

LA FIXATION UNILATÉRALE DU CONTENU DU CONTRAT

par

Jean-François GERMAIN

Avocat au barreau de Bruxelles
Assistant aux FUSL

INTRODUCTION

1. **Précision terminologique.** La notion de contenu ou d'objet du contrat est équivoque. Le Code civil l'aborde lui-même de manière relativement ambiguë aux articles 1108 et 1126 à 1130.

Par *contenu* ou *objet du contrat*, il faut entendre *l'objet de l'obligation née du contrat*, à savoir la prestation promise par le débiteur, et non *l'obligation elle-même* (donner, faire, ne pas faire) ¹.

Le terme *fixation* renvoie quant à lui à *l'action de déterminer* ².

La fixation unilatérale du contenu du contrat est donc littéralement l'acte par lequel une partie au contrat détermine seule le contenu des obligations nées de celui-ci.

(1) H. DE PAGE, *Traité*, 2^e éd., t. I, n° 88 ; P. VAN OMME-SLAGHE, *Droit des obligations*, 3^e éd., vol. 2, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1994, p. 1985/370 ; P. VAN OMME-SLAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », in *Actualités du droit des obligations*, sous la coordination de P.A. FORJERS, Série UB³, n° 4, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 39-40 ; P.A. FORJERS, « L'objet », in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant - Paris, Dalloz, 1997, p. 66 ; « L'objet et la cause du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, p. 129.

(2) *Litté.*

2. **Rappel des principes : l'objet du contrat doit être déterminé ou déterminable.** L'idée d'une fixation unilatérale de l'objet du contrat heurte à première vue l'un des piliers du régime de validité des contrats. On sait en effet que sous peine de nullité, la convention doit avoir un objet *certain* (article 1108 Code civil) ³.

L'objet est certain s'il peut être déterminé avec précision dès la conclusion du contrat (et **au plus tard à ce moment** ⁴ puisqu'il doit être défini bilatéralement), sans qu'il soit besoin d'un nouvel accord des parties.

Cette condition est bien entendu remplie lorsque les parties ont fixé de manière précise dans la convention la nature et l'étendue des prestations qui forment la matière de leur engagement. On parle alors d'objet **déterminé**.

Elle l'est également lorsque les parties ont fixé dans la convention les éléments objectifs qui permettront de déterminer la nature et l'étendue de leurs prestations sans qu'il soit besoin d'un nouvel accord ⁵. On parle dans ce cas d'objet **déterminable** ⁶.

(3) H. DE PAGE, *Traité*, 2^e éd., t. I, n° 89 ; P.A. FORIERS, « L'objet », *op. cit.*, p. 66 ; P. VAN OMME-SLAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 1985/90.

(4) Cass. 21 février 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 604.

(5) Ce qui recouvre la possibilité de faire déterminer l'objet de la convention par un tiers sur cette question, voy. notamment P. VAN OMME-SLAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », *op. cit.*, p. 45 et s. et références citées ; P.A. FORIERS, « L'objet et la cause du contrat », *op. cit.*, p. 128 et références citées ; M.E. STORME, « De bindende derden beslissing naar Belgisch recht », *T.P.R.*, 1985, p. 713 ; L. CORNELIS, « Het mijnenveld rond de bindende derden- of partijbeslissing », *T.P.R.*, 2004, liv. I, p. 76 et s. ; L. SIMONT et I. DE GAVRE, « Examen de jurisprudence. Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1977, p. 369-370 ; R. KRUITHOF, H. MOENS et C. PAULUS, « Overzicht van rechtspraak (1965-73). Verbintenissen », *op. cit.*, n° 46 ; K. VANDERSCHOT, « De bindende derdenbeslissing en de partijbeslissing in België en Nederland » in J. SMIT en S. STUNS (eds.) *Inhoudbepaling en uitwerking van overeenkomsten tussen partijen en jegens derden, naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, n° 6.

(6) Voy. notamment Cass. 20 juin 1934, *Pas.*, 1934, I, p. 332 ; Cass., 11 septembre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 31 ; Cass., 5 janvier 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 483 ; Cass., 21 septembre 1987, *Arr. cass.*, 1987-1988, n° 39 ; Cass. 21 février 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 604 ; Cass., 13 juin 2005, *Pas.*, 2005, p. 1305 ; H. DE PAGE, *Traité*, 2^e éd., t. I, n° 89 ; M.E. STORME, « De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing », *T.P.R.*, 1988, p. 1260 ; P. VAN OMME-SLAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 1985/90 ; L. CORNELIS, « Het mijnenveld rond de bindende derden- of partijbeslissing », in *Libor aniconian tijdschrift voor privaatrecht en Marcel Storme*, Gent, Story-Scientia, 2004, p. 71 ; P. VAN OMME-SLAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », *op. cit.*, p. 41 ; P.A. FORIERS,

Le principe est clairement exprimé à l'article 1129 du Code civil, qui dispose que l'obligation doit avoir pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce, ou à défaut, qui « puisse être déterminée » ⁷.

Notons dès à présent que l'exigence de déterminabilité de l'objet ne concerne que les éléments qui sont considérés comme *essentiels* (par exemple la chose vendue et son prix dans un contrat de vente) ⁸. Il suffit en effet que l'objet du contrat soit « suffisamment » déterminé ou déterminable ⁹, pas qu'il le soit dans toutes ses modalités (aspect qui relève plutôt du domaine de l'exécution).

Le caractère déterminé ou déterminable de l'objet du contrat relève de l'appréciation du juge du fond ¹⁰, elle-même soumise à la censure de la Cour de cassation ¹¹. S'il doit en principe s'en tenir aux termes du contrat, le juge peut y suppléer en interprétant la volonté des parties ou, dans certains cas, en faisant appel à des dispositions légales ou à des usages qui permettent de préciser la nature et l'étendue des prestations dans le silence du contrat ¹².

La sanction d'un objet indéterminé est la nullité de la convention ¹³ pour autant que le vice atteigne l'objet de l'une des obligations *principales* nées du contrat (caractère qui doit s'apprécier en fonction de l'importance relative de l'obligation concernée et/ou de son

« L'objet », *op. cit.*, p. 67 ; R. KRUITHOF, H. MOENS et C. PAULUS, « Overzicht van rechtspraak (1965-73). Verbintenissen », *T.P.R.*, 1975, n° 47 ; E. DIRIX et A. VAN OEEVELEN, « Verbintenissenrecht, kroniek 1985-1992 », *R.W.*, 1992-93, p. 1219.

(7) P. VAN OMME-SLAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », *op. cit.*, p. 41 ; Cass. 19 janvier 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 103.

(8) M.E. STORME, « De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing », *T.P.R.*, 1988, p. 1286.

(9) P. VAN OMME-SLAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », *op. cit.*, p. 42.

(10) Cass. 21 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 77 ; Cass., 13 juin 2005, *R.G.S.*040109, *www.juridat.be*.

(11) Cass. 19 janvier 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 103 (où la Cour casse la décision du juge du fond qui avait condamné un employeur à payer des primes, sans justifier des éléments objectifs permettant de déterminer le contenu et la portée de cette obligation).

(12) Sur ce sujet, voy. P.A. FORIERS, « L'objet », *op. cit.*, p. 67 et références citées.

(13) Et aucune indemnité ne peut être réclamée si l'absence d'objet suffisamment déterminé n'est pas imputable à la faute d'une des parties (Bruxelles, 21 décembre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 95 et s.).

indivisibilité par rapport aux autres obligations nées du contrat)¹⁴.

3. Objet du rapport. C'est précisément au niveau de la détermination de l'objet que se situe notre propos : peut-on admettre, malgré le prescrit des articles 1108 et 1129 du Code civil, selon lesquels l'objet du contrat doit être déterminé par les parties ou à tout le moins objectivement déterminable dès la formation du contrat, que celui-ci puisse être fixé *unilatéralement* par l'une des parties *après* la formation du contrat ? En d'autres termes, est-il concevable qu'une partie au contrat détermine seule et discrétionnairement le contenu de sa propre prestation et/ou de celle de son cocontractant ?

Le cadre d'investigation ainsi défini pose la question de la détermination de l'objet du contrat par **décision unilatérale de partie** (*partijbeslissing*).

Nous tracerons dans une première section les contours de cette figure juridique en lien avec la fixation de l'objet du contrat et la distinguerons d'autres mécanismes décisionnels relatifs à l'objet du contrat (I).

Nous analyserons ensuite les différentes questions liées à sa mise en œuvre (fondement, champ d'application, conditions, effets, contrôle) (II).

Nous aborderons enfin plus succinctement, dans une troisième section, la notion de fixation de l'objet du contrat *avant* sa formation, qui ne constitue pas, sous réserve de certaines situations particulières qui seront examinées, une véritable décision unilatérale de partie au sens défini plus haut (III).

(14) P. VAN OMMESLAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », *op. cit.*, p. 42.

I. LA NOTION DE DÉCISION UNILATÉRALE DE PARTIE EN LIEN AVEC LA FIXATION DU CONTENU DU CONTRAT

4. Origine du mécanisme. Comme le soulignait Jan Ronse dans son étude approfondie consacrée à ce mécanisme, la décision unilatérale de partie¹⁵ (ou *partijbeslissing* en doctrine néerlandophone¹⁶) est une figure juridique « ancienne et oubliée » remontant au droit romain qui se manifeste aujourd'hui à travers différents exemples issus de la loi, des usages ou de la convention des parties¹⁷.

En ce qui concerne plus particulièrement la détermination de l'objet du contrat, on constate en effet que le législateur a expressément admis l'application d'un tel mécanisme. Ainsi les avocats taxent-ils unilatéralement leurs honoraires (article 459 du Code judiciaire). Il en va de même des médecins et des dentistes non conventionnés (article 15 de l'arrêté royal du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé¹⁸). L'article 31 du Code des sociétés autorise les associés d'une société de droit commun à confier à l'un d'eux le soin de fixer la part de chacun dans les pertes et bénéfices. Etc.

Dans d'autres cas, ce sont les usages qui admettent le droit d'une partie contractante de fixer seule l'objet du contrat. Ainsi reconnaît-on aux entrepreneurs de travaux le droit de fixer unilatéralement le prix de

(15) Appellation proposée par P. WÉRY, « 'Partijbeslissing' et règlement d'un concours », *J.L.M.B.*, 1997, p. 1525.

(16) Précisons toutefois que le terme *partijbeslissing* a une portée plus large que la seule détermination de l'objet par l'une des parties. La doctrine néerlandophone vise par ce terme toutes les situations de « décision unilatérale » d'une partie, à savoir non seulement la détermination de l'objet du contrat, mais aussi sa modification, la décision unilatérale de mettre fin au contrat (résolution et résiliation unilatérale), les diverses sanctions unilatérales en cas de manquement d'une partie à ses obligations (exception d'inexécution etc.) (voy. notamment S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Die Keure, Brugge, 2005, p. 98 ; K. VANDERSCHOT, « De sanctiëring van abusieve partijbeslissingen genomen bij contractuele wanprestatie : de verschillende gedaantes van de matigende werking van de goede trouw », *op. cit.*, p. 89). De telles définitions sont plus larges que celles données par R. KRUITHOF, H. MOENS et C. PAULUS (« Overzicht van rechtspraak (1965-73). Verbintenissen », *T.P.R.*, 1975, p. 481 ou J. RONSE (« Marginale toetsing in het privaatrecht », *T.P.R.*, 1977, p. 212 et s.) qui limitent la notion de *partijbeslissing* à la détermination de l'objet. La même approche semble être retenue par L. CORNELIS (« Het mijnenveld rond de bindende derden- of partijbeslissing », *op. cit.*, p. 79) et M.E. STORME (« De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing », *T.P.R.*, 1988, p. 1259).

(17) J. RONSE, « Marginale toetsing in het privaatrecht », *op. cit.*, p. 213 et s.

(18) *M.B.*, 14 novembre 1967.

leur intervention à la fin des travaux ou aux intermédiaires commerciaux celui de leur commission.

D'une manière plus générale, la pratique des affaires révèle l'existence de nombreuses situations où les parties choisissent contractuellement, par souci de rapidité et d'efficacité, de confier expressément ou tacitement à l'une d'elles le soin de déterminer unilatéralement le contenu ou le prix de telle ou telle prestation le moment venu, plutôt que de figer dans le contrat le contenu de leurs prestations réciproques, au risque que celui-ci se révèle par la suite inadapté aux circonstances rencontrées.

Ces exemples particuliers sont autant de cas d'application de la figure juridique de la décision unilatérale de partie appliquée à la fixation de l'objet du contrat. Nous examinerons dans ce rapport s'ils constituent ou non l'expression d'un principe plus général autorisant – dans tous les cas où l'objet du contrat ne serait pas déterminé ou déterminable sur la base du texte de la convention – la détermination de celui-ci par *décision d'une partie* au contrat.

5. Un acte juridique unilatéral. Le mécanisme de la décision unilatérale de partie est classiquement abordé à propos de la détermination de l'objet mais il recouvre en réalité toute situation où l'une des parties au contrat exprime unilatéralement sa volonté.

À la lecture des diverses études consacrées à la question, on observe qu'une conception très large est donnée par les auteurs à la notion de décision unilatérale de partie, ce qui, dans la matière qui nous occupe, peut aboutir à une certaine confusion. En effet, dans son acception large, la décision unilatérale de partie recouvre tant la décision d'une partie reposant sur un accord contractuel préalable, le cas échéant assorti de critères de décisions, que celle consistant à définir certains aspects du contenu des prestations, que celle encore ayant pour objet de sanctionner le comportement de la partie défaillante, etc. Ce mélange de genres risque d'aboutir à un manque d'identification du mécanisme en matière de détermination de l'objet du contrat, et donc de rendre vaine toute tentative d'analyse systématique, notamment quant aux limites et conditions d'exercice de la décision unilatérale de partie.

La notion de *fixation* unilatérale de l'objet du contrat est plus restrictive, puisqu'elle sous-entend qu'une partie ait le droit de fixer (et non simplement de définir) seule l'objet du contrat, c'est-à-dire de l'imposer à l'autre partie sans que son accord ne soit requis.

En ce sens, la décision unilatérale de partie, entendue comme un mode de fixation de l'objet du contrat, doit s'analyser comme une forme d'**acte juridique unilatéral**, à savoir un acte entraînant des effets juridiques (en l'occurrence faire naître ou plus précisément déclarer¹⁹ des droits et obligations²⁰ en précisant leur objet) par la seule manifestation de volonté de son auteur²¹.

6. Distinction avec la tierce décision obligatoire. Ne sont donc pas visées les situations où les parties, *de commun accord*, confient à un tiers le soin de fixer seul la nature et l'étendue de l'objet du contrat. Certes, dans ce cas, il s'agit également d'une manifestation de volonté unilatérale, mais qui repose sur un accord bilatéral préalable des parties (unilatéralisme imparfait).

7. Distinction avec la fixation du contenu du contrat par la loi, les accords collectifs ou les usages. Ne sont pas visées les nombreuses situations où la loi définit directement l'objet du contrat ou une partie de celui-ci. On peut citer l'exemple des dispositions légales et réglementaires en matière de droit du travail qui déterminent de manière impérative des éléments parfois importants du contenu des prestations ou de la rémunération (durée du travail, congés, barèmes de rémunération²², pécules, etc.), des conventions collectives de travail dont le contenu est présumé figurer dans chaque contrat de travail

(19) Si l'on considère que l'obligation naît de commun accord dès la conclusion du contrat et que seul son contenu doit encore être « déclaré » par le bénéficiaire du droit de fixation unilatérale.

(20) P. VAN OMME-SLAGHE, *Droit des obligations*, 3^e éd., vol. 2, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1994, p. 1985/380.

(21) P. VAN OMME-SLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *Les sûretés. Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983*, Feduci, 1983, p. 351 ; P. VAN OMME-SLAGHE, *Droit des obligations*, 3^e éd., vol. 2, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1994, p. 1985/368.

(22) En matière de contrat de travail, on peut considérer que même en l'absence de toute indication quant au montant de la rémunération, celle-ci est déterminable dans la mesure où la rémunération minimale fixée par l'échelle barémique applicable (elle-même fixée par convention collective de travail) doit être considérée comme la rémunération convenue (Cass., 22 novembre 2004, *J.T.T.*, 2005, 25 ; Cass., 29 octobre 2001, *R.W.*, 2002-2003, 462). Sur la question de la déterminabilité du salaire même en l'absence d'accord écrit sur le principe d'une rémunération, cf. W. VAN ECKHOUTE et V. NEUPREZ, *Compendium social*, 2007-2008, t. I, Kluwer, 2007, n° 1055 et références citées.

individuel²³, du loyer de base déterminé par le juge à défaut de fixation dans le bail²⁴, ou encore du taux d'intérêt légal appliqué au contrat de prêt à défaut de fixation d'un taux dans la convention²⁵. On songe également à la manière dont les usages déterminent çà et là des valeurs « normales » pour la rémunération de certaines prestations, comme en matière de courtage immobilier²⁶ ou d'agence commerciale²⁷ (bien que, dans ce dernier cas, il semble que l'on soit plutôt en présence de règles permettant d'exercer un contrôle sur le caractère raisonnable ou non d'une fixation unilatérale par le prestataire de sa rémunération²⁸). Dans de telles situations, les parties ne sont pas soumises au pouvoir de

(23) Selon l'article 23 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives et les commissions paritaires (*M.B.*, 15 janvier 1969), le contrat de travail individuel est « implicitement modifié » par la convention collective de travail.

