

moyennant un préavis de deux ans», qu'elle ne peut invoquer que des manquements commis pendant la période de préavis, et que «les motifs invoqués par [la demanderesse] en 2015 et actuellement sont les mêmes», viole l'article 1184, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'ancien Code civil.

Le moyen, en ce rameau, est fondé.

Par ces motifs, la Cour,

Casse l'arrêt attaqué ;

Ordonne que mention du présent arrêt sera faite en marge de l'arrêt cassé ;

Réserve les dépens pour qu'il soit statué sur ceux-ci par le juge du fond ;

Renvoie la cause devant la cour d'appel de Mons.

#### NOTE

#### Entre résiliation et résolution — une distinction claire, une coexistence difficile (1)

##### TABLE DES MATIÈRES

I. — INTRODUCTION : LES DIFFICULTÉS INHÉRENTES AUX MODES DE DISSOLUTION DU CONTRAT	552
II. — L'ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION DU 7 JANVIER 2021	553
II.1. — Les faits et les décisions antérieures au pourvoi	553
II.2. — Le pourvoi en cassation	554
II.3. — Les conclusions du ministère public	555
II.4. — L'arrêt de la Cour de cassation	555
III. — PORTÉE ET ANALYSE DE L'ARRÊT	556
III.1. — Introduction	556
III.2. — L'articulation entre l'article X.36, alinéa 1 <sup>er</sup> , du Code de droit économique et le droit commun des obligations	556
III.3. — Résiliation et résolution : une distinction théorique claire	561
III.4. — Les difficultés de la qualification de l'acte juridique unilatéral de rupture	564
III.4.1. — <i>Position du problème</i>	564
III.4.2. — <i>Le rôle du juge</i>	566
III.4.3. — <i>L'importance des motifs invoqués à l'appui de la décision de rupture</i>	567

(1) L'auteur remercie vivement le Pr. B. Kohl pour sa relecture attentive et ses observations pertinentes.

III.4.4. — L'existence d'un préavis	569
III.4.5. — La durée du préavis	571
III.4.6. — L'absence de préavis	571
III.4.7. — La réclamation de dommages et intérêts en réparation du préjudice consécutif à la rupture	571
III.5. — Les combinaisons possibles	572
III.5.1. — <i>Résiliation et résolution par des parties distinctes</i>	572
III.5.2. — <i>Demande de résolution judiciaire puis résiliation avant l'issue de la procédure par une même partie</i>	573
III.5.3. — <i>Résolution extrajudiciaire par voie de notification et résiliation subsidiaire</i>	575
III.5.4. — <i>Résiliation puis demande de résolution judiciaire de la convention émanant de la même partie</i>	576
III.5.4.1. L'enseignement traditionnel et ses opposants	576
III.5.4.2. Les enseignements de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 2021	578
III.5.4.3. Les limites de la compatibilité entre résiliation et résolution	581
III.6. — CONCLUSIONS DE L'ANALYSE	583

I. — INTRODUCTION : LES DIFFICULTÉS INHÉRENTES  
AUX MODES DE DISSOLUTION DU CONTRAT

**1. Résiliation v. Résolution: clair en théorie, difficile en pratique.**

Les ruptures, leurs conditions et leurs conséquences constituent une source, sans doute inépuisable, de conflits. La matière contractuelle ne fait, loin s'en faut, pas exception à la règle. Les litiges en la matière sont légion et l'objet d'une jurisprudence foisonnante.

Les différences entre, d'une part, la résiliation unilatérale d'une convention et, d'autre part, la possibilité pour une partie d'en prononcer ou d'en obtenir la résolution sont, dans ce cadre, bien connues (2). La distinction entre ces deux modes de dissolution du contrat est, en théorie du moins, claire.

Bien que ces deux mécanismes se distinguent à première vue facilement, leur articulation pratique se révèle souvent problématique. L'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 2021 et les faits et les décisions qui l'ont précédé en sont la parfaite illustration. Ils nous donnent l'occasion d'analyser plus avant la distinction et les liens entre ces deux mécanismes, à la lumière de la

(2) Les termes résiliation et résolution sont, ici, utilisés selon le sens qu'en donne la doctrine moderne majoritaire et adopté par le (nouveau) livre 5 du Code civil. Le terme résiliation est, par conséquent, réservé au mécanisme permettant à l'une ou plusieurs des parties de mettre fin au contrat, en dehors de toute faute commise par le débiteur (voy. sur ces questions terminologiques P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 669; C. DELFORGE, « L'unilatéralisme et la fin du contrat », in *La fin du contrat*, CUP, vol. 51, Liège, 2001, p. 34 et p. 105).

jurisprudence récente de la Cour de cassation et de la (très) récente réforme du droit des obligations(3).

## II. — L'ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION DU 7 JANVIER 2021

### II.1. — *Les faits et les décisions antérieures au pourvoi*

**2. Objet du litige.** Le litige objet du pourvoi avait pour cadre une convention de vente exclusive portant sur des véhicules automobiles(4). Le 26 mai 2015, le concédant avait communiqué au concessionnaire le résultat d'un audit mené au mois de mars 2015 mettant, selon lui, à jour de graves irrégularités. Peu satisfait des justifications avancées par le concessionnaire, il lui fit savoir, par courrier du 26 août 2015, que « eu égard à l'absence de justifications des irrégularités à propos desquelles nous vous avons interpellés, [nous notifions] à votre société la résiliation de la Convention de Distributeur. Notre décision de résilier la Convention est irrévocable. Toutefois, pour les raisons évoquées ci-dessous, elle ne prendra effet que le 31 août 2017. À titre principal, la résiliation du contrat est fondée sur la violation grave et répétée de vos obligations contractuelles, conformément à l'article 18.2.(d) et (o) de la Convention. Il s'agit donc d'une résiliation pour faute. Nous aurions pu prononcer la résiliation immédiate. Mais le souci de mitiger (*sic*) notre dommage et de vous laisser une dernière chance de vous justifier nous amène à reporter de deux années l'effet de la résiliation. Ceci sans préjudice de nos droits d'être remboursés pour les sommes indûment perçues et de tous droits et actions selon le contrat. Subsidiairement, la résiliation serait fondée sur l'article 18.3 de la Convention. Ceci signifie que même si vous deviez nous apporter — bien tardivement alors — la preuve de la régularité des opérations qui ont été dénoncées, nous maintiendrions notre décision et résilier le contrat, à l'expiration d'un préavis de 24 mois, le 31 août 2017. La résiliation dons (*sic*) ce cas serait justifiée notamment (et pour autant que de besoin) par les difficultés de communication, votre attitude peu coopérative et le retard dans la justification des irrégularités dénoncées par l'auditeur ».

Le 14 septembre 2016, le concessionnaire cita le concédant devant le tribunal de commerce de Liège(5) afin d'obtenir le remboursement de montants qu'il considérait comme indûment retenus et le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis et d'une indemnité complémentaire de

---

(3) Loi du 28 avril 2022 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *M.B.*, 1<sup>er</sup> juillet 2022 et qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2023. On sera attentif aux dispositions transitoires prévues par son article 64 en vertu duquel « les dispositions du livre 5 du Code civil s'appliquent aux actes juridiques et aux faits juridiques survenus après l'entrée en vigueur de la présente loi. Sauf accord contraire des parties, elles ne s'appliquent pas et les règles antérieures demeurent applicables : 1<sup>o</sup> aux effets futurs des actes juridiques et faits juridiques survenus avant l'entrée en vigueur de la présente loi ; par dérogation à l'alinéa 1<sup>er</sup>, aux actes juridiques et aux faits juridiques survenus après l'entrée en vigueur de la présente loi qui se rapportent à une obligation née d'un acte juridique ou d'un fait juridique survenu avant l'entrée en vigueur de la présente loi ». L'ancien et le nouveau régime seront donc amenés à coexister encore longtemps.

(4) Un premier « contrat de concessionnaire K. » avait été signé le 4 juillet 2006, ensuite remplacé en 2014 par une « nouvelle convention de distributeur agréé ».

(5) Depuis lors, tribunal de l'entreprise de Liège, division Liège.

rupture. En cours de procédure, le concédant sollicita, en réponse, la résolution judiciaire de la convention, sur pied de l'article 1184 de l'ancien Code civil, en s'appuyant, notamment, sur un second audit.

