

La cour d'appel a estimé que le montant réclamé de 12.177,77 EUR était excessif et qu'elle entendait le réduire. Après avoir constaté que les parties ne fournissaient aucun élément permettant à la cour [d'appel] d'évaluer ce préjudice prévisible pas plus qu'elles ne présentaient d'éléments relatifs au dommage qu'aurait réellement subi la banque, éléments qui eussent permis d'apprécier le dommage éventuel visé par les parties lors de la conclusion du contrat, la cour d'appel a estimé pouvoir réduire l'indemnité à un montant fixé *ex aequo et bono* à 2.500 EUR.

L'arrêt ne constate toutefois ni qu'il ait été impossible de fixer autrement le préjudice prévisible de la demanderesse et le montant de la réduction de la clause pénale ni que les parties n'étaient pas en mesure ou aient refusé de fournir les éléments permettant à la cour [d'appel] d'évaluer ce préjudice prévisible et partant, s'il faut considérer que l'arrêt décide légalement que l'article 33.1 du règlement des crédits de la demanderesse est une clause pénale, il ne justifie pas légalement sa décision que l'indemnité réclamée de 12.177,77 EUR est excessive et qu'elle doit être réduite à une somme fixée *ex aequo et bono* à 2.500 EUR (violation des articles 1134, 1147, 1226, 1229 et 1231 du Code civil).

## Troisième branche

(...)

## La décision de la Cour

### Quant à la première branche:

L'article 1229, 1<sup>er</sup> alinéa du Code civil dispose que la clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. Il s'en déduit que la somme stipulée à titre de clause pénale est une indemnisation forfaitaire du dommage pouvant résulter pour le créancier de l'inexécution de cette obligation. Il appartient au juge du fond d'apprécier si la somme dont cet acte stipule le paiement constitue la réparation d'un dommage ou est la contrepartie d'une faculté de résiliation unilatérale.

L'arrêt constate que "l'article 33.1 du règlement des crédits, qui régit les relations contractuelles entre les parties, donne la faculté à la banque d'imputer une 'indemnité de renonciation' dans deux hypothèses:

- soit si le crédit n'a pas été utilisé dans sa totalité dans un délai de neuf mois après son octroi,
- soit si les crédits renoncent expressément à en poursuivre l'utilisation".

Après avoir énoncé que "l'application dans ces deux hypothèses d'une indemnité qualifiée de 'renonciation' traduit la volonté de considérer que la non-utilisation du crédit durant neuf mois peut s'apparenter à une renonciation tacite", l'arrêt relève que "l'article 33.1 accorde toutefois à la banque, du simple fait de la non-utilisation du crédit au terme de neuf mois, la faculté d'imputer cette indemnité, sans qu'il soit besoin de rechercher les raisons pour lesquelles le crédit n'a pas été utilisé ou de prouver que cette absence d'utilisation s'apparente à une renonciation".

En considérant que "l'indemnité prévue à l'article 33.1 s'analyse comme une compensation financière forfaitaire pour le dommage éventuellement subi par suite de l'inexécution de

la convention de crédit", l'arrêt justifie légalement sa décision de qualifier cette stipulation de clause pénale. Le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli.

### Quant à la deuxième branche:

Lorsque, en application de l'article 1231, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>er</sup> alinéa du Code civil, le juge réduit la somme stipulée à titre de clause pénale au motif qu'elle excède manifestement le montant que les parties pouvaient fixer pour réparer le dommage résultant de l'inexécution de la convention, il peut évaluer en équité le montant de ce dommage s'il constate l'impossibilité de le déterminer autrement.

L'arrêt constate que "les parties ne fournissent [...] aucun élément permettant à la cour [d'appel] d'évaluer [le] dommage prévisible, pas plus qu'elles ne présentent d'éléments relatifs au dommage réellement subi par la [demanderesse], éléments qui permettraient d'apprécier le dommage éventuel visé par les parties lors de la conclusion du contrat, [que] le préjudice qui pouvait être prévu par les parties lors de [cette conclusion] à raison de la vraisemblable non-utilisation des fonds mis à disposition pendant un certain délai devait, en raison des circonstances, être minime [et qu'] en l'absence d'autres éléments, la cour [d'appel] estime pouvoir réduire l'indemnité à une somme fixée *ex aequo et bono* à 2.500 EUR".

L'arrêt, qui indique ainsi la raison pour laquelle l'évaluation du montant auquel la somme stipulée doit être réduite ne peut avoir lieu qu'en équité, justifie légalement sa décision. Le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli.

(...)

Par ces motifs,

La Cour

Rejette le pourvoi;

Condamne la demanderesse aux dépens.

Les dépens taxés à la somme de 647,07 EUR envers la partie demanderesse.

## Note – Le contrat, la clause pénale, le juge et l'équité

**1 Introduction.** Les arrêts rendus par la Cour de cassation le 28 avril 2011 et le 7 septembre 2012, reproduits ci-dessus, sont intéressants à un double titre. Ils apportent, tout d'abord, certaines précisions quant au régime d'une clause extrêmement fréquente en pratique: la clause pénale. Ils permettent aussi d'illustrer la place que le droit positif réserve à l'équité en matière contractuelle: transposant en droit belge les propos paradoxaux que tenait R. Cabrillac dans la préface de l'ouvrage de Chr. Albiges consacré à la place de l'équité en droit privé français, on peut affirmer que celle-ci est "nulle part et partout"<sup>1</sup>.

Nulle part, car la précellence qui doit revenir à la loi et à la volonté commune des parties contractantes

1. R. CABRILLAC, préface de l'ouvrage de Chr. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, Paris, LGDJ, 2000.

bannit toute référence à l'équité: l'arrêt du 7 septembre 2012 le confirme.

Partout néanmoins, car "au-delà de textes de plus en plus fréquents qui l'évoquent, l'équité imprègne par capillarité l'ensemble de notre droit positif"<sup>2</sup>: l'arrêt du 28 avril 2011 le corrobore.

C'est sur la place de l'équité en matière contractuelle que nous focaliserons nos propos. Si le juge ne peut statuer en équité (section 1), des exceptions de plus en plus nombreuses viennent toutefois tempérer ce principe. L'équité se voit alors assigner un rôle précis: tantôt elle remplit une fonction complétive, tantôt elle vient corriger la rigueur de la règle légale (section 2)<sup>3</sup>.

## Section 1. En règle, le juge ne peut statuer en équité

**2 La primauté de la loi.** Doctrine et jurisprudence rappellent régulièrement la prévalence de la volonté du législateur sur les considérations d'équité qui peuvent animer les tribunaux: "*Dura lex, sed lex*"<sup>4</sup>.

