauses de dédit ne doivent pas être confondues avec les clauses pénales, qui prévoient conventionnellement une indemnisation en cas d'inexécution fautive (cf. infra, n° 05.11).

Les obligations alternatives sont régies par les articles 1189 à 1196 du Code civil.

Le choix de la prestation à accomplir peut appartenir au créancier ou au débiteur. Si l'auteur du choix n'est pas déterminé, le choix appartient au débiteur (art. 1190). Aucune forme n'est requise pour conférer le choix au créancier, nonobstant le terme "expressément" de l'article 1190. Il faut, mais il suffit que la volonté soit certaine.

Si le choix appartient au débiteur et que celui-ci ne s'exécute pas, le créancier assignera en réclamation de l'une ou l'autre prestation.

Tant que le choix n'est pas effectué, l'obligation ne produit aucun effet. Lorsqu'il est effectué, l'obligation devient à objet unique, avec les effets normaux d'une obligation ordinaire, mais sans rétro-activité. Ainsi, en cas de vente, le transfert de propriété n'est effectif qu'au moment du choix, sans rétroagir à la date du contrat.

Les articles 1193 à 1196 du Code civil réglementent minutieusement la disparition d'un des objets possible avant que le choix ne soit exercé. Deux hypothèses fondamentales régissent cette réglementation selon que le choix appartient au débiteur ou au créancier.

Si le choix appartient au débiteur et qu'un seul objet a disparu, l'autre reste comme objet unique de l'obligation. Si les deux objets périssent pas cas fortuit, le débiteur est libéré. Mais si l'un d'eux périt par la faute du débiteur, celui-ci est tenu de payer la valeur de celui qui a péri en dernier lieu.

Si le choix appartient au créancier et qu'un seul objet a disparu, l'autre ne reste comme objet unique de l'obligation que si la perte n'est pas le fait du débiteur. En effet, si un objet disparaît par la faute du débiteur, le créancier peut réclamer soit l'objet subsistant, soit la valeur de la chose perdue. Le débiteur n'est libéré que si les deux objets périssent pas cas fortuit.

Lorsque que l'une des prestations prévues est soit impossible, soit illicite, l'obligation se reporte purement et simplement sur l'autre prestation (art. 1192).

Les applications pratiques des obligations alternatives sont relativement rares. On citera néanmoins un exemple tiré de l'actualité récente : devant l'inatabilité des monnaies, certains prêteurs consentent aux souscripteurs le bénéfice d'une option de change lors du remboursement. Leur obligation est donc alternative par rapport à la monnaie de paiement.

03. 4. - Obligations solidaires.

En principe, lorsqu'il y a pluralité de créanciers ou de débiteurs, la créance ou la dette se divise. L'obligation est dite conjointe lorsque chacun est créancier ou débiteur pour sa part, soit que la pluralité existe à la conclusion du contrat, soit qu'elle soit ultérieure. Si on vend un objet pour 100.000 francs à deux personnes ou si on le vend à une personne qui décède et qui laisse deux héritiers, chacun d'eux ne devra payer que sa part. Si la part de chacun n'a pas été déterminée, le partage se fera par parts viriles (égales). S'il y a plusieurs créanciers, chacun ne pourra réclamer que sa part de créance. S'il y a une prescription qui court, il faut l'interrompre à l'égard de chaque débiteur. Si un ou plusieurs débiteurs font défaut, le créancier en supportera toute la charge.

Le régime des obligations conjointes est d'application générale. En principe, les obligations à sujets multiples sont divisibles. Toutefois, le Code civil régit deux exceptions importantes : les obligations solidaires (art. 1197 à 1216) et les obligations indivisibles (art. 1217 à 1225). La solidarité et l'indivisibilité sont des institutions qui présentent de nombreuses ressemblances. De lege ferenda, on pourrait leur donner un régime unique. Certaines différences subsistent cependant en droit positif.

Leur caractéristique commune principale est leur effet unificateur : selon les cas, tous les créanciers peuvent réclamer le paiement entier (solidarité active) ou chaque débiteur peut être tenu au paiement entier (solidarité passive). Ce paiement éteint la dette à l'égard des autres créanciers ou des autres débiteurs, mais il fera cependant l'objet d'un règlement ultérieur entre les divers créanciers ou les divers débiteurs.

03.41 - Entre créanciers : solidarité active.

Il y a solidarité active lorsqu'il y a plusieurs créanciers qui peuvent chacun exercer les droits de tous. Chaque créancier peut réclamer et recevoir le tout, sous réserve du règlement de compte ultérieur avec les autres créanciers. Lorsque l'un d'eux est payé, il y aura une redistribution dans un second temps.

La solidarité active a des effets secondaires. Tout acte qui interrompt la prescription au profit d'un créancier profite à tous les autres (art. 1199). La mise en demeure du débiteur par un créancier produit des effets à l'égard de tous.

Par contre, la remise de dette accordée par un créancier ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier (art. 1198 al. 2).

03.42 - Entre débiteurs : solidarité passive.

La solidarité passive est beaucoup plus fréquente et sa réglementation a une grande importance pratique. On est en présence, cette fois, de plusieurs débiteurs. Chacun d'eux est tenu pour le tout et le créancier peut choisir le débiteur à qui il va réclamer le remboursement (art. 1200). Cette situation donne au créancier une sérieuse garantie contre l'insolvabilité et la possibilité de limiter ses recours. C'est le débiteur qui a payé qui doit recourir ensuite, avec tous les risques, contre ses co-débiteurs.

Le Code civil est relativement peu favorable à la solidarité passive. Elle ne se présume pas et doit être "expressément" stipulée, sauf si elle a lieu de plein droit en vertu de la loi (art. 1202). La volonté d'engagement solidaire doit être établie avec certitude, bien qu'aucune forme spéciale ne soit cependant exigée. La solidarité est néanmoins présumée entre les co-débiteurs commerçants.

Parmi les effets de la solidarité passive, il faut distinguer le plan de l'obligation à la dette, qui concerne les rapports entre les débiteurs et le créancier, et le plan de la contribution à la dette, qui concerne les rapports entre les co-débiteurs après que l'un d'eux ait payé.

Le créancier peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il choisit. Il a un droit d'élection, sans avoir à justifier son choix et sans que le débiteur interpellé puisse exiger la division de la dette (art. 1203).

Lorsqu'un débiteur a payé, tous les autres sont libérés à l'égard du créancier.

Si le débiteur choisi fait défaut, le créancier pourra s'adresser à n'importe quel autre débiteur ou à plusieurs d'entre eux (art. 1204).

Chaque débiteur pourra opposer au créancier toutes les exceptions liées à la dette elle-même, ou communes à l'ensemble des co-débiteurs (art. 1208). Ainsi, lorsque le délai de prescription est écoulé, chacun des co-débiteurs pourra l'invoquer. Mais, chaque co-débiteur peut aussi invoquer les exceptions qui lui sont personnelles (art. 1208). Si le consentement de l'un a été vicié, il sera seul à pouvoir invoquer ce vice. Les exceptions personnelles à un débiteur ne peuvent être invoquées par les autres, sauf si elles leur sont communes (art. 1208 alinéa 2).

Selon l'article 1205, la mise en demeure de l'un des co-débiteurs produit ses effets à l'égard de tous (intérêts moratoires, renversement de la charge des risques, cf. infra, n° 05.21). Toutefois, en cas de perte de la chose, les dommages et intérêts ne pourront être réclamés qu'aux débiteurs mis en demeure ou responsables de la perte. Les poursuites à l'égard d'un débiteur interrompent la prescription à l'égard de tous (art. 1206). Les effets du jugement prononcé contre un des co-débiteurs solidaires sont opposables aux autres, même s'ils n'ont pas été appelés à la cause. L'appel fait par un des débiteurs profite à l'ensemble des co-débiteurs solidaires. L'aveu ou l'acquiescement d'un co-débiteur n'engage cependant pas les autres.

Lorsqu'un des débiteurs solidaires a payé, il pourra réclamer à chacun des autres co-débiteurs le remboursement de leur part. Mais la solidarité n'existe plus au niveau de la contribution. Chaque co-débiteur ne pourra être poursuivi que pour sa part (art. 1214 alinéa 1).

Si un des co-débiteurs est insolvable, la perte se répartit entre celui qui a payé et les autres débiteurs solvables (art. 1214 alinéa 2).

Enfin, celui qui a payé est subrogé dans les droits et privilèges du créancier, à l'exception de la solidarité dont celui-ci bénéficiait (art. 1251-3° ; cf. infra, n° 07.11).

03.43 - Cautionnement solidaire.

La solidarité passive ne doit pas être confondue avec le cautionnement. Le cautionnement exige du créancier qu'il s'adresse d'abord au débiteur principal. En principe, il doit même d'abord exécuter les biens du débiteur principal avant de faire appel à la caution. Dans le cautionnement "solidaire", cependant, l'exécution préalable des biens du débiteur principal n'est plus requise ; mais il reste quand même nécessaire de lui réclamer le paiement en premier lieu, avant d'interpeler la caution.

03.44 - Obligations "in solidum".

On parle parfois de "solidarité imparfaite" à propos des obligations "in solidum" ou "in totum". Il s'agit de situations où des débiteurs sont tenus ensemble à l'égard d'un créancier d'une manière analogue à la solidarité. C'est le cas lorsque plusieurs personnes ont concouru, par leurs fautes respectives, à la réalisation d'un même dommage. Nonobstant les fautes concurrentes des autres, chaque responsable est tenu intégralement envers la victime qui peut réclamer la totalité de son préjudice à chacun d'eux. Les autres effets de la solidarité passive ne sont cependant pas d'application. Ainsi, notamment, la mise en demeure de l'un des débiteurs ne vaut pas à l'égard des autres.

03.5. - Obligations divisibles et indivisibles:

La solidarité passive est une garantie très sérieuse pour le créancier, mais son régime présente cependant une faille. En cas de décès de l'un des co-débiteurs solidaires, la dette transmise à ses héritiers se divise entre eux (art. 1219). Si A et B doivent solidairement 100, le créan-

cier peut réclamer 100 à l'un ou à l'autre, mais si A décède et laisse quatre héritiers, il ne pourra réclamer que 25 à chacun d'eux ou 100 à B. C'est la raison pour laquelle on stipule souvent que la dette est solidaire et indivisible.

Régie par les articles 1217 à 1225 du Code civil, l'indivisibilité est l'autre exception au principe de la divisibilité de l'obligation conjointe.

Cette indivisibilité de l'obligation peut être soit naturelle, soit conventionnelle. Si plusieurs personnes se sont engagées à livrer une même et unique chose qui ne peut être divisée, chacune est tenue pour le tout en raison de la nature même de l'objet de la prestation. On peut, cependant, stipuler une indivisibilité conventionnelle, même si la chose est, en soi, divisible.

Qu'elle soit naturelle ou conventionnelle, l'indivisibilité a les mêmes effets. On distingue selon qu'elle affecte une pluralité de créanciers (indivisibilité active) ou une pluralité de débiteurs (indivisibilité passive).

L'indivisibilité active est relativement rare. Dans ce cas, chaque créancier peut réclamer le tout, sous réserve d'un règlement de compte ultérieur avec les autres créanciers (art. 1224 alinéa 1). L'interruption de la prescription par un créancier vaut pour tous.

L'indivisibilité passive a les mêmes effets que la solidarité passive, sous réserve de deux différences importantes :

1) Si l'un des co-débiteurs décède, la dette reste indivisible pour chacun de ses héritiers (art. 1223).

2) Les effets secondaires de la solidarité ne s'appliquent pas tous. L'interruption de la prescription à l'égard d'un débiteur vaut pour les autres et l'appel interjeté par un débiteur profite aux autres. Par contre la mise en demeure n'a pas d'effet commun et le jugement rendu contre l'un d'eux n'est pas opposable aux autres.

Le co-débiteur qui a payé dispose d'un recours contributoire ultérieur contre les autres débiteurs.

04. - EFFETS DES CONVENTIONS ENTRE LES PARTIES.

04.0 - Généralités.

L'effet principal des conventions est évidemment qu'elles tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. C'est le principe de la convention-loi : les accords légalement formés doivent être respectés par les parties contractantes (art. 1134 c. civ.).

Ce principe a deux facettes. D'une part, le débiteur doit s'exécuter, et le créancier peut l'y contraindre. D'autre part, les conventions sont, en principe, intangibles. Elles ne peuvent être modifiées que de l'accord des parties ou dans les cas prévus par la loi. Cette intangibilité du contrat s'impose au juge.

Les parties sont non seulement tenues par cette force obligatoire de leur convention, elles doivent, en outre, l'exécuter de bonne foi, conformément aux articles 1134 al. 3 et 1135 du Code civil. La bonne foi n'est pas prise ici dans le sens qu'elle a dans de nombreux autres contextes, où l'on apprécie, par opposition au dol ou à la mauvaise foi, l'honnêteté d'une partie alors qu'elle accomplit certains actes (cfr. le possesseur "de bonne foi", le vendeur "de bonne foi", etc...). La bonne foi dans l'exécution des conventions signifie que les parties contractantes ont non seulement l'obligation d'exécuter ce qui a été prévu expressément, mais aussi celle d'exécuter tous les prolongements que l'équité, l'usage ou la loi y joignent. Le vendeur d'un appareil de télévision a l'obligation de le livrer, mais aussi, même si ce n'est pas expressément prévu, l'obligation d'en expliquer le fonctionnement. Cette suite fait partie de ses obligations selon les usages.

Le Code civil distingue les effets des obligations conventionnelles selon qu'il s'agit d'obligations de donner, de faire ou de ne pas faire. En réalité, l'importance de cette classification est surfaite et les développements juridiques contemporains ne lui confèrent plus la même importance.

a - Donner ne fait pas référence à une libéralité, mais au transfert d'un droit réel, tel qu'il existe dans une vente, un échange ou une donation.

b - Faire concerne une prestation positive autre que donner. Il s'agit d'une catégorie extrêmement diversifiée : livrer une chose, soigner un malade, exécuter un mandat, assurer une jouissance, etc...

c - Ne pas faire concerne une prestation négative comme un engagement de non-concurrence ou un engagement de ne pas vendre, louer ou sous-louer quelque chose. Il s'agit d'une abstention.

04.1 - Obligation de donner.

L'effet translatif caractérise l'exécution d'une obligation de donner par rapport aux obligations de faire ou de ne pas faire. Cet effet ne concerne pas tous les contrats, mais seulement ceux qui ont pour objet de transférer un droit réel.

Dans notre droit positif, l'échange des consentements suffit à opérer le transfert (art. 1138 c. civ.). La volonté des parties est toute-puissante : non seulement elle crée le contrat (cfr. supra, n° 01.10), mais elle provoque simultanément le transfert du droit réel. Ce principe est confirmé à propos de la donation (art. 938 c. civ.) et de la vente (art. 1583 c. civ.) ; il s'applique en fait à tous les contrats ayant pour objet de transférer un droit réel.

Cette règle présente certains inconvénients. D'une part, elle ne correspond guère à la psychologie des cocontractants et, d'autre part, elle multiplie les situations où la propriété est séparée de la détention de la chose (cas des vendeurs devant encore livrer), ce qui est de nature à tromper les tiers. Ceux-ci doivent, en principe, subir la situation née de l'effet translatif.

Les tiers pourront cependant bénéficier de diverses protections. En matière immobilière, la vente n'est opposable aux tiers que moyennant le respect de formalités de publicité (loi hypothécaire du 16 décembre 1851, art. 1). En matière mobilière, la possession vaut titre, malgré un éventuel transfert "a non domino". L'article 1141 du Code civil applique à ce propos le principe de l'article 2279, sous la réserve de la bonne foi. Si le vendeur d'une chose déjà vendue mais non encore livrée la revend à un autre acheteur qui en prend possession de bonne foi, ce deuxième acquéreur conservera la chose bien qu'il l'ait acquise de quelqu'un qui n'en était plus propriétaire.

On peut déroger conventionnellement au principe de l'effet translatif et convenir que le transfert sera effectué ultérieurement. C'est le cas des clauses de réserve de propriété, fréquentes dans les ventes à tempérament. Le vendeur reste propriétaire jusqu'au moment du paiement du prix ou jusqu'à la livraison.

Dans notre droit, ces clauses n'ont qu'une efficacité limitée. La jurisprudence tend à considérer qu'elles ne sont pas opposables aux tiers créanciers de l'acquéreur. Si l'acheteur tombe en faillite, le bien vendu avec clause de réserve sera néanmoins soumis au concours des créanciers, à qui la clause n'est pas opposable. Elle n'a d'utilité que dans les rapports entre le vendeur et l'acheteur.

Lorsque l'objet de l'obligation de donner est une chose de genre, le transfert de propriété ne peut se réaliser qu'au moment de l'individualisation de la chose. Si quelqu'un commande 1.000 litres de mazout, il n'en devient propriétaire qu'au moment où l'objet de la vente sera individualisé, sans doute au moment de la livraison. Cette exception est importante, dans la mesure où une partie substantielle des opérations juridiques porte sur des choses de genre.

De même, la vente d'une récolte future ou d'un bien qui doit encore être fabriqué ne permet pas le transfert de propriété au moment de la conclusion du contrat, puisque la chose n'existe pas encore. Le transfert ne se réalisera que quand la chose existera. C'est encore le cas pour les obligations alternatives (cfr. supra, n° 03.3). Ce n'est alors qu'au moment du choix que le transfert de propriété peut se réaliser.

D4.2 Obligation de faire ou de ne pas faire.

L'obligation de faire ou de ne pas faire se distingue de l'obligation de donner en cas d'inexécution. Alors qu'une obligation de donner est en général susceptible d'une exécution forcée en nature, celle-ci se conçoit plus difficilement à propos des obligations de faire ou de ne pas faire. Le plus souvent, l'inexécution de ces dernières n'est sanctionnée que par équivalent, sous forme de dommages-intérêts (art. 1142 c. civ.). Le juge a cependant la possibilité de prononcer une astreinte pour contraindre le débiteur à s'exécuter (cfr. infra, n° 05.53).

Si l'exécution forcée par équivalent s'impose absolument pour les obligations intuitu personae (cfr. supra, n° 00.6), elle ne vise pas les obligations de délivrance, généralement susceptibles d'exécution forcée. Il est aussi admis que l'exécution forcée d'une obligation de faire puisse parfois être obtenue en nature, par l'entremise d'un tiers qui accomplira la prestation aux frais du débiteur (art. 1144 c. civ.).

Même l'obligation de ne pas faire peut parfois aussi donner lieu à une exécution forcée en nature. En effet, le créancier peut demander en justice la destruction de ce qui a été fait, au détriment du débiteur et à ses frais (art. 1143 c. civ.).

04.3 - Exception "Non adimpleti contractus" (suspension d'exécution).

La réciprocité des obligations dans un contrat synallagmatique (cfr. supra, n° 00.1), à un effet direct sur l'exécution d'une telle convention. Le partenaire du cocontractant qui ne s'exécute pas peut lui-même suspendre l'exécution de ses propres obligations. L'inexécution fait perdre au défaillant ce qu'il attendait en échange. Le cocontractant se fait justice à lui-même. Le Code civil ne contient pas de disposition consacrée à ce principe, mais il le met en application dans plusieurs cas (cfr. art. 1612, 1613, 1651, 1653 et 1704).

Cette exception dite "non adimpleti contractus", ne concerne que les contrats synallagmatiques dont les obligations doivent s'exécuter simultanément. Une partie ne pourra suspendre ses obligations sous prétexte de l'inexécution des obligations corrélatives, alors que le cocontractant bénéficie d'un terme non échu.

Les effets de l'exception ne sont que provisoires et ne préjugent pas de la suite. Le créancier garde tous ses recours et il devra éventuellement s'exécuter lui-même s'il obtient l'exécution forcée de son débiteur. Il peut aussi renoncer à se prévaloir de l'exception "non adimpleti contractus".

Cette exception présente une certaine ressemblance avec le droit de rétention, qui permet au créancier de refuser la livraison d'une chose appartenant au débiteur, tant qu'il est impayé. Cependant, le droit de rétention n'est pas limité aux contrats synallagmatiques et l'exception d'inexécution n'est pas limitée aux obligations de livrer.

05.-RESPONSABILITE CONTRACTUELLE.

05.0 - Généralités.

