

III. Bref aperçu des moyens d'action applicables à l'inexécution des obligations

III.1. Introduction

30. Un regroupement des moyens d'action – Bien des questions pourraient être abordées dans ce second chapitre, tant le contenu de la proposition de Règlement et du DCEV est riche. Notre attention se portera exclusivement sur les moyens d'action que ces textes offrent au créancier qui est victime d'une inexécution. D'intéressants rapprochements peuvent être opérés avec le droit belge.

Le Code civil adopte une « approche éclatée »⁸⁸ des remèdes de l'inexécution. Il faut parcourir de nombreuses dispositions dans la partie générale consacrée aux obligations conventionnelles, mais aussi dans le titre que le législateur consacre au contrat de vente, pour avoir une idée des moyens dont dispose le créancier victime d'une inexécution.

La Convention de Vienne des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises est, en revanche, à l'abri de cette critique. Dans la section 3 du chapitre II « Obligations du vendeur », sont regroupés les « moyens dont dispose l'acheteur en cas de contravention au contrat par le vendeur » (art. 45 à 52). Le chapitre III comporte une section réservée aux « moyens dont dispose le vendeur en cas de contravention au contrat par l'acheteur » (art. 61 à 65). Le chapitre V contient une série de « dispositions communes aux obligations du vendeur et de l'acheteur (art. 71 et s.) ; il y est question de la contravention anticipée au contrat (art. 71 à 73), des dommages et intérêts (art. 74 à 77), des intérêts (art. 78), de l'exonération (art. 79 et 80), des effets de la résolution (art. 81 à 84) et de la conservation des marchandises (art. 85 à 88).

Le DCEV n'encourt pas davantage ce reproche de dispersion. Sa partie IV est, en effet, intitulée « Obligations et moyens d'action des parties à un contrat de vente ou à un contrat de fourniture de contenu numérique ». Elle

88. À ce propos, voy. D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1994, p. 224 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*. Vol. I, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, 2^e éd., pp. 420 et s.

contient, en son chapitre 9, quelques dispositions générales qui définissent plusieurs notions de base, telles que celles d' « inexécution » ou d' « inexécution essentielle ». Son chapitre 11 est consacré aux « moyens d'action à la disposition de l'acheteur » ; le chapitre 13 porte sur les « moyens d'action à la disposition du vendeur ».

L'amélioration est sensible par rapport à ce que nous offre le Code civil. La Commission n'est toutefois pas allée jusqu'au bout de sa logique de regroupement. Bien d'autres textes du DCEV ont traité aux conséquences de l'inexécution.

Ainsi la cinquième partie, qui s'intitule « Obligations et moyens d'action des parties à un contrat de services connexes », contient-elle un chapitre 15 relatif aux « obligations et moyens d'action des parties ». Dans la sixième partie figure un titre « Dommages et intérêts ; intérêts de retard ». Quant à la septième partie, elle traite, entre autres, de la restitution consécutive à la résolution du contrat. Pour être aussi complet que possible, on relèvera, dans le chapitre 8 de la partie IV, qui concerne les clauses contractuelles abusives, la présence de plusieurs dispositions qui touchent au domaine de l'inexécution.

31. Plan – Les textes du DCEV relatifs au contentieux de l'inexécution sont complexes. Leur rédaction, souvent laborieuse, soulève de nombreuses questions d'interprétation. Les dispositions font, en outre, référence à des notions originales et consacrent diverses solutions qui n'ont toujours pas cours en droit belge. L'avenir même de la proposition de Règlement est, au demeurant, incertain⁸⁹.

Dans de telles conditions, le lecteur comprendra que nous ne pouvions nourrir l'ambition d'examiner, dans ses moindres détails, le régime de l'inexécution et des moyens qui lui sont applicables⁹⁰. On se contentera donc de for-

89. Voy. *supra*, n° 7.

90. À ce sujet, voy. TÂM DANG VU, « Remedies in the European harmonisation projects : enforced performance, termination and damages », in A.L.M. KEIRSE et M.B.M. LOOS (éd.), *Alternative Ways to Ius Commune. The Europeanisation of Private Law*, Cambridge-Anvers-Portland, Intersentia, 2012, pp. 125 et s. Dans le même ouvrage, voy. aussi S.A. KRUISINGA, « The seller's right to cure in the CISG and the Common European Sales Law », pp. 157 et s. ; S. JANSEN, « Price reduction as a remedy in European Contract Law and the Consumer Acquis », pp. 169 et s. ; S. JANSEN, « Suspension as a temporary defence in European Contract law », pp. 219 et s. Voy. aussi M.B.M. LOOS et H. SCHELHAAS, « Commercial Sales : The Common European Sales Law Compared to the Vienna Sales Convention », *European Review of Private Law*, 2013, pp. 105 et s. ; C. AUBERT DE VINCELLES, « Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente », *Sem. jur.*, éd. gén., 2011, pp. 2456 et s. ; R. FELTKAMP et F. VANBOSELE, « The Optional Common European Sales Law for European Contract Law : Better Buyer's Remedies for Seller's Non Performance in Sales of Goods ? », *Rev. eur. droit privé*, 2011, op. 873 et s. ; R. SCHULZE (éd.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Baden-Baden, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2012, pp. 396 et s. ; R. FELTKAMP et F. VANBOSELE, « Un droit de vente européen pour une meilleure protection du consommateur? Les moyens d'action du consommateur en cas

muler quelques observations générales à propos des moyens d'action (III.2.). On présentera ensuite, de manière plus détaillée, les différentes mesures que le DCEV met à la disposition de l'acheteur (III.2.). On présentera enfin les grandes lignes du régime des clauses abusives, en relevant, en particulier, celles qui sont relatives à l'inexécution (III.3.). Autant que faire se pourra, on examinera ces diverses questions en comparant les solutions retenues par le DCEV à celles que leur donne le droit positif belge.

III.2. Les moyens d'action en cas d'inexécution : observations générales

32. Introduction – Les moyens d'action sont ouverts en cas d' « inexécution d'une obligation ». Aussi faut-il, avant toutes choses, préciser la signification de cette expression (III.2.1.).

Le régime des moyens d'action a une portée générale : il s'applique autant aux contrats conclus entre professionnels⁹¹ qu'à ceux conclus entre un vendeur professionnel ou un prestataire de services et un consommateur. À certains égards, le DCEV se veut toutefois plus protecteur des intérêts des consommateurs : on relèvera quelques dispositions qui leur sont favorables (III.2.2.).

On insistera aussi sur un des traits marquants du DCEV au regard du droit belge : la tendance à la déjudiciarisation des moyens, qui relègue le juge à un contrôle éventuel et *a posteriori* (III.2.3.).

Nous clôturerons cette section en mettant en évidence quelques solutions nouvelles que le DCEV consacre (III.2.4.).

III.2.1. Quelques définitions extraites du chapitre 9

33. L'inexécution – L'article 87 définit, en son premier paragraphe, l' « inexécution d'une obligation » et, en son second, l'inexécution « essentielle » de celle-ci.

La définition de l'« inexécution » revêt une grande importance, puisqu'elle est l'« élément déclencheur des moyens d'actions »⁹². Elle « consiste en tout défaut d'exécution, qu'il bénéficie ou non d'une exonération ; elle recouvre notamment :

d'inexécution du vendeur », *European Journal of Consumer Law. Revue européenne de droit de la consommation*, 2013, pp. 3 et s.

91. Le DCEV a en effet vocation à s'appliquer aux contrats conclus entre professionnels, lorsque l'une des parties au moins est une PME au sens de l'article 7(2) de la proposition de Règlement (voy. *supra*, n° 19).

92. R. FELTKAMP et F. VANBOSSELE, *op. cit.*, *European Journal of Consumer Law. Revue européenne de droit de la consommation*, 2013, p. 12.

- (a) la non-livraison ou le retard dans la livraison du bien ;
- (b) la non-fourniture ou le retard dans la fourniture du contenu numérique ;
- (c) la livraison d'un bien qui n'est pas conforme au contrat ;
- (d) la fourniture d'un contenu numérique qui n'est pas conforme au contrat ;
- (e) le défaut de paiement ou le paiement tardif du prix ; et
- (f) toute autre prétendue exécution qui n'est pas en conformité avec le contrat ».

Cette définition est particulièrement compréhensive. Plusieurs termes et expressions l'attestent. L'inexécution inclut « tout » défaut d'inexécution. L'énumération des cas d'inexécution revêt un caractère simplement exemplaire, comme le confirment l'adverbe « notamment » et la formulation du *littera* (f). En outre, l'article 87, § 1^{er}, ne distingue pas selon que l'inexécution est ou non exonérée.

On notera que certaines dispositions du DCEV se réfèrent, non pas à la définition générique de l' « inexécution », mais à celles plus étroites de « défaut de conformité du bien » ou encore de « défaut de conformité du bien au contrat » (voy. not. art. 114, paragraphe 2)⁹³.

34. L'inexécution essentielle – Le deuxième paragraphe de l'article 87 définit l'inexécution essentielle.

L'inexécution répond à cette caractéristique lorsqu'« elle prive substantiellement l'autre partie de ce qu'elle était en droit d'attendre du contrat, à moins que la partie défaillante n'ait pas prévu ou n'ait pas été censée prévoir ce résultat au moment de la conclusion du contrat » (*littera* a) ou lorsqu'« elle est de nature à indiquer clairement que l'on ne peut pas compter dans l'avenir sur une exécution par la partie défaillante » (*littera* b).

On verra toute l'importance que revêt la distinction entre les inexécutions essentielles et celles qui ne le sont pas, lorsque sera traitée la résolution par voie de notification (voy. *infra*, n° 54). L'article 88, §2, y fait aussi allusion, lorsqu'il traite des conséquences qui s'attachent à l'empêchement temporaire.

35. L'origine de l'inexécution – Dans le prolongement de travaux d'harmonisation antérieurs⁹⁴, le DCEV distingue l'inexécution qui est due au débiteur et celle qui est due à un empêchement.

93. R. FELTKAMP et F. VANBOSSELE, *op. cit.*, *European Journal of Consumer Law. Revue européenne de droit de la consommation*, 2013, p. 18.

94. On songe notamment au D.C.F.R.

Aux termes de l'article 88, §1^{er}, « Une partie est exonérée des conséquences de l'inexécution de son obligation lorsque l'inexécution est due à un empêchement qui lui échappe et que l'on ne pouvait attendre de cette partie qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, ou qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou en surmonte les conséquences ».