Il y va, non seulement de la séparation des pouvoirs, mais aussi de l'indispensable sécurité juridique<sup>5</sup>. En raison de son caractère général et abstrait et de la publicité qui l'entoure, la loi est la source de droit la plus apte à rencontrer cette préoccupation fondamentale. Pour reprendre les fortes paroles de F. Laurent, qui vouait certes un culte excessif au texte de la loi, "l'équité ne fait pas droit, en ce sens qu'elle l'emporte sur le droit. Au contraire, quand le droit a parlé, l'interprète ne peut plus écouter l'équité: le juge n'est point le ministre de l'équité, il est l'organe et l'esclave de la loi"<sup>6</sup>. Seule la contrariété de la loi à des normes supérieures tirées du droit international directement applicable<sup>7</sup> ou de la Constitution<sup>8</sup> peut justifier son refus d'application par le juge.

La Cour de cassation veille au grain. Dans un arrêt du 28 janvier 1967, elle déclare ainsi que "des raisons d'équité, à les supposer réelles, ne sauraient prévaloir contre la loi"<sup>9</sup>.

Une application intéressante de cette primauté du prescrit légal peut être trouvée dans l'arrêt de la Cour de cassation du 25 avril 1963. En l'espèce, les parties litigantes, qui conduisaient chacune une voiture, étaient entrées en collision par suite de fautes concurrentes. Le juge du fond avait condamné chaque conducteur à réparer l'intégralité du dommage subi par l'autre. Saisie d'un pourvoi pris entre autres de la violation des articles 1382 à 1384 du Code civil, la

Cour de cassation commence par énoncer la règle de droit qui gouverne l'hypothèse du partage des responsabilités: "En vertu de l'article 1382 du Code civil, qui régit la responsabilité aquilienne, celui qui par sa faute cause un dommage à autrui ne peut être tenu à la réparation entière du dommage souffert par la victime lorsque ce dommage a aussi pour cause une faute concurrente de ladite victime." Il s'ensuit que "le juge n'a pu, sans violer la disposition légale sur laquelle étaient fondées les actions qui lui étaient déférées, condamner sous prétexte d'équité, chacune des parties à payer à l'autre le montant total des dégâts causés au véhicule de celle-ci"<sup>10</sup>.

Même les principes généraux de droit fondés sur l'équité ne peuvent servir de prétexte aux juges pour statuer à tous égards en équité. La Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler dans un arrêt du 7 septembre 2001, concernant la prohibition de l'enrichissement sans cause. Pour la Cour, "lorsque le bail est déjà expiré au moment où le preneur se désiste de sa demande, celui-ci doit payer au bailleur une indemnité d'occupation fixée en tenant compte de l'appauvrissement du bailleur et de l'enrichissement du preneur; (...) en décidant qu'il appartient au juge de fixer en équité l'indemnité due compte tenu, notamment, des possibilités financières du preneur, les juges d'appel ont méconnu le principe général du droit"<sup>11</sup>.

## 3 La sauvegarde du principe de la convention-loi.

La défiance de la doctrine et de la jurisprudence à l'endroit de l'équité s'observe particulièrement dans le champ des obligations contractuelles: le juge doit respecter la loi des parties, dès lors que celle-ci ne transgresse pas l'ordre public, les bonnes mœurs ou des dispositions légales impératives.

H. De Page y insiste avec force: "Aucune considération d'équité, quelque justifiée qu'elle soit, ne peut autoriser les juges, soit d'office, soit à la demande de l'une des parties, à modifier la teneur d'une convention."<sup>12</sup>

Cette intransigeance est commandée par le principe de la convention-loi<sup>13</sup> et plus fondamentalement par la sauvegarde de la sécurité juridique. Aussi la Cour de cassation se montre-t-elle implacable envers les décisions qui, sous couleur d'équité, évincent l'application d'une convention, dans des hypothèses où le

2. *Id.*, *ibid.*

3. Sur ce vaste sujet, voy. P.-A. FORIERS, "Réflexions sur l'équité et la motivation des jugements" (note sous Cass. 19 février 1955), *RCJB* 1956, pp. 88 et s.; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 2<sup>ème</sup> éd., 1962, pp. 20 et s.; J. RENAULD, "L'équité en droit belge" in *Rapports belges au VIII<sup>ème</sup> Congrès international de droit comparé*, Institut belge de droit comparé, Bruxelles, 1970, pp. 61 et s.; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (Fraus omnia corrumpit)*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 842 et s., ainsi que notre étude à paraître dans l'ouvrage collectif *Les sources du droit revisitées*, Anthémis, 2013.

4. A propos de cet adage, voy. H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 1999, 4<sup>ème</sup> éd., pp. 186 et s.

5. À propos de ce principe d'exclusion de l'équité en droit français, voy. Chr. ALBIGES, *o.c.*, 2000, pp. 85 et s.

6. *Cours élémentaire de droit civil*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, Paris, Librairie A. Marecq, 1<sup>ère</sup> éd., T. I, 1881, p. 58.

7. Cass. 27 mai 1971, *Pas.* 1971, I, p. 886.

8. Le juge peut ou doit – selon les cas – saisir par question préjudicielle la Cour constitutionnelle afin de lui demander si la disposition légale dont l'application lui est demandée n'enfreint pas une des libertés publiques inscrites au titre II de la Constitution, une règle répartitionnaire de compétences consacrée par la Constitution ou prise en vertu de celle-ci, ou encore les articles 170, 172 ou 191 de la Constitution.

9. Cass. 28 janvier 1967, *Pas.* 1967, I, p. 650, note. Pour d'autres exemples, voy. J. RENAULD, *o.c.*, 1970, pp. 89 et s.

10. Cass. 25 avril 1963, *Pas.* 1963, I, p. 902.

11. Cass. 7 septembre 2001, *Pas.* 2001, p. 1344.

12. H. DE PAGE, *Traité*, T. 2, 3<sup>ème</sup> éd., 1964, p. 454.

13. Cass. 3 février 1950, *Pas.* 1950, I, p. 380: "En refusant d'appliquer une stipulation claire et précise, pour le motif que l'équité serait lésée, l'arrêt attaqué a violé l'article 1134 du Code civil."

législateur n'habilite pas les juges du fond à statuer en équité<sup>14</sup>.

La Cour se montre inflexible, même dans des hypothèses où la situation d'une partie aurait pu inspirer de la commisération.

**4 Applications jurisprudentielles.** Dans un arrêt du 31 octobre 1935, la Cour a ainsi censuré la décision d'un juge du fond qui avait repoussé pour partie l'action en paiement d'une prime d'assurance pourtant exigible. Le juge avait condamné le débiteur au paiement du quart de la somme due, au motif que "l'équité serait lésée si, au cours de la crise économique, le défendeur était tenu de payer un risque inexistant". Ce faisant, estime la Cour, "sans constater une cause légale d'annulation ou de suspension d'un contrat régulier, le jugement attaqué a violé l'article 1134 du Code civil"<sup>15</sup>.

Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 19 novembre 1982, le juge du fond avait décidé la résiliation d'un contrat d'assurance à compter de la prochaine échéance aux motifs que "l'équité commande de résilier la police d'assurance à partir de la prochaine échéance aux torts de la défenderesse, compte tenu de ce que son mari l'a définitivement abandonnée pendant leur nuit de noces, qu'elle est sans ressources et ne peut subsister que grâce aux secours que lui alloue le CPAS de Genk et enfin que, en raison du non-paiement des primes dans les délais prévus, elle ne pourra prétendre à d'éventuelles prestations de la part de la demanderesse". La cassation était inéluctable. Pour la Cour, "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi aux parties; (...) elles ne peuvent être résiliées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise; (...) elles doivent être exécutées de bonne foi et sans abus de droit, mais (...) des motifs d'équité ne constituent pas en soi une cause légale de résiliation ou de résolution d'un contrat, en l'espèce un contrat d'assurance"<sup>16</sup>.

Selon un autre arrêt, du 30 novembre 1989, le juge du fond qui déclare non fondée l'action en paiement de primes d'assurance méconnaît la force obligatoire du contrat, si le preneur avait résilié celui-ci après le délai prévu par les conditions générales. Pour le juge du fond, "il échet, dans ce genre d'affaire, de faire la part des choses, et de raisonner, en n'ayant pas exclusivement à l'esprit le sens strict du droit mais aussi un souci certain d'équité et d'approche des réalités (...) et (...) (la demanderesse) ne fait état d'aucun préjudice". Pour la Cour de cassation, qui rappelle les termes de l'article 1134, "des motifs 'd'équité' ou d' 'approche des réalités' ne peuvent dispenser l'une des parties d'observer (les conventions légalement formées)"<sup>17</sup>.

D'autres arrêts ont été l'occasion pour la Haute Juridiction de rappeler l'immuabilité de principe des

pensions alimentaires entre époux prévues dans les conventions préalables à divorce par consentement mutuel. L'arrêt du 15 octobre 1987<sup>18</sup> est, à cet égard, exemplaire. En l'espèce, le tribunal civil de Namur avait décidé de mettre fin à la pension alimentaire, prévue au profit de l'ex-épouse, en raison de son remariage et cela, bien que le contrat fût, sur ce point, muet. Le tribunal avait motivé sa décision comme suit: "Le maintien de la pension alimentaire après le remariage de la (demanderesse) est contraire à l'équité qui, ainsi que le rappelle l'article 1135, est une source de droit (...); l'équité est en effet source de droit non seulement lorsque le législateur le précise (...) mais également chaque fois qu'en raison de sa généralité, le droit strict pèse trop lourdement sur les espèces particulières." La Cour censura ce jugement après avoir rappelé les termes de l'article 1134, 1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup> alinéas du Code civil: elle précisa que les conventions "doivent être exécutées de bonne foi et sans abus de droit, mais que des considérations d'équité ne sauraient autoriser les juges à modifier la teneur d'une convention"<sup>19</sup>.

Relevons un dernier arrêt de la Cour de cassation, en date du 29 octobre 1964, duquel il ressort que le juge ne peut, sans violer la force obligatoire des conventions légalement formées, estimer les dommages-intérêts dus par le débiteur en réparation du dommage consécutif au retard mis à exécuter le contrat, en fonction de la clause pénale convenue entre les parties et simultanément en équité<sup>20</sup>.

**5 L'arrêt du 7 septembre 2012.** L'arrêt de la Cour de cassation du 7 septembre 2012, reproduit ci-dessus, s'inscrit dans cette jurisprudence.

En l'espèce, un contrat de bail prévoyait une clause pénale à charge du locataire en cas de résolution de la convention à ses torts. Il n'en contenait pas à son profit. Le juge du fond estima toutefois devoir en faire bénéficier aussi le preneur en raison, d'une part, du caractère synallagmatique du contrat et, d'autre part, de l'équité.

La décision est cassée: "*De appelrechters die vaststellen dat de huurovereenkomst een schadebeding bevat in geval van ontbinding van de overeenkomst ten laste van de huurder en oordelen dat dit beding ook moet worden toegepast in geval van ontbinding te laste van de verhuurder, omdat dit beding dat 'eenzijdig (is) geformuleerd in het voordeel van de verhuurder', ook kan worden toegepast ten voordele van de huurder 'wegens het wederkerig karakter van de overeenkomst, en gelet op de billijkheid (art. 1135 BW)', verantwoord hun beslissing niet naar recht.*"

On ne peut qu'approuver cet arrêt: il n'appartient pas au juge de combler ce qu'il estime être une lacune du contrat, sous prétexte de l'équité.

14. P. VAN OMMEFLAGHE, "La Cour de cassation et le droit des obligations conventionnelles", *JT* 2007, p. 659.

15. Cass. 31 octobre 1935, *Pas.* 1936, I, p. 22.

16. Cass. 19 novembre 1982, *Pas.* 1983, I, p. 342.

17. Cass. 30 novembre 1989, *Pas.* 1990, I, p. 392.

18. *Rev.not.b.* 1988, p. 48, note J.E., *Pas.* 1988, I, p. 177.

19. Voy. aussi Cass. 31 octobre 1991, *JT* 1992, p. 75.

20. Cass. 29 octobre 1964, *Pas.* 1965, I, p. 217.

Soit dit en passant, le législateur peut évidemment imposer aux parties la réciprocité d'une clause pénale. Ainsi la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur impose-t-elle à l'entreprise, qui a prévu une clause pénale pour sanctionner les fautes de son cocontractant consommateur, de prévoir "une indemnité du même ordre" à charge de cette entreprise, si elle n'exécute pas ses obligations. Si les parties ont négligé de le faire, l'article 74, 17° déclare cette clause pénale abusive et partant, nulle<sup>21</sup>.

## Section II. Quelques hypothèses où le juge peut statuer en équité

**6 Introduction.** Le droit positif belge est loin de jeter complètement l'anathème sur l'équité.

L'idée même d'équité imprègne ainsi de nombreuses théories jurisprudentielles. L'équité n'agit alors pas à visage découvert: elle opère sous le couvert d'autres notions juridiques, telles que la faute aquilienne, le principe de l'exécution de bonne foi des conventions ou les bonnes mœurs. L'équité est aussi à l'origine de principes généraux du droit, dégagés par la jurisprudence<sup>22</sup>. Les exemples tirés du droit des obligations ne manquent pas pour illustrer notre propos: il suffit de songer au principe général de droit prohibant l'abus de droit, à celui de l'exception d'inexécution ou à celui interdisant l'enrichissement sans cause.

Nous ne développerons pas ces manifestations discrètes de l'équité, dont l'étude excéderait le cadre limité de cette annotation<sup>23</sup>.

Nous insisterons, en revanche, sur les hypothèses dans lesquelles le législateur autorise ouvertement le juge à statuer en équité (A). L'équité joue alors deux rôles: tantôt correcteur, tantôt supplétif (B).

### A. La présence de l'équité dans les textes légaux

**7 La place de l'équité dans les travaux préparatoires du Code civil.** On exagère à peine en affirmant qu'il n'est pas une page des travaux préparatoires des articles relatifs aux obligations qui ne fasse référence à l'équité.

