

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

**L'INCIDENCE DE PLUSIEURS
LÉGISLATIONS RÉCENTES SUR LE
DROIT COMMUN DES OBLIGATIONS
EN MATIÈRE DE FORMATION DES
CONTRATS**

par
Jean-Marc TRIGAUX

Doc. 97/11

Étude réalisée dans le cadre d'un projet de
recherche sur les "Mutations du droit des
obligations" et destinée à être publiée dans les
Annales de Droit de Louvain

L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats

INTRODUCTION

Les principes qui gouvernent les obligations contractuelles relèvent de ce que l'on appelle le droit commun des obligations. Durant cette décennie, plusieurs législations ont toutefois créé de plus en plus souvent des dérogations à ce régime de droit commun.

Des législations plus anciennes ¹ avaient déjà instauré de nombreuses règles particulières sans que l'on songe à remettre en cause les règles communément admises. Aujourd'hui le nombre croissant de régimes dérogatoires conduit à s'interroger sur l'existence d'une mutation du droit commun des obligations ².

Il est bien évidemment impossible dans le cadre limité de cette étude d'examiner l'ensemble des règles dérogatoires et leur incidence sur le droit commun. S'intégrant dans une recherche collective, notre exposé sera donc volontairement limité aux règles relatives à la formation des contrats.

Le but de la présente étude est d'établir un inventaire des dérogations apportées par plusieurs législations récentes aux règles du droit commun régissant la formation du contrat. A son terme, nous espérons pouvoir ainsi répondre à deux questions. Faut-il tout d'abord voir dans les nouveaux régimes dérogatoires une remise en cause du droit commun des obligations ? Peut-on ensuite déceler dans ces nouveaux régimes

¹ On pense notamment à la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux, à la loi du 9 juillet 1957 sur la vente à tempérament, à la loi du 4 novembre 1969 sur les baux à ferme, à la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce, à la loi du 20 février 1991 sur les baux relatifs à la résidence principale du preneur, etc. ...

² M. FONTAINE et J. GHESTIN (sous la direction de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels - Comparaisons franco-belges*, L.G.D.J., 1996, 675 pages; P. VAN OMMESLAGHE, « Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : Révolution, évolution ou statu quo ? », in *Hommage à J. HEENEN*, Bruylant, Bruxelles, 1994, p. 509; V. SIMONART, *La loi du 14 juillet 1991 et le droit des obligations*, in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 59; F. GLANSDORFF, *La loi sur les pratiques du commerce et le droit des contrats*, in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 113.

déroatoires un degré de cohérence suffisant pour conduire à l'émergence d'un nouveau droit commun ? ³

Pour tenter de répondre à ces questions, nous avons choisi de comparer de façon transversale les règles de base régissant la formation des contrats avec les nouvelles normes inscrites dans plusieurs législations récentes à savoir :

- la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation ⁴;
- la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur ⁵;
- la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre ⁶;
- la loi du 4 août 1992 sur le crédit hypothécaire ⁷;
- la loi du 9 mars 1993 tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial ⁸;
- la loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages ⁹;
- la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale ¹⁰.

Notre recherche sera divisée en deux chapitres. Nous étudierons d'abord les dérogations apportées aux deux principes de base qui régissent la formation du contrat, à savoir

³ Afin de mettre en évidence cette cohérence ou l'absence de cohérence, nous nous référerons souvent au texte des lois. Cela permettra de montrer plus explicitement les analogies ou les différences au niveau de la légistique.

⁴ Loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, *Moniteur Belge*, 9 juillet 1991, modifiée par la loi du 6 juillet 1992, *Moniteur Belge*, 9 juillet 1992.

⁵ Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur, *Moniteur Belge*, 29 août 1991; modifiée par la loi du 3 avril 1997, *Moniteur Belge*, 16 mai 1997.

⁶ Loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, *Moniteur Belge*, 20 août 1992; modifiée par la loi du 16 mars 1994, *Moniteur Belge*, 4 mai 1994.

⁷ Loi du 4 août 1992 sur le crédit hypothécaire, *Moniteur Belge*, 19 août 1992; modifiée par la loi du 13 avril 1995, *Moniteur Belge*, 9 juillet 1995.

⁸ Loi du 9 mars 1993 tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial, *Moniteur Belge*, 24 avril 1993.

⁹ Loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages, *Moniteur Belge*, 1er avril 1994.

¹⁰ Loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale, *Moniteur Belge*, 2 juin 1995.

l'autonomie de la volonté et le consensualisme ¹¹. Nous examinerons ensuite la formation des contrats d'un point de vue dynamique. A cette occasion, nous nous intéresserons aux pourparlers, à l'offre, à l'acceptation, à la formation des contrats conclus entre absents et enfin au délai de réflexion.

CHAPITRE 1. LES PRINCIPES RÉGISSANT LA FORMATION DES CONTRATS

Section 1. L'autonomie de la volonté

§1. Principe

En vertu du principe de l'autonomie de la volonté, la libre volonté des parties peut créer, modifier ou éteindre des droits ou des obligations ¹².

En principe, les parties peuvent conclure n'importe quel contrat, lui donner l'objet qu'elles désirent et s'accorder sur n'importe quelle prestation.

Cela suppose qu'elles puissent choisir de conclure ou de ne pas conclure un contrat ainsi que de choisir librement leur cocontractant.

Ce principe permet également aux parties de modifier ou de déroger à toutes les règles supplétives qui régissent éventuellement leur contrat.

§2. Les dérogations

A. Les règles impératives et d'ordre public

La première limite au principe de l'autonomie de la volonté est classique et est énoncée à l'article 6 du Code civil : « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

La violation de l'ordre public ¹³ ou des bonnes mœurs entraîne dès lors la nullité absolue des conventions contraires ¹⁴. Rappelons que selon un arrêt de la Cour de

¹¹ Le principe de la convention-loi ne sera par contre pas évoqué puisqu'il concerne plutôt l'exécution du contrat.

¹² DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. II, 2ème éd., p. 424, n° 462; P. VAN OMMESELAGHE, *Les obligations - examen de jurisprudence* (1974-1982), R.C.J.B., 1986, p. 34; R. Kruithof, F. De Ly, H. Bocken, B. De Temmerman, *Overzicht van rechtspraak* (1981-1992) - verbintenissen, T.P.R., 1992, p. 248, n°54.

¹³ Sur la notion d'ordre public, voyez: J.F. ROMAIN, M. GRÉGOIRE, V. SIMONART, A. PUTTEMANS, A.C. VAN GYSEL, N. MASSAGER, A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS et M.

cassation du 15 mars 1968 ¹⁵, « est d'ordre public, la loi qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société ».

Les parties sont d'autre part tenues de respecter les règles impératives que le législateur a créées en vue d'empêcher les abus résultant de l'inégalité entre les parties contractantes. Contrairement aux règles d'ordre public, ces règles impératives sont édictées en vue de protéger des intérêts privés ¹⁶. Leur violation est dès lors sanctionnée d'une nullité relative, ce qui signifie entre autre que seule la partie que la règle vise à protéger peut invoquer cette nullité.

Les législations récentes que nous avons choisi d'étudier rentrent assurément dans le cadre de ces limites au principe de l'autonomie de la volonté. Il n'est cependant pas toujours très facile de distinguer à l'intérieur de ces lois les règles qui relèvent de l'ordre public et celles qui sont seulement impératives.

Certaines lois contiennent une disposition générale qui montre, apparemment sans ambiguïté, leur caractère impératif.

Tel est le cas de la loi sur le contrat d'assurance terrestre dont l'article 3, intitulé « Règles impératives » énonce que : « *sauf si la possibilité d'y déroger par des conventions particulières résulte de leur rédaction même, les dispositions de la présente loi sont impératives* ».

Tel est le cas également de la loi sur le crédit à la consommation, dont l'article 4 énonce que : « (...) *toute stipulation contraire aux dispositions de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution est nulle pour autant qu'elle vise à restreindre les droits des consommateurs ou à aggraver leurs obligations* ».

On retrouve une rédaction fort semblable dans la loi sur les contrats de voyages, dont l'article 3 énonce que : « (...) *toute clause contraire à la présente loi ou à ses arrêtés* ».

EKELMANS, L'ordre public concept et applications, Les conférences du centre de droit privé et de droit économique de l'ULB, Vol. III, Bruylant, Bruxelles, 1995.

¹⁴ DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil belge, T. II, 2ème éd., p. 700, n° 780; P. VAN OMMESLAGHE, Les obligations - examen de jurisprudence (1974-1982), R.C.J.B., 1986, p. 101, n°40; X. DIEUX, le contrat: instrument et objet de dirigisme ?, in Les obligations contractuelles, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, p. 259; V. BASTIAEN et G. THOREAU, Les nullités en droit civil, in Les nullités en droit belge, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1991, p. 10.

¹⁵ Cass., 15 mars 1968, *Pas.*, 1968, I, 834.

¹⁶ Sur la distinction entre règles d'ordre public et règles impératives, voir notamment P. VAN OMMESLAGHE, Les obligations - examen de jurisprudence (1974-1982), R.C.J.B., 1986, p. 95, n°37; P.A. Foriers, l'objet et la cause du contrat, in Les obligations contractuelles, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, p. 151.

d'exécution est nulle dans la mesure où elle vise à limiter les droits des voyageurs ou à alourdir ses obligations ».

La loi relative au crédit hypothécaire contient également une disposition spécifique. Celle-ci ne permet cependant pas de déterminer si la loi est simplement impérative ou si elle est d'ordre public. L'article 3 énonce que « *toute stipulation contraire aux dispositions du présent titre* (c'est-à-dire le Titre Ier intitulé « Le crédit hypothécaire ») *et de ses arrêtés d'exécution est nulle* ». Les travaux préparatoires mentionnent toutefois que ce titre Ier de la loi est impératif au motif qu'il se fonde sur le droit de la consommation¹⁷ et vise donc essentiellement à protéger l'emprunteur.

Si on examine plus attentivement ces lois, comme l'ont fait plusieurs auteurs¹⁸, il apparaît toutefois d'une part que, contrairement aux termes de ces dispositions générales, les règles créées par ces lois ne sont pas toutes impératives et d'autre part que certaines de ces règles relèvent plutôt de l'ordre public. Cette situation n'est toutefois pas particulière aux législations que nous avons choisi d'étudier, puisque dans un arrêt du 26 février 1975, la Cour de cassation avait déjà affirmé qu'une même loi pouvait comporter à la fois des dispositions qui intéressent l'ordre public et des dispositions simplement impératives¹⁹.

Les trois autres lois que nous avons choisi d'étudier ne contiennent aucune disposition générale sur leur caractère supplétif, impératif ou d'ordre public.

La loi sur les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur ne contient aucune disposition particulière à ce sujet. Elle réunit cependant dans un texte unique d'une part une réglementation relative aux rapports entre les commerçants et les consommateurs (articles 2 à 39) et d'autre part une réglementation relative à la concurrence entre commerçants (articles 40 à 94)²⁰. La seconde réglementation vise

¹⁷ G. JAKHIAN, *Le crédit hypothécaire*, Larcier, Bruxelles, 1994, p. 26, n° 45; J.-L. LEDOUX, *La réforme du crédit hypothécaire privé*, A.D.L., 1993, p. 394.

¹⁸ Voyez respectivement M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Larcier, Bruxelles, 1996, 2ème édition, p. 57; P.H. DELVAUX et M. FONTAINE, *Le nouveau régime du contrat d'assurance terrestre - Loi du 25 juin 1992, loi modificative du 16 mars 1994 et arrêtés d'exécution*, J.T., 1995, p. 331; P. VAN DER WIELEN et A. WALLEMACQ, *La valeur contraignante de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation*, in *La nouvelle loi sur le crédit à la consommation*, Créadif, Bruxelles, 1991, p. 23; G. JAKHIAN, *Le crédit hypothécaire*, Larcier, Bruxelles, 1994, p. 26 et s.

¹⁹ Cass., 26 février 1975, Arr. Cass., 1975, p. 729.

²⁰ Cet amalgame a d'ailleurs été parfois dénoncé par certains auteurs. Voyez notamment J.-L. FAGNART, *Concurrence et consommation : convergence ou divergence*, in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur*, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, 1991, p. 32. D'autres auteurs sont toutefois plutôt favorables à ce regroupement. Voyez C. FRANCO et C. FRANCO, *La loi sur les pratiques du commerce et sur*

assurément l'organisation de l'économie et relève dès lors de l'ordre public. La première a par contre pour objectif la protection des consommateurs et doit dès lors plutôt être considérée comme simplement impérative ²¹.

Aucune disposition générale sur le caractère supplétif, impératif ou d'ordre public ne se trouve dans la loi relative au contrat d'agence commerciale. C'est donc article par article qu'il convient de procéder. Certains articles énoncent qu'ils sont édictés sauf stipulation contraire et affirment donc clairement leur caractère supplétif (articles 7, 15 al. 3, 17, 18 § 2, 25 al. 2). D'autres précisent parfois expressément qu'il ne peut y être dérogé au détriment de l'agent commercial et affirment ainsi leur caractère impératif (articles 13, 16, 18, 19 et 20 à 22). Mais de nombreuses dispositions ne disent pas si on peut y déroger ou non. La volonté de protéger les agents commerciaux ayant été clairement affirmée dans les travaux préparatoires, on peut en conclure que ces dispositions ont au moins un caractère impératif ²².

La loi sur le courtage matrimonial ne contient pas non plus de disposition générale à cet égard. Elle prévoit toutefois une série de sanctions pénales dans l'hypothèse où certaines de ses dispositions ne seraient pas respectées ²³. De ce point de vue, certaines règles relèvent donc de l'ordre public. Par ailleurs, la volonté du législateur de protéger certaines personnes contre les abus de certaines entreprises de courtage matrimonial étant clairement affirmée, il y a lieu de reconnaître aux règles édictées par cette loi un caractère au moins impératif.

B. Les contrats types

La possibilité pour les parties de déterminer librement le contenu de leur convention est également réduite lorsqu'un contrat type ou des clauses types leur sont imposées.

l'information et la protection des consommateurs serait-elle victime de troubles de voisinage?, in *Pratiques du commerce*, C.U.P., Avril 1997, p. 41.

- ²¹ J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 32. Pour une analyse en profondeur de ce problème, voyez A. PUTTEMANS, *L'ordre public et la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, sur l'information et la protection du consommateur*, in *L'ordre public concept et applications*, Les conférences du centre de droit privé et de droit économique de l'ULB, Vol. III, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 139.
- ²² C. VERBRAKEN et A. DE SCHOUTHEETE, *La loi du 13 avril 1997 relative au contrat d'agence commerciale*, *J.T.*, 1995, p. 462; M. WILLEMART et S. WILLEMART, *La concession de vente et l'agence commerciale*, Larcier, Bruxelles, 1995, p. 86; P. DEMOLIN et Y. BRULARD, *La nouvelle loi sur le contrat d'agence commerciale*, Kluwer, Bruxelles, 1996, p. 11.
- ²³ J.P. DELACROIX, *A propos de la loi sur le courtage matrimonial*, *J.T.*, 1993, p. 142.

A ce niveau, une précision d'ordre terminologique s'impose. Le contrat type ne doit pas être confondu avec le contrat d'adhésion²⁴. Ce dernier est un contrat dont le contenu est imposé par une partie à l'autre sans possibilité pour cette dernière de le modifier. C'est pour elle à prendre ou à laisser²⁵. Le contrat type est ici un contrat dont le contenu ou en tous cas la plupart du contenu n'est pas imposé par une des parties à l'autre mais est imposé ou parfois seulement recommandé par la loi, par un organe délégué ou par un organisme d'ordre privé à toutes les parties. Si ces dernières souhaitent conclure ce contrat réglementé, elles sont obligées ou invitées à utiliser le contrat type ou à tout le moins à reproduire la ou les clauses types.

Dans certaines législations récentes, le législateur a ainsi parfois habilité le Roi à imposer un contrat type ou des clauses types²⁶.

L'article 34 de la loi sur les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur autorise ainsi le Roi à prescrire l'usage de certaines clauses dans les contrats de « ventes » au consommateur ainsi qu'à imposer l'utilisation de contrats types. De la même façon, l'article 14 § 5 de la loi sur le crédit à la consommation énonce que le Roi peut prescrire l'usage de clauses types à l'égard des catégories de contrats qu'il désigne. Enfin, l'article 39 de la loi sur les contrats de voyages énonce que le Roi peut élaborer un contrat de voyages type ainsi qu'un modèle de conditions générales et peut en imposer l'utilisation.

Mais la possibilité de créer et d'imposer des contrats types ou des clauses types n'est pas seulement réservée au Roi. Dans certaines législations, c'est à des organes de contrôle que le législateur a confié cette faculté. Tel est le cas de l'article 36 de la loi sur les

²⁴ On recourt à la qualification de contrat d'adhésion le plus souvent afin d'y appliquer une règle particulière d'interprétation que l'on désigne par l'expression latine «contra proferentem». Voir à ce sujet: P. VAN OMMEFLAGHE, Les obligations - examen de jurisprudence (1974-1982), R.C.J.B., 1986, p. 177, n°78; R. KRUTHOF, F. DE LY, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN, Overzicht van rechtspraak (1981-1992) - verbintenissen, T.P.R., 1992, p. 180, n°452; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, Chronique de jurisprudence - les obligations: les sources (1985-1995), J.T., 1996, p. 717, n°85.