Il y a différentes manières de ne pas remplir ses obligations. Le débiteur peut d'abord ne pas s'exécuter du tout. Mais il y a aussi manquement contractuel si l'exécution est partielle, ou défectueuse, ou tardive. Dans tous ces cas, le contractant défaillant engage sa responsabilité contractuelle.

Sauf s'il peut se prévaloir d'une cause d'exénoration (cfr. infra, n° 05.4), le contractant qui ne respecte pas ses engagements, en tout ou partie, commet une faute contractuelle dont il doit réparation.

05.01- Relations avec la responsabilité quasi-délictuelle.

Alors qu'une faute contractuelle se définit exclusivement par référence à un contrat, la faute délictuelle est beaucoup plus générale et consiste en tout écart par rapport au comportement idéal d'un homme abstrait placé dans les mêmes circonstances. Ce peut être un manquement, soit à une norme légale ou réglementaire particulière, soit simplement à l'obligation générale de prudence et de diligence requise dans la vie en société.

En matière contractuelle comme en matière délictuelle, la faute la plus légère suffit à engager pleinement la responsabilité civile de son auteur ; si ladite faute a causé un dommage, il est tenu de la réparer. Il subsiste cependant diverses distinctions entre les régimes respectivement applicables à une responsabilité contractuelle ou délictuelle.

Dans une situation déterminée, les deux types de responsabilité peuvent être régis par des systèmes différents plus ou moins favorables à la victime. Celle-ci peut disposer, dans un régime, d'une responsabilité sans faute ou fondée sur une faute présumée, alors qu'elle a la charge de la preuve d'une faute, dans l'autre régime.

La responsabilité contractuelle met en cause un ensemble de mécanismes (mise en demeure, exception d'inexécution, résolution judiciaire, clauses pénales éventuelles, etc...) qui n'ont pas leur contrepartie en matière délictuelle.

Les articles 1150 et 1151 du Code civil limitent la réparation du dommage contractuel au dommage prévisible et direct, alors que ces critères ne sont pas expressément requis en matière délictuelle. La jurisprudence tend cependant à atténuer ces différences.

Les délais de prescription respectifs peuvent être différents.

La compétence des tribunaux, et la détermination éventuelle de la loi applicable, sont régis différemment pour les délits et les contrats (cfr. infra, n° 09).

Un problème de cumul des responsabilités se pose dans les situations où entre deux personnes liées par un contrat, l'une cause à l'autre un préjudice qui découle de l'inexécution du contrat, mais qui en l'absence de tout contrat, pourrait faire l'objet d'une action en responsabilité délictuelle.

La question ne se pose que si le litige se rapporte à l'exécution du contrat. Si la faute est indépendante de la relation contractuelle, elle se situera exclusivement dans le régime de la responsabilité délictuelle. Celui qui aurait un accident de roulage dans lequel serait fortuitement impliqué son cocontractant ne disposerait évidemment d'aucune action contractuelle sur cette base.

Pour disposer d'une action contractuelle, il faut un contrat et un contrat valablement formé. Si une faute est commise pendant la négociation d'un contrat, on ne peut en principe agir que sur le plan délictuel. De même, si on annule un contrat pour dol, les dommages et intérêts demandés auront un fondement délictuel.

En présence d'un contrat, des positions extrêmes ont été défendues quant au problème du cumul, et la jurisprudence, qui a consacré certaines solutions, continue d'évoluer. Certains ont estimé que le cumul était toujours possible, en raison du caractère légal de la responsabilité délictuelle. D'autres estiment au contraire que s'il y a un contrat, c'est pour fonder sur des bases particulières les rapports entre parties. Le contrat crée une sorte d'enclave, qui exclut l'action délictuelle.

Lorsque le manquement consiste exclusivement dans l'inexécution du contrat, la responsabilité contractuelle est seule engagée, puisqu'il n'y a pas de faute hors du contrat. Si un préjudice naît, par exemple, d'un défaut de fourniture prévu par contrat, l'action délictuelle est exclue, puisque l'obligation de fourniture découlait exclusivement d'un contrat.

Lorsque le manquement allégué est simultanément un manquement contractuel et une infraction pénale, l'option est, par contre, reconnue. Les controverses persistent lorsque le manquement contractuel est en même temps susceptible de constituer une faute délictuelle, non pénablement sanctionnée.

05.D2 - Sanctions conventionnelles.

Les règles applicables à la responsabilité contractuelle sont supplétives, en sorte que les parties restent libres de convenir, comme elles l'entendent, des sanctions applicables en cas d'inexécution. Celles-ci doivent cependant, pour être licites, garder un caractère indemnitaire (cfr. infra, n° 05.11).

Les parties peuvent aussi convenir librement de l'étendue de leurs responsabilités respectives (cfr. infra, n° 05.12).

Ces aménagements conventionnels se font toutefois sans préjudice de certains pouvoirs accordés au juge par le législateur.

En effet, nonobstant les conventions des parties, le juge peut toujours accorder des délais de grâce au débiteur et autoriser des paiements échelonnés, eu égard à la situation des parties (art. 1244 al. 2 c. civ.). Bien qu'invités par le texte légal à n'user de ce pouvoir qu'avec une grande réserve, et en tenant compte des délais dont le débiteur a déjà usé, les tribunaux l'appliquent très fréquemment.

Le pouvoir du juge est impératif et les parties ne peuvent renoncer d'avance à l'octroi de ces délais de grâce. Ceux-ci ne font cependant pas obstacle à l'application éventuelle des clauses pénales dont le montant viendra augmenter la dette, le tout bénéficiant du délai de grâce.

Les termes de grâce peuvent être octroyés quels que soient la source, l'objet, la nature ou l'importance de la dette, sauf si elle est constatée dans un jugement (art. 1244 alinéa 2 c. civ. in fine et art. 1333 alinéa 2 C. jud.). En outre, certaines obligations ne sont pas susceptibles de délais de grâce : cfr. notamment les dettes alimentaires, dont l'existence même suppose la capacité de payer, la restitution de la chose par le dépositaire (art. 1944 C. civ.), le pacte de réméré en cas de vente (art. 1661 C. civ.), et les obligations résultant de la signature d'une lettre de change ou d'un billet à ordre.

L'article 1184 al. 3 C. civ. prévoit une règle analogue lorsque la résolution du contrat est demandée en justice. Le cas échéant, le juge pourra refuser la résolution et accorder un délai au débiteur, au vu des difficultés de l'exécution.

05.03 - Sanctions judiciaires.

En cas d'inexécution contractuelle, le cocontractant créancier de l'obligation non exécutée pourra en demander en justice l'exécution forcée ; le débiteur défaillant va être contraint, éventuellement par astreintes (cfr. infra, n° 05.53), à exécuter ce qu'il avait promis. Dans certains cas, le juge peut aussi accorder, à la demande du cocontractant impayé, des dommages-intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat.

05.031 - Domages-intérêts.

L'exécution forcée en nature n'est pas toujours possible, soit que la prestation due est devenue impossible - par exemple, si la chose que le débiteur avait promise a été détruite par son fait -, soit que l'exécution en nature exige le concours volontaire du débiteur. Dans ce cas, le créancier pourra demander une exécution par équivalent. Le débiteur sera condamné à payer une somme d'argent jugée équivalente à la prestation en nature.

Outre cette exécution par équivalent, le débiteur devra des dommages et intérêts dans la mesure du préjudice subi par le créancier du fait de l'inexécution ou de la mauvaise exécution. Ces dommages et intérêts sont accordés, sans préjudice des astreintes éventuelles que le juge aurait prononcées (cfr. infra, n° 05.53).

05.032 - Résolution.

Dans un contrat synallagmatique, si le cocontractant ne s'exécute pas, on peut procéder à une exécution forcée. Mais si le créancier contraint son partenaire à s'exécuter, il restera lui-même obligé de prêter ses propres obligations. L'article 1104 du Code civil ouvre une autre possibilité : celle de réclamer la résolution judiciaire.

L'intérêt pour le créancier est certain, puisqu'il peut s'exonérer de ses propres obligations et recontracter avec une autre personne. Son intérêt est particulièrement vif en cas de concours avec d'autres créanciers du débiteur défaillant.

Cette résolution judiciaire ne s'applique qu'aux contrats synallagmatiques. Elle ne concerne donc pas l'inexécution des contrats unilatéraux. L'article 1978 c. civ. interdit aussi la résolution du contrat de rente viagère. Celle-ci ne peut être accordée au créancier, car se serait priver le débiteur des chances déjà courues. Il existe une tendance à appliquer ce principe à l'ensemble des contrats aléatoires. On peut toutefois l'écarter en stipulant une clause résolutoire expresse en cas de défaut de paiement.

La résolution n'est prononcée qu'à la demande du créancier, et suivant l'appréciation du tribunal. D'une part, le créancier peut préférer demander l'exécution forcée ; d'autre part, s'il demande la résolution, le juge n'est pas tenu de la lui accorder. Quoi qu'il en soit, le contrat n'est point résolu de plein droit. La résolution doit être demandée en justice, sauf clause conventionnelle contraire. En effet, la résolution judiciaire n'est pas impérative et il est possible d'y déroger conventionnellement.

En fait, la possibilité de rompre le contrat sans recourir à justice est attirante, car le contrôle judiciaire gêne et les procédures sont longues. Des clauses contractuelles prévoient fréquemment qu'en cas d'inexécution, le contrat sera résolu de plein droit : c'est la condition résolutoire expresse, ou pacte commissaire (art. 1183 c. civ.). Elle supprime l'appréciation du tribunal.

Comme ces clauses peuvent donner lieu à des abus, le législateur est parfois intervenu pour les réglementer dans des législations particulières, voire les prohiber (art. 1762 bis c. civ. ; loi du 9 juillet 1957 sur les ventes à tempérament, art. 10). Une certaine méfiance se retrouve aussi dans la jurisprudence, qui interprète ces clauses restrictivement.

La résolution judiciaire implique nécessairement une inexécution fautive du débiteur. Le tribunal tiendra compte de l'importance de la violation par rapport à l'ensemble du contrat et des possibilités d'exécution forcée. Si le débiteur paraît pouvoir s'exécuter, le juge aura tendance à rejeter la demande de résolution.

La résolution judiciaire implique l'anéantissement rétroactif du contrat. Les prestations déjà fournies doivent être restituées. Lorsque ce n'est pas possible, notamment lorsque des prestations de fait ont déjà été accomplies, le juge prononcera une résiliation, non rétroactive.

La résolution pose aussi des problèmes à l'égard des tiers qui ont pu acquérir certains droits. En matière immobilière, la loi impose la publicité des demandes en résolution et des jugements qui la prononcent (art. 3 de la loi hypothécaire). En matière mobilière, l'art. 2279 du code civil protège les tiers acquéreurs de bonne foi.

Enfin, la résolution n'exclut pas l'octroi d'éventuels dommages et intérêts pour le préjudice qu'elle ne suffit pas à combler.

Une erreur trop répandue consiste à croire que chacune des parties peut rompre le contrat sous la seule sanction d'éventuels dommages et intérêts. En réalité, et conformément à l'article 1134, le locataire qui, par exemple, prétend "rompre" le contrat en quittant les lieux loués, reste obligé par ses engagements contractuels, dont le bailleur peut encore réclamer l'exécution forcée et, notamment, le paiement des loyers. La résolution unilatérale d'un contrat doit être demandée au juge compétent et ne peut l'être que par la partie contractante créancière d'une obligation inexécutée ou mal exécutée.

05.1 - Clauses conventionnelles sur la responsabilité.

La matière de la responsabilité civile n'est pas d'ordre public. Il existe dans la réalité de nombreuses conventions qui tendent à atténuer ou à aggraver la responsabilité d'un contractant. Ces dérogations sont, en principe, licites. Elles concernent soit l'étendue de l'indemnité due en cas d'inexécution totale ou partielle, soit les conditions dans lesquelles la responsabilité contractuelle est engagée.

05.11 - Clauses pénales : étendue - validité - effets.

Les clauses pénales sont des conventions qui déterminent le montant des dommages et intérêts et autres modalités d'indemnisation en cas d'inexécution (art. 1226 c. civ.).

Certains voient dans la clause pénale un moyen de pression sur le débiteur, une somme relativement élevée constituant une sorte de peine civile. Cette conception comminatoire, proche de l'astreinte, n'est pas admissible en droit positif belge.

La clause pénale doit nécessairement avoir un but indemnitaire pour être valable : on la considère actuellement comme une évaluation forfaitaire des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution (art. 1229 c. civ.), permettant d'éviter toute contestation ultérieure sur le montant réel et précis du préjudice.

Une telle clause pénale est, en principe, valable. Le créancier ne doit pas prouver l'existence et l'étendue du dommage et le juge doit appliquer la clause telle qu'elle a été stipulée (art. 1152 c. civ.). Le débiteur ne peut prétendre un dommage moindre. Le créancier, par contre, ne peut réclamer, pour le dommage évalué forfaitairement par la clause, une indemnisation supérieure. Dans l'état actuel de notre droit, ni la réduction, ni l'augmentation ne peuvent être prononcés, par le juge, sauf en cas d'exécution partielle (art. 1231 c. civ.).

Cependant, lorsque la somme prévue est disproportionnée par rapport au préjudice réel probable, le créancier se trouve dans une situation malsaine où il a intérêt à l'inexécution. Une telle clause pénale est considérée par la jurisprudence comme une peine civile illicite et est annulée.

Pour être applicable, la clause pénale requiert, en principe, que le débiteur soit mis en demeure (art. 1230 c. civ.), du moins lorsque cette formalité est requise (cfr. infra, n° 05.21), et n'est pas exclue par les parties. Quoi qu'il en soit, sous peine de nullité, l'application de la clause pénale ne peut jamais dépendre de l'exercice d'une action en justice (art. 1023 c. jud.). En outre, l'application d'une clause pénale ne fait pas obstacle à l'octroi de délais de grâce (cfr. supra, n° 05.02).

Il faut noter que le législateur est parfois intervenu pour prohiber certaines clauses pénales ou pour admettre leur réductibilité (cfr. art. 10 § 2 de la loi du 9 juillet 1957 relative aux ventes à tempérament). Lorsque la clause pénale est nulle, elle est réputée non écrite et n'affecte pas l'existence de l'obligation principale (art. 1227 c. civ.).

Dans la pratique, la clause pénale, qui compense le préjudice né de l'inexécution, est souvent combinée avec une évaluation forfaitaire des dommages et intérêts moratoires (cfr. infra, n° 05.52). Ainsi, il est convenu, par exemple, que le montant impayé est majoré de 15 ou 20 % à titre compensatoire et fait courir, dès la mise en demeure, un intérêt moratoire de 1 % par mois.

05.12-Clauses exclusive ou limitatives de responsabilité :
étendue - validité - effets.

Les parties contractantes peuvent aménager librement l'étendue de leur responsabilité contractuelle par des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité. On peut se décharger de certaines obligations normalement assumées, on peut transformer une obligation de

résultat en une obligation de moyen, on peut multiplier les circonstances exonératoires susceptibles d'être alléguées, etc...

La jurisprudence cherche à écarter ces clauses lorsqu'elles aboutissent à des abus. Le consentement réel du cocontractant est parfois discuté lorsque ces clauses font partie de conditions générales de contrats d'adhésion.

Lorsque la clause ne peut être combattue sur le plan du consentement, deux critères jurisprudentiels ont été élaborés pour apprécier sa validité. La clause ne sera jamais appliquée lorsqu'elle prétend exonérer un contractant de son propre dol, ni lorsqu'elle aboutit à vider l'obligation de sa substance. On ne peut s'exonérer de toute responsabilité pour une obligation centrale du contrat.

Le législateur intervient aussi dans certains cas à l'encontre des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité, notamment lorsqu'il réglemente de manière impérative le contenu de certains contrats.

05.2 - Conditions de mise en œuvre de la responsabilité.

05.21 - Mise en demeure.

La mise en demeure est une formalité qui consiste à interpellier son débiteur pour l'enjoindre à s'exécuter, en constatant officiellement son retard. C'est un dernier appel au débiteur pour qu'il s'exécute volontairement. La mise en demeure dont il est question ici est celle du débiteur (comp., les offres réelles, infra, n° 07.13). Elle fait l'objet de dispositions assez éparpillées dans le Code civil (art. 1138, 1139, 1146, 1153 et 1302).

Le débiteur est mis en demeure par une sommation d'huissier ou par un acte équivalent, tel qu'une assignation en justice ou qu'un commandement de saisie (art. 1139). En principe, une lettre ordinaire, même recommandée, ne peut suffire, mais la question est controversée en matière civile. En matière commerciale, la mise en demeure par lettre recommandée est considérée comme valable.

La mise en demeure est un préalable requis pour pouvoir recourir à l'exécution forcée. Elle constitue le point de départ des dommages et intérêts moratoires, qui compensent le préjudice dû au retard dans l'exécution (art. 1146 et 1153 al. 3). Ces dommages et intérêts moratoires se distinguent des dommages et intérêts compensatoires, qui compensent le dommage dû à l'absence ou à la défectuosité de l'exécution (cfr. infra, n° 05.51). Ceux-ci dépendent également d'une mise en demeure, mais ils sont dus en fonction des conséquences de l'inexécution, quelle que soit la date de la mise en demeure.

Cependant, celui qui contrevient à une obligation de ne pas faire doit des dommages-intérêts par le seul fait de sa contravention (art. 1145 c. civ.). De manière générale, la mise en demeure n'est pas requise lorsque l'exécution de l'obligation n'est plus possible (art. 1146 c. civ.).

Les parties peuvent conventionnellement prévoir une mise en demeure de plein droit. Dans ces cas, le débiteur est mis en demeure automatiquement par la seule échéance du terme (art. 1139 c. civ.). A défaut de pareille convention, il faut une mise en demeure même si un terme a été prévu.

La loi prévoit exceptionnellement des mises en demeure particulières ou automatiques (art. 1153 al. 3 c. civ. ; cfr. la loi du 1er mai 1913 sur les crédits aux petits commerçants).

La mise en demeure du débiteur de l'obligation de livrer un corps certain met les risques de la chose à sa charge (art. 1138 al. 2 et 1302). Toutefois, si le débiteur peut démontrer que la chose eut péri même si elle avait été livrée, il est libéré (art. 1302 al. 2).

05.22 - Charge de la preuve.

Selon l'article 1315 du code civil, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. Il appartient, en principe, au débiteur de prouver la bonne exécution de ses engagements. Mais, la charge réelle de la preuve dépend davantage de la nature de l'obligation.

Le droit positif moderne distingue à cet égard les obligations dites "de moyens" et les obligations dites "de résultat". Certains auteurs distinguent encore les obligations "de garantie".

Cette distinction repose d'une part sur l'intensité des obligations assumées par le débiteur, et d'autre part, sur l'attribution de la charge de la preuve du caractère fautif de l'inexécution éventuelle.

Sans avoir une portée absolue (car les variantes et les cas intermédiaires sont nombreux), la distinction a permis de clarifier le système des règles de responsabilité en matière contractuelle.

D'une part, l'article 1147 du Code civil énonce que le débiteur est condamné à des dommages-intérêts en cas d'inexécution, sauf s'il prouve que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne lui est pas imputable. L'inexécution présumerait donc la faute contractuelle dans le chef du débiteur. D'autre part, l'article 1137 du Code civil donne pour seule obligation au débiteur le devoir d'apporter à l'exécution de son

engagement tous les soins d'un bon père de famille. Celui-ci peut connaître des défaillances et des échecs sans cause étrangère. Ce dernier texte implique qu'il appartient au créancier insatisfait de devoir démontrer lui-même que le débiteur n'a pas agi en bon père de famille. D'une part, le débiteur de l'art. 1137 n'assume qu'une obligation de moyens. A l'instar du bon père de famille, il doit faire "son possible". En cas d'insatisfaction, le créancier a la charge de la preuve du manquement. Le débiteur promet de mettre en oeuvre les moyens, sans promettre le résultat. Si le résultat n'est pas réalisé, ce sera au créancier de prouver que tout n'a pas été mis en oeuvre. C'est un premier type d'obligation. Dans l'autre hypothèse (art. 1147), le débiteur prend en charge une obligation de résultat. Il ne promet pas seulement de faire de son mieux, mais de réussir. Si le résultat n'est pas atteint, il y a présomption de faute, et le débiteur ne pourra s'exonérer qu'en prouvant que l'inexécution est due à une cause étrangère (cfr. infra, n° 05.4).