Commentant les dispositions relatives aux conventions, Bigot-Préameneu déclare: "Elles seraient bien mal entendues les dispositions du Code civil relatives aux contrats, si on les envisageait autrement que comme des règles élémentaires d'équité, dont toutes les ramifications se trouvent dans les lois romaines. C'est là que sont les développements de la science du juste et de l'injuste."<sup>24</sup>. Un peu plus loin, abordant la

présentation des conditions requises pour la validité des conventions, il affirme: "Ces règles, comme toutes celles qui concernent les conventions, ont été prises dans la nature même des choses, c'est-à-dire dans l'inspiration de l'équité, si on peut s'exprimer ainsi. L'équité ne peut reconnaître comme obligatoire une convention, si la partie qui s'engage n'y a pas consenti, si elle est incapable de contracter, s'il n'y a pas un objet certain qui forme la matière de l'engagement, si cet engagement n'a pas une cause, si cette cause n'est pas licite."<sup>25</sup>. Quant aux règles d'interprétation des conventions, consignées aux articles 1156 et suivants, elles sont présentées comme des "axiomes (...) invariables comme l'équité qui les a dictés"<sup>26</sup>. Dans son rapport au tribunal, Jaubert déclare de son côté: "Le peuple français aura (...) aussi les lois les plus sages sur les transactions: car ces lois ne sont que des conséquences déduites de la nature des choses, le développement des notions du juste et de l'injuste; elles ne sont que l'équité naturelle appliquées aux divers besoins des hommes". Et quelques lignes plus loin, louant le travail des jurisconsultes romains dans la partie des contrats "chef-d'œuvre de la raison humaine", il ajoute: "le droit n'est que l'analyse de ce qui est équitable et bon. Ce ne sont pas les conventions humaines qui peuvent créer les idées du juste et de l'injuste. Ces idées sont dans la conscience de l'homme probe et éclairé. La science du droit consiste donc à discerner les rapports que les conventions ont avec l'équité"<sup>27</sup>. Quant à Mouricault, achevant son discours prononcé devant le Corps législatif, il discerne dans les articles 1101 à 1369 des "dispositions, parfaitement liées entre elles, (...) toutes fondées sur la raison et l'équité"<sup>28</sup>.

### 8 La place de l'équité dans les dispositions du Code civil.

Cette ubiquité de l'équité dans les travaux préparatoires contraste avec la relative discrétion de la notion dans les textes mêmes du Code. Tout au plus peut-on faire état de trois textes, qui ne présentent, au demeurant, qu'un intérêt pratique fort modeste<sup>29</sup>.

Il y a, tout d'abord, lieu de citer l'article 565 concernant le droit d'accession relativement aux choses mobilières qui dispose que: "Le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle (1<sup>er</sup> al.). Les règles suivantes serviront d'exemple au juge pour se déterminer, dans les cas non prévus, suivant les circonstances." Ensuite, l'article 1854, devenu depuis lors

21. P. WÉRY, *Droit des obligations*, Volume I, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2<sup>ème</sup> éd., 2011, pp. 722 et s.

22. J. RENAULD, o.c., 1970, pp. 108 et s.; J. RENAULD, "Principes généraux du droit et équité" in *Mélanges W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, T. 2, 1972, pp. 879 et s.

23. Sur ce point, voy. notre étude à paraître in *Les sources du droit revisitées*, 2013, n<sup>os</sup> 26 et s.

24. BIGOT-PRÉAMENEU, in LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, T. 1, Bruxelles, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, 1836, p. 148, n<sup>o</sup> 4.

25. BIGOT-PRÉAMENEU, in LOCRÉ, o.c., T. 6, 1836, p. 150, n<sup>o</sup> 8. Voy. aussi p. 152, n<sup>o</sup> 28, duquel il ressort que "l'équité ne permet pas que l'engagement subsiste" lorsque la cause n'existe pas ou est fautive.

26. BIGOT-PRÉAMENEU, in LOCRÉ, o.c., T. 6, 1836, p. 156, n<sup>o</sup> 50.

27. P. 239, n<sup>o</sup> 51.

28. LOCRÉ, o.c., T. 6, 1836, p. 258, n<sup>o</sup> 57.

29. La différence est notable avec le nouveau Code civil hollandais, dont le livre 6, consacré à la partie générale du droit des obligations contient, parmi ses dispositions générales, un article 2, 1<sup>er</sup> alinéa, rédigé en ces termes: "Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid." Le 2<sup>ème</sup> alinéa ajoute: "Een tussen hen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn."



l'article 31 du Code des sociétés, aux termes duquel "Si les associés sont convenus de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des parts, ce règlement ne peut être attaqué s'il n'est évidemment contraire à l'équité. Nulle réclamation n'est admise à ce sujet, s'il s'est écoulé plus de trois mois depuis que la partie qui se prétend lésée a eu connaissance du règlement, ou si ce règlement a reçu de sa part un commencement d'exécution." Enfin et surtout, l'article 1135 qui dispose que: "Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature."<sup>30</sup>.

## 9 L'équité dans les lois postérieures au Code civil.

On assiste, depuis plusieurs décennies, à une montée en puissance de l'équité dans les textes légaux.

Les exemples ne manquent pas (voy. *infra*, n<sup>os</sup> 12 et 18). Bornons-nous ici à citer une seule disposition: l'article 12 de la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale, aux termes duquel: "L'agent commercial n'a pas droit à la commission visée à l'article 10 si celle-ci, en vertu de l'article 11, est due à l'agent commercial précédent, à moins qu'il ne résulte des circonstances qu'il est équitable de partager la commission entre les agents commerciaux."

Pour se faire une représentation fidèle de la réalité du droit belge, on devrait aller au-delà des textes légaux qui font référence *expressis verbis* à l'équité. De nombreuses lois modernes prennent racine dans celle-ci, sans pour autant que la notion même d'équité apparaisse dans le texte de leurs dispositions. Il suffit de songer aux législations qui visent à protéger la partie faible au rapport contractuel (travailleur salarié, fermier, consommateur, ...) <sup>31</sup>. En cherchant à restaurer un certain équilibre dans la relation contractuelle, le législateur essaye de remédier aux imperfections du contrat où une partie, profitant de sa position de force, a dicté sa loi à l'autre. Les dispositions légales qui déclarent abusives divers types de clauses figurant dans les contrats entre professionnels et consommateurs s'inspirent, à l'évidence, de l'équité: la liste noire de clauses abusives contenue à l'article 74 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur en est une excellente illustration.

## B. Les fonctions de l'équité

**10 Introduction.** Peut-on dégager des lignes de force de ces lois qui contiennent une référence expresse à

l'équité? À bien y regarder, il semble que celle-ci se voit assigner un double rôle<sup>32</sup>.

L'équité peut habiller le juge à modérer, à corriger la rigueur d'une solution légale ou d'une disposition contractuelle: elle assume en ce cas une fonction correctrice (§ 1<sup>er</sup>). Elle peut aussi autoriser le juge à compléter l'œuvre du législateur ou l'accord des parties, dans un cas particulier: l'arrêt de la Cour de cassation du 28 avril 2011 illustre cette fonction supplétive de l'équité (§ 2).