**3. Première instance.** Par un jugement du 12 janvier 2019, le tribunal de l'entreprise débouta le concessionnaire de ses demandes tendant au paiement d'une indemnité compensatoire de préavis et d'une indemnité pour plus-value notable de clientèle. Il débouta également le concédant de sa demande de résolution judiciaire de la convention litigieuse. Il désigna, pour le surplus, un expert judiciaire afin d'obtenir davantage d'informations quant aux irrégularités reprochées au concessionnaire.

**4. Appel.** Saisie sur appel (principal) du concessionnaire, par un arrêt du 17 septembre 2019, la cour d'appel de Liège réforma le jugement entrepris en ce qu'il avait rejeté sa demande de condamnation à une indemnité complémentaire de rupture. Elle lui accorda de ce chef un montant de 250.000 EUR à titre d'indemnité pour plus-value notable de clientèle et 10.000 EUR à titre d'indemnité pour frais. La cour d'appel confirma, pour le surplus, la décision du premier juge.

En ce qui concerne la demande de résolution judiciaire de la convention formée par le concédant, la cour d'appel releva que « La décision [du concédant] de résilier la convention avec effet au 31 août 2017, notifiée [au concessionnaire] le 26 août 2015, ne dispensait pas les parties d'exécuter normalement la convention jusqu'à son terme [...]. [Le concédant] était donc toujours en droit de postuler la résolution judiciaire de la convention aux torts [du concessionnaire] en cas de manquement suffisamment grave à ses obligations durant l'exécution du préavis. Le fait que le préavis soit à présent expiré ne [le] prive pas du droit de voir trancher sa demande ». Elle jugea que « [Le concédant] doit cependant rester cohérent avec [lui]-même et ne peut justifier la résolution judiciaire de la convention aux torts [du concessionnaire] par les mêmes motifs que ceux qu'[il] invoquait déjà le 26 août 2015 pour résilier la convention moyennant un préavis de deux ans. En effet, soit [le concédant] considérait que les manquements du concessionnaire] n'étaient pas suffisamment graves pour justifier une demande en résolution judiciaire de la convention aux torts de cette dernière et son exécution pouvait être poursuivie normalement jusqu'au terme du préavis de deux ans donné le 26 août 2015; soit [le concédant] estimait que les manquements du [concessionnaire] étaient suffisamment graves pour demander la résolution judiciaire de la convention aux torts [du concessionnaire] et [le concédant] ne pouvait en poursuivre l'exécution normale jusqu'au 31 août 2017, pour se raviser quelques mois avant le terme (résolution annoncée par [le concédant] le 3 mars 2017 et formalisée par ses conclusions d'instance du 30 juin 2017) et postuler la résolution judiciaire de la convention aux torts [du concessionnaire] sans invoquer de nouveau(x) manquement(s) au sens de l'article 1184 du Code civil ».

## II.2. — *Le pourvoi en cassation*

**5. Pourvoi.** Par requête du 28 mai 2020, le concédant sollicita la cassation de l'arrêt du 17 septembre 2019. Son pourvoi se basait sur un moyen

unique, articulé en trois branches, tiré (6) d'une violation de l'article 1184 de l'ancien Code civil, de l'article X.36 du Code de droit économique (ainsi que l'article 2 de la loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée) et du principe général de droit suivant lequel les renonciations sont de stricte interprétation. Il était, en substance, fait grief à l'arrêt attaqué (1) d'avoir ajouté à l'article 1184 de l'ancien Code civil une condition que le prescrit légal ne prévoit pas (premier rameau de la première branche), (2) d'avoir méconnu le principe général de droit précité en déduisant de la résiliation moyennant préavis opérée par le concédant qu'il avait renoncé au droit de solliciter la résolution de la convention aux torts du concessionnaire (premier rameau de la deuxième branche) et (3) d'avoir méconnu la portée de l'article X.36 du Code de droit économique en se fondant, pour rejeter la demande de résolution judiciaire, sur les motifs invoqués par le concédant dans son courrier notifiant au concessionnaire sa décision de résilier la convention, alors qu'une telle résiliation ne nécessite aucun motif (3<sup>e</sup> branche).

### II.3. — *Les conclusions du ministère public*

**6. Conclusions du ministère public.** Dans ses conclusions du 23 décembre 2020, le ministère public estima que le fait pour le concédant d'avoir résilié la convention litigieuse en accordant au concessionnaire un préavis ne faisait pas obstacle à ce que, ensuite, il requalifie sa demande (7) en invoquant cette fois un manquement grave au sens de l'article X.36 du Code de droit économique ou postule sa résolution sur pied de l'article 1184 de l'ancien Code civil sur la base des mêmes motifs, une résiliation sur la base de l'article X.36 du Code de droit économique ne requérant aucune motivation. Il conclut donc à la cassation sur la base du premier rameau de la première branche du moyen (unique).

### II.4. — *L'arrêt de la Cour de cassation*

**7. Décision de la Cour de cassation.** Examinant le premier rameau de la première branche du moyen unique, la Cour de cassation répondit que « la partie qui met en œuvre ce droit de résiliation unilatérale ne doit justifier d'aucun motif. Il s'ensuit que l'exercice par une partie de ce droit de résiliation ne fait pas obstacle à ce qu'elle demande sa résolution pour inexécution fautive par le débiteur de ses obligations, lors même que, à l'appui de sa résiliation unilatérale, elle a invoqué cette même inexécution fautive ». Elle jugea, en conséquence, que c'était à tort que la cour d'appel avait estimé que les motifs évoqués par le concédant dans son courrier de résiliation du 26 août 2015 ne pouvaient ensuite être invoqués à l'appui d'une demande de résolution judiciaire et prononça la cassation de l'arrêt attaqué.

(6) Outre l'article 149 de la Constitution.

(7) Comme exposé *infra*, il ne s'agit cependant pas d'une requalification.

## III. — PORTÉE ET ANALYSE DE L'ARRÊT

III.1. — *Introduction*

**8. Plan de l'analyse.** L'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 2021 a le mérite de trancher, du moins d'un point de vue théorique, la question de la compatibilité entre une résiliation et une demande subséquente de résolution judiciaire émanant de la partie à l'origine de la résiliation. Le fait pour une partie d'avoir procédé à la résiliation de la convention ne la prive pas du droit d'en solliciter ensuite la résolution par le juge, même pour des motifs déjà invoqués à l'occasion de la résiliation. L'arrêt ici commenté laisse cependant subsister certaines questions. Cet enseignement et ces interrogations sont examinés ci-après.

L'arrêt du 7 janvier 2021 ayant été rendu en matière de concessions exclusives de vente, nous devrons, tout d'abord, nous assurer de la portée (générale) de la solution qu'il retient. Nous examinerons, pour ce faire, si et dans quelle mesure l'article X.36 du Code de droit économique déroge au droit commun des obligations. Ce sera l'occasion d'apprécier les conséquences que pourraient avoir sur cette question la jurisprudence récente de la Cour de cassation en matière de résolution unilatérale par voie de notification et l'adoption du nouveau livre 5 du Code civil. Laissant de côté les particularités de la matière des concessions exclusives de vente, nous pourrions alors revenir sur la distinction entre résiliation unilatérale et résolution, sa mise en œuvre pratique et les nuances qu'elle appelle. Nous pourrions alors, enfin, examiner la manière dont les deux mécanismes peuvent être combinés et l'apport de l'arrêt du 7 janvier 2021 sur cette question.

III.2. — *L'articulation entre l'article X.36, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique et le droit commun des obligations*

**9. Un arrêt de principe.** L'arrêt du 7 janvier 2021 a été rendu en matière de concession exclusive de vente (8). Il s'agit cependant sans conteste d'un arrêt de principe dont les enseignements dépassent cette matière spécifique.

Il est, en effet, admis qu'en ce qu'il permet à chacune des parties de résilier unilatéralement une convention exclusive de vente conclue pour une durée indéterminée moyennant un préavis raisonnable (9), l'article X.36, alinéa 1<sup>er</sup>,

(8) Au sens de l'article I.11 CDE, à savoir « toute convention en vertu de laquelle un concédant réserve, à un ou plusieurs concessionnaires, le droit de vendre, en leur propre nom et pour leur propre compte, des produits qu'il fabrique ou distribue ».