Il existe ainsi, d'une part, l'inexécution pour laquelle le débiteur bénéficie d'une exonération et, d'autre part, celle pour laquelle il ne peut s'en prévaloir. Cette distinction revêt une importance toute particulière, lorsque l'on s'enquiert des moyens dont dispose le créancier.

Lorsque l'inexécution est due au débiteur, le créancier dispose de toute la palette des mesures prévues par le DCEV : droit d'exiger l'exécution, droit à la suspension de l'exécution ou à la résolution du contrat, droit à la réfaction et droit aux dommages et intérêts.

Le choix est plus restreint, lorsque l'inexécution bénéficie d'une exonération. Aux termes de l'article 106, paragraphe 4, en effet, « Si l'inexécution du vendeur bénéficie d'une exonération, l'acheteur est fondé à recourir à l'un quelconque des moyens d'action énumérés au paragraphe 1 sans pouvoir exiger l'exécution en nature et des dommages et intérêts ». En d'autres termes, le droit de suspendre le paiement du prix, la résolution par voie de notification ou encore le droit de réduire le prix sont accessibles à l'acheteur, même lorsque l'inexécution bénéficie d'une exonération. L'article 131, paragraphe 2, qui est consacré aux moyens d'action du vendeur est rédigé dans la même logique : « Si l'inexécution de l'acheteur bénéficie d'une exonération, le vendeur est fondé à recourir à l'un quelconque des moyens d'action énoncés au paragraphe 1, sans toutefois pouvoir exiger l'exécution en nature ni réclamer des dommages et intérêts ». Ainsi le vendeur doit-il se satisfaire, en ce cas, des possibilités suivantes : suspendre sa propre exécution, résoudre le contrat et réclamer des intérêts sur le prix.

Le DCEV traite d'une troisième hypothèse d'inexécution : celle dans laquelle le créancier a « provoqué » cette inexécution. L'exonération du débiteur est alors totale. Le créancier est, en effet, privé de tout moyen, dans la mesure où il « a provoqué » l'inexécution (art. 106, paragraphe 5 et art. 131, paragraphe 3). Comme on l'a justement relevé, « Le DCEV ne semble pas avoir pris en considération l'hypothèse de la cause partagée. La partie en question ne pourrait dès lors recourir à un moyen d'action, indépendamment de l'importance de sa contribution dans l'inexécution de l'autre partie »⁹⁵.

95. R. FELTKAMP et F. VANBOSSELE, *op. cit.*, *European Journal of Consumer Law. Revue européenne de droit de la consommation*, 2013, p. 19.

III.2.2. La distinction des contrats entre professionnels et des contrats entre un professionnel et un consommateur

36. Un droit commun – La proposition de Règlement et le DCEV organisent un droit commun des ventes transfrontières, sans distinguer selon la qualité des parties contractantes. Les ventes conclues avec un consommateur sont donc, en principe, soumises au même régime que celles qui sont conclues entre deux professionnels.

37. Une série de particularités des contrats conclus avec des consommateurs – La proposition de Règlement et le DCEV ne perdent pas de vue les rapports de force inégalitaires qui existent entre les professionnels et les consommateurs.

Aussi certains textes s'affranchissent-ils du droit commun des ventes transfrontières en prévoyant des dispositifs plus protecteurs des intérêts des consommateurs.

Pour nous en tenir à la problématique de l'inexécution, on doit, tout d'abord, citer l'important article 108 qui confère au chapitre 11, consacré aux moyens d'action à la disposition de l'acheteur, un caractère impératif lorsqu'ils ont trait à un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur : dans un tel contrat, « les parties ne peuvent, au détriment de ce dernier, exclure l'application du présent chapitre ni déroger à ses effets ou les modifier avant que le consommateur n'ait porté le défaut de conformité à l'attention du professionnel ». Les clauses contraires sont, en revanche, autorisées dans les contrats entre professionnels.

D'autres dispositions de ce chapitre réservent un sort plus favorable aux consommateurs. Ainsi l'article 106, paragraphe 3, qui ne soumet pas les droits de l'acheteur consommateur au droit de correction du vendeur et le dispense aussi des exigences d'examen et de notification ou encore l'article 111 qui traite du choix reconnu au consommateur entre la réparation et le remplacement.

Cette faveur s'observe dans d'autres chapitres. L'article 155, qui traite des moyens d'action du client en cas d'inexécution d'une obligation du prestataire de services, prévoit ainsi en son paragraphe 4 : « Si le client a la qualité de consommateur, il a le droit de résoudre le contrat quel que soit le défaut de conformité que présente le service connexe fourni, à moins que ce défaut de conformité ne soit mineur ».

Relevons enfin que le régime des clauses abusives est beaucoup plus protecteur des intérêts du consommateur que de ceux d'un professionnel qui traiterait avec un autre professionnel (voy. *infra*, n^{os} 62 et s).

III.2.3. La tendance à la déjudiciarisation des moyens d'action du créancier

38. Le droit belge – La Cour de cassation a dégagé un principe général de droit selon lequel nul ne peut se faire justice à soi-même⁹⁶. Les conséquences en sont importantes dans le contentieux contractuel : les sanctions sont, en principe, judiciaires.

Ainsi les conventions et les clauses contractuelles ne peuvent-elles être annulées que par voie d'une décision de justice. La résolution des contrats synallagmatiques est, conformément à l'article 1184, alinéa 3, du Code civil, judiciaire. Il en va de même du remplacement du débiteur défaillant aux dépens de celui-ci, qui, aux termes des articles 1143 et 1144 du Code civil, nécessite une autorisation judiciaire préalable. Enfin, la réduction du prix consécutive à une exécution partielle ou défectueuse doit, en principe, faire l'objet d'une décision de justice (voy. not. art. 1722, 1644, 1637, C. civ.).

Si tel est le principe, il souffre – il est vrai – diverses exceptions. Ainsi l'exception d'inexécution, qui confère à l'*excipiens* le droit de suspendre l'exécution de son obligation jusqu'à ce que son cocontractant se soit exécuté ou ait offert de le faire, n'est-elle pas subordonnée à une décision judiciaire préalable⁹⁷. Le législateur peut également admettre certaines hypothèses de résolution unilatérale du contrat (voy. par ex. l'art. 1657, C. civ.)⁹⁸. Ces dérogations peuvent aussi tenir à l'insertion, par les parties, de clauses particulières, telles que le pacte comissoire exprès ou la clause de remplacement du débiteur défaillant.

On connaît la réponse que la Cour de cassation de Belgique a donnée à la question de savoir si un créancier peut, en l'absence de clause résolutoire expresse ou de disposition légale particulière l'y autorisant, faire l'économie de ce recours judiciaire préalable. Dans ses arrêts du 2 mai 2002, la Cour déclare : « cette règle (i.e. art. 1184 C.C.) ne fait pas obstacle à ce qu'une partie à un contrat synallagmatique décide, de sa propre autorité et à ses propres risques, de ne plus exécuter ses obligations et de notifier à son cocontractant qu'elle considère le contrat résolu ; que [...] l'appréciation de la régularité de cette décision unilatérale est soumise au contrôle du juge par l'introduction ultérieure d'une demande tendant à la résolution judiciaire ; que, lors de l'appréciation des conséquences de la résolution et des droits que les parties peuvent invoquer, le juge appelé à statuer sur la résolution judiciaire peut décider, comme c'est le cas en l'espèce, qu'eu égard au manquement de son

96. Cass., 24 mai 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 1014.

97. Voy. not. Cass., 2 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 977 ; Cass., 24 septembre 2009, *R.W.*, 2010-2011, p. 1346, note J. DE WEGGHELEIRE.

98. Pour d'autres hypothèses, voy. not. P. WÉRY, *op. cit.*, 2011, pp. 762-763.

adversaire, la partie cocontractante n'a pas commis de faute en considérant unilatéralement le contrat comme résolu ». L'interprétation à donner à ces arrêts divise la doctrine. Certains y voient un rappel par la Cour de cassation de la nécessité pour le créancier, en l'absence de disposition légale particulière ou d'un pacte comissoire exprès, de s'adresser au juge pour obtenir la résolution de la convention. D'autres y voient une consécration, fût-ce en termes maladroits, de la résolution unilatérale en droit belge⁹⁹.

39. La résolution et l'annulation par voie de notification – Dans la ligne des récents travaux d'harmonisation internationale¹⁰⁰, le DCEV privilégie la « déjudiciarisation »¹⁰¹ des remèdes.

Ainsi le droit, pour le créancier, de réduire le prix en cas d'inexécution tout comme celui de suspendre l'exécution de son obligation ne sont-ils pas subordonnés à une décision judiciaire préalable (voy. *infra* nos 52 et 57).

Plus remarquable encore au regard du Code civil belge, le DCEV consacre la résolution par décision unilatérale du créancier. Celui-ci est habilité à résoudre la vente, sans intervention judiciaire préalable, par notification à l'autre partie (voir art. 114, 115 et 118 en faveur de l'acheteur ; art. 134, 135 et 138 en faveur du vendeur ; art. 155 et 157 pour les contrats de services connexes).

La résolution devrait ainsi gagner en efficacité. Mais, alors qu'en droit belge, la résolution se prescrit, en principe, par dix ans (art. 2262*bis*, § 1^{er}, C. civ.), l'article 119 (« Perte du droit de résolution ») prévoit, en son paragraphe 1^{er}, que « L'acheteur perd le droit de résolution prévu par la présente section s'il n'a pas notifié la résolution dans un délai raisonnable après la naissance de ce droit ou à compter de la date à laquelle il a eu ou est censé avoir eu connaissance de l'inexécution, la date la plus tardive étant retenue ». Il faut y voir une manifestation du principe de la *favor contractus*. Le texte ajoute toutefois que « ce paragraphe ne s'applique pas si l'acheteur est un consommateur ou si aucune exécution n'a été offerte ou tentée ».

Même si, avec cet exemple, nous sortons du contentieux de l'inexécution¹⁰², il est intéressant de relever que le DCEV déjudiciarise aussi la nullité

99. Pour une présentation de la controverse, voy. P. WÉRY, *op. cit.*, 2011, pp. 769 et s.

100. La Convention de Vienne, les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, les Principes européens du droit des contrats et le D.C.F.R. retiennent, par exemple, tous, la résolution par voie de notification.