### § 1<sup>er</sup>. La fonction correctrice de l'équité

**11 Équité et non pas arbitraire.** Le législateur peut investir les juges d'un pouvoir modérateur, lorsque l'application trop stricte du droit heurterait l'équité.

Les textes de loi investissant les juges du pouvoir de statuer en équité ont tendance à se multiplier. Cette équité n'est toutefois pas la porte à l'arbitraire, car le législateur veille à subordonner l'exercice de ce pouvoir à des conditions, plus ou moins contraignantes selon les cas. Comme l'énonce également la Cour de cassation, "la faculté, pour le juge, de statuer en équité ne peut légalement fonder une notion inexacte des relations juridiques existant entre les parties"<sup>33</sup>.

Pour illustrer ce pouvoir modérateur et les limites qu'il subit, nous examinerons brièvement les articles 1244, 2<sup>ème</sup> alinéa et 1386bis du Code civil, ainsi que l'article 7 de la loi du 2 août 2002 visant à lutter contre les retards de paiement dans les transactions commerciales.

**12 Le délai de grâce.** Aux termes de l'article 1244 du Code civil, 1<sup>er</sup> alinéa: "Le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette même divisible." "Cette interdiction, que commande le principe de la convention-loi, est toutefois tempérée dans le 2<sup>ème</sup> alinéa, qui autorise le juge à octroyer au débiteur un délai de grâce.

Les travaux préparatoires du Code insistent sur la *ratio legis* de cette disposition. Jaubert plaidait en faveur de ce tempérament avec emphase: "La justice n'est-elle pas aussi l'équité naturelle? L'humanité n'a-t-elle pas ses droits? On craint l'arbitraire des juges; mais la conscience des juges ne doit-elle pas servir de garantie à la loi? La loi n'a-t-elle pas besoin de se reposer sur la responsabilité morale des juges? Suivant la jurisprudence, les juges étaient autorisés, selon les circonstances, à accorder quelque délai. Aurions-nous pu changer ce point de législation dans notre code, où le peuple français veut trouver à chaque page l'équité à côté de la justice?"<sup>34</sup>.

Cette disposition éminemment favorable au débiteur

30. C. DELFORGE, "Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature" in *Droit des obligations*, Limal, Anthémis, 2011, pp. 7 et s.

31. Voy. H. DE PAGE, *Traité*, T. 1, 1962, p. 27: "Le besoin de justice – l'équité – est fondamentalement orienté vers l'individuel; c'est le *jus suum cuique*, l'attribution à chacun selon ses œuvres, le faible protégé contre le fort, même si le fort est 'dans son droit'."

32. Voy. à ce sujet les développements de Chr. ALBIGES, o.c., 2000, pp. 167 et s.

33. Cass. 20 février 1947, *Pas.* 1947, I, p. 80. En l'espèce, le juge du fond avait

écarté une action en réintégration de lieux loués fondée sur un arrêté-loi du 12 mars 1945, en s'appuyant sur une citation entachée d'une erreur évidente. Pour la Cour, le juge "devait redresser une erreur aussi évidente, d'autant que le demandeur avait produit le bail"; aussi "en tenant le bail litigieux pour renouvelé par tacite reconduction, le jugement attaqué (avait) méconnu la foi due à l'acte de bail".

34. LOCRÉ, o.c., T. 6, 1836, pp. 208-209, n° 16. Voy. aussi BIGOT-PRÉAMENEU, in LOCRÉ, o.c., T. 6, 1836, p. 169, n° 122 (les juges font "acte d'humanité" en accordant des délais modérés).

n'équivaut pas à un blanc-seing qui serait accordé aux tribunaux.

Les auteurs du code imposent, en effet, aux juges de faire preuve de prudence. Pour reprendre les termes de la loi, ils ne doivent accorder que des délais "modérés", "avec une grande réserve", en ayant égard aux délais dont le débiteur a déjà usé. Par ailleurs, seuls les débiteurs malheureux et de bonne foi méritent l'indulgence des magistrats.

La jurisprudence rappelle, au demeurant, que "si le juge peut accorder des délais pour le paiement de la dette, il ne peut toutefois pas exonérer le débiteur de ce paiement"<sup>35</sup>. Il en va de même pour les facilités de paiement prévues par la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation. Aussi, en limitant l'obligation du débiteur issue d'un contrat de crédit au paiement d'une partie des intérêts en cours, le juge du fond méconnaît-il la force obligatoire de la convention<sup>36</sup>.

**13 L'article 1386bis du Code civil.** Unique disposition du Titre IVbis "De la réparation du dommage causé par les anormaux", l'article 1386bis introduit dans le Code civil par une loi du 16 avril 1935, porte que: "Lorsqu'une personne se trouvant en état de démence, ou dans un état grave de déséquilibre mental ou de débilité mentale la rendant incapable du contrôle de ses actions, cause un dommage à autrui, le juge peut la condamner à tout ou partie de la réparation à laquelle elle serait astreinte si elle avait le contrôle de ses actes (1<sup>er</sup> al.). Le juge statue selon l'équité, tenant compte des circonstances et de la situation des parties (2<sup>ème</sup> al.)."

Cette disposition permet de venir en aide aux victimes d'actes dommageables objectivement illicites qui ont été causés par des personnes dépourvues de la capacité de discernement au moment des faits. Plongeant ses racines dans l'équité, ce texte est d'application facultative pour le juge. Non seulement, le tribunal n'est pas tenu d'allouer une indemnité à la victime, mais en plus, s'il décide de faire droit à la demande, il en détermine librement le montant.

Dans son arrêt du 13 septembre 1977, la Cour de cassation a été confrontée à une intéressante question portant, d'une part, sur les pouvoirs du juge saisi d'une demande de réparation fondée sur l'article 1386bis et, d'autre part, sur le champ d'application du délai de grâce prévu par une autre disposition d'équité: l'article 1244, 2<sup>ème</sup> alinéa du Code civil.

En l'espèce, la Cour militaire avait condamné l'auteur d'un incendie criminel, interné par application de la loi de défense sociale, à payer des indemnités importantes à la partie civile. La Cour n'avait pas octroyé de délai pour l'exécution de cette condamnation, au motif que l'article 1244 ne concernerait que les obligations conventionnelles. Le pourvoi pris, entre autres,

de la violation des articles 1244 et 1386bis est accueilli au motif que le pouvoir conféré par ce dernier texte de statuer en équité "inclut celui d'accorder des délais pour le paiement de la réparation fixée selon l'équité". Restait à savoir si les conditions restrictives auxquelles l'article 1244 subordonne l'octroi du délai de grâce gouvernent aussi une condamnation à réparation fondée sur l'article 1386bis. On aurait pu le penser, à la lecture de la note F.D.<sup>37</sup> accompagnant l'arrêt: l'article 1244 constituerait "une application, dans (*le*) domaine (*des obligations contractuelles*), d'un principe plus général d'équité, fondé sur un sentiment d'humanité au profit des débiteurs malheureux (...), dont le juge peut et même doit tenir compte lorsqu'il statue par application de l'article 1386bis du même code". La Cour écarta cependant cette interprétation, en se fondant sur la place de l'article 1244 dans le code: ce texte ne s'appliquant qu'aux obligations conventionnelles, les conditions restrictives que le législateur fixe pour l'octroi d'un délai de grâce ne peuvent "restreindre le pouvoir accordé par l'article 1386bis"<sup>38</sup>.