(24) Article 1728 *bis*, § 1, al. 3, du Code civil.

(25) Article 1907, al. 4, du Code civil.

(26) Civ. Bruxelles, 31 mars 1994, *J.T.*, 1994, p. 615 ; Civ. Namur, 22 juin 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1193, Bruxelles, 7 décembre 1988, *Rev. Not. b.*, 1989, p. 165. La fixation unilatérale de la rémunération est admise en faveur de l'agent immobilier même si l'absence de fixation du mode de calcul de sa rémunération dans la convention constitue par ailleurs une infraction déontologique (directive n° 5 relative au « contenu minimum des missions de courtage, ayant pour objet l'article 12 de la déontologie »). Agissant dans ce cadre, l'agent devra tenir compte des usages applicables au type d'opération concerné (vente, location) ou à défaut d'usages, agir avec bonne foi (voy. à ce sujet L. COLLON, *Le statut juridique de l'agent immobilier*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 363 et s. (et références citées) ; Voy. également les références citées par N. VERHEYDEN-JEANMART et I. DURANT, « La rémunération dans les contrats de service », *op. cit.*, p. 73, note 152).

(27) L'article 15 de la loi du 13 avril 1995 (*M.B.*, 2 juin 1995) précise que le pourcentage appliqué devra respecter les usages en vigueur dans le secteur économique concerné et qu'à défaut de tels usages, « l'agent commercial a droit à un pourcentage équitable ». On peut toutefois se demander, dans ces différents cas, s'il s'agit d'une détermination directe par la loi ou les usages de l'objet du contrat.

(28) Cf. *infra*. Il s'agit là d'une question délicate. W. GOOSSENS distingue par exemple les usages qui déterminent les échelles de valeur pour certains types de prestations (dont notamment les intermédiaires commerciaux), du mécanisme de *partijbeslissing* proprement dit (*Aanwinst van werk. Het gemeenechtelijk dienstcontract*, Brugge, Die Keure, 2003, p. 300, n° 743 et s.). Les usages assureraient dans cette optique une détermination directe de l'objet du contrat en dehors de toute décision de partie. Il n'est toutefois pas certain que les usages puissent assurer une telle fonction. L'exigence de détermination de l'objet de l'article 1108 du Code civil répond en effet, comme on le verra, à une double préoccupation : assurer l'existence de l'obligation (il faut que l'obligation soit déterminée le moment venu pour qu'elle puisse être exécutée) et assurer la protection du créancier contre l'arbitraire de son débiteur (si l'objet n'est pas déterminé, son contenu et le moment de son exécutabilité risquent d'être laissés à la discrétion de l'une des parties). Or, les usages ne permettent pas, par définition, de déterminer l'objet (en l'occurrence le prix) avec suffisamment de précision pour assurer cette fonction d'existence et surtout d'exécution de l'obligation. Ils constituent plutôt une marge d'appréciation qui, si elle est laissée à l'arbitrage des parties sans référence au

l'une d'elles pour la fixation du contenu du contrat mais bien à la force obligatoire d'une norme supérieure, qu'elles sont d'ailleurs supposées connaître et donc avoir acceptée au moment de la conclusion du contrat. Il ne peut être question d'unilatéralisme dans ces conditions.

8. Distinction avec la modification unilatérale de l'objet du contrat. La fixation et la modification unilatérales du contenu du contrat ont en commun d'être des actes juridiques unilatéraux intervenant après la formation du contrat et consistant pour une partie à imposer sa volonté à l'autre dans la définition ou la modification de l'objet du contrat. Les principes d'analyse de ces deux mécanismes sont toutefois différents. Alors que la fixation unilatérale de l'objet du contrat apparaît comme une dérogation, ou à tout le moins une application particulière, de l'une des conditions de validité du contrat (existence d'un objet déterminé ou déterminable), la modification unilatérale de l'objet du contrat ne pose pas la question en ces termes (puisqu'elle intervient à un moment où un objet déterminé ou déterminable a déjà été défini par les parties de commun accord) mais se présente comme une dérogation à la règle de l'intangibilité des contrats découlant de l'article 1134 du Code civil (*pacta sunt servanda*). Ce sujet sera analysé par Catherine Delforge.

II. LA FIXATION UNILATÉRALE DU CONTENU DU CONTRAT

9. Observation liminaire. Seule la fixation unilatérale du contenu du contrat après sa formation est une forme de décision unilatérale de partie telle que nous l'avons identifiée, à savoir un acte de volonté unilatérale consistant pour une partie à fixer seule (par dérogation au principe de bilatéralisme) l'objet du contrat (par dérogation, du moins en apparence, au caractère déterminé ou déterminable de celui-ci au

pouvoir de décision du créancier, risque de retarder significativement l'exigibilité de la créance (nécessité d'un recours préalable au juge). Il est dès lors préférable selon nous de considérer de tels usages comme des lignes directrices pour le prestataire qui fixe unilatéralement sa rémunération. Elles sont alors un instrument du contrôle marginal que le juge exercera *a posteriori* sur ce pouvoir de décision unilatérale (en ce sens nous semble-t-il : N. VERHEYDEN-JEANMART et I. DURANT, « La rémunération dans les contrats de service », in *Les contrats de service*, Bruxelles, Éditions du Jeune barreau de Bruxelles, 1994, p. 73 ; P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », in *Les intermédiaires commerciaux*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau, 1990, p. 40 et 41).

moment de la conclusion du contrat). Lorsqu'en revanche l'intervention unilatérale se situe avant la formation du contrat, elle procède, dans la plupart des cas, d'une simple rédaction unilatérale du contenu du contrat, qui n'élude pas la fixation bilatérale de celui-ci au moment de la formation du contrat (cf. *infra*, III).

A. Définition

10. Proposition de définition. Il ressort des nombreuses descriptions doctrinales de la fixation unilatérale du contenu du contrat que celle-ci vise en substance toute situation où l'une des parties au contrat fixe seule, après la conclusion du contrat, l'objet d'une ou plusieurs des obligations issues de celui-ci.²⁹

Au-delà de la définition générale qui peut en être donnée, la fixation unilatérale du contenu du contrat soulève plusieurs questions : doit-elle obligatoirement être fondée sur le contrat, sur la loi ou sur les usages, ou peut-elle être purement « discrétionnaire »³⁰ (et, dans ce dernier cas, s'appliquer dès l'instant où l'objet est indéterminé ou indéterminable) (B) ? Peut-elle s'appliquer à tout type de convention (C) ? Quelles en sont les conditions d'application (D) et les

(29) P. VAN OMME-SLAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », *op. cit.*, p. 46 ; « Les obligations. Examen de jurisprudence », *R.C.J.B.*, 1975, n° 21 ; « Les obligations. Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1986, n° 30, p. 85 ; E. DIRIX et A. VAN OEVERLEN, « Verbintenissenrecht, kroniek 1985-1992 », *R.W.*, 1992-93, p. 1219 ; P.A. FORJERS, « L'objet », *op. cit.*, p. 70 et s. ; « L'objet et la cause », *op. cit.*, p. 129 et s. ; J. RONSE, « Marginale toetsing in het privaatrecht », *op. cit.*, p. 212 ; M.E. STORME, « De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing », *T.P.R.*, 1988, p. 1260 et s. ; L. CORNELIS, « Het mijnenveld rond de bindende derden-of partijbeslissing », *T.P.R.*, 2004, liv. 1, p. 69 et s. ; R. KRUTHOF, H. MOENS et C. PAULUS, « Overzicht van rechtspraak (1965-73). Verbintenissen », *op. cit.*, p. 481 ; K. VANDERSCHOT, « De sanctiëring van abusieve partijbeslissingen genomen bij contractuele wanprestatie : de verschuillende gedaantes van de matigende werking van de goede trouw », *R.G.D.C.*, 2005, p. 87 et s. ; pour une approche de la question en droit français voy. *La Semaine Juridique*, II (jurisprudence), 1996, 22-565 (en particulier les conclusions de M. Michel JEOL, premier avocat général à la Cour de cassation, ainsi que la note de J. GHESTIN) ; V. RANOUIL, « L'objet du contrat », in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant - Paris, Dalloz, 1997, 349 p. 52 et s.

(30) Dans la définition qu'il livre de la *partijbeslissing*, J. RONSE opère une distinction entre un droit de fixation unilatérale de l'objet du contrat « encadré » (*gebonden bevoegdheid*) et un droit discrétionnaire (*discretionaire bevoegdheid*) (« Marginale toetsing in het privaatrecht », *op. cit.*, p. 212). Voy. également M.E. STORME, « De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing », *T.P.R.*, 1988, p. 1260.

effets (E) ? Peut-elle s'exercer librement ou est-elle soumise à un contrôle (F) ?

B. Fondement

11. La loi, les usages ou la convention. Si l'objet n'est ni déterminé ni déterminable dans le contrat, le mécanisme de fixation unilatérale ne s'applique pas pour autant automatiquement. Il doit être autorisé par la loi ou les usages³¹ (1), ou par la convention elle-même (de manière expresse ou tacite) (2)³².

1. Fixation unilatérale du contenu du contrat fondée sur la loi ou sur les usages

a) Louage d'ouvrage

12. En matière de louage d'ouvrage, on trouve plusieurs dispositions légales ou usages qui admettent, dans le silence de la convention, qu'une partie détermine unilatéralement l'objet du contrat :

— L'article 459 du Code judiciaire prévoit que les avocats taxent unilatéralement leurs honoraires « avec la discrétion que l'on doit attendre de leur ministère ». Cette règle est bien entendu applicable à défaut de convention contraire entre l'avocat et son client³³. Certaines

(31) Les usages étant entendus au sens des usages conventionnels visés par les articles 1135 (« les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ») et 1160 du Code civil (« on doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage dans le pays où le contrat est passé »), à savoir toute règle qui satisfait à des conditions de généralité, de fixité et de constance ou de régularité (Cass., 23 mai 2005, *Pas.*, 2005, p. 1090).

(32) Attention à ne pas confondre les situations où, dans l'hypothèse d'un contrat dont l'objet n'est pas déterminé expressément, la loi ou les usages autorisent l'une des parties à fixer l'objet de la prestation et celles où la loi ou les usages fixent directement l'objet de la prestation. Dans le premier cas, l'objet est déterminable parce que pouvant valablement être déterminé par une partie, dans le second, il est déterminé dès la conclusion du contrat par application de la loi ou des usages (cas du contrat de travail non écrit avec application de la loi sur la protection de la rémunération).

(33) Commission d'arbitrage du Conseil de l'Ordre des avocats (4^e collège), Bruges, 19 juin 2001, *T.W.V.R.*, 2001, liv. 4, p. 192, note F. MOEYKENS.

décisions qualifient expressément l'article 459 du Code judiciaire de « *partijbeslissing ingestuut door de wet* »³⁴.

— Les usages autorisent l'entrepreneur de travaux à fixer unilatéralement le prix de son intervention à la fin des travaux³⁵. Cet usage est largement reconnu en doctrine³⁶ et en jurisprudence³⁷.

(34) Gand, 21 décembre 2006, *P & B*, 2007, p. 306; Gand, 24 juin 2004, *P & B*, 2004, p. 127; J.P. Bruges, 14 novembre 2002, *T.W.V.R.*, 2002-2003, liv. 3, p. 341, note F. MOEYKENS; J.P. Izegem, 22 octobre 2003, *T.G.R. - T.W.V.R.*, 2004, liv. 1, p. 23; Commission d'arbitrage du Conseil de l'Ordre des avocats (4^e collège), Bruges, 19 juin 2001, *T.W.V.R.*, 2001, liv. 4, p. 192, note F. MOEYKENS; Civ. Hasselt, 21 février 1983, *R.W.*, 1983-1986, p. 1646.

(35) Bien que, comme le souligne M.E. STORME (*T.P.R.*, 1988 p. 1271), cet usage soit contredit par le texte de l'article 1710 du Code civil selon lequel « *la louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* » (nous mettons en évidence). L'auteur s'étonne à ce sujet qu'en matière de vente, on s'en tienne au contraire à la lettre de l'article 1591 du Code civil, qui prévoit que « *le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties* » (nous mettons en évidence). Cette disposition en matière de vente est classiquement considérée comme une application rigoureuse des articles 1108 et 1129 du Code civil, faisant obstacle à toute possibilité d'abandonner à l'une des parties le soin de fixer le prix de vente (L. SIMONT, « Contribution à l'étude de l'article 1592 du Code civil », in *Mélanges offerts à Pierre van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 1092; L. SIMONT, « Contribution à l'étude de l'article 1592 du Code civil », in *Mélanges offerts à Pierre van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 263; L. SIMONT, J. DE GAVRE, P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981-1991). Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1995, p. 114, note 8, p. 115; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1984, p. 83; M.E. STORME s'étonne que l'on ne s'affranchisse pas, comme en matière de louage d'ouvrage, des termes de la loi pour admettre, en matière de vente également, la possibilité de fixation unilatérale du prix par le vendeur (« De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing », *op. cit.*, p. 1271).

(36) Voy. notamment H. DE PAGE, *Traité*, 2^e éd., t. IV, n° 866; P.A. FORIERS, « L'objet et la cause », *op. cit.*, p. 131; M.E. STORME, « De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing », *op. cit.*, p. 1270; M. STORME, « Aspecten van de procesrechtelijke bouwrecht », *Tijdschrift voor Aannemingsrecht*, 1995, p. 243 et s.; J. RONSE, « Marginale toetsing in het privaatrecht », *op. cit.*, p. 215; P. VAN OMMESLAGHE, « Les obligations. Examen de jurisprudence », *R.C.J.B.*, 1975, n° 21; L. SIMONT et J. DE GAVRE, « Examen de jurisprudence (1969 à 1975) - Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1976, n° 195; E. DIRIX et A. VAN OVELEN, « Kroniek van het verbintenissenrecht (gerechtelijke jaren 1978-1979 en 1979-1980) », *R.W.*, 1980-81, p. 2438; R. KRUIJTHOF, « Overzicht van rechtspraak 1974-80. Verbintenissen », *T.P.R.*, 1983, n° 70.

(37) Bruxelles, 13 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1823; Gand, 30 mai 1997, *A.J.T.*, 1997-98, p. 199; Anvers, 23 mai 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 52; Corinn. Hasselt, 23 septembre 1991, *Limb. Rechtsl.*, 1992, p. 396; Civ. Malines, 15 décembre 1992, *R.G.D.C.*, 1994, p. 74.

13. (suite) **Petits ou gros travaux ?** Dans son ouvrage relatif au contrat d'entreprise, M.A. Flamme considère que la règle ne pourrait s'appliquer qu'aux petits travaux ou, lorsque l'on est en présence d'entreprises de gros travaux, aux travaux accessoires et de peu d'importance³⁸. Cette réserve n'est toutefois plus exprimée dans la chronique de jurisprudence relative au contrat d'entreprise, co-écrite par l'auteur en 2000³⁹.

On peut en réalité considérer d'une manière générale que la fixation unilatérale du prix par l'entrepreneur peut s'appliquer aux petits comme aux gros travaux. S'agissant de la catégorie des gros travaux, la règle mérite toutefois d'être nuancée. Au contraire des petits travaux, le prix apparaît ici comme à ce point déterminant que l'on ne peut raisonnablement admettre que le maître de l'ouvrage dépende de l'évaluation faite par l'entrepreneur *en dehors de tout accord préalable en ce sens*⁴⁰. Dans la négative, on pourrait aboutir à des situations où un maître de l'ouvrage serait tenu de payer l'entrepreneur sur la base d'une commande où ne figurerait nulle part le prix ou un moyen d'évaluer celui-ci. Tel ne saurait être le cas et il est probable que le maître de l'ouvrage obtiendrait dans ce cas la nullité de la convention à défaut d'objet déterminé ou déterminable⁴¹.

En revanche, rien ne s'oppose à ce que le principe de fixation unilatérale du prix par l'entrepreneur dans les entreprises de gros travaux puisse s'appliquer *pour autant qu'un accord du maître de l'ouvrage existe en ce sens*⁴².

Cet accord peut être tacite. On admettra ainsi, comme l'a fait la cour d'appel de Bruxelles dans un arrêt du 13 novembre 1997, que l'indication d'un budget moyen dans la convention puisse faire échec à une demande de nullité. Le maître de l'ouvrage a pu évaluer le coût global des travaux et est censé avoir tacitement marqué son accord sur

(38) M.A. FLAMME et J. LEPAFFE, *Le contrat d'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1966, n° 46. Dans le même sens, R. KRUIJTHOF, F. DE LY, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN, « Verbintenissen. Overzicht van rechtspraak » 1981-1992, *T.P.R.*, 1994, p. 366.

(39) M.A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX, F. POTTIER, « Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence 1990-2000 », *Série 'Les dossiers du Journal des Tribunaux'*, n° 29, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 71.

(40) P.A. FORIERS, « L'objet et la cause », *op. cit.*, p. 131.

(41) Mons, 5 février 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1316; Liège, 28 février 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 180.