101. S. BROS, « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? », *Revue des contrats*, 2012, pp. 1456 et s.

102. La nullité peut toutefois intéresser aussi le créancier qui se dit victime d'une inexécution, puisque l'article 57 du DCEV précise qu'une partie qui dispose d'un moyen d'action fondé sur le chapitre relatif aux vices de consentement « dans des circonstances qui ouvrent un moyen d'action fondé sur l'inexécution, peut introduire l'un ou l'autre de ces moyens ».

du contrat ou de l'une de ses clauses¹⁰³. Aux termes de son article 52, « L'annulation est effectuée par notification au cocontractant ». La nullité y gagne en efficacité, avec – il est vrai – le risque de voir certaines parties chercher à se dégager trop facilement d'une convention qu'elles viendraient à regretter. Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 52, « l'annulation n'est effective que si elle est notifiée dans le délai, à compter du moment où la partie qui annule le contrat a eu connaissance des circonstances pertinentes ou a pu agir librement, mentionné ci-après : a) six mois en cas d'erreur ; et b) un an en cas de dol, menaces ou d'exploitation déloyale ». La différence est notable par rapport au droit belge : aux termes de l'article 1304 du Code civil, l'action en nullité du chef de dol, d'erreur ou de violence se prescrit, en règle, par dix ans, ce délai ne courant, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé et dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts.

III.2.4. Des solutions nouvelles

40. Quelques exemples – Le DCEV innove à maints égards par rapport au droit belge de la vente. Nous n'avons que l'embarras du choix pour étayer notre propos. La résolution et l'annulation par voie de notification, qui viennent d'être évoquées, ne sont que deux exemples parmi d'autres. Notre attention se portera sur trois autres innovations.

41. La conception moniste de l'obligation de délivrance – Le Code civil distingue, au chapitre consacré aux obligations du vendeur, l'obligation de délivrance (art. 1604 à 1624) et celle de garantie, laquelle inclut la garantie des vices cachés (art. 1641 à 1649).

De ce fait, les vices de la chose sont soumis à des régimes différents selon qu'ils sont apparents ou cachés. Ainsi l'action en garantie des vices cachés doit-elle être introduite à bref délai (art. 1648 C. civ.). Par ailleurs, l'acheteur ne peut, selon la thèse dominante¹⁰⁴, réclamer la réparation ou le remplacement de la chose affectée d'un vice caché (argument tiré des termes de l'article 1644 C. civ.).

Ce système dualiste, source de bien des difficultés, est abandonné par la Convention de Vienne pour les ventes internationales de marchandises. Il est délaissé aussi pour la vente de biens de consommation par un vendeur professionnel à un consommateur (art. 1649 *bis* et suivants, C. civ.).

C'est dans une conception moniste que s'engage aussi le DCEV. Les articles 99 et suivants prévoient, en effet, une obligation générique de

103. Voy. R. SCHULZE (éd.), *Common European Sales Law (CESL). A Commentary*, Oxford, Hart Publ., 2012, pp. 284 et s.

104. Voy. not. Cass., 21 novembre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 322 ; Mons, 26 septembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 812, note.

conformité du bien ou du contenu numérique au contrat, laquelle inclut notamment l'absence de défauts apparents et de défauts cachés. La palette des moyens d'action ouverts à l'acheteur ne diffère ainsi plus selon le caractère du défaut.

42. La contravention anticipée – Le créancier dispose-t-il de certains moyens, lorsque l'exécution de l'obligation étant différée par la présence d'un terme ou d'une condition, il nourrit légitimement des craintes quant aux capacités ou à la volonté de son cocontractant d'honorer ses engagements dans le futur ?

À ce jour, la réponse du droit belge est largement négative¹⁰⁵. Comme l'énonce l'article 1186 du Code civil, en sa première partie, « ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance du terme ». Quelques rares dispositions légales viennent toutefois au secours du créancier confronté à risque d'inexécution. On peut notamment citer, dans le Code civil, l'article 1613, aux termes duquel le vendeur « ne sera pas non plus obligé à la délivrance, quand même il aurait accordé un délai pour le paiement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix ; à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme » (déchéance légale du terme suspensif affectant l'obligation de payer le prix de vente) ainsi que l'article 1653 (exception *timoris* en faveur de l'acheteur craignant un risque d'éviction). Ces textes ont une portée exceptionnelle et sont loin de couvrir toutes les hypothèses de contravention anticipée.

La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises consacre le régime de la contravention anticipée en termes plus larges en ses articles 71 à 73.

Le DCEV s'engage aussi dans cette voie.

Au chapitre relatif aux moyens d'action à la disposition de l'acheteur :

- article 113 (« Droit de suspendre l'exécution »), alinéa 2 : « L'acheteur qui doit s'exécuter avant le vendeur et croit raisonnablement que ce dernier ne s'exécutera pas à l'échéance peut suspendre l'exécution de ses obligations aussi longtemps qu'il peut raisonnablement persister dans sa croyance » ;
- article 116 (« Résolution pour inexécution anticipée ») : « Dès lors que l'inexécution serait de nature à justifier la résolution, l'acheteur

105. Pour un état de la question, voy. P. WÉRY, *op. cit.*, 2011, pp. 779 et s. Pour une étude approfondie, voy. M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme*, Faculté de droit de Liège, 1982, 535 p. ; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « Les clauses relatives à la prévision de l'inexécution. Les clauses d'« anticipatory breach » ou d'« inexécution anticipée » », in P. WÉRY (dir.), *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, La Chartre, Die Keure, 2001, pp. 187 et s.

est fondé à résoudre le contrat avant l'échéance prévue pour l'exécution si le vendeur a déclaré qu'il ne s'exécuterait pas ou s'il est par ailleurs manifeste qu'il ne s'exécutera pas ».

Au chapitre 13 relatif aux moyens d'action à la disposition du vendeur :

- article 133 (« Droit de suspendre l'exécution »), alinéa 2 : « Le vendeur qui doit s'exécuter avant l'acheteur et croit raisonnablement que ce dernier ne s'exécutera pas à l'échéance peut suspendre l'exécution de ses obligations aussi longtemps qu'il peut raisonnablement persister dans sa croyance. Toutefois, le vendeur perd son droit de suspendre l'exécution si l'acheteur donne des assurances suffisantes d'exécution correcte ou fournit une garantie suffisante ».
- article 136 (« Résolution pour inexécution anticipée ») : « Dès lors que l'inexécution serait essentielle, le vendeur est fondé à résoudre le contrat avant l'échéance d'exécution si l'acheteur a déclaré qu'il ne s'exécuterait pas ou s'il est manifeste par ailleurs qu'il ne s'exécutera pas ».

43. Le changement imprévisible de circonstances – Si l'on excepte le domaine des ventes internationales des marchandises soumises à la Convention de Vienne¹⁰⁶, la Cour de cassation belge ne confère toujours pas droit de cité à la théorie de l'imprévision. Cette dernière autoriserait le juge à dissoudre le contrat ou à le réviser, lorsque des circonstances imprévisibles viennent bouleverser l'économie contractuelle, rendant ainsi l'exécution des obligations pour une partie beaucoup plus onéreuse ou difficile¹⁰⁷.

Une partie importante de la doctrine regrette cette intransigeance, qui isole la Belgique par rapport à de nombreux droits nationaux et aux instruments d'harmonisation internationale des contrats. La partie qui est confrontée à un bouleversement imprévisible de l'économie contractuelle se voit ainsi réduite à recourir à des succédanés de la théorie de l'imprévision, notamment la fonction modératrice de la bonne foi (art. 1134, al. 3, C. civ.)¹⁰⁸.

Le DCEV consacre, pour les ventes transfrontières, le « changement de circonstances » dans l'article 89. En effet, « Lorsque l'exécution devient excessivement onéreuse en raison d'un changement exceptionnel de circonstances, les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter le contrat ou d'y mettre fin ». « Si les parties ne parviennent pas à un accord dans un délai raisonnable, un tribunal peut, à la demande de

106. Cass., 19 juin 2009, *R.D.C.*, 2009, p. 734 et p. 988, *D.A.O.R.*, 2010, p. 149, note D. PHILIPPE ; K. COX, « Gewijzigde omstandigheden in internationale koopcontracten : het Hof van Cassatie als pionier », *R.W.*, 2009-2010, pp. 730 et s.

107. D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1986.

108. Sur ces succédanés, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, 2011, pp. 557 et s.

l'une ou l'autre partie : (a) adapter le contrat afin de le mettre en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances ; ou (b) mettre fin au contrat à une date et selon des modalités que le tribunal fixera »¹⁰⁹.

III.3. Les différents moyens d'action

III.3.1. Aperçu général

44. Aperçu des droits du créancier victime d'une inexécution – Quatre articles du D.E.C.V. donnent ce qu'il appelle un « aperçu » des moyens qui sont à la disposition de la victime d'une inexécution.

L'article 106 énonce les moyens dont dispose l'acheteur. L'article 131 énumère ceux qui s'offrent au vendeur. Les articles 155 et 157 en font de même pour les parties à des contrats de services connexes ; ces textes sont toutefois nettement moins précis et, pour tout dire, assez abscons. Pour s'en convaincre, il suffit de reproduire la rédaction de l'article 155, paragraphe 5 : « Le chapitre 11 s'applique, assorti des adaptations nécessaires, notamment : (a) en ce qui concerne le droit de correction du prestataire de services, dans les contrats entre un professionnel et un consommateur, le délai raisonnable prévu à l'article 109, paragraphe 5 ne doit pas excéder 30 jours ; (b) en ce qui concerne l'action de remédier à une exécution non conforme, les articles 111 et 112 ne s'appliquent pas ; et (c) l'article 156 s'applique en lieu et place de l'article 122 ».

Le point suivant (III.3.2.) étant focalisé sur les moyens d'action de l'acheteur, on se bornera à reproduire ici l'article 106, qui les énonce :

- « 1. En cas d'inexécution d'une obligation par le vendeur, l'acheteur peut prendre une ou plusieurs des mesures suivantes :
- (a) exiger l'exécution, qui recouvre l'exécution en nature, la réparation ou le remplacement du bien ou du contenu numérique, en vertu de la section 3 du présent chapitre ;
 - (b) suspendre sa propre exécution en vertu de la section 4 du présent chapitre ;
 - (c) résoudre le contrat en vertu de la section 5 du présent chapitre et réclamer le remboursement de tout prix déjà payé, en vertu du chapitre 17 ;
 - (d) réduire le prix en vertu de la section 6 du présent chapitre ; et
 - (e) réclamer des dommages et intérêts en vertu du chapitre 16.