**14 Le pouvoir de révision judiciaire prévu par la loi du 2 août 2002.** Le dispositif prévu par la loi du 2 août 2002 pour lutter contre les retards de paiement dans les transactions commerciales (mise en demeure, intérêts de retard, indemnisation pour les frais de recouvrement) est supplétif de volonté. Il est donc loisible aux parties d'y déroger. Si la liberté contractuelle est étendue, elle n'est cependant pas sans limites. Dans certaines hypothèses, en effet, un débiteur, profitant de sa position de force, pourrait être tenté d'abuser de son pouvoir de négociation et subordonner son accord à la transaction à l'admission d'une clause draconienne, qui serait contraire aux articles 4 à 6. Pour tenter d'obvier à ces abus, l'article 7, 1<sup>er</sup> alinéa dispose que: "Toute clause contractuelle qui déroge aux dispositions du présent chapitre sera révisée par le juge, à la demande du créancier, lorsque, compte tenu de tous les éléments du cas d'espèce, y compris les bonnes pratiques et usages commerciaux et la nature des produits ou des services, elle constitue un abus manifeste à l'égard du créancier (...)".

Le législateur investit ainsi le juge d'un "pouvoir modérateur"<sup>39</sup>: celui-ci est habilité à substituer à la clause litigieuse ce que la loi appelle des "conditions équitables". Le juge peut, par exemple, diminuer le délai conventionnel de paiement, augmenter le taux d'intérêt moratoire ou encore majorer la clause pénale relative aux frais de recouvrement.

Bien que le contrôle des juges soit, avant tout, d'équité, le législateur a fixé certaines balises qui permettent de réduire le risque d'arbitraire. Ainsi tout abus à l'égard du créancier n'est-il pas sanctionné. Seul celui qui est

35. Cass. 19 juin 1986, *Pas.* 1986, I, p. 1295, *JT* 1987, p. 163, *RW* 1987-88, p. 1503, note A. VAN OEVELEN; Cass. 25 octobre 1990, *Pas.* 1991, I, p. 208.

36. Cass. 15 juin 2006, *RGDC* 2009, p. 40.

37. Initiales de l'avocat général Frédéric Dumon, qui avait conclu dans cette affaire.

38. *Pas.* 1978, I, p. 41, note F.D.

39. Selon les termes du représentant du ministre de la Justice (Rapport P. Lano, p. 21).

manifeste peut être stigmatisé par le tribunal. Celui-ci ne peut donc exercer son pouvoir de révision qu'avec une extrême circonspection: ce n'est que si, à l'évidence, la clause est, pour tout homme raisonnable, répréhensible que le juge l'adaptera pour y substituer des "conditions équitables". Par ailleurs, le juge ne peut sanctionner d'office l'abus manifeste du débiteur: il n'agit qu'à la demande du créancier. Enfin, le législateur a fixé un plafond que le juge ne peut franchir en cas d'abus manifeste: les "conditions équitables" que le tribunal détermine ne peuvent pas accorder au créancier plus de droits que ceux que lui reconnaissent les articles 4 à 6<sup>40</sup>.

## § 2. La fonction supplétive de l'équité

**15 La fonction supplétive de l'équité dans la détermination du contenu du contrat: l'article 1135 du Code civil.** L'accord des parties contractantes est rarement complet. Les lacunes y sont monnaie courante. Si les parties ne parviennent pas à résoudre ces difficultés à l'amiable, elles s'en remettent au juge. Celui-ci tentera, tout d'abord, de dégager leur volonté commune, comme le lui impose l'article 1156 du Code civil; il sera, le cas échéant, amené à faire application des règles d'interprétation particulières (art. 1157 et s., art. 1602, 2<sup>ème</sup> al., 1988 et 1989 C.civ., ...). S'il s'avère que ces principes d'interprétation ne lui sont d'aucun secours, le juge ne sera pas pour autant voué à l'impuissance. L'article 1135 lui offre les ressources nécessaires pour combler les lacunes du contrat: les conventions obligent aussi "à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature".

L'équité se voit ainsi assigner une fonction supplétive<sup>41</sup>. Comme l'énonce un arrêt de la Cour de cassation du 8 janvier 1886<sup>42</sup>, "l'appréciation des principes d'équité et des suites qu'ils doivent donner à une obligation d'après la nature de celle-ci, ainsi que la reconnaissance de la commune intention des contractants rentrent dans la mission exclusive du juge du fond". Sa décision est, partant, souveraine à cet égard<sup>43</sup>.

Le "forçage"<sup>44</sup> du contrat à l'aide de l'article 1135 est assez fréquent en droit français. La jurisprudence a ainsi dégagé de ce texte diverses obligations, telles des obligations de sécurité, de renseignement, de conseil, d'information ou encore de réparation<sup>45</sup>.

La jurisprudence belge est nettement moins fournie, sans pour autant être inexistante.

Un jugement rendu par le tribunal de commerce de Tournai le 24 mars 1966 mérite une attention toute particulière<sup>46</sup>. En l'espèce, le tribunal décide que dans le silence du contrat de vente d'arbres ou d'une coupe de bois entre un propriétaire et un marchand, "le pro-

priétaire vendeur doit à l'acquéreur de coupe, une voie de vidange normale en cas d'enclave et sans qu'il soit besoin de mise en demeure, car cette obligation constitue pour lui, une obligation tacite accessoire à la vente; que s'il s'en désintéresse, il n'est pas fondé à réclamer des dommages-intérêts à l'acheteur, car il n'y a pas de faute dans le chef de celui-ci, lorsqu'il ne respecte pas l'échéance stipulée conventionnellement". La décision est particulièrement intéressante, car soucieux de convaincre, le tribunal ne se fonde pas exclusivement sur l'équité. En effet, "le principe, ainsi admis, a pour lui, à la fois le droit, l'équité et la logique". Le tribunal s'en explique en termes excellents: "*Le droit d'abord*, car toutes les conventions doivent être exécutées de bonne foi conformément à l'article 1134, 3<sup>ème</sup> alinéa du Code civil, et le code a fait une application marquante de ce principe, dans l'article 1135 du Code civil: tout le contenu d'un contrat ne se trouve pas seulement dans sa lettre. Le contrat comporte en plus toutes les suites que l'équité ou l'usage lui donnent, d'après sa nature (...). Demogue (...) met l'accent sur le principe de la collaboration entre le créancier et le débiteur (...). De Page ne cache pas qu'il partage cette opinion (...). *L'équité et la logique*, ensuite car le vendeur doit permettre à l'acheteur d'évacuer les produits du sol dans des conditions normales." Pour faire justice de la prétention du propriétaire qui, se prévalant d'une clause du contrat stipulant que "l'acheteur est tenu d'exploiter les bois par ses propres moyens", avait avancé la possibilité d'utiliser un hélicoptère pour enlever les bois, le tribunal invoque, une fois encore, "les règles les plus élémentaires de l'équité".