L'exemple classique de l'obligation de moyens est l'obligation du médecin, qui s'engage à soigner, non à guérir. Le transporteur, par contre, assume en principe des obligations de résultat quant à l'arrivée à bon port des personnes ou des marchandises transportées (cfr. l'art. 1784 du Code civil, et les articles 3 et 4 de la loi du 25 août 1891).

L'importance pratique de la distinction est considérable. Le créancier d'une obligation de résultat est dans une position confortable. L'intensité de l'obligation de son débiteur est très prononcée. En cas d'inexécution, la faute est présumée. Le débiteur ne peut se justifier qu'en établissant l'existence d'une cause étrangère.

La classification bipartite entre obligations de moyens ou de résultat ne rend cependant pas compte des obligations de garantie, dont le concept ne se retrouve que chez certains auteurs. Elles vont au-delà de l'obligation de résultat. Le débiteur d'une obligation de garantie est responsable en toutes circonstances, sans même pouvoir invoquer la force majeure. Ainsi, le vendeur garantit les vices cachés de la chose (art. 1641 et 1643 c. civ.). Dans un tel cas, l'acheteur peut obtenir la résolution de la vente ou la diminution du prix sans qu'aucune cause d'exonération ne puisse être invoquée par le vendeur : on est à l'extrême des systèmes de responsabilité.

Par ailleurs, les critères d'intensité de l'obligation et de charge de la preuve, qui fondent la distinction, peuvent être combinés différemment. On peut par exemple réunir un engagement de mettre tout en oeuvre pour atteindre un résultat, avec une présomption de faute dans le cas où l'objectif ne serait pas atteint. C'est une obligation de moyens avec renversement de la charge de la preuve. On peut d'autre part se montrer plus ou moins exigeant quant aux moyens à mettre en oeuvre.

Il n'est pas toujours aisé de reconnaître la nature des diverses obligations. Dans certains cas, le libellé du texte légal ne fait aucun doute. Le libellé de l'art. 1137 c. civ. indique une obligation de moyens, celui de l'art. 1147 c. civ. est la formulation classique de l'obligation de résultat (cfr., par exemple, l'art. 1784 c. civ.). Le libellé d'une clause contractuelle peut aussi lever toute hésitation. Mais les formulations ne sont pas toujours aussi nettes. On se réfèrera alors soit à la volonté des parties, soit à la nature de l'obligation. Le juge analysera les prestations promises. Plus les engagements assumés sont complexes, et plus la perspective d'une réussite peut paraître incertaine, plus on aura tendance à qualifier les obligations d'obligations de moyens. Toute une jurisprudence s'est ainsi construite : on a par exemple reconnu une obligation de résultat dans le chef du banquier qui s'est engagé à garder des valeurs dans un coffre-fort, mais seulement une obligation de moyens à charge de l'organisme ayant promis de redresser une entreprise en difficulté.

05.3 - Faute contractuelle - cas de responsabilité - étendue.

De manière générale, la responsabilité contractuelle est engagée et la réparation du dommage causé est due dès qu'un contractant commet un manquement contractuel. Le manquement est constitué par toute forme d'inexécution non justifiée par une cause étrangère (cfr. infra, n° 05.4).

La faute contractuelle peut consister en une inexécution totale, mais aussi en une inexécution partielle, une exécution tardive, insuffisante ou non conforme aux exigences contractuelles. Même une faute non intentionnelle peut engager la pleine responsabilité de son auteur ; par exemple, en cas d'erreur fautive dans l'exécution.

La distinction entre la faute intentionnelle et la faute non intentionnelle garde cependant son intérêt dans l'application des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité. Leur application ne peut jamais être invoquée par celui qui commet une faute intentionnelle. Ces clauses sont cependant applicables à toutes les autres fautes contractuelles, même aux fautes lourdes.

L'appréciation de la réalité de la faute contractuelle dépendra principalement de l'intensité et de l'étendue des engagements contractuels eux-mêmes (cfr. supra, n° 05.22).

05.4 - Cas d'exonération - effets.

Il y a des circonstances où le débiteur est libéré, malgré l'inexécution ou le retard dans l'exécution, parce qu'un événement imprévisible, inévitable et indépendant de la volonté du débiteur rend impossible l'exécution de l'obligation. Un tel événement constitue une cause étrangère exonératoire. Elle libère le débiteur qui ne doit plus s'exécuter ni en

nature, ni par équivalent (art. 1147-1148 c. civ.). Sa responsabilité est dégagée et son obligation est éteinte, sauf s'il s'agit d'une obligation de garantie (cfr. supra, n° 05.22).

Les articles 1147 et 1148 du Code civil paraissent distinguer la force majeure et le cas fortuit. On considère actuellement qu'il n'y a pas d'intérêt à distinguer ces deux notions, qui sont englobées dans le concept plus général de cause étrangère exonératoire.

Des événements très divers peuvent être en cause : des faits de la nature (foudre, inondation, verglas, tremblement de terre, etc...), des faits de tiers, déterminés ou non (par exemple vol), à condition qu'il ne s'agisse pas de personnes dont le débiteur répond, des faits de la collectivité (émeutes, pillages, guerre, etc...), des faits "du prince", c'est-à-dire de l'autorité publique (expropriation, interdiction, refus d'autorisation, etc...), voire des faits du créancier lui-même.

La charge de la preuve de la cause étrangère incombe au débiteur qui l'invoque (art. 1302 al. 3, et 1147 c. civ.). Le débiteur doit en principe prouver positivement la cause étrangère, sans pouvoir se limiter à prouver l'absence de faute, bien que la jurisprudence soit parfois plus tolérante.

La cause étrangère exonératoire doit présenter diverses caractéristiques pour exonérer le débiteur.

- 1) L'événement doit être imprévisible au moment de la conclusion du contrat. Cette imprévisibilité s'apprécie d'une manière raisonnable et non absolue, en tenant compte du degré de probabilité de la réalisation et du risque sérieux qu'un homme raisonnable devrait envisager. Si l'événement ne devient prévisible qu'après la conclusion du contrat, il reste susceptible d'exonérer le débiteur s'il se réalise.

- 2) L'événement doit être inévitable. L'appréciation de ce deuxième critère doit aussi être raisonnable, et se référer au comportement de l'homme normal, diligent et prudent. On n'exige pas du débiteur qu'il se ruine ou qu'il se montre héroïque pour éviter la survenance de l'événement.
- 3) L'événement doit être indépendant du fait et de la volonté du débiteur et de celles des personnes dont il répond.

Le code civil prévoit que si le débiteur est en demeure, il ne peut plus invoquer la force majeure (art. 1138 al. 2, 1245 et 1302 al. 1), sauf à prouver que la chose aurait aussi péri si elle avait été livrée (art. 1302 al. 2), ce qui établit l'absence de lien de causalité entre le retard et le dommage. Cette exception ne profite cependant pas au voleur (art. 1302 al. 4 c. civ.).

Si la chose périt par la faute d'un codébiteur solidaire, les autres débiteurs ne peuvent invoquer ce fait comme une cause étrangère. Ils sont donc obligés de payer le prix de l'objet détruit, mais ils ne sont pas tenus des dommages et intérêts qui incombent seulement au débiteur fautif (art. 1205 c. civ.).

Si l'événement qui fait obstacle à l'exécution est dû en tout ou en partie à une faute contractuelle du débiteur, il perd toute force exonératoire.

- 4) L'événement doit rendre l'exécution impossible et constituer un obstacle insurmontable. Cette impossibilité doit être appréciée raisonnablement. Mais, le débiteur ne peut se limiter à invoquer une plus grande difficulté d'exécution.

Si l'obstacle n'est que temporaire, l'obligation n'est que suspendue. Dans chaque cas d'espèce, il faudra examiner si l'obligation peut encore être utilement accomplie ultérieurement. Si l'obstacle n'est que partiel, le débiteur ne sera libéré que si l'exécution partielle n'est pas concevable. Dans le cas contraire, il devra s'exécuter dans la mesure du possible (cfr. art. 1245 c. civ.).

Si le débiteur est libéré par suite de la perte fortuite de la chose due, il doit céder à son créancier tous droits et actions éventuels contre des tiers qu'il aurait eu à raison de la chose (art. 1303 c. civ.).

Lorsque l'obstacle ne crée qu'une plus grande difficulté d'exécution, il ne fait que modifier l'importance de la prestation et, dans un contrat à titre onéreux, l'équilibre des avantages convenus par les parties contractantes. Il peut arriver, en effet, que le rapport qui existait à la conclusion du contrat entre les prestations des parties soit complètement altéré en raison de la survenance d'événements imprévisibles au départ (dépréciation marquée de la monnaie, fermeture inattendue de sources d'approvisionnement ou de débouchés, révolution technologique, etc...). Le contrat, valablement et normalement formé, peut devenir tout à fait déséquilibré, à la suite de circonstances imprévisibles, inévitables et indépendantes des parties.

Certains régimes juridiques ont admis une telle imprévision pour réadapter, voire résoudre les contrats. Le droit positif belge actuel n'admet pas, en principe, un tel rééquilibrage. Le bouleversement des circonstances ne remet pas en cause la force obligatoire des engagements contractuels. Mais, rien n'empêche les parties de prévoir elles-mêmes un régime contractuel propre applicable en cas de changement de certaines circonstances. Il existe, à cet égard, une grande variété de clauses d'adaptation.

Dans les contrats internationaux, on voit se multiplier les clauses de "hardship", qui prévoient la révision du contrat lorsqu'un bouleversement des circonstances modifie profondément l'équilibre initial des obligations des parties. Par ces clauses, les parties conviennent que le contrat est conclu en fonction de la situation économique actuelle, et diverses solutions sont prévues en cas de modification. Le plus souvent, il

s'agit d'un engagement de renégociation ou de réadaptation. Un contrat d'approvisionnement en gaz naturel est conclu pour 20 ans ; si après 10 ans une nouvelle source d'énergie bouleverse le marché, une adaptation s'impose. Les aléas de la conjoncture économique actuelle et les progrès techniques rendent les clauses de hardship particulièrement opportunes.

Dans les contrats à plus court terme, les parties se contentent généralement de prévoir une clause de protection contre la dépréciation monétaire, pour les obligations qui ont pour objet le paiement d'une somme d'argent. En effet, la monnaie connaît des variations importantes, qui se heurtent au principe du nominalisme évoqué par l'article 1695 du Code civil. Sauf convention contraire, l'obligation n'est jamais que de la somme numérique énoncée au contrat, même si entre le moment de la conclusion et celui de l'exécution de l'accord, la monnaie a subi une importante modification de valeur. Le créancier porte ainsi le poids de la dépréciation monétaire quasi constante.

Devant cette situation, nombreux sont les créanciers qui cherchent à se prémunir par la voie de clauses particulières. L'article 1695 est jugé supplétif en Belgique. La pratique a mis au point une grande variété de clauses de protection contre les variations monétaires.

Seules les clauses-or, qui prévoient la libération du débiteur par un paiement d'or, sont considérées comme illicites parce qu'elles sont contraires à la démonétisation légale de l'or. L'or peut faire l'objet de la prestation du débiteur en qualité de marchandise, mais non en qualité d'instrument de paiement. On peut acheter de l'or, mais on ne peut pas payer des fournitures avec une quantité d'or. Par contre, les clauses valeur-or sont licites. Il s'agit de clauses qui stipulent un paiement dans une monnaie en faisant référence à sa valeur par rapport à l'or. Le prix sera réadapté si, au moment du paiement, le montant convenu ne permet plus d'acquérir la même quantité d'or qu'au moment de la conclusion du contrat.

Sont également licites les clauses qui prévoient les paiements en monnaie étrangère, les clauses qui prévoient une référence à une autre monnaie que celle du paiement, voire à un "panier" de différentes monnaies, éventuellement pondérées. Un autre mode de protection contre les risques de dépréciation monétaire est constitué par les options de change qui accordent au créancier le droit d'exiger le paiement dans la monnaie de son choix, selon des montants respectifs fixés lors de la conclusion du contrat. Ce relevé de diverses clauses n'est pas exhaustif et toutes les variantes sont, en principe, licites.

La grande instabilité des monnaies et l'importance du pouvoir d'achat ont aussi favorisé les références aux cours des marchandises, des denrées, au niveau des salaires, etc... Parmi ces clauses, la plus fréquente est probablement la clause de liaison à l'index général des prix de détail ou clause d'échelle mobile. Une part importante des revenus belges (salaires, loyers, etc...) est indexée sur cette base.

Dans le secteur de la construction, il existe des indices particuliers relatifs à l'évolution du coût des matériaux et du niveau des salaires. Sur le marché international, on rencontre fréquemment des références aux cours de certaines matières premières (le cuivre, le café, etc...).

Les clauses d'indexation tendent à aggraver la dépréciation monétaire dont elles procèdent. Le législateur n'y est pas toujours insensible. Diverses lois récentes ont réglementé le jeu de ces clauses en de nombreux secteurs (par exemple les loyers).

05.5 - Montant de la réparation.

05.50 - Généralités - Préjudice réparable.

Le principe de base de la responsabilité contractuelle reste l'exécution en nature de ce qui a été promis. Cela n'exclut ni les dommages et intérêts complémentaires, ni les cas nombreux où l'exécution en nature est impossible et les cas où le créancier préfère la résolution avec réclamation de dommages et intérêts.

Les dommages-intérêts contractuels sont une somme d'argent, généralement octroyée en justice, que le débiteur défaillant doit payer au créancier pour compenser le préjudice né de l'inexécution ou de la mauvaise exécution. Cette compensation constitue l'objet même de l'exécution par équivalent, lorsque l'exécution en nature n'est pas possible. Elle peut aussi venir en complément de la résolution judiciaire et de l'exécution en nature. Ces dommages et intérêts peuvent encore réparer le préjudice résultant du retard dans l'exécution. Ils se distinguent en dommages et intérêts moratoires et compensatoires. Les dommages et intérêts moratoires réparent le préjudice né du retard. Les dommages et intérêts compensatoires réparent le dommage né de l'inexécution.

Pour que le dommage soit réparable, il doit avoir été subi par le créancier cocontractant. Cependant, les héritiers sont admis à réclamer l'indemnisation du dommage à laquelle leur auteur pouvait prétendre. En outre, la créance en indemnisation peut être cédée et l'action en réparation peut aussi être exercée par le créancier de la victime négligente par la voie oblique (cfr. infra, n° 06.31), sauf pour le dommage moral.

Pour être réparable, le dommage doit être suffisamment certain, bien que la jurisprudence n'exige pas une certitude absolue. On admet une évaluation assez large de cette certitude. Les tribunaux admettent la simple perte d'une chance sérieuse.

En principe, le débiteur défaillant n'est tenu de réparer que le dommage prévisible lors de la conclusion du contrat (art. 1150 c. civ.). Le transporteur à qui on confie un objet d'une valeur exceptionnelle sans l'en informer n'est responsable, en cas de perte, qu'à concurrence de la valeur normale. Cette exigence de prévisibilité ne peut cependant être invoquée en cas de dol. S'il y a dol, il faut indemniser le préjudice même s'il était imprévisible.

Cependant, en toute hypothèse, la réparation est limitée aux dommages qui sont la suite immédiate et directe du manquement contractuel (art. 1151 c. civ.).

La jurisprudence applique ces critères de manière assez empirique, et souvent moins restrictive que le sens littéral des textes. Elle dépasse fréquemment la notion de suite immédiate et directe. En outre, elle estime généralement que seul le principe du dommage doit avoir été prévisible, et non son étendue, en sorte qu'il faut indemniser le dommage prévisible, mais d'une importance inattendue.

Enfin, le dommage réparable doit consister en une atteinte à un intérêt légitime et non illicite. Il cesse aussi d'être réparable s'il est déjà compensé d'une autre manière.

05.51 - Dommages - intérêts compensatoires.

Le préjudice causé par l'inexécution totale ou partielle des obligations contractuelles est réparé, sans préjudice d'une exécution forcée en nature, par l'octroi de dommages-intérêts compensatoires.

Si un cocontractant n'a pas exécuté ses obligations, sans pouvoir invoquer une cause exonératoire, le créancier n'a droit à une réparation que s'il a subi un dommage causé par cette faute contractuelle de son débiteur.

Ce préjudice peut comprendre un dommage positif constitué par la perte subie par le créancier dans ce qu'il possède ou dans ce qu'il avait acquis et un dommage négatif constitué par la perte d'un bénéfice prévu ou d'un accroissement quelconque que le créancier impayé aurait acquis sans la faute contractuelle du cocontractant. Selon l'article 1149, les dommages et intérêts dus au créancier sont de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé.

Le juge détermine le dommage au jour du jugement, voire même, si possible, au jour où la réparation sera accomplie. Il tient compte de tous les éléments existants ou prévisibles au jour du jugement. Pour le surplus, des réserves sont toujours possibles.

05.52 - Dommages-intérêts moratoires.

Le retard dans l'exécution des engagements contractuels peut causer un préjudice distinct des autres dommages causés par l'inexécution totale ou partielle ou par une exécution défectueuse.

En cas de retard dans le paiement d'une somme d'argent, l'article 1153 du code civil limite le montant des dommages-intérêts moratoires au taux de l'intérêt légal (actuellement fixé à 8 % par l'A.R. du 14 octobre 1974). Le créancier ne doit prouver ni l'existence, ni le montant du dommage subi, qui sont présumés d'une manière irréfragable. Mais il ne peut non plus prétendre à un dommage supérieur, sauf en cas de dol. Ces

dommages et intérêts sont dus à dater de la sommation de payer (cfr. supra, n° 05.21).

Il existe cependant des exceptions à cette règle. Le législateur prévoit dans certains cas des dommages et intérêts plus "amples" (cfr., par exemple, l'article 1846 al. 3 c. civ.). En outre, on peut conventionnellement prévoir des intérêts moratoires plus élevés, pour autant qu'ils ne perdent pas leur caractère indemnitaire (cfr. supra, n° 05.10).

En cas de retard dans l'exécution d'une obligation autre que le paiement d'une somme d'argent, l'évaluation des dommages-intérêts moratoires dépendra des cas d'espèces : frais de location, loyer ou revenu de la chose due, etc...

05.53 - Astreintes et exécution forcée.

Sans préjudice du droit de se prévaloir de l'exception d'inexécution dans un contrat synallagmatique (cfr. supra, n° 04.3), le créancier impayé ne peut se faire justice à lui-même. Pour obtenir l'exécution forcée en nature ou par équivalent du cocontractant défaillant, il doit s'adresser aux tribunaux.

Sauf si l'obligation consiste en un paiement d'une somme d'argent, le juge peut, à la demande du créancier impayé, condamner le partenaire défaillant au paiement d'une astreinte au cas où il ne serait pas satisfait à la condamnation prononcée (art. 1385 bis du code judiciaire). Elle est prononcée sans préjudice d'éventuels dommages-intérêts.

Cette astreinte peut consister soit en une somme unique, soit en une somme déterminée par unité de temps ou par contravention (art. 1385 ter c. jud.). Elle tend ainsi à vaincre la résistance du débiteur. Une fois encourue, l'astreinte est intégralement et définitivement acquise au créancier (art. 1385 quater C. jud.).

Après avoir été condamné par jugement, si le débiteur persiste à ne pas s'exécuter, il peut y être contraint par la force. S'il s'agit de recouvrer une somme d'argent, des mesures d'exécution peuvent être exercées sur ses biens. Le créancier impayé peut saisir les biens de son débiteur afin de se payer sur le produit de leur vente. L'article 7 de la loi hypothécaire fait, en effet, du patrimoine du débiteur le gage de ses créanciers (cf. infra, n° 08). Par contre, aucune contrainte ne peut être exercée sur la personne même du débiteur.

Les procédures d'exécution sont strictement réglementées ; elles impliquent un titre exécutoire, permettant de faire appel à la force publique (art. 1484 C. jud.). Ce titre est généralement fourni par l'expédition du jugement, copie officielle revêtue de la formule exécutoire (art. 1386 C. jud.).

La formule exécutoire permet donc de recourir, si besoin en est, à la contrainte publique assurée par le pouvoir exécutif. Cette contrainte s'exercera par une saisie des biens du débiteur (cf. infra, n° 08).