109. Pour un commentaire, voy. R. SCHULZE (éd.), *op. cit.*, pp. 415 et s.

2. Si l'acheteur est un professionnel :
 - (f) les droits de l'acheteur d'exercer tout moyen d'action, à l'exception du droit de suspendre l'exécution de sa propre obligation, sont subordonnés au droit de correction du vendeur prévu à la section 2 du présent chapitre ; et
 - (g) les droits de l'acheteur d'invoquer le défaut de conformité sont soumis aux exigences d'examen et de notification énoncées à la section 7 du présent chapitre.
3. Si l'acheteur est un consommateur :
 - (h) les droits de l'acheteur ne sont pas soumis au droit de correction du vendeur ; et
 - (i) les exigences d'examen et de notification énoncées à la section 7 du présent chapitre ne s'appliquent pas.
4. Si l'inexécution du vendeur bénéficie d'une exonération, l'acheteur est fondé à recourir à l'un quelconque des moyens d'action énumérés au paragraphe 1 sans pouvoir exiger l'exécution en nature et des dommages et intérêts.
5. L'acheteur ne peut recourir à aucun des moyens d'action énumérés au paragraphe 1 dans la mesure où il a provoqué l'inexécution du vendeur.
6. Les moyens d'action qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulés ».

Avant d'entrer dans le commentaire – nécessairement succinct – de ces différents moyens mis à la disposition de l'acheteur¹¹⁰, il échet de formuler une série d'observations générales, qui valent aussi pour les aperçus des articles 131, 155 et 157.

45. Un terme neutre : « moyens d'action » – La Commission n'emploie pas le terme de « sanction », mais les expressions, plus neutres, de « moyens d'action » et de « mesures ».

Ce choix terminologique est délibéré. La plupart des moyens sont, en effet, applicables à toute inexécution, que celle-ci soit ou non exonérée par un empêchement. Seuls l'exécution en nature et les dommages et intérêts sont exclusivement réservés à l'inexécution pour laquelle le débiteur ne peut faire état d'un empêchement (voy. *infra* n^{os} 50 et 60).

46. L'ordonnancement des moyens – Comment s'agencent les différentes mesures applicables à une inexécution ? L'une prend-elle le pas sur l'autre (a) ? Est-il, par ailleurs, permis au créancier de les cumuler (b) ?

110. Pour une étude d'ensemble, voy. R. SCHULZE (éd.), *op. cit.*, spéc. pp. 490 et s.

- (a) Le DCEV énonce les différents moyens disponibles sans établir de hiérarchie entre eux¹¹¹. Sur ce point, il diffère profondément de la directive relative à la garantie des biens de consommation, qui donne clairement la priorité à l'exécution en nature – sous la forme d'une réparation ou du remplacement du bien – par rapport à la résolution du contrat ou à la réduction du prix – auxquels le consommateur ne peut recourir qu'en un second temps –.

Cela étant, l'exercice de certaines mesures est subordonné dans le DCEV à des conditions telles qu'un remède doit nécessairement céder le pas à d'autres¹¹².

Ainsi la résolution du contrat ne peut-elle être notifiée que si l'inexécution est essentielle (voy. *infra* n° 54). Force sera, dès lors, pour le créancier de se rabattre sur d'autres moyens si l'inexécution ne peut être qualifiée de telle.

Par ailleurs, l'article 106, paragraphe 2, confère à l'exécution en nature une certaine primauté, du moins lorsque l'acheteur est un professionnel. En effet, « les droits de l'acheteur d'exercer tout moyen d'action, à l'exception du droit de suspendre l'exécution de sa propre obligation, sont subordonnés au droit de correction du vendeur prévu à la section 2 du présent chapitre ».

L'article 111, paragraphe 2, reconnaît aussi une certaine priorité à l'exécution en nature : « Si le consommateur a exigé la correction du défaut de conformité par la réparation ou le remplacement conformément au paragraphe 1, il ne peut recourir à d'autres moyens d'action que si le professionnel n'a pas effectué la réparation ni procédé au remplacement dans un délai raisonnable, inférieur ou égal à 30 jours. Le consommateur peut toutefois suspendre son exécution pendant ce délai ».

- (b) Le DCEV énonce une évidence : les moyens qui ne sont pas incompatibles peuvent se cumuler (art. 106, paragraphe 2)¹¹³.

Ainsi les dommages et intérêts peuvent-ils se cumuler à la résolution du contrat. Aux termes de l'article 8, paragraphe 2, de la proposition de Règlement, « Les paiements dus et les dommages-intérêts réclamés pour inexécution du contrat avant sa résolution demeurent exigibles. Lorsque la résolution résulte de l'inexécution ou de l'inexécution anticipée, la partie qui procède à la résolution a également droit à des dommages-intérêts en lieu et place de l'exécution à venir par l'autre partie ». L'article 164 du DCEV, qui a trait à la « convention de rempla-

111. Voy. R. FELTKAMP et F. VAN BOSSELE, *op. cit.*, p. 22.

112. *Id.*

113. Voy. R. SCHULZE (éd.), *op. cit.*, p. 492.

cement », envisage un autre exemple de cumul de la résolution et des dommages et intérêts : « Le créancier qui a résolu le contrat en tout ou en partie et a passé une convention de remplacement, dans un délai et d'une manière raisonnables, est fondé, dans la mesure où il a droit à des dommages et intérêts, à obtenir la différence entre le prix fixé dans le contrat résolu et celui prévu par la convention de remplacement, ainsi que des dommages et intérêts pour tout autre préjudice ».

Certains cumuls sont, en revanche, inconcevables, compte tenu de la finalité respective des moyens : poursuivre l'exécution de l'obligation, par exemple la réparation ou le remplacement de la chose non conforme, et notifier, dans le même temps, au vendeur la résolution du contrat.

Parfois, le D.C.E.V admet un cumul partiel. Ainsi l'article 120, qui autorise l'acheteur à procéder à la réfaction, prévoit-il, en son paragraphe 3, que « L'acheteur qui réduit le prix ne peut de surcroît obtenir des dommages et intérêts pour le préjudice ainsi réparé ; mais il conserve son droit à dommages et intérêts pour tout autre préjudice subi.

47. Pas de préalable de la mise en demeure – Selon une jurisprudence et une doctrine constantes, la mise en œuvre des sanctions de l'inexécution est subordonnée, en droit belge, à la mise en demeure préalable du débiteur¹¹⁴.

Sur ce point aussi, le DCEV diffère nettement du droit positif. Aucune de ces dispositions n'impose au créancier une telle démarche.

Sans doute certains de ses textes lui imposent-ils d'impartir au cocontractant défaillant un délai raisonnable. Ainsi l'article 115, paragraphe 1^{er}, porte-t-il qu' « En cas de retard dans la livraison qui n'est pas en lui-même essentiel, l'acheteur est fondé à résoudre le contrat s'il a, par notification, imparti un délai d'exécution supplémentaire d'une durée raisonnable et que le vendeur ne s'est pas exécuté dans ce délai ». La finalité de ce délai supplémentaire est toutefois particulière : permettre à l'acheteur de qualifier d'essentielle l'inexécution qui perdurerait au terme de ce délai et lui ouvrir ainsi la voie à la résolution par voie de notification.

48. Respect de la bonne foi et de la loyauté – Il est désormais bien acquis en droit belge que la mise en œuvre des différentes sanctions de l'inexécution doit avoir lieu de bonne foi. Ce principe gouverne autant le recours aux sanctions judiciaires (exécution en nature, résolution du contrat...) que

114. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 3, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 2079 et s. ; P. WÉRY, *op. cit.*, pp. 444 et s.

l'application des remèdes extrajudiciaires (clauses pénales, clauses résolutoires expresses, exception d'inexécution...)¹¹⁵.

La fonction modératrice de la bonne foi interdit au créancier de faire appel à ces diverses sanctions d'une manière qui excède manifestement l'usage normal qu'en eût fait un homme diligent et prudent placé dans les mêmes circonstances. Si la décision du créancier s'écarte à l'évidence de ce comportement, il verra son droit réduit à son exercice normal ou sera tenu de réparer le dommage causé par son abus. La sanction de l'abus peut notamment consister à priver le créancier de l'usage de son droit dans le cas d'espèce¹¹⁶.

La même exigence figure dans le DCEV L'article 2, intitulé « Bonne foi et loyauté », prévoit, en son premier paragraphe, qu' « Il incombe à chaque partie d'agir conformément au principe de bonne foi et de loyauté ». Le deuxième paragraphe expose les sanctions qu'encourt la partie qui transgresse ce devoir : « La violation de la présente obligation peut empêcher la partie défaillante d'exercer ou d'invoquer un droit, un moyen d'action ou de défense dont elle disposerait autrement, ou peut engager sa responsabilité pour tout préjudice causé de ce fait à l'autre partie ». « Les parties ne peuvent exclure l'application du présent article ni déroger à ses effets ou les modifier » (art. 2, § 3).

III.3.2. Les moyens d'action de l'acheteur

A. Le droit d'exiger l'exécution

49. Un droit – L'article 110.1 reconnaît à l'acheteur le « droit d'exiger l'exécution des obligations du vendeur ».

Cette exécution est entendue largement, puisqu'elle comprend « la correction, sans frais, d'une exécution non conforme au contrat » (art. 110, §2). L'acheteur peut ainsi exiger la livraison de l'objet vendu (exécution en nature au sens strict), mais aussi la réparation ou le remplacement de la chose non conforme. Cette solution est aussi celle que retient la directive 1999/44 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation¹¹⁷. Elle s'écarte, fort heureusement, des recours qui, dans le droit commun belge de la vente, sont reconnus à l'acheteur d'une chose affectée d'un vice caché. Selon l'opinion doctrinale et jurisprudentielle dominante, mais à notre avis critiquable¹¹⁸, le choix de l'acheteur se réduirait à l'option entre l'action

115. P. WÉRY, *op. cit.*, pp. 462 et s.

116. P. BAZIER, « Abus de droit, *rechtsverwerking* et sanctions de l'abus de droit », note sous Cass., 1^{er} octobre 2010 et Cass., 6 janvier 2011, *R.G.D.C.*, 2012, pp. 393 et s.