²⁵ DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil belge, T. II, 2ème éd., p. 511, n° 550; P.H. DELVAUX, Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit belge, in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels - comparaisons franco-belges, L.G.D.J., Paris, 1996, p. 73.

²⁶ Cette technique de délégation au Roi pour imposer des contrats plus ou moins uniformes n'est pas nouvelle. L'article 19 de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances, modifié par l'article 10 de la loi du 19 juillet 1991, permettait déjà au Roi d'imposer des contrats types. Cette faculté a notamment été utilisée en matière d'assurance R.C. familiale (Arrêté Royal du 12 janvier 1984 modifié par l'Arrêté Royal du 24 décembre 1992) et plus récemment en matière d'assurance responsabilité civile des véhicules automoteurs (Arrêté Royal du 14 décembre 1992, *Moniteur Belge* du 3 février 1993 (errata *Moniteur Belge* du 24 février 1993)).

pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur, qui énonce que la Commission des clauses abusives, instituée par cette loi, peut recommander :

- (...),
- l'insertion de mentions, clauses et conditions qui lui paraissent nécessaires pour l'information du consommateur ou dont l'absence pourrait créer un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties, au détriment du consommateur,
- une rédaction et une présentation des clauses et conditions qui soient de nature à permettre au consommateur d'en comprendre le sens et la portée.

On trouve le même type d'habilitation dans l'article 39 § 2 de la loi relative au crédit hypothécaire qui autorise l'Office de contrôle des assurances à imposer aux entreprises hypothécaires par voie de règlement, certaines obligations afin de rendre leurs opérations conformes à la fois à la technique du crédit hypothécaire et à l'intérêt général des emprunteurs ²⁷.

Aucune disposition relative à des contrats types ou clauses types n'apparaît en revanche ni dans la loi sur le contrat d'assurance, ni dans la loi relative au contrat d'agence commerciale, ni dans la loi sur le courtage matrimonial.

C. Les mentions obligatoires

Le principe de l'autonomie de la volonté signifie également que les parties sont libres de déterminer le contenu de leur convention.

Cette liberté est cependant limitée lorsque le législateur oblige les contractants à inclure dans leur contrat une série de mentions obligatoires. Cette obligation peut avoir une double densité. Le législateur peut tout d'abord se borner à imposer un certain nombre de mentions sans s'inquiéter de la manière dont celles-ci sont intégrées. Il arrive aussi qu'il impose non seulement des mentions mais qu'il réglemente également la manière (taille du caractère, caractère gras, ...) et l'endroit précis où elles doivent être reprises.

Les dispositions suivantes peuvent être rangées dans la première catégorie.

L'article 17 de la loi sur le crédit à la consommation énonce que le contrat de crédit est conclu par la signature du document contenant l'offre de crédit qui conformément à l'article 14 doit contenir une série de mentions obligatoires:

1. l'identification de l'emprunteur et le cas échéant des cautions,
2. l'identification du prêteur,
3. l'identification le cas échéant de l'intermédiaire de crédit,
4. le montant du crédit,
5. le taux annuel effectif global,
6. les conditions d'utilisation et de remboursement du crédit,
7. le cas échéant la spécification du bien ou du service financé,

²⁷ G. JAKHIAN, *Le crédit hypothécaire*, Larcier, Bruxelles, 1994, p. 96.

8. la nature des sûretés exigées,
9. l'identification le cas échéant du maître du fichier consulté,
10. la date de la consultation du fichier de la Banque Nationale de Belgique,
11. le taux d'intérêt de retard convenu,
12. le droit du prêteur de céder ses droits ou de subroger un tiers,
13. le texte de l'article 18 de la loi relatif à la faculté de renonciation du consommateur.

L'article 88 de la loi sur les pratiques du commerce énonce que les ventes au consommateur conclues en dehors de l'entreprise du vendeur doivent faire l'objet d'un contrat écrit qui doit mentionner :

1. le nom et l'adresse du vendeur,
2. la date et le lieu de la conclusion du contrat,
3. la désignation précise et les caractéristiques principales du produit ou du service,
4. le délai de livraison du produit ou de la prestation de services,
5. le prix à payer et les modalités de paiement.

L'article 10 § 2 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre énonce que le contrat d'assurance mentionne au moins :

1. la date à laquelle le contrat d'assurance est conclu et la date à laquelle l'assurance prend cours,
2. la durée du contrat,
3. l'identité du preneur d'assurance et, le cas échéant, de l'assuré et du bénéficiaire,
4. le nom et l'adresse de l'assureur et des coassureurs,
5. le cas échéant, le nom et l'adresse de l'intermédiaire d'assurance,
6. les risques couverts, et
7. le montant de la prime ou la manière de la déterminer.

L'article 6 § 1 et 2 de la loi sur le courtage matrimonial énonce que le contrat écrit engageant l'entreprise de courtage matrimonial et le client doit mentionner :

1. l'identification du client,
2. l'identification de l'entreprise de courtage matrimonial,
3. la date de prise d'effet du contrat,
4. la description exacte des services offerts,
5. le prix à payer et les modalités de paiement,
6. la description et les qualités de la personne recherchée par le client,
7. l'approbation du client sur la manière dont ses données personnelles seront communiquées à des tiers.

L'article 10 § 1 - en ce qui concerne le contrat d'organisation de voyages - et l'article 23 § 2 - en ce qui concerne le contrat d'intermédiaire de voyages - de la loi sur les contrats de voyages énonce que les contrats doivent mentionner au moins :

1. le lieu et la date de la signature,
2. le nom et l'adresse de l'organisation et/ou de l'intermédiaire de voyages,
3. le nom et l'adresse de « l'instance » (sic) qui se porte garant de l'organisation et/ou de l'intermédiaire de voyages,
4. le nom et l'adresse du voyageur et, le cas échéant, du ou des tiers bénéficiaires,

5. les lieu et date de début et de fin du voyage et de séjour,
6. les moyens, caractéristiques et catégories de transport utilisés et les dates, heures et lieux de départ et de retour,
7. le prix global,
8. les données relatives à une éventuelle révision du prix et à son mode de calcul exact,
9. le calendrier et les modalités de paiement,
10. les desiderata particuliers du voyageur,
11. les conditions de cession du contrat,
12. les conditions de résiliation du contrat,
13. les modalités et les délais dans lesquels le voyageur doit formuler une réclamation éventuelle,
14. les conditions d'une assurance-annulation, d'une assurance-assistance et/ou de tout autre assurance, ainsi que le nom et l'adresse de la compagnie d'assurance.

L'article 10 § 2 et l'article 23 § 3 de la même loi imposent que le contrat mentionne en outre les données suivantes si elles sont pertinentes :

1. la situation de l'hébergement, sa catégorie touristique ou son niveau de confort, ses principales caractéristiques, sa conformité au regard de la réglementation du pays d'accueil,
2. la nature et le nombre de repas inclus,
3. la description de l'itinéraire,
4. les visites, les excursions ou autres services inclus dans le prix total convenu,
5. le nombre minimum de personnes requis pour l'exécution du contrat et la date limite d'information du voyageur qui ne peut être postérieure à 15 jours avant le départ (uniquement pour le contrat d'organisation de voyages),
6. les desiderata particuliers du voyageur qui ont été acceptés par l'organisateur de voyages (uniquement pour le contrat d'organisation de voyages).

Les dispositions suivantes relèvent par contre de la seconde catégorie, c'est-à-dire de celle où le législateur impose non seulement des mentions obligatoires mais également la forme de leur insertion dans le contrat.

L'article 14 § 4 de la loi sur le crédit à la consommation énonce que l'offre de crédit, et donc le contrat de crédit par application de l'article 17, doit comprendre **sous la forme d'alinéas séparés et en caractère gras d'un type différent** les mentions suivantes :

1. *« Cette offre est valable à partir du ... jusqu'au ... inclus. La date à partir de laquelle l'offre est valable ne peut être antérieure à la date de la remise de l'offre ».*
2. *« Ne signez jamais un contrat non rempli ».* Cette mention doit être reprise à la hauteur de l'endroit où le consommateur doit apposer sa signature.
3. *« Le consommateur ne peut signer ni lettres de change ni billets à ordre pour promettre ou garantir le paiement de ses engagements résultant du contrat de crédit. Il ne peut pas non plus signer de chèques pour garantir ses engagements nés d'un contrat de crédit ».*

4. « *Outre le taux annuel effectif global convenu, il ne peut être exigé du consommateur d'autres frais ou indemnités, que ceux qui ont été expressément convenus, à l'exception des indemnités convenues en cas d'inexécution du contrat* ».

L'article 17 alinéa 2 de la même loi ajoute que le consommateur doit faire précéder sa signature du contrat de la mention **manuscrite et en toutes lettres** « *lu et approuvé pour ...francs à crédit* » et qu'il doit y apporter également la mention manuscrite de la date et de l'adresse précise de la signature du contrat.

L'article 46 de la même loi énonce, à propos de la vente à tempérament, que lorsque ce contrat contient une clause de réserve de propriété, le texte de l'article 491 du Code pénal doit être reproduit.

L'article 88 de la loi sur les pratiques du commerce énonce que le contrat doit mentionner la clause de renonciation suivante rédigée **en caractère gras dans un cadre distinct du texte au recto de la première page** : « *Dans les sept jours ouvrables à dater du lendemain du jour de la signature du présent contrat, le consommateur a le droit de renoncer sans frais à son achat à condition d'en prévenir le vendeur par lettre recommandée à la poste. Toute clause par laquelle le consommateur renoncerait à ce droit est nulle. En ce qui concerne le délai, il suffit que la notification soit expédiée avant l'expiration de celui-ci* ».

L'article 6 § 1 6° de la loi sur le courtage matrimonial énonce que le contrat écrit engageant l'entreprise de courtage matrimonial et le client doit mentionner la clause de renonciation suivante, rédigée **en caractère gras dans un cadre distinct du texte au recto de la première page** : « *Dans les sept jours ouvrables à dater du lendemain du jour de la signature du contrat, le client a le droit de renoncer sans frais ni indemnité au contrat à condition d'en prévenir l'entreprise de courtage matrimonial par lettre recommandée à la poste* ».

D. Les clauses abusives

L'autonomie de la volonté est également limitée par l'interdiction d'insérer des clauses considérées comme abusives.

Une telle interdiction se retrouve dans la loi sur les pratiques du commerce sous deux formes ²⁸.

²⁸ J. SCHAMP et M. VAN DEN ABEELE, La nouvelle réglementation des clauses abusives, J.T., 1992, p. 585; E. DIRIX, De bezwarende bedingen in de W.H.P., R.W., 1991-1992, p. 562; P. WOLFCARIUS, La protection du consommateur en matière contractuelle: la réglementation des clauses abusives dans la nouvelle loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur, in Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, 1991, p. 32;

Tout d'abord sous la forme d'une interdiction qui accorde néanmoins au juge un large pouvoir d'appréciation. Selon l'article 33 § 1, le juge peut en effet, sans préjudice des autres sanctions de droit commun, annuler les clauses abusives qui sont définies à l'article 31 de la loi comme étant « toute clause ou condition qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties ».

Sous la forme d'une interdiction pure et simple ensuite. Selon les articles 32 et 33 § 2, sont en effet en outre abusives, nulles et interdites, les clauses et conditions ou les combinaisons de clauses et conditions qui ont pour objet de :

1. *prévoir lors de la signature du contrat un engagement immédiat et définitif du consommateur alors que le vendeur contracte sous une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté;*
2. *faire varier le prix en fonction d'éléments dépendant de la seule volonté du vendeur;*
3. *réserver au vendeur le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du produit à livrer ou du service à prester, si ces caractéristiques revêtent un caractère essentiel pour le consommateur ou pour l'usage auquel le consommateur destine le produit ou le service, pour autant du moins que cet usage ait été communiqué au vendeur et accepté par lui ou qu'à défaut d'une telle spécification, cet usage ait été raisonnablement prévisible;*
4. *fixer ou modifier unilatéralement le délai de livraison d'un produit ou le délai d'exécution d'un service;*
5. *accorder au vendeur le droit de déterminer unilatéralement si le produit livré ou le service presté est conforme au contrat;*
6. *interdire au consommateur de demander la résolution du contrat dans le cas où le vendeur n'exécute pas ses obligations;*
7. *restreindre le droit du consommateur de résilier le contrat lorsque, dans le cadre de son obligation de garantie, le vendeur ne respecte pas son obligation de réparer le produit ou ne la respecte pas dans un délai raisonnable;*
8. *obliger le consommateur à exécuter ses obligations alors que le vendeur n'aurait pas exécuté les siennes ou serait en défaut d'exécuter les siennes;*
9. *sans préjudice de l'article 1184 du Code civil, autoriser le vendeur à rompre ou à modifier le contrat unilatéralement, sans dédommagement pour le consommateur, hormis le cas de force majeure;*
10. *même en cas de force majeure, n'autoriser le consommateur à rompre le contrat que moyennant le paiement de dommages-intérêts;*
11. *libérer le vendeur de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute lourde ou de celle de ses préposés ou mandataires ou du fait de toute inexécution d'une obligation consistant en une des prestations principales du contrat;*

Y. VANTHUYNE, Les clauses abusives dans la loi du 14 juillet 1991: essai de synthèse, Pratiques du commerce, CUP, Vol. XVI, Avril 1997, p. 305.

12. *supprimer ou diminuer la garantie légale en matière de vices cachés prévue par les articles 1641 à 1649 du Code civil;*
13. *fixer un délai déraisonnablement court pour signaler des vices au vendeur;*
14. *interdire au consommateur de compenser une dette envers le vendeur avec une créance qu'il aurait sur lui;*
15. *déterminer le montant de l'indemnité due par le consommateur qui n'exécute pas ses obligations sans prévoir une indemnité du même ordre à charge du vendeur qui n'exécute pas les siennes;*
16. *engager le consommateur pour une durée indéterminée, sans spécification d'un délai raisonnable de résiliation;*
17. *proroger le contrat pour une durée déraisonnable si le consommateur ne résilie pas à temps;*
18. *limiter les moyens de preuve que le consommateur peut utiliser;*
19. *faire renoncer le consommateur, en cas de conflit, à tout moyen de recours contre le vendeur;*
20. *permettre au demandeur, au moyen d'une élection de domicile figurant dans le contrat, de porter sa demande devant un juge autre que celui désigné par l'article 624, 1°, 2° et 4°, du Code judiciaire, sans préjudice de l'application de la Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, approuvée par la loi du 13 janvier 1971;*
21. *fixer des montants de dommages et intérêts réclamés en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution des obligations de l'acheteur qui dépassent manifestement l'étendue du préjudice susceptible d'être subi par le vendeur.*

Dans la même lignée, l'article 82 de la même loi énonce à propos des ventes à distance que toute clause par laquelle le consommateur renonce au bénéfice des droits qui lui sont conférés par la section 9 de la loi, est réputée non écrite.

La loi sur les pratiques du commerce n'est cependant pas la seule à interdire l'insertion de clauses abusives. D'autres lois parmi celles que nous avons choisi d'étudier prévoient également explicitement que certaines clauses sont nulles.

La loi sur le crédit à la consommation énonce tout d'abord qu'est nulle toute clause selon laquelle le consommateur s'engage, en cas de refus du financement, à payer comptant le prix convenu (article 20 alinéa 3). Par ailleurs, sous l'intitulé « Des clauses abusives », les articles 28 à 33 de cette loi énoncent également une série d'interdictions.

Sont ainsi interdites et réputées non écrites, toute clause:

- qui prévoit un intérêt de retard convenu qui dépasse la moyenne entre le taux d'intérêt légal et le taux annuel effectif global convenu (article 28);
- qui, à moins d'avoir été stipulée dans deux cas bien précis, autorise le prêteur à exiger le paiement immédiat des versements à échoir ou prévoit une condition résolutoire expresse (article 29);
- qui, sauf exceptions, autorise le prêteur à modifier unilatéralement les stipulations du contrat (article 30);

- qui permet au prêteur et à l'intermédiaire de crédit d'imposer au consommateur, lors de la conclusion d'un contrat de crédit, de souscrire un autre contrat auprès du prêteur, de l'intermédiaire de crédit ou auprès d'une tierce personne désignée par ceux-ci, sauf si les frais y relatifs sont inclus dans le coût total du crédit (article 31);
- qui stipule que le consommateur s'acquitte valablement du prix par la dation en paiement des biens qu'il produit en exerçant son travail, son ouvrage ou son industrie à l'aide de la chose ou du service dont l'acquisition constitue l'objet du contrat de crédit (article 32);
- par laquelle le consommateur, ou s'il échet la caution ou toute personne qui constitue une sûreté personnelle, promet ou garantit au moyen d'une lettre de change ou d'un billet à ordre le paiement des engagements qu'il a contractés en vertu d'un contrat de crédit (article 33);
- qui impose la signature d'un chèque pour garantir le remboursement total ou partiel du montant dû (article 33).