(42) W. GOOSSENS, *Aaneming van werk. Het gemeenrechtelijk dienstcontract*, Brugge, Die Keure, 2003, p. 300, n° 358.

cette estimation. Il ne peut ensuite soutenir que le prix était indéterminable⁴³. Dans le même sens, la cour d'appel de Paris a admis, dans un arrêt du 4 juillet 1979, la validité d'un marché de travaux conclu sans mention du prix, au motif que les correspondances échangées par les parties durant la phase des pourparlers révélaient que celles-ci avaient déjà estimé à suffisance la valeur des travaux⁴⁴. Doit de même être reçu le système de régie, qui est en réalité « un contrat d'entreprise à compte libre », dont le prix devra être justifié ultérieurement par l'entrepreneur en ce qui concerne les heures calculées et les marchandises employées⁴⁵.

L'accord tacite sur la fixation unilatérale du prix de gros travaux peut selon nous également être déduit d'un commencement d'exécution des travaux sans opposition du maître de l'ouvrage⁴⁶ (ce sera en tout état de cause le cas entre commerçants, après l'envoi d'une première facture non protestée⁴⁷).

Il résulte en définitive de l'analyse qui précède que le principe de fixation unilatérale du prix par l'entrepreneur est admis en matière d'entreprises de travaux et que son fondement réside soit dans les usages pour les petits travaux soit dans la convention elle-même pour les travaux de plus grande importance.

Par exception l'entrepreneur n'est pas autorisé à fixer unilatéralement le prix des petits travaux réalisés à titre complémentaire dans le cadre d'une construction conclue *à forfait*. Le propriétaire doit donner son autorisation écrite sur les travaux concernés et le prix doit être convenu entre les parties (article 1793 du Code civil)⁴⁸.

(43) En ce sens Bruxelles, 13 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, 1823.

(44) Cour d'appel de Paris, 4 juillet 1979 (affaire Bouygues c. Montenay), inédit, cité et commenté par M.A. FLAMME et Ph. FLAMME, *Le droit des constructeurs. Analyse de la doctrine et de la jurisprudence 1975-1983*, L'entrepreneur et le droit, 1984, n° 164 et 165.

(45) Civ. Malines (7^e ch.) n° 04/397/A, 12 octobre 2004, *DAOR*, 2005, liv. 73, p. 31.

(46) En ce sens M.E. STORME, « De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing », *T.P.R.*, 1988, p. 1287 : « Doch door aanspraak te maken ope en prestatie waarvoor normaal een prijs verschuldigd is kan een partij zich niet meer op die onbepaaldheid beroepen. »

(47) Cass., 7 janvier 2005, *D.A.O.R.*, 2006, p. 37 (« En matière d'opérations commerciales, le juge peut déduire une présomption de fait de l'acceptation de la facture et y trouver la preuve que le débiteur a marqué accord avec l'obligation mentionnée dans la facture »)

(48) Sur le régime du forfait absolu, voy. L. SIMONT, J. DE GAVRE, P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981-1991). Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1995, n° 203 et références citées.

— Les médecins et les dentistes non conventionnés (c'est-à-dire ceux qui n'appliquent pas les tarifs de l'INAMI) fixent unilatéralement leurs honoraires⁴⁹. L'article 15 de l'arrêt royal du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé⁵⁰ dispose expressément que « sans préjudice de l'application des taux éventuellement fixés par ou en vertu de la loi ou prévus par des statuts ou par des conventions auxquelles les praticiens ont adhéré, ceux-ci fixent librement le montant de leurs honoraires, sous réserve de la compétence, en cas de contestation, de l'Ordre dont ils relèvent ou des tribunaux ».

— Bien que les architectes soient déontologiquement tenus de fixer contractuellement le montant ou à tout le moins le mode de calcul de leurs honoraires⁵¹, la Cour de cassation considère qu'il n'en résulte pas pour autant que ces éléments seraient essentiels au contrat d'architecture et que dès lors « du seul fait que les parties à un contrat d'architecture n'ont pas fixé, lors de sa conclusion, le budget de l'ouvrage ainsi que le montant des honoraires ou le mode de calcul de ceux-ci, il ne se déduit pas que ladite convention n'a pas un objet déterminé ou déterminable »⁵². Il ne semble pas pour autant que l'on puisse déduire de cet arrêt la reconnaissance d'un droit de fixation unilatérale par l'architecte de ses honoraires. À la lecture de l'arrêt, on constate en effet que la Cour adopte cette position en ayant préalablement pris en considération le fait que les parties au contrat d'architecture avaient estimé, dans le cadre des pourparlers, le montant des travaux à réaliser et que, dès lors, le maître de l'ouvrage était en mesure de déterminer, en appliquant un pourcentage barémique à ladite estimation, le montant des honoraires de l'architecte. En ce sens, l'objet demeure déterminable, mais il ne semble pas que la Cour ait voulu reconnaître que tel eût été le cas même en l'absence de possibilité d'évaluation pour le maître de l'ouvrage (ce qui serait revenu à admettre

(49) P. VAN OMME-SLAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », *op. cit.*, p. 48 ; R. KRUTHOF, F. DE LY, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN, « Verbintenissen. Overzicht van rechtspraak » 1981-1992, *T.P.R.*, 1994, p. 171-721 et références citées.

(50) *M.B.*, 14 novembre 1967.

(51) Article 20 du règlement de déontologie établi par le Conseil national de l'Ordre des architectes et approuvé par A.R. du 18 avril 1985 et article 3.5 de la recommandation du 10 novembre 1985 relative à l'application de l'article 20 du règlement de déontologie (bulletin de l'Ordre des architectes, 02/1993). La norme déontologique n° 2 qui fixait des barèmes d'honoraires a été abrogée le 21 novembre 2003 (P. VAN OMME-SLAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », *op. cit.*, p. 48).

(52) Cass., 4 novembre 2004, R.G. C020623F, www.juridat.be.

un pouvoir absolu de décision unilatérale de l'architecte en la matière⁵³.⁵⁴ La situation semble en revanche plus tranchée lorsque l'on est en présence d'un **architecte qui agit en qualité d'expert**. Dans ce cas, l'arrêté royal du 18 avril 1985 portant approbation du règlement de déontologie établi par le Conseil national de l'ordre des architectes⁵⁵ dispose que l'architecte-expert établit son état d'honoraires et frais « avec modération », en tenant compte de tous les éléments de la cause, notamment de la difficulté et de l'importance de ses prestations, de l'enjeu du litige et, dans une certaine mesure, de la situation financière des parties.

— S'agissant des **comptables**, l'article 11 du Code de déontologie des comptables agréés auprès de l'Institut des professionnels de la comptabilité (IPC)⁵⁶ prévoit que lorsque le comptable IPC rédige une lettre de mission, celle-ci doit régler notamment les conditions pécuniaires de ses interventions. En ce qui concerne l'**expert-comptable**, l'arrêté royal du 1^{er} mars 1998 fixant le règlement de déontologie des experts-comptables⁵⁷ prévoit, en son article 28, des règles identiques de fixation des honoraires. Bien que ces dispositions ne prévoient pas expressément un droit de fixation unilatérale par le comptable de ses honoraires, la cour d'appel de Gand a, dans un arrêt du 6 mai 2003, admis qu'un comptable puisse fixer ses honoraires unilatéralement, même en l'absence d'autorisation contractuelle préalable, pour autant qu'il reste dans les limites de la bonne foi⁵⁸. Cette décision semble toutefois isolée.

— S'agissant des **réviseurs d'entreprise**, l'article 23 de l'arrêté royal du 10 janvier 1994 relatif aux obligations des réviseurs d'entreprises⁵⁹ dispose que ceux-ci déterminent leurs honoraires « en fonction de la complexité de la mission, de la nature, de l'étendue et de l'importance des prestations requises dans le respect des normes de l'Institut ». Il faut toutefois souligner que lorsqu'ils agissent en qualité de commissaires, seule l'assemblée générale des actionnaires est

(53) Un raisonnement similaire est tenu dans un arrêt du 10 octobre 2003 (RG, C.020486F, www.juridat.be).

(54) Comp. K. UYTTERHOEVEN, « De bepaling van het erloon van de architect bij wijze van partijbeslissing », *T.B.O.*, 2004, liv. 2, p. 86.

(55) *M.B.*, 8 mai 1985.

(56) Arrêté royal du 23 décembre 1997 portant approbation du Code de déontologie de l'Institut professionnel des comptables (*M.B.*, 29 janvier 1998).

(57) *M.B.*, 31 mars 1998.

(58) *N.J.W.*, 2003, liv. 43, 1005.

(59) *M.B.*, 18 janvier 1994.

autorisée à arrêter leur rémunération (article 134 du Code des sociétés) pour l'exercice de leur mission légale. Pour les missions particulières, ils peuvent fixer unilatéralement leurs émoluments mais moyennant des explications dans le rapport annuel.

— Les usages admettent que l'**intermédiaire commercial** (courtier, commissionnaire...) puisse fixer unilatéralement le montant de sa commission⁶⁰.

14. (suite) Observations complémentaires en matière de louage d'ouvrage. On observe que la matière du louage d'ouvrage est un terrain d'élection particulier du mécanisme de fixation unilatérale de l'objet du contrat, à telle enseigne que l'on peut se demander si en cette matière, la fixation unilatérale n'est pas la règle dans le silence de la convention.

Cette approche doit selon nous être nuancée.

D'une part, la fixation unilatérale de l'objet du contrat semble systématiquement réservée au prestataire et non au maître de l'ouvrage⁶¹. En d'autres termes, si principe de fixation unilatérale il y a, il porte concrètement sur le pouvoir de l'entrepreneur de déterminer unilatéralement le prix et/ou, du moins en apparence, ses prestations.

Ensuite, l'objet de ce pouvoir de fixation unilatérale de l'entrepreneur doit être clairement circonscrit tant au niveau de la fixation unilatérale des prestations que de la fixation unilatérale du prix. Il apparaît en effet que l'assimilation de certaines formes de fixation unilatérale de l'objet à une véritable décision unilatérale de partie est discutable.

(60) Cass., 26 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 339, Mons, 11 mai 1993, *R.R.D.*, 1994, p. 66. Sur ce sujet, voy. M. WAGEMANS, « Le mandat, la commission, le courtage et la filialisation », in *La distribution commerciale dans tous ses états*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1997, p. 169 et s.

(61) À l'exception notable du contrat de travail où il est admis que l'employeur dispose d'un *ius variandi* lui permettant de préciser les tâches de son employé. Cette exception n'est toutefois qu'apparente si l'on considère que les tâches en question doivent toujours répondre à la définition générale des fonctions figurant dans le contrat de travail, de sorte qu'en réalité, l'objet est *déterminable* dans le contrat de base et que son contenu ne dépend pas de la volonté unilatérale de l'employeur, dont le droit doit plus exactement être défini comme celui de *préciser* les modalités d'exécution des fonctions assignées de commun accord et non comme celui de toucher aux éléments essentiels et substantiels qui définissent lesdites fonctions (voy. les développements consacrés par C. DELFORGE à ce sujet dans le présent ouvrage).

S'agissant tout d'abord de la fixation du contenu de la prestation à exécuter, on admet d'une manière générale en matière de louage d'ouvrage, ou plus généralement de contrats « d'activité »⁶², que, selon les usages et règles de l'art du secteur d'activité concerné, le contenu de la prestation soit déterminé dans une plus ou moins grande proportion par l'auteur de l'ouvrage. On cite fréquemment à cet égard le cas du garagiste qui, tenu de réparer le véhicule, est libre de déterminer lui-même le contenu des travaux de réparations (et partant leur prix)⁶³.

On peut toutefois se demander si la règle procède réellement d'une décision unilatérale de partie. Ne peut-on considérer en réalité que dans la majeure partie des cas, l'objet est déterminable sur la base du contrat lui-même ? Lorsque le garagiste s'engage à « réparer un véhicule » ou l'avocat à « introduire un appel », ou le médecin à « soigner son patient », la prestation à exécuter n'est-elle pas déterminée avec un degré suffisant de précision ?

Certes il y aura *toujours* dans un contrat de louage d'ouvrage une part de fixation par le prestataire du contenu de sa prestation (que ce soit en termes de temps à y consacrer, de modalités d'exécution, etc.) mais cela ne signifie pas pour autant que l'on puisse parler d'unilatéralisme⁶⁴. Même décrit en termes généraux, l'objet n'en reste pas moins déterminable et permettra au juge, en cas de litige, de vérifier dans le cadre d'un contrôle marginal⁶⁵ si les moyens mis en œuvre par le prestataire pour exécuter la prestation promise (réparer une voiture⁶⁶, assister un client dans une procédure judiciaire, etc.) ne sortent pas du cadre de ce qu'aurait fait un professionnel placé dans les mêmes circonstances.

Bien entendu, le degré de précision de la prestation à effectuer peut varier. On n'acceptera pas que l'entrepreneur puisse s'engager à construire une maison mais bien qu'il s'engage à le faire sur la base de plans et selon un budget déterminé⁶⁷. Mais dès l'instant où, en fonction de la complexité et de l'importance de la prestation à exécuter, on peut

considérer que les termes, même généraux, du contrat permettent d'en identifier l'objet avec une précision suffisante, il faut admettre que l'objet est déterminable, même si, dans ses modalités, il dépendra de l'estimation finale du prestataire.

On ne peut dans ces conditions parler, en matière de louage d'ouvrage, d'un principe général qui autoriserait l'entrepreneur à fixer unilatéralement l'objet du contrat, en tant qu'il porte sur ses prestations. Si les prestations sont insuffisamment déterminées dans le contrat, celui-ci sera bel et bien susceptible d'être annulé en application du droit commun et l'entrepreneur ne pourra s'y opposer en invoquant un droit de fixation unilatérale (sauf en cas d'accord exprès ou tacite du maître de l'ouvrage en ce sens)⁶⁸.

S'agissant de la fixation unilatérale du prix, le prestataire bénéficie également d'une marge de liberté importante en matière de louage d'ouvrage. Existe-il pour autant un principe général de droit selon lequel, dans tout louage d'ouvrage, l'indétermination du prix n'affecterait pas la validité de la convention, le prestataire pouvant toujours fixer celui-ci unilatéralement dans les limites de la bonne foi ? En d'autres termes, peut-on considérer que, dans un contrat de louage d'ouvrage, le prix ne constitue plus une condition de validité de la convention, le maître de l'ouvrage étant toujours tenu de payer le « prix normal » déterminé librement par le prestataire sous le contrôle du juge⁶⁹ ?

Cette position semble délicate à défendre en dehors des cas où le droit de fixation unilatérale du prix découle de la loi, des usages ou de la convention elle-même. Le principe de la fixation unilatérale du prix par le prestataire de service ne peut en effet raisonnablement s'appliquer de manière uniforme à toute situation contractuelle portant sur un louage d'ouvrage.

C'est en ce sens que, dans un arrêt du 9 novembre 2006, la Cour de cassation a tranché la question : « La règle suivant laquelle, dans un contrat de louage d'ouvrage, le prix des travaux est, à la fin de ceux-ci et sauf convention contraire, fixé unilatéralement et de bonne foi par

(62) Formule de Ch. FALQUE-PIERROTIN, cité par P.A. FORTIERS, « L'objet et la cause », *op. cit.*, p. 131.

(63) Civ. Liège, 17 décembre 1979, *J.L.*, 1980-1981, p. 199.

(64) Comp. W. GOOSSENS, *Aanbidding van werk. Het gemeenrechtelijk dienstcontract*, Brugge, Die Keure, 2003, p. 300, n° 363 et 364.

(65) P. VAN OMMESLAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », *op. cit.*, p. 48.

(66) Civ. Liège, 17 décembre 1979, *J.L.*, 1980, p. 199.

(67) Bruxelles, 14 février 1972, *J.T.*, 1972, p. 574.

(68) Pour un cas d'application en matière d'entreprise de construction, voy. Civ. Anvers, 5 juin 2003, *R.W.* 2005-2006, p. 1073.

(69) En ce sens Anvers, 3 mai 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 52.

l'entrepreneur, sous le contrôle marginal du juge, ne constitue pas un principe général de droit »⁷⁰.

En pratique, on observe que plus le service presté est complexe et représente un coût important (cette dernière notion devant s'apprécier non de manière absolue mais relative, c'est-à-dire au regard notamment de la qualité des parties, de l'objet de leurs prestations, de l'historique et de la durée de leurs relations contractuelles, etc.), moins le pouvoir de fixer unilatéralement le prix sera abandonné au seul prestataire⁷¹. C'est sans doute à l'aune de ce critère de distinction que des usages en matière de fixation unilatérale du prix ont pu voir le jour pour certains types de louages d'ouvrage.

En définitive, l'analyse qui précède nous amène à considérer que le mécanisme de fixation unilatérale de l'objet du contrat en matière de louage d'ouvrage est applicable à la fixation, par l'entrepreneur, du prix d'ouvrages usuels et/ou d'importance réduite aux yeux des parties. En dehors de ces cas, la fixation unilatérale du prix par l'entrepreneur doit faire l'objet d'un accord exprès ou tacite des parties.

b) Société de droit commun

15. L'article 31 du Code des sociétés autorise les associés d'une société de droit commun à confier à l'un d'eux le soin de fixer la part de chacun dans les pertes et bénéfices.

(70) Cass., 9 novembre 2006, F-20061109-7, www.juridat.be.