(9) La Cour de cassation a, à plusieurs reprises, jugé que, nonobstant les termes employés, l'article X.36 du Code de droit économique (article 2 de la loi du 27 juillet 1961) impose à la partie qui résilie le contrat d'accorder un préavis, le paiement d'une juste indemnité n'étant « donc pas une obligation contractuelle autonome, mais une obligation remplaçant l'obligation contractuelle de donner un préavis raisonnable » (Cass., 6 novembre 1987, *R.D.C.*, 1998, p. 182, note J.-M. NELISSEN-GRADE). La jurisprudence majoritaire considère cependant que l'absence de préavis ou le fait d'accorder un préavis trop court entraîne uniquement l'obligation pour la partie à l'origine de la résiliation d'indemniser son cocontractant pour le préjudice qui en a résulté (voy. les références citées par P. KILESTE, P. HOLLANDER et C. STAUDT, *50 ans d'évolution de la loi du 27 juillet 1961*, Limal, Anthemis, 2011, p. 79). Cette solution est conforme à celle retenue en droit commun (Cass., 9 mars 1973, *Pas.*, 1973, p. 640; Cass.,

du Code de droit économique<sup>(10)</sup> constitue la réitération du principe général de droit (consacré à l'article 5.75 du Code civil) en vertu duquel les parties à une convention à durée indéterminée peuvent y mettre fin de la sorte<sup>(11)</sup>. La doctrine et la jurisprudence s'accordent, de plus, pour considérer que cet article n'empêche pas les parties à une convention exclusive de vente de solliciter la résolution judiciaire de cette convention en vertu de l'article 1184 de l'ancien Code civil (article 5.91 du nouveau livre 5 du Code civil)<sup>(12)</sup>. En ce qu'ils interrogent l'articulation entre une résiliation unilatérale (avec préavis donc) et une demande subséquente de résolution judiciaire, les enseignements de l'arrêt du 7 janvier 2021 sont donc une application des règles de droit commun des obligations.

**10. L'application du droit commun à la résolution extrajudiciaire d'une concession de vente exclusive.** Nous pensons, au demeurant, qu'il en va, à présent, de même de la faculté reconnue, sur la base du même article, aux parties à une convention de vente exclusive de mettre fin à celle-ci sans préavis ni indemnité, en cas de « manquement grave de l'une des parties à ses obligations », sans devoir préalablement recourir au juge. Il est, en effet, admis

28 juin 2019, *NjW*, 2020, p. 122 note A. COPPENS; Cass., 4 mai 2020, *J.T.T.*, 2020, p. 456; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 996). Elle revient cependant, *de facto*, à permettre à la partie à l'origine de la résiliation d'opter entre accorder un préavis ou verser une juste indemnité. Elle fait, dès lors, l'objet de critiques de plus en plus nombreuses (A. DE BOECK et R. VAN RANSBEECK, *Opzegging van handelscontracten*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 31; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 997). On relèvera, par ailleurs, que l'article X.36, al. 2 permet, à défaut de préavis d'une durée suffisante, au juge de fixer le montant de la juste indemnité en ayant recours à l'équité. Une partie de la doctrine et de la jurisprudence a longtemps considéré que le juge ne peut pas tenir compte des éléments postérieurs à la résiliation pour évaluer cette indemnité (A. DESTRYCKER, «Beëindiging van de verkoopconcessie», in P. NAEYEART et E. TERRY, *Beëindiging van overeenkomsten met handelstussenpersonen*, Bruges, die Keure, 2009, pp. 392-393 et les références citées par cet auteur). Dans un arrêt du 16 mai 2003, la Cour de cassation a toutefois jugé que ni « la circonstance que la juste indemnité à laquelle le concessionnaire a droit est déterminée par les parties au moment de la dénonciation du contrat, ni l'équité qui doit guider le juge lors de sa décision, n'empêchent que lors de la fixation de l'indemnité de rupture compensatoire le juge tienne compte de tous les éléments dont il a connaissance au moment de la décision » (Cass., 16 mai 2003, *R.W.*, 2005-06, p. 222, dans le même sens, voy. Cass., 7 avril 2005, *R.W.*, 2005-06, p. 1176; Cass., 20 juin 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1365). Le juge peut donc, mais sans y être tenu (ce qui déroge au droit commun), tenir compte d'éléments postérieurs à la rupture.

(10) En vertu de cet article, «Lorsqu'une concession de vente soumise au présent titre est accordée pour une durée indéterminée il ne peut, hors le manquement grave d'une des parties à ses obligations, y être mis fin que moyennant un préavis raisonnable ou une juste indemnité à déterminer par les parties au moment de la dénonciation du contrat. À défaut d'accord des parties, le juge statue en équité, et, le cas échéant, en tenant compte des usages ».

(11) P. KILESTE, P. HOLLANDER et C. STAUDT, *50 ans d'évolution de la loi du 27 juillet 1961*, *op. cit.*, p. 78; P. STRUBBE, note sous Anvers, 19 août 1987, *R.W.*, 1988-1989, p. 749. L'article X.37 CDE déroge, en revanche, bien entendu au droit commun, lorsqu'il accorde au concessionnaire une indemnité complémentaire en cas de résiliation à l'initiative du concédant. Dans la mesure où il permet au concessionnaire qui a résolu la convention en raison d'un manquement grave imputable au concédant d'obtenir également une telle indemnité, il ne fait, en revanche, que reproduire la solution tirée du droit commun des obligations.

(12) P. KILESTE, P. HOLLANDER et C. STAUDT, *50 ans d'évolution de la loi du 27 juillet 1961*, *op. cit.*, p. 63; P. KILESTE et C. STAUDT, «Concession exclusive de vente: possibilité de demander la résolution judiciaire du contrat en cours de préavis à la suite d'une résiliation», note sous Cass., 7 janvier 2021, *R.G.D.C.*, 2021, p. 1575.

que cette faculté constitue la sanction du non-respect d'une obligation, donc d'une occurrence du mécanisme de la résolution (13). Or, par son, déjà célèbre, arrêt du 23 mai 2019, la Cour de cassation a jugé qu'«en cas d'inexécution suffisamment grave pour justifier la résolution judiciaire, le créancier [peut] décide[r] à ses risques et périls de résoudre le contrat par une notification au débiteur. Cet acte unilatéral de résolution produit effet tant qu'il n'a pas été déclaré inefficace par un juge» (14). Ce faisant, elle a admis le principe de la résolution (extrajudiciaire) par voie de notification (15), principe depuis lors consacré par l'article 5.93 du (nouveau) Code civil. Elle a confirmé ces principes dans un arrêt du 11 décembre 2020, précisant qu'une résolution extrajudiciaire suppose une notification au cocontractant concerné (16). Dans la mesure où il autorise la résolution (pour faute grave) sans le recours préalable au juge, l'article X.36, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique ne déroge donc pas (plus) au droit commun des obligations.

On objectera, peut-être, que la doctrine et la jurisprudence considèrent, de longue date, que le manquement grave au sens de l'article X.36, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique est celui qui rend immédiatement impossible la poursuite de relations normales entre les parties (17). En d'autres termes, il doit exclure toute possibilité de collaboration (18). Dans son arrêt du 17 septembre 2019 ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation ici commenté, la cour d'appel de Liège a, sur cette base, jugé que «le manquement contractuel qui justifiant (*sic*) la résolution judiciaire doit être d'une certaine gravité puisqu'il a pour conséquence la sanction la plus radicale [...]. Il ne se confond pas avec le manquement grave au sens de l'article X.36 du Code de droit économique [...]. Celui-ci exclut toute possibilité de poursuivre la collaboration entre les parties nécessaire à l'exécution du contrat et est, en principe, inconciliable avec la notification d'un préavis ou la continuation temporaire des relations entre les parties [...]. Or, lorsqu'une demande est introduite sur la base de l'article 1184 du Code civil, les parties sont, en principe, tenues de poursuivre l'exécution du contrat en attendant la décision du juge». Une partie de la doctrine enseigne, en outre, qu'un manquement grave au sens de l'article X.36, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique peut consister «tantôt dans l'inexécution du contrat, tantôt dans un fait se situant hors des relations contractuelles des parties mais qui rende intolérable la poursuite du contrat». Elle précise «qu'il y aura par exemple faute grave si l'une des parties injurie

(13) P. WÉRY, «La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise!», note sous Cass., 2 mai 2002, *R.C.J.B.*, 2004, p. 312; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers, Maklu, 1994, pp. 537-542.