La loi relative au crédit hypothécaire énonce que l'acte constitutif - c'est-à-dire l'ensemble des actes authentiques et sous seing privé ainsi que tout document contenant des dispositions régissant le même crédit - ne peut stipuler que les droits et obligations de l'emprunteur peuvent être modifiés unilatéralement (article 15).

La loi sur le contrat d'assurance terrestre énonce que la clause par laquelle les parties s'engagent d'avance à soumettre à des arbitres les contestations à naître du contrat est réputée non écrite, sauf dans les contrats d'assurance portant sur des risques que le Roi détermine (article 36 ²⁹).

La loi sur les contrats de voyages prévoit également l'interdiction de plusieurs clauses sauf si ces dernières sont conformes à des conventions internationales qui régissent les prestations qui font l'objet du contrat de voyages (article 19). L'organisateur de voyages ne peut exclure ni limiter sa responsabilité pour le dommage causé par la mort ou les blessures du voyageur (article 19§1). Il ne peut exclure ni limiter sa responsabilité pour les dommages non corporels découlant de son fait ou de sa négligence, de l'intention de causer le dommage ou d'une faute grave (article 19 §2). Lorsque il fournit lui-même les prestations comprises dans le contrat, il ne peut enfin limiter ni sa responsabilité en matière de dommages matériels ni le dédommagement de la perte de la jouissance du voyage à concurrence de moins de deux fois le prix du voyage (article 19 §5).

Enfin et même si elle ne fait pas partie des lois que nous avons choisi d'étudier, il nous est impossible de passer sous silence la loi relative aux clauses abusives dans les contrats conclus par les titulaires de professions libérales avec leurs clients ³⁰ que le législateur vient d'adopter récemment.

²⁹ tel que modifié par l'article 4 de la loi du 16 mars 1994 (Moniteur Belge du 4 mai 1994, p. 11862)

³⁰ Loi relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les clients par les titulaires de professions libérales, *Moniteur Belge*, 30 mai 1997, p. 14236. Etant donné le champ d'application limité de la loi sur les pratiques du commerce, cette loi complète la transposition de la directive

Selon l'article 3 §1 de cette loi, est nulle et interdite toute clause abusive insérée dans un contrat conclu avec son client par un titulaire d'une profession libérale, lorsqu'il agit dans le cadre de son activité professionnelle. Est considérée comme abusive, toute clause contractuelle ³¹ n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle et qui crée au détriment du client un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties (article 3 §2). Par ailleurs, sont, conformément à l'article 3 §4, interdites et nulles, une série de clauses qui sont reprises à l'annexe de la loi et cela même si elles ont été négociées.

Section 2. Le consensualisme

§ 1. Principe

Selon le principe du consensualisme, le contrat se forme par le seul accord de volontés des parties ³². La rencontre des volontés est ainsi non seulement une condition nécessaire de l'existence du contrat mais également, selon ce principe, une condition suffisante. Le consensualisme s'oppose au formalisme dans la mesure où le contrat est valablement formé sans qu'il ne soit nécessaire de réaliser une quelconque formalité.

L'histoire du droit fait apparaître une longue hésitation entre le consensualisme et le formalisme. Le droit romain faisait dépendre la validité des contrats du respect de certaines formes. Progressivement, on a toutefois admis dans l'Ancien Droit la force obligatoire des conventions résultant d'un simple échange de consentements. A l'époque de la rédaction du code civil, le principe du consensualisme était largement acquis au point que les rédacteurs du Code n'ont même pas estimé nécessaire de consacrer expressément le principe ³³.

n°93/13 du Conseil des Communautés Européennes concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

- 31 L'article 3 §2 prévoit une exception : ne sont pas abusives, les clauses qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives ainsi que des dispositions ou principes des conventions internationales auxquelles la Belgique ou l'Union Européenne est partie .
- 32 DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil belge, T. II, 2ème éd., p. 432, n° 464; R. KRUTHOF, F. DE LY, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN, Overzicht van rechtspraak (1981-1992) - verbintenissen, T.P.R., 1992, p. 259, n°60.
- 33 J. GHESTIN, Traité de Droit civil. La formation du contrat, L.G.D.J., Paris, 3° édition, 1995, p. 330 et s.

L'examen des législations récentes que nous avons choisi d'étudier montre une certaine résurgence du formalisme ³⁴. Mais, avant d'examiner ces lois, il convient tout d'abord de préciser ce que l'on entend exactement par formalisme.

En général, on distingue trois types de formalisme.

Le formalisme de protection est celui qui impose une formalité comme élément de validité du contrat. Dans ce cas, le contrat peut être qualifié de contrat solennel ³⁵. On pense immédiatement aux exemples classiques de la donation et du contrat d'hypothèque qui pour être valables nécessitent la rédaction d'un acte authentique. Mais, comme le dit le Professeur Ghestin ³⁶, « *le terme solennel ne doit pas faire illusion. La forme du contrat solennel peut être très simple. En effet, un contrat est solennel dès l'instant que l'expression du consentement doit être, à peine de nullité, et sans équivalent possible, extériorisée selon la forme impérativement déterminée par la loi* ». Un contrat doit dès lors être qualifié de solennel dès que la rencontre des volontés des parties ne suffit pas à faire naître le contrat.

Le formalisme de preuve est celui qui impose le respect de certaines formes entre parties pour démontrer l'existence du contrat ³⁷. Si le créancier d'une obligation contractuelle ne peut prouver l'existence du contrat, il ne pourra obtenir la reconnaissance de ses droits. Selon l'article 1315 du Code civil, il appartient en effet à celui qui réclame l'exécution d'une obligation de prouver les faits sur lesquels elle repose. En matière civile, l'article 1341 du code civil impose même l'écrit lorsque l'acte juridique porte sur une chose qui excède 15.000 francs. Il convient de préciser toutefois que le problème de la preuve ne se pose que dans la mesure où les faits invoqués sont contestés.

Le formalisme de publicité est celui qui impose une formalité pour rendre le contrat opposable aux tiers ³⁸. On pense notamment aux exemples classiques de la transcription de la vente immobilière dans le registre du conservateur des hypothèques ³⁹ ou à la notification de la cession de créance au débiteur-cédé ⁴⁰.

³⁴ M. FONTAINE, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels - rapport de synthèse, in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels - comparaisons franco-belges, L.G.D.J., Paris, 1996, p. 627, n°19.

³⁵ DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil belge, T. II, 2ème éd., p. 413, n° 454.

³⁶ J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 391.

³⁷ N. VERHEYDEN, Précis de droit de la preuve, Larcier, Bruxelles, 1991, p. 119, n°235.

³⁸ M. FONTAINE, Les effets internes et les effets externes des contrats - rapport belge, in Les effets du contrat à l'égard des tiers, L.G.D.J., Paris, 1992, p. 55.

³⁹ Article 1 de la loi hypothécaire.

⁴⁰ Article 1690 du code civil.

La distinction entre ces trois types de formalisme s'opère en fonction de la sanction qui s'applique lorsque la formalité prévue par la loi n'a pas été respectée.

Le formalisme de protection affecte la validité même du contrat. En conséquence, le non respect d'une formalité de protection est sanctionnée par la nullité.

Le formalisme de preuve n'affecte pas la validité du contrat mais rend simplement, en cas de contestation, la preuve de l'existence du contrat et dès lors son exécution, plus difficile voire impossible. Si la formalité probatoire n'a pas été respectée, celui qui revendique un droit n'obtiendra pas, en cas de contestation, la reconnaissance de ce droit. Le contrat reste donc valable mais il peut être difficile d'en obtenir l'exécution.

Le formalisme de publicité n'affecte ni la validité ni l'exécution du contrat entre parties mais seulement son opposabilité aux tiers. Si la formalité d'opposabilité n'a pas été respectée, le contrat est valable entre parties mais demeure inopposable aux tiers. Seuls les effets du contrat vis-à-vis des tiers sont donc affectés.

Seul le formalisme de protection est *strictu senso* contraire au principe du consensualisme dans la mesure où il affecte directement la validité du contrat.

§ 2. *Résurgence du formalisme*

Examinons maintenant les dispositions qui, dans les lois récentes que nous avons choisi d'étudier, imposent le respect d'un certain formalisme. S'agit-il d'un formalisme de protection contraire au principe du consensualisme ou plutôt d'un formalisme de preuve ou de publicité ?

A. Les ventes au consommateur conclues en dehors de l'entreprise du vendeur

Selon l'article 88 alinéa 1er de la loi sur les pratiques du commerce, les ventes au consommateur conclues en dehors de l'entreprise du vendeur doivent, sous peine de nullité et sans préjudice des règles régissant la preuve en droit commun, faire l'objet, avant ou au plus tard lors de la livraison du produit ou de la prestation de service, d'un contrat écrit, rédigé en autant d'exemplaires qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Selon le deuxième alinéa du même article, le contrat doit également contenir une série de mentions dont notamment une clause de renonciation qui est prescrite à peine de nullité. L'exigence d'un écrit et la mention obligatoire de la clause de renonciation constituent donc, selon les termes du législateur, des formalités dont le non respect est susceptible d'entraîner la nullité du contrat ⁴¹. Ces formalités relèvent dès lors d'un formalisme de protection qui permet de conclure que les ventes au consommateur conclues en dehors de l'entreprise du vendeur peuvent être qualifiées de contrats solennels.

⁴¹ L. DE BROUWER, Les ventes réglementées, in Les pratiques du commerce, la protection et l'information du consommateur, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, p. 102.

B. Le contrat de crédit à la consommation

L'article 17, alinéa 1er de la loi sur le crédit à la consommation énonce que le contrat de crédit est conclu par la signature du document contenant l'offre de crédit dont l'article 14 précise qu'elle doit être formulée par écrit et doit contenir une série de mentions. Selon l'article 2, le consommateur doit en outre faire précéder sa signature de mentions manuscrites (date, adresse précise de la signature du contrat, mention « lu et approuvé pour ... francs à crédit »).

La sanction du non respect de ces formalités est énoncée à l'article 86 de la loi : lorsque le prêteur ne respecte pas les dispositions contenues notamment dans l'article 14, le juge annule le contrat ou réduit les obligations du consommateur au maximum jusqu'au prix au comptant ou au montant emprunté. Le juge a donc la possibilité d'annuler le contrat mais il n'est pas tenu de le faire. Il peut compte tenu des circonstances préférer réduire les obligations du consommateur. Par ailleurs, cette possibilité n'existe que si c'est le prêteur qui n'a pas respecté les formalités imposées par l'article 14. En conséquence, la nullité qui affecte le non respect de ces formalités doit plutôt être qualifiée de relative.

Certains auteurs ont dans ces conditions refusé de reconnaître un caractère solennel au contrat de crédit. Se basant sur la définition du contrat solennel de De Page, selon laquelle « le contrat par lequel la solennité est requise est *radicalement* nul s'il n'a pas été passé dans les formes prescrites », ils constatent qu'aucune des sanctions civiles prévues aux articles 85 à 100 de la loi sur le crédit à la consommation n'impose au juge de prononcer d'office la nullité et affirment dès lors que le formalisme imposé ne fait pas disparaître le caractère consensuel du contrat de crédit ⁴².

L'opinion de ces auteurs repose sur le constat que le juge n'est pas tenu de prononcer la nullité alors que selon De Page, un contrat solennel devrait être dans ce cas *radicalement* nul. Leur malaise semble donc provenir du fait que la sanction du non respect des formalités n'est ni une nullité absolue ni une nullité de plein droit ⁴³.

Il est exact que le juge n'est pas tenu de prononcer la nullité si elle est demandée par le prêteur. D'autre part, même si elle est demandée par l'emprunteur, le juge peut la refuser et préférer réduire ses obligations.

Dès lors, des contrats de crédit conclus sans écrit ou conclus par écrit mais sans avoir respecté les formalités de l'article 17 de la loi, peuvent exister, voire même être exécutés. Il n'en demeure pas moins que de tels contrats restent annulables. Du fait du non respect des formalités, ils ne sont donc pas pleinement valables.

Le fait que le non respect de la formalité imposée par la loi n'entraîne ni une nullité absolue ni une nullité de plein droit ne permet pas, selon nous, d'exclure le caractère solennel. Une donation conclue sous seing privé peut également exister et même être

⁴² E. BALATE, P. DEJEMEPPE, F. DE PATOUL, in *Le droit du crédit à la consommation*, De Boek Université, Bruxelles, 1995, p. 58.

⁴³ Il n'existe pas en droit belge à proprement parler de nullité de plein droit. En effet, la nullité doit toujours être demandée en justice. Toutefois, on peut dire que la nullité est de plein droit lorsque le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation et doit prononcer la nullité lorsqu'il constate l'irrégularité sanctionnée de nullité.

exécutée volontairement par les parties, même si le non respect de la formalité de l'acte authentique est sanctionnée d'une nullité absolue et de plein droit. Cette donation n'est pas non plus radicalement nulle, elle est aussi au départ simplement annulable tant que le juge n'en a pas prononcé la nullité. Il importe donc peu que le non respect de la formalité soit sanctionné d'une nullité relative, d'une nullité absolue ou d'une nullité de plein droit. Dans la mesure où l'on considère qu'un contrat est solennel dès que l'accord de volontés ne suffit pas à lui seul à faire naître valablement le contrat, le contrat de crédit visé par la loi sur le crédit à la consommation peut, selon nous, être qualifié de solennel.

C. La vente à tempérament

Une autre disposition de la loi sur le crédit à la consommation mérite également un commentaire. Selon l'article 45, aucune vente à tempérament n'est parfaite tant qu'un acompte dont le montant ne peut être inférieur à 15 % du prix d'achat au comptant n'est pas payé. Comme l'indique le législateur lui-même, cette disposition déroge à l'article 1583 du Code civil selon lequel la vente est parfaite dès l'échange des consentements. Le mécanisme de la formation de la vente à tempérament est dès lors également contraire au principe du consensualisme ⁴⁴.

D. Le contrat de crédit hypothécaire

Selon l'article 14 de la loi relative au crédit hypothécaire, le prêteur doit fournir, avant la signature du contrat, au candidat emprunteur une offre écrite qui contient toutes les conditions du contrat ⁴⁵. Selon l'article 15 de la même loi, une copie de l'acte constitutif doit être remise à l'emprunteur au moment de la signature du contrat ⁴⁶. Ces deux dispositions exigent que ces deux formalités soient réalisées précédemment ou concurremment à la signature du contrat de crédit hypothécaire. Implicitement, elles exigent également que ce contrat fasse l'objet d'un document écrit. On voit mal comment en effet, les parties pourraient signer un contrat non écrit.

Qu'advierait-il du contrat de crédit hypothécaire si ces formalités n'étaient pas respectées ? Selon l'article 28 § 1er de la loi, si le prêteur ne respecte pas les obligations ou interdictions contenues dans le titre premier, l'emprunteur peut rembourser le crédit à tout moment et sans indemnité à sa charge sauf si le prêteur prouve que le non respect visé (sic) ne porte pas préjudice à l'emprunteur.

Le second paragraphe ajoute toutefois que ce droit de rembourser le prêt ne porte pas préjudice aux autres droits et recours que l'emprunteur peut faire valoir. Or selon l'article 3 de la loi, toute stipulation contraire aux dispositions du titre 1er est nulle. On peut dès lors en déduire qu'outre le droit au remboursement, l'emprunteur pourrait demander la

⁴⁴ E. BALATE, P. DEJEMEPPE, F. DE PATOUL, in *Le droit du crédit à la consommation*, De Boek Université, Bruxelles, 1995, p. 307.

⁴⁵ J-L. LEDOUX, *La réforme du crédit hypothécaire privé*, A.D.L., 1993, p. 403.

⁴⁶ J-L. LEDOUX, *La réforme du crédit hypothécaire privé*, A.D.L., 1993, p. 403.

nullité du contrat de crédit hypothécaire conclu sans avoir respecté les formalités prévues par la loi ⁴⁷.

La nullité n'étant pas formellement exclue, ces formalités relèvent du formalisme de protection.

E. Le contrat d'assurance terrestre

Selon l'article 10 § 1 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre, le contrat d'assurance ainsi que ses modifications se prouvent, quelle que soit la valeur des engagements, par écrit entre parties, sous réserve de l'aveu et du serment. L'exigence d'un contrat écrit relève dès lors manifestement du formalisme probatoire. Si l'absence d'écrit affecte peut-être l'efficacité du contrat, elle n'atteint pas la validité de l'acte ⁴⁸.

L'article 10 § 2 de la loi ajoute que le contrat d'assurance doit mentionner au moins une série de mentions. Selon la doctrine ⁴⁹, ces mentions ne conditionnent que la force probatoire de l'écrit qui matérialise le contrat d'assurance. L'absence d'une des mentions empêcherait au document écrit de faire preuve pleinement du contrat d'assurance mais n'empêcherait pas celui-ci de constituer un commencement de preuve par écrit susceptible d'être complété en utilisant la preuve par témoins ou par présomption. La validité du contrat d'assurance ne serait donc pas affectée.