06. - EFFETS DES CONVENTIONS ENVERS LES TIERS.

06.0 - Généralités.

Selon l'article 1165 du Code civil, les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. C'est le principe de la relativité des conventions. Le contrat fait la loi, mais seulement la loi des parties contractantes. Sa force obligatoire ne concerne pas les tiers, bien que ceux-ci puissent être affectés de diverses manières par l'existence du contrat. En principe, la situation née de l'accord des parties leur est opposable.

On distingue généralement à cet égard les effets internes du contrats de ses effets externes. Les effets internes sont les droits et les obligations qui forment l'objet du contrat. Ces effets là ne concernent que les parties. En principe, un tiers ne peut ni réclamer, ni se voir réclamer l'exécution d'une obligation d'un contrat auquel il n'est pas partie. Un contrat a cependant aussi des effets externes qui forment la situation née du contrat. Ainsi, lorsque la propriété d'un bien est transférée contractuellement, le cocontractant qui acquiert le droit de propriété peut l'opposer à toute personne et non seulement à son partenaire.

Les effets externes sont très variés et peuvent concerner les tiers de différentes manières :

- 1) Les tiers peuvent invoquer le contrat pour en tirer des avantages. Si un contrat d'emploi est conclu, les créanciers de l'employé pourront éventuellement faire une saisie-arrêt sur son salaire, ou poursuivre son employeur dans une action en responsabilité.

- 2) Les tiers peuvent invoquer un contrat pour en contester l'existence ou pour reprocher à leur débiteur d'avoir contracté. Un cafetier qui s'engagerait à l'égard d'une brasserie contrairement à son contrat d'approvisionnement exclusif auprès d'une autre firme pourrait se voir réclamer des dommages et intérêts par cette dernière. En outre, l'action paulienne permet aux créanciers de remettre en cause les contrats conclus en fraude de leurs droits (art. 1166 c. civ. ; cfr. infra, n° 06.3). Certains actes juridiques risquent en effet d'appauvrir le patrimoine du débiteur qui s'engage au détriment du droit de gage général du créancier.
- 3) Les tiers peuvent enfin se voir imposer l'existence du contrat. Le créancier qui a un droit de gage général ne pourra plus saisir un bien légitimement aliéné. Un tiers ne pourra pas non plus inciter une partie à manquer à ses obligations contractuelles, sous peine d'engager sa responsabilité délictuelle.

Dans certains cas, l'opposabilité aux tiers est conditionnée par le respect de certaines formes de publicité.

Par ailleurs, il y a cependant de réelles exceptions à la relativité des conventions. Certains tiers vont être affectés, le plus souvent à leur profit, par des effets internes du contrat.

06.1-Stipulation pour autrui.

La stipulation pour autrui est une opération juridique par laquelle le stipulant demande au promettant de prendre un engagement envers un tiers bénéficiaire. Bien que le contrat soit conclu entre le stipulant et le promettant, le tiers bénéficiaire recueille des effets internes à son profit.

La stipulation pour autrui fait donc naître des droits au profit d'un tiers par l'intermédiaire d'un contrat. Un tiers va pouvoir se prévaloir de certains droits à l'égard de l'une des parties. L'assurance-vie avec attribution bénéficiaire en est l'exemple le plus classique. Lorsqu'un mari souscrit une assurance-vie au profit de son épouse pour un certain montant, l'épouse, qui est tiers au contrat, pourra réclamer le capital promis à l'assureur du mari décédé.

Selon l'article 1121, la stipulation doit être la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. En principe, la stipulation pour autrui ne peut pas exister seule, mais seulement comme accessoire d'un objectif propre au stipulant. Le droit positif moderne a restreint considérablement la portée de cette condition. On admet actuellement la validité d'une stipulation pour autrui dès qu'on est en présence d'un intérêt, même purement moral, dans le chef du stipulant.

La désignation d'un tiers bénéficiaire est évidemment essentielle, mais celui-ci ne doit pas être nommément désigné. Il suffit qu'il soit déterminable avec certitude au moment où la stipulation en sa faveur doit être exécutée. Ce tiers bénéficiaire ne doit pas accepter la stipulation pour qu'elle soit valable ; il n'est même pas tenu de la connaître. Avant l'acceptation, la stipulation pour autrui reste cependant révocable par le stipulant. L'acceptation n'est pas requise pour la naissance du droit du tiers, mais elle le met donc à l'abri de la révocation.

La stipulation pour autrui fait naître, dans le chef du promettant, une obligation de prêter en faveur du tiers bénéficiaire. Cependant, cette obligation est en soi un engagement envers le stipulant. En cas d'inexécution, le stipulant a une action contre le promettant. Entre eux, la stipulation pour autrui est un engagement contractuel, soumis aux règles communes de la responsabilité contractuelle. Cet engagement ne consiste pas

à exécuter la prestation au profit du stipulant, mais au profit du tiers bénéficiaire. Toutefois, si le promettant ne s'exécute pas, le stipulant pourra réclamer l'exécution forcée, ou la résolution du contrat de base aux torts du promettant, et le cas échéant des dommages et intérêts. Ceux-ci ne se confondent pas avec les dommages et intérêts que le tiers bénéficiaire pourrait réclamer pour son préjudice personnel.

Le bénéficiaire tire, en effet, de la convention envers laquelle il est tiers le droit d'exiger une prestation du promettant. Ce droit est propre et direct. C'est un droit propre que le bénéficiaire fait valoir, et non un droit du stipulant. Le bénéficiaire peut lui-même exiger l'exécution de la prestation de la part du promettant. Il dispose, le cas échéant, contre ce dernier, d'une action en exécution forcée et en dommages-intérêts. Le droit est direct en ceci que la prestation due par le promettant au tiers bénéficiaire ne passe pas par le patrimoine du stipulant. Aussi les créanciers de celui-ci ne peuvent faire valoir aucun droit sur cette prestation.

Cependant, les droits du tiers bénéficiaire sont des droits "satellites" par rapport au lien originaire entre le stipulant et le promettant. Le promettant pourra opposer au tiers bénéficiaire toutes les exceptions qui seraient nées dans ses rapports avec le stipulant. Le sort de ce lien originaire conditionne la stipulation pour autrui.

En outre, le stipulant peut révoquer la stipulation aussi longtemps que le bénéficiaire ne l'a pas accepté. Cette révocation n'exige aucune formalité particulière. Elle peut même être tacite. Ce droit de révoquer est propre au stipulant. Il ne peut être exercé ni par ses créanciers, ni même par ses héritiers.

Il n'est pas requis que le bénéficiaire accepte la stipulation pour que le droit naisse à son profit, mais cette acceptation est importante, puisqu'elle rend le droit irrévocable. L'acceptation n'est soumise à aucune exigence de forme. Elle se manifestera souvent par le fait même que le bénéficiaire invitera le promettant à s'exécuter. Le droit d'accepter est propre au bénéficiaire, en ce sens qu'il ne peut être exercé par ses créanciers, mais on admet qu'il soit exercé par ses héritiers.

Cette acceptation sera acquise d'avance lorsque la stipulation résulte d'un engagement pris par le stipulant envers le bénéficiaire. En effet, si dans le cadre de la stipulation pour autrui proprement dite, il n'y a pas de rapport entre le stipulant et le tiers bénéficiaire, la stipulation peut trouver sa raison d'être dans une relation préalable entre ces deux personnes. Elle peut notamment être l'exécution d'une obligation que le stipulant aurait contractée envers le tiers bénéficiaire dans le cadre d'une autre opération.

Dans ses rapports avec le stipulant, l'avantage recueilli par le tiers bénéficiaire peut être le résultat d'une opération à titre onéreux ou à titre gratuit.

Lorsque la stipulation pour autrui a la portée d'un acte à titre gratuit entre le stipulant et le bénéficiaire, on estime que les règles de fond des libéralités s'appliquent, notamment celles qui sont relatives à la révocation des donations. Acceptée par le bénéficiaire, une telle stipulation n'est plus révocable en tant que stipulation pour autrui. Mais elle peut rester révocable en tant que libéralité, dans les hypothèses limitativement prévues par la loi.

06.2 - Porte-fort.

S'il n'est pas possible de faire naître, au profit du cocontractant, une obligation à charge d'un tiers non consentant, on peut s'engager personnellement à obtenir d'un tiers une prestation au profit du cocontractant. Un tel engagement est une promesse de porte-fort : un contractant se "porte-fort" d'obtenir du tiers l'exécution de l'obligation.

Si le tiers accepte et ratifie, il est engagé rétroactivement au jour de la promesse, et le porte-fort a ainsi exécuté son obligation. Par contre, si le porte-fort ne parvient pas à obtenir la ratification du tiers, il engage sa propre responsabilité contractuelle.

Le porte-fort ne sera cependant pas obligé de prêter à la place du tiers : c'est la prestation de ce tiers et non la sienne qui a fait l'objet du contrat. Le cocontractant n'aura pas d'action contre ce tiers, mais seulement une action en réparation contre le porte-fort qui se serait engagé inconsiderément.

06.3 - Créanciers.

Les actes juridiques d'un débiteur dont la solvabilité est douteuse présentent un intérêt certain pour tout créancier. En effet, tous les créanciers ne disposent pas d'un gage, d'une hypothèque ou d'une autre sûreté susceptible de garantir leur créance. Leur seule garantie, leur gage général (loi hypothécaire du 16 décembre 1851, art. 7), c'est le patrimoine de leur débiteur.

Ce patrimoine est affecté par la conclusion ou l'exécution des contrats que noue le débiteur.

Si l'on ne peut reprocher à un débiteur de devenir insolvable indépendamment de sa volonté, le Code civil fournit aux créanciers des actions dans diverses situations où le comportement du débiteur est de nature à mettre en péril sa solvabilité.

D'une part, le débiteur insolvable risque de négliger d'exercer ses recours contre des cocontractants ou autres tiers, à l'égard desquels il aurait lui-même des droits de créance. Pourquoi intenterait-il une poursuite, pourquoi en subirait-il les frais lorsqu'il sait que le bénéfice qu'il pourrait en retirer profiterait exclusivement à ses créanciers ? Une telle négligence est tentante pour le débiteur peu scrupuleux, et néfaste pour l'intégrité de son patrimoine.

D'autre part, le débiteur qui redoute une exécution forcée peut aussi être tenté d'organiser son insolvabilité par diverses opérations transférant à des tiers, souvent à des conditions excessivement avantageuses, des éléments importants de son patrimoine, empêchant ainsi les créanciers de se saisir de ses biens.

Deux mécanismes légaux ont pour fin de parer à ces risques : c'est l'action oblique et l'action paulienne.

Dans d'autres cas, limitativement déterminés par la loi, un créancier tiers peut agir directement contre un cocontractant de son débiteur pour lui exiger une prestation contractuelle. C'est l'action directe.

Enfin, le débiteur tente parfois de tromper son créancier en simulant la conclusion de certaines opérations fictives portant atteinte à la consistance du patrimoine, tandis qu'une "contre-lettre" secrète dément la réalité de l'apparence ainsi créée. Les créanciers disposeront alors de l'action en déclaration de simulation déjà évoquée (cfr. supra, n° 01.15).

06.31 - Action oblique.

Les droits de créance d'un débiteur à l'égard de tiers font partie de son patrimoine et constituent pour ses créanciers une garantie de solvabilité. Leur intérêt à la préservation des droits de leur débiteur est à la mesure de la dette de celui-ci. Or l'inaction du débiteur peut leur causer un préjudice. Dans un tel cas, l'art. 1166 du Code civil confère aux créanciers le pouvoir d'"exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne".

L'action oblique ou "subrogatoire", est celle par laquelle le créancier agit à la place et pour le compte de son débiteur négligent. L'action est dite "oblique", par opposition à l'action directe (cfr. infra). Dans l'action oblique, le créancier n'agit pas directement pour son propre compte, mais pour le compte de son débiteur. Le produit de l'action tombera dans le patrimoine de son débiteur. Le créancier ne pourra s'en saisir sans un titre exécutoire et sans la mise en oeuvre de la procédure de saisie. Les autres créanciers pourront aussi en profiter, sans que le créancier agissant ne dispose d'un quelconque privilège du fait de son action oblique.

La première condition pour pouvoir agir à la place et pour le compte du débiteur est l'inaction du débiteur. Il faut une réelle négligence du débiteur, même si celle-ci ne doit pas nécessairement être frauduleuse. Lorsque l'action est intentée, le débiteur peut à tout moment reprendre son rôle. Dans ce cas, le créancier devra se retirer.

Le créancier ne pourra agir que si le débiteur présente un risque sérieux d'insolvabilité. Il serait sans intérêt pour agir si son débiteur est notoirement solvable. L'exercice de l'action oblique n'est cependant pas limité au montant de la créance du créancier agissant.

La créance du débiteur doit être certaine et exigible, ce qui exclut les créances conditionnelles ou à terme (cfr. supra, n°s 03.1 et 03.2). Mais la créance du créancier agissant ne doit pas être antérieure à celle dont il poursuit le recouvrement.

Le tiers contre lequel l'action oblique est intentée peut opposer au créancier agissant toutes les exceptions et moyens de défense qu'il pourrait opposer au débiteur. Mais, comme l'action n'est pas propre au créancier agissant, il ne pourra introduire aucune demande reconventionnelle, ni lui opposer aucune exception étrangère au débiteur. En tout temps, le tiers pourra toujours mettre fin à l'action oblique en payant au créancier ce qui lui est dû, conformément à l'article 1236 du Code civil.

Les effets pratiques de l'action oblique sont très limités. Généralement, la saisie-arrêt constitue un remède plus efficace pour la protection des droits du créancier. Les montants saisis restent chez le tiers et ne risquent pas d'être dilapidés. Ils permettront, le cas échéant, une exécution directe dans les mains du tiers (cfr. art. 1445 et svts du c. jud.).

Dans certains cas cependant, l'action oblique reste la seule possible : pour interrompre une prescription, pour interjeter appel d'une décision judiciaire défavorable, pour obtenir une prestation due, pour sortir le débiteur d'une indivision, etc...

Le champ d'application de l'action oblique doit d'ailleurs être bien circonscrit. Elle ne s'étend qu'aux actions d'ordre patrimonial que le débiteur a envers des tiers ; il n'appartient pas au créancier de se substituer au débiteur dans la gestion de son patrimoine en l'obligeant, par exemple, à contracter ou en contractant en son nom (cfr. supra, n° 06.2). En outre, certaines actions personnelles au débiteur échappent par leur nature à l'action oblique, comme, par exemple, la réclamation d'une pension alimentaire, ou la révocation d'une donation pour ingratitude.

Enfin, l'action oblique n'est pas possible au second degré : le créancier ne peut exercer à la place de son débiteur l'action oblique que celui-ci pourrait lui-même exercer contre le débiteur de son débiteur.

06.32 - Action paulienne.

L'inaction du débiteur n'est pas le seul danger qui existe pour le créancier. A son opposé, il peut redouter que son débiteur se rende insolvable ou qu'il aggrave son insolvabilité en posant des actes juridiques au profit de tiers dans le but de soustraire ses biens à l'exécution volontaire ou forcée de son obligation.

L'action paulienne, ou "révocatoire", permet au créancier d'une personne d'attaquer les actes que celle-ci ferait en fraude des droits de son créancier (art. 1167 code civil). Par l'action paulienne, le créancier obtient que les actes faits en fraude de ses droits lui soient déclarés inopposables.

La mise en oeuvre de l'action paulienne suppose la réunion de diverses conditions.

D'une part, le créancier agissant doit avoir une créance antérieure à l'acte attaqué. Il n'est pas concevable, en effet, qu'un débiteur ait pu accomplir un acte en fraude de droits inexistants au moment de sa conclusion. La créance doit aussi être certaine et exigible, car l'action paulienne est considérée comme une mesure d'exécution. Le créancier qui n'a qu'un droit à terme, ne peut exercer l'action paulienne, sauf si le débiteur devient insolvable (art. 1188 c. civ.). De même, celui qui a une créance sous condition suspensive n'a qu'un droit éventuel qui ne lui donne pas accès à l'action paulienne.

D'autre part, l'acte attaqué doit être un acte juridique patrimonial, tel un contrat, et non l'exercice d'un droit attaché à la personne. Cet acte attaqué doit causer un préjudice au créancier en menaçant la solvabilité du débiteur, soit par un appauvrissement sensible de son patrimoine, soit par une transformation de biens saisissables en biens aisément dissimulables. Enfin et surtout, l'acte attaqué doit avoir été accompli en fraude des droits du créancier. Cette fraude doit d'abord être établie dans le chef du débiteur : elle peut consister dans la volonté de priver

ses créanciers, mais il suffit de prouver que le débiteur a agi en connaissance du fait qu'il aggravait son insolvabilité. En outre, on exige aussi la preuve de la fraude dans le chef du tiers, dont on doit établir qu'il était conscient des conséquences de l'acte sur la solvabilité du débiteur ; la preuve de la fraude du tiers n'est cependant pas requise lorsqu'il s'agit d'attaquer un acte à titre gratuit.

Ce tiers peut toujours mettre fin à l'action paulienne en désintéressant le créancier, sur base de l'article 1236 C. civ.

L'action paulienne ne s'applique évidemment pas aux paiements effectués par le débiteur dans le cadre d'actes non attaqués, sauf s'il s'agit d'une dation en paiement (cfr. infra, n° 07.10).

Lorsqu'il est fait droit à une action paulienne, l'acte attaqué n'est pas annulé. Il subsiste dans la mesure où il ne nuit pas au créancier. Cet effet relatif de l'action paulienne se manifeste vis-à-vis des différentes parties.

Vis-à-vis du créancier agissant, l'acte est inopposable dans la mesure des droits qu'il peut exercer en raison de sa créance. Par exemple, le bien vendu en fraude de ses droits pourra être saisi par lui, même entre les mains du tiers acquéreur.

Vis-à-vis des autres créanciers et des tiers, l'acte subsiste et leur est opposable. L'action paulienne ne profite qu'aux créanciers qui ont intenté l'action ou qui s'y sont joints. Ceux-ci disposent donc à l'égard des biens dilapidés d'un véritable privilège. Ce trait distingue nettement l'action paulienne de l'action oblique. La première maintient le bien délaissé dans le gage général du seul créancier agissant. La seconde fait entrer un bien dans le patrimoine du débiteur au profit de tous les créanciers.

Vis-à-vis des parties à l'acte attaqué, l'acte subsiste et le tiers contractant dispose, le cas échéant, d'un recours en garantie contre le débiteur.

Une action en dommages et intérêts, fondée sur l'article 1382 du Code civil, est possible contre le tiers qui a agi frauduleusement, pour obtenir la réparation du préjudice que ne suffirait pas à indemniser l'inopposabilité de l'acte.

Si le tiers a revendu le bien acquis en vertu de l'acte contesté, l'action paulienne peut être exercée contre le sous-acquéreur, si ses conditions sont réunies à propos de l'acte initial, et si le sous-acquéreur a également agi en fraude des droits du créancier.

Dans la pratique, l'action paulienne n'est pas souvent exercée en matière civile, en raison des conditions rigoureuses de son exercice. En droit commercial, il existe, par contre, une action paulienne simplifiée, en cas de faillite du débiteur, qui connaît de nombreuses applications.

Il faut encore relever ici que l'article 490 bis du Code pénal érige en délit le fait pour un débiteur d'organiser son insolvabilité.

06.33 - Action directe.

Dans certains cas déterminés par la loi, un créancier tiers peut agir directement contre une partie pour exiger, pour son propre compte, une prestation née du contrat. Cette action diffère de la stipulation pour autrui du fait qu'elle est légale. Elle diffère aussi de l'action oblique où le créancier qui agit n'exerce pas un droit propre, mais ceux de son débiteur négligent. En voici quelques exemples.

A) L'article 1798 du Code civil confère une action directe aux ouvriers de l'entrepreneur contre le maître de l'ouvrage pour le paiement de leurs salaires.

B) L'article 1994, relatif au contrat de mandat, confère au mandant une action directe contre la personne qui se serait substituée au mandataire dans sa mission.

C) De nombreuses actions directes sont prévues par la législation sur les assurances, notamment au profit du bailleur contre l'assureur de son locataire, en cas d'incendie, et de la victime d'un accident de roulage contre l'assureur du responsable.