117. Voy. l'art. 1649quinquies C. civ.

118. Sur ce point, voy. F. GLANSDORFF, « Garantie des vices cachés : *quid* de la réparation et du remplacement ? », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 417 et s. ;

rédhibitoire et l'action *quanti minoris* : tel qu'il est rédigé, l'article 1644 du Code civil le priverait de la possibilité de réclamer la réparation ou le remplacement de la chose vicieuse.

L'article 112 énonce une règle particulière, propre au remplacement de la chose. Il concerne le retour de l'article remplacé : « 1. Lorsque le vendeur a remédié au défaut de conformité en procédant au remplacement, il a le droit et l'obligation de récupérer, à ses frais, l'article remplacé. 2. L'acheteur n'est pas tenu de payer l'usage qui a été fait de l'article remplacé pendant la période antérieure au remplacement ».

50. Un droit limité – Ce droit n'est ouvert qu'à l'encontre du vendeur dont l'inexécution n'est pas exonérée.

Le droit à l'exécution n'est pas absolu. Il souffre plusieurs exceptions qu'énonce l'article 110, paragraphe 3 : « L'exécution ne peut être exigée lorsque : (a) l'exécution est impossible ou devenue illicite ; ou (b) la charge ou les dépenses induites par l'exécution seraient disproportionnées par rapport au bénéfice que l'acheteur en retirerait ».

Ces exceptions correspondent largement à celles auxquelles le droit belge subordonne la primauté de l'exécution en nature. L'exécution directe ne peut y être ordonnée, lorsqu'elle se heurte à une impossibilité ou qu'elle est abusive¹¹⁹. Encore faut-il évidemment que l'impossibilité soit appréciée dans le DCEV dans les mêmes termes qu'en jurisprudence belge¹²⁰. Quant à l'hypothèse de l'exécution qui est « devenue illicite »¹²¹, elle peut, sans doute, être rapprochée de l'article 1302, alinéa 1^{er}, du Code civil qui vise notamment le cas de la chose qui a été mise hors commerce.

51. Choix du consommateur entre la réparation et le remplacement – L'article 111 énonce une règle particulière, propre aux contrats conclus avec un consommateur, lorsque la chose est affectée d'un défaut de conformité.

« 1. Lorsque, dans un contrat de vente avec un consommateur, le professionnel est tenu de corriger un défaut de conformité en vertu de l'article 110, paragraphe 2, le consommateur peut choisir entre la réparation et le remplacement à moins que l'option retenue ne soit illicite ou impossible ou que, par rapport à l'autre option, elle impose au vendeur des coûts qui seraient disproportionnés compte tenu : (a) de la valeur qu'aurait le bien en l'absence

P. WÉRY, « Réflexions comparatives sur la réparation et le remplacement de la chose vendue affectée d'un défaut de conformité ou d'un vice caché », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 569 et s.

119. Sur ce point, voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 1, *op. cit.*, pp. 817 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, pp. 484 et s.

120. En droit belge, de simples difficultés, fussent-elles grandes, ne peuvent suffire à écarter l'exécution en nature.

121. Voy. R. SCHULZE (éd.), *op. cit.*, p. 506.

de non-conformité ; (b) de l'importance du défaut de conformité ; et (c) de l'éventuelle possibilité de mettre en œuvre l'autre moyen d'action sans inconvénients significatifs pour le consommateur.

2. Si le consommateur a exigé la correction du défaut de conformité par la réparation ou le remplacement conformément au paragraphe 1, il ne peut recourir à d'autres moyens d'action que si le professionnel n'a pas effectué la réparation ni procédé au remplacement dans un délai raisonnable, inférieur ou égal à 30 jours. Le consommateur peut toutefois suspendre son exécution pendant ce délai ».

B. Le droit de suspendre l'exécution de ses propres obligations

52. La suspension de l'exécution de l'obligation – En droit belge, l'exécution de l'obligation d'une partie à un contrat synallagmatique peut être suspendue soit par application de l'exception d'inexécution, soit en vertu de la théorie des risques.

Lorsque l'inexécution est imputable au débiteur, le créancier peut différer l'exécution de son obligation jusqu'à ce que son cocontractant se soit exécuté ou ait, à tout le moins, offert de le faire. L'exception *non adimpleti contractus*, dont on trouve une application à l'article 1612 du Code civil, est un principe général de droit applicable à tout contrat synallagmatique. Son invocation est soumise à diverses conditions d'application, entre autres à une exigence de bonne foi¹²².

Lorsque l'inexécution résulte d'une cause étrangère libératoire qui constitue un obstacle, non pas définitif mais temporaire, à la réalisation de l'obligation, c'est alors la théorie des risques qui trouve à s'appliquer : l'interdépendance des obligations réciproques, caractéristique des contrats synallagmatiques, a pour conséquence que leur exécution se trouve suspendue de plein droit aussi longtemps que l'empêchement persiste¹²³.

Le DCEV aborde aussi la question. Le droit de suspendre l'exécution y est reconnu largement, sans qu'il faille distinguer selon que l'inexécution est ou non exonérée par un empêchement.

Aux termes de l'article 113, paragraphe 1^{er}, « L'acheteur tenu de s'exécuter en même temps que le vendeur ou après l'exécution par ce dernier de son obligation, a le droit de suspendre l'exécution de ses obligations tant que

122. Sur ce point, voy. not. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, pp. 828-829 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 1, *op. cit.*, pp. 865 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, pp. 755-756.

123. P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, pp. 549-550.

le vendeur n'a pas offert de s'exécuter ou ne s'est pas exécuté »¹²⁴. Cette suspension peut être décidée unilatéralement par l'acheteur, sans autorisation judiciaire préalable.

L'article 113, paragraphe 2, prévoit, par ailleurs, l'*exceptio timoris* pour contrevention anticipée (voy. *supra* n° 42).

La suspension de l'exécution sera totale ou partielle selon les cas, ainsi que le porte le paragraphe 3 : « L'éventuelle suspension de l'exécution en application du présent article est totale ou partielle, dans la mesure justifiée par l'inexécution. Lorsque les obligations du vendeur doivent être exécutées par tranches ou sont autrement divisibles, l'acheteur n'est fondé à suspendre l'exécution de ses obligations que quant à la tranche qui n'a pas été exécutée, à moins que l'inexécution du vendeur soit de nature à justifier la suspension par l'acheteur de l'exécution de l'ensemble de ses obligations ».

C. Le droit de notifier la résolution du contrat

53. La définition – L'article 8, paragraphe 1^{er}, de la proposition de Règlement définit la résolution du contrat dans les termes suivants : « On entend par "résolution d'un contrat" la cessation des droits et obligations contractuels des parties, à l'exception de ceux découlant de toute clause contractuelle prévoyant le règlement de différends ou de toute autre clause contractuelle ayant vocation à s'appliquer même après la résolution ».

Il y aurait beaucoup à dire sur ce moyen d'action, dont les effets sont radicaux puisqu'il met fin au contrat et qu'il implique des restitutions (chapitre 17). On s'en tiendra ici aussi à l'essentiel.

Comme nous l'avons déjà indiqué (voy. *supra* n° 39), ce droit de notifier la résolution est exercé par notification au vendeur (art. 118). Nous ne reviendrons pas non plus sur le fait que ce droit est ouvert pour toute inexécution, sans distinction entre celle qui est exonérée par un empêchement et celle qui ne l'est pas (voy. *supra* n° 35). On rappellera enfin que l'article 119 invite l'acheteur à faire montre d'une certaine diligence : sous peine de perdre son droit, il doit, en principe, notifier la résolution dans un délai raisonnable (voy. *supra* n° 39).

54. La résolution, mesure exceptionnelle applicable à certaines inexécutions – La *favor contractus*, qui guide la Commission, l'a poussée à limiter la résolution aux hypothèses d'inexécution essentielle, telle que celle-ci est définie à l'article 87, paragraphe 2 (art. 114, paragraphe 1^{er}).

124. À ce sujet, voy. S. JANSEN, « Suspension as a temporary defence in European Contract law », in A.L.M. KEIRSE et M.B.M. LOOS (éd.), *Alternative Ways to Ius Commune. The Europeanisation of Private Law*, Cambridge-Anvers-Portland, Intersentia, 2012, pp. 219 et s.

Le paragraphe second élargit toutefois ce droit lorsque l'inexécution est due au défaut de conformité du bien avec le contrat et qu'il s'agit d'un contrat de vente avec un consommateur ou d'un contrat portant sur la fourniture d'un contenu numérique entre un professionnel et un consommateur. En ce cas, précise le texte, « le consommateur peut résoudre le contrat à moins que le défaut de conformité soit mineur ». On peut s'interroger sur la différence qui existe entre une inexécution essentielle et un défaut de conformité qui n'est pas mineur¹²⁵...

Le DCEV reconnaît un droit de résolution dans deux autres hypothèses.

L'article 115 prévoit ainsi la résolution du contrat pour cause de retard de livraison après notification d'un délai d'exécution supplémentaire. Aux termes de son premier paragraphe, « En cas de retard dans la livraison qui n'est pas en lui-même essentiel, l'acheteur est fondé à résoudre le contrat s'il a, par notification, imparti un délai d'exécution supplémentaire d'une durée raisonnable et que le vendeur ne s'est pas exécuté dans ce délai ». Une fois ce délai expiré, l'acheteur pourra notifier à son cocontractant la résolution du contrat. La notification de résolution est même inutile, lorsque la notification du délai d'exécution supplémentaire prévoit une résolution de plein droit en cas d'inexécution du vendeur dans le délai qu'elle fixe : en ce cas, « la résolution prend effet à l'expiration de ce délai sans autre notification » (art. 115, paragraphe 3).

Quant à l'article 116, il admet la résolution pour inexécution anticipée. Nous n'y reviendrons pas (voy. *supra* n° 42).

55. Portée du droit de résolution – L'idée selon laquelle la résolution du contrat n'est pas toujours totale gagne du terrain en droit belge. Dans certaines hypothèses, un contrat peut, en effet, être résolu en partie. Le critère de divisibilité peut servir à cet égard de fil conducteur¹²⁶.

L'article 117 du DCEV, qui traite de la portée du droit de résolution, confirme la pertinence de ces développements récents :

« 1. Lorsque les obligations contractuelles du vendeur doivent être exécutées par tranches ou sont autrement divisibles, l'acheteur peut mettre fin à la relation contractuelle quant à cette seule tranche s'il existe un motif de résolution, en vertu de la présente section, d'une tranche à laquelle peut être assignée une fraction du prix.