(71) On a vu à cet égard qu'en matière d'entreprises de travaux, dès que les travaux sont « importants », la fixation unilatérale du prix par l'entrepreneur doit obligatoirement reposer sur un accord préalable des parties. À titre d'illustration, on peut citer la décision de la cour d'appel de Mons du 5 février 1996 (J.L.M.B., 1996, p. 1316), qui refuse d'appliquer le principe de fixation unilatérale du prix pour un contrat portant sur la fabrication d'un escalier sur mesure. À défaut de prix déterminé, le contrat est annulé.

c) Mandat

16. Il est d'usage que le mandataire puisse fixer unilatéralement le montant de son salaire lorsqu'il est établi que les parties ont entendu déroger au caractère gratuit du mandat (article 1986 du Code civil) – ce qui sera présumé en matière commerciale – et lorsque la convention ne fixe pas le montant du salaire. Agissant dans ce cadre, le mandataire devra tenir compte des usages éventuellement applicables ou, à défaut, évaluer son salaire avec bonne foi et sous le contrôle du juge⁷².

d) Dépôt

17. Un raisonnement similaire à celui applicable au mandat peut être tenu en matière de dépôt. Essentiellement gratuit (article 1917 du Code civil), le dépôt est présumé conclu à titre onéreux en matière commerciale. Si les parties n'ont rien convenu, il reviendra au dépositaire de fixer son salaire avec bonne foi et sous le contrôle du juge⁷³.

e) Cautionnement

18. Controverse. Selon M.E. Storme, le contrat de cautionnement, lorsqu'il porte sur « toute somme due » par le débiteur principal, serait une application du mécanisme de fixation unilatérale de l'objet en ce que la caution abandonnerait au créancier du débiteur principal le droit de déterminer unilatéralement, en fonction de l'évolution du crédit consenti à ce dernier, la hauteur de l'obligation de cautionnement⁷⁴.

Cette analyse nous semble inexacte en ce qu'elle confond l'objet du cautionnement, qui est de garantir une obligation principale, et celui de l'obligation garantie elle-même. Si le contrat de cautionnement permet d'identifier l'obligation garantie (même sans limite de montant),

(72) Voy. N. VERHEYDEN-JEANMART et I. DURANT, « La rémunération dans les contrats de service », in *Les contrats de service*, Bruxelles, Éditions du Jeune barreau de Bruxelles, 1994, p. 81-82 et références citées.

(73) N. VERHEYDEN-JEANMART et I. DURANT, « La rémunération dans les contrats de service », *op. cit.*, p. 83.

(74) En ce sens M.E. STORME, « De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing », *op. cit.*, p. 1273.

il est déterminable et la fixation de son contenu n'est pas abandonnée à l'une des parties ⁷⁵.

Dans son arrêt du 27 octobre 2000, la Cour de cassation énonce en ce sens qu'« il est satisfait à cette condition de détermination lorsque la convention contient des éléments objectifs permettant de déterminer l'objet de l'obligation de la caution au moment où le créancier exerce son recours à son égard » ⁷⁶.

f) Concours

19. Dans un arrêt du 11 juin 1996, la cour d'appel de Liège a admis l'application du mécanisme de fixation unilatérale à un concours, en considération du droit de l'organisateur du concours de déterminer unilatéralement « la méthode qui permette de départager certains concurrents » ⁷⁷.

La cour a considéré en l'espèce que le règlement du concours pouvait être qualifié de contrat conclu entre l'organisateur du concours et les participants. Après avoir constaté que ce contrat ne déterminait aucun système de classement, la cour a admis en son principe que l'organisateur du concours avait un droit de décision unilatérale à ce sujet mais qui devait être utilisé de bonne foi et sous le contrôle du juge. Constatant qu'*in specie* l'organisateur avait choisi une méthode « dont l'aberration et l'iniquité sont patentées », la cour a fait droit à la demande de dédommagement de l'un des participants, en se référant à d'autres systèmes de classement qui lui semblaient plus équitables.

g) Conventions-cadres

20. Principe. Le modèle de la fixation unilatérale de l'objet du contrat se rencontre en matière de **conventions-cadres** (contrats de distribution, d'approvisionnement, de services, d'abonnement, etc.).

(75) L. SIMONT, « Le cautionnement donné en garantie de toutes les obligations d'un débiteur envers son créancier », *R.C.J.B.*, 1974, p. 220 et s.; P. VAN OMME-SLAGHE, « Les obligations. Examen de jurisprudence », *R.C.J.B.*, 1975, p. 454; M. GREGOIRE, note sous Civ. Bruxelles, 9 avril 1990, *R.G.D.C.*, 1991, p. 268 et s.; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, « Verbintenissenrecht. Kroniek 1985-1992 », *R.W.*, 1992-93, p. 1220 et références citées.

(76) *Pas.*, 2000, I, 583.

(77) *J.L.M.B.*, 1997 p. 1523 et note P. WÉRY.

De tels contrats déterminent les conditions générales dans lesquelles s'inscriront les futurs contrats particuliers entre les parties. Il est fréquent que, dans ce type de convention de longue durée, le prix des fournitures ou des services soit déterminé en fonction du tarif en vigueur au moment de la livraison ou de la prestation.

Dans la mesure où ce tarif est en règle générale déterminé par le fournisseur des produits ou le prestataire des services, on peut alors parler de décision unilatérale de partie. Ce sera à tout le moins le cas si le client est *obligé* de recourir au service ou de s'approvisionner, et non si chaque opération particulière est soumise à son accord préalable.

21. **Le cas des ventes successives.** Si le mécanisme ne pose pas de difficulté particulière pour les contrats d'activité (assistance, entretien, réparation, etc.) il n'en va pas de même pour les contrats-cadres qui organisent des ventes successives, comme par exemple la concession. Comme on le verra, la matière de la vente est en effet hermétique à la technique de la fixation unilatérale du prix (article 1591 du Code civil) ⁷⁸.

La doctrine et la jurisprudence belges considèrent à cet égard fort logiquement que le contrat-cadre qui organise des ventes successives n'est pas lui-même une vente, et n'est donc pas tenu de répondre aux exigences de détermination du prix ⁷⁹. Le prix sera en réalité déterminé lors de chaque commande, soit expressément, soit tacitement par référence aux tarifs pratiqués par le fournisseur lors de la commande ⁸⁰. Si la Cour de cassation française a de son côté longtemps considéré que, lorsque le contrat-cadre portait sur des ventes successives, le caractère

(78) Cf. *infra* n° 27.

(79) Bruxelles, 7 septembre 1982, *J.T.*, 1983, p. 66; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. III, 2^e éd., n° 655; L. SIMONT, J. DE GAVRE, P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981-1991). Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1995, p. 115; C. VERBRAEKEN et A. DE SCHOUTHEETE, *Manuel des contrats de distribution commerciale*, Bruxelles, Kluwer, 1997, p. 15; D. DEVOS, « Chronique de jurisprudence. Les Contrats (1980-1987). La vente », *J.T.*, 1991, p. 162; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. III, 2^e éd., n° 655. P.A. FORIERS, « Pacta sunt servanda », in *Le droit des affaires en évolution. La modification unilatérale du contrat, Journée du juriste d'entreprise - 24.X.2002*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 35.

(80) P. VAN OMME-SLAGHE, « Les obligations. Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1986, p. 83.

indéterminé du prix emportait la nullité de celui-ci⁸¹, sa jurisprudence plus récente semble admettre que la validité des contrats-cadres ne puisse être contestée sur le fondement de l'indétermination du prix⁸².

Il reste que, si la convention-cadre qui organise des opérations de vente successives contient des clauses aboutissant à contraindre le client à acheter les produits au prix en vigueur le moment venu, l'obligation contractée par l'acheteur pourrait, à notre estime, être assimilée à une promesse ferme d'achat, qui serait alors susceptible d'être frappée de nullité pour indétermination du prix.

2. Fixation unilatérale du contenu du contrat fondée sur la convention

22. Position de la question. Les cas d'application examinés au point précédent démontrent qu'il existe en pratique une multitude de situations où l'exigence d'un objet déterminé s'accommode parfaitement d'une détermination de l'objet par l'une des parties. Peut-on pour autant considérer qu'en dehors de la loi et des usages, les parties puissent contractuellement recourir au mécanisme de la *partijbeslissing* dans tout type de convention ?

La Cour de cassation a en son temps admis la validité de telles clauses en déclarant valablement formé le contrat de travail où l'employeur s'était réservé le droit de fixer l'étendue de la mission de son employé⁸³ (ce type de clause a par la suite été interdit par l'article 25 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail). Dans son arrêt du 21 novembre 1996, la cour d'appel de Bruxelles a admis que les parties à un contrat de crédit puissent convenir que le taux d'intérêt sera fixé par référence au taux variable de la banque⁸⁴.

(81) Cass. fr., 12 février 1991, *Bull. Civ.*, IV, n° 61 ; pour un examen de cette question dans la jurisprudence française, voy. V. RANOUIL, « L'objet du contrat », in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant - Paris, Dalloz, 1997, p. 52 et s.

(82) Voy. Cass. fr., 1^{er} décembre 1995 (arrêts 393, 394, 395 et 396), et note J. GHESTIN, *La Semaine Juridique*, II (jurisprudence), éd. G, n° 2, 1996, 22.565 ; T. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Etudes Juridiques, Paris, Economica, 1998, p. 31 et s.

(83) Cass., 12 septembre 1973, *Pas.*, 1974, I, 397. Voy. également les autres références citées par P.A. FORIERS, « L'objet et la cause du contrat », *op. cit.*, p. 132-133.

(84) *R.D.C.*, 1997, p. 745. Dans ce cas d'espèce, la cour a jugé que la référence au taux variable permettait d'exercer un contrôle sur l'objectivité de la banque. Dans une autre

23. Proposition d'analyse. Reste à justifier la validité d'un tel mécanisme conventionnel au regard des articles 1108 et 1129 du Code civil. Si la figure juridique de la fixation unilatérale de l'objet du contrat est analysée comme une **dérogation** aux articles précités, la généralisation du mécanisme à tout type de convention où la détermination de l'objet serait laissée à l'une des parties semble délicate à défendre.

L'exigence d'un objet déterminé ou déterminable touche en effet à l'essence même du contrat⁸⁵. Le défaut d'objet entraîne d'ailleurs la nullité de la convention⁸⁶. Il paraît hasardeux dans ces conditions de considérer que, dans tout contrat où la détermination de l'objet est abandonnée à l'une des parties, il y aurait renonciation implicite mais certaine à se prévaloir de la nullité pour défaut d'objet. Même si la nullité absolue n'est pas retenue (laquelle exclurait alors toute possibilité de renonciation), les exigences requises pour une renonciation à une nullité relative ne seraient, dans la plupart des cas,

affaire où la fixation du taux d'intérêt avait été laissée à la discrétion du banquier sans référence à des critères objectifs, le tribunal de première instance de Bruxelles a prononcé la nullité du contrat de crédit (Civ. Bruxelles, 5 mai 1995, *R.G.D.C.*, 1996, p. 156 (dans le même sens, J.P. NAMUR, 7 février 1995, *J.J.P.*, 1995, p. 137)).

(85) Cass., 10 octobre 2003, C020486F, *www.juridat.be*.
(86) Cass., 20 juin 2005, *Pas.*, 2005, p. 1375 ; Cass., 21 février 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 604. La question de savoir s'il s'agit d'une nullité relative ou absolue fait l'objet de vives controverses dans le détail desquelles nous n'entrerons pas. Pour J. HEENEN, la règle touche à l'ordre public (dont l'ordre juridique contractuel fait partie), de sorte qu'on parlera de nullité absolue. La Cour de cassation, après avoir évoqué dans un arrêt du 9 janvier 1939 la théorie de l'inexistence (*Pas.*, 1936, I, p. 110), l'a ensuite remplacée par celle de la nullité absolue (9 avril 1959, *R.C.J.B.*, 1961, p. 32) (références citées par P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 198/1105). DE PAGE considère de son côté qu'il s'agit d'une nullité relative (*Traité*, 2^e éd., t. I, n° 89 bis). Il est suivi par plusieurs auteurs sur ce point (V. BASTIAEN et G. THOREAU, « Les nullités en droit civil. Rappel des principes généraux, aperçu des causes dans la jurisprudence récente, régime juridique de l'action, étendue de l'annulation et restitutions », in *Les nullités en droit belge. Sanction du vice et conséquences*, Liège, Ed. du Jeune Barreau, 1991, p. 54 et s. ; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Driegen, E. Story-Scientia, 1999, p. 72 ; F. RIGAUX, « Annulation, nullité d'existence des actes juridiques en droit judiciaire privé belge », *J.T.*, 1962, p. 397, n° 3 ; C. RENARD et E. VIEUJEAN, « Nullité, inexistance et annulabilité en droit civil belge », *Ann. fac. dr. Liège*, 1962, p. 243 et suiv., spécialement p. 260 et s. ; D. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch Privatrecht*, t. I^{er}, n° 128 et 135 et suiv., spécialement n° 137, p. 441 *in fine*). Dans un arrêt du 21 octobre 1971, la Cour de cassation a considéré que « l'absence de consentement ou le vice de celui-ci n'entraînent pas l'inexistence de la convention mais la nullité relative de celle-ci seulement » (*Pas.*, 1972, I, 174).

pas rencontrées ⁸⁷.

24. (suite) Une application particulière de la détermination de l'objet. C'est la raison pour laquelle une autre approche doit selon nous être privilégiée pour justifier l'application de la *partijbeslissing* à tout type de convention. Cette approche consiste à envisager la *partijbeslissing* non comme une exception aux articles 1108 et 1129 du Code civil mais comme une application particulière de ces articles. En d'autres termes, il faut considérer que, lorsque la détermination de l'objet est laissée à la discrétion de l'une des parties, l'objet reste « déterminable » au sens des articles précités ⁸⁸.

Ce raisonnement est défendable s'il respecte le fondement des articles 1108 et 1109 du Code civil. A cet égard, la doctrine avance en règle générale plusieurs explications à l'exigence d'un objet déterminé ou déterminable ⁸⁹, qui peuvent être regroupées en deux catégories :

– une *justification fondée sur l'obligation elle-même* : si l'objet de l'obligation n'est pas déterminé, les parties ne savent pas ce qui forme la matière de leur engagement. La prestation est donc impossible à exécuter ⁹⁰. Il s'en déduit l'inexistence pure et simple du lien obligatoire puisque le créancier « ne peut rien exiger de concret de son débiteur » ⁹¹.

(87) M. DUPONT, « Nullité absolue et nullité relative », in *La nullité des contrats*, sous la coordination de P. WÉRY, CUP 2006/88, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 73 et s.

(88) L. SIMONT et P.A. FORIERS écrivent ainsi que lorsque le mécanisme de fixation unilatérale du prix de l'ouvrage est applicable à un contrat, on peut considérer que « les parties sont convenues d'un mode de détermination du prix » (L. SIMONT, J. DE GAVRE, P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981-1991). Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1999, n° 177).

(89) P.A. FORIERS, « L'objet », *op. cit.*, p. 68 ; P. VAN OMME-SLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1986, p. 81 ; L. CORNELIS, « Het mijnenveld rond de bindende derden- of partijbeslissing », in *Liber amicorum tijdschrift voor privaatrecht en Murel Storme*, Gent, Story-Scientia, 2004, p. 73 ; L. CORNELIS, *Algemene Theorie van de verbintenissen*, Intersentia, Antwerpen, 2000, p. 126 ; M.E. STORME, « De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing », *T.P.R.*, 1988, p. 1261-1262 ; H. DE PAGE, *Traité*, 2^e éd., t. I, n° 89 ; K. VANDERSCHOT, « De sanctiëring van abusieve partijbeslissingen genomen bij contractuele wanprestatie : de verschillende gedaantes van de matigende werking van de goede trouw », *R.G.D.C.*, 2005, liv. 2, p. 89.

(90) P. VAN OMME-SLAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », *op. cit.*, p. 41.

(91) P.A. FORIERS, « L'objet », *op. cit.*, p. 68 ; H. DE PAGE, *Traité*, 2^e éd., t. I, n° 89.

Ainsi, est nulle la convention qui a pour objet « la mise à disposition » de biens immobiliers en échange de « conditions de prix avantageuses et normales » ⁹², ou le contrat d'entreprise de construction conclu alors même que les plans du bâtiment à ériger n'existent pas ⁹³ ;

– une *justification fondée sur la protection d'une partie contre l'arbitraire de l'autre* : si l'objet est indéterminé, son contenu et le moment de son exigibilité risquent d'être abandonnés à la discrétion de l'une des parties ⁹⁴.

Ainsi, le créancier ne peut-il dépendre du libre arbitre de son débiteur lorsqu'il a acheté pour un prix d'ensemble un « paquet d'actions », sans qu'il soit possible de déterminer le nombre d'actions vendues et le prix par action ⁹⁵. L'employeur ne peut dépendre de la décision de son travailleur pour fixer le point de départ, la durée, les conditions de garantie ou encore le montant de la participation patronale dans un contrat d'assurance-groupe qu'il s'est contractuellement engagé à souscrire mais qui n'est pas autrement défini dans le contrat de travail ⁹⁶. L'employeur ne peut être tenu d'octroyer des primes insuffisamment définies par le contrat de travail ou par les usages au sein de l'entreprise ⁹⁷. Le crédit ne peut se voir imposer un taux d'intérêt conventionnel au sujet duquel le contrat de crédit prévoit qu'il est laissé à la seule appréciation de la banque ⁹⁸.