Cette vision envisage assurément le deuxième paragraphe de l'article 10 comme étant le complément du premier paragraphe. Si l'on considère toutefois le paragraphe 2 de l'article 10 tout à fait indépendamment du premier, on pourrait se demander si, compte tenu du caractère impératif des dispositions de la loi exprimé explicitement par l'article 3, l'absence d'une des mentions exigées par la loi ne pourrait pas permettre au preneur d'assurance d'invoquer la nullité du contrat d'assurance ?

Une telle analyse ne semble cependant pas correspondre au vœu du législateur. Si ce dernier avait voulu faire des mentions obligatoires et de l'écrit qu'elles impliquent nécessairement une formalité de protection, on ne voit pas la raison pour laquelle il aurait pris soin de préciser au paragraphe premier que l'écrit n'a qu'un but probatoire. Nous estimons dès lors que les mentions obligatoires prévues à l'article 10 § 2 n'ont elles aussi qu'un effet probatoire.

⁴⁷ Sur les sanctions civiles de cette loi, voir G. JAKHIAN, *Le crédit hypothécaire*, Larcier, Bruxelles, 1994, p. 81.

⁴⁸ Sur ce point, voyez M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Larcier, Bruxelles, 1996, 2ème édition, p. 204; P.H. DELVAUX et M. FONTAINE, *Le nouveau régime du contrat d'assurance terrestre - Loi du 25 juin 1992, loi modificative du 16 mars 1994 et arrêtés d'exécution*, J.T., 1995, p. 332.

⁴⁹ J.L. FAGNART, *Formation et exécution du contrat*, in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Académia - Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 72; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Larcier, Bruxelles, 1996, 2ème édition, p. 57; P.H. DELVAUX et M. FONTAINE, *Le nouveau régime du contrat d'assurance terrestre - Loi du 25 juin 1992, loi modificative du 16 mars 1994 et arrêtés d'exécution*, J.T., 1995, p. 332.

Par ailleurs, l'article 10 § 3 dispose que l'assureur est tenu de délivrer au preneur d'assurance, au plus tard au moment de la conclusion du contrat, une copie certifiée conforme des renseignements que ce dernier a communiqués par écrit au sujet du risque à couvrir. Aucune sanction spécifique ne semble avoir été prévue en cas de non respect de cette formalité. Si on applique encore une fois l'article 3 de la loi, c'est la nullité relative du contrat d'assurance qui pourrait être réclamée. Une telle nullité apparaît toutefois être dans cette hypothèse une sanction disproportionnée par rapport au manquement reproché à l'assureur. En effet, le but de l'article 10 § 3 est d'informer le preneur d'assurance sur les éléments qui ont servi de base au consentement de l'assureur ainsi que de permettre au preneur d'assurance de faire la preuve des éléments qu'il a déclarés si l'assureur venait à invoquer des omissions ou inexactitudes dans la déclaration du risque ⁵⁰. Certains auteurs sont dès lors d'avis que si l'assureur ne remet pas au preneur d'assurance la copie certifiée conforme des renseignements que ce dernier lui a communiqués par écrit, le contrat d'assurance resterait valable mais l'assureur perdrait le droit d'invoquer des manquements à l'obligation de déclaration sur base des articles 6 et 7 de la loi ⁵¹. Cette sanction paraît plus conforme au but recherché par le législateur.

L'analyse de l'article 10 de la loi ne permet donc pas de remettre en cause le principe selon lequel le contrat d'assurance est un contrat consensuel ⁵².

Toutefois, l'article 4 § 2 de la loi énonce qu'en cas de police présignée ou de demande d'assurance, le contrat est formé dès la signature de l'un de ces documents par le preneur d'assurance. La signature et l'écrit qu'elle implique nécessairement sont donc apparemment devenus dans ces hypothèses des éléments nécessaires à la formation du contrat. Dans la mesure où l'on considère qu'un contrat est solennel dès que l'accord de volonté ne suffit pas à lui seul à faire naître valablement le contrat, il est permis de se demander si le contrat d'assurance conclu suite à une police présignée ou à une demande d'assurance n'est quand même pas devenu un contrat solennel.

F. Le contrat de courtage matrimonial

L'article 6 de la loi du 9 mars 1993 sur le courtage matrimonial énonce que le contrat entre le client et l'entreprise de courtage matrimonial doit être écrit et contenir à peine de nullité une série de mentions particulières. Puisque le non respect de ces formalités peut entraîner la nullité du contrat, elles relèvent assurément du formalisme de protection. Le

⁵⁰ M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Larcier, Bruxelles, 1996, 2ème édition, p. 133.

⁵¹ M.A. CRIJNS, *Le droit du contrat d'assurance*, Créadif, Bruxelles 1996, p. 38.

⁵² J.L. FAGNART, *Formation et exécution du contrat*, in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Académia - Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 72, n°37; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Larcier, Bruxelles, 1996, 2ème édition, p. 105 et 204; M.A. CRIJNS, *Le droit du contrat d'assurance*, Créadif, Bruxelles 1996, p. 29.

contrat conclu entre une entreprise de courtage matrimonial et un client peut donc lui aussi être qualifié de contrat solennel.

G. Les contrats de voyages

L'article 10 § 1 et 2 de la loi sur les contrats de voyages énonce que le contrat d'organisation de voyages doit contenir une série de mentions. De la même façon, l'article 23 dispose que toute vente par un intermédiaire de voyages d'une prestation de voyage ou de séjour ou d'une autre prestation doit, sauf si elle porte uniquement sur des titres de transport, faire l'objet d'un contrat (écrit) ⁵³ dont un exemplaire doit être remis au voyageur et qui doit lui aussi inclure une série de mentions.

Selon l'article 33 de la loi, ceux qui commettent une infraction à ces dispositions sont punis d'une amende de 250 à 10.000 francs. On peut dès lors en déduire que le non-respect de ces formalités pourrait donner lieu à la nullité absolue du contrat d'organisation ou d'intermédiaire de voyages.

Les formalités prévues aux articles 10 et 23 relèvent dès lors du formalisme de protection et permettent de conférer aux contrats d'intermédiaire et d'organisation de voyages un caractère solennel.

H. Le contrat d'agence commerciale

L'article 5 de la loi relative au contrat d'agence commerciale énonce que chaque partie a le droit, nonobstant toute stipulation contraire, d'obtenir de l'autre partie un écrit signé mentionnant le contenu du contrat d'agence y compris celui des avenants ultérieurs. Un contrat d'agence peut donc être valablement formé sans qu'un écrit ne soit nécessaire ⁵⁴. L'article 24 de la même loi prévoit cependant que si le contrat d'agence contient une clause de non-concurrence, celle-ci doit être stipulée par écrit. Il en est de même selon l'article 25 de la clause de ducroire. Ces dispositions n'enlèvent cependant pas au contrat d'agence son caractère consensuel. En effet, si la forme écrite n'est pas respectée, le contrat d'agence reste valable et seules ces clauses sont réputées non écrites ⁵⁵.

⁵³ C'est nous qui rajoutons. La loi parle en effet de « contrat » mais on peut raisonnablement penser que c'est l'écrit qui était visé. Ce lapsus est toutefois révélateur de la confusion qui existe dans l'esprit du législateur. En droit commun, le contrat n'implique pas nécessairement la rédaction d'un écrit. Par contre dire qu'une vente doit nécessairement faire l'objet d'un contrat est une tautologie.

⁵⁴ C. VERBRAKEN et A. DE SCHOUTHEETE, La loi du 13 avril 1997 relative au contrat d'agence commerciale, *J.T.*, 1995, p. 468, n°32; M. WILLEMART et S. WILLEMART, La concession de vente et l'agence commerciale, Larcier, Bruxelles, 1995, p. 82; P. DEMOLIN et Y. BRULARD, La nouvelle loi sur le contrat d'agence commerciale, Kluwer, Bruxelles, 1996, p. 37, n°150.

⁵⁵ C. VERBRAKEN et A. DE SCHOUTHEETE, La loi du 13 avril 1997 relative au contrat d'agence commerciale, *J.T.*, 1995, p. 468, n°28 et 33; M. WILLEMART et S. WILLEMART, La concession de vente et l'agence commerciale, Larcier, Bruxelles, 1995, p. 101 et 133; P. DEMOLIN et Y.

Section 3. Synthèse

Comme nous avons pu le voir, les législations récentes que nous avons choisi d'étudier contiennent de nombreuses dérogations aux deux principes de base du droit commun qui régissent la formation du contrat.

La promulgation de ces législations limite assurément la portée du principe de l'autonomie de la volonté. Tout d'abord parce qu'elles ont un caractère majoritairement impératif, voire même parfois d'ordre public. Ensuite parce qu'elles imposent d'une part des mentions obligatoires dans de nombreux contrats et interdisent d'autre part l'insertion de clauses considérées comme abusives. Enfin, parce que certaines d'entre elles prévoient la possibilité d'imposer des contrats types ou des clauses types.

Depuis l'adoption de ces nouvelles lois, il est certain que la liberté des parties dans la détermination du contenu de certains contrats a été fortement réduite.

L'examen de ces législations récentes montre également une certaine renaissance du formalisme. Certes, tous les formalismes ne portent pas atteinte au principe du consensualisme. Comme nous l'avons indiqué, seul le formalisme de protection est *strictu sensu* contraire au principe du consensualisme dans la mesure où le non-respect des formes ou de la formalité prescrite affecte la validité même du contrat et pas seulement son efficacité. Mais, même si l'on ne tient compte que de ce formalisme-là, il faut reconnaître que le législateur a, à plusieurs reprises, porté atteinte au principe du consensualisme. Nous avons ainsi découvert que sont devenus des contrats solennels : les ventes au consommateur conclues en dehors de l'entreprise du vendeur, le contrat de crédit à la consommation, la vente à tempérament, le contrat de crédit hypothécaire, le contrat d'assurance terrestre lorsqu'il est conclu à la suite d'une police présignée ou d'une demande d'assurance, le contrat de courtage matrimonial, les contrats d'organisation et d'intermédiaire de voyages.

Ces dérogations aux principes de l'autonomie de la volonté et du consensualisme sont justifiées par la volonté de remédier aux abus des contrats d'adhésion et d'assurer l'information et la protection de la partie qui se trouve en situation d'infériorité par rapport à celle qui a rédigé le contrat.

Elles démontrent un certain retour en arrière. La liberté des parties justifiée par le postulat de leur égalité est de plus en plus encadrée. Le principe du respect de la parole donnée, si important pour garantir la circulation des produits et des services et la sécurité des transactions, est sérieusement remis en cause par la résurgence du formalisme. De plus en plus souvent, on ne sera engagé par un contrat que s'il est écrit, complet et signé.

Cette tendance est-elle susceptible de remettre en cause les principes de l'autonomie de la volonté et du consensualisme ?

BRULARD, La nouvelle loi sur le contrat d'agence commerciale, Kluwer, Bruxelles, 1996, p. 70 et 96.

Si l'on se place d'un point de vue strictement quantitatif, l'émergence de ces législations récentes réduit la liberté des parties dans beaucoup d'hypothèses et augmentent les formalités obligatoires. De ce point de vue, on est donc plutôt enclin à donner une réponse positive.

Mais si, lorsque l'on dit que l'autonomie de la volonté est le principe, on veut affirmer que les parties peuvent donner à leur contrat le contenu de leur choix, à défaut de règles spéciales contraires, et si, lorsque l'on dit que le consensualisme est le principe et le formalisme l'exception, on veut affirmer qu'un contrat peut se former valablement par le simple échange des consentements, alors, la réponse est assurément négative.

En définitive, l'autonomie de la volonté et le consensualisme restent donc le principe parce qu'ils sont la règle à défaut de dispositions contraires, qui loin d'être exceptionnelles sont de plus en plus nombreuses aujourd'hui ⁵⁶. En fin de compte, et comme on le dit couramment, l'exception confirme la règle...

CHAPITRE 2. LA FORMATION DU CONTRAT DU POINT DE VUE DYNAMIQUE

Examinons maintenant les règles régissant la formation du contrat du point de vue dynamique et les dérogations apportées par les législations récentes que nous avons choisi d'étudier. Pour ce faire, nous évoquerons les pourparlers et examinerons ensuite successivement l'offre, l'acceptation, la formation des contrats conclus entre absents et enfin ce nouveau mécanisme que l'on appelle le délai de réflexion.

Section 1. Les pourparlers

La jurisprudence et la doctrine ont développé une série de règles relatives aux pourparlers et à la négociation des contrats. Ces règles ont permis notamment de sanctionner d'une part la rupture abusive de négociations ⁵⁷ et d'autre part de développer un devoir général

⁵⁶ Dans le même sens à propos du consensualisme, J. GHESTIN, *Traité de Droit civil. La formation du contrat*, L.G.D.J., Paris, 3^e édition, 1995, p. 344.

⁵⁷ P. VAN OMMESELAGHE, *Les obligations - examen de jurisprudence (1974-1982)*, R.C.J.B., 1986, p. 151; J. HERBOTS *De goede trouw in de pre-contractuele rechtsverhoudingen. De problematiek vande afgebroken onderhandelingen*, in *Le contrat en formation*, A.B.J.E., Bruxelles, 1987, p. 37; R. KRUIJTHOF, F. DE LY, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN, *Overzicht van rechtspraak (1981-1992) - verbintenissen*, T.P.R., 1992, p. 430, n°166; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, *Kroniek van verbintenissenrecht (1985-1992)*, R.W., 1993, p. 1212, n°7.

d'information, que l'on justifie par application du principe d'exécution de bonne foi des conventions à la phase pré-contractuelle ⁵⁸.

L'information pré-contractuelle a assurément été consacrée dans les législations récentes que nous avons choisi d'étudier. Cette reconnaissance est même un trait commun de la plupart de ces législations. Elle méritait donc un traitement particulier qui nous permet de renvoyer le lecteur à la contribution que notre collègue, Monsieur Bertrand De Coninck, a spécialement rédigé sur ce sujet.

Section 2. L'offre

§ 1. Le droit commun

En droit commun des obligations, l'offre peut être définie comme étant une proposition contractuelle complète à laquelle il ne manque que l'acceptation du destinataire pour que le contrat soit formé ⁵⁹.

Pour constituer une offre, cette proposition doit répondre à plusieurs conditions.

Tout d'abord, elle doit être complète, c'est-à-dire porter sur tous les éléments essentiels et substantiels de la convention proposée ⁶⁰.

⁵⁸ D.M. PHILIPPE, La bonne foi - rapport belge, in Les Travaux de l'Association Henri Capitant, Litec, Tome XLIII, 1992, p. 61; P. VAN OMMESLAGHE, La bonne foi - rapport général, in Les Travaux de l'Association Henri Capitant, Litec, Tome XLIII, 1992, p. 25; D. FRERIKS, Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht, T.P.R., 1992, p. 1187; S. STIJNS, D. VAN GERVEN ET P. WÉRY, Chronique de jurisprudence - les obligations: les sources (1985-1995), J.T., 1996, p. 701.

⁵⁹ F. T'KINT, Négotiation et conclusion du contrat, in Les obligations contractuelles, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, p. 30; P. VAN OMMESLAGHE, Les obligations - examen de jurisprudence (1974-1982), R.C.J.B., 1986, p. 134; R. KRUTHOF, F. DE LY, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN, Overzicht van rechtspraak (1981-1992) - verbintenissen, T.P.R., 1992, p. 305, n°93; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, Kroniek van verbintenissenrecht (1985-1992), R.W., 1993, p. 1210, n°3; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, Chronique de jurisprudence - les obligations: les sources (1985-1995), J.T., 1996, p. 714, n°73.

⁶⁰ F. T'KINT, Négotiation et conclusion du contrat, in Les obligations contractuelles, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, p. 31; P. VAN OMMESLAGHE, Les obligations - examen de jurisprudence (1974-1982), R.C.J.B., 1986, p. 134; R. KRUTHOF, F. DE LY, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN, Overzicht van rechtspraak (1981-1992) - verbintenissen, T.P.R., 1992, p. 305, n°93; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, Kroniek van verbintenissenrecht (1985-1992), R.W., 1993, p. 1210, n°3; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, Chronique de jurisprudence - les obligations: les sources (1985-1995), J.T., 1996, p. 714, n°73.

Elle doit ensuite être ferme, c'est-à-dire être l'expression de la volonté de s'engager de son auteur ⁶¹.

Elle doit avoir été déclarée ⁶², c'est-à-dire avoir été extériorisée sans que cette déclaration de volonté ne doive toutefois prendre une forme particulière.

Enfin, elle doit avoir été adressée par son auteur ou son mandataire.

L'effet principal de l'offre est de permettre la formation du contrat dès l'acceptation du destinataire. Mais, sa force obligatoire, dont on sait depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 9 mai 1980 ⁶³ qu'elle est basée sur la théorie de l'engagement par déclaration de volonté unilatérale, a une autre conséquence: l'offrant doit maintenir l'offre durant le délai qu'il a fixé ou à défaut durant un délai raisonnable ⁶⁴.