125. Voy. en ce sens R. FELTKAMP et F. VAN BOSSELE, *op. cit.*, p. 29.

126. Sur cette question, voy. not. P.A. FORIERS, « Les effets de la résolution des contrats pour inexécution fautive » in B. DUBUISSON et P. WÉRY (dir.), *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 223 et s.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si l'on ne peut pas attendre de l'acheteur qu'il accepte l'exécution des autres tranches ou si l'inexécution est de nature à justifier la résolution du contrat dans son intégralité.

3. Lorsque les obligations contractuelles du vendeur ne sont pas divisibles ou qu'une fraction du prix ne peut pas être assignée, l'acheteur ne peut procéder à la résolution que si l'inexécution est de nature à justifier la résolution du contrat dans son intégralité ».

L'article 8, paragraphe 1^{er}, de la proposition de Règlement prévoit aussi le maintien des clauses et obligations postcontractuelles : la résolution laisse subsister les droits et obligations « découlant de toute clause contractuelle prévoyant le règlement de différends ou de toute autre clause contractuelle ayant vocation à s'appliquer même après la résolution »¹²⁷.

D. Le droit de réduire le prix

56. Droit de réduire le prix en droit belge – Pour l'heure, la réduction du prix consécutive à l'exécution partielle ou défectueuse du débiteur n'est pas reconnue en droit belge comme remède autonome à part entière¹²⁸. Le Code civil ne contient aucune allusion à ce remède dans les textes généraux relatifs aux obligations conventionnelles. On ne trouve pas davantage de texte général admettant la réduction du prix dans le titre VI « De la vente » du Code civil.

Quelques textes admettent toutefois une réduction de prix. On peut notamment citer, pour ce qui est du Code civil, les articles 1617 et suivants (pour une erreur de contenance de l'immeuble vendu), 1644 (l'action estimatoire en présence d'un vice caché grave), 1637 (en cas d'éviction partielle de l'acheteur) et 1649*quinquies*, § 3 (pour la garantie légale des biens de consommation en cas de vente entre un vendeur professionnel et un consommateur). Par ailleurs, une coutume propre aux ventes commerciales reconnaît un droit de réfaction à l'acheteur, en présence d'un manquement minime à l'obligation de délivrer les marchandises dans les quantités et qualités convenues¹²⁹.

127. Sur cette question, voy. l'étude de M. FONTAINE, *D.P.C.I.*, 1984, pp. 7 et s.

128. P. WÉRY, *Droit des obligations, op. cit.*, pp. 643 et s.

129. L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial belge*, Gand, Fechey, 1947, pp. 89 et s. ; P.A. FOIRIERS, « Les contrats spéciaux – Chronique de jurisprudence », *R.D.C.*, 1987, pp. 38-39 ; C. ALTER et R. THUNGENS, « Les obligations du vendeur », in *Vente – Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, I.6-15 (1^{er} octobre 2007) ; M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, préface P. CATALA, Paris, L.G.D.J., 1972, pp. 321 et s.

Force est toutefois de constater que ces différentes règles n'englobent pas tous les cas d'inexécution partielle ou défectueuse et que ces hypothèses de réduction ne font pas l'objet d'un régime uniforme¹³⁰.

57. L'article 120 du DCEV – Le DCEV a le mérite de contenir une disposition générale consacrée à la réfaction : l'article 120 (« Droit de réduire le prix »).

Aux termes de son premier paragraphe, « L'acheteur qui accepte une exécution non conforme au contrat peut réduire le prix. La réduction doit être proportionnelle à la différence entre la valeur de ce qui a été reçu au titre de l'exécution au moment où elle a eu lieu, et la valeur de ce qui aurait été reçu si l'exécution avait été conforme ». Le paragraphe 2 énonce une évidence : « L'acheteur qui est en droit de réduire le prix en vertu du paragraphe 1 et qui a déjà payé une somme qui excède le prix réduit, peut obtenir du vendeur le remboursement du surplus ».

On se bornera aux trois observations suivantes¹³¹.

Le droit de réduire le prix est considéré comme un moyen d'action à part entière : il ne se confond pas avec les autres remèdes, notamment le droit pour l'acheteur d'obtenir des dommages et intérêts. Leurs finalités sont distinctes : rétablir l'équilibre des prestations, pour la réfaction ; réparer le préjudice de l'acheteur consécutif à l'inexécution, pour ce qui est des dommages et intérêts. Cela étant, certains recouvrements existent, qui n'ont pas échappé à la Commission : « L'acheteur qui réduit le prix ne peut de surcroît obtenir des dommages et intérêts pour le préjudice ainsi réparé ; mais il conserve son droit à dommages et intérêts pour tout autre préjudice subi » (art. 120, paragraphe 3).

Par ailleurs, la réfaction n'est pas subordonnée à une décision judiciaire préalable : l'acheteur peut appliquer cette réduction de son propre chef.

Enfin, cette mesure est ouverte à l'acheteur pour toute exécution non conforme au contrat, même si elle est exonérée par un empêchement (art. 88).

E. Le droit à des dommages et intérêts

58. Vue d'ensemble du chapitre 16 – C'est dans un chapitre distinct que le DCEV développe le régime juridique des dommages et intérêts. Le chapitre 16 est consacré, d'une part, aux dommages et intérêts (section 1) et, d'autre part, aux intérêts de retard (section 2). Il comporte aussi une troisième section, relative au retard de paiement de la part des professionnels.

130. Sur ce point, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations, op. cit.*, pp. 657 et s.

131. À ce sujet, voy. S. JANSEN, « Price reduction as a remedy in European Contract Law and the Consumer Acquis », in A.L.M. KEIRSE et M.B.M. LOOS (éd.), *Alternative Ways to Ius Commune. The Europeanisation of Private Law*, Cambridge-Anvers-Portland, Intersentia, 2012, pp. 169 et s.

59. Le concours des responsabilités – Ce chapitre 16 organise ce qu’il est convenu d’appeler le régime de la responsabilité contractuelle du débiteur. La responsabilité quasi délictuelle n’est, en revanche, pas traitée par le DCEV, pas plus d’ailleurs que la question de savoir si l’acheteur victime d’une inexécution bénéficie de l’option entre les deux ordres de la responsabilité civile. Le considérant n° 27 du préambule de la proposition de Règlement les écarte expressément de son champ d’application.

Pour cette question du concours, dont on connaît toute la difficulté en droit belge, il faut donc s’en remettre à la jurisprudence de la Cour de cassation¹³².

Sa jurisprudence, qui a fluctué au fil du temps, s’est fixée, jusqu’à nouvel ordre, dans l’arrêt du 29 septembre 2006¹³³. La responsabilité quasi délictuelle du débiteur ne peut être admise que si la faute qui lui est imputée constitue un manquement non seulement à l’obligation contractuelle mais aussi au devoir général de diligence qui lui incombe et si cette faute a causé un dommage autre que celui qui est dû à la mauvaise exécution du contrat. La Cour entrouvre ainsi la porte au concours des responsabilités. L’ouverture est cependant timide, puisqu’il ne suffit pas au créancier d’établir que la faute dont il est victime revêt un caractère mixte. Il doit aussi prouver – ce qui s’avère autrement plus difficile – que le dommage qui en résulte est étranger à l’inexécution du contrat. La Cour fait toutefois table rase de cette seconde condition, lorsque le manquement contractuel constitue en même temps une infraction pénale¹³⁴.

60. Un moyen limité à l’inexécution qui n’est pas exonérée – Le droit à dommages et intérêts ne bénéficie pas à la victime de toute inexécution.

L’article 159 le rappelle, en son premier paragraphe : « Le créancier a droit à des dommages et intérêts pour le préjudice qu’il a subi du fait de l’inexécution d’une obligation par le débiteur, à moins que l’inexécution ne bénéficie d’une exonération ».

En outre, l’article 162 exclut la réparation du « préjudice imputable au créancier » : « Le débiteur n’est pas responsable du préjudice subi par le créancier pour autant que ce dernier a contribué à l’inexécution ou aux conséquences de celle-ci ».

61. Le principe de la réparation intégrale et ses exceptions – À l’instar du principe qui prévaut en droit belge, le DCEV reconnaît au créancier le droit d’obtenir une réparation intégrale. Aux termes de l’article 160, « Les dommages et intérêts en réparation du préjudice causé par l’inexécution

132. Pour une vue d’ensemble, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations, op. cit.*, pp. 595 et s.

133. Cass., 29 septembre 2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 1717, note A. VAN OEVÉLEN.

134. Cass., 26 octobre 1990, *R.C.J.B.*, 1992, p. 497, note R.-O. DALCO.

d'une obligation sont en règle générale d'un montant qui permette de placer le créancier dans la situation où il se serait trouvé si l'obligation avait été dûment exécutée ou, en cas d'impossibilité, de le rapprocher autant que possible de cette situation. Ils tiennent compte tant de la perte que le créancier a subie que du gain dont il a été privé ».

Tout comme en droit belge, seul le dommage prévu ou prévisible doit être réparé. Au contraire de l'article 1150 du Code civil, l'article 162 du DCEV ne prévoit toutefois pas le droit pour l'acheteur d'obtenir la réparation du dommage imprévisible, lorsque le vendeur s'est rendu coupable d'un dol.

À l'instar de ce qui en est admis en droit belge, le principe de la réparation intégrale est tenu en échec, lorsque le créancier a négligé de prendre toutes les mesures raisonnables afin de réduire son préjudice (art. 163, paragraphe 1^{er}). S'il a veillé à agir de la sorte, l'acheteur aura droit au « remboursement de tous frais qu'il a raisonnablement engagés en tentant de réduire le préjudice » (art. 163, paragraphe 2).

Les parties peuvent-elles tenir en échec le principe de la réparation intégrale en s'accordant sur une clause limitative ou exonératoire de responsabilité ? La réponse est affirmative en droit belge, même si les exceptions à la validité d'une telle clause ne sont pas négligeables¹³⁵. Le DCEV ne répond pas à la question dans le chapitre consacré aux dommages et intérêts. Elle nous paraît toutefois devoir appeler une réponse affirmative sous la réserve des importantes nuances qui suivent. *Primo*, la clause ne pourrait méconnaître une disposition impérative (art. 92, §2 et 108 DCEV). *Secundo*, il se pourrait que la clause doive être qualifiée d'abusives au sens où le chapitre 8 entend ce terme (voy. *infra* n^{os} 62 et s.). *Tertio*, il ne faut pas exclure que la clause ait été consentie sous l'empire d'un vice de consentement (dol ou exploitation déloyale, par exemple) : en ce cas, le créancier peut notifier à son cocontractant l'annulation de la clause (art. 52 DCEV). Enfin, on ne doit pas perdre de vue l'exigence de bonne foi et de loyauté qui pèse sur chaque partie : si le débiteur qui se prévaut de la clause exonératoire ou limitative de responsabilité manque à ce devoir, il pourrait se voir empêcher d'invoquer ce moyen de défense (art. 2, paragraphe 2, DCEV).