La Cour de cassation, elle-même, ne semble pas hostile à attribuer à l'équité une telle fonction complétive, comme en témoigne son arrêt du 22 juin 1978<sup>47</sup>: "(...) l'assureur devait, en l'espèce, participer à la défense en justice du demandeur contre l'action civile intentée à celui-ci, cet assureur ne pouvait, sans manquer à la bonne foi qui doit présider à l'exécution des obligations, agir sans se soucier des intérêts légitimes de son assuré, dont il s'était engagé à sauvegarder le patrimoine; (...), devant la juridiction répressive, afin de donner à cet engagement les suites que commandait l'équité, l'assureur était tenu de faire ce qui était en son pouvoir et qui était compatible avec son droit d'exercer les recours prévus par la loi, pour éviter que, par son fait, son assuré ne fût privé de la garantie qu'il lui avait promise".

Ces deux décisions ne doivent pas faire illusion: le rôle que l'équité joue dans la pratique judiciaire belge reste fort modeste<sup>48</sup>. La défiance de la doctrine et de la jurisprudence à son endroit est réelle: on agit le spectre de l'insécurité juridique que risque de faire ré-

40. Ainsi est-il interdit au tribunal de ramener le délai de paiement en dessous de trente jours ou de prévoir un intérêt moratoire dont le taux serait supérieur à celui qui résulte de l'article 5. De même, le juge ne pourrait-il majorer le montant de la clause pénale relative aux frais de recouvrement en faisant abstraction des limitations inscrites à l'article 6.

41. Chr. ALBIGES, o.c., 2000, pp. 303 et s.

42. Cass. 8 janvier 1886, *Pas.* 1886, I, p. 38, précédé des conclusions du premier avocat général Mesdach de ter Kiele.

43. Il s'agissait, en l'espèce, de savoir si le maître était tenu d'une obligation de garantie contre toute espèce de danger inhérent à son travail.

44. L. JOSSERAND, "Le contrat dirigé", *DH* 1933, p. 89.

45. Chr. ALBIGES, o.c., 2000, pp. 312 et s.

46. Comm. Tournai 24 mars 1966, *JT* 1966, p. 376.

47. *RCJB* 1980, p. 322, note P.-H. DELVAUX, *RW* 1978-79, col. 1143.

48. Ce que regrette notamment J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe géné-*



gner un concept aussi vague que subversif. L'équité est, il est vrai, détrônée par la fonction complétive que l'on prête à la bonne foi; on aura, d'ailleurs, relevé que les deux décisions précitées font concomitamment appel à l'équité et à la bonne foi.

À bien y regarder, les exigences de la bonne foi ne sont guère éloignées de celles que dicterait l'équité. Elles pourraient même s'y identifier. C'est surtout dans la doctrine flamande que ce lien apparaît avec le plus de netteté. Dans leur ouvrage *Verbintenissenrecht*, W. Van Gerven et S. Covemaeker mettent en évidence les rapports entre l'article 1134, 3<sup>ème</sup> alinéa du Code civil ("*de goede trouw*") et "*de redelijkheid en de billijkheid*"<sup>49</sup>. Dans l'excellente étude qu'elle a consacrée à l'abus de droit en matière contractuelle, le professeur S. Stijns écrit pour sa part: "Suivant l'article 1134, 3<sup>ème</sup> alinéa du Code civil, les conventions doivent être exécutées selon les exigences de la bonne foi. En cours d'exécution les parties au contrat se doivent dès lors 'd'agir en honnête homme' (Planio et Ripert), 'selon les règles qu'implique une conduite honnête et loyale' (Demogue), ou – telle est l'expression répandue en doctrine néerlandaise – 'volgens de eisen van redelijkheid en billijkheid', ('en raison et équité'). Concept 'd'une rare plasticité' certes, jugement moral pouvant varier au gré de la moralité des parties au contrat, mais toutefois un critère objectif et normatif permettant de contrôler, non pas si les parties ont eu l'intention d'agir en honnête homme (bonne foi subjective), mais si leur comportement objectif est celui d'un homme normalement raisonnable et équitable (bonne foi objective)."<sup>50</sup>. Traitant de la fonction complétive de la bonne foi, qui impose aux parties des obligations additionnelles, "bien que celles-ci ne soient ni inscrites au contrat, ni incorporées de droit au contrat par les suites que l'usage et la loi lui donnent d'après sa nature", S. Stijns enseigne que: "Cette notion complétive de la bonne foi est [...] inscrite à l'article 1135 du Code civil, que l'on considère comme une application de l'article 1134, 3<sup>ème</sup> alinéa du Code civil", "'équité' visant la même notion que 'bonne foi'"<sup>51</sup>.

**16 La fonction supplétive de l'équité prévue par des lois particulières.** Un nombre croissant de textes légaux habilitent le juge à statuer en équité. Le phénomène, qui s'est développé à partir du début du 20<sup>ème</sup> siècle, a été décrit en termes excellents par P. Foriers dès 1956: "Lorsque le législateur constate son impuissance à intégrer la matière (*de l'équité*) dans un en-

semble de normes précises et veut néanmoins légiférer, il pallie cette impuissance en renvoyant le juge à ce qui n'est plus une règle rigide, mais une directive, un sentiment; à l'équité d'espèce, puisque l'équité générale ne peut être trouvée."<sup>52</sup>.

La confiance du législateur en la sagesse et la prudence des juges n'est toutefois pas sans bornes. La plupart du temps, il veille à baliser leur office: "tout en (les) laissant libre(s) de trancher les cas d'espèce selon (leur) sentiment", il va néanmoins "orienter (leur) équité"<sup>53</sup>.

Les quelques exemples qui suivent l'attestent<sup>54</sup>.

La loi relative aux baux commerciaux reconnaît à chaque partie le droit de demander une révision du loyer à l'expiration de chaque triennat. Si les parties ne peuvent s'accorder à ce propos, il appartient au juge de statuer "en équité" (art. 8, 2<sup>ème</sup> al.). Le législateur prend toutefois soin de préciser que la partie qui réclame cette révision doit "établir que, par le fait de circonstances nouvelles, la valeur locative normale de l'immeuble loué est supérieure ou inférieure d'au moins 15% au loyer stipulé dans le bail ou fixé lors de la dernière révision" et que le juge ne peut avoir "égard au rendement favorable ou défavorable résultant du seul fait du preneur".

Cette même loi reconnaît au juge le pouvoir d'allouer au preneur une indemnité d'éviction, lorsque le bailleur est propriétaire du fonds de commerce qui est exploité dans l'immeuble loué et que le bail porte simultanément sur le bien loué et le fonds de commerce. Encore faut-il que le preneur établisse qu'il a augmenté l'importance du fonds de commerce d'au moins 15%. "En ce cas, précise l'article 25, *in fine*, le juge fixe l'indemnité, en équité, selon la plus-value qui en est résultée pour le bailleur."