Le mécanisme de fixation unilatérale de l'objet du contrat n'est susceptible de rencontrer cette double exigence que sous certaines conditions.

(92) Bruxelles, 21 décembre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 95.

(93) Civ. Anvers, 5 juin 2003, *R.W.* 2005-2006, p. 1023.

(94) En ce sens, selon DE PAGE, l'indétermination de l'objet équivaut à une condition potestative (H. DE PAGE, *Traité*, 2^e éd., t. I, n° 89). P.A. FORIERS en déduit qu'une obligation dont l'objet est indéterminable est nulle, dans la mesure où le débiteur, vu l'indétermination de sa prestation, est libre de décider du contenu et de l'exigibilité de celle-ci (caractère potestatif de l'obligation qui peut être rapproché de l'article 1174 du Code civil). Plutôt que de parler de protection d'une partie, l'auteur rattache dès lors cette justification à la première catégorie (« L'objet », *op. cit.*, p. 68).

(95) Civ. Hasselt, 18 février 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 873.

(96) En l'espèce, le contrat de travail prévoyait que l'employeur souscrirait au bénéfice de son employé une assurance-groupe définie par référence à une annexe qui n'était pas jointe au contrat (C.T. Anvers, 12 janvier 2004, confirmé par Cass., 13 juin 2005, S040109, *www.juridat.be* ; dans le même sens, C.T. Liège, 15 février 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 334).

(97) Cass. 19 janvier 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 103.

(98) Civ. Bruxelles, 5 mai 1995, *R.G.D.C.*, 1996, p. 156.

S'agissant tout d'abord de l'exigence d'une obligation existante, si la convention abandonne au débiteur de l'obligation le soin de fixer unilatéralement l'objet de celle-ci, on peut douter de l'existence d'un lien obligatoire dans la mesure où le créancier n'exerce aucun contrôle sur l'étendue de ses droits et sur le moment de leur exigibilité⁹⁹. La prohibition des conditions potestatives de l'article 1174 du Code civil constitue d'ailleurs une application de ce principe¹⁰⁰.

Le problème ne se pose en revanche plus si la fixation de l'objet de l'obligation est abandonnée au créancier. Dans ce cas en effet, le créancier est maître de l'étendue et de l'exigibilité de ses droits. Le rapport obligatoire existe incontestablement. Certes, il est « potestatif » mais cette fois dans le chef du créancier uniquement ce qui, sous réserve de l'exercice de ce droit conformément à la bonne foi, est parfaitement valable¹⁰¹. La Cour de cassation a d'ailleurs expressément admis, dans son arrêt de principe du 15 janvier 1979, que « ne constitue pas une condition potestative une clause contractuelle relative à l'objet de l'obligation »¹⁰².

On observe au demeurant que la loi et les usages consacrent presque toujours la *partijbeslissing* du créancier et non du débiteur de l'obligation¹⁰³. Certes, on a vu qu'en matière de contrats d'activité, le prestataire pouvait, dans certains cas, fixer seul le contenu de sa prestation mais, si l'on y réfléchit, il ne s'agit pas véritablement d'une *partijbeslissing* entendue comme un pouvoir de détermination unilatérale de l'objet du contrat au sens des articles 1108 et 1129 du Code civil, à savoir une *partijbeslissing* qui ferait dépendre le créancier du choix discrétionnaire du débiteur quant au contenu et au moment de l'exigibilité de l'obligation. Au contraire, dans tous les cas examinés, l'objet de l'obligation est toujours défini, même si c'est en termes parfois très larges, dans le contrat lui-même : le client demande à son

avocat de l'assister dans une procédure, à son médecin de le soigner, à son garagiste de réparer son véhicule. On peut donc considérer que, dans la plupart des cas, l'objet de l'obligation, entendu comme les éléments essentiels qui permettent de l'identifier, est déterminé avec un degré suffisant de précision¹⁰⁴. Le reste est question d'appréciation du prestataire et relève plutôt du domaine des modalités d'exécution (elles-mêmes balisées par les usages et les règles de l'art). Le lien obligatoire existe donc, sans que ni le prestataire ni le créancier ne puissent par la suite invoquer l'indétermination de l'objet pour obtenir la nullité du contrat¹⁰⁵.

S'agissant ensuite de l'exigence de protection d'une partie contre l'arbitraire de l'autre, force est de constater que celle-ci est systématiquement rencontrée par l'obligation mise à charge du bénéficiaire du droit de fixation unilatérale d'en user dans les limites de la bonne foi¹⁰⁶.

25. (suite) Conclusion : une *partijbeslissing* conventionnelle réservée au créancier. Au terme de cette analyse, on peut donc conclure qu'en dehors des cas prévus par la loi ou les usages, la convention elle-même peut prévoir que la fixation unilatérale de l'objet du contrat sera abandonnée au créancier¹⁰⁷ agissant de bonne foi.

(104) Comme le souligne M.E. STORME, « l'exigence de déterminabilité ne concerne que les éléments qui sont considérés comme essentiels (comme par exemple dans un contrat de vente la chose vendue et son prix) » (traduction libre). (« De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij *partijbeslissing* », *op. cit.*, p. 1285-1286).

(105) Cette analyse est confortée par le fait que, lorsque les éléments accessoires du contenu du contrat prennent trop d'importance en termes de complexité technique ou de coût, au point de devenir substantiels, on refuse que leur fixation puisse être abandonnée au prestataire-débiteur, ce qui sous-entend bien que l'on considère alors que l'objet n'est pas déterminé ni déterminable (c'est par exemple le cas du maître de l'ouvrage qui conclut un contrat d'entreprise portant sur la « construction d'une maison » alors même que les plans du bâtiment à ériger n'existent pas (Civ. Anvers, 5 juin 2003, *R.W.*, 2005-2006, p. 1023)).

(106) Cf. *infra* F.

(107) P. VAN OMME-SLAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », *op. cit.*, p. 49 ; « Les obligations. Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *op. cit.*, p. 87 ; *contra* (en ce qui concerne la fixation par le maître de l'ouvrage du prix des prestations), W. GOOSSENS, *Aanbesteding van werk. Het gemeenrechtelijk dienstcontract*, Brugge, Die Keure, 2003, p. 300, n° 749 ; P.A. FORIERS estime que la décision de partie peut également être abandonnée au débiteur tout en précisant que « [...] la prudence impose toutefois, spécialement dans ce dernier cas où l'obligation risque d'être jugée potestative, que la convention explicite le cadre objectif dans lequel le

(99) P.A. FORIERS, « L'objet », *op. cit.*, p. 68.

(100) Contrairement à ce qui a pu être écrit, cette disposition n'est toutefois pas transposable telle quelle au cas de la détermination de l'objet par le débiteur de l'obligation dans la mesure où l'article 1174 du Code civil sanctionne uniquement la condition suspensive potestative, notion techniquement différente de celle de la détermination de l'objet (P. VAN OMME-SLAGHE, « Les obligations. Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1988, p. 78 ; UB³, p. 42).

(101) P.A. FORIERS, « L'objet et la cause du contrat », *op. cit.*, p. 133.

(102) Cass., 19 janvier 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 552.

(103) On peut toutefois s'interroger sur l'article 31 du Code des sociétés, qui autorise l'un des associés à fixer seul la part des autres, et la sienne, dans les bénéfices et pertes de la société.

Cette convention peut être tacite ¹⁰⁸. Ce sera notamment le cas lorsque les parties ont entamé l'exécution du contrat. Il ne serait en effet pas acceptable qu'une partie ayant fait appel à la prestation (payante) de son cocontractant puisse lui dénier ensuite le droit d'en demander paiement (et donc d'en fixer le montant) ¹⁰⁹. Le principe se justifie particulièrement en matière commerciale, où tout acte de commerce est présumé fait à titre onéreux ¹¹⁰.

C. Champ d'application

26. Application à tout type de convention. À condition d'être autorisé par la loi, les usages ou la convention dans les limites que nous avons examinées, le mécanisme de fixation unilatérale de l'objet du contrat est susceptible de s'appliquer à tout type de convention ¹¹¹.

27. Réserves et limites. Dans certains cas, des dispositions particulières prohibent toutefois son application.

On peut citer les exemples suivants :

— En matière de vente, l'article 1591 du Code civil énonce que « le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ». Cette disposition est classiquement considérée comme une application rigoureuse des articles 1108 et 1129 du Code civil, faisant obstacle à

toute possibilité d'abandonner à l'une des parties le soin de fixer le prix de vente ¹¹².

Si l'usage du terme « désigné » n'exclut pas que le prix puisse être simplement « déterminable » ¹¹³, ou fixé par un tiers désigné dans la convention (article 1592 du Code civil), la formulation utilisée exclut en tout cas que le prix puisse être laissé à l'arbitrage de l'une des parties ¹¹⁴.

M.E. Storme s'étonne à cet égard que l'on s'en tienne à la lettre de l'article 1591 du Code civil, alors qu'en matière de louage d'ouvrage, on s'est affranchi du texte de l'article 1710 du Code civil qui prévoit pourtant que « le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, **moeyennant un prix convenu entre elles** ».

Les deux situations ne sont toutefois pas comparables, entre autres parce qu'en matière d'entreprise, le prix est souvent déterminable après la réalisation des prestations alors qu'en matière de vente, il l'est immédiatement. En outre, les termes de l'article 1710 du Code civil évoquent la convention des parties (« moyennant un prix *convenu* entre elles »), ce qui n'exclut pas la possibilité de confier à l'une d'elles le soin de le fixer, tandis que ceux de l'article 1591 du Code civil sont nettement plus explicites lorsqu'ils imposent aux parties de **déterminer et désigner le prix**.

La jurisprudence se montre très stricte en la matière. Dans un arrêt du 28 juin 2002, la cour d'appel de Mons a déclaré nul le contrat de vente qui renvoyait, pour la détermination du prix, à la liste des prix du

pouvoir de la partie peut s'exercer » (« L'objet et la cause du contrat », *op. cit.*, p. 137). Dans son étude de 1997 consacrée à la question (« L'objet », *op. cit.*), l'auteur confirme que « lorsque c'est le débiteur qui est investi du soin de fixer le quantum de ses obligations, le problème est sans doute plus délicat, mais l'obligation n'est détruite que si le débiteur dispose d'un pouvoir purement potestatif, donc purement discrétionnaire, de fixer le contenu de son obligation. » ; *contra* (en ce qui concerne la fixation par le maître de l'ouvrage du prix des prestations), W. GOOSSENS, *Aanmerking van werk. Het gemeenrechtelijk dienstcontract*, Brugge, Die Keure, 2003, p. 300, n° 749.

(108) « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », *op. cit.*, p. 47.

(109) M.E. STORME, « De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing », *op. cit.*, p. 1287.

(110) N. VERHEYDEN-JEANMART et I. DURANT, « La rémunération dans les contrats de service », *op. cit.*, p. 81.

(111) P. VAN OMMESLAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », *op. cit.*, p. 49 ; « Les obligations. Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1986, p. 87 ; P.A. FORIERS, « L'objet et la cause du contrat », *op. cit.*, p. 137.

(112) L. SIMONT, « Contribution à l'étude de l'article 1592 du Code civil », in *Mélanges offerts à Pierre van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 263 ; L. SIMONT, J. DE GAVRE, P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981-1991). Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1995, p. 114 note 8 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Les obligations. Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1986, p. 83. L'approche est différente en droit français, où quatre arrêts du 1^{er} décembre 1995 de la Cour de cassation siégeant en assemblée plénière (arrêts 393, 394, 395 et 396) (*La Semaine Juridique*, II (jurisprudence), éd. G, n° 2, 1996, 22.565 et note J. GHESTIN) énoncent que l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable à la fixation du prix ; voy. également sur ce point T. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Études Juridiques, Paris, Economica, 1998, p. 31 et s.

(113) La Cour de cassation admet toutefois un prix « déterminable » pourvu que celui-ci repose sur des éléments objectifs soustraits à la volonté des parties (Cass., 21 septembre 1987, *Pas.*, 1988, p. 77).

(114) L. SIMONT, J. DE GAVRE, P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981-1991). Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1995, p. 114, note 8.

vendeur, dès lors que cette liste était soumise à la seule volonté de ce dernier.¹¹⁵

Il existe néanmoins en matière de *ventes commerciales* quelques décisions qui admettent que la fixation du prix, à tout le moins en partie, puisse être abandonnée au vendeur.¹¹⁶ Ces exemples sont toutefois marginaux et obéissent à une logique incertaine. On observe en réalité que les usages en matière de ventes commerciales ne renvoient pas à un mécanisme de la décision de partie mais plutôt à un mode de détermination direct du prix (ventes « à prix coûtant », « au prix du jour », ...). Dans un arrêt du 7 novembre 2005, la cour d'appel de Gand a adopté une curieuse position qui oscille entre l'approche classique, selon laquelle la vente suppose un accord, même tacite, sur le prix, et l'admission pure et simple d'une fixation du prix par *partijbeslissing*. La cour avait en l'espèce à se prononcer sur la validité d'un contrat de vente de miel entre deux sociétés, fondé sur la commande d'un client mentionnant la quantité souhaitée mais sans référence au prix de vente. Dans un premier temps, la cour considère que le contrat de vente a valablement pu se former sur la base de ce document dans la mesure où l'on peut déduire de la qualité des parties et des termes fermes et exemptés de la moindre réserve du bon de commande, que le client avait en réalité marqué tacitement et préalablement son accord sur le prix.¹¹⁷ Cette analyse, qui aurait également pu être déduite du fait que le client a payé la première des deux factures d'achat sans réserve, est conforme à l'article 1591 du Code civil et doit être approuvée. La suite du raisonnement de la cour est nettement plus critiquable puisque celle-ci énonce que, même si aucun accord tacite sur le prix n'avait pu être identifié, l'envoi du seul bon de commande sans réserves laissait présumer que le client acceptait de s'en remettre au prix fixé unilatéralement par le vendeur.¹¹⁸ Cette acceptation par une cour d'appel du mécanisme de

la *partijbeslissing* en matière de vente est à notre connaissance isolée et ne saurait être approuvée.¹¹⁹

— En matière de **contrats soumis à la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce et sur l'information et la protection du consommateur**¹²⁰, l'article 31 de la loi répute abusives les clauses par lesquelles le « vendeur » professionnel se réserve de fixer ou de modifier l'étendue de ses obligations en matière de prix, de caractéristiques du produit à livrer, ou de délais de livraison.

S'agissant des ventes à distance ou des ventes conclues en dehors de l'entreprise du vendeur, ces éléments doivent être déterminés par écrit dans le contrat de base. Les quelques dérogations autorisées doivent être assorties d'une possibilité pour le consommateur de résilier le contrat avec effet immédiat, ce qui revient en pratique à les soumettre à son accord préalable.

— En matière de **crédit à la consommation**, la loi du 12 juin 1991¹²¹ impose pour tous les types de contrats que le montant du crédit et le taux annuel effectif global figurent dans la convention de base (article 14), sous peine de nullité ou de réduction des obligations du consommateur (article 86). La loi précise par ailleurs expressément en son article 30 qu'est réputée non écrite toute clause par laquelle le prêteur se réserve le droit de modifier les conditions du contrat de crédit. L'application du mécanisme de *partijbeslissing* est donc clairement exclue en la matière.¹²²

— En matière de **contrats de travail**, l'article 25 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail¹²³ prévoit que « toute clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier unilatéralement les conditions du contrat est nulle ». Il en va *a fortiori* de même de la

(119) Pour une approche de la question en droit français, voy. Cass. fr., 1^{er} décembre 1995 (arrêts 393, 394, 395 et 396), et note J. GHESTIN, *La Semaine Juridique*, II (jurisprudence), éd. G, n° 2, 1996, 22.565 (l'auteur propose l'alternative suivante en cas de fixation unilatérale du prix par le vendeur : soit une nullité relative ouverte à l'acheteur, soit un contrôle de l'exercice abusif du droit de fixation) ; T. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Études Juridiques, Paris, Economica, 1998, p. 31 et s.

(120) *M.B.*, 29 août 1991.

(121) *M.B.*, 9 juillet 1991.

(122) E. BALATE, P. DEJEMEPPE, F. DE FATOUL, *Le droit du crédit à la consommation. Commentaires de la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation*, Bruxelles, De Boeck Université, 1995, p. 211.

(123) *M.B.*, 22 août 1978.

(115) 1998/RG/14, www.juridat.be

(116) Voy. les décisions citées par P. HARMEL, « La vente », *Rép. Not.*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 171 et 172.

(117) « [...] Ontrent de prijs voerde geïntimeerde geen discussie. Dit betekent dat deze [...] eerder overeengekomen was. »

(118) « [...] Dit betekent dat [...] geïntimeerde bereid was de prijs van appellante zonder meer te aanvaarden (partijbeslissing). »

clause par laquelle l'employeur se réserverait le droit de fixer unilatéralement les conditions, et donc l'objet du contrat.

Il existe plusieurs dispositions légales qui imposent, dans des matières particulières, la conclusion d'un accord (écrit) sur le prix avant l'exécution des prestations. La fixation unilatérale du prix par le prestataire est donc exclue dans de telles hypothèses. Il en va notamment ainsi en matière de **courtage matrimonial**¹²⁴, de **gestion de fortune et de conseil en placement**¹²⁵, de **contrats d'organisation de voyage ou d'intermédiaires de voyages**¹²⁶.