Les cas d'action directe tendent à se multiplier en raison de ses avantages, particulièrement au niveau de la simplification des recours. En outre, le titulaire de l'action directe se voit souvent reconnaître le bénéfice d'un certain régime d'inaopposabilité des exceptions nées du rapport existant entre les parties contractantes. L'assureur automobile devra, par exemple, indemniser la victime même si l'assuré est en défaut de payer ses primes ; l'assureur ne pourra que se retourner ensuite contre son assuré. Il n'existe cependant pas de régime général : il appartient au législateur de préciser dans chaque cas l'étendue de ce régime d'inaopposabilité ; lorsque la loi est muette, les divergences d'interprétation sont fréquentes.

06.4. - Ayants-cause.

A première vue, sont seulement parties ceux qui ont contracté, tous les autres étant des tiers. Qui n'est pas partie est tiers. En fait, cette distinction de base doit être nuancée.

Selon l'article 1122 du Code civil, "on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants-cause".

Un ayant-cause est une personne qui a reçu un droit d'une autre personne, l'auteur. Il y a trois catégories d'ayants-cause. L'ayant-cause universel est celui qui reprend l'ensemble d'un patrimoine. L'ayant-cause à titre universel est celui qui reprend une fraction d'un patrimoine. L'ayant-cause à titre particulier est celui qui reçoit des droits sur un ou plusieurs biens particuliers .

En droit belge, les ayants-cause universels ou à titre universel ne peuvent exister entre personnes physiques que pour cause de mort. De multiples ayants-cause à titre particulier apparaissent, par contre, dans les rapports entre vifs.

Les ayants-cause universels et à titre universel succèdent dans les droits et les obligations de leur auteur. Ils deviennent parties aux contrats conclus par ce dernier. L'article 1122 du Code civil qui énonce cette règle manque toutefois de précision. Le terme "stipuler" signifie faire naître un droit, par opposition à "promettre", qui signifie faire naître une obligation. Le texte légal vise en réalité non seulement les droits, mais aussi les obligations du contractant, en sorte que ce qui est promis engage les ayants-cause tout comme ceux-ci bénéficient de ce qui a été stipulé par leur auteur. On est censé avoir contracté pour soi et pour ses ayants-cause. Mais , seuls les ayants-cause universels et à titre universel sont visés par la disposition, et non les ayants-cause à titre particulier.

Ainsi, les contrats ne sont pas limités par la vie des parties originaires. Diverses exceptions doivent cependant être apportées à ce principe.

A) Les héritiers peuvent renoncer à une succession. Dans ce cas, ni les droits, ni les obligations ne leur seront transmis. Ils peuvent aussi accepter sous bénéfice d'inventaire et n'être tenu du passif qu'à concurrence de l'actif.

B) La règle de l'article 1122 n'est pas d'ordre public. Elle s'applique "à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention". Les parties peuvent donc y déroger au moment de la conclusion du contrat.

C) Certaines conventions ne sont pas susceptibles d'être transmises aux héritiers. C'est le cas des contrats conclus intuitu personae (cfr. supra, n° 00.6).

L'ayant-cause à titre particulier qui a acquis un droit sur un bien ou un ensemble de biens déterminé (par exemple, un légataire ou un acheteur) n'est pas concerné, en principe, par les conventions conclues par son auteur. Il reste étranger aux droits et obligations contractuels relatifs au bien cédé. Seuls, les titulaires de droits réels (hypothèque, usufruit, servitude,...) ont un droit de suite quel que soit le propriétaire ou le possesseur du bien.

Cependant, il y a de nombreuses situations où la jurisprudence, la loi ou des stipulations conventionnelles dérogent au principe énoncé. Généralement, il s'agit de permettre à l'ayant-cause à titre particulier d'invoquer à son profit des droits de son auteur.

Ainsi, la jurisprudence admet que le sous-acquéreur d'un bien agisse directement contre le vendeur initial en cas de vice caché, pour éviter une cascade d'appels en garantie (le consommateur aurait un recours contre le détaillant, qui pourrait agir contre le grossiste, celui-ci contre le producteur, etc...). La jurisprudence considère que la garantie due par le vendeur initial a été transmise aux sous-acquéreurs comme accessoire de la chose vendue. Une solution analogue a été dégagée en matière de contrat d'entreprise. La garantie décennale de l'architecte et de l'entrepreneur profite

directement au sous-acquéreur de l'immeuble. La jurisprudence justifie certaines solutions en découvrant des stipulations pour autrui tacites entre les parties originaires en faveur des ayants-cause à titre particulier ultérieurs.

Parfois, l'ayant-cause à titre particulier succède aussi dans les obligations de son auteur. On en trouve un exemple en matière de louage : l'article 1743 du Code civil, relatif au bail à loyer, prévoit que le nouvel acquéreur d'un bien loué est tenu de respecter un bail authentique ou dont la date est certaine.

06.5 - Transmission des obligations

On sait que la transmission des obligations se réalise, en principe, pour cause de mort, au profit des ayants-cause universels et à titre universel. La question est à présent de savoir si et comment créances et dettes peuvent se transmettre entre vifs.

Les textes du Code civil sont très dispersés. Ils organisent quelques procédés, qui concernent principalement la transmission des créances.

Le droit positif distingue fondamentalement la transmission des créances et des dettes qui se présentent en fait de manière fort différente.

Un transfert de créance peut avantager les parties à l'opération sans nuire au débiteur. Le créancier originaire est payé immédiatement. Le nouveau créancier, qui trouve en général son intérêt dans l'opération (ainsi, le financier qui "mobilise" une créance, perçoit une rémunération pour ce service), reprend la place de l'ancien. Les obligations du débiteur restent inchangées, puisqu'il doit la même chose à son nouveau

créancier qu'à l'ancien. Ceci permet d'envisager l'organisation de mécanismes de transmission des créances sans le concours du débiteur.

La cession de dette se présente très différemment, car la valeur du droit de créance dépend beaucoup de la solvabilité et de la confiance que l'on peut avoir dans son débiteur. C'est pourquoi le droit s'est toujours montré beaucoup plus réticent à l'égard de la cession de dette. Les mécanismes prévus impliquent toujours l'accord du créancier, l'accord entre le débiteur originaire et celui qui accepterait de reprendre la dette ne suffisant pas à réaliser parfaitement la transmission.

Cette différence de régime selon que la transmission concerne la dette ou la créance rend particulièrement complexe le transfert d'un contrat synallagmatique. C'est plus encore que la simple juxtaposition de deux régimes, car le contrat forme un tout.

Certains contrats font l'objet d'une réglementation propre (cfr. l'art. 1743 c. civ. à propos du bail). Dans les autres cas, les parties concernées sont parfois contraintes à effectuer un dépeçage entre les créances et les dettes.

D6.51 - Transmission des créances.

Plusieurs procédés sont susceptibles d'opérer une transmission de créance. On évoquera certains d'entre eux parmi les modes d'extinction des obligations (cfr. infra, n° 07.11 et 07.2) pour ne retenir ici que le mécanisme principal de la cession de créance, proprement dite.

La cession de créance est régie par les articles 1689 à 1701 du Code civil, dans le titre relatif à la vente. Elle constitue, en effet le plus souvent, la vente du bien incorporel qu'est la créance, mais elle peut aussi apparaître comme un acte à titre gratuit, une dation en paiement, etc...

La cession de créance est une convention consensuelle, régie par le droit commun des contrats. Le créancier originaire (le cédant) cède sa créance au nouveau créancier (le cessionnaire). Aucune forme spéciale n'est requise pour la validité de la cession. La remise du titre auquel l'article 1689 fait allusion est une simple modalité de délivrance qui n'a aucun effet sur la validité ou l'existence de la cession.

Le Code prévoit, cependant, des mesures spéciales d'opposabilité de la cession de créance. Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers, y compris le débiteur cédé, que par la signification de la cession audit débiteur ou par son acceptation dans un acte authentique (art. 1690). Cette acceptation n'est pas un consentement à la cession, mais une simple reconnaissance, une déclaration par laquelle le débiteur prend acte de l'opération intervenue.

Ces formalités sont lourdes : la signification, qui nécessite un exploit d'huissier (art. 32 C. Jud.), est coûteuse, et l'acceptation authentique est rare. De plus, si ces formalités peuvent se justifier à l'égard du débiteur cédé, elles paraissent assez inadéquates à l'égard des autres tiers.

Certains tempéraments ont été apportés par la doctrine et la jurisprudence dans des cas où le débiteur a été averti par d'autres procédés (par exemple une simple lettre), ou lorsqu'il est, au moins, établi qu'il était informé de l'opération. La jurisprudence distingue dans le chef du débiteur la simple connaissance de la cession et la reconnaissance de celle-ci. Elle admet l'opposabilité au débiteur cédé qui, averti ou informé de la cession, l'a reconnue d'une manière ou d'une autre en manifestant sa volonté d'en admettre les conséquences. Cette reconnaissance n'a cependant qu'un effet relatif, elle ne rend pas la cession opposable aux autres tiers, notamment aux créanciers du débiteur cédé.

Tant que la cession lui est inopposable, le débiteur cédé peut toujours se libérer valablement entre les mains de son créancier cédant. Lorsque la cession devient opposable, la créance appartient au cessionnaire qui devient le seul créancier du débiteur. Celui-ci ne peut plus payer au cédant, à peine de devoir effectuer un second paiement au cessionnaire qui est seul en droit de le recevoir.

La créance est cédée telle quelle, avec ses accessoires positifs, tels les privilèges et hypothèques (art. 1692), mais aussi avec ses défauts, et notamment, les exceptions que le débiteur pouvait opposer au cédant.

Si la créance n'est cédée que partiellement, le cédant et le cessionnaire seront en concours pour les montants respectifs de leurs droits, et sans que l'un d'eux ait une quelconque priorité sur l'autre (comp. infra, n° 07.11).

Le Code civil a aussi prévu un système de garanties inspiré des obligations de garantie du vendeur :

. Si la cession est à titre gratuit, le cédant ne garantit que son fait personnel (art. 1693). Il ne peut rien faire qui nuise au recouvrement de la créance par le cessionnaire.

. Si la cession est à titre onéreux, le cédant est aussi garant de l'existence de la créance au moment du transport (art. 1693). Par contre, le cédant ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé (art. 1694).

Lorsqu'elle est stipulée, la garantie de la solvabilité n'est cependant donnée qu'à concurrence du prix de la cession (art. 1694) ; elle ne concerne que la solvabilité au temps de la cession et non la solvabilité future (art. 1695).

Sans préjudice des droits des tiers, et surtout du débiteur cédé, les cédant et cessionnaire peuvent, néanmoins, aménager autrement leur convention de cession. Dans leur rapport, le principe reste l'autonomie de la volonté (cfr. supra, n° 01.10) et les règles ne sont que suppléatives.

La cession peut être une opération lucrative. Le montant du prix de la cession peut être inférieur au montant de la créance. Les droits du cessionnaire à l'égard du débiteur cédé ne sont pas influencés par le prix de la cession. Si la créance est de 1000, il pourra réclamer 1000 même s'il a acquis la créance pour un prix de 800 (comparer avec la subrogation, infra, n° 07.11).

La cession peut concerner n'importe quelle créance, même future. Il existe cependant des créances incessibles : il s'agit, notamment, des créances intuitu personae, et de certaines créances dont la loi a interdit ou restreint la cessibilité (cfr. , par exemple, l'art. 25 de la loi du 12 avril 1965 sur la protection de la rémunération des travailleurs).

Le Code civil prévoit encore deux situations particulières dont l'intérêt pratique est assez réduit : la cession de droits successifs (art. 1696 à 1698) et la cession de droits litigieux (art. 1699 à 1701).

06.52 - Transmission des dettes.

Comme elle peut changer la situation du créancier, la transmission des dettes est beaucoup plus délicate. La règle fondamentale est qu'il est impossible de céder une dette sans l'accord du créancier, contrairement à une créance qui peut généralement être cédée sans l'accord du débiteur.

C'est à tort qu'on entend souvent dire que la cession de dette est interdite en droit positif belge. Le principe de l'autonomie de la volonté permet à toutes les parties concernées de convenir d'une reprise de dette.

L'opération présente néanmoins beaucoup d'incertitude, du fait qu'elle n'est pas réglementée légalement. Cela rend l'organisation d'une reprise de dette relativement rare et malaisée.

Le créancier admet un nouveau débiteur dans le contrat existant, et accepte de décharger le débiteur originaire. Il faut l'accord de tous les intéressés, notamment aussi, le cas échéant, des cautions.

A défaut de textes légaux supplétifs, les parties seront tenues de déterminer tous les effets de l'opération.

La novation par changement de débiteur ou la délégation parfaite aboutissent, en fait à un résultat similaire à une reprise de dette (cfr. infra, n° 07.2). Le mécanisme légal opère cependant par une extinction de la dette originaire qui n'est pas toujours souhaitable dans la mesure où la nouvelle obligation qui se substitue à celle qui est éteinte ne bénéficie pas des caractéristiques, des modalités, des sûretés et des exceptions de l'obligation initiale.

07. - EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

07.0 - Généralités.

L'article 1234 du Code civil tente d'énumérer, bien qu'on y constate quelques omissions, les divers modes d'extinction des obligations. Le texte est situé dans le titre consacré aux contrats et aux obligations conventionnelles en général. En réalité, sa portée est beaucoup plus générale ; elle concerne toutes les formes d'obligations. Cette imprécision est un des reflets de la présentation assez confuse par le Code civil de tout ce qui concerne la transmission et l'extinction des obligations.

Nous ne reviendrons plus ici sur certains modes d'extinctions déjà évoqués antérieurement. La nullité, la rescision, la résolution ou la résiliation ont évidemment un effet extinctif des obligations contractuelles (cfr. supra, n° 01.5). Par ailleurs, l'article 1234 énonce que les obligations s'éteignent par l'effet de la condition résolutoire (cfr. supra, n° 03.12). Il convient d'y adjoindre d'autres hypothèses proches, telles que l'arrivée du terme extinctif ou la non-survenance d'une condition suspensive (cfr. supra, n°s 03.11 et 03.22), ou encore les clauses donnant à chacune des parties, ou à l'une d'elles, la faculté de résilier unilatéralement un contrat d'une certaine durée, moyennant certaines formalités éventuelles (notification, préavis, etc...). Cette faculté de résiliation unilatérale est parfois réglementée par le législateur, comme dans les contrats de travail (loi du 3 juillet 1978). D'autre part, même en l'absence de clause initialement prévue, les parties à un contrat peuvent toujours s'entendre pour résilier leur contrat à l'amiable de manière anticipée.

La cause principale d'extinction reste, quelle que soit l'obligation, le paiement qui éteint l'obligation avec toutes ses sûretés, et libère les coobligés et les cautions.

07.1 - Paiement.

07.10 - Paiement en général.

Payer, c'est exécuter son obligation. Le terme paiement a donc ici un sens plus large que dans le langage non juridique. Il est normalement volontaire, bien qu'il puisse être forcé le cas échéant (cfr. supra, n° 05.03). Nous examinerons successivement la situation du créancier, celle du débiteur, l'objet du paiement, son lieu, son moment et sa preuve.

07.101 - Accipiens.

En principe, le paiement doit être fait au créancier, qui peut seul exiger et recevoir (article 1239 du Code civil). Le créancier peut cependant être remplacé par ses ayants-cause universels ou à titre universel. D'autre part, lorsque la créance a été régulièrement cédée, le cessionnaire de la créance devient seul habilité à recevoir le paiement. L'article 1239 C. civ. évoque aussi le cas du paiement fait à une personne ayant le pouvoir de recevoir au nom du créancier, par représentation légale, judiciaire ou conventionnelle (cfr. supra, n° 01.14). Dans ces différents cas, le paiement est fait au créancier, à son héritier ou à son représentant. De tels paiements sont libératoires.

Le paiement fait à un tiers est, cependant, valable lorsque le créancier le ratifie ou qu'il en a profité (art. 1239 alinéa 2 C. civ.). La ratification est un acte juridique unilatéral, qui n'est soumis à aucune forme particulière ; elle peut être tacite. En l'absence de ratification, le débiteur ne sera libéré que s'il prouve que le patrimoine du créancier s'est effectivement enrichi du montant du paiement.

L'article 1240 C. civ. prévoit d'autre part que le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est libératoire, même s'il s'avère ultérieurement qu'il n'était pas le véritable créancier. Le possesseur de la créance, qui n'est pas nécessairement le détenteur

du titre, est celui qui, en fait, passe pour être le créancier et que le débiteur a de justes raisons de considérer comme tel.

Dans certains cas, le créancier n'a pas la capacité de recevoir un paiement (cfr. supra, n° D1.2). Un paiement qu'il recevrait serait nul, à moins que le débiteur ne prouve que le paiement a tourné à son profit (art. 1241 C. civ.). Le débiteur qui aurait dû payer au représentant légal, risque de devoir payer une deuxième fois.

du Code civil

L'article 1242 prévoit aussi que le paiement fait au préjudice d'une saisie ou d'une opposition n'est pas valable à l'égard du saisissant ou de l'opposant.

07.102 - Solvens.

En général, la dette est payée par le débiteur ou ses ayants-cause universels ou à titre universel. Le débiteur ne peut pas céder sa dette sans l'accord du créancier (cfr. supra, n° 06.5). Toutefois, selon l'article 1236 alinéa 2 du Code civil, une dette peut être payée non seulement par le débiteur ou par des tiers intéressés, tels que coobligés ou cautions, mais elle peut l'être même par n'importe quel tiers non intéressé ! En principe, le créancier doit accepter le paiement que quiconque lui propose.

Le créancier ne peut refuser qu'un tiers paie à la place du débiteur que lorsqu'il a intérêt à ce que la prestation soit accomplie par le débiteur lui-même, notamment lorsqu'il s'agit d'une obligation intuitu personae (art. 1237 C. civ.).

du Code civil

Selon l'article 1238, celui qui paie doit être propriétaire de la chose donnée en paiement et être capable d'aliéner cette chose. Un mineur, par exemple, n'est pas capable de payer. Cependant, si le paiement consiste en une somme d'argent ou en une autre chose qui se consomme, il ne pourra être répété si le créancier l'a consommée de bonne foi.

Enfin, et sauf convention contraire, les frais que peut entraîner le paiement sont à charge du débiteur, à l'exception des frais d'offres réelles (cfr. infra, n° 07.13).

07.103 - Objet.

L'objet du paiement, c'est l'objet de la prestation contractuelle. Il faut payer ce à quoi on s'est engagé. Ni plus, sinon il y aurait paiement indu à concurrence du surplus ; ni moins, car le créancier n'est pas tenu d'accepter un paiement partiel, sauf décision judiciaire (art. 1244 C. civ.) ; ni autre chose (art. 1243 C. civ.), sous réserve de la dation en paiement (cfr. infra).

Sauf convention contraire, fréquente dans la pratique, le paiement est indivisible. Toutefois, certains mécanismes aboutissent, en fait, à la réalisation de paiements partiels. L'octroi de délais de grâce par le juge (art. 1244 alinéa 2 C. civ.), les règles de l'imputation des paiements (cfr. infra, n° 07.12) et le mécanisme de la compensation (cfr. infra, n° 07.4) aboutissent souvent à un fractionnement du paiement. D'autres mécanismes se trouvent dans des lois particulières. L'A.R. n° 225 du 7 janvier 1936 sur les prêts hypothécaires permet au débiteur de se libérer de manière anticipative, même par des paiements partiels. De même, les lois coordonnées sur la lettre de change obligent le porteur à accepter le paiement partiel qui serait proposé par le tiré (loi du 31 décembre 1955, art. 39).

Lorsque l'objet du paiement est une chose à livrer, la chose due peut s'être modifiée depuis la conclusion du contrat. S'il s'agit d'un corps certain, le débiteur de l'obligation est libéré par la remise de la chose dans l'état où elle se trouve au moment de la livraison, sauf si elle a été détériorée par sa faute ou s'il était en demeure (art. 1245 C. civ.). Si la qualité de la chose à livrer n'a pas été déterminée, le débiteur doit livrer une chose de qualité moyenne (art. 1246 C. civ.).