(14) Cass., 23 mai 2019, *R.G.D.C.*, 2019, n° 13, p. 476.

(15) S. STIJNS et P. WÉRY, «La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation», *J.T.*, 2020, pp. 21 et s.; S. STIJNS et S. JANSSEN, «De buitengerechtelijke ontbinding eindelijk erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving», note sous Cass., 23 mai 2019, *R.G.D.C.*, 2019, pp. 474 et s.

(16) Cass., 11 décembre 2020, R.G. n° C.20.0210.N/3, [www.juportal.be](http://www.juportal.be).

(17) Cass., 10 septembre 1987, *R.D.C.*, 1988, p. 611.

(18) J.-P. FIERENS, A. MOTTET-HAUGAARD, T. FAELLI et S. GRIESS, *La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation des concessions de vente exclusive à durée indéterminée. Chronique de jurisprudence (1997-2007)*, coll. Dossiers des *J.T.*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 37.

l'autre ou se livre à des violences sur sa personne»(19). Ceci constitue une dérogation par rapport au droit commun des obligations(20).

Dans son arrêt du 19 avril 1979 reconnaissant la validité d'un pacte comissoire expresse inséré dans une convention exclusive de vente, la Cour de cassation a toutefois jugé que «si les dispositions de l'article 2 [de la loi du 27 juillet 1961] qui impose aux parties de ne mettre fin à une convention de vente à durée indéterminée que moyennant un préavis raisonnable ou une juste indemnité sont impératives, elles ne concernent toutefois que la résiliation unilatérale sans indication de motifs d'une telle convention et ne s'étendent pas à la résolution pour inexécution fautive, qui demeure régie par le droit commun»(21). Malgré les réserves émises par la doctrine(22), la Cour de cassation a maintenu cette approche par la suite. Dans un arrêt du 22 octobre 1993, la Cour de cassation a, ainsi, jugé que l'article 2 de la loi «ne concerne que la résiliation unilatérale d'un tel contrat sans indication du motif et non la résolution pour inexécution fautive qui reste régie par le droit commun»(23). Dans un arrêt du 30 juin 1995, elle a confirmé, pour les mêmes motifs, la validité d'une condition résolutoire(24). C'est, partant, nous semble-t-il, à bon droit qu'une partie de la doctrine enseigne que «la loi du 1961 se borne [...] à régler la résiliation des concessions de vente et à déterminer les droits des parties à un préavis ou à une indemnité et laisse en dehors de son champ d'application le droit de la résolution pour inexécution fautive qui reste régi par le droit commun»(25). Ce dernier demeure donc pleinement d'application. Comme l'écrit A. Destrycker, il en résulte qu'à défaut de définition spécifique «*een grove tekortkoming moet derhalve overeenkomstig het gemeen recht worden gedefinieerde*»(26).

On ajoutera que la définition de manquement grave retenue par la jurisprudence en matière de concession exclusive de vente n'est pas incompatible

(19) G. BRICMONT et R. GYSELS, *Le contrat de concession de vente exclusive*, Bruxelles, Laricer, 1962, pp. 44-43. Dans le même sens, voy. P. KILESTE, P. HOLLANDER et C. STAUDT, *50 ans d'évolution de la loi du 27 juillet 1961*, op. cit., p. 53. Ces derniers citent, à l'appui de leur thèse, un jugement du tribunal de commerce d'Hasselt du 11 février 1976, aux termes duquel il a été jugé qu'«on ne peut suivre le raisonnement du demandeur dans ses conclusions lorsqu'il soutient que les "manquements graves" ne pourraient résulter de la violation d'une disposition du contrat». On relèvera cependant qu'en l'espèce, le concessionnaire (automobile) avait été condamné pour recel de pièces automobiles au préjudice du concédant. Il nous semble pouvoir être défendu qu'un tel comportement constituait également une faute contractuelle (ce jugement est publié par G. BRICMONT et J.-M. PHILIPS, *Commentaire des dispositions de droit belge et communautaire applicable aux concessions de vente en Belgique*, annexe XII, Bruxelles, Éditions du Jeune barreau de Bruxelles, 1977, p. 318).

(20) Comp. I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Bruxelles, Intersentia, 2020, pp. 698-699.

(21) Cass., 19 avril 1979, *Pas.*, I, 1979, p. 981. Cet arrêt a été suivi par la jurisprudence de fond. Voy., à cet égard, les nombreuses références citées par A. DESTRYCKER, «Beëindiging van de verkoopconcessie», op. cit., p. 381, note 58.

(22) P. KILESTE, P. HOLLANDER et C. STAUDT, *50 ans d'évolution de la loi du 27 juillet 1961*, op. cit., p. 66.

(23) Cass., 22 octobre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 851.

(24) Cass., 30 juin 1995, *Pas.*, I, 1995, p. 274.

(25) J.-P. FIERENS, A. MOTTET-HAUGAARD, T. FAELLI et S. GRIESS, *La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation des concessions de vente exclusive à durée indéterminée. Chronique de jurisprudence*, op. cit., p. 43.

(26) A. DESTRYCKER, «Beëindiging van de verkoopconcessie», op. cit., p. 377.

avec la définition que reçoit cette notion en droit commun. L'article 1184 de l'ancien Code civil ne donne, en effet, lui non plus, aucune définition du manquement grave suffisant pour entraîner la résolution de la convention. L'article 5.90 du (nouveau) livre 5 du Code civil n'est pas plus prolixe. Le juge du fond apprécie partant souverainement la gravité (suffisante ou non) des manquements concernés. Dans son arrêt du 7 janvier 2021 ici commenté, la Cour de cassation a rappelé que «le juge qui doit se prononcer sur la demande de résolution d'un tel contrat est tenu d'examiner l'étendue et la portée des engagements pris par les parties et, à la lumière des circonstances de fait, d'apprécier si le manquement invoqué est suffisamment grave pour prononcer la résolution». La doctrine peine, certes, à dégager de la jurisprudence un critère unique permettant d'apprécier la gravité d'un manquement(27). Elle relève cependant l'importance de la perte de confiance qu'a pu causer le manquement concerné(28). Or, ce critère paraît particulièrement pertinent dans le cadre de relations contractuelles étroites et de longue durée. Il fait directement écho à l'impossibilité de poursuivre (ou plutôt d'exiger de la partie victime qu'elle poursuive(29)) l'exécution normale de la convention exclusive de vente, compte tenu précisément de la perte de confiance qui a légitimement résulté dans son chef des manquements commis par son cocontractant.

Enfin, la possibilité d'invoquer une faute étrangère au contrat de concession de vente, donc extracontractuelle, ne fait pas consensus. Une partie de la doctrine, après avoir insisté sur le caractère complétif de la bonne foi quant à l'étendue des obligations contractuelles des parties, considère en effet, à juste titre selon nous, que «la faute totalement étrangère au contrat ne peut pas donner lieu à la résolution du contrat, conformément à la solution retenue en droit général des obligations. Toutefois des engagements de bonne conduite pourraient être déduits des obligations contractuelles en application des articles 1134 et 1135 du Code civil, *a fortiori* en ce qui concerne les contrats qui présentent un caractère *intuitu personae*. Dans ce cadre, le comportement extracontractuel ne sera pas sanctionné en tant que tel: ce sont ses conséquences concrètes qui permettront de déterminer si l'exécution du

(27) J.-F. GERMAIN, «L'appréciation de la gravité du manquement en matière de résolution de contrats synallagmatiques», *R.G.D.C.*, 2006, p. 460; D. PUTZEYS et B. DUMORTIER, «Faute grave en matière de concession de vente, d'agence et de franchise», in D. PUTZEYS (éd.), *Regards croisés sur la distribution: concession, agence, franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 104; T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 91-102.

(28) J.-F. GERMAIN, «L'appréciation de la gravité du manquement en matière de résolution de contrats synallagmatiques», *op. cit.*, p. 462 et les références citées par cet auteur.