III.4. Le régime des clauses contractuelles abusives

62. Vue d'ensemble – Le DCEV comporte un important chapitre consacré aux clauses contractuelles abusives¹³⁶. Après quelques dispositions générales (art. 79 à 81), le chapitre 8 distingue le régime des clauses abusives dans les

135. Sur ce point, voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 2, *op. cit.*, pp. 1655 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, pp. 736 et s.

136. Voy. à ce sujet R. SCHULZE (éd.), *op. cit.*, pp. 376 et s.

contrats entre professionnels et consommateurs (art. 82 à 85) et celui, moins élaboré, qui est applicable aux clauses abusives dans les contrats entre professionnels (art. 86). A ces dispositions, il convient d'ajouter l'article 170 qui concerne les clauses contractuelles abusives relatives aux intérêts de retard.

Ces dispositions, qui sont destinées à protéger la partie faible au contrat, revêtent un caractère impératif. Aussi les parties ne peuvent-elle « écarter l'application du présent chapitre ni déroger à ses effets ou les modifier » (art. 81).

Certaines clauses échappent au contrôle de leur caractère éventuellement abusif. L'article 80 écarte, en son premier alinéa, « les clauses contractuelles qui reflètent les dispositions du droit commun européen de la vente qui s'appliqueraient si les clauses ne régissaient pas la question ». Les dispositions relatives aux clauses abusives ne s'appliquent pas davantage « à la définition de l'objet principal du contrat ni à la justesse du prix à payer » (art. 80, paragraphes 2 et 3). Sur ce dernier point, le DCEV distingue toutefois le régime applicable aux contrats conclus entre professionnels et consommateurs de celui qui gouverne les contrats entre professionnels : le régime des clauses abusives peut toucher à la définition de l'objet principal du contrat ou à la justesse du prix à payer, s'il s'avère que le professionnel ne s'est pas conformé à l'obligation de transparence prescrite par l'article 82 (art. 80, paragraphe 2, *in fine*).

III.4.1. Les clauses abusives dans les contrats entre professionnels et consommateurs

63. Structure de la section du DCEV consacrée au sujet – La section consacrée aux clauses abusives dans les contrats entre professionnels et consommateurs comporte quatre dispositions.

L'article 82 prescrit une « obligation de transparence des clauses contractuelles qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle » : le professionnel qui propose de telles clauses doit « veiller à ce qu'elles soient rédigées et communiquées de façon claire et compréhensible ». Le professionnel ne doit pas prendre cette « obligation »¹³⁷ de transparence à la légère : sa violation ouvre, en effet, la voie à une appréciation du caractère éventuellement abusif de la clause qui pourra porter sur la définition de l'objet principal du contrat ou sur la justesse du prix à payer (art. 80, § 2).

137. Ne s'agit-il pas plutôt d'une incombance ? Sur le sujet, voy. not. M. FONTAINE, « Obliegenheit, incombance ? », in *Liber Amicorum Hubert Claassens*, Anvers-Louvain-la-Neuve, Maklu-Academia Bruylant, 1998, p. 154 ; M. FONTAINE, « Le droit des contrats à l'écoute du droit comparé », in *Liber Amicorum Michel COPEL*, Waterloo, Kluwer, pp. 305 et s. ; M. HOUBBEN, « La déclaration de sinistre au sens de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre : nature juridique et sanctions », note sous Mons, 17 janvier 2007, *R.G.D.C.*, 2010, pp. 184 et s.

L'article 83 donne la définition générale de la clause abusive dans les contrats entre professionnels et consommateurs.

L'article 84 est le siège de la liste noire de clauses abusives, c'est-à-dire des « clauses contractuelles toujours abusives ».

Quant à l'article 85, il présente la liste grise des clauses abusives, à savoir celles qui sont « présumées abusives » jusqu'à preuve du contraire.

Il est exclu de présenter par le menu ces différentes dispositions. On s'en tiendra à l'essentiel. On relèvera aussi la présence dans les listes de clauses ayant trait à l'inexécution des obligations.

64. La définition générique de la clause abusive – Aux termes de l'article 83, premier paragraphe, « Dans un contrat entre un professionnel et un consommateur, une clause contractuelle proposée par le professionnel et n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle au sens de l'article 7 est abusive aux fins de la présente section lorsqu'elle crée, au détriment du consommateur et en violation du principe de bonne foi et de loyauté, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ».

Le second alinéa énonce les éléments à prendre en considération lors de l'appréciation du caractère abusif d'une clause : (a) l'éventuel respect par le professionnel de l'obligation de transparence figurant à l'article 82 ; (b) la nature de la prestation contractuelle à fournir ; (c) les circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat ; (d) les autres clauses du contrat ; et (e) les clauses de tout autre contrat dont dépend le contrat ».

Cette définition générale de la clause abusive peut venir au secours du consommateur, lorsque la clause qu'il conteste ne figure ni dans la liste noire, ni dans la liste grise des clauses abusives. S'il parvient à établir la présence de ses conditions d'application, il pourra ainsi être délié de la clause, qui n'aura pas de caractère contraignant à son égard.

65. Les clauses contractuelles toujours abusives – L'article 84 énumère onze hypothèses de clauses qui sont nécessairement abusives. On y relèvera la présence de plusieurs clauses qui restreignent ou suppriment des moyens ouverts au consommateur en cas d'inexécution de la part du professionnel. On y trouve notamment certaines clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité.

Ainsi est toujours abusive la clause qui a pour objet ou pour effet :

- « d'exclure ou de limiter la responsabilité du professionnel en cas de décès ou de préjudice corporel subi par le consommateur du fait d'un acte ou d'une omission dudit professionnel ou de quiconque agissant pour le compte de ce dernier » (a) ;

- « d'exclure ou de limiter la responsabilité du professionnel pour tout préjudice ou dommage causé au consommateur du fait d'un acte délibéré ou d'une négligence grave » (b) ;
- « d'exclure ou d'entraver le droit du consommateur à ester en justice ou à exercer toute autre voie de recours, notamment en lui imposant de soumettre les litiges exclusivement à un système d'arbitrage qui n'est généralement pas prévu dans les dispositions juridiques qui s'appliquent aux contrats entre un professionnel et un consommateur » (d) ;
- « d'exiger du consommateur qu'il recoure à des modalités plus formelles pour résoudre le contrat au sens de l'article 8, que celles ayant régi la conclusion du contrat » (h) ;
- « d'accorder au professionnel un délai de notification plus court pour résoudre le contrat que celui imposé au consommateur » (i).

66. Les clauses contractuelles présumées abusives – L'article 85 énumère une très longue liste de clauses qui sont présumées abusives jusqu'à preuve du contraire. Il comporte pas moins de 23 *litterae* différents, dont certains contiennent plusieurs hypothèses.

Ici aussi, on relève la présence de diverses clauses qui touchent au contentieux de l'inexécution des obligations contractuelles.

Est ainsi présumée abusive la clause qui a pour objet ou pour effet « d'exiger du consommateur qui n'exécute pas ses obligations qu'il paie un montant disproportionnellement élevé à titre de dommages et intérêts ou qu'il effectue un paiement stipulé en cas d'inexécution » (e).

D'autres *litterae* concernent des clauses qui restreignent ou suppriment des moyens ouverts au consommateur confronté à une inexécution du professionnel. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut relever que sont présumées abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet :

- « d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les moyens d'action ou de recours que le consommateur peut exercer à l'encontre du professionnel ou d'un tiers en cas d'inexécution par le professionnel d'obligations nées du contrat » (b) ;
- « d'exclure ou de limiter, de façon inappropriée, le droit de compenser des créances que le consommateur détiendrait sur le professionnel par des sommes que le consommateur devrait à ce dernier »(c) ;
- « d'obliger le consommateur à exécuter toutes ses obligations contractuelles alors que le professionnel n'exécute pas les siennes » (l) ;
- « de permettre au professionnel, lorsque l'objet de la commande est indisponible, de fournir un objet équivalent sans avoir expressément informé le consommateur de cette possibilité et de l'obligation pour

le professionnel de supporter les frais de réexpédition de ce que le consommateur aura reçu en vertu du contrat si le consommateur exerce le droit de refuser l'exécution » (n) ;

- « d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les moyens d'action dont le consommateur dispose à l'encontre du professionnel ou les moyens de défense offerts au consommateur contre les prétentions du professionnel » (q).

67. Une protection du consommateur moins poussée qu'en droit belge

– Selon l'exposé des motifs, « Conformément à l'article 114, paragraphe 3, TFUE, le droit commun européen de la vente garantirait un niveau élevé de protection des consommateurs en instituant son propre corps de règles impératives qui maintiendraient ou amélioreraient le degré de protection dont jouissent les consommateurs grâce au droit de la consommation en vigueur au niveau de l'Union ».

Il est permis de douter de l'exactitude de cette assertion au regard du droit positif belge.

La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection des consommateurs contient plusieurs articles portant sur l'interdiction et la nullité des clauses abusives dans les contrats entre une entreprise – laquelle inclut notamment le vendeur professionnel tel qu'entendu dans la proposition – et un consommateur.

Comme l'y autorise la directive 93/13, le droit belge est allé au-delà de ce qu'imposait le législateur européen.

La liste de clauses abusives figurant à l'article 74 de la loi est ainsi plus étendue que ce qu'impose le prescrit européen. Un seul exemple parmi d'autres : l'exigence de réciprocité des clauses pénales. La clause pénale qu'une entreprise prévoit en sa faveur pour sanctionner un manquement du consommateur est nécessairement nulle si le contrat ne comporte pas aussi une clause pénale destinée à sanctionner les manquements contractuels de l'entrepreneur envers le consommateur (art. 74, 17°). Le DCEV ne mentionne pas cette exigence de réciprocité dans ces listes de clauses abusives ; pour que la clause pénale unilatérale ne lie pas le consommateur, celui-ci doit se rabattre sur la définition générique de la clause abusive.