D. Conditions de formation

1. D'un point de vue statique

28. Respect de l'article 1108 du Code civil. La fixation unilatérale de l'objet du contrat est une forme d'acte juridique unilatéral. Elle est donc soumise aux mêmes conditions de validité que les contrats (article 1108 du Code civil – consentement, capacité, objet, cause)¹²⁷.

Il en résulte que le mécanisme de la *partijbeslissing* soumet le contrat, quant à la définition de son objet, à un risque supplémentaire par rapport à la situation où l'objet serait déterminé ou objectivement déterminable dès la conclusion de la convention : celui que les conditions de validité de la *partijbeslissing* elle-même ne soient pas rencontrées le moment venu. On pourrait ainsi imaginer que son auteur en invoque la nullité si son consentement a été vicié par erreur, dol ou

violence¹²⁸ ou qu'il n'ait plus la capacité de s'engager au moment où la décision doit être prise.

29. Volonté de créer des effets juridiques. Par ailleurs, outre le respect des conditions de validité qui précèdent, la fixation unilatérale de l'objet doit, pour être admise comme telle, « *tendre à des conséquences de droit* »¹²⁹. L'auteur de l'acte unilatéral doit ainsi, en premier lieu, avoir la volonté de s'engager juridiquement, de créer des effets, en l'occurrence déclaratifs, de droit¹³⁰. Ce critère permet de distinguer la *partijbeslissing* de simples déclarations dépourvues de caractère obligatoire, tels les *agreements subject to contract*¹³¹. C'est au juge qu'il appartiendra de déterminer la portée exacte de la volonté exprimée¹³².

30. Primauté de la volonté réelle. Signalons enfin que, conformément aux termes de l'article 1156 du Code civil, c'est la **volonté réelle** des parties que recherchera le juge dans son interprétation

(128) « L'acquiescement est un acte unilatéral qui n'est privé d'effet qu'en cas de vice de consentement » (Mons, 1^{er} décembre 1995, *J.L.M.B.* 1996, 461) ; « Il n'est pas démontré que son consentement à l'acte juridique unilatéral qu'a constitué sa démission ait été vicié » ; (Mons, 24 juin 1999, R.G. n° 1567, *www.cass.be*).

(129) L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », *op. cit.*, p. 24.

(130) Voy. notamment Liège, 5 janvier 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 518 : « L'engagement par volonté unilatérale suppose par essence l'intention de souscrire une obligation dans le chef de celui qui émet la volonté » ; Gand, 22 décembre 1998, R.G.D.C., 2002, Livre IX, p. 575 : « Pour pouvoir engendrer un acte juridique, la volonté doit répondre à un certain nombre de conditions : la volonté doit être certaine et complète, poursuivre des effets de droit et s'exprimer à l'égard de celui qui est impliqué dans le rapport de droit » (nous mettons en gras) ; Mons, 1^{er} décembre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 461 : « L'acquiescement s'entend d'un acte unilatéral par lequel une partie renonce à exercer un recours à l'encontre d'une décision judiciaire [...] Il faut et il suffit que la volonté de ne pas faire usage des voies de recours soit clairement exprimée » ; voy. également L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », *op. cit.*, p. 24 ; M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés », *op. cit.*, p. 25 ; W. VAN GERVEN, « Beginselen algemeen de el », n° 102.

(131) L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », *op. cit.*, p. 24.

(132) Cass., 27 mai 2002, R.G. n° 990051 (N), *www.cass.be* : « Le juge du fond apprécie souverainement l'existence et la portée d'une manifestation de volonté à condition qu'il ne méconnaisse pas la foi due aux actes dont cette manifestation est déduite » ; dans le même sens Gand, 22 décembre 1998, R.G.D.C., 2002, p. 575.

(124) Loi du 9 mars 1993, *M.B.*, 24 avril 1993.

(125) A.R. 5 août 1991, *M.B.*, 20 août 1991.

(126) Loi du 16 février 1994, *M.B.*, 1^{er} avril 1994.

(127) Cass., 22 février 1999, *Pas.*, 1999, I, 102 ; Gand, 22 décembre 1998, R.G.D.C., 2002, Livre IX, p. 575 ; Mons, 13 mai 1998, R.G. 13702, *www.cass.be* ; L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, 1994, n° 4 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, 3^e éd., vol. 2, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1994, p. 1985/375 ; A. VAN OEVELEN et E. DIRIX, « Kroniek », *R.W.*, 1985-1986, n° 3 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 692 ; M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés », *Mélanges offerts à Pierre van Onneslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 25 ; J.-F. GERMAIN, « L'engagement par volonté unilatérale », in *Les Obligations – Commentaire pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. II.2-1 à II.2.8-6.

de la fixation unilatérale de l'objet du contrat ¹³³. Il pourra ainsi s'écarter de la volonté apparente si les éléments extrinsèques révèlent qu'elle n'est pas conforme à la réalité ¹³⁴ pour peu que son interprétation ne viole pas la foi due à l'acte dont la manifestation de volonté est déduite ¹³⁵.

2. D'un point de vue dynamique

31. Une volonté extériorisée. Comme tout acte de volonté unilatérale, la *partijbeslissing* doit être extériorisée par son auteur. Elle doit « s'exprimer à l'égard de celui qui est impliqué dans le rapport de droit » ¹³⁶. Il n'est toutefois pas nécessaire que son destinataire soit identifié dans la déclaration, il suffit qu'il soit identifiable (ce qui sera par exemple le cas d'une fixation collective des tarifs pour toutes les transactions futures relatives à un service déterminé d'une entreprise) ¹³⁷.

Un acte unilatéral réceptice. S'agissant d'une volonté unilatérale qui s'exprime toujours dans un cadre contractuel donné, elle constitue un acte unilatéral *réceptice*, ce qui signifie qu'elle ne sortira ses effets juridiques que si elle est communiquée à son destinataire en telle manière que celui-ci en ait connaissance ou puisse en avoir connaissance ¹³⁸.

E. Effets

32. Une décision irrévocable. Une fois exprimée, la fixation unilatérale de l'objet du contrat par l'une des parties est irrévocable ¹³⁹. En d'autres termes, son auteur ne peut plus s'en départir dès l'instant où il a extériorisé sa décision ¹⁴⁰.

(133) Civ. Bruxelles, 3 février 1997, R.G. n° 16437/92, *www.cass.be* : « Le principe essentiel en matière contractuelle comme en cas d'engagement par volonté unilatérale est la recherche de la volonté réelle des parties ou du moins de celle qui s'oblige ».

(134) P. VAN OMME-SLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., p. 1985/378.

(135) Cass., 27 mai 2002, C.99.0051/N, *www.cass.be*.

(136) Gand, 22 décembre 1998, R.G.D.C., 2002, p. 575 ; L. SIMONT, op. cit., p. 24.

(137) M. COPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés », op. cit., p. 25.

(138) Cass., 22 février 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 102.

(139) Gand, 22 décembre 1998, R.G.D.C., 2002, p. 575.

(140) Voy. pour une application analogue Mons, 1^{er} décembre 1995, J.L.M.B., 1996, p. 461.

33. Une décision indivisible. Comme tout acte de volonté unilatérale, la *partijbeslissing* est caractérisée par une indivisibilité active et passive. Son auteur est lié par la totalité de l'objet de sa décision et le cocontractant ne peut bénéficier de la décision que dans son entièreté et non en sélectionnant uniquement les aspects qui l'intéressent ¹⁴¹.

F. Contrôle

34. Intervention du juge. L'exercice de la décision unilatérale de partie est soumis au contrôle du juge.

35. Critères d'appréciation : la loi, les usages et le principe général de bonne foi. Les critères d'appréciation du juge peuvent varier en fonction du type de décision unilatérale de partie rencontré.

36. La loi ou les normes professionnelles. Dans certains cas, la loi ou les normes professionnelles fixent avec plus ou moins de précision les limites dans lesquelles une partie au contrat peut exercer son pouvoir de fixation unilatérale de l'objet :

– Ainsi, en matière de taxation par les **avocats** de leurs honoraires, l'article 459 du Code judiciaire prévoit que si la fixation des honoraires « excède les bornes d'une juste modération » ¹⁴², le conseil de l'ordre ou le tribunal peut la réduire (modification introduite par la loi du 19 novembre 1992 ¹⁴³).

– S'agissant des **dentistes** et des **médecins**, l'article 71 du Code de déontologie médicale dispose que « le médecin fait preuve de modération et de discrétion dans la fixation des honoraires relatifs à ses prestations. Dans ces limites, il peut tenir compte de l'importance des prestations fournies, de la situation économique du patient, de sa propre notoriété et des circonstances particulières éventuelles » ¹⁴⁴.

(141) P. VAN OMME-SLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., p. 1985/380.

(142) Selon la Cour de cassation, la « juste modération » doit s'apprécier au regard de l'importance de la cause, de la nature du travail de l'avocat, de son autorité personnelle, de la capacité financière du client et du succès obtenu (Cass., 9 novembre 2006, F-20061109-7, *www.juridat.be*).

(143) M.B., 18 décembre 1992.

(144) Les décisions de jurisprudence font régulièrement une application plus ou moins fidèle des critères ainsi définis (voy. J.P. Anvers 27 février 1998, *Rev. dr. Santé*, 1998-99, 166 (« Les honoraires du médecin doivent être évalués avec la modération et la modestie

— S'agissant des **comptables**, l'article 13 du Code de déontologie des comptables agréés IPC¹⁴⁵ prévoit que le montant de leurs honoraires doit être fixé en fonction de la nature, de l'importance, de la complexité, du volume et de la portée de la mission, compte tenu de la responsabilité assumée par le comptable et de ses compétences particulières. Le même article précise que « l'attitude consistant à pratiquer des honoraires réduits ou élevés injustifiés, est contraire au principe de dignité de la profession ».

— L'article 31 du Code des sociétés précise que le règlement par lequel l'un des associés d'une société de droit commun fixe la part de chacun des autres associés dans les pertes et bénéfices ne peut être attaqué à moins qu'il ne soit « *évidemment contraire à l'équité* » ;

— **En matière de fixation des prix**, la loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique des prix¹⁴⁶ interdit de pratiquer des prix supérieurs aux prix normaux. L'article 1, § 2, de ladite loi précise que « les Cours et tribunaux apprécient souverainement le caractère anormal des prix. Ils tiennent compte, à cet égard, notamment des bénéfices réalisés, de l'état du marché et des frais d'exploitation du commerce ou de l'industrie, tels que les frais de production, de fabrication, de mise en œuvre et de transport ». La sanction d'un prix « anormal » est la nullité¹⁴⁷. Dans certains secteurs d'activité, des arrêtés d'exécution soumettent les variations de prix à des autorisations préalables¹⁴⁸. Dans d'autres matières enfin, les prix

nécessaires en tenant compte de la difficulté de l'intervention, la réputation des médecins, la charge économique que peut supporter le patient ainsi que des éventuelles circonstances particulières », J.P. Anvers, 3 juin 1986, *R.W.*, 1986-1987, p. 964 et note A.M. Caeyers-De Hondt (« Le supplément d'honoraires (50 %) peut être réduit par le juge (20 %) en tenant compte du fait que le traitement ne présenterait pas un caractère particulièrement difficile, l'absence de circonstances particulières et la situation économique du patient ») ; Civ. Bruges, 7 décembre 1981, *R.W.*, 1982-1983, p. 1463 (note) ; J.P. Tielts, 6 décembre 1971, *R.W.*, 1971-1972, p. 1159 ; la possibilité d'un contrôle suppose que le médecin ne se défatasse pas de ses archives, qui doivent permettre un contrôle *a posteriori*, sous peine d'être déchu de sa créance d'honoraires (J.P. Grèce-Hollogne 10 février 1998, *J.L.M.B.*, 1999, 285, et note F. GHIS ; dans le même sens J.P. Deurne, 21 décembre 1997, *Rev. dr. Santé*, 1998-99, 165).

(145) Arrêté royal du 23 décembre 1997 portant approbation du Code de déontologie de l'Institut professionnel des comptables (*M.B.*, 29 janvier 1998).

(146) *M.B.*, 24 janvier 1945.

(147) Sur la question du caractère total ou partiel de cette nullité, voy. W. GOOSSENS, *op. cit.*, n° 575.

(148) Par exemple les médicaments à usage humain (*A.M.* du 29 décembre 1989 relatif aux prix des médicaments remboursables (*M.B.*, 6 janvier 1990)) ; les établissements

sont directement fixés par la loi. C'est notamment le cas pour les notaires¹⁴⁹ et les huissiers de justice¹⁵⁰.

— En matière d'agence commerciale, l'article 15 de la loi du 13 avril 1995¹⁵¹ précise que le pourcentage appliqué devra respecter les usages en vigueur dans le secteur économique concerné et qu'à défaut de tels usages, « l'agent commercial a droit à un pourcentage équitable »¹⁵².

37. Les usages. Dans d'autres cas, ce sont les usages qui dessinent les contours de la décision unilatérale de partie. On songe notamment au critère des « règles de l'art » ou des prix « normaux » en matière d'entreprise de travaux¹⁵³. En matière de courtage immobilier, les usages tracent également des lignes directrices permettant d'apprécier le pourcentage de commission à appliquer¹⁵⁴. En matière d'agence commerciale, la loi renvoie, comme on l'a vu, aux usages pour la fixation du taux de commission.

d'accueil pour personnes âgées (*A.M.* du 12 août 2005 (*M.B.*, 31 août 2005)) ; le transport en taxi (*A.M.* du 11 janvier 2002 (*M.B.*, 1^{er} février 2002)).

(149) Loi du 31 août 1891 (*M.B.*, 3 septembre 1891) et *A.R.* du 16 décembre 1950 (*M.B.*, 25-26-27 décembre 1950).

(150) *A.R.* du 30 novembre 1976 (*M.B.*, 8 février 1977).

(151) *M.B.*, 2 juin 1995.

(152) On peut toutefois se demander dans ces différents cas s'il s'agit d'une *partijbeslissing* ou d'une détermination directe par la loi ou les usages de l'objet du contrat (cf. *supra* note infrapaginale 29). Un taux de commission oscillant entre 3 et 5 % est appliqué (voy. les décisions citées par W. GOOSSENS, *op. cit.*, n° 747, note 2944).

(153) Voy. les références citées sous la note de bas de page 38 et adde Anvers (5^e ch.) 2 avril 2001, *Entr. et dr.*, 2002, liv. 4, p. 313 ; Anvers, 3 mai 1999, *T.B.B.R.*, 2000, p. 52 ; Comm. Courtrai, 30 septembre 1996, *T.W.V.R.*, 1997, p. 168, note L. VAN DORPE ; Civ. Gand, 17 mai 1984, *Entr. et dr.*, 1989, p. 57.

(154) Un taux entre 3 et 5 % est généralement retenu. Civ. Bruxelles, 31 mars 1994, *J.T.*, 1994, p. 615 ; Civ. Namur, 22 juin 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1193, Bruxelles, 7 décembre 1988, *Rev. Not. b.*, 1989, p. 165. La fixation unilatérale de la rémunération est admise en faveur de l'agent immobilier même si l'absence de fixation du mode de calcul de sa rémunération dans la convention constitue par ailleurs une infraction déontologique (directive n° 5 relative au « contenu minimum des missions de courtage, ayant pour objet l'article 12 de la déontologie »). Agissant dans ce cadre, l'agent devra tenir compte des usages applicables au type d'opération concerné (vente, location) ou, à défaut d'usages, agir avec bonne foi (voy. à ce sujet L. COLLON, *Le statut juridique de l'agent immobilier*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 363 et s. (et références citées). Voy. également les références citées par N. VERHEYDEN-JEANMART et I. DÜRANT, « La rémunération dans les contrats de service », *op. cit.*, p. 73, note 152 et par W. GOOSSENS, *Aanmerking van werk. Het gemeenrechtelijk dienstcontract*, Brugge, Die Keure, 2003, p. 300, n° 747, note (2945).

38. **Le principe général de bonne foi.** En l'absence de limites normatives ou découlant des usages, c'est le principe de bonne foi qui trouvera à s'appliquer¹⁵⁵. La décision de partie relève de la volonté subjective et de l'appréciation du créancier qui la met en oeuvre. Elle autorise donc le juge à exercer un contrôle trouvant son fondement dans le principe modérateur de la bonne foi.

Les règles et usages évoqués ci-dessus en constituent d'ailleurs dans la plupart des cas une simple application, évoquant tour à tour les notions d'équité, de juste modération, de caractère raisonnable de la décision de partie¹⁵⁶. En définitive, qu'il s'agisse d'un entrepreneur de travaux, d'un avocat ou d'un médecin, celui qui détermine unilatéralement l'objet du contrat doit agir « de bonne foi »¹⁵⁷ et sous le contrôle du juge qui, en cas d'abus, pourra sanctionner la décision intervenue¹⁵⁸. Les normes et les usages sont essentiellement là pour préciser, à des degrés divers, les critères qui devront guider le juge dans son appréciation.