Lorsque l'objet du paiement consiste dans le paiement d'une somme d'argent, ce qui est extrêmement fréquent, de nombreux problèmes peuvent apparaître. Sauf lorsqu'il énonce le principe du nominalisme en vertu duquel le montant de la dette n'est jamais que de la somme prévue au contrat, nonobstant les variations monétaires, le Code civil est peu explicite à l'égard du paiement des sommes d'argent. La matière est davantage régie par la loi du 12 avril 1957 relative au statut monétaire.

En principe, le débiteur d'une somme d'argent ne peut se libérer qu'en francs belges et la monnaie belge a une valeur libératoire que le créancier ne peut rejeter. Les monnaies étrangères n'ont, en effet, pas cours légal en Belgique, bien que les parties puissent convenir et s'obliger valablement à faire ou à recevoir un paiement en monnaie étrangère. Ce n'est, par contre, pas le cas pour l'or. Il est seulement permis d'acheter de l'or, mais non de payer avec de l'or, ce qui serait contraire à sa démonétisation qui est une mesure d'ordre public monétaire (cfr. supra, n° 05.4).

Les chèques, virements, mandats ou lettres de change n'ont pas cours légal. Le créancier n'est, en principe, pas tenu de les accepter en paiement. Cependant, les dérogations conventionnelles sont fréquentes. L'accord même tacite du créancier valide le paiement. Il s'agit normalement d'une acceptation "sauf bonne fin", c'est-à-dire sous réserve que la monnaie scripturale soit effectivement honorée. En principe, le paiement par chèque n'est effectif qu'au moment où la banque en aura réglé le montant.

L'A.R. n° 56 du 10 novembre 1967 A favorisé l'expansion de la monnaie scripturale en imposant, dans les obligations entre commerçants, l'acceptation du paiement par chèque ou virement pour les montants supérieurs à 10.000 francs (art. 3).

Enfin, les parties peuvent aussi convenir de modifier l'objet de paiement initialement prévu. La dation en paiement est l'opération par laquelle le débiteur remet en paiement à son créancier, qui accepte, un objet différent de celui convenu initialement. Sans la réglementer explicitement, le Code civil y fait diverses allusions (cf. art. 1595, 3° ; 1701, 2° et 2038). Sa nature juridique reste discutée. Elle apparaît comme un paiement hybride.

Certains estiment qu'il s'agit d'une novation (cf. infra, n° 07.2) : le débiteur et le créancier s'accordent pour changer l'objet de l'obligation. Cependant, la novation a pour objet d'éteindre la première obligation et elle se situe avant tout paiement, alors que la dation en paiement exécute l'obligation initiale et survient au moment même du paiement ; d'autre part, si la dation en vient à être annulée, on considère que, l'obligation initiale subsiste, avec ses garanties éventuelles.

L'article 2038 énonce cependant que les cautions qui garantissent le paiement sont libérées, et le restent, même si la dation en paiement est remise en cause.

D'autres assimilent la dation en paiement à une vente ou à un échange. Le créancier "achète" ce qui lui est donné en paiement contre l'abandon du prix initialement prévu. Il y aurait échange si la prestation initiale consistait déjà dans la remise d'une chose. Ainsi, on appliquera à la dation en paiement d'un immeuble certaines règles relatives à la vente, notamment la rescision pour lésion (cf. supra, n° 01.53) et les règles de la transcription immobilière.

07.104 - Lieu.

L'importance du lieu du paiement n'est pas négligeable. Il peut influencer la compétence des tribunaux et même, s'il s'agit d'un contrat international, la détermination de la monnaie légale et de la loi applicable. Selon que la dette est quérable ou portable, le retard dans l'exécution peut engager différemment la responsabilité du débiteur.

En principe, le lieu du paiement est celui qui a été convenu. Si le lieu n'a pas été désigné par la convention, la dette est quérable, c'est-à-dire que le créancier doit venir chercher son paiement. Cependant, s'il s'agit d'un corps certain et déterminé, le lieu du paiement est celui où il était au moment de la conclusion du contrat (art. 1247 C. civ.), bien qu'en matière de vente, l'acheteur doive payer au lieu de la délivrance. Toutes conventions contraires sont évidemment admises.

07.105 - Moment.

Normalement, le paiement doit être immédiat, sauf si la dette n'est pas exigible (cf. notamment le terme et la condition suspensive, supra, n°s 031 et 032) ou n'est pas liquide, c'est-à-dire si son montant n'est pas encore déterminé (c'est notamment le cas lorsque le montant de la dette dépend du résultat d'une expertise). Quoi qu'il en soit, les parties sont libres de convenir du moment du paiement, sous réserve des délais de grâce, toujours susceptibles d'être octroyés par le juge qui devra être saisi, en cas d'inexécution (art. 1244 C. civ.).

07.106 - Preuve.

Selon l'article 1315, celui qui se prétend libéré doit en apporter la preuve. Le débiteur qui prétend avoir déjà payé doit le prouver, sauf si le titre de la dette lui a été remis par le créancier. Dans ce cas, il y a une présomption irréfutable de libération à son profit (cf. infra, n° 07.3). S'il s'agit d'une obligation de moyens, on peut encore rappeler que la preuve réelle de la mauvaise exécution incombe au créancier mécontent (cf. supra, n° 05. 22).

Comme il s'agit d'un acte juridique, le paiement doit être prouvé par écrit pour les montants excédant 3.000 francs (cf. supra, n° 02.41) La jurisprudence applique cependant ce principe qu'aux paiements de sommes d'argent et non aux paiements en nature (travail, soins, services...). En outre, dans la vente au comptant, le paiement est présumé par l'exécution de la prestation du vendeur, nonobstant l'absence de tout écrit.

La quittance est l'écrit qui prouve le paiement. Elle peut avoir une portée particulière. La quittance avec réserve ne fait preuve que du paiement mentionné et non de la libération du débiteur. Le créancier reconnaît avoir reçu quelque chose, mais ne reconnaît pas dans ce paiement une extinction de tous ses droits. La quittance pour solde de tout compte est, au contraire, une reconnaissance expresse, par le créancier, de la libération totale et définitive du débiteur. Elle peut signifier un paiement total, mais aussi une renonciation au solde éventuel, ou encore une transaction sur ce qui reste dû par chacune des parties. Les parties peuvent encore émettre une quittance subrogatoire qui fait preuve d'un paiement avec subrogation.

07.11 - Subrogation.

Subroger veut dire remplacer. Il s'agit ici de remplacer un élément dans un rapport de droit. Il y a deux types de subrogation. La subrogation est réelle lorsqu'une chose en remplace une autre. Elle est personnelle lorsqu'une personne en remplace une autre.

Le paiement avec subrogation est une hypothèse de subrogation personnelle. Une personne en remplace une autre dans son rôle de créancier. La subrogation intervient dans le chef et au profit d'un tiers qui a payé la dette à la place du débiteur. Le tiers payeur (le subrogé) se substitue au créancier originaire (le subrogeant).

Le paiement avec subrogation doit être rapproché de l'article 1236, ^{du Code civil} qui autorise tout tiers, même non intéressé, à payer à la place du débiteur, sauf pour les dettes intuitu personae. En principe, ce tiers non inté-

ressé ne bénéficie pas de la subrogation. Ce n'est que dans certaines hypothèses limitativement prévues par la loi (cf. infra) que le tiers payeur pourra bénéficier d'une subrogation légale. Le créancier peut cependant lui consentir une subrogation conventionnelle.

Le tiers payeur dispose généralement d'une action personnelle contre le débiteur dont il a payé la dette. Mais, l'intérêt principal de la subrogation consiste à faire bénéficier le tiers payeur, le cas échéant, des privilèges du subrogeant dont il ne disposerait pas pour son action personnelle. Par la subrogation, la dette subsiste malgré le paiement. Le créancier est désintéressé, mais le débiteur n'est pas libéré et les sûretés sont maintenues. Ce sont les mêmes droits, avec les mêmes vices et exceptions, que le subrogé peut exercer. Cette action subrogatoire ne porte pas atteinte à l'action personnelle que le subrogé aurait éventuellement à l'égard du débiteur. Il dispose, le cas échéant, d'un choix entre les deux actions.

La subrogation se distingue de la cession de créance dans la mesure, notamment, où elle n'a d'effet qu'à concurrence du paiement effectué par le subrogé. Si le paiement n'a été que partiel, la subrogation ne peut être que partielle, avec subsistance d'une partie de la dette envers le subrogeant. En outre, si le débiteur est insuffisamment solvable pour les désintéresser tous les deux, le subrogeant sera préféré au subrogé car "personne n'est censé subroger contre soi" (art. 1252 C. civ.)

La cession de créance, par contre, n'implique pas nécessairement un paiement immédiat par le cessionnaire et les droits que celui-ci recueille à l'égard du débiteur sont indépendants du montant qu'il a payé. En cas de concours entre le cédant et le cessionnaire, à la suite d'une cession partielle, il n'y a pas de préférence entre eux, contrairement au privilège du subrogeant à l'égard du subrogé.

Par ailleurs, la cession de créance comporte tout un système de garanties (garantie de solvabilité, d'existence de la créance, etc.) qui n'existe pas comme tel pour la subrogation. Si la créance ayant donné lieu à subrogation n'existe pas, le subrogé aura éventuellement une action en répétition de l'indu contre le subrogeant.

Ce qui favorise le plus l'emploi dans la pratique de la subrogation est probablement le fait qu'elle n'est pas soumise, pour être opposable, aux lourdes formalités de l'article 1690 du Code civil (cf. supra, n° 06.51).

La subrogation est soit conventionnelle, soit légale.

07.111 - Subrogation conventionnelle.

La subrogation conventionnelle est régie par l'article 1250 du Code civil, qui dégage deux hypothèses : la subrogation consentie par le créancier, qui est la plus fréquente, et celle consentie par le débiteur.

La subrogation consentie par le créancier n'est soumise à aucune forme particulière, mais elle ne se présume pas. Elle doit être expresse et elle doit aussi être simultanée au paiement, sans quoi la dette est éteinte. Aucune formalité n'est requise pour l'opposabilité aux tiers d'une telle subrogation. L'information du débiteur est cependant utile, car le paiement du débiteur de bonne foi au créancier subrogeant est libératoire, en vertu de l'article 1240 du Code civil. Le subrogé risque de se heurter à un débiteur ayant déjà payé valablement. Il a donc intérêt à l'informer, mais ici, contrairement au cas de la cession de créance (cf. supra, n° 06.51), aucune forme particulière n'est requise.

Par contre, la subrogation consentie par le débiteur est un acte solennel. Lorsqu'un débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette, il peut subroger son prêteur dans les droits de son créancier. C'est donc une transmission de créance qui se réalise à l'initiative du débiteur. Le créancier originaire ne doit pas y consentir ; il ne peut pas s'y opposer. A peine de nullité, l'acte d'emprunt et la quittance subrogatoire doivent être passés devant notaire. L'acte doit mentionner que l'emprunt est contracté pour payer une dette. La quittance remise par le créancier doit constater que le paiement est réalisé grâce au produit de l'emprunt. Ce formalisme résulte du souci de protéger les autres créanciers du débiteur, auquel le subrogé pourra opposer les diverses sûretés attachées à la créance qui lui est transmise.

07.112 - Subrogation légale.

La loi donne à certains tiers payeurs une subrogation automatique dans les droits du créancier. L'article 1251 du Code civil énumère quatre hypothèses.

1° Un créancier qui paie un autre créancier qui a priorité sur lui dans le patrimoine du débiteur est subrogé de plein droit dans les droits de cet autre créancier (art. 1251, 1°). Cette subrogation permet à un créancier de second rang de disposer d'une sûreté supérieure, et d'en contrôler l'usage le plus opportun.

2° L'acquéreur d'un bien hypothéqué qui, au lieu de payer son vendeur, utilise le prix de l'acquisition pour payer des dettes hypothécaires qui grevaient le bien, bénéficie de la subrogation légale (art. 1251, 2°). L'acquéreur acquiert ainsi une hypothèque sur son propre bien. Si un créancier hypothécaire non désintéressé faisait ultérieurement vendre l'immeuble, l'acquéreur pourrait récupérer son prix d'acquisition en exerçant les droits hypothécaires dans lesquels il aura été subrogé.

3° La troisième hypothèse est la plus fréquente. La subrogation a lieu au profit de ceux qui étaient eux-mêmes tenus au paiement de la dette, "avec d'autres", ou "pour d'autres" (art. 1251, 3°). C'est d'abord le cas des débiteurs solidaires, tenus les uns avec les autres : celui qui paie est subrogé dans les droits du créancier, sauf en ce qui concerne la solidarité (cf. supra, n° 03.42). Cela concerne aussi les cautions : celle qui paie à la place du débiteur est subrogée dans les droits du créancier à l'égard du débiteur.

4° L'héritier bénéficiaire, tenu des dettes d'une succession qu'à concurrence de l'actif, est subrogé lorsqu'il paie une dette de la dite succession. Au cas où celle-ci s'avèrerait déficitaire, il dispose des droits du créancier désintéressé, à l'égard de la masse successorale.

Ces hypothèses du Code civil ne sont pas exhaustives. On retrouve de nombreux cas de subrogation légale dans des textes particuliers (cf. notamment, l'art. 47 de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents de travail et l'art. 22 de la loi du 11 juin 1874 sur le contrat d'assurance).

07.12 - Imputation.

Lorsque plusieurs dettes de même nature coexistent entre un créancier et un débiteur, et que le débiteur effectue un ou des paiements qui

ne suffisent pas à éteindre l'ensemble des dettes, il importe de déterminer à quelle(s) créance(s) se rapportent les paiements effectués. Certaines créances sont peut-être près de la prescription, certaines peuvent être mieux garanties que d'autres, ou faire courir des intérêts plus élevés, etc.

En principe, sauf convention contraire, le débiteur a le droit de préciser quelle dette il entend acquitter (art. 1253 C. civ.). Il ne peut cependant acquitter le capital d'une dette, avant le paiement des intérêts et arrérages qui y sont relatifs (art. 1254 C. civ.).

A défaut, le créancier peut imputer le paiement sur une dette qu'il détermine dans la quittance. Sauf dol ou "surprise" de sa part, aucune autre imputation ne pourra être réclamée par le débiteur, si celui-ci a accepté la quittance (art. 1255 C. civ.).

Si aucune imputation n'est faite dans la quittance, le paiement est d'abord imputé sur les dettes échues, et parmi celles-ci, sur celles que le débiteur avait le plus intérêt à acquitter. En cas d'égalité, le paiement est imputé sur la dette la plus ancienne. L'imputation se fait proportionnellement lorsque les dettes sont d'égale nature et de même ancienneté (art. 1256 C. civ.).

07.13 - Offre de paiement - consignation.

Lorsque le créancier refuse d'accepter le paiement ou rend la prestation du débiteur irréalisable par son attitude, le débiteur peut, pour autant que toutes les conditions de validité du paiement soient réunies (art. 1258 C. civ.), faire des offres réelles. Cela consiste à faire offrir le paiement par huissier au créancier (art. 1258, 7° C. civ.). Si le créancier persiste dans son refus, l'offre réelle est suivie d'une consignation à la Caisse des dépôts et consignations (art. 1259, 2° C. civ.). Le débiteur paie ainsi à un tiers, et peut demander ensuite par jugement la validation de son paiement.

Si le créancier accepte les offres réelles, le paiement est accompli, mais les frais de l'offre réelle sont à sa charge (art. 1260 C. civ.).

Si le créancier refuse, le débiteur ne peut plus être mis en demeure. La consignation a pour effet de transférer les risques au créancier et de mettre fin à l'écoulement des intérêts (art. 1257 C. civ.).

Tant que la consignation n'a pas été acceptée, le débiteur peut reprendre la chose consignée (art. 1261 C. civ.) et le paiement n'est définitif et libératoire qu'après confirmation par jugement (art. 1262 C. civ.).

07.14 - Cession de biens.

Régie par les articles 1265 à 1270 du Code civil, cette institution est tombée en désuétude. Elle était liée jadis à la contrainte par corps. Le débiteur qui ne s'exécutait pas pouvait éviter l'emprisonnement en cédant tous ses biens à ses créanciers. Elle ne subsiste que sous une forme et dans un cadre différent, celui des faillites commerciales : c'est le concordat par abandon d'actif.

07.2 - Novation.

Le deuxième cas d'extinction cité par l'article 1234 du Code civil se situe à la limite des modes de transmission des obligations. Il fait l'objet des articles 1271 à 1281 du Code civil.

La novation est une convention qui remplace un rapport de droit par un autre, qui se distingue du premier par un changement du créancier, de l'objet ou du débiteur de l'obligation. On éteint le lien originaire pour le remplacer par un nouveau (art. 1271). La novation substitue une obligation nouvelle à une autre ancienne qui s'éteint par le fait même de cette substitution.

L'obligation ancienne est éteinte avec ses caractéristiques, ses modalités, ses sûretés, ses exceptions et tout ce qui s'y rattache. Ainsi les co-débiteurs solidaires sont libérés en cas de novation entre un débiteur et le créancier (art. 1281 alinéa 1). Les privilèges, les hypothèques et les cautions disparaissent (art. 1278 à 1281). En cas de changement de débiteur,

l'ancien est libéré, sinon il y a simplement une délégation imparfaite (art. 1275, cf. infra). L'obligation nouvelle ne reprend des caractéristiques de l'ancienne que moyennant une convention expresse (art. 1278, 1279 et 1281 alinéa 3).

Les parties à l'ancienne et à la nouvelle obligation doivent avoir l'intention de nover, c'est-à-dire la volonté d'éteindre l'obligation ancienne pour y substituer une obligation nouvelle. Il s'agit d'une convention; cet accord doit être certain et apparaître clairement, en raison des effets radicaux de la novation à l'égard de l'obligation ancienne. La novation ne se présume pas (art. 1273).

Il faut noter, cependant, que la novation par changement de débiteur peut se convenir sans le concours de l'ancien débiteur (art. 1274).

La première condition requise pour la réalisation d'une novation est l'existence préalable d'une obligation valable. La réfection ou la confirmation d'un acte nul n'est pas un cas de novation.

Les parties à la novation doivent substituer à l'obligation existante une obligation nouvelle, c'est-à-dire une obligation différente de l'ancienne soit par son objet (novation par changement d'objet), soit par la personne de son débiteur (novation par changement de débiteur), soit par la personne de son créancier (novation par changement de créancier). Sans cet "aliquid novi", l'obligation ancienne subsiste comme telle et n'est que confirmée ou modifiée.

La novation par changement de débiteur peut constituer une délégation régie par les articles 1275 et 1276. Il s'agit d'une opération conclue à l'initiative du débiteur initial (le délégant) qui invite une autre personne (le délégué) à s'engager envers le créancier originaire (le délégataire), qui accepte.

L'acceptation du délégataire est ici un élément essentiel de l'opération. Il ne s'agit pas, comme dans une stipulation pour autrui, d'un élément relatif à la seule révocabilité (cf. supra, n° 06.1).

Si le délégataire accepte la délégation et décharge l'ancien débiteur, la délégation est parfaite ou novatoire. Elle s'identifie en effet, à une novation par changement du débiteur. Le délégant ne garantit pas la solvabilité future du délégué, sauf clause expresse (art. 1276).

Si le délégataire ne décharge pas le délégant, mais accepte la délégation, le délégué est engagé, mais le délégant reste tenu. C'est la délégation imparfaite. Le délégataire se trouve ainsi devant deux débiteurs. La question de savoir s'ils sont solidaires ou engagés "in solidum" (cf. supra, n° 03.42) reste controversée.

Si le délégataire refuse, il n'y a plus d'engagement à son égard, et la délégation n'a pas lieu. Ce qui peut subsister, c'est seulement un engagement du délégué manqué envers le débiteur, de payer à sa place le jour de l'échéance (art. 1236 C. civ.).

L'engagement du délégué envers le délégataire est un engagement abstrait (cf. supra, n° 01.4). Il trouve, en effet, sa cause à la fois dans l'engagement du délégué envers le délégant et dans l'engagement du délégant envers le délégataire, mais le délégué ne peut opposer au délégataire les exceptions issues de ces deux rapports causals.

07.3 - Remise de dette .

La remise de dette fait l'objet des articles 1282 à 1288 du Code civil. Il s'agit d'une convention par laquelle un créancier, sans contrepartie, renonce à ses droits à l'égard de son débiteur, qui accepte. Il ne s'agit donc pas d'un acte unilatéral, mais d'une convention. Sa conclusion n'implique aucune formalité particulière.