Relevons enfin l'article 11 de la loi du 20 février 1991 relative au bail de résidence principale. Le législateur permet au preneur, s'il peut justifier de circonstances exceptionnelles, de demander une prorogation du bail qui vient à échéance ou qui prend fin par l'effet d'un congé. La loi encadre toutefois cette permission. "À défaut d'accord entre les parties, le juge peut accorder la prorogation en tenant compte de l'intérêt des deux parties, et, notamment, du grand âge éventuel d'une des parties. Il en fixe la durée, qui doit être déterminée. Il peut également, s'il l'estime équitable, accorder dans ce cas une augmentation de loyer au bailleur qui lui en fait la demande et réduire, ou supprimer, l'indemnité due en application de l'article 3, § 4."

ral de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (*Fraus omnia corrumpit*), Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 842 et s.

49. W. VAN GERVEN et S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2010, pp. 95-105, spéc. pp. 97-99 et p. 101.

50. S. STIJNS, "Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels", *JT* 1990, p. 33.

51. *Ibid.*, p. 35 et la note 29. Voy. aussi S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence", *JT*, 1996, p. 701 (entendue comme norme de comportement, la bonne foi objective impose à chaque partie contractante "d'agir en honnête homme, en homme normalement raisonnable et équitable").

52. P.-A. FORIERS, o.c., *RCJB* 1956, p. 90.

53. P.-A. FORIERS, o.c., *RCJB* 1956, p. 91.

54. Il en est d'autres. La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée fait ainsi référence à l'équité en ses articles 2 et 3. Voy. aussi l'article 7 de la loi du 20 février 1991 relative aux baux de résidence principale du preneur (révision du loyer).



**17 La fonction supplétive de l'équité dans la fixation des dommages et intérêts.** La fonction supplétive de l'équité intervient également lorsqu'il appartient au juge de fixer le montant des dommages et intérêts auxquels a droit la victime d'une faute contractuelle ou aquilienne. Le principe qui gouverne la réparation des préjudices est bien connu: l'indemnisation de la victime doit être complète. À cette fin, il incombe à la victime d'établir son dommage et de l'évaluer.

S'il s'avère que le dommage subi "ne peut être concrètement calculé", le juge doit procéder à une évaluation *ex aequo et bono*, non sans avoir, au préalable, constaté qu'il lui est impossible de fixer le montant exact de l'indemnité<sup>55</sup>. Un récent arrêt de la Cour de cassation du 18 avril 2011 confirme cette évaluation en équité, qui revêt un caractère subsidiaire<sup>56</sup>.

**18 L'arrêt de la Cour de cassation du 28 avril 2011.** Cette même logique préside à la réduction judiciaire

des clauses pénales, lorsqu'elles s'avèrent manifestement excessives. Tel est l'enseignement qui se dégage du second arrêt annoté.

L'article 1231, § 1<sup>er</sup> du Code civil est bien connu: il prescrit au juge qui exerce son pouvoir de révision "de réduire le montant de la clause pénale au montant du dommage potentiel, sans que le montant alloué puisse toutefois être inférieur au dommage réellement subi"<sup>57</sup>.

Évaluer le dommage prévisible est un exercice délicat, qui peut même s'avérer impossible. Aussi, décide, à juste titre, la Cour de cassation, le juge peut-il faire appel à l'équité pour évaluer ce montant, s'il constate l'impossibilité de le déterminer d'une autre manière.

Patrick WÉRY

Professeur ordinaire à l'Université catholique de Louvain

Président du Centre de droit privé

## Bijzondere overeenkomsten – Contrats spéciaux

Brussel 11 januari 2011

1<sup>ste</sup> kamer

AR: 2009/AR/3249

**Zet.:** De Preester (Kamervoorzitter), Janssens de Bisthoven en Debaere (raadsheren)

**Pleit.:** Mrs. Van Uytven *loco* Stijns en Mercelis

**Inzake:** D.E. / LA. BVBA

Leveringsplicht bij verkoop onroerend goed – Verplichting om mee te werken aan het verlijden van de authentieke akte – Onderhoudsplicht – Schadevergoeding

Obligation de délivrance de l'immeuble vendu – Obligation de faire dresser l'acte authentique – Obligation de conservation – Dommages et intérêts

De leveringsplicht van de verkoper houdt de verplichting in om mee te werken aan het verlijden van de authentieke akte. De verkoper is verplicht om tot aan de levering van het goed voor haar behoud te zorgen, op straffe van schadevergoeding jegens de schuldeiser.

De vordering om de verkoper tot medewerking bij het verlijden van de authentieke akte te veroordelen en tot vergoeding van de schade ontstaan door het onbeheerd en onverzorgd laten van de verkochte gronden is in casu minstens voorbarig, omdat nergens uit blijkt dat de verkoper een fout beging door het niet laten verlijden van de authentieke akte.

L'obligation de délivrance implique l'obligation de faire dresser

l'acte authentique. Le vendeur est tenu de conserver le bien jusqu'à sa livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier.

L'action tendant à condamner le vendeur à collaborer à la passation de l'acte authentique et tendant à réparer les dégâts aux biens vendus, consécutifs à l'abandon et à la négligence du vendeur, est, dans le cas présent, à tout le moins hâtive, car il n'apparaît pas que le vendeur ait commis une faute en refusant de passer l'acte authentique.

(...)

### I. Voorwerp van de vorderingen.

**1.1.** De oorspronkelijke eis van geïntimeerde strekte ertoe (1) appellante te horen veroordelen tot het verlijden van de notariële akte aangaande onroerende goederen, voorwerp van de onderhandse koopovereenkomst van 16 september 2006, (2) een notaris uit het arrondissement Leuven te horen aanstellen om samen met notaris L. te M. de notariële akte te horen verlijden en (3) een derde notaris te horen aanstellen om de weigerende of afwezige partijen te vertegenwoordigen (= A.R. nr. 2007/316/A<sup>1</sup>).

Appellante stelde een tegenvordering in en vroeg de (onderhandse) koopovereenkomst nietig te willen verklaren op grond van dwaling/bedrog, minstens wegens benadeling. Zij vorderde voorafgaandelijk de aanstelling van een college van deskundige om o.a. de waarde van de verkochte goederen te schatten.

**1.2.** Appellante ging zelf ook over tot dagvaarding en vroeg hierin de nietigverklaring van de (onderhandse) koopover-

55. Cass. 16 avril 1998, *Pas.* 1998, I, p. 448. Voy. aussi Cass. 20 septembre 2001, *Pas.* 2001, p. 1436, *RW* 2003-04, p. 296, *JJP* 2004, p. 75; Cass. 9 octobre 2009, *Pas.* 2009, I, p. 2204; Cass. 18 avril 2011, RG n° C100548F, <http://jur.juridat.just.fgov.be> (22 juin 2011).

56. Cass., 18 avril 2011, RG n° C.10.0548.F, <http://www.cass.be>.

57. Cass. 22 octobre 2004, *JT* 2005, p. 679.

1. Dagvaarding betekend op 7 januari 2007.