§ 2. Les dérogations

⁶¹ F. T'KINT, *Négotiation et conclusion du contrat*, in *Les obligations contractuelles*, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, p. 32; P. VAN OMMEFLAGHE, *Les obligations - examen de jurisprudence (1974-1982)*, R.C.J.B., 1986, p. 134; R. KRUIHOF, F. DE LY, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN, *Overzicht van rechtspraak (1981-1992) - verbintenissen*, T.P.R., 1992, p. 305, n°93; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, *Kroniek van verbintenissenrecht (1985-1992)*, R.W., 1993, p. 1210, n°3; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *Chronique de jurisprudence - les obligations: les sources (1985-1995)*, J.T., 1996, p. 714, n°73.

⁶² F. T'KINT, *Négotiation et conclusion du contrat*, in *Les obligations contractuelles*, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, p. 34.

⁶³ Cass., 9 mai 1980, Pas., 1980, I, 1127; P. VAN OMMEFLAGHE, *Les obligations - examen de jurisprudence (1974-1982)*, R.C.J.B., 1986, p. 135, n°53; R. KRUIHOF, F. DE LY, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN, *Overzicht van rechtspraak (1981-1992) - verbintenissen*, T.P.R., 1992, p. 309, n°96; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, *Kroniek van verbintenissenrecht (1985-1992)*, R.W., 1993, p. 1210, n°3; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *Chronique de jurisprudence - les obligations: les sources (1985-1995)*, J.T., 1996, p. 714, n°73.

⁶⁴ F. T'KINT, *Négotiation et conclusion du contrat*, in *Les obligations contractuelles*, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, p. 44; P. VAN OMMEFLAGHE, *Les obligations - examen de jurisprudence (1974-1982)*, R.C.J.B., 1986, p. 136; R. KRUIHOF, F. DE LY, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN, *Overzicht van rechtspraak (1981-1992) - verbintenissen*, T.P.R., 1992, p. 309, n°96; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, *Kroniek van verbintenissenrecht (1985-1992)*, R.W., 1993, p. 1210; ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *Chronique de jurisprudence - les obligations: les sources (1985-1995)*, J.T., 1996, p. 714, n°73.

La plupart des législations que nous avons choisi d'étudier ⁶⁵ contiennent plusieurs dérogations. Ces dérogations touchent à plusieurs éléments :

- a) la définition de l'offre ;
- b) l'auteur de l'offre ;
- c) la forme de l'offre ;
- d) le contenu de l'offre ;
- e) la durée de validité de l'offre ;
- f) le destinataire de l'offre.

A. La définition de l'offre

L'offre peut être définie, avons-nous dit, comme étant une proposition contractuelle complète à laquelle il ne manque que l'acceptation du destinataire pour que le contrat soit formé ⁶⁶.

Dans les législations que nous avons choisi d'étudier, le terme « offre » est souvent utilisé. Il ne correspond cependant pas toujours à la qualification juridique que lui donne le droit commun.

La loi sur les pratiques du commerce contient ainsi plusieurs fois le terme « offre ». L'article 2 de la loi parle tout d'abord du «vendeur qui **offre** des produits ou des services». Selon Madame Simonart, le terme offre vise la mise à la disposition du public de produits et de services et non une offre au sens juridique du terme. Toutefois, elle précise qu'en imposant l'indication du prix, le législateur transforme cette mise à disposition en une offre véritable ⁶⁷. L'article 54 de la loi parle ensuite des « **offres** conjointes ». Ces offres conjointes peuvent être définies comme étant tout appel aux consommateurs fait par voie publicitaire et liant à l'acquisition de produits ou de services l'acquisition, gratuite ou non, de produits, de services ou de titres permettant d'acquérir des produits, des services ou tout autre avantage. Selon un arrêt de la Cour de cassation

⁶⁵ Ni la loi du 9 mars 1993 sur le courtage matrimonial, ni la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence ne réglementent de façon particulière la formation du contrat. Elles ne seront dès lors que très peu évoquées dans ce chapitre.

⁶⁶ F. T'KINT, *Négotiation et conclusion du contrat*, in *Les obligations contractuelles*, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, p. 30; P. VAN OMMESELAGHE, *Les obligations - examen de jurisprudence (1974-1982)*, R.C.J.B., 1986, p. 134; R. KRUIHOF, F. DE LY, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN, *Overzicht van rechtspraak (1981-1992) - verbintenissen*, T.P.R., 1992, p. 305, n°93; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, *Kroniek van verbintenissenrecht (1985-1992)*, R.W., 1993, p. 1210, n°3; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *Chronique de jurisprudence - les obligations: les sources (1985-1995)*, J.T., 1996, p. 714, n°73.

⁶⁷ V. SIMONART, *La loi du 14 juillet 1991 et le droit des obligations*, in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 80

du 20 octobre 1989 ⁶⁸ qui interprétait une disposition analogue de l'ancienne loi sur les pratiques du commerce, il ne s'agit pas d'une offre au sens du droit civil ⁶⁹. Les articles 79 et 80 de la loi parlent enfin de « l'offre en vente à distance » qui constitue assurément une offre de contracter au sens du droit commun ⁷⁰.

L'article 8 de la loi sur le crédit à la consommation dit qu'« il faut entendre par offre de contracter, l'émission définitive de la volonté du prêteur qui ne doit plus qu'être acceptée par le consommateur pour que le contrat soit formé ». Sauf en ce qui concerne son auteur - nous y reviendrons -, cette définition correspond assez bien à celle du droit commun. On peut dès lors s'étonner de voir le législateur limiter l'application cette définition aux seuls articles 8 et 9 de la loi, comme si cette définition ne valait plus pour la suite. L'offre de crédit est ensuite réglementée de façon générale à l'article 14 qui précise que l'offre doit être formulée par écrit en plusieurs exemplaires et doit contenir une série de mentions. Ces exigences sont ensuite encore renforcées à l'article 41 pour l'offre de vente à tempérament, à l'article 49 pour l'offre de crédit bail, à l'article 56 pour l'offre de prêt à tempérament et à l'article 58 pour l'offre concernant une ouverture de crédit.

La loi sur le crédit hypothécaire fait également référence à la notion d'offre.

L'article 14 de la loi énonce que le prêteur doit fournir au candidat emprunteur, avant la signature du contrat, une offre écrite qui contient toutes les conditions du contrat ⁷¹. Il s'agit bien dans cette hypothèse d'une offre au sens du droit civil.

La loi sur le contrat d'assurance n'utilise pas spécifiquement la notion d'offre. Deux actes peuvent cependant être qualifiés d'offre au sens du droit commun. Il s'agit d'une part de la **demande d'assurance** qui est un formulaire émanant de l'assureur par lequel celui-ci offre de prendre en charge le risque provisoirement à la demande du preneur d'assurance (article 1 K de la loi). Il s'agit d'autre part, de la **police présignée** qui comme son nom l'indique est une police d'assurance signée préalablement par l'assureur et contenant une offre de contracter aux conditions qui y sont décrites,

⁶⁸ Cass., 20 octobre 1989, Pas., 1990, I, p. 214; RW, 1989-1990, p. 852. Cet arrêt visait l'article 35 de l'ancienne loi du 14 juillet 1971. Cette solution peut être toutefois raisonnablement transposée à la loi actuelle.

⁶⁹ V. SIMONART, La loi du 14 juillet 1991 et le droit des obligations, in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p.81; L. DE BROUWER, Les ventes réglementées, in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, p. 86, n°35; J.J. EVRARD, Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur (Loi du 14 juillet 1991), *J.T.*, 1992, p. 693, n°72; P. TROISFONTAINES, Les ventes spéciales (2ème partie), in *Pratiques du commerce*, C.U.P., Avril 1997, p. 207.

⁷⁰ L. DE BROUWER, Les ventes réglementées, in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, p. 92, n°46 et p. 95, n°55.

⁷¹ G. JAKHIAN, Le crédit hypothécaire, Larcier, Bruxelles, 1994, p. 62, n° 120; J-L. LEDOUX, La réforme du crédit hypothécaire privé, A.D.L., 1993, p. 403.

éventuellement complétées par les spécifications que le preneur d'assurance mentionne aux endroits prévus à ce effet (article 1 M de la loi) ⁷². Il y a lieu également de mentionner l'existence d'un autre document qui joue souvent un rôle important dans la formation du contrat d'assurance. Il s'agit de **la proposition d'assurance**, qui est un formulaire émanant de l'assureur, à remplir par le preneur, et destiné à éclairer l'assureur sur la nature de l'opération et sur les faits et circonstances qui constituent pour lui des éléments d'appréciation du risque (article 1 L de la loi). On ne peut toutefois qualifier ce document d'offre car le montant de la prime, qui est un élément essentiel du contrat, n'est notamment pas présent ⁷³. L'article 4 § 1 de la loi le confirme d'ailleurs puisqu'il énonce que la proposition d'assurance n'engage ni le candidat preneur d'assurance ni l'assureur à conclure le contrat. La qualification de la proposition d'assurance se complique toutefois dans la mesure où le même article énonce que « si dans les trente jours de la réception de la proposition, l'assureur n'a pas notifié au candidat preneur, soit une offre d'assurance, soit la subordination de l'assurance à une demande d'enquête, soit le refus d'assurer, il s'oblige à conclure le contrat sous peine de dommages et intérêts ». On a donc là un système assez original puisque l'assureur peut être amené, à peine de dommages et intérêts, à conclure un contrat sur base d'un document, la proposition d'assurance, qui n'a cependant pas la qualité d'offre ⁷⁴.

La loi sur le courtage matrimonial fait mention à deux reprises du terme « offre » en son article 4. Il ne s'agit toutefois aucunement ni dans l'un ni dans l'autre cas d'une offre au sens du droit commun. L'« offre de rencontres » est en effet l'objet du contrat de courtage matrimonial et en aucun cas un préalable à sa formation.

La loi sur les contrats de voyages n'utilise pas le terme « offre de contrat ». Toutefois, c'est le bon de commande signé par le voyageur qui semble pouvoir être qualifié d'offre. C'est en effet au moment où le voyageur reçoit de l'organisateur de voyages la confirmation écrite de la réservation que le contrat d'organisation de voyages prend cours. Quant à la brochure de voyages mentionnée à l'article 5 de la loi, il semble que l'on ne puisse lui reconnaître la qualité d'offre. En effet, même si elle doit contenir le prix ainsi qu'une série de données pertinentes et qu'elle engage, sauf circonstances

⁷² J.L. FAGNART, Formation et exécution du contrat, in La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, Académia - Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 53, n°4; P.H. DELVAUX et M. FONTAINE, Le nouveau régime du contrat d'assurance terrestre - Loi du 25 juin 1992, loi modificative du 16 mars 1994 et arrêtés d'exécution, J.T., 1995, p. 332, n°21; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Larcier, Bruxelles, 1996, 2ème édition, p. 114; M.A. CRIJNS, Le droit du contrat d'assurance, Créadif, Bruxelles 1996, p. 35.

⁷³ J.L. FAGNART, Formation et exécution du contrat, in La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, Académia - Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 52, n°3; P.H. DELVAUX et M. FONTAINE, Le nouveau régime du contrat d'assurance terrestre - Loi du 25 juin 1992, loi modificative du 16 mars 1994 et arrêtés d'exécution, J.T., 1995, p. 332, n°21; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Larcier, Bruxelles, 1996, 2ème édition, p. 112; M.A. CRIJNS, Le droit du contrat d'assurance, Créadif, Bruxelles 1996, p. 34.

⁷⁴ M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Larcier, Bruxelles, 1996, 2ème édition, p. 112, n°70.

particulières, l'organisateur ou l'intermédiaire de voyages qui l'a éditée, la volonté de s'engager de l'organisateur ou de l'intermédiaire de voyages reste le plus souvent soumise à des réserves, notamment celles de la disponibilité du voyage.

B. L'auteur de l'offre

Le contrat se forme en principe par l'acceptation d'une offre. Dans la pratique, il est toutefois fréquent que l'offre ne soit pas acceptée directement. Son destinataire souhaite souvent apporter quelques modifications. Dans ce cas, l'acceptation sous réserve de modification ou la contre-proposition constitue en réalité juridiquement une nouvelle offre ⁷⁵. C'est cette dernière et seulement elle qui donnera naissance, après acceptation, au contrat.

En droit commun, l'offre peut émaner indifféremment de l'un ou l'autre des futurs cocontractants ⁷⁶.

Les législations que nous avons choisi d'étudier, contiennent à cette égard deux particularités.

Le législateur détermine tout d'abord souvent de façon impérative l'auteur de l'offre. Cette personne n'est pas toujours celle qui a pris l'initiative de la première proposition, même si cette dernière était suffisamment ferme et complète. Elle reste également l'auteur de l'offre malgré le fait que son destinataire peut ne l'avoir acceptée que moyennant certaines modifications.

Il en est ainsi dans la loi sur les pratiques du commerce où l'offre n'est réglementée que lorsqu'elle émane du « vendeur ». L'article 2 impose en effet au « vendeur » qui offre des produits ou des services en vente d'en indiquer le prix. Par ailleurs, c'est au « vendeur » qu'il appartient d'apporter au consommateur au plus tard au moment de la conclusion de la vente, les informations correctes et utiles relatives aux caractéristiques du produit ou des services et aux conditions de vente (article 30).

Dans la loi sur le crédit à la consommation, le contrat de crédit est conclu par la signature du document contenant l'offre laquelle est nécessairement formulée par le prêteur (articles 14 et 17).

⁷⁵ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. II, 2ème éd., p. 472, n° 502; F. T'KINT, *Négotiation et conclusion du contrat*, in *Les obligations contractuelles*, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, p. 47; R. KRUIHOF, F. DE LY, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN, *Overzicht van rechtspraak (1981-1992) - verbintenissen*, T.P.R., 1992, p. 313, n°98; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *Chronique de jurisprudence - les obligations: les sources (1985-1995)*, J.T., 1996, p. 715, n°74.

⁷⁶ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. II, 2ème éd., p. 484, n° 514.

De la même façon, c'est au prêteur que l'article 14 de la loi relative au crédit hypothécaire impose de fournir l'offre de contrat hypothécaire.

Selon l'article 4 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre, la police présignée ⁷⁷, la demande d'assurance ⁷⁸, qui constituent chacune des offres de contracter, sont des documents qui émanent nécessairement de l'assureur, et cela même si, comme dans l'hypothèse d'une police présignée, le preneur d'assurance doit encore compléter certaines rubriques.

Dans la plupart des cas, ce sont donc aux « professionnels » que le législateur attribue la qualité d'offrant.

Il existe toutefois des hypothèses où c'est le contraire. C'est alors la partie faible que le législateur institue *pollicitant*. Tel est le cas dans la loi sur les contrats de voyages. Selon l'article 9, le contrat d'organisation de voyages *prend* en effet *cours* (sic) au moment où le voyageur reçoit la confirmation écrite de la réservation. C'est donc cette confirmation qui constitue l'acceptation de l'offre du voyageur matérialisée dans le bon de commande. Il en est de même pour le contrat d'intermédiaire de voyages lorsque celui-ci porte sur un contrat d'organisation de voyages (article 23 § 4).

Certaines législations récentes révèlent une autre particularité au niveau de la détermination de l'auteur de l'offre. Dans certains cas, seules certaines personnes spécialement habilitées par la loi à conclure le contrat sont autorisées à émettre des offres de contracter.

Deux exemples peuvent être cités.

La loi sur le crédit à la consommation énonce que les personnes physiques et morales qui exercent une activité de « prêteur » sont soumises, sauf dispense, à l'agrément du Ministre des affaires économiques (article 74 de la loi).

D'autre part, la loi sur le courtage matrimonial énonce qu'aucune personne physique ou morale ne peut exercer une activité de courtage matrimonial si elle n'est pas préalablement enregistrée auprès du ministère des affaires économiques (article 2 de la loi).

⁷⁷ La police présignée est le document préalablement signé par l'assureur et qui contient une offre de contracter aux conditions qui y sont décrites, éventuellement complétées par les spécifications que le preneur d'assurance mentionne aux endroits prévus à cet effet (article 1.M.).

⁷⁸ La demande d'assurance est un formulaire émanant de l'assureur par lequel celui-ci offre de prendre le risque en charge provisoirement à la demande du preneur d'assurance (article 1.K.).

C. La forme de l'offre

Selon les principes du droit commun, l'offre doit être complète, ferme et avoir été extériorisée. En application des règles du consensualisme, elle ne doit toutefois prendre aucune forme particulière. Elle peut même être tacite ⁷⁹.

Afin de renforcer l'information de la partie faible, le législateur a modifié ces règles et imposé souvent un formalisme rigoureux.

Ainsi, l'article 2 de la loi sur les pratiques du commerce impose que l'offre de produits ou de services indique le prix **par écrit, d'une manière lisible, apparente et non équivoque**.

L'article 14 de la loi sur le crédit à la consommation oblige, pour sa part, le prêteur à formuler son offre de crédit **par écrit** et à l'adresser au consommateur **en plusieurs exemplaires**.