La remise de dette éteint l'obligation et tous ses accessoires. Ainsi, tous les co-débiteurs solidaires de celui qui a obtenu la remise sont libérés, sauf réserve expresse du créancier (art. 1285). Par contre, la remise accordée à l'une des cautions ne libère ni le débiteur, ni les autres cautions (art. 1287).

Sans préjudice du droit commun de la preuve, les articles 1282 à 1284 apportent, cependant, en la matière, des présomptions importantes.

Lorsque l'obligation d'un débiteur fait l'objet d'un acte sous seing privé, sa remise volontaire par le créancier au dit débiteur présume sa libération de manière irréfragable (art. 1282). Les conditions d'application de la présomption sont strictes : le créancier peut prouver que le titre est arrivé par d'autres voies entre les mains du débiteur. Il n'y a pas non plus de présomption si le titre a été remis à un tiers, sauf s'il s'agit d'un co-débiteur solidaire (art. 1284).

Lorsque l'obligation fait l'objet d'un acte authentique, les mêmes règles s'appliquent en cas de remise de la grosse, mais la preuve contraire reste possible. Il s'agit seulement d'une présomption simple.

Bien que ces textes figurent dans la section relative à la remise de dette, ils ont une portée plus large. La présomption porte sur la libération du débiteur, celle-ci pouvant résulter aussi bien d'un paiement que d'une remise de dette.

07.4 - Compensation.

La compensation est un mode d'extinction simultané de deux obligations distinctes existant en même temps entre deux personnes qui se trouvent débitrices l'une de l'autre. Le mécanisme organisé par les articles 1289 à 1299 du Code civil présente un grand intérêt pratique, d'autant plus que, le plus fréquemment, il s'agit d'une compensation légale qui opère de plein droit dès que les diverses conditions légales d'application sont réunies. Ces conditions sont assez restrictives en raison du privilège de fait que la compensation peut donner à un créancier à l'égard des autres créanciers de son débiteur : la compensation permet, en effet, d'échapper à leur concours.

1) La première condition est que deux personnes se trouvent débitrices l'une de l'autre. Pour autant que les obligations soient réciproques, il importe peu qu'elles aient des sources (art. 1293 al. 1), des montants, ou des garanties différents. Si les montants des dettes réciproques sont inégaux, la compensation n'a d'effet qu'à concurrence de la dette la moins élevée, l'autre subsistant pour le surplus.

2) Pour que la compensation puisse opérer directement, il faut des objets interchangeable (art. 1291). Le plus fréquemment, il s'agit de sommes d'argent, mais dans tous les cas, les objets compensés devront être de la même espèce.

3) Les deux dettes doivent être certaines, c'est-à-dire ni douteuses ni contestées dans leur existence. Ne sont pas certaines les dettes sous condition suspensive, ni les dettes litigieuses. Dans ce dernier cas, la contestation doit cependant être sérieuse, et ne pas constituer seulement une manoeuvre dilatoire.

4) Les deux dettes doivent aussi être liquides, c'est-à-dire déterminées dans leur quotité. Leur montant doit déjà être chiffré. Ce n'est pas le cas pour une dette de responsabilité, même incontestée, lorsque son montant reste à expertiser.

5) Les deux dettes doivent enfin être exigibles. La compensation n'opère pas lorsque la dette de l'une des parties n'est pas exigible, car cela reviendrait à priver le cocontractant du bénéfice du terme. Les termes de grâce (art. 1244 C. civ.) ne s'opposent toutefois pas à la compensation puisque les raisons de leur octroi ont disparu (art. 1292).

L'article 1293 établit divers cas, où, bien que les conditions légales soient remplies, la compensation légale n'opère pas. Elle n'a pas lieu pour la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé, d'un dépôt, ou d'un prêt à usage. Elle ne s'applique pas non plus aux dettes qui ont pour objet des aliments déclarés insaisissables, tels les salaires, les prestations sociales, les pensions alimentaires, etc...

De manière plus générale, l'article 1298 prévoit que la compensation n'a pas lieu lorsqu'elle préjudicie des droits acquis par un tiers. Ainsi, un créancier ne pourra invoquer la compensation lorsque sa créance est née après une saisie-arrêt pratiquée sur la somme dont il était lui-même redevable envers son débiteur. De même, la compensation à l'égard d'un failli n'opère plus après le jugement déclaratif de faillite.

L'article 1299 protège les tiers dans une situation où, au contraire, la compensation pourrait leur profiter, et n'est pas invoquée. Lorsqu'un créancier privilégié se paie par compensation, il libère les biens grevés du privilège au profit des autres créanciers. Si, par contre, il paie sa dette, il peut normalement agir en recouvrement de sa créance en faisant valoir son privilège. Ce privilège lui est cependant retiré dans une telle hypothèse, sauf s'il établit qu'il avait une juste cause d'ignorer l'existence de la créance qui devait permettre la compensation. Dans la même optique, le débiteur qui accepte une cession de créance malgré l'existence d'une compensation, perd le droit de l'invoquer (art. 1295).

Les parties peuvent s'accorder pour adopter un régime conventionnel de compensation lorsque les conditions de la compensation légale, ne sont pas réunies. On peut, par exemple, compenser deux créances dont l'une n'est pas encore exigible. On peut aussi organiser un système de compensations multilatérales : c'est ainsi que s'opèrent notamment les règlements entre organismes financiers. La compensation conventionnelle ne peut cependant porter atteinte aux droits acquis des tiers, ni contrevenir aux exigences tirées de l'ordre public. Ainsi, il n'est pas permis de convenir d'une compensation à propos d'une créance d'aliments insaisissables.

Le principal effet de la compensation est d'éteindre les obligations respectives des parties : totalement dans le chef de celle dont la dette est la moins élevée et partiellement, à concurrence de sa créance, dans le chef de l'autre.

La compensation légale opère de plein droit, même à l'insu des intéressés, dès le jour où les conditions sont réunies (art. 1290). En cas de contestation, la décision judiciaire, constatant que les conditions de la compensation étaient effectivement réunies, aura un effet rétroactif.

La compensation n'est pas d'ordre public. Les parties peuvent y renoncer d'avance, ou au moment où elles constatent que les conditions sont réunies.

Dès qu'il y a compensation, les cautions sont libérées de plein droit (art. 1294 alinéa 1). L'extinction de la dette emporte l'extinction de la caution. Par contre, le débiteur ne peut invoquer la compensation entre sa dette et celle que le créancier aurait vis-à-vis de sa caution (art. 1294 alinéa 2).

En cas de solidarité, la compensation invoquée par un débiteur, qui en réunit les conditions dans son chef, libère les autres. Celui qui a ainsi payé par compensation dispose ensuite du recours normal en contribution contre les autres débiteurs (art. 1214, cf. supra, n° D3.42). Par contre, les autres co-débiteurs ne peuvent invoquer la compensation légale dont les conditions sont réunies entre un débiteur et le créancier (art. 1294 alinéa 3).

D7.5 - Confusion.

Il y a confusion lorsqu'une même personne est simultanément créancière et débitrice de la même obligation. Cette situation particulière entraîne l'extinction de l'obligation. On ne peut être créancier de soi-même (art. 1330 C. civ.). S'il y a d'autres personnes en cause, la confusion n'opère, le cas échéant, que partiellement.

Lorsque la dette est éteinte par confusion, les cautions sont libérées. En cas de solidarité, la confusion ne profite pas aux co-débiteurs, qui restent tenus pour la portion de la dette qui subsiste (art. 1301 C. civ.).

La jurisprudence estime toutefois que la confusion ne constitue pas, à proprement parler, un mode d'extinction véritable, mais plutôt un obstacle au paiement de la dette. Si cet obstacle est levé, la créance et la dette peuvent renaître.

D7.6 - Perte de la chose due.

Citée comme cause d'extinction des obligations par l'article 1234 du Code civil, la perte de la chose due libère le débiteur, sauf si la perte lui est imputable parce qu'elle serait survenue par sa faute ou pendant qu'il était en demeure. Dans les autres cas, elle constitue normalement une cause étrangère exonératoire (cf. supra, n° D5.4). Si le contrat est synallagmatique, les

La prescription extinctive, qui concerne les rapports d'obligation, doit en effet être distinguée de la prescription acquisitive, qui concerne les droits réels. La prescription extinctive est un mécanisme qui permet au débiteur de faire obstacle à l'action qu'intenterait un créancier après une période plus ou moins longue d'immobilisme. Les actions et les litiges ne peuvent se perpétuer à l'infini. Chacun doit pouvoir se fonder sur l'apparence juridique des situations établies depuis longtemps. En outre, on ne peut contraindre les contractants à conserver indéfiniment les titres probants de leurs droits ou de leurs paiements.

L'article 1234 C. civ. range la prescription extinctive parmi les modes d'extinction des obligations. En réalité, il s'agit plus exactement d'un mode d'extinction de l'action, l'obligation prescrite survivant comme obligation naturelle, en manière telle qu'un paiement volontaire, ou même par ignorance, d'une obligation prescrite est valable et ne donne aucun droit à une quelconque répétition.

La prescription n'est pas d'ordre public et le juge ne peut pas la soulever d'office. Lorsqu'elle est acquise, le débiteur peut y renoncer de manière expresse ou tacite, sous réserve des droits éventuels des tiers qui peuvent l'invoquer à la place du débiteur s'ils y ont intérêt. Il est cependant interdit de renoncer par avance à la prescription, ou de convenir de délais plus longs, bien qu'il soit licite de stipuler des délais conventionnels abrégés (cf. art. 2220 à 2225 C. civ.).

La prescription peut être invoquée en tout état de cause, même pour la première fois en appel, mais non devant la Cour de cassation, où elle constituerait un moyen nouveau (art. 2224 C. civ.).

Quelle que soit la source de l'obligation, toute action d'un créancier est en principe prescrite après 30 ans (art. 2262 C. civ.). Mais, de nombreux délais particuliers réduisent cette période trentenaire, jugée beaucoup trop longue à une époque comme la nôtre. Ainsi, les actions en nullité relative ou en rescision (art. 1314 C. civ.) et les actions en responsabilité

07. 7- Prescription.

Le Code civil définit la prescription comme un moyen d'acquiescer ou de se libérer par un certain laps de temps (art. 2219). Cette définition est critiquable dans la mesure où elle assimile deux institutions fort distinctes.

contre les acheteurs et entrepreneurs (art. 1792 et 2270 C. civ.) se prescrivent par 10 ans. Les revenus périodiques (loyers, pensions, rentes, etc...) se prescrivent par 5 ans (art. 2277 C. civ.). Les actions nées d'un contrat d'assurance se prescrivent par 3 ans (art. 32 de la loi du 11 juin 1874) etc...

Les articles 2271 et 2272 du Code civil établissent des prescriptions de 1 an et 6 mois, fondées sur une présomption de paiement. Ces prescriptions concernent, notamment, les hôteliers, les médecins, les marchands et les domestiques. L'article 2275 du Code civil permet au créancier à qui l'une de ces prescriptions est opposée de déférer le serment au débiteur, sur le point de savoir, si la chose a réellement été payée. La jurisprudence y assimile la reconnaissance expresse ou implicite du non-paiement par le débiteur, ce qui le prive d'invoquer utilement une de ces courtes prescriptions.

Le délai de prescription prend cours le jour où la dette devient exigible (art. 2257 C. civ.). Il se calcule par jour et non par heure, en sorte que la prescription est acquise lorsque le dernier jour du délai est accompli (art. 2260 et 2261). Si la dette existe depuis le 16 janvier 1950 à 9 heures du matin, et que le délai de prescription est de 30 ans, la dette est prescrite le 16 janvier 1980 à 24 heures.

L'écoulement du délai ne tient pas compte des inégalités des mois (28 à 31 jours) ou des années (365 ou 366 jours). De même, il n'est pas suspendu pendant les dimanches et jours fériés.

Dans certaines circonstances durant lesquelles le créancier est dans l'incapacité d'agir et, notamment, d'interrompre le délai de prescription, celui-ci est suspendu. Le Code civil régit strictement les causes de suspension.

Sauf exception légale expresse, la prescription court contre toutes personnes (art. 2251), mais elle est suspendue en faveur des mineurs et des interdits (art. 2252), entre époux (art. 2253), et en faveur de l'héritier bénéficiaire à l'égard des créances qu'il a contre la succession (art. 2258).

La jurisprudence tend cependant à élargir les cas de suspension dans certains cas de force majeure. Certaines lois de circonstances interviennent dans le même sens.

Cependant les courtes prescriptions et certaines prescriptions quinquennales ne sont pas susceptibles de suspension au profit des mineurs et interdits, qui disposeront, le cas échéant, d'un recours contre leur tuteur (art. 2278).

Au contraire de l'interruption, la suspension n'anéantit pas le délai déjà écoulé. Lorsqu'est levée la cause de suspension, l'écoulement du délai reprend là où il était resté.

Le créancier impayé peut interrompre la prescription qui court à son détriment en exprimant d'une manière claire sa volonté de faire valoir ses droits. L'interruption n'est effective que si le créancier accomplit un acte judiciaire régulier : une citation en justice, un commandement ou une saisie (art. 2244 C. civ.). Des lois particulières peuvent prévoir d'autres modes d'interruption (par exemple l'engagement de pourparlers, entre parties : loi du 1er juillet 1956 sur l'assurance automobile, art. 10 al. 3) ;

L'interruption peut aussi être le fait du débiteur. Une reconnaissance de dette de sa part interrompt l'écoulement du délai (art. 2248). Aucune forme n'est requise pour une telle reconnaissance, mais elle doit être non équivoque. Ainsi, un échange de correspondance peut amener le débiteur à reconnaître sa dette, par exemple en demandant des délais.

L'interruption prive de toute portée la portion du délai déjà écoulée. Un nouveau délai commence à courir le lendemain de la reconnaissance de dette, du commandement ou de la saisie, ou, en cas de citation, le lendemain du jour du jugement ou du dernier acte de procédure.

Le nouveau délai qui prend cours ne sera pas nécessairement égal au premier. Ainsi, quelle que soit la source de l'obligation, le délai sera de trente ans en cas de jugement. De même, s'il s'agit d'une prescription repo-

sant sur une présomption de paiement (cf. supra), la reconnaissance de la dette par le débiteur ouvre un délai trentenaire, puisqu'elle fait disparaître la présomption. En principe, cependant, le nouveau délai est égal au délai initial.

L'interpellation d'un débiteur n'a d'effet qu'à son égard et à l'égard de ses cautions (art. 2250 C.civ.), sauf s'il s'agit d'une dette solidaire ou indivisible (art. 2249 C. civ., cf. supra, n° 03.4 et 03.5).

L'interruption est regardée comme non avenue si l'assignation est nulle pour défaut de forme, si le demandeur se désiste de sa demande ou si sa demande est rejetée (art. 2247 C. civ.).

08. - GARANTIES.

Les articles 2092 à 2203 du Code civil ont été remplacés, en Belgique, par la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, qui contient les principes de base des garanties dont dispose ou peut disposer le créancier quant à la bonne exécution des obligations de son débiteur.

Selon l'article 7 de la loi hypothécaire, le débiteur d'un droit de créance répond de sa dette sur tous ses biens, mobiliers ou immobiliers, présents et à venir. Sans préjudice de l'application de l'article 490 bis du Code pénal qui sanctionne par une peine d'emprisonnement le délit d'insolvabilité frauduleuse, et d'autres dispositions pénales spécifiques, la contrainte par corps (ou la prison pour dettes) n'existe plus en droit positif belge, sauf en matière pénale.

Le débiteur n'est tenu que sur ses biens. Ils constituent le gage commun des créanciers (art. 8 l. hyp.) qui ont le droit de les faire saisir à l'effet de les vendre et de se faire payer sur le prix obtenu.

Un minimum vital est cependant assuré au débiteur. Certains biens élémentaires sont insaisissables. La literie, les vêtements, la vaisselle, les ustensiles de ménage, les aliments sont, notamment, écartés par l'article 1408 du Code judiciaire, dans la mesure où ils sont indispensables au débiteur saisi et à sa famille, à l'exclusion des meubles et objets de luxe. De même, l'article 1409 du Code judiciaire fixe des limites en deçà desquelles les revenus du débiteur ne peuvent être saisis.

Dans les limites des biens saisissables, le créancier peut faire saisir, à son gré, n'importe quel bien appartenant au débiteur. Les biens saisis peuvent même être plus importants en valeur que le montant de la créance, si nécessaire (cfr. art. 1527, c. jud.).

La saisie est un acte d'huissier, officier public assermenté, par lequel les biens du débiteur saisi sont mis à la disposition de la justice en vue soit de leur réalisation, soit simplement de leur conservation.

Les saisies conservatoires, qui tendent uniquement à bloquer le patrimoine du débiteur ou à éviter son appauvrissement, impliquent une autorisation du juge des saisies (art. 1413 c. jud.) ou, du moins, un jugement même non exécutoire (art. 1414 c. jud.).

Les saisies exécution qui tendent à la vente des biens saisis, afin de désintéresser le créancier avec le prix obtenu, impliquent nécessairement un titre exécutoire, c'est-à-dire un acte revêtu de la formule exécutoire permettant la contrainte. Il s'agit le plus généralement d'un jugement.

Ainsi, le créancier impayé ne peut se faire justice à lui-même, sans se soumettre aux procédures judiciaires appropriées souvent complexes. Les cas échéant, il devra même subir le concours d'autres créanciers du débiteur. L'insuffisance éventuelle de l'actif renforce l'intérêt des garanties supplémentaires dont un créancier peut se prévaloir, le cas échéant.

Si, en matière commerciale, la procédure de faillite assure un partage plus ou moins équilibré des biens du failli entre les créanciers, il n'en va pas de même en matière civile. En principe, tous les créanciers viennent en concours quelle que soit l'antériorité éventuelle d'une dette par rapport aux autres ; les biens du débiteur seront répartis en proportion de chaque créance. La réalité est plus décevante dans la mesure où rien n'est prévu pour sauvegarder l'égalité des créanciers qui saisiront successivement jusqu'à la limite des biens saisissables, sans tenir aucun compte des créanciers plus lents ou moins avertis. Le paiement est souvent la récompense du plus rapide.

Si le débiteur est commerçant, les saisies individuelles sont suspendues lorsqu'il est déclaré en faillite. Celle-ci aboutit à la répartition du solde de l'entreprise entre les créanciers "au marc le franc", sous réserve des éventuelles causes de préférence. Cette procédure collective est incompatible avec la poursuite des procédures individuelles.

Les sûretés sont des techniques qui permettent au créancier d'assortir sa créance de garanties spéciales. Elles opèrent sans préjudice de certains mécanismes de protection déjà évoqués, tels, notamment, l'exception d'inexécution (cfr. supra, n° 04.3), l'action paulienne (cfr. supra, n° 06.3), ou la compensation (cfr. supra, n° 07.4).

Nous examinerons successivement, le cautionnement, le gage, le privilège et l'hypothèque.

08.1 - Cautionnement.

Le cautionnement est une convention par laquelle une personne s'engage à payer une dette au cas où le débiteur de cette obligation n'y satisferait pas lui-même. Cette sûreté personnelle fait l'objet des articles 2011 à 2043 du Code civil.

Le contrat de cautionnement est conclu entre le créancier et la personne qui se rend caution. Bien que le débiteur cautionné puisse avoir l'initiative du contrat, il n'y est pas personnellement partie, et le contrat peut être conclu à son insu (art. 2014).

Les effets du cautionnement sont essentiellement liés à son caractère accessoire et subsidiaire par rapport à l'obligation principale.

La nullité de l'obligation principale rejait sur le cautionnement, qui ne peut exister que sur une obligation valable. Il semble cependant possible de cautionner une obligation simplement annulable avec la volonté de couvrir la nullité éventuelle (cfr. art. 2012).

L'engagement de la caution ne peut excéder celui du débiteur principal. A défaut, il sera réduit à la mesure de la dette cautionnée (art. 2013). Enfin, l'extinction de l'obligation principale éteint le cautionnement qui suit, donc, en toutes circonstances, le sort de la dette qu'il garantit.