S'affranchissant du texte de la directive 93/13, la loi du 6 avril 2010 ne différencie, par ailleurs, pas les clauses selon qu'elles ont été négociées individuellement avec le consommateur ou qu'elles ont été imposées par l'entreprise, sans possibilité pour le consommateur de les négocier. L'article 83 du DCEV induit, par contre, une distinction à faire entre les clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle et celles qui n'en ont pas fait l'objet :

une clause qui a fait l'objet d'une négociation individuelle ne peut, en aucune manière, être qualifiée d'abusives (voy. *infra* n° 72).

Enfin, la clause qui figure dans la liste noire de l'article 74 de la loi du 6 avril 2010 est nécessairement nulle, sans possibilité de rémission. La loi belge ne distingue pas des clauses qui seraient nécessairement abusives et d'autres qui seraient seulement présumées abusives. Les articles 84 et 85 du DCEV établissent, par contre, deux catégories de clauses abusives : celles qui sont « toujours abusives » (art. 84) et celles qui sont « présumées abusives » (art. 85). On relèvera, par exemple, qu'est seulement « présumée abusive » la clause qui a pour objet ou pour effet « d'exiger du consommateur qui n'exécute pas ses obligations qu'il paie un montant disproportionnellement élevé à titre de dommages et intérêts ou qu'il effectue un paiement stipulé en cas d'inexécution » (art. 85, e). Une telle clause pénale qui imposerait au consommateur de payer un montant disproportionnellement élevé est, à l'heure actuelle, nécessairement nulle selon la loi du 6 avril 2010 (art. 74, 24°).

III.4.2. Les clauses abusives dans les contrats entre professionnels

68. L'article 86 – Chose remarquable au regard du droit belge, le DCEV consacre une disposition aux clauses abusives dans les contrats entre professionnels.

Leur régime juridique est toutefois moins élaboré que celui qui s'applique aux clauses qui figurent dans les contrats entre professionnels et consommateurs. Il ne comporte ni liste noire ni liste grise, mais seulement une définition générale de la clause abusive. Sa formulation est, au demeurant, particulièrement restrictive.

Aux termes de l'article 86, « 1. Dans un contrat entre professionnels, une clause contractuelle n'est abusive aux fins de la présente section, que si : (a) elle fait partie des clauses qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle au sens de l'article 7 ; et (b) qu'elle est de nature telle que son application s'écarte manifestement des bonnes pratiques commerciales, contrairement au principe de bonne foi et de loyauté.

2. Lors de l'appréciation du caractère abusif d'une clause contractuelle aux fins de la présente section, les éléments suivants sont à prendre en considération : (a) la nature de la prestation contractuelle à fournir ; (b) les circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat ; (c) les autres clauses du contrat ; et (d) les clauses de tout autre contrat dont dépend le contrat ».

III.4.3. La sanction des clauses abusives

69. La clause « ne lie pas » – Aux termes de l'article 79, alinéa 1^{er}, « Une clause contractuelle proposée par une partie et qui est abusive en vertu des sections 2 et 3 du présent chapitre ne lie pas l'autre partie ».

Le DCEV emploie la même expression que celle qui figure dans la directive 93/13 : la clause abusive « ne lie pas » l'autre partie. En utilisant cette expression, le DCEV entend indiquer que cette partie est dispensée de postuler la nullité de la clause en justice¹³⁸. La clause est, en effet, dépourvue de plein droit de toute force obligatoire.

Il y a là une importante différence avec la sanction des clauses abusives prévues par l'article 75 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur. S'écartant du prescrit européen, le législateur belge prévoit que la clause abusive est « nulle ». Sa nullité – relative – doit donc faire l'objet d'une décision de justice¹³⁹.

La sanction retenue par le DCEV est chirurgicale : elle n'atteint que la clause abusive, sans mettre en péril la survie du contrat. C'est ce que précise l'alinéa 2 de l'article 79 : « les autres clauses du contrat demeurent contraignantes ». Avec toutefois ce bémol : il n'en va ainsi que « lorsque le contrat peut être maintenu sans la clause abusive ».

70. Les clauses abusives : un type de clauses interdites parmi d'autres – Les clauses qui sont prosrites par le DCEV ne se résument pas aux seules clauses abusives.

- (a) Ainsi l'article 54, paragraphe 2, du DCEV admet-il que la cause d'annulation n'affecte que certaines clauses du contrat. Ce texte figure dans le chapitre 5 consacré aux vices de consentement (l'erreur, le dol, les menaces et l'exploitation déloyale). Une partie qui a été victime de l'un de ces vices peut ainsi se dégager de la clause. Pour ce faire, elle devra toutefois notifier au cocontractant sa décision d'annulation dans les délais assez courts que prévoit l'article 52 du DCEV. La clause est, au contraire des clauses abusives, valide aussi longtemps qu'elle n'a pas été annulée (art. 54, paragraphe 1^{er}).
- (b) Il est, par ailleurs, interdit aux parties de stipuler des clauses qui enfreindraient des dispositions impératives du DCEV. L'article 2, point v, de la proposition de Règlement définit la « règle impérative » comme « toute disposition dont les parties ne peuvent écarter l'application ou à laquelle elles ne peuvent déroger ou dont elles ne peuvent modifier les effets ».

138. Sur ce point, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations, op. cit.*, pp. 328-329.

139. P. WÉRY, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 328.

Pour nous en tenir au contentieux de l'inexécution, une clause qui exonérerait le vendeur de sa responsabilité du fait de la personne à qui il a confié l'exécution est interdite dans les contrats conclus avec un consommateur. L'article 92, relatif à l'exécution par un tiers, précise, en effet, en son paragraphe 2, que « le vendeur qui confie l'exécution à autrui en reste responsable » et ajoute, au paragraphe suivant, que « dans les relations entre un professionnel et un consommateur, les parties ne peuvent, au détriment de ce dernier, exclure l'application du paragraphe 2 ni déroger à ses effets ou les modifier ».

L'article 108, qui figure dans le chapitre consacré aux moyens d'action à la disposition de l'acheteur confronté à une inexécution, est encore plus important à relever en raison de sa portée générale. Il dispose, en effet, que « dans un contrat entre un professionnel et un consommateur, les parties ne peuvent, au détriment de ce dernier, exclure l'application du présent chapitre ni déroger à ses effets ou les modifier avant que le consommateur n'ait porté le défaut de conformité à l'attention du professionnel ». Dès lors, une clause qui porterait, par exemple, prématurément atteinte au droit du consommateur de notifier la résolution ou d'exiger l'exécution enfreindrait le DCEV.

Quelle sanction frappe de telles clauses contraires à une règle impérative ? Ne s'agissant pas, à proprement parler, de clauses abusives, l'article 79, paragraphe 1^{er}, aux termes duquel les clauses abusives « ne lient pas » l'autre partie, ne paraît pas pouvoir être invoqué. On pourrait, dès lors, songer à appliquer à ces clauses illicites l'article 54 qui prévoit l'annulation de la clause par voie de notification. Cette disposition figure toutefois dans un chapitre consacré aux vices de consentement.

71. L'articulation du régime des clauses abusives et de celui applicable aux clauses contraires à des textes impératifs – Une délicate question, qui semble avoir échappé aux commentateurs, se pose : comment articuler ces textes impératifs et le régime des clauses abusives ? N'existe-t-il pas des risques de chevauchement, voire de contradiction ?

Prenons l'exemple de l'article 85, c. Ce texte présume abusive la clause qui a pour objet ou pour effet, dans un contrat de consommation, « d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les moyens d'action ou de recours que le consommateur peut exercer à l'encontre du professionnel ou d'un tiers en cas d'inexécution par le professionnel d'obligations nées du contrat ». Il nous semble que ce texte, qui instaure une présomption réfragable d'abus, doit s'effacer au profit de l'article 108 précité¹⁴⁰, qui est plus protecteur des intérêts du consommateur. Cet effacement ne s'impose toutefois que dans l'hypothèse où la clause dérogoire a vu le jour *avant* que le consommateur ait porté le défaut de conformité à l'attention du professionnel. Si la clause a

140. Voy. *supra*, n° 70.

fait l'objet d'un accord *après* ce moment, elle n'enfreint plus l'article 108. Il restera alors au consommateur, qui regretterait d'avoir marqué un tel accord, à se tourner vers l'article 85, c, en faisant état d'une exclusion ou d'une limitation inappropriée de ses moyens d'action.

Ce départ temporel n'est toutefois pas toujours prévu par les textes. L'exemple de la clause exonératoire de la responsabilité du fait d'autrui que le vendeur professionnel a stipulée à son profit, au détriment du consommateur, est à cet égard éloquent. Une telle clause est illicite au regard de l'article 92, paragraphe 3, quel que soit le moment où elle a été convenue. Elle est également présumée abusive si elle constitue une exclusion ou une restriction inappropriée des moyens d'action du consommateur.

72. Quid de la clause qui a été négociée ? – Des articles 83 et 86 du DCEV il ressort qu'une clause « proposée par un professionnel » ne peut être qualifiée d'abusives lorsqu'elle a fait l'objet d'une « négociation individuelle » au sens de l'article 7. Seules les clauses d'adhésion tombent, en d'autres termes, dans le champ d'application du chapitre 8 du DCEV. Cette restriction concerne aussi bien les contrats de consommation que les contrats conclus entre professionnels¹⁴¹.

Une telle limitation ne figure pas dans la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, de sorte qu'un consommateur peut postuler, en droit belge, l'annulation d'une clause, soit sur la base de l'article 2, 28°, soit sur celle de l'article 74, que la clause soit d'adhésion ou qu'elle ait été négociée.

Comment le DCEV assure-t-il la protection d'une partie contre une clause qu'elle a pourtant négociée ?

Diverses voies peuvent être explorées. Il se peut, tout d'abord, que la clause enfreigne une règle impérative et soit partant interdite. (voy. *supra*, n° 37). Si tel n'est pas le cas, la partie qui cherche à se dégager d'une clause pourrait en notifier l'annulation en invoquant un vice de consentement, en particulier l'exploitation déloyale (art. 51)¹⁴². Elle pourrait, le cas échéant, aussi songer aussi à la violation de l'article 2 (bonne foi et loyauté)¹⁴³.

141. C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 757, note 94.

142. *Id.*

143. *Id.*