39. **Un contrôle marginal.** Le contrôle par le juge du respect du principe de bonne foi est un contrôle marginal (« marginale

toetsing »)¹⁵⁹. « Ils doivent donc vérifier si la partie n'a pas usé du droit de manière inéquitable et contraire à la bonne foi, mais ils ne peuvent substituer leur appréciation à la partie pour la détermination du contenu de l'obligation »¹⁶⁰. L'objectif est de protéger une partie contre l'arbitraire de l'autre mais pas de substituer l'appréciation du juge à celle de l'auteur de la fixation unilatérale de l'objet du contrat : seule sera sanctionnée la décision qui excède manifestement¹⁶¹ les limites du raisonnable, c'est-à-dire celle que n'aurait pas adoptée un cocontractant normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances¹⁶². Le créancier demeure donc libre de sa décision mais il ne peut en abuser.

40. **Un contrôle in concreto.** Le contrôle du juge doit s'exercer in concreto¹⁶³, ce qui implique notamment que l'auteur de la fixation unilatérale ait conservé les pièces justificatives permettant un contrôle

(155) S. STIENS, « Abus mais de quel(s) droit(s) », *J.T.*, 1990, p. 36 et 42 ; P.A. FORIERS, « L'objet et la cause du contrat », *op. cit.*, p. 137 ; « L'objet », *op. cit.*, p. 74 ; P. VAN OMMESELAGHE, « Actualités de droit des obligations, l'objet et la cause des contrats », *op. cit.*, p. 47 ; « Les obligations. Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1986, p. 87 ; M.E. STORME, « De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing », *op. cit.*, p. 1263 et s. ; J. RONSE, « Marginale toetsing in het privaatrecht », *T.P.R.*, 1977, p. 212 ; R. KRUTHOF, H. MOENS et C. PAULUS, « Overzicht van rechtspraak (1965-73). Verbintenissen », *T.P.R.*, 1975, p. 482 ; sur la question de l'analyse du principe de bonne foi en une règle d'interprétation ou de conduite, voy. S. STIENS, « Abus mais de quel(s) droit(s) », *J.T.*, 1990, p. 33 et s. Les conséquences pratiques d'une telle distinction sont toutefois réduites (P.A. FORIERS, « L'objet », *op. cit.*, p. 74 et références citées).

(156) En droit néerlandais, l'article 7:904 du Burgerlijk Wetboek va même jusqu'à déclarer nulle une décision de partie qui, bien que valablement fondée sur le contrat, s'avérerait inéquitable et déraisonnable lors de sa mise en oeuvre eu égard aux circonstances de l'espèce (*Indien gebondenheid aan een beslissing van een partij of van een derde in verband met inhoud of wijze van toestandkoning daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, is die beslissing vernietigbaar*).

(157) Voy. références citées sous la note de bas de page 38 et adde Anvers (5^e ch.), 2 avril 2001, *Entr. et dr.*, 2002, liv. 4, 313 ; Comm. Courtrai, 30 septembre 1996, *T.W.V.R.*, 1997, 168, note L. VAN DORPE ; Civ. Gand, 17 mai 1984, *Entr. et dr.*, 1989, p. 57.

(158) *Ibidem*.

(159) Cass., 9 novembre 2006, C050218F, *www.juridat.be* ; Gand, 24 juin 2004, *P & B*, 2004, p. 127 ; Gand, 21 décembre 2006, *P & B*, 2007, p. 306 ; Civ. Hasselt, 21 février 1983, *Limb. Rechtsl.*, 1983, p. 54.

(160) P. VAN OMMESELAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », p. 47. Dans le même sens, P. WÉRY, « 'Partijbeslissing' et règlement d'un concours », *J.L.M.B.*, 1997, p. 1526 ; R. KRUTHOF, H. MOENS et C. PAULUS, « Overzicht van rechtspraak (1965-73). Verbintenissen », *T.P.R.*, 1975, p. 482 ; J. RONSE, « Marginale toetsing in het privaatrecht », *T.P.R.*, 1977, p. 212 ; P.A. FORIERS, « L'objet », *op. cit.*, p. 74.

(161) « De rechter heeft een marginaal toetsingsrecht, hetgeen inhoudt dat hij zal oordelen of de partijbeslissing niet kennelijk onredelijk is » (Nous soulignons) (Gand, 21 décembre 2006, *P & B*, 2007, p. 306) ; dans le même sens Gand, 17 septembre 1996, *R.W.*, 1997-98, p. 916.

(162) P.A. FORIERS, « L'objet », *op. cit.*, p. 74. Selon K. VANDERSCHOT, le critère du dépassement « manifeste » des limites du raisonnable ne serait pas conciliable avec celui du « cocontractant normalement prudent et diligent ». Selon l'auteur, ce dernier critère serait trop précis et imposerait au juge d'identifier la seule et unique décision qui aurait dû être prise, et donc de sortir du simple contrôle marginal qui consisterait à identifier si la décision prise s'écarte de la série de décisions qui eussent pu être jugées acceptables (K. VANDERSCHOT, « De sanctionering van abusieve partijbeslissingen genomen bij contractuele wanprestatie : de verschillende gedaantes van de matigende werking van de goede trouw », *op. cit.*, p. 91 et 92). Selon nous, cette approche doit être nuancée dès lors que, comme le souligne très justement P.A. FORIERS (« L'objet », *op. cit.*, p. 74, note 34) « dans une situation de fait donnée, deux personnes normalement diligentes et prudentes peuvent avoir des appréciations divergentes ».

(163) Cass., 3 janvier 2003, C.00.0632.F, *www.juridat.be*. Voy. également J.P. IZEGEM, 22 octobre 2003, *T.G.R.*, 2004, 23 ; J.P. Bruges, 14 novembre 2002, *T.W.V.R.*, 2002-2003, p. 141 ; Commission d'arbitrage du Conseil de l'Ordre des avocats (4^e collège), Bruges, 19 juin 2001, *T.W.V.R.*, 2001, liv. 4, p. 192. Pour un exemple en matière de contrat d'entreprise de travaux, voy. Anvers, 2 avril 2001, *Entr. et dr.*, 2002, liv. 4, p. 313.

a *posteriori* ¹⁶⁴. En matière de fixation du prix des prestations effectuées, l'exercice consistera essentiellement à tenir compte de la nature des tâches exécutées, du temps mis à les accomplir, des matériaux éventuellement utilisés, des prix habituellement pratiqués par le prestataire, de la réputation de celui-ci et du résultat obtenu ¹⁶⁵.

Il appartient au débiteur de l'obligation concernée de rapporter la preuve, ou à tout le moins les indices, de l'abus reproché ¹⁶⁶, ce qui suppose au minimum, s'il s'agit d'un commerçant, qu'il veille à protester en temps utile la facture reçue du prestataire.

41. Effets du contrôle du juge. Si le juge estime que le créancier a abusé de son droit, son pouvoir modérateur l'autorise :

— soit à réduire l'exercice du droit à son usage « normal » ;

On peut citer l'exemple du juge qui réduit les honoraires unilatéralement fixés par l'avocat à un montant que commandent les limites d'une « juste modération » ¹⁶⁷ ou encore celui du juge qui rejette un excédent de 30 % considéré excessif dans le prix d'une entreprise ¹⁶⁸ ;

— soit à priver d'effets l'exercice d'un droit lorsque celui-ci cause à l'autre partie un préjudice disproportionné ¹⁶⁹ ;

Cette sanction peut le cas échéant être sollicitée en référé, soit pour suspendre une *partijbeslissing* manifestement abusive, soit pour en interdire l'adoption ¹⁷⁰ ;

(164) J.P. Grâce-Hollogne, 10 février 1998, *J.L.M.B.*, 1999, 285, note F. GHIS ; dans le même sens J.P. Deurne, 21 décembre 1997, *Rev. dr. Santé*, 1998-99, 165.

(165) W. GOOSSENS, *Aanwinst van werk. Het gemeenrechtelijk dienstcontract*, Brugge, Die Keure, 2003, p. 300, n° 751 et références citées.

(166) Voy. en matière de tarifs déterminés par un entrepreneur Bruxelles, 16 septembre 1987, *T.B.H.*, 1988 p. 245.

(167) Cass., 9 novembre 2006, C050218F, *www.juridat.be*. Voy. également J.P. Izegem, 22 octobre 2003, *T.G.R.*, 2004, 23 ; J.P. Bruges, 14 novembre 2002, *T.W.V.R.*, 2002-2003, p. 141 ; Commission d'arbitrage du Conseil de l'Ordre des avocats (4^e collège), Bruges, 19 juin 2001, *T.W.V.R.*, 2001, liv. 4, p. 192.

(168) Comm. Courtrai, 30 septembre 1996, *T.W.V.R.*, 1997, p. 168. Voy. également Anvers, 2 avril 2001, *Ent. et dr.*, 2002, liv. 4, p. 313 ; Anvers, 12 février 2007, *Juristenkrant*, 2007, afl. 147, 9 ; Bruxelles, 16 septembre 1987, *T.B.H.*, 1988, p. 245.

(169) Cass. 19 septembre 1983, *R.D.C.*, 1984, p. 276.

(170) Pour un exemple en matière de crédit, voy. Comm. Anvers (réf.), 24 juillet 2002, *Bank Fin.*, 2002, afl. 5, 298 (« De rechter in kort geding is bevoegd om, in het kader van het prima facie onderzoek, de beweerde rechten van partijen te onderzoeken teneinde het prima vista abusievelijk karakter van de schorsing van een krediet door de kredietgever

— soit à substituer à la décision abusive une décision qui répond au critère d'une juste modération ;

Ainsi, dans le cadre d'un concours, la cour d'appel de Mons substitue à un système de classement qualifié d'« aberrant », décidé unilatéralement par l'organisateur du concours, un système de classement respectant les limites du raisonnable ¹⁷¹. Ainsi encore le tribunal de première instance décide de substituer au taux imposé par une banque sur la base d'une clause l'autorisant à le fixer unilatéralement, le taux de référence initial convenu entre les parties ¹⁷² ;

— soit à sanctionner l'abus constaté par l'octroi de dommages et intérêts.

III. LA FIXATION UNILATÉRALE DU CONTENU DU CONTRAT AVANT SA FORMATION : UNE DÉCISION UNILATÉRALE IMPARFAITE

42. Observation liminaire. On pourrait considérer à première vue que la fixation unilatérale du contenu du contrat est susceptible de se manifester à deux moments différents : soit *après la formation du contrat*, l'une des parties fixe ou modifie seule l'objet de celui-ci — c'est l'hypothèse principale qui vient d'être étudiée — soit *avant la formation du contrat*, l'une des parties fixe seule l'objet de celui-ci (contrats d'adhésion, contrats réglementaires, conditions générales...).

Les deux mécanismes sont toutefois fondamentalement différents pour deux raisons : D'une part, la fixation unilatérale de l'objet du contrat *avant sa formation* ne peut être considérée comme une véritable décision unilatérale de partie entraînant des effets juridiques dans le chef de l'autre partie sans que son accord ne soit requis. Il s'agit plutôt d'une « rédaction unilatérale » ¹⁷³ qui n'élude en rien la nécessité d'un consentement (exprès ou tacite) de l'autre partie : même si l'auteur d'un contrat d'adhésion en définit unilatéralement l'objet, l'autre partie ne sera engagée que si elle donne son consentement. Il n'y a donc aucune dérogation au principe du bilatéralisme. D'autre part, la

na te gaan. Een dergelijke partijbeslissing mag immers niet in strijd zijn met de goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten, noch met het verbod op rechtsmisbruik ».) (171) *J.L.M.B.*, 1997, p. 1252.

(172) Civ. Bruxelles, 5 mai 1995, *R.G.D.C.*, 1996, p. 156.

(173) D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, « L'opposabilité des conditions générales », *Le processus de formation du contrat*, CUI, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 193.

réduction unilatérale de l'objet du contrat ne constitue pas une dérogation au caractère déterminé ou déterminable de celui-ci puisqu'au moment de la conclusion du contrat, l'objet est clairement déterminé ou déterminable, même si c'est sous la plume d'un seul rédacteur. Il n'y a donc aucune entorse aux articles 1108 et 1129 du Code civil.

C'est la raison pour laquelle la question de la fixation du contenu du contrat avant sa formation sera abordée de manière succincte, avec toutefois une attention particulière pour certaines situations où la réduction unilatérale du contenu du contrat tend à se confondre avec une véritable fixation unilatérale de celui-ci.

A. Droit privé ¹⁷⁴

43. Contrats d'adhésion, contrats-types et conditions générales.

Les contrats d'adhésion, contrats-types et autres conditions générales font l'objet d'importants développements doctrinaux ¹⁷⁵. Notre intention n'est pas d'approfondir ces questions dans le cadre de la

(174) Nous avons fait le choix de respecter la *summa divisio* traditionnelle entre droit public et droit privé dans la mesure où cette distinction se justifie dans le cas étudié. Les règles relatives à l'opposabilité, à la validité et au contrôle du mécanisme de fixation unilatérale de l'objet du contrat sont en effet différentes en droit privé et en droit public. Il faut toutefois souligner que sous un angle plus général cette *summa divisio* tend à s'estomper aujourd'hui. Les évolutions récentes du droit public et du droit des contrats favorisent en effet une interpénétration entre ces deux domaines traditionnellement opposés. La libéralisation des marchés, la mise en concurrence et la liberté contractuelle des utilisateurs qui la caractérisent, favorisent le recours par l'autorité publique aux « méthodes de droit privé », parmi lesquelles le contrat qui devient aujourd'hui un véritable instrument de réalisation du service public (Sur ces questions, voy. P. VAN OMME-SLAGHE, « Le droit public existe-t-il ? », *Rev. Dr. ULB*, 33, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 15 et s.).

(175) Parmi les publications récentes, voy. notamment W. GELDHOF, « Toetredingscontracten en algemene contractvoorwaarden in Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer », *Série 'Commentaren met overzicht van rechtspraak en rechtsleer'*, Kluwer, Malmes, 2008 ; E. MONTERO, « Avatars des contrats conclus par Internet et parades légales », *DADR*, 2007, liv. 81, p. 160-168 ; R. DE VALKENNEER, « Réflexions sur le contrat d'adhésion », in *Liber Amicorum Paul Dehoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, 1167 p. ; D. PHILIPPE, « Conditions de vente - Algemene voorwaarden », *Série 'Moncode.be'*, Herentals, Knops Publishing, 2007, 44 p. ; G. COENE, « De geldigheid van de algemene voorwaarden in contracten tot verkoopbemiddeling in het licht van de handelspraktijkenwet », *D.C.C.R.*, 2006, liv. 73, p. 121-128 ; L. CORNELIS et I. CLAEYS, « De tegenstelbaarheid van algemene bankvoorwaarden en hun eenzijdige wijziging » in *Les conditions générales bancaires*, *Série 'Cahiers AEDBE/EBFR-Belgium'*, n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2005, 514 p. ; K. VANDERSCHOT, « Instemming

présente étude. Certes l'idée d'un unilatéralisme en lien avec l'objet du contrat est bien présente : une partie définit seule le contenu du contrat qui régira ses rapports avec l'« adhérent ». Mais il s'agit ici, comme évoqué ci-dessus, d'un unilatéralisme « rédactionnel ». L'auteur du contrat n'impose pas véritablement sa volonté à l'autre partie. Il conçoit et rédige un contrat dont les termes ne doivent pas moins être acceptés en connaissance de cause par l'autre partie. La pratique et les législations protectrices de la partie dite « faible » ont d'ailleurs mis en place au fil du temps un ensemble de dispositifs destinés précisément à renforcer ces conditions de connaissance et d'acceptation du contrat pré-rédigé. La force obligatoire de ce type de contrat rencontre donc bien l'exigence classique de bilatéralisme ¹⁷⁶.

Si l'unilatéralisme rédactionnel ne constitue pas un mécanisme dérogatoire de droit commun en matière de fixation de l'objet du contrat, encore faut-il souligner qu'il emporte certaines conséquences spécifiques en matière d'interprétation de cet objet. On sait en effet que s'affranchissant des termes de l'article 1162 du Code civil – selon lequel en cas de doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé – les cours et tribunaux ont une très nette tendance à considérer qu'en matière de contrats d'adhésion, la clause obscure doit être interprétée contre son rédacteur ¹⁷⁷ surtout s'il s'agit d'un professionnel ¹⁷⁸. Comme le souligne P. Wéry, cette interprétation *contra proferentem* doit toutefois demeurer un remède ultime après épuisement des autres règles d'interprétation et notamment celle qui impose de rechercher la

met algemene voorwaarden : kennisname- en aanvaardingsclausules », in *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, Anvers, Intersentia, 2006 ; E. DIRIX, « Algemene contractvoorwaarden en monopolies », *R.W.*, 1986-87, p. 2724-2725 ; C. DELFORGE, « Le processus de formation : aspects particuliers de conditions générales contradictoires et son incidence sur la formation des contrats », in *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Série 'Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain', n° 35, Bruxelles Bruylant, Paris, LG.D.J., 2002, p. 479-553.

(176) Comp. M.E. STORME, pour qui l'acceptation des conditions générales constitue moins une acceptation des clauses qui y sont contenues qu'une acceptation du droit de fixation unilatérale du contenu du contrat par leur auteur (« De bepaling van het voorwerp van een verbintenissen bij partijbeslissing », *T.P.R.*, 1988, p. 1276 et s.).

(177) Bruxelles, 24 février 1994, R.G.A.R., 1995, I° 12, 12.466 et autres décisions citées par P. WÉRY, « L'interprétation des contrats d'adhésion en cas d'ambiguïté ou d'obscurité de leurs clauses », *J.L.M.B.*, 1996, 1371-1378.