(29) Il ressort, en effet, clairement de l'arrêt de la Cour de cassation du 23 mai 2019 précité que le degré de gravité nécessaire pour qu'une faute justifie une résolution extrajudiciaire ou judiciaire est identique. L'article 5.90 du (nouveau) Code civil le confirme. Or, en présence d'un contrat continu ou à exécution successive, exiger que cette faute rende absolument impossible la poursuite de la relation contractuelle induirait *de facto* l'impossibilité pour la victime de se tourner vers une résolution judiciaire, le simple fait de poursuivre l'exécution dans l'attente de la décision du juge démontrant l'absence de gravité suffisante du manquement. Tel n'est évidemment pas la portée de l'arrêt du 23 mai 2019.

contrat s'en trouve affectée»(30). Outre la jurisprudence de la Cour de cassation précitée, cette thèse semble, de plus et quoi qu'on ait parfois pu écrire, pouvoir s'appuyer sur le texte de la loi(31). On voit, par ailleurs, mal pour quel motif le législateur aurait permis (et donc réservé) aux parties engagées dans une convention exclusive de vente à durée indéterminée (la possibilité d'invoquer des fautes purement extracontractuelles pour s'en dégager et non à celles engagées dans une convention de ce type mais à durée déterminée, ceci *a fortiori* dès lors qu'en principe seules les premières disposent de la possibilité de résilier unilatéralement la convention.

Nous pensons donc que les règles applicables à la résolution extrajudiciaire d'une convention de vente exclusive ne sont que l'expression du droit commun des obligations tel qu'il ressort de la jurisprudence récente de la Cour de cassation et, une fois celui-ci entré en vigueur, des dispositions du (nouveau) livre 5 du Code civil. Nous y reviendrons.

### III.3. — Résiliation et résolution : une distinction théorique claire

**11. Résiliation et résolution : deux mécanismes bien distincts.** Ces précisions faites, on rappellera que la résiliation unilatérale et la résolution constituent deux modes distincts de dissolution du contrat(32). La distinction entre les deux mécanismes est théoriquement bien établie en droit belge. Le (nouveau) livre 5 du Code civil la confirme avec clarté(33).

On soulignera, à ce stade, que la résolution constitue «la sanction d'un manquement contractuel»(34) ou, pour respecter les termes du (nouveau) Code civil, d'une inexécution imputable du débiteur de l'obligation. À condition que ce manquement/inexécution soit d'une gravité suffisante(35) et

(30) D. PUTZEYS et B. DUMORTIER, *op. cit.*, p. 108. En ce sens : M. WILLEMART, S. WILLEMART et J. HORDIES, «La rupture ou la résolution pour faute grave d'une concession de vente régie par la loi du 27 juillet 1961», in *Traité pratique de droit commercial*, t. 2, 2010, p. 954.

(31) Dans un arrêt du 10 décembre 1973, la cour d'appel Bruxelles a ainsi jugé qu'«attendu que l'appelant se référant à une note du professeur Dekers de 1966, qui, selon elle, aurait influencé l'auteur de la proposition de loi qui donna naissance à la loi du 27 juillet 1961 prétend que la rupture pour motif grave ne constituerait pas nécessairement l'inexécution des obligations contractuelles ; Attendu que ce soutènement ne peut être retenu ; que le texte de l'article 2 de la loi du 27 juillet 1961 est parfaitement clair et, partant, non susceptible d'interprétation ; qu'il stipule : "lorsqu'une concession de vente soumise à la présente loi est accordée pour une durée indéterminée, il ne peut, hors le manquement grave d'une des parties à ses obligations, y être mis fin que moyennant un préavis raisonnable ou une juste indemnité" ; Qu'il se voit ainsi que le motif grave qui peut justifier la résiliation sans préavis doit être un manquement grave d'une des parties à ses obligations (cet arrêt est publié par G. BRICMONT et J.-M. PHILIPS, *Le contrat de concession de vente exclusive, op. cit.*, annexe XII, p. 299).

(32) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 969 et s.

(33) Voy. ses articles 5.75 et 5.76, 5.90 et s. et 5.112.

(34) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 666. L'article 5.90 du (nouveau) livre 5 du Code civil ne laisse pas place au doute à cet égard.

(35) L'inexécution doit, en règle, être consommée. L'article 5.90 du (nouveau) livre 5 du Code civil déroge cependant à ce principe et dispose que «le contrat peut aussi être résolu, dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'il est manifeste que le débiteur, après avoir été mis en demeure de donner, dans un délai raisonnable, des assurances suffisantes de la bonne exécution de ses obligations, ne s'exécute pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour le créancier».

qu'il/elle soit imputable au débiteur(36), il/elle permet à la partie qui en est la victime(37) de mettre fin, avec effet immédiat, à la convention (plutôt que d'en exiger l'exécution). La Cour de cassation considère que cette possibilité pour la partie victime d'une inexécution grave d'obtenir la résolution de la convention (ainsi que le cas échéant des dommages et intérêts) est inhérente aux contrats synallagmatiques(38).

Fidèle à la lettre de l'article 1184, alinéa 3, de l'ancien Code civil, la Cour de cassation a, dans ce cadre, longtemps maintenu l'exigence du recours préalable au juge, à moins que les parties n'aient pris le soin d'insérer dans leur convention une clause résolutoire expresse(39). Par ses arrêts précités du 23 mai 2019 et du 11 décembre 2020, elle a cependant (enfin) admis que même en l'absence d'une telle clause, une résolution peut être opérée sans recours préalable au juge, par voie d'une simple notification (qui doit être explicite(40)) au débiteur en défaut(41). Une telle résolution s'opère cependant aux risques et périls de la partie qui en prend l'initiative, le respect des conditions nécessaires (en particulier l'existence d'un manquement (suffisamment)

(36) En vertu de l'article 5.225, al. 1, du Code civil [«L'inexécution n'est imputable au débiteur que si une faute peut lui être reprochée ou s'il doit en répondre en vertu de la loi ou d'un acte juridique».]

(37) La résolution peut, dans certains cas, être prononcée aux torts des deux parties, lorsqu'elles ont chacune, concomitamment (S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechelijke ontbinding van overeenkomsten*, *op. cit.*, p. 297), manqué gravement à leurs obligations (Cass., 9 mai 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 1100; Cass., 5 mars 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 251). On songe, par exemple, à l'hypothèse où le prix doit être payé au jour de la livraison du bien mais le vendeur est incapable d'assurer une délivrance conforme tandis que l'acquéreur n'est pas en mesure d'acquitter le prix à défaut d'avoir pu réunir les fonds suffisants. L'article 5.91 du (nouveau) livre 5 du Code civil reprend ce principe et énonce que «lorsque chacune des parties demande la résolution du contrat aux torts de l'autre, le juge prononce la résolution aux torts réciproques si chacune s'est rendue responsable d'une inexécution grave».

(38) Cass., 22 avril 2002, *Pas.*, 2002, p. 970; Cass., 28 janvier 2005, *Pas.*, 2005, p. 240.

(39) S. DE REY, «Uitdrukkelijk ontbinden beding», in M. DAMBRE, E. DIRIX et B. TILLEMANS, *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2021, pp. 268-269 et pp. 290 et s. Ou à moins qu'une disposition légale spécifique ne permette au créancier de se dispenser de l'intervention préalable du juge.

(40) L'exigence du caractère explicite que doit prendre la notification est, par ailleurs, transposable lorsque la résolution est opérée en application d'une clause résolutoire expresse. Il est, en outre, courant qu'une telle clause impose à la partie qui entend la mettre en œuvre de le faire par écrit (et en respectant certaines formes). S'agissant d'une dérogation valable au droit commun des obligations, cette exigence doit alors être respectée (S. DE REY, «Uitdrukkelijk ontbinden beding», *op. cit.*, p. 298 et p. 304).