Une série de mentions dont certaines doivent même prendre la forme d'**alinéas séparés** et être imprimées en **caractère gras d'un type différent** doivent en outre se retrouver dans l'offre écrite.

La même loi impose encore une série de mentions supplémentaires lorsque l'offre porte sur un contrat de vente à tempérament (article 41), lorsqu'elle porte sur un contrat de crédit-bail (article 49), lorsqu'elle porte sur un contrat de prêt à tempérament (article 56) et enfin lorsqu'elle porte sur une ouverture de crédit (article 58).

Il en est de même dans la loi sur le crédit hypothécaire, qui impose également au prêteur de fournir son offre **par écrit** (article 14).

Dans la loi sur le contrat d'assurance terrestre, les offres de contracter, que constituent la demande d'assurance et la police présignée, doivent également être établies **par écrit**. La demande d'assurance est en effet un formulaire émanant de l'assureur tandis que la police présignée doit, comme son nom l'indique être signée par l'assureur, ce qui suppose un écrit (articles 1 et 4 de la loi).

Un régime particulier et original est enfin organisé par la loi sur les contrats de voyages. En effet, si l'émission de l'offre de contracter par le voyageur ne doit faire l'objet d'aucune forme particulière, la réception de cette offre par l'organisateur ou l'intermédiaire de voyages doit être matérialisée par un bon de commande établi conformément à la loi sur les pratiques du commerce (article 9), et comprenant au moins une série de mentions énoncées à l'article 10 § 1 de la loi.

⁷⁹ F. T'KINT, *Négotiation et conclusion du contrat*, in *Les obligations contractuelles*, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, p. 34, n°48.

D. Le contenu de l'offre

En droit commun, l'offre doit être complète, c'est-à-dire porter sur les éléments essentiels et substantiels du contrat ⁸⁰. Les éléments essentiels sont ceux sans lesquels tout contrat de ce type ne peut se former. Il s'agit par exemple dans le contrat de vente de la chose et du prix. Les éléments substantiels sont ceux qui sans être essentiels constituent pour les parties des éléments à ce point importants qu'à défaut d'accord sur ceux-ci, on ne peut parler d'une réelle rencontre des consentements. La couleur peut ainsi par exemple être un élément substantiel du contrat de vente portant sur une voiture.

L'offre ne doit par contre pas contenir les éléments que l'on peut qualifier d'accessoires.

Les législations particulières que nous avons choisi d'étudier donnent souvent à l'offre un contenu plus large.

Parfois, le législateur impose que les éléments essentiels de l'offre soient particulièrement définis. Tel est le cas de la loi sur les pratiques du commerce où l'indication des prix et des quantités est spécialement réglementée.

Ainsi par exemple, les articles 3 et 4 imposent que les prix et tarifs des produits ou des services soient des **prix ou tarifs globaux** et indiqués en outre **au moins en francs belges**.

Dans d'autres cas, il impose un contenu minimal à l'offre. L'offre de vente à distance doit ainsi selon l'article 79 de la loi sur les pratiques du commerce mentionner de manière claire et non équivoque **notamment** les éléments suivants:

- l'identité du vendeur;
- le prix;
- la quantité;
- l'identification du produit;
- la durée exacte de la validité de l'offre;
- les modalités de paiement;
- le délai de livraison;
- le délai de réflexion;
- les modalités soit de reprise, soit de restitution du produit, y compris les frais éventuels y afférents ⁸¹.

⁸⁰ F. T'KINT, *Négotiation et conclusion du contrat*, in *Les obligations contractuelles*, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, p. 31, n°43; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations - examen de jurisprudence (1974-1982)*, R.C.J.B., 1986, p. 139; R. KRUTHOF, F. DE LY, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN, *Overzicht van rechtspraak (1981-1992) - verbintenissen*, T.P.R., 1992, p. 313, n°98; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, *Kroniek van verbintenissenrecht (1985-1992)*, R.W., 1993, p. 1213, n°9; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *Chronique de jurisprudence - les obligations: les sources (1985-1995)*, J.T., 1996, p. 714, n°73.

⁸¹ L. DE BROUWER, *Les ventes réglementées*, in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, p. 95, n°55.

Le législateur impose parfois que l'offre contienne au moins une série de mentions dont certaines ne peuvent pas toujours être qualifiées d'éléments essentiels ou substantiels. Tel est le cas dans la loi sur le crédit à la consommation, où l'offre de crédit doit mentionner par exemple le lieu et la date de naissance du consommateur (article 14 § 31). C'est aussi le cas dans la loi sur les contrats de voyages, où le bon de commande qui matérialise l'offre du voyageur doit par exemple contenir les conditions d'une assurance-annulation ou d'une assurance-assistance.

Dans d'autres situations, l'offre doit contenir **toutes** les conditions du contrat. Tel est le cas dans la loi sur le crédit hypothécaire où l'article 14 mentionne que l'offre de crédit doit contenir **toutes** les conditions du contrat. Il en sera souvent de même en pratique lorsque l'offre de contracter un contrat d'assurance prendra la forme d'une police présignée.

Enfin, il y a aussi les hypothèses où le législateur complète le contenu de l'offre par des informations qu'elle ne contient pas mais qui sont tirées de documents établis et utilisés préalablement. Ainsi, l'article 6 de la loi sur les contrats de voyages indique que les informations contenues dans la brochure de voyage engagent l'organisateur ou l'intermédiaire de voyages qui l'a éditée ⁸². De la même façon, la loi sur le crédit à la consommation énonce que lorsque la publicité mentionne que le taux annuel effectif global est égal à 0%, le prix demandé à l'acheteur à tempérament (article 44) ou au consommateur qui sollicite un crédit-bail (article 52) ne peut être supérieur à celui demandé à l'acheteur au comptant.

E. La durée de validité de l'offre

En droit commun, l'offre est valable pendant le délai fixé par son auteur, fut-il très court. A défaut de délai fixé, l'offre est valable pendant un délai raisonnable dont la durée est souverainement appréciée par les tribunaux ⁸³.

Contrairement au droit commun, certaines législations que nous avons choisi d'étudier ont fixé de façon impérative la durée de validité de l'offre.

⁸² Voir à cet égard mais à propos de la directive européenne du 13 juin 1990: E. SMIT, Le contrat de voyage: Evolution réglementaire, D.A.O.R., n°28, p. 69.

⁸³ P. VAN OMMESELAGHE, Les obligations - examen de jurisprudence (1974-1982), R.C.J.B., 1986, p. 136, n°53; R. KRUIJTHOF, F. DE LY, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN, Overzicht van rechtspraak (1981-1992) - verbintenissen, T.P.R., 1992, p. 309, n°96; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, Kroniek van verbintenissenrecht (1985-1992), R.W., 1993, p. 1210, n°3; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, Chronique de jurisprudence - les obligations: les sources (1985-1995), J.T., 1996, p. 714, n°73.

Parfois, il s'agit de fixer une **durée minimale** de validité. Ainsi, l'article 14 de la loi sur le crédit à la consommation oblige le prêteur à maintenir l'offre pendant une durée minimale de 15 jours à dater de sa remise au consommateur.

Parfois, c'est une **durée maximale** de validité qui est imposée. Telle est le cas dans la loi sur les contrats de voyage où l'offre émanant du voyageur doit être acceptée au plus tard dans les 21 jours de la signature du bon de commande (article 9).

Parfois, le législateur se borne à obliger l'auteur de l'offre à **préciser** dans celle-ci sa **durée de validité**. Tel est le cas dans la loi sur le crédit hypothécaire où l'article 14 indique que l'offre de crédit doit mentionner la durée de sa validité ⁸⁴. De la même façon, l'article 79 §1 de la loi sur les pratiques du commerce impose que le consommateur soit informé, en cas d'offre en vente à distance, de la durée exacte de la validité de l'offre ⁸⁵.

Aucune sanction spécifique en cas d'absence de mention de la durée de la validité de l'offre n'est cependant prévue explicitement dans ces deux lois. On peut dès lors se demander s'il s'agit réellement d'une dérogation au droit commun ou s'il ne s'agit pas plutôt d'une consécration de celui-ci. En l'absence de la mention de la validité de l'offre, on voit mal quelle sanction autre que l'obligation de la maintenir durant un délai raisonnable, pourrait être appliquée. La nullité de l'offre dans cette hypothèse n'a pas de sens puisqu'elle ne profiterait pas à la partie que le législateur vise à protéger (respectivement l'emprunteur et le consommateur).

F. Le destinataire de l'offre

En droit commun, l'offre peut être adressée à toute personne capable de l'accepter.

Certaines législations que nous avons choisi d'étudier contiennent toutefois certaines restrictions.

Ainsi, l'article 77 alinéa 2 de la loi sur les pratiques du commerce interdit d'adresser des offres en vente par correspondance à des personnes hospitalisées dans des établissements psychiatriques ou médico-pédagogiques.

De la même façon, l'article 9 de la loi sur le crédit à la consommation interdit de faire parvenir une offre de contracter au domicile ou à la résidence du consommateur ou sur son lieu de travail, sauf s'il existe une demande expresse et préalable émanant du consommateur. En outre, le prêteur ne peut délivrer une offre de crédit que si, compte tenu des informations dont il dispose ou devrait disposer, il doit raisonnablement estimer

⁸⁴ G. JAKHIAN, *Le crédit hypothécaire*, Larcier, Bruxelles, 1994, p. 62, n° 120; J-L. LEDOUX, *La réforme du crédit hypothécaire privé*, A.D.L., 1993, p. 403.

⁸⁵ L. DE BROUWER, *Les ventes réglementées*, in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, p. 95, n°55.

que le consommateur sera à même de respecter les obligations découlant du contrat (article 15 de la loi).

Section 3 : L'acceptation et la formation du contrat

§ 1. Le droit commun

En droit commun, le contrat se forme en principe dès la rencontre des consentements, c'est-à-dire dès que l'offre est acceptée par son destinataire ⁸⁶. L'acceptation peut donc être définie comme étant l'accord nécessaire et suffisant du destinataire d'une offre pour former le contrat.

L'acceptation doit exprimer de façon claire et non ambiguë l'accord du destinataire. En ce sens, l'acceptation doit être certaine. Toutefois, elle ne doit en principe prendre aucune forme particulière, elle peut être tacite et même être déduite dans certaines circonstances d'un silence ⁸⁷. Seule véritable exigence, on enseigne que l'acceptation doit correspondre en tous points à l'offre. Cette affirmation doit cependant être immédiatement nuancée dans la mesure où l'on reconnaît que l'identité doit se limiter aux éléments essentiels et substantiels du contrat ⁸⁸. A défaut, l'acceptation ne pourra conduire à la formation du contrat mais constituera éventuellement une contre-offre, c'est-à-dire une nouvelle offre ⁸⁹.

⁸⁶ P. VAN OMMESLAGHE, Les obligations - examen de jurisprudence (1974-1982), R.C.J.B., 1986, p. 136, n°54; R. KRUIHOF, F. DE LY, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN, Overzicht van rechtspraak (1981-1992) - verbintenissen, T.P.R., 1992, p. 312, n°97; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, Kroniek van verbintenissenrecht (1985-1992), R.W., 1993, p. 1213, n°9; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, Chronique de jurisprudence - les obligations: les sources (1985-1995), J.T., 1996, p. 714, n°74.

⁸⁷ P. VAN OMMESLAGHE, Les obligations - examen de jurisprudence (1974-1982), R.C.J.B., 1986, p. 136; S. STIJNS, D. VAN GERVEN ET P. WÉRY, Chronique de jurisprudence - les obligations: les sources (1985-1995), J.T., 1996, p. 715, n°75.

⁸⁸ P. VAN OMMESLAGHE, Les obligations - examen de jurisprudence (1974-1982), R.C.J.B., 1986, p. 139; R. KRUIHOF, F. DE LY, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN, Overzicht van rechtspraak (1981-1992) - verbintenissen, T.P.R., 1992, p. 313, n°98; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, Kroniek van verbintenissenrecht (1985-1992), R.W., 1993, p. 1213, n°9; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, Chronique de jurisprudence - les obligations: les sources (1985-1995), J.T., 1996, p. 714, n°73.

⁸⁹ DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil belge, T. II, 2ème éd., p. 472, n° 502; F. T'KINT, Négotiation et conclusion du contrat, in Les obligations contractuelles, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, p. 47; R. KRUIHOF, F. DE LY, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN, Overzicht van rechtspraak (1981-1992) - verbintenissen, T.P.R., 1992, p. 313, n°98; S. STIJNS,

Le contrat se forme en principe, avons-nous dit, dès l'échange des consentements. Lorsque les parties ne sont pas l'une en face de l'autre, la détermination du lieu et du moment où cet échange se réalise peut parfois poser problème. Selon la théorie des contrats conclus entre absents, plusieurs solutions peuvent être envisagées. Le contrat est formé lorsque le destinataire de l'offre exprime son acceptation (théorie de l'émission), lorsqu'il communique celle-ci (théorie de l'expédition), lorsque cette acceptation est reçue par l'offrant (théorie de la réception) et enfin lorsque l'offrant en a pris connaissance (théorie de l'information). En droit belge, c'est la théorie de la réception qui a été finalement retenue par notre Cour de cassation ⁹⁰. Lorsque les parties ne sont pas l'une en face de l'autre, le contrat est formé au moment et à l'endroit où l'offrant a pu ou aurait pu prendre connaissance de l'acceptation.

§2. Les dérogations

Les législations récentes que nous avons choisi d'étudier contiennent également à ce niveau des dérogations au droit commun. Ces dérogations touchent à la forme particulière que doit prendre l'acceptation, à la valeur donnée au silence et au moment et au lieu de la formation du contrat.

A. La forme de l'acceptation

Selon le principe du consensualisme, l'acceptation ne doit prendre en droit commun aucune forme particulière. Plusieurs dispositions légales récentes modifient cette règle.

L'article 9 de la loi sur les contrats de voyages exige tout d'abord que l'acceptation soit faite **par écrit**. Il énonce en effet que le contrat d'organisation de voyages prend cours au moment où le voyageur reçoit la confirmation **écrite** de la réservation par l'organisateur.

Certaines dispositions exigent que le contrat soit fait, à peine de nullité, **par écrit** ce qui implique nécessairement que l'acceptation se matérialise par la rédaction de cet écrit. Tel est le cas de l'article 6 de la loi sur le contrat de courtage matrimonial et de l'article 23 de la loi sur les contrats de voyages à propos du contrat d'intermédiaire de voyages.

D. VAN GERVEN et P. WÉRY, Chronique de jurisprudence - les obligations: les sources (1985-1995), J.T., 1996, p. 715, n°74.

⁹⁰ Cass., 16 juin 1960, Pas., 1960, I, 1190 ; R.C.J.B., 1962, p. 301 et la note de J. HEENEN; P. VAN OMME-SLAGHE, Les obligations - examen de jurisprudence (1974-1982), R.C.J.B., 1986, p. 138, n°55; R. KRUIHOF, F. DE LY, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN, Overzicht van rechtspraak (1981-1992) - verbintenissen, T.P.R., 1992, p. 315, n°100; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, Kroniek van verbintenissenrecht (1985-1992), R.W., 1993, p. 1215, n°17; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, Chronique de jurisprudence - les obligations: les sources (1985-1995), J.T., 1996, p. 715, n°80.

D'autres dispositions sont encore plus exigeantes puisqu'elles prévoient que le contrat doit être **signé**. L'acceptation prend donc dans ces cas la forme d'une signature.

L'article 17 de la loi sur le crédit à la consommation énonce que le contrat (de crédit) est conclu par **la signature** du document contenant l'offre (de crédit).

L'article 4 §2 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre indique qu'en cas de police présignée ou de demande d'assurance, le contrat est formé dès **la signature** de l'un de ces documents par le preneur d'assurance ⁹¹.

La loi sur le crédit hypothécaire ne dit pas que le contrat de crédit hypothécaire se forme par la signature du contrat ⁹². Toutefois, elle fait à deux reprises explicitement référence à la signature du contrat. L'article 14 de la loi dit que le prêteur doit fournir une offre écrite au candidat emprunteur avant **la signature** du contrat. L'article 15 ajoute qu'une copie de l'acte constitutif doit lui être remise à **la signature** du contrat.

A priori, le contrat de crédit hypothécaire peut être rapproché du contrat de prêt qui comme on le sait est un contrat réel, c'est-à-dire qu'il se forme par la remise de la chose à l'emprunteur ⁹³. Il semble cependant que cette qualification de contrat réel ne puisse être appliquée au contrat de crédit hypothécaire. Selon l'article 16 de la loi, « le capital doit être mis à la disposition de l'emprunteur en espèces ou en monnaie scripturale ». La non remise des fonds n'est toutefois pas sanctionnée par la nullité du contrat mais par un mécanisme de réduction des obligations de l'emprunteur à concurrence de la partie du capital effectivement *payée* (sic) en espèces ou en monnaie scripturale (article 30 de la loi) ⁹⁴. Si l'obligation de rembourser le crédit ne naît qu'à partir du moment où le capital est remis à l'emprunteur, l'absence de remise de ce capital devrait en toute logique ne donner lieu à aucune obligation de remboursement. Or, l'article 30 de la loi prévoit que cette obligation est simplement réduite. Pour qu'elle soit réduite, ne faut-il pas qu'elle existe avant la remise des fonds et dès lors que le contrat de crédit hypothécaire ait déjà été formé?