(178) Liège, 6 décembre 1995, *R.R.D.*, 1996, p. 421 et note P. WÉRY.

commune intention des parties (article 1156 du Code civil) 179.

44. Situations de monopole. Le problème se présente sous un jour différent lorsque l'auteur du contrat-type est en situation monopolistique. Peut-on réellement concevoir que dans une telle hypothèse, « l'adhérent » a donné librement son consentement sur le contenu du contrat alors qu'en réalité, ni la personne du cocontractant ni le service concerné ne peuvent être substitués ? Le problème se pose avec d'autant plus d'acuité lorsque l'on est en présence d'un service dit « de première nécessité ».

On songe notamment aux contrats de fourniture d'énergie et aux monopoles de droit y associés (ou aux monopoles de fait qui y ont succédé depuis la libéralisation de la plupart des secteurs en matière d'énergie¹⁸⁰). Ceux-ci présentent toutefois, comme on le verra ci-après, des caractéristiques propres à leur ancrage dans le droit public. Mais on peut également imaginer des situations purement « privées » où l'adhérent n'a d'autre choix que de contracter, et où l'auteur des conditions générales ou du contrat d'adhésion détient un monopole de droit (par exemple s'il est le détenteur exclusif de droits de propriété intellectuelle dans le domaine médical) ou de fait (cas du producteur de matières premières alimentaires qui est en lien de dépendance économique avec un réseau de distribution...).

De Page a souligné le problème posé par les contrats d'adhésion lorsqu'ils sont l'œuvre d'une partie détenant un monopole de droit ou de fait sur des biens ou des services de première nécessité : « *L'adhésion est forcée parce que l'on n'est pas libre de ne pas contracter [...]* La liberté juridique devient alors un leurre, et il y a, en réalité, un état de contrainte qui se substitue à elle, situation dont le droit ne peut pas ne pas tenir compte si elle s'avère susceptible de donner naissance à des abus »¹⁸¹.

Il reste que, selon l'approche traditionnelle, l'adhésion fait office de consentement de sorte que tout contrôle du contenu du contrat par le juge se heurterait au principe de l'intangibilité des conventions (« *pacta*

(179) *Ibidem*.

(180) Expression de la cour d'appel de Liège en ce qui concerne Belgacom dans un arrêt du 25 mai 2003 (*Annuaire pratiques du commerce & concurrence*, 2003, p. 868).

(181) DE PAGE, *Traité*, t. II, 2^e éd., n° 551.

sunt servanda »)¹⁸², ce qui limite considérablement les moyens de protection de l'adhérent¹⁸³.

Ne peut-on toutefois considérer que dans de telles hypothèses, que l'on peut qualifier d'extrêmes, le consentement de la partie adhérente est à ce point dénaturé que l'existence même du bilatéralisme caractérisant la détermination de l'objet du contrat au sens de l'article 1108 du Code civil peut être mise en doute ? N'assiste-t-on pas plus vraisemblablement à un glissement de la rédaction unilatérale du contenu du contrat vers une réelle fixation unilatérale dont les termes sont imposés à l'autre partie¹⁸⁴ ? Si une telle analyse n'aboutit bien entendu pas à remettre en question la validité même du contrat d'adhésion (le fait de recourir à un service de ce type constituant indéniablement une acceptation tacite du droit de fixation unilatérale du contenu du contrat par le fournisseur (*a fortiori* en cas de commencement d'exécution du service concerné), conférant ainsi une assise conventionnelle au mécanisme de fixation unilatérale de l'objet), elle serait en revanche de nature à justifier l'exercice du contrôle marginal du juge applicable en la matière.

B. Droit public

45. Une situation de monopole de droit public. La question des contrats-types émanant d'une autorité publique et ayant trait à l'exécution d'un service public¹⁸⁵ est proche de celle des situations monopolistiques qui viennent d'être examinées en droit privé. L'utilisateur du service n'a d'autre choix qu'y avoir recours sans

(182) Nous renvoyons le lecteur aux développements consacrés à ce sujet par C. DELFORGE dans le présent ouvrage.

(183) Sous réserve des clauses qui pourraient être jugées « inhabituelles » (D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, « L'opposabilité des conditions générales », *Le processus de formation du contrat*, CUP, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 266 et références citées) et de l'application de mécanismes de protection du consommateur ou de la partie dite « faible », qui pourraient remettre en question la validité du contrat lui-même (application de la théorie de la lésion qualifiée) ou celle de certaines clauses jugées « abusives » (loi sur les pratiques de commerce et la protection du consommateur et loi sur le crédit à la consommation notamment).

(184) En ce sens E. DIRIX, « Algemene contractvoorzwaarden en monopolies », *R.W.*, 1986-87, p. 2724 ; R. KRUTHOF, F. DE LY, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN, « Verbintenissen. Overzicht van rechtspraak », *T.P.R.*, 1994, n° 135.

(185) Ne sont pas visés ici les contrats dont l'objet entre dans le cadre de la mission de service public mais auxquels les cocontractants ont toujours le choix de ne pas adhérer (cas des soumissions pour des marchés de travaux, de fournitures et de services).

possibilité de négocier ni de se soustraire aux obligations fixées par le fournisseur de service. L'absence de consentement au sens de l'article 1108 du Code civil est d'autant plus remarquable qu'il importe peu dans ce type de matière que l'utilisateur ait eu ou non une connaissance effective des conditions générales : en matière de contrats dits « réglementaires » ou « administratifs », les conditions sont opposables à l'utilisateur dès leur publication, qui emporte présomption irréfragable de connaissance.¹⁸⁶

46. Régime juridique. La rédaction unilatérale du contenu du contrat est donc très proche ici aussi d'une véritable fixation unilatérale imposée à l'utilisateur. Se pose alors la question de sa validité et de son contrôle, qui appelle elle-même la question du régime juridique applicable à ce type de « contrat ».

On sait à cet égard que dans une décision de principe du 25 septembre 1988, le Conseil d'État a jugé que les relations entre consommateurs et distributeurs de gaz et d'électricité n'étaient pas de nature contractuelle mais réglementaire (« [...] elles concernent une tâche qui, selon la loi du 10 mars 1925 sur les distributions d'énergies électriques, est un service public, qui devient un monopole des pouvoirs publics – monopole des communes ; elles sont définies unilatéralement et sont d'application générale »)¹⁸⁷. Dans la foulée de cet arrêt, la Cour de cassation a confirmé que « les conditions de fourniture d'électricité revêtent un caractère réglementaire de sorte qu'elles sont immédiatement opposables au propriétaire d'un immeuble raccordé au réseau de distribution sans qu'il ne doive s'obliger personnellement envers le distributeur d'énergie électrique »¹⁸⁸.

47. Contrôle applicable. La validité de la fixation unilatérale de l'objet du contrat trouve ainsi une assise réglementaire, elle-même justifiée par le fait que l'acte émane d'une autorité publique. Par

(186) S. MAUCQ, « Les consommateurs et les sociétés de gaz et d'électricité. Une relation juridique en complète mutation », *D.C.C.R.*, 1990, p. 321 et s. Voy. à propos du *Règlement pour le branchement, la mise à disposition et le prélèvement de l'électricité en basse tension* G. PEETERS, « Les règlements types pour le branchement, la mise à disposition et le prélèvement de l'électricité en basse tension et de gaz en distribution publique : leur naissance juridique, leur nature et leur nature juridique », *Juris*, janv. 1993, p. 5 et s.

(187) C.E., 25 septembre 1988 (De Leener/Ballon), n° 30.876, *J.T.*, 1989, p. 716 (nous mettons en évidence).

(188) Cass., 4 décembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, liv. 35, p. 1510.

ailleurs, l'objet ainsi défini est opposable et accepté par l'utilisateur de manière tacite dès l'instant où il a recours au service concerné (*le simple raccordement est constitutif d'acceptation tacite*¹⁸⁹). Cela ne signifie pas pour autant qu'un contrôle similaire à celui que connaît le droit privé soit inexistant. Dans la plupart des cas, l'autorité publique est contrôlée : elle doit respecter des principes tels que celui d'égalité des usagers ou du raisonnable¹⁹⁰. C'est ainsi que le Conseil d'État a été amené à annuler les conditions générales d'une intercommunale d'électricité qui violaient le principe du raisonnable¹⁹¹.

48. Glissement vers le droit privé. Il faut encore noter que le caractère réglementaire de tels contrats est actuellement remis en question en raison et au fur et à mesure de la disparition de la plupart des monopoles publics. La possibilité de contrôle ne disparaît pas pour autant puisque l'application du contrôle marginal de droit privé aboutit à des résultats similaires. On constate d'ailleurs que dans les marchés libéralisés, les organes de surveillance mis en place (comme la *Commission de régulation de l'électricité et du gaz* (CREG) chargée de revoir les conditions générales des gestionnaires du réseau de distribution) mettent en œuvre de telles méthodes de contrôle¹⁹².

CONCLUSION

49. On pourrait à première vue considérer que la fixation unilatérale du contenu du contrat recouvre toute situation où une partie au contrat « définit » seule le contenu de celui-ci. Elle engloberait alors tant les cas où une partie rédige seule le contenu du contrat auquel adhérerait ultérieurement l'autre partie que ceux où une partie impose à l'autre, après la conclusion du contrat, sa propre définition du contenu de celui-ci.

(189) Cass., 4 décembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, liv. 35, p. 1510.

(190) D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, *op. cit.*, p. 310.

(191) C.E., 27 septembre 1988, n° 30.876, *J.T.*, 1989, p. 716.

(192) À titre d'exemple, on peut citer une décision du 20 octobre 2005 du CREG (décision B051020-CDC-478/1), qui contrôle un projet de conditions générales de distribution d'électricité au regard de la figure juridique de la lésion qualifiée, et de la « bindende partijbepaling » (*sic*).

La première situation ne constitue pas une dérogation aux articles 1108 et 1129 du Code civil : même s'il a été défini unilatéralement, l'objet du contrat n'en demeure par moins déterminé au moment de la conclusion du contrat et fait l'objet, à ce moment, d'un accord de volonté avec la partie « adhérente » (cas des conditions générales, des contrats d'adhésion...). En ce sens, et sous réserve des situations particulières que nous avons examinées, le mécanisme n'appelle pas de commentaire particulier au regard du droit commun des obligations contractuelles.

Si l'on définit en revanche la fixation unilatérale du contenu du contrat comme le pouvoir d'une partie de déterminer seule l'objet du contrat et de l'imposer à l'autre partie (sens qui fait d'ailleurs plus adéquatement écho au terme de « fixation »), nous sommes assurément en présence d'un mécanisme original au regard du prescrit de l'article 1108 du Code civil : l'objet n'est pas déterminé ni déterminable objectivement au moment de la conclusion du contrat et ne le sera, le moment venu, que de la volonté unilatérale d'une partie. La fixation unilatérale du contenu du contrat apparaît alors comme une forme particulière d'acte juridique unilatéral.

La loi et les usages livrent de nombreux exemples d'un tel mécanisme, à telle enseigne que l'on peut se demander si d'une manière générale, l'absence de détermination de l'objet ne permet pas de présumer automatiquement que les parties s'en sont remises à l'une d'elles pour le définir. L'enjeu de cette question est important puisqu'il pourrait aboutir à remettre en question l'une des conditions de validité du contrat fixées par l'article 1108 du Code civil.

À y regarder de plus près, on constate en réalité que le mécanisme apparaît moins comme une dérogation à l'article 1108 du Code civil que comme une application particulière du caractère déterminable de l'objet du contrat. Les cas d'application examinés s'inscrivent en effet systématiquement dans le double objectif poursuivi par l'exigence légale de déterminabilité de l'objet du contrat : l'existence du lien obligatoire (il faut que le créancier puisse le moment venu exiger quelque chose de concret de son débiteur ; il faut donc qu'en cas de fixation de l'objet abandonnée à l'une des parties, elle le soit en faveur du créancier de l'obligation concernée) et la protection d'une partie contre l'arbitraire de l'autre (la détermination unilatérale de l'objet doit respecter les limites de la bonne foi).

Ainsi, les dispositions légales ou les usages qui consacrent le mécanisme consistent systématiquement à confier au créancier de l'obligation concernée le soin d'en fixer le contenu. Les exemples portent le plus souvent sur des fixations de prix dans les contrats d'activité. Les cas dans lesquels on croit pouvoir discerner dans les mêmes contrats des situations où le prestataire, agissant cette fois en qualité de débiteur des prestations à exécuter, serait autorisé à en fixer le contenu, ne constituent à notre estime pas de véritables fixations unilatérales de l'objet du contrat, de telles interventions du prestataire s'inscrivant presque toujours dans le cadre d'un objet déjà « suffisamment » déterminé dans le contrat de base. S'agissant de l'objectif de protection contre l'arbitraire de l'auteur de la fixation unilatérale, les mêmes dispositions légales et usages définissent les limites de l'exercice de ce droit, qui consistent le plus souvent en des normes de comportement induites du principe général de bonne foi.

On ne peut donc considérer que le droit de fixation unilatérale du contenu du contrat serait « automatique » en l'absence d'objet déterminé ou déterminable dans la convention.

Il en résulte que, lorsque la fixation unilatérale de l'objet du contrat ne repose ni sur la loi ni sur les usages, elle doit être autorisée par la convention, étant entendu que le double objectif précité doit être respecté, ce qui commande selon nous que la fixation unilatérale de l'objet ne puisse être confiée qu'au créancier de l'obligation concernée, agissant dans les limites de la bonne foi et sous le contrôle du juge.

Au terme de notre analyse, la fixation unilatérale de l'objet du contrat apparaît en définitive comme un mode de détermination de l'objet du contrat autorisé par la loi, les usages ou la convention elle-même (de manière expresse ou tacite) par lequel le créancier d'une obligation principale née du contrat en fixe unilatéralement le contenu après la formation de celui-ci.

50. L'intérêt d'une identification précise du mécanisme est loin d'être négligeable compte tenu des régimes de validité et de contrôle auxquels il soumet toute situation mettant en jeu une décision unilatérale de partie en lien avec l'objet du contrat.

Les situations contractuelles où la détermination du contenu des prestations est abandonnée au pouvoir d'un seul sont nombreuses. Elles répondent bien souvent, dans le monde des affaires, à des impératifs contextuels incontournables, notamment dans les relations

contractuelles de longue durée. Une correcte appréhension du mécanisme est donc indispensable pour éviter de faire peser sur la relation contractuelle le risque, souvent méconnu, d'une annulation.

La fixation unilatérale de l'objet telle que décrite ci-dessus est par ailleurs soumise à un contrôle marginal qui lui est spécifique. La détermination souveraine de l'objet par une partie justifie que le juge se pose en gardien des intérêts de l'autre. Le pouvoir d'intervention qui en résulte, s'il doit rester marginal, n'en demeure pas moins nettement plus étendu que celui pratiqué sur un objet défini de commun accord par les parties, et qui leur tient lieu de loi.

Le créancier qui entendrait user de sa position de force pour se réserver un pouvoir de fixation unilatérale de l'objet du contrat pourrait ainsi, ce qui n'est pas le moindre des paradoxes, se trouver soumis à un contrôle plus sévère que si le même objet avait été défini bilatéralement.

Cette question du contrôle se pose avec une acuité toute particulière dans les situations où le contenu du contrat est défini d'autorité par le détenteur d'un monopole de droit ou de fait (contrats d'adhésion). Traditionnellement considérées comme des modes de fixation bilatérale de l'objet du contrat, les conventions de ce type présentent des particularités telles que leur assimilation pure et simple à un mode de fixation unilatérale de l'objet du contrat (avec l'application consécutive du contrôle marginal) n'est pas dénuée de pertinence. Nul doute que le bouleversement actuel des anciens monopoles publics et la sphère d'influence croissante du droit privé dans ces matières ne manquent pas d'animer ce nouveau débat.

* * *

LA MODIFICATION UNILATÉRALE DU CONTRAT

par

Catherine DELFORGE

Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis

« Les vérités sont des illusions dont on a oublié qu'elles le sont »
(Nietzsche)

Introduction

1. *A priori*, l'association modification-unilatéralisme-contrat fait figure de mariage contre-nature, telle une vaine tentative de conjuguer des termes qui ont naturellement vocation à s'exclure¹.

La problématique de la modification unilatérale manifeste, en effet, d'emblée deux points de contradiction flagrante avec les principes de notre droit des contrats. Elle paraît, tout d'abord, saper l'idéal du processus contractuel présenté comme la fusion entre les *animi* individuels en une volonté commune (*animam sententiam*²) : comment la volonté d'un seul pourrait-elle, dans un tel schéma, prétendre retoucher un accord, qui est d'ailleurs élevé au même niveau que la loi ? Elle pose, dans un même temps, la délicate question de la faculté laissée aux

(1) Voy. P.A. FORIERS, « Pacta sunt servanda (Portée et limites) », in *Le droit des affaires en évolution - La modification unilatérale du contrat*, ouvrage collectif sous l'égide de l'Institut des juristes d'entreprise, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Kluwer, 2003, p. 3, n° 1 : « Évoquer l'idée qu'un contrat puisse être modifié unilatéralement relève de prime abord de l'hérésie : 'Pacta sunt servanda' ».

(2) D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, Corpus Histoire du droit, 2007, p. 122.