(41) Cass., 23 mai 2019, *R.G.D.C.*, 2019, n° 13, p. 476; Cass., 11 décembre 2020, *R.G.* n° C.20.0210.N/3, [www.juportal.be](http://www.juportal.be). Ces arrêts avaient été précédés par deux arrêts du 2 mai 2002 (*R.W.*, 2002-2003, p. 50) suivis d'un arrêt du 19 février 2009 (*J.T.*, 2010, p. 352) dans lesquels une partie de la doctrine voyait, déjà, la consécration du mécanisme de la résolution extrajudiciaire. La doctrine était, cependant, divisée quant à leur portée exacte, la jurisprudence exigeant que des circonstances exceptionnelles justifient de ne pas recourir à la résolution judiciaire (voy., cette évolution, P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, pp. 811 et s.; S. DE REY et S. STIJNS, «Sancties wegens wanprestatie: kroniek van de recentste evolutie», *R.G.D.C.*, 2022, pp. 39-47 et les nombreuses références citées par ces auteurs). Cette exigence est à présent abandonnée par la Cour de cassation.

grave imputable au débiteur) pouvant faire l'objet d'un contrôle judiciaire *a posteriori* (42). L'article 5.93 du (nouveau) livre 5 du Code civil le rappelle clairement (tout en confirmant le mécanisme de la résolution extrajudiciaire) lorsqu'il indique que la résolution par voie de notification se fait aux « risques et périls » de son auteur et qu'il revient à celui-ci de prendre préalablement « les mesures utiles pour établir l'inexécution du débiteur ». On soulignera qu'à l'inverse de ce qui paraît ressortir de l'arrêt du 11 décembre 2020 précité (43), cet article impose que la notification soit non seulement explicite mais également qu'elle soit donnée par écrit. L'article 5.92 du même livre pose la même exigence en cas de mise en œuvre d'une clause résolutoire.

La résiliation unilatérale constitue, quant à elle, une faculté offerte à l'une ou plusieurs des parties de mettre un terme à la convention, sans que cette faculté ne soit conditionnée à l'existence d'un manquement à ses obligations contractuelles dans le chef d'une des parties. Elle n'a pas pour objet de sanctionner un tel manquement et ne nécessite, en principe, pas de justification particulière. Elle constitue de la sorte, pour la partie qui en fait usage, une manière d'échapper (pour le futur) à la force obligatoire de la convention résiliée. On relèvera que, contrairement à la résolution, la possibilité de résilier (avec ou sans préavis) une convention avant son terme n'est pas inhérente à tout contrat synallagmatique. Une telle faculté n'est ouverte aux parties que lorsque la loi ou leur convention l'autorise ou lorsque la nature même de leur convention l'impose (44). Quand la convention est conclue pour une durée indéterminée (45), la possibilité de la résilier moyennant un préavis raisonnable constitue, toutefois, un principe général de droit (46).

On ajoute encore, traditionnellement, au rang des différences, que la résolution opère *ex-nunc* tandis que la résiliation n'a d'effet que pour le futur (*ex-tunc*) et ne remet donc pas en cause l'existence et les effets passés du contrat (47). Pareille différence doit toutefois être nuancée. Il est, en effet,

(42) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 814.

(43) S. DE REY et S. STIJNS, « Sancties wegens wanprestatie: kroniek van de recentste evolutie », *R.G.D.C.*, 2022, p. 45; S. DE REY, « Uitdrukkelijk ontbinding beding », in *Commentaar bijzondere overeenkomsten*, Malines, Kluwer, 2021, n° 48; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS (éds), *Handboek verbintenissenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2019, n° 738; S. SOMERS et S. JANSEN, « De buitengerechtigke ontbinding eindelijk erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving », *op. cit.*, p. 441. On relèvera que, si un écrit n'est pas exigé, il revient toutefois à la partie qui prétend avoir notifié oralement à son cocontractant la résolution du contrat (ou qui prétend avoir reçu pareille notification orale) d'en établir la preuve. S'agissant d'un acte juridique unilatéral, cette preuve peut être rapportée par toute voie de droit (articles 8.4 et 8.10 du Code civil).

(44) W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Louvain, Acco, 2015, pp. 256-257.

(45) On rappellera qu'une convention est considérée comme à durée déterminée lorsque les parties limitent dans le temps la durée de leurs rapports contractuels, soit en fixant une date ou une période de temps donnée, soit en raison du fait que son objet est limité à l'accomplissement d'une mission ou un travail déterminé (B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, coll. RPDB, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 61).

(46) Cass., 7 juin 2012, *Pas.*, 2012, p. 1317. Ce principe est repris à l'article 5.75 du (nouveau) livre 5 du Code civil.

(47) D. VAN DRIESSCHE, « De keuze tussen verbreking en ontbinding in aannemingscontracten », note sous Com. Dendermonde, 10 mai 2007, *R.G.D.C.*, 2008, p. 620.

admis qu'en présence d'un contrat à exécution successive ou continue, sa résolution n'opère que pour l'avenir également (48).

### III.4. — *Les difficultés de la qualification de l'acte juridique unilatéral de rupture*

#### III.4.1. — *Position du problème*

**12. Deux actes juridiques réceptifs.** Malgré sa clarté théorique, la distinction entre résiliation et résolution génère d'importantes difficultés pratiques. La résiliation et la résolution extrajudiciaire ont, en effet, en commun de nécessiter, pour sortir leurs effets, que la décision de la partie concernée de mettre fin au contrat soit portée à la connaissance de son cocontractant (49). Elles constituent, ce faisant, des actes juridiques unilatéraux réceptifs (50).

(48) Le moment exact où prend effet la résolution d'un contrat à exécution successive fait cependant l'objet d'importantes discussions. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation « la résolution judiciaire d'un contrat à prestations successives remonte, en règle, quant à ses effets, à la demande en justice, à moins que les prestations effectuées en exécution de la convention après cette demande ne soient pas susceptibles de restitution » (Cass., 10 avril 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 443. Dans le même sens voy. not. Cass., 23 juin 2006, *Pas.*, 2006, p. 1488; Cass., 19 novembre 2009, *R.D.C.*, 2010, p. 494). Elle précise également que « la résolution judiciaire d'un contrat à prestations successives peut également avoir un effet rétroactif à partir du moment où l'exécution du contrat n'est plus poursuivie et où, dès lors, il n'y a pas lieu à restitution » (Cass., 25 février 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 616; Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 370). En présence d'un contrat à exécution successive dont l'exécution se poursuit malgré la demande de résolution judiciaire, l'effet rétroactif de la résolution se voit partant le plus souvent contrarié (E. GOOSSENS, « De (on)mogelijkheid om een overeenkomst te ontbinden na opzegging », note sous Anvers, 18 décembre 2017, *T.B.O.*, 2018, p. 323). Cette thèse fait toutefois l'objet de critiques nourries en doctrine. De nombreux auteurs relèvent, en effet, qu'en cas d'impossibilité d'une restitution en nature, une restitution par équivalent est parfaitement possible. Selon ces auteurs, l'(absence d')effet rétroactif de la résolution se justifie par le caractère divisible ou non de la convention. C'est à la lumière de ce critère que doivent être déterminés ses effets dans le temps (voy. not. M. FONTAINE, *R.C.J.B.*, 1990, p. 399; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks, op. cit.*, p. 717; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 679). Cette approche est consacrée par le (nouveau) livre 5 du Code civil, dont l'article 5.95 dispose que « la résolution prive le contrat d'effets depuis la date de sa conclusion. Toutefois, elle ne rétroagit qu'à la date du manquement qui y a donné lieu pour autant que le contrat soit divisible dans l'intention des parties, eu égard à sa nature et à sa portée ».

(49) Sur le caractère réceptif de la résiliation, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 985 et pp. 992-993; F. BURSENS, *Handboek aannemingsrecht, op. cit.*, p. 603; B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 736; C. DELFORGE, « L'unilatéralisme et la fin du contrat », *op. cit.*, p. 114. Sur le caractère réceptif de la résolution extrajudiciaire, voy. Cass., 11 décembre 2020, R.G. n° C.20.0210.N/3, [www.juportal.be](http://www.juportal.be); S. DE REY et S. STIJNS, « Sancties wegens wanprestatie: kroniek van de recentste evolutie », *op. cit.*, p. 43.

(50) La doctrine définit l'acte juridique unilatéral comme « la manifestation de volonté émanant d'une personne par laquelle celle-ci décide de faire naître certains effets de droit, sans avoir, pour ce faire, besoin du consentement d'autrui » (P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 23). L'article 5.123 du livre 5 du Code civil dispose quant à lui que « l'acte juridique unilatéral est la manifestation de volonté par laquelle une personne a l'intention de faire naître des effets de droit. L'auteur de cet acte peut notamment s'engager par sa seule volonté en faveur d'autrui ».