Si la remise des fonds n'est pas une condition de formation du contrat, les allusions à la signature du contrat aux articles 14 et 15 de la loi semblent par contre montrer que le législateur a au moins implicitement considéré que le contrat de crédit hypothécaire était conclu par la signature du contrat. Cette solution comporte plusieurs avantages. Elle est dans la lignée de l'exigence imposée pour les contrats de crédit dans la loi sur le crédit à la

⁹¹ J.L. FAGNART, Formation et exécution du contrat, in La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, Académia - Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 54, n°5; P.H. DELVAUX et M. FONTAINE, Le nouveau régime du contrat d'assurance terrestre - Loi du 25 juin 1992, loi modificative du 16 mars 1994 et arrêtés d'exécution, J.T., 1995, p. 332, n°21; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Larcier, Bruxelles, 1996, 2ème édition, p. 114, n°174 et p. 115, n°177; M.A. CRIJNS, *Le droit du contrat d'assurance*, Créadif, Bruxelles 1996, p. 35.

⁹² G. JAKHIAN, *Le crédit hypothécaire*, Larcier, Bruxelles, 1994, p. 63, n° 123.

⁹³ G. JAKHIAN, *Le crédit hypothécaire*, Larcier, Bruxelles, 1994, p. 15, n° 16.

⁹⁴ G. JAKHIAN, *Le crédit hypothécaire*, Larcier, Bruxelles, 1994, p. 85, n°174 et 175.

consommation ⁹⁵. Elle suit la logique du législateur qui impose au prêteur de remettre une offre écrite au candidat emprunteur ⁹⁶. Elle cadre avec la pratique puisqu'on imagine mal la conclusion d'un contrat de crédit hypothécaire et la remise des fonds sans avoir obtenu la signature de l'emprunteur. Elle facilite enfin l'application des règles relatives au champ d'application de la loi. En effet, la loi ne s'applique notamment que pour autant que l'emprunteur ait, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle en Belgique. La condition de résidence habituelle en Belgique est facile à vérifier si l'on considère que la conclusion du contrat a lieu lors de la signature du contrat. Par contre, elle est beaucoup plus difficile à apprécier si l'on considère que le contrat est conclu lors de la remise des fonds, puisque cette dernière peut, dans certaines hypothèses, être contractuellement échelonnée.

Enfin, l'article 89 de la loi sur les pratiques du commerce indique que les ventes aux consommateurs conclues en dehors de l'entreprise du vendeur ne sont parfaites qu'après un délai de 7 jours ouvrables à dater du lendemain du jour de **la signature** du contrat, ce qui implique que le contrat soit au moins signé.

B. Le silence

En droit commun, le silence ne vaut en principe pas acceptation ⁹⁷. La clause de l'offre qui mentionnerait que l'offrant présumera l'acceptation du destinataire sauf avis contraire dans un délai déterminé n'est donc pas valable. Toutefois, il est fait exception au principe, lorsque le silence est « circonstancié » ⁹⁸ ou lorsque l'offre a été faite exclusivement dans l'intérêt de son destinataire. Le silence est circonstancié lorsque l'on peut raisonnablement déduire une acceptation tacite du silence et des circonstances qui l'accompagnent ⁹⁹. Tel peut être le cas notamment lorsqu'un courant d'affaires s'est établi entre l'offrant et le destinataire de l'offre.

Ces règles sont appliquées dans certaines dispositions légales que nous avons choisi d'étudier.

⁹⁵ Article 17 de la loi sur le crédit à la consommation

⁹⁶ Article 14 de la loi relative au crédit hypothécaire

⁹⁷ P. VAN OMMESLAGHE, Les obligations - examen de jurisprudence (1974-1982), R.C.J.B., 1986, p. 136; S. STIJNS, D. VAN GERVEN ET P. WÉRY, Chronique de jurisprudence - les obligations: les sources (1985-1995), J.T., 1996, p. 715, n°75.

⁹⁸ P. VAN OMMESLAGHE, Les obligations - examen de jurisprudence (1974-1982), R.C.J.B., 1986, p. 136.

⁹⁹ F. T'KINT, Négotiation et conclusion du contrat, in Les obligations contractuelles, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, p. 47.

Ainsi, l'article 76 de la loi sur les pratiques du commerce énonce qu'en cas « d'achats forcés », le destinataire n'est pas tenu de payer le service fourni ou le produit envoyé ni de restituer celui-ci, même si une *présomption* (sic) d'acceptation tacite a été formulée. De la même façon, l'article 9 alinéa 2 de la loi sur les contrats de voyages énonce que le voyageur peut supposer que le voyage n'a pas été réservé lorsque la confirmation n'a pas eu lieu dans les vingt et un jours de la signature du bon de commande.

Par contre, la loi sur le contrat d'assurance terrestre déroge manifestement aux principes de droit commun. L'article 4 §1 indique en effet que si dans les trente jours de la réception de la proposition d'assurance, l'assureur n'a pas notifié au candidat preneur, soit une offre d'assurance, soit la subordination de l'assurance à une demande d'enquête, soit le refus d'assurer, il s'oblige à conclure le contrat sous peine de dommages et intérêts. La dérogation est d'autant plus surprenante que, comme nous l'avons expliqué précédemment ¹⁰⁰, la proposition d'assurance n'est une offre ni au sens du droit commun ni au sens de la loi sur le contrat d'assurance terrestre.

Deux règles particulières contenues dans la loi sur les pratiques du commerce ¹⁰¹ doivent enfin être mentionnées. Selon l'article 78, la vente à distance de produits n'est parfaite qu'après un délai de réflexion de sept jours ouvrables à dater du lendemain du jour de la livraison. De la même façon, l'article 87 énonce que les ventes aux consommateurs conclues en dehors de l'entreprise du vendeur ne sont parfaites qu'après un délai de sept jours ouvrables à dater du jour de la signature du contrat. Dans ces deux cas, le silence du consommateur jusqu'à l'expiration de ces délais de sept jours rend « parfait » le contrat et permet donc de présumer l'acceptation du contrat par ce dernier. Ces règles ne nous semblent toutefois pas véritablement dérogatoires au droit commun dans la mesure où le silence pendant le délai de réflexion pourrait être qualifié, selon nous, de « circonstancié ». En effet, le silence du consommateur est par définition postérieur à la livraison du produit dans le premier cas et à la signature du contrat dans le second cas. Le consommateur a donc accepté la livraison des produits dans le premier cas et a signé le contrat dans le second. Il a en outre normalement été prévenu de l'existence d'une faculté de renonciation pendant le délai de réflexion. Ne peut-on dès lors déduire de son silence l'acceptation de l'offre ?

C. Le moment et le lieu de la formation du contrat

¹⁰⁰ Voir chapitre 2, section 2, §2, point A

¹⁰¹ Voir à ce sujet V. SIMONART, La loi du 14 juillet 1991 et le droit des obligations, in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 82 qui analyse toutefois ces deux opérations comme étant des promesses unilatérales de vente, où l'option est levée par le silence du consommateur pendant le délai de sept jours.

Selon la théorie de la réception retenue en droit commun, le contrat se forme au moment et à l'endroit où l'offrant a pu ou aurait pu prendre connaissance de l'acceptation du destinataire de l'offre ¹⁰².

De nombreuses dérogations existent à ce niveau.

La première vient d'être mentionnée puisqu'elle concerne les ventes à distance de produits et les ventes au consommateur conclues en dehors de l'entreprise du vendeur qui ne sont parfaites qu'après un délai de réflexion de sept jours ouvrables (articles 78 et 87 de la loi sur les pratiques du commerce).

C'est aussi le cas fréquent lorsque le contrat est formé par la signature du destinataire de l'offre, comme par exemple pour le contrat d'assurance (article 4 §2 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre) ¹⁰³ ou pour le contrat de crédit à la consommation (article 14 de la loi sur le crédit à la consommation). Dans ces hypothèses, le contrat est en effet formé lorsque le destinataire de l'offre exprime son acceptation, ce qui correspond plutôt à une application de la théorie de l'émission.

Par contre, l'article 9 de la loi sur les contrats de voyages est conforme au droit commun puisqu'il énonce que le contrat d'organisation de voyages ne prend cours que lorsque le voyageur (l'offrant) **reçoit** (théorie de la réception) la confirmation écrite de la réservation.

Section 4. Le délai de réflexion et le droit de repentir

En vue d'empêcher la conclusion hâtive, précipitée ou inconsidérée de contrats, le législateur a développé, dans plusieurs des législations récentes que nous avons choisi d'étudier, une nouvelle technique que l'on appelle de façon générale le délai de réflexion.

¹⁰² Cass., 16 juin 1960, Pas., 1960, I, 1190; R.C.J.B., 1962, p. 301 et note J. HEENEN; Cass., 25 mai 1990, Pas., 1990, I, 1086; J.T., 1990, p. 721; R.W., 1990-1991, p. 149; Cass., 19 juin 1990, Pas, 1990, I, 1182; P. VAN OMMESLAGHE, Les obligations - examen de jurisprudence (1974-1982), R.C.J.B., 1986, p. 138; R. KRUIHOF, F. DE LY, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN, Overzicht van rechtspraak (1981-1992) - verbintenissen, T.P.R., 1992, p. 315, n°100; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, Kroniek van verbintenissenrecht (1985-1992), R.W., 1993, p. 1215, n°17; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, Chronique de jurisprudence - les obligations: les sources (1985-1995), J.T., 1996, p. 715, n°80.

¹⁰³ J.L. FAGNART, Formation et exécution du contrat, in La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, Académia - Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 54, n°5; P.H. DELVAUX et M. FONTAINE, Le nouveau régime du contrat d'assurance terrestre - Loi du 25 juin 1992, loi modificative du 16 mars 1994 et arrêtés d'exécution, J.T., 1995, p. 332, n°21; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Larcier, Bruxelles, 1996, 2ème édition, p. 114, n°174 et p. 115, n°177; M.A. CRIJNS, Le droit du contrat d'assurance, Créadif, Bruxelles 1996, p. 35.

Le délai de réflexion consiste à offrir à un contractant, après la signature du contrat, un délai pendant lequel il pourra revenir sur son engagement ¹⁰⁴. Selon certains auteurs, cette technique a une double justification. D'une part, ce n'est souvent qu'à la signature du contrat que le contractant dit faible prend ou peut prendre réellement connaissance des termes juridiques de la convention qu'il a signée. D'autre part, c'est le sentiment d'irrévocabilité attaché à la signature du contrat qui favoriserait l'éclosion de la réflexion de cette personne ¹⁰⁵.

L'analyse comparative des différentes législations où apparaît cette nouveauté montre que le délai de réflexion au sens large a en réalité une double physionomie.

Dans une première série de dispositions, le contractant dispose d'un délai pour donner son consentement plein et entier. Dans ce cas, le contrat n'est valablement formé qu'après l'expiration de ce délai. Ce délai constitue selon nous le délai de réflexion au sens strict.

Relèvent de cette catégorie :

- a. l'article 78 de la loi sur les pratiques du commerce qui énonce que :
« *La vente à distance de produits n'est parfaite qu'après un délai de réflexion de sept jours ouvrables à dater du lendemain de la livraison (...)* ».
- b. l'article 89 de la même loi, selon lequel :
« *Les ventes de produits ou de services visées à l'article 86 (celles conclues en dehors de l'entreprise du vendeur) ne sont parfaites qu'après un délai de sept jours à dater du lendemain du jour de la signature du contrat (...)* ».
- c. l'article 7 de la loi sur le courtage matrimonial selon lequel :
« *Le contrat de courtage matrimonial n'est parfait qu'après un délai de réflexion de sept jours ouvrables à dater du lendemain de sa conclusion (...)* » ¹⁰⁶.

Dans ces hypothèses, le législateur a pris la peine de préciser que l'exécution des obligations de la partie qui bénéficie du droit de réflexion ne peut être exigée avant l'expiration de ce délai.

Ainsi l'article 78 §2 de la loi sur les pratiques du commerce précise, à propos de la vente à distance, que, sans préjudice de l'application de la loi sur le crédit à la consommation

¹⁰⁴ F. DOMONT-NAERT, « Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, L.G.D.J., 1996, p. 227.

¹⁰⁵ Th. BOURGOIGNIE, G. DELVAUX, F. DOMONT-NAERT, Ch. PANIER, *L'aide juridique au consommateur*, Bruxelles/Louvain-la-Neuve, Bruylant/Cabay, 1981, p. 116.

¹⁰⁶ Pour une application anticipée de cette disposition, voir Civ. Courtrai, 14 janvier 1992, A.J.T., 1994-1995, p. 8 et note G. L. BALLON; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *Chronique de jurisprudence - les obligations: les sources (1985-1995)*, J.T., 1996, p. 715, n°76.

applicable à la vente à tempérament, aucun acompte ou paiement quelconque ne peut être exigé du consommateur avant la fin du délai de réflexion.

L'article 89 alinéa 4 de la même loi énonce, à propos de ventes au consommateur conclues en dehors de l'entreprise du vendeur, qu'en principe ¹⁰⁷ un acompte ou paiement ne peut sous aucun prétexte, sous quelque forme que ce soit, être exigé ou accepté par le consommateur avant l'écoulement du délai de réflexion. Afin de renforcer cette situation et éviter le problème de la restitution d'un service déjà presté, l'article 89 alinéa 3, modifié par la loi du 3 avril 1997 ¹⁰⁸, précise qu'aucune prestation de service ne peut être effectuée avant l'écoulement du délai de réflexion.

L'article 7 de la loi sur le courtage matrimonial prévoit enfin également qu'aucun acompte ni paiement quelconque ne peut être exigé ou accepté du client avant la fin du délai de réflexion.

Certains auteurs ont considéré que le contrat signé devait dans ces cas être analysé comme une promesse unilatérale de contrat, l'option étant levée par le silence du bénéficiaire de la promesse jusqu'à l'expiration du délai de réflexion ¹⁰⁹. Cette analyse est toutefois critiquée par le professeur Van Ommeslaghe. D'abord, parce qu'il paraît difficile de considérer que l'on puisse lever une option par une manifestation de volonté qui se déduirait du seul silence. Ensuite, parce que cette analyse ne paraît pas correspondre au mécanisme voulu par le législateur : le contrat est parfaitement formé dans l'esprit de toutes les parties et les consentements sont échangés non point sur une option mais sur le contrat lui-même. S'il n'existait entre parties qu'une simple promesse de contrat, comment expliquer, s'interroge l'auteur, que le vendeur, dans le cas de la vente à distance de produits, fasse la livraison ? Il en conclut dans ces conditions qu'il s'agit plutôt d'un processus particulier et original de formation du contrat impliquant une dérogation au principe de la convention-loi et au principe du consensualisme ¹¹⁰.

¹⁰⁷ L'article 89 alinéa 4 ne s'applique pas en cas de ventes de produits ou de services au consommateur effectuées par un vendeur dans les salons, foires et expositions, pour autant que le paiement n'ait pas lieu au comptant et que le prix excède 8.600 fb.

¹⁰⁸ Moniteur Belge du 16 mai 1997, p. 12075

¹⁰⁹ V. SIMONART, La loi du 14 juillet 1991 et le droit des obligations, in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 82-83; J.-L. FAGNART, Le projet de loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *R.D.C.*, 1991, p. 284 et s.; L. DE BROUWER, Les ventes réglementées, in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur*, E.D.J.B., 1991, p. 94 ; L. DE BROUWER, Le délai de réflexion. Variation d'une protection dans les lois sur les pratiques du commerce et le crédit à la consommation, in *Les pratiques du commerce*, Editions de la C.U.P., Avril 1997, p. 129.

¹¹⁰ P. VAN OMMEFLAGHE, « Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : Révolution, évolution ou statu quo ? », in *Hommage à J. HEENEN*, Bruylant, Bruxelles, 1994, pp. 526 à 528.

Dans une seconde série de dispositions, un contractant dispose d'un délai après l'échange des consentements pour se rétracter. Dans ce cas, le contrat est valablement formé suite à l'échange des consentements ou à la réalisation d'une formalité prévue par la loi mais il peut être résilié par un des contractants dans un délai particulier, c'est ce que nous appellerons le droit de repentir.