Le caractère subsidiaire du cautionnement se manifeste principalement par le bénéfice de discussion. En principe, la caution n'est pas un codébiteur ; elle n'est tenue au paiement de la dette qu'en cas de défaillance du débiteur principal. Sauf convention contraire, la caution peut exiger, à condition qu'elle le fasse dès les premières poursuites dirigées contre elle, que le créancier exécute d'abord le débiteur. La caution doit, dans ce cas, avancer les frais de ces poursuites et indiquer les biens susceptibles d'être saisis utilement (art. 2021 à 2024). Le bénéfice de discussion n'appartient pas à la caution imposée par décision judiciaire (art. 2042).

Ce caractère subsidiaire du cautionnement n'est pas absolu. La caution peut s'engager solidairement avec le débiteur principal (cfr. supra, n° 03.42) ou renoncer au bénéfice de discussion.

Lorsque la caution a payé, elle est de plein droit subrogée dans les droits du créancier à l'égard du débiteur défaillant (art. 1251-3° et 2029 C. civ. ; cfr. supra, n° 07.11).

Il peut y avoir une pluralité de cautions conjointes, solidaires ou successives, pour une même obligation. A priori, sauf convention contraire, lorsqu'il y a plusieurs cautions, elles sont toutes engagées pour la dette entière (art. 2025). Celle qui paie peut se retourner, le cas échéant, contre chacune des autres cautions conjointes ou solidaires pour leur part et portion (art. 2033). En outre, la caution qui est poursuivie par le créancier peut réclamer la division de son action contre les diverses cautions, chacune pour sa part et portion, sauf s'il y a engagement solidaire ou renonciation à ce bénéfice de division.

Le cautionnement peut s'éteindre par toutes les causes habituelles d'extinction des obligations, outre l'extinction de plein droit à la suite de la disparition de l'obligation principale. La caution peut aussi racheter son cautionnement ; dans ce cas, la somme payée au créancier doit venir en déduction de la dette principale (art. 1288 C. civ.). Enfin, l'article 2037 prévoit la libération de la caution lorsque le créancier a rendu, par son fait, la subrogation impossible ou inefficace.

08.2 - Gage - Nantissement.

On distingue, en théorie, le nantissement mobilier ou gage du nantissement immobilier ou antichrèse (art. 2072 C. civ.). L'antichrèse étant tombée en désuétude en raison du recours à l'hypothèque (cfr. infra, n° 08.4), on n'évoquera ici que le gage.

Le gage est un contrat par lequel un débiteur remet une chose mobilière à son créancier, sur laquelle celui-ci pourra se faire payer en cas d'inexécution. Il s'agit d'un contrat réel qui se forme par la remise de la chose : le gage implique la mise en possession du créancier. Comme le cautionnement, il s'agit aussi d'un contrat accessoire.

Pour être opposable aux tiers, et notamment aux autres créanciers du débiteur, le gage doit faire l'objet, s'il a une valeur de plus de 3.000 francs, soit d'un acte authentique, soit d'un acte sous seing privé dûment enregistré (cfr. supra, n° 02.41). Si l'objet du gage est une créance, l'acte doit être signifié (par voie d'huissier) au débiteur de la créance donnée en gage et, s'il s'agit d'une créance privilégiée ou hypothécaire inscrite, l'acte doit, en outre, faire l'objet d'une mention marginale.

Le créancier jouit du droit de rétention de la chose gagée jusqu'à l'extinction de l'obligation principale (art. 2092 C. civ.). Si le débiteur paie, la chose doit être restituée. Le cas échéant, le débiteur devra indemniser le créancier gagiste des dépenses utiles et nécessaires que celui-ci aurait faites pour la conservation du gage (art. 2080 alinéa 2).

Si le débiteur ne s'exécute pas, le créancier peut soit demander la vente publique de la chose donnée en gage, soit son attribution en propriété moyennant une estimation par experts. Dans un cas comme dans l'autre, il faut une autorisation judiciaire. Toute convention contraire est nulle.

La clause de voie parée par laquelle le débiteur convient, qu'à défaut de paiement, le créancier peut réaliser le bien convenu comme il l'entend est donc nulle de même qu'un pacte commissaire par laquelle le débiteur convient que le créancier sera de plein droit propriétaire à défaut de paiement. Les deux clauses ne peuvent être convenues qu'après l'échéance, lorsque le défaut de paiement est effectif (art. 2078 C. civ.).

Il faut encore noter que le gage, qui est de nature commerciale dans le chef du débiteur gagiste, fait l'objet d'une réglementation particulière, relativement moins formaliste (loi du 5 mai 1872).

08.3 - Privilège.

Le privilège est un droit de préférence accordé à un créancier par rapport aux autres dans l'exécution du patrimoine du débiteur, à raison de la qualité de sa créance. Le créancier privilégié est payé par préférence en cas de concours avec d'autres (art. 12 l. hyp.). Les privilèges dérivent exclusivement de la loi et ne peuvent être créés par convention.

La loi hypothécaire n'a prévu qu'un seul privilège susceptible de s'étendre à l'intégralité du patrimoine du débiteur. Les autres privilèges se limitent soit aux meubles, soit à certains meubles ou certains immeubles.

Les frais faits en justice ou hors justice pour la conservation, la réalisation ou la liquidation du patrimoine du débiteur sont privilégiés pour tous les biens auxquels ils se rapportent. Ce privilège général n'est cependant opposable qu'aux créanciers dans l'intérêt desquels ces frais ont été faits (art. 17 l. hyp.).

Les différents privilèges s'exercent ensuite selon un rang de préférence strictement déterminé par loi et selon qu'ils s'exercent sur les meubles ou sur les immeubles.

Au premier rang des privilèges sur meubles, on classe le droit du créancier gagiste (cfr. supra, n° 08.2) et d'autres titulaires d'un droit de rétention sur un meuble déterminé (aubergiste et voiturier). Ce privilège ne porte que sur le meuble détenu. Il cesse, en principe, si le créancier perd la possession de la chose. Ce privilège prime celui du vendeur de la chose pour le prix non payé (art. 23 l. hyp.).

Dans la liste des privilèges spéciaux sur certains meubles de l'article 20 de la loi hypothécaire, on peut encore relever le privilège du bailleur pour les loyers ou fermages impayés sur tout ce qui garnit la maison ou la ferme louée, et sur tout ce qui sert à l'exploitation de cette ferme.

D'une manière générale, les privilèges spéciaux sur certains meubles priment les privilèges généraux (art. 26 l. hyp.).

Parmi les créances qui bénéficient d'un privilège général sur les meubles du débiteur, on peut citer, notamment, les cotisations de sécurité sociale et les impôts. Ces privilèges généraux peuvent aussi s'exercer sur les immeubles dont la valeur n'aurait pas été entièrement absorbée par les créances privilégiées sur ces immeubles ou les créances hypothécaires.

L'article 27 de la loi hypothécaire énumère différents privilèges sur immeubles, tel celui du vendeur sur l'immeuble vendu, pour le paiement du prix. Ces privilèges ne produisent d'effet que pour autant qu'ils soient rendus publics par une inscription sur les registres du conservateur des hypothèques. En cas de vente, le vendeur d'immeuble ne conserve son privilège que s'il le fait transcrire en même temps que le titre qui transfère la propriété (art. 28 l. hyp.). Cette règle de publicité fait échec à la primauté du privilège immobilier sur l'hypothèque (art. 12 l. hyp.).

08.4 - Hypothèque.

L'hypothèque est un droit réel accessoire et immobilier en vertu duquel un créancier a le droit, en cas de défaut de paiement, de saisir l'immeuble qui en est l'objet, en quelque main qu'il se trouve, pour le faire vendre et se faire payer sur le prix par préférence (art. 41 l. hyp.).

Droit accessoire, l'hypothèque suit le sort de la créance dont elle est la sûreté. Elle ne peut être cédée indépendamment, et l'extinction de la créance entraîne celle de l'hypothèque.

L'hypothèque subsiste sans dépossession du débiteur qui conserve le droit d'administrer l'immeuble et même d'en disposer. Il peut aliéner le bien, mais le créancier dispose du droit de suite qui lui permet d'exercer son hypothèque entre les mains des acquéreurs successifs. Le débiteur peut aussi hypothéquer plusieurs fois le même bien, chaque hypothèque ayant un rang privilégié selon sa transcription. Il est même possible de grever l'immeuble d'un usufruit ou d'une servitude, pour autant qu'elle ne diminue pas la valeur de la garantie.

A l'échéance de la dette, en cas de non paiement, le créancier hypothécaire doit recourir à la procédure judiciaire de saisie-immobilière pour réaliser la vente forcée. Toute convention contraire est nulle et non avenue avant l'échéance (art. 1626 C. jud.).

Chaque créancier hypothécaire peut exercer ce droit sur l'immeuble entier. L'hypothèque est, par nature, indivisible (art. 41 alinéa 2 l. hyp.). La division de la dette hypothécaire ou de la propriété de l'immeuble n'a aucun effet sur l'hypothèque qui peut, en outre, être exercée quelle que soit la valeur de la créance par rapport à la valeur du bien hypothéqué. Il est toutefois possible de convenir d'une hypothèque sur une part indivise d'un immeuble. Dans ce dernier cas, cette part fera seule l'objet d'une éventuelle procédure.

L'hypothèque s'exerce sur l'immeuble tel qu'il est au moment de l'exécution avec ses charges, ses avantages, ses accessoires et ses améliorations.

Il est encore possible de convenir d'une subrogation réelle sur les biens qui seraient subrogés réellement à l'immeuble grevé. Le droit du créancier peut ainsi être reporté sur l'éventuelle indemnité qui serait due par l'assureur-incendié.

La constitution d'une hypothèque conventionnelle dépend essentiellement de la rédaction d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé reconnu en justice ou devant notaire (art. 76 l. hyp.). Sans la rédaction d'un tel acte, la convention d'hypothèque n'a aucune existence légale. Il s'agit d'un contrat solennel (cf. supra, n° 02.1).

Pour être opposable aux tiers, notamment aux acquéreurs ultérieurs de l'immeuble ou aux autres créanciers, l'hypothèque doit être inscrite sur le registre du conservateur des hypothèques. Cette inscription déterminera, notamment, le rang successif de priorité des diverses hypothèques susceptibles d'être prises sur le même immeuble (art. 81 l. hyp.). L'inscription a effet pendant quinze ans, sauf si elle est renouvelée avant l'expiration de ce délai (art. 90 l. hyp.).

L'acte constitutif d'hypothèque doit contenir la nature et la situation de chacun des immeubles hypothéqués (art. 78 l. hyp.) et la détermination de la somme pour laquelle l'hypothèque est consentie (art. 80 al. 1 l. hyp.).

Les inscriptions sont rayées ou réduites soit par le consentement des parties soit par un jugement exécutoire (art. 92 l. hyp.).

09. - DROIT APPLICABLE.

09.0 - Généralités.

Le droit belge n'est pas nécessairement applicable à tous les contrats qui se rattachent à la Belgique par leur conclusion, leur exécution ou tout autre élément de rattachement. Le droit international privé belge détermine le droit national applicable par les tribunaux belges et les règles de leur compétence lorsque les contrats présentent des éléments d'extranéité.

La mise en œuvre du droit international privé implique, en effet, qu'il s'agisse de relations mettant en cause des éléments étrangers. Le contrat conclu par des belges en Belgique, qui ne met en œuvre aucun élément non belge dans son rattachement abjectif, se voit nécessairement appliquer le droit belge, nonobstant toute volonté contraire.

Ce caractère impératif du droit belge doit, toutefois, être nettement circonscrit dans sa portée. Fondé sur les principes de l'autonomie de la volonté (cfr. supra, n° 01.10) et du consensualisme (cfr. supra, n° 02.1), le droit commun des contrats est dans une large mesure supplétif. Il ne s'applique qu'en l'absence de convention contraire. Les parties peuvent aussi se situer délibérément en dehors du droit et ne prendre que des engagements d'honneur, non susceptibles d'exécution forcée (cfr. supra, n° 01.10). Elles peuvent, enfin, soustraire l'application de leurs conventions à la compétence des tribunaux en concluant une convention d'arbitrage (cf. infra, n° 09.3).

09.1 - Conflit de lois et jurisprudence nationale.

Lorsque le contrat présente des éléments d'extranéité, l'application du principe de l'autonomie de la volonté s'étend au droit applicable. La loi applicable au contrat, tant pour sa formation que pour ses conditions et ses effets est celle que les parties ont adoptée expressément ou implicitement. A défaut d'une manifestation de volonté à cet égard, le droit applicable au contrat est celui de l'état avec lequel il se rattache objectivement de la manière la plus étroite.

Cette loi d'autonomie implique premièrement un rattachement à un droit étatique existant. Le choix des parties ou le rattachement objectif de leur convention ne peut porter que sur la loi d'un état. Si les parties choisissent un rattachement à l'ancien droit romain, leur option sera écartée par un rattachement auquel les parties semblent s'être référées principalement. Par ailleurs, les parties ne peuvent se fixer à un droit en vigueur au moment de la conclusion du contrat. Dès qu'un contrat est rattaché à un ordre juridique, il ne peut se soustraire aux éventuelles modifications qui y surviendraient. Il reste soumis à ce droit applicable à travers toutes les évolutions que celui-ci peut connaître.

Les cocontractants ne peuvent pas davantage situer leur contrat en dehors de tout ordre juridique. Le contrat "sans loi" n'existe pas. On rattachera toujours leur accord à un système juridique chargé d'en apprécier la validité et les effets. Cette règle ne porte pas préjudice à la possibilité de conclure des engagements d'honneur (cfr. supra, n° 01.10) ou de confier à des arbitres la mission d'amiables compositeurs les dispensant de se prononcer selon les règles de droit (cfr. infra, n° 09.3), mais le sens et la portée de telles conventions ne peuvent être appréciées que dans un ordre juridique déterminé.

La loi d'autonomie ne permet pas non plus un dépeçage de la relation contractuelle par des références diversifiées à plusieurs ordres juridiques. Si le contenu de l'accord peut s'inspirer ou même se référer à diverses législations d'états différents, le contrat lui-même est nécessairement rattaché au droit positif d'un seul état. La solution est certaine en ce qui concerne le fond du contrat, sa validité et ses effets. Elle semble connaître cependant des exceptions au niveau des formes de la conclusion du contrat.

La question de savoir si les parties peuvent choisir pour la forme du contrat une loi applicable autre que celle à laquelle elles se réfèrent pour le fond reste controversé. La jurisprudence belge ne dissocie guère la forme du fond, comme s'ils n'étaient pas susceptibles de rattachements distincts. Certains auteurs, s'inspirant de l'avant-projet de convention du Marché Commun sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles, estiment cependant qu'un contrat doit pouvoir se conclure dans la forme valable selon le droit du lieu de la conclusion de l'accord, même si les parties choisissent ou se réfèrent à un autre droit applicable au fond.

Quoi qu'il en soit, les actes authentiques (cfr. supra, n° 02.41) accomplis en Belgique doivent nécessairement suivre les formalités imposées par la loi belge à ses officiers publics instrumentants. Ceux-ci doivent toujours respecter les impératifs de l'ordre juridique dont ils tirent leur compétence. Ceci ne les empêche pas de recevoir des contrats régis par une loi étrangère, voire même, bien que ce soit plus discutable, des actes que le droit belge ne connaît pas.

La preuve des actes juridiques peut être rapportée devant un tribunal belge soit selon les règles du droit applicable au contrat, soit selon celles du pays où l'acte a été dressé, soit selon le droit belge (cfr. supra, n° 02.4).

Lorsque la volonté des parties, quant au droit applicable, ne s'est pas exprimée de manière suffisamment certaine, la localisation objective du contrat se fait en fonction des éléments de rattachement. A cet égard, le lieu d'exécution, le lieu de conclusion et la nationalité des parties peuvent constituer des critères particulièrement significatifs.

La détermination du droit applicable se fait cependant sans préjudice de l'application de lois de police et de la nécessaire conformité à l'ordre public et aux bonnes moeurs.

Certains aspects de la situation contractuelle, localisés en Belgique, sont nécessairement régis par la loi belge. Ainsi, l'exécution d'un contrat d'entreprise est toujours soumise à la réglementation applicable à l'entreprise au lieu de sa mise en oeuvre. De même, les contrats de travail exécutés en Belgique sont soumis impérativement à certaines règles du droit social belge, même si le droit qui leur est applicable est celui d'un état étranger.

Certains contrats particuliers font l'objet de déterminations particulières de la loi applicable. Ainsi, l'article 3 de la convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels du 15 juin 1955 (loi du 21 septembre 1982) prévoit une désignation subsidiaire de la loi applicable lorsque la volonté des parties ne résulte pas indubitablement des dispositions du contrat.

09.2 - Conflit de compétence juridictionnelle.

Les articles 635 et 636 du Code judiciaire déterminent la compétence des tribunaux belges lorsqu'ils ont à connaître de causes impliquant des étrangers.

Les étrangers peuvent être assignés en Belgique par un Belge ou même par un étranger dans les cas prévus par l'article 735, notamment, en matière immobilière (635-1°), ou s'ils ont, en Belgique, un domicile, une résidence, voire une simple élection du domicile (635-2°), où si l'obligation est née, a été ou doit être exécutée en Belgique (635-3°) ... etc.

L'étranger, dans tous les autres cas, peut décliner la compétence du tribunal belge saisi si ce droit appartient au Belge dans le pays de cet étranger. Le déclinatoire est présumé si l'étranger assigné est défaillant (art. 636).

Les Belges peuvent toujours être assignés devant les tribunaux belges même pour des obligations conclues ou exécutées à l'étranger, voire soumises à l'application d'un droit étranger.

Les règles de droit commun reçoivent cependant exception lorsque la convention C.E.E. du 27 septembre 1968 (loi du 13 janvier 1971) est d'application entre personnes des états contractants.

Dans le cadre de cette convention, sont, en principe, seuls compétents, au choix du demandeur, pour connaître d'une action en justice fondée sur un contrat, les tribunaux du lieu du domicile du défendeur et les tribunaux du lieu où l'obligation contractuelle a été ou doit être exécutée (art. 2 et 5).

Les parties peuvent écarter conventionnellement ce choix en désignant les tribunaux d'un ou de plusieurs états exclusivement compétents pour connaître des litiges éventuels (art. 17). Ces clauses d'attribution sont toutefois limitées en matière d'assurance (art. 12) et de vente et prêt à tempérament (art. 15).

09.3 - Arbitrage.

Les parties contractantes peuvent convenir de soustraire leurs litiges contractuels à la connaissance des tribunaux pour les confier à des arbitres. Le droit applicable au contrat, en vertu de la loi d'autonomie (cfr. supra, n° 09.1), détermine la validité et les effets de la convention d'arbitrage dans un rapport qui relève du droit international privé.

Les parties peuvent aussi stipuler une clause compromissoire dans un contrat de droit interne. Cet arbitrage conventionnel fait l'objet des articles 1676 à 1723 du Code judiciaire, conformes à la Convention européenne portant loi uniforme en matière d'arbitrage du 20 janvier 1966.

Par une convention d'arbitrage, les parties s'engagent à se soumettre à la décision d'un tiers pour faire trancher un litige qui pourrait naître du fait d'un rapport de droit déterminé (art. 1676/1 C. jud.). Le tiers ne se voit pas confier une simple mission de conciliation ou d'avis, mais un véritable pouvoir de décision qui lie les parties.

La convention d'arbitrage doit faire l'objet d'un écrit ou d'autres documents suffisamment probants (télégramme ou télex, par exemple) (art. 1677). Elle n'est pas valable si elle confère à une partie une situation privilégiée en ce qui concerne la désignation de l'arbitre ou des arbitres (art. 1678).

Lorsque la convention d'arbitrage est valable, le juge qui serait saisi, nonobstant cette convention, doit se déclarer incompétent, à la demande d'une partie (art. 1679). On peut relever, à cet égard, que la nullité du contrat n'entraîne pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage qu'il contient (art. 1697.2).

Sauf convention contraire, les arbitres statuent en dernier ressort et leur sentence a autorité de la chose jugée (art. 1703). La partie intéressée peut demander, par requête, et sans procédure contradictoire, au président du tribunal de première instance, de revêtir la sentence définitive de la formule exécutoire (art. 1710). Les parties peuvent aussi dans des délais et pour des causes très strictes demander l'annulation de la sentence rendue (art. 1704 et svts).