On précisera toutefois, comme déjà évoqué *supra*, qu'il semble ressortir de l'arrêt de la Cour de cassation du 11 décembre 2020 déjà évoqué *supra* que la résolution extrajudiciaire nécessite que la partie à l'origine de la rupture notifie sa décision de manière explicite à son cocontractant (51). Ce principe est appelé à être encore renforcé par l'article 5.93 du (nouveau) livre 5 du Code civil, cet article imposant à la partie qui entend résoudre la convention par voie de notification de faire connaître à l'autre sa décision par écrit et d'y indiquer les manquements qui lui sont reprochés. Cette solution diffère de celle retenue en matière de résiliation. À moins que la loi ou le contrat n'en dispose autrement (52), on admet, en effet, qu'une résiliation puisse être déduite d'éléments dont il ressort de manière certaine la volonté de l'une des parties de résilier la convention (53).

**13. Incertitude quant à l'intention de l'auteur de l'acte.** Il est, dans ce cadre, fréquent qu'une partie dispose, à la fois de la possibilité de résilier une convention et, en raison des manquements commis par son cocontractant, de celle de la résoudre. Depuis l'arrêt précité de la Cour de cassation du 23 mai 2019, il est admis que, même en l'absence de clause résolutoire expresse ou de disposition législative spécifique, cette dernière possibilité ne nécessite plus le recours préalable au juge (54). La notification par une partie de sa volonté de mettre fin à une convention peut donc être l'expression de sa volonté de mettre en œuvre l'un ou l'autre de ces deux mécanismes.

Si elles ne sont, nous le verrons, pas nécessairement incompatibles, la résiliation ou la résolution extrajudiciaire d'une convention entraîne cependant des conséquences différentes. Il est donc nécessaire de pouvoir déterminer

(51) Cass., 11 décembre 2020, R.G. n° C.20.0210.N/3, [www.juportal.be](http://www.juportal.be); S. DE REY et S. STIJNS, «Sancties wegens wanprestatie: kroniek van de recentste evolutie», *op. cit.*, p. 43.

(52) Tel est, par exemple, le cas en matière de bail commercial, l'article 3 de la loi du 30 avril 1951 imposant au preneur de procéder par exploit d'huissier ou par courrier recommandé. Il est, par ailleurs, fréquent que lorsque le contrat permet à l'une ou plusieurs des parties de résilier la convention, cette faculté soit soumise à l'exigence d'un écrit.

(53) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 993; P. VAN OMMESLAGHE, *De Page, Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. II, *Sources des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1000-1001. La jurisprudence admet, ainsi, de longue date, en droit du travail le concept de l'acte équipollent à rupture (K. TROCH, «La modification des éléments essentiels du contrat de travail», in C. DELFORGE, P. WÉRY et S. STIJNS (dir.), *Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise*, Bruges/Bruxelles, la Chartre, 2017, pp. 525-534). Dans un arrêt du 22 octobre 1998, la Cour de cassation a, de même, jugé que «le manquement d'une partie à ses obligations peut constituer la preuve de la volonté de celle-ci de mettre fin» à un contrat de concession exclusive de vente (Cass., 22 octobre 1998, *R.D.C.*, 1999, p. 262). Dans un arrêt du 24 mai 2018 (*T.B.O.*, 2019, p. 41) rendu quant à l'application de l'article 1794 de l'ancien Code civil, elle a, dans le même sens, jugé que «*De eenzijdige beëindiging moet, om uitwerking te kunnen hebben, ter kennis gebracht worden van de aannemer. Zij moet niet aanvaard worden door de aannemer. Het betreft een vormvrije rechtshandeling die zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend kan plaatshebben. Noch voor de geldigheid van de beëindiging noch voor het bewijs ervan is een geschrift vereist. Een stilzwijgende beëindiging kan evenwel enkel worden afgeleid uit gedragingen van de opdrachtgever die een duidelijke en ondubbelzinnige uitdrukking zijn van zijn wil en die niet vatbaar zijn voor een andere willeg.*»

(54) Ce principe connaît toutefois d'importantes exceptions. Il résulte ainsi, par exemple, de l'article 1762bis de l'ancien Code civil qu'un bail portant sur un immeuble ne peut être résolu qu'à l'intervention du juge et non par voie d'une simple notification. Ces exceptions demeurent applicables sous l'emprise du (nouveau) livre 5 du Code civil.

duquel des deux mécanismes il a été fait usage et, partant, quelle qualification il convient de donner à l'acte posé par la partie à l'origine de la rupture.

Or, les parties ne sont, souvent, qu'imparfaitement conscientes des différences qui séparent la résiliation unilatérale d'une convention et sa résolution par voie de notification. Bien qu'elle constitue une faculté étrangère à tout manquement contractuel, la résiliation d'une convention est, de plus, souvent vue ou perçue par les parties comme une sanction, l'expression d'une forme de mécontentement. C'est particulièrement vrai lorsque la collaboration a été conclue pour une longue durée ou pour une durée indéterminée. Les termes utilisés par la partie à l'origine de la rupture ne sont, en conséquence, pas toujours précis et adéquats, voire contradictoires. Il est alors, parfois, difficile de déterminer duquel des deux mécanismes il a été fait usage. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt ici commenté, le courrier adressé le 26 août 2015 par le concédant au concessionnaire en constitue un exemple presque parfait. Son auteur y fait état d'une «résiliation pour faute» assortie d'un préavis de deux années afin de limiter son dommage et afin de laisser au concessionnaire une dernière chance de se justifier.

#### III.4.2. — *Le rôle du juge*

**14. Requalification et force obligatoire.** En cas doute, c'est au juge qu'il reviendra de trancher. Comme en matière contractuelle, il sera, en règle, tenu par la qualification qu'a donné son auteur à l'acte concerné. Cette qualification sera, toutefois, écartée lorsqu'elle est contraire aux effets juridiques que son auteur a voulu donner à l'acte (55). Un acte juridique a, en effet, précisément pour caractéristique la volonté de son auteur de produire certains effets de droit (56).

Un tel contrôle devra, toutefois, se faire dans le respect de la force obligatoire de l'acte juridique posé et de la foi due aux actes. L'acte juridique unilatéral «lie [en effet] son auteur, qui ne peut plus revenir sur celle-ci» (57). La partie qui a notifié sa décision de résilier ou de résoudre la convention ne peut plus la rétracter ou la modifier (58). Contrairement à ce que laisse penser l'avis de l'avocat général de Koster ayant précédé l'arrêt du 7 janvier 2021, cette partie ne peut donc pas prétendre modifier par la suite la portée (et la qualification) de l'acte posé. Le juge ne pourra pas, sous couvert d'une requalification, venir au secours d'une partie qui aurait posé un choix tactique mal opportun mais néanmoins certain. S'il n'est, en revanche, comme l'a consacré l'arrêt ici commenté, pas exclu qu'elle pose un nouvel acte juridique

(55) Voy., par analogie, Cass., 9 juin 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1824; Cass., 10 octobre 2011, concl. J. Genicot, *Pas.*, 2011, n° 536, p. 2198. Ces principes et l'analogie avec la matière contractuelle sont confirmés par les articles 5.68 et 5.126 du (nouveau) livre 5 du Code civil que disposent respectivement que «la qualification donnée par les parties au contrat ne peut être écartée que lorsqu'elle est incompatible avec les clauses de celui-ci ou avec les règles impératives ou d'ordre public» et que «chaque acte unilatéral est soumis aux règles qui lui sont propres et, dans la mesure où celles-ci n'y dérogent pas, aux règles applicables aux contrats ainsi qu'au régime général de l'obligation».

(56) Article 5.125 du (nouveau) livre 5 du Code civil.

(57) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 44.

(58) I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, *op. cit.*, pp. 774-775.

ou formule une demande nouvelle, la qualification de chaque acte doit être analysée séparément.

III.4.3. — *L'importance des motifs invoqués à l'appui de la décision de rupture*

**15. Une résolution suppose que des manquements contractuels (graves) soient invoqués.** On rappellera, dans ce cadre, qu'à l'inverse de la résiliation, la résolution suppose l'existence de manquements graves dans le chef de son cocontractant, d'une inexécution grave imputable au débiteur. Elle nécessite la volonté de la victime de s'en prévaloir pour mettre fin à la convention et doit, en règle, être précédée d'une mise en demeure (59). C'est là, sans doute, la principale différence entre les deux mécanismes.

On en déduit que, lorsqu'au moment de la notification de la rupture, cette dernière n'est pas motivée par des manquements contractuels, elle constitue une résiliation (60). Le choix de l'auteur de la rupture étant certain, il ne peut être modifié par le juge (61). Il revient au premier d'en assumer les conséquences.