Relèvent de cette catégorie :

- a. l'article 18 de la loi sur le crédit à la consommation selon lequel :
« § 1. *Sauf pour la vente à tempérament et le crédit-bail, le consommateur a le droit de renoncer au contrat pendant un délai de 7 jours ouvrables à dater de la signature du contrat.*
§ 2. *Le consommateur a le droit de renoncer au contrat pendant un délai de 7 jours ouvrables à dater de la signature du contrat, lorsque la conclusion du contrat a eu lieu en présence des deux parties en dehors de l'entreprise du prêteur ou de l'intermédiaire de crédit.* »
- b. l'article 4 § 2 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre selon lequel :
« *En cas de police présignée ou de demande d'assurance, le preneur doit disposer, sauf pour les contrats d'une durée inférieure à 30 jours, de la faculté de résilier le contrat, avec effet immédiat au moment de la notification, pendant un délai de 30 jours à compter de la réception par l'assureur de la police présignée ou de la demande.*
De son côté, l'assureur peut, sauf pour les contrats d'une durée inférieure à 30 jours, résilier le contrat dans les 30 jours de la réception de la police présignée ou de la demande, la résiliation devenant effective huit jours après sa notification. »

A première vue, le droit de repentir semble pouvoir être assimilé à une faculté de résiliation unilatérale, qui est certes dans son principe contraire au principe de la convention-loi mais n'a rien d'original. Cette faculté a déjà été notamment rencontrée dans plusieurs réglementations sur les baux ¹¹¹. On la retrouve également selon un principe général de droit dans les contrats conclus à durée indéterminée ¹¹². Dans ces

¹¹¹ Article 3 de la loi du 30 avril 1951 relative aux baux commerciaux; article 3 de la loi du 20 février 1991 relative aux baux affectés à la résidence principale du preneur; articles 6 à 14 de la loi du 4 novembre 1969 relative aux baux à ferme.

¹¹² Cass., 9 mars 1973, Pas., 1973, I, 640; Cass., 22 novembre 1973, Pas., 1974, I, 312; Anvers, 4 février 1980, *J.C.B.*, 1980, p. 456; Mons, 4 février 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 139; Bruxelles, 4 décembre 1987, *J.L.M.B.*, 1989, p. 394; Mons, 23 février 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 578; Bruxelles, 25 mai 1989, *J.T.*, 1989, p. 536; Bruxelles, 12 février 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 155; R.P.S., 1993, p. 155; Bruxelles, 10 octobre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1248. En doctrine: H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 739, littéra A ; R. DEKKERS, De la rupture des contrats à durée illimitée, note sous Gand, 16 janvier 1956, *R.C.J.B.*, 1967, p. 316; J. LIMPENS et R. KRUIHOF, Examen de jurisprudence (1964-1967). Les obligations, *R.C.J.B.*, 1969, p. 190; P. VAN OMMEFLAGHE, Examen de jurisprudence (1968-1973). Les obligations, *R.C.J.B.*, 1975, p. 619, n° 72;

contrats, une partie peut, dès qu'elle regrette avoir conclu un contrat, « se repentir » et mettre fin unilatéralement au contrat à certaines conditions.

En examinant plus attentivement ces deux dispositions, on constate toutefois que le droit de repentir instauré à l'article 18 de la loi sur le crédit à la consommation est différent d'une simple faculté de résiliation unilatérale dans la mesure où la résiliation a un caractère rétroactif et où le « délai pendant lequel on peut se repentir » a un caractère suspensif. En effet, si le droit de repentir est exercé, le contrat de crédit est censé n'avoir jamais été conclu. De plus, le contrat de crédit ne peut être exécuté que si, à l'expiration du délai de sept jours, le droit de repentir n'a pas été exercé.

Si l'on distingue de la sorte le droit de repentir de la simple faculté de résiliation unilatérale, il faut reconnaître que l'article 4 §2 de la loi sur le contrat d'assurance ne peut être qualifié de droit de repentir puisque la résiliation n'a pas d'effet rétroactif et que le délai de 30 jours accordé aux deux parties n'est pas suspensif. Il s'agit plutôt d'une faculté de résiliation unilatérale limitée dans le temps ¹¹³.

Quant au droit de repentir prévu par l'article 18 de la loi sur le crédit à la consommation, le caractère suspensif du délai permet de le rattacher au délai de réflexion.

En effet, comme dans le cas du délai de réflexion, la partie qui bénéficie du droit de repentir ne peut être obligée d'exécuter ses obligations avant l'expiration du délai. En outre, si l'autre partie exécute certaines de ses obligations, et si la partie qui bénéficie du droit de repentir ou du délai de réflexion se rétracte, il y a lieu à restitution puisque par une fiction juridique, le contrat est censé n'avoir jamais existé, n'avoir jamais été parfait ou avoir été résilié avec effet rétroactif.

Au terme d'une étude consacrée au délai de réflexion en droit français ¹¹⁴, le professeur Christianos rejette les qualifications de contrat sous condition ou à terme, et de promesse unilatérale de contrat. Après avoir examiné la théorie germanique de la *Punktation*, il

KRUIHOF, Overzicht van rechtspraak, *T.P.R.*, 1983, p. 518; T. DELAHAYE, Résiliations et résolutions unilatérales en droit commercial belge, *Bruylant*, Bruxelles, 1984, p. 121 et s.; C. PARMENTIER, observations sous Mons, 4 février 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 142; L. DEMEYERE, Rechtshandelingen ter beëindiging van overeenkomsten, dans *La fin du contrat*, *C.J.B.-A.B.J.E.*, Bruxelles, 1993, p. 21; P. JADOUL, La liquidation de la situation contractuelle, dans *La fin du contrat*, *C.J.B.-A.B.J.E.*, Bruxelles, 1993, p. 220; Y. MERCHERS, La fin des contrats de service, dans *Les contrats de services, éditions du jeune barreau de Bruxelles*, 1994, p. 288.

¹¹³ Voyez à ce sujet: J.-L. FAGNART, Dispositions communes: formation et exécution du contrat, in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre* sous la direction de M. FONTAINE et J.-M. BINON, Académia/ Bruylant, Louvain-la-Neuve, 1993, p. 55; P.H. DELVAUX et M. FONTAINE, Le nouveau régime du contrat d'assurance terrestre - Loi du 25 juin 1992, loi modificative du 16 mars 1994 et arrêtés d'exécution, *J.T.*, 1995, p. 332, n°21; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Larcier, Bruxelles, 1996, 2^{ème} édition, p. 115, n°175 et p. 116, n°177; M.A. CRIJNS, *Le droit du contrat d'assurance*, Créadif, Bruxelles 1996, p. 35.

¹¹⁴ V. CHRISTIANOS, « Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection du consommateur », *Dalloz Sirey*, ch. VIII, p. 28.

propose de dissocier la formation du contrat d'une part et son exécution d'autre part. Le contrat serait parfait dès l'échange des consentements ou dès que les formalités de validité imposées par la loi auraient été réalisées. Mais, afin de protéger le consommateur, le législateur en aurait suspendu « l'exécutabilité » durant le délai de réflexion.

Nous adhérons à cette analyse sous la réserve d'une adaptation terminologique. Pour respecter la terminologie de la loi belge, nous dirions plutôt que le contrat est valablement formé (et non pas parfait) dès l'échange des consentements ou dès que les formalités de validité imposées par le législateur ont été réalisées. Ce n'est qu'à l'expiration du délai de réflexion qu'il devient en effet parfait, dans la mesure où ce n'est qu'à partir de ce moment que l'exécution du contrat peut être exigée de la partie qui bénéficiait du délai de réflexion.

SECTION 5. SYNTHÈSE

Les dérogations apportées aux règles relatives à la formation des contrats par les législations récentes que nous avons choisi d'étudier sont très nombreuses.

Comme nous l'avons vu, ces dérogations touchent à la fois à la définition de la notion d'offre, à la détermination de l'auteur de l'offre qui conduira à la formation du contrat, à la forme que doit prendre l'offre, à son contenu, à sa durée de validité et à son destinataire. Elles concernent également la forme que doit prendre l'acceptation du destinataire de l'offre, la valeur à concéder au silence de ce dernier et la détermination du lieu et du moment où le contrat est formé.

Ces dérogations sont ici aussi justifiées par la volonté de remédier aux abus des contrats d'adhésion et d'assurer l'information et la protection de la partie qui se trouve en situation d'infériorité par rapport à celle qui a l'habitude de conclure ce type de contrat. Elles visent assurément à renforcer l'information préalable à la conclusion du contrat et à réduire la conclusion de contrats à la hâte.

Ce sont toutefois le délai de réflexion et le droit de repentir qui constituent les innovations et les dérogations les plus importantes aux principes qui régissent la formation du contrat ¹¹⁵.

Comme nous l'avons indiqué, ils se justifient par la volonté de protéger la partie faible contre la pression du professionnel.

Le renforcement des exigences au niveau des formalités ou des formes des actes préalables à la formation du contrat semblent être nécessaires pour garantir une information plus complète dans certaines transactions complexes. Le même raisonnement peut valoir également pour le renforcement des formalités relatives à l'acceptation des contrats. On peut en effet comprendre que dans l'esprit de certaines personnes le

¹¹⁵ C'est surtout à vrai dire le principe de la convention-loi qui est malmené à ce niveau.

sentiment d'être lié par un contrat ne puisse exister qu'après la signature de celui-ci ou à tout le moins après sa consécration dans un écrit ¹¹⁶.

En introduisant le mécanisme du délai de réflexion et du droit de repentir, le législateur est cependant allé beaucoup plus loin. Le sentiment d'engagement et d'irrévocabilité attaché à la signature du contrat risque en effet de disparaître.

A terme, on peut même se demander si cette nouvelle technique sera toujours à l'avantage du consommateur. Le risque existe en effet que le consommateur, habitué à signer des contrats et à s'en dégager par la suite en utilisant les mécanismes du délai de réflexion et du droit de repentir, prenne la mauvaise habitude de signer d'autres contrats sans réellement réfléchir ou en pariant sur l'existence d'un droit de repentir alors que ce droit n'existe pas.

Si, comme le prétendent les défenseurs de cette technique, un sentiment d'irrévocabilité reste attaché à la signature du contrat, n'était-il pas plutôt souhaitable de renforcer le caractère irrévocable de l'engagement en incitant la partie faible à réfléchir avant de signer et en l'invitant à refuser de signer lorsqu'elle n'a pas disposé d'un temps de réflexion suffisant.

CONCLUSION

Au terme de cette étude, on ne peut que constater les nombreuses dérogations au droit commun apportées par les législations récentes que nous avons choisi d'étudier.

Indéniablement, ces législations réduisent le champ d'application du droit commun et augmentent le nombre de régimes dérogatoires ¹¹⁷.

Peut-on alors conclure à l'émergence d'un nouveau droit commun des obligations au niveau de la formation des contrats ou à tout le moins à l'existence d'une mutation de ce droit ?

Pour répondre de façon affirmative, il faudrait à tout le moins que ces régimes dérogatoires soient susceptibles d'être interprétés de façon extensive, c'est-à-dire d'être utilisés en dehors du cadre strict de leur champ d'application. Dans l'état actuel des choses, l'on doit plutôt constater que ces régimes sont trop récents pour pouvoir se prononcer sur la possibilité d'une telle interprétation. A priori, il semble plutôt que les principes de droit commun restent applicables en général et que les régimes dérogatoires ne soient appliqués que dans les situations particulières que les lois visaient à régler. Les discussions et les controverses relatives au champ d'application de certaines lois et notamment à la définition du « consommateur » montrent cependant que la question n'est pas que théorique.

¹¹⁶ Ces dérogations entraînent néanmoins un recul du principe du respect de la parole donnée.

¹¹⁷ Cette tendance a déjà été dénoncée. Voir notamment W. VAN GERVEN, *De verkokering van het privaatrecht*, T.P.R., 1991, p. 1021.

En toute hypothèse, il nous semble cependant que deux qualités manquent actuellement à ces régimes dérogatoires pour remettre en cause le droit commun : la simplicité et la cohérence ¹¹⁸. D'une part, l'examen de ces nouvelles législations révèle un degré de complexité et d'ambiguïté qui n'est pas de nature à permettre aux personnes qui sont censées être protégées de les utiliser. D'autre part, notre étude comparative montre que les dérogations apportées au droit commun ne se retrouvent pas de la même façon dans toutes les lois et cela sans que l'on ne perçoive souvent la raison de ces différences ¹¹⁹. La question pourtant très importante du moment de la formation du contrat est à cet égard un bon exemple. Ainsi, le contrat de crédit à la consommation est **conclu par** la signature du document contenant l'offre de crédit (article 17 de la loi) tandis que, en cas de police présignée ou de demande d'assurance, le contrat d'assurance est **formé dès** la signature de ces documents (article 4 de la loi). Par ailleurs, le contrat d'organisation de voyages **prend cours** au moment où le voyageur reçoit la confirmation écrite de la réservation (article 9 de la loi) tandis que les ventes conclues en dehors de l'entreprise du vendeur ne sont **parfaites** qu'après un délai de sept jours à dater du lendemain du jour de la signature du contrat (article 88 de la loi). Les différences au niveau de la terminologie utilisée ne semblent pas toujours refléter des notions distinctes.

On en arrive même parfois à des expressions plutôt étonnantes d'un point de vue strictement juridique. On pense bien entendu à la définition de la « vente » ou du « vendeur » dans la loi sur les pratiques du commerce qui est bien éloignée de la vente du code civil. Mais aussi à titre d'exemple et de façon plus anecdotique à l'article 23 de la loi sur les contrats de voyages qui énonce que « **toute vente** par un intermédiaire de voyages d'une prestation de voyage ou de séjour ou d'une autre prestation **doit faire l'objet d'un contrat** (...) ».

Ce manque de cohérence a d'ailleurs conduit le ministre des affaires économiques à créer une Commission d'étude pour la réforme du droit de la consommation, laquelle a déposé en septembre 1995 des propositions pour une loi générale sur la protection des consommateurs ¹²⁰. Comme l'a montré les débats du colloque consacré à la

¹¹⁸ Voir à cet égard la proposition de loi 1-643/1 déposée le 20 mai 1997 par les sénateurs Vandenberghe et consorts visant à créer au sein des services du Sénat une cellule d'évaluation de la législation, laquelle contient les dix commandement pour l'élaboration d'une bonne législation.

¹¹⁹ L'origine de ces divergences semblent surtout provenir du législateur européen qui, à la recherche du consensus au niveau européen, a souvent dû sacrifier la qualité des textes. Voir à ce sujet, les rapports du colloque organisé les 5 et 6 juin 1997 à Bruxelles par l'Académie de droit de Trèves et consacré au « nouveau droit européen des contrats et la protection des consommateurs - Les concepts de la réglementation communautaire et leurs conséquences pour le droit civil national ». Voir également *The impact of European integration on Private Law - The case of the Directive on unfair terms in consumer contracts*, Rev. Eur. Dr. Privé, 1995, p. 381.

¹²⁰ Propositions pour une loi générale sur la protection des consommateurs, Rapport de la Commission d'étude pour la réforme du droit de la consommation, Ministère des affaires économiques, Bruxelles, Septembre 1995, 463 pages. Voir également à ce sujet, T. BOURGOIGNIE, Propositions pour une loi générale sur la protection des consommateurs en Belgique - En marge

présentation et à la discussion de ces propositions organisé le 14 mars 1997 à Louvain-la-Neuve par le Centre de droit de la consommation de l'U.C.L., il n'est pas certain que les propositions avancées s'intègrent facilement dans l'unité du droit privé.

En conclusion, si nous sommes peu enclin à parler d'une remise en question du droit commun des obligations au niveau de la formation du contrat, nous devons toutefois reconnaître que les législations récentes que nous avons choisi d'étudier bousculent de façon importante ce droit commun. Si elles portent atteinte sans aucun doute à l'unité du droit, il est encore toutefois trop tôt pour dire si elles pourront aller jusqu'à engendrer une mutation du droit commun.

Jean-Marc Trigaux
Version définitive au 30 septembre 1997

du rapport de la Commission d'étude pour la réforme du droit de la consommation, J.T., 1997, p. 37.

PLAN

Introduction

Chapitre 1. Les principes régissant la formation des contrats

Section 1. L'autonomie de la volonté

§ 1. Principe

§ 2. Les dérogations

A. Les règles impératives et d'ordre public

B. Les contrats types

C. Les mentions obligatoires

D. Les clauses abusives

Section 2. Le consensualisme

§ 1. Principe

§ 2. Résurgence du formalisme

A. Les ventes au consommateur conclues en dehors de l'entreprise du vendeur

B. Le contrat de crédit à la consommation

C. La vente à tempéramment

D. Le contrat de crédit hypothécaire

E. Le contrat d'assurance terrestre

F. Le contrat de courtage matrimonial

G. Les contrats de voyages

H. Le contrat d'agence commerciale

Section 3. Synthèse

Chapitre 2. La formation du contrat du point de vue dynamique

Section 1. Les pourparlers

Section 2. L'offre

§ 1. Le droit commun

§ 2. Les dérogations

A. La définition de l'offre

B. L'auteur de l'offre

C. La forme de l'offre

D. Le contenu de l'offre

E. La durée de validité de l'offre

F. Le destinataire de l'offre

Section 3. L'acceptation et la formation du contrat

§ 1. Le droit commun

§ 2. Les dérogations

A. La forme de l'acceptation

B. Le silence

C. Le moment et le lieu de la formation du contrat

Section 4. Le délai de réflexion et le droit de repentir

Section 5. Synthèse

Conclusion