La même solution pourra, en règle, être retenue lorsqu'en l'absence de notification explicite, la rupture se déduit (de manière certaine) du comportement de la partie concernée. Il s'agira bien d'une résiliation. Une résolution nécessite, en effet, comme exposé *supra*, une notification explicite au débiteur en défaut. En son absence, on est donc tenté de donner à l'acte juridique concerné la (seule) qualification à même de lui permettre de sortir ses effets. On fera cependant preuve de prudence. Comme exposé *supra*, une résiliation implicite doit, en effet, être établie de manière certaine et ne peut, par conséquent, être déduite que de faits qui ne sont pas susceptibles d'une autre interprétation. Or, si avant de poser les actes dont on déduit sa volonté de rompre le contrat, la partie concernée avait formulé des griefs, il ne pourra pas toujours être exclu que cette partie a, en réalité, entendu résoudre la convention mais sans y parvenir, à défaut d'une notification explicite. Dans pareilles circonstances, il ne devra pas être conclu à l'existence d'une résiliation tacite (62) mais d'une résolution extrajudiciaire, toutefois irrégulière.

(59) S. DE REY et S. STIJNS, «Sancties wegens wanprestatie: kroniek van de recentste evolutie», *op. cit.*, pp. 3-7; art. 5.83, al. 3, du (nouveau) livre 5 du Code civil.

(60) M. BURSENS, *Handboek aannemingsrecht*, Anvers, Intersentia, 2019, p. 611; D. VAN DRIESSCHE, «De keuze tussen verbreking en ontbinding in aannemingscontracten», *op. cit.*, p. 620; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk: het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Bruges, die Keure, 2003, pp. 1041-1042; A. FETTWEIS, «La résiliation unilatérale de l'article 1794 du Code civil», in *Droit de la construction, Actualités du droit*, 1992, p. 396.

(61) Bruxelles (2<sup>e</sup> ch.), 7 novembre 2014, R.G. n° 2014/AR/132, inédit, cité par S. VANVREKOM, «Contrat d'entreprise: l'acte de rupture, résiliation ou résolution?», *Les Pages*, 2015, n° 2, p. 2; B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, coll. RPDB, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 759; D. VAN DRIESSCHE, «De keuze tussen verbreking en ontbinding in aannemingscontracten», *op. cit.*, p. 620; Gand, 16 novembre 1990, *T.G.R.*, 1991, p. 8; Civ. Tournai, 7 janvier 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 395; Comm. Bruxelles, 2 janvier 1952, *J.C.B.*, 1953, p. 297; M. DUPONT, «L'article 1794 du Code civil: volte-face impossible?», note sous Mons, 21 juin 2004, *R.G.D.C.*, 2007, pp. 228-235.

(62) Le débat quant à la portée de l'attitude de cette partie a, cependant, perdu en importance, dès lors qu'il est à présent admis qu'une résiliation ne fait pas obstacle à une demande ultérieure de résolution judiciaire, voire à une résolution par voie de notification.

S'agissant de deux actes juridiques différents, le caractère irrégulier d'une résolution extrajudiciaire n'a, en effet, pas pour conséquence qu'elle devrait être requalifiée de résiliation mais qu'elle demeure sans effet (63), son auteur ne pouvant dès lors pas s'en prévaloir pour justifier d'avoir lui-même refusé ensuite d'exécuter ses obligations (avec pour conséquence qu'il pourra voir sa propre responsabilité engagée) (64).

Les articles 5.92 et 5.93 du livre 5 du Code civil paraissent confirmer ces principes (et même les renforcer), dès lors qu'ils imposent au créancier qui entend mettre en œuvre une clause résolutoire ou procéder à une résolution par voie de notification (les deux procédés nécessitant une notification écrite — conditions que n'impose pas la jurisprudence actuelle (65)) d'indiquer, dans la notification qu'il lui adresse, les manquements qui sont reprochés à son débiteur (66). On soulignera, à nouveau, que le non-respect de l'obligation de mentionner les manquements reprochés au débiteur n'est pas sanctionné par la requalification de l'acte (notification) en résiliation mais par l'inefficacité de la notification (67). On distinguera donc l'hypothèse où aucune référence n'est faite dans la notification à des manquements contractuels de celle où l'existence de tels manquements est évoquée mais sans qu'ils ne soient énumérés. Dans la première hypothèse, il pourra effectivement généralement être considéré que le créancier a entendu procéder à la résiliation du contrat (avec toutefois les réserves déjà exprimées). Dans la seconde, il faudra, en revanche, examiner quelle a été l'intention du créancier.

**16. La formulation de reproches n'exclut pas une résiliation.** Tant sous l'empire de l'ancien droit que du (nouveau) livre 5 du Code civil, la formulation ou l'existence de reproches n'est, dans ce cadre, pas toujours

(63) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 815.

(64) Pour les mêmes motifs, on ne pourrait, selon nous, pas déduire du fait que chacune des parties a notifié à l'autre sa volonté de résoudre la convention ou en sollicite la résolution judiciaire qu'elles auraient, dans l'hypothèse où ces notifications et demandes seraient toutes jugées sans effets ou non fondées, consenti à résilier la convention (*mutuus dissensus*). Le juge pourrait cependant alors, dans certaines circonstances, opter pour une résolution aux torts des deux parties (S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *op. cit.*, p. 505; article 5.91 du (nouveau) livre 5 du Code civil).

(65) Voy. *supra*, point 11.

(66) Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2020-2021, n° 1806/007, p. 322.

(67) Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *op. cit.*, p. 113 et p. 117. Se pose, par ailleurs, la question des manquements qui n'auraient pas été invoqués par le créancier dans sa notification écrite. Les travaux préparatoires précisent, dans ce cadre, que l'exigence de mentionner dans la notification les manquements invoqués à l'appui de la résolution vise à protéger le débiteur et de rendre possible un contrôle ultérieur. Sur cette base, il paraît pouvoir être défendu qu'une résolution par voie de notification ne pourrait être justifiée *a posteriori* pas des motifs autres que ceux mentionnés dans la notification. Le créancier victime de l'inexécution ne pourrait-il cependant pas tenter de corriger le tir en sollicitant, cette fois, à titre subsidiaire la résolution judiciaire de la convention (art. 5.91 du livre 5 C. civ.) ? La réponse paraît assurément affirmative lorsque ces motifs n'étaient pas connus du créancier au jour de la notification. Il nous semble, par ailleurs, qu'il ne peut être déduit du fait qu'un reproche ne soit pas repris dans la notification que le créancier aurait renoncé (de manière certaine) aux sanctions y attachées. Le juge aura, cependant, sans doute tendance à considérer qu'un tel reproche n'est, en lui-même, pas grave (au sens de l'article 5.90 du (nouveau) livre 5 du Code civil, dès lors que le créancier n'a pas pris le soin de le mentionner dans sa notification.

déterminante. Certes, lorsque la rupture est présentée comme la conséquence de manquements imputés au cocontractant, on sera tenté d'y voir une résolution (68). Comme exposé *supra*, il arrive, cependant, qu'une partie mécontente des prestations reçues choisisse de résilier la convention et mentionne, dans sa notification, les motifs de sa décision. Le parallélisme n'est donc pas parfait.

Lorsque la rupture est assortie de reproches à l'égard du cocontractant, il reviendra donc, en cas de doute, à l'interprète, de rechercher lequel des deux mécanismes correspond le mieux à l'intention de son auteur. Plusieurs critères additionnels peuvent l'y aider.

#### III.4.4. — *L'existence d'un préavis*

**17. Préavis et résolution ne sont pas incompatibles.** L'existence d'un préavis fera, dans ce cadre, généralement pencher la balance en faveur d'une résiliation. En matière de rupture de concession de vente à durée indéterminée, la jurisprudence majoritaire considère, en effet, que le manquement grave — et donc la résolution — est incompatible avec la notification d'un préavis (69). La même solution prévaut en matière d'agence commerciale (70). Résolution et préavis étant incompatibles, lorsque la partie à l'origine de la rupture consent à laisser la convention perdurer pendant un certain temps encore, il faudrait alors considérer qu'elle a entendu résilier la convention. La solution paraît, à première analyse, légitime. La partie victime d'une inexécution grave dispose d'une option : poursuivre l'exécution en nature ou par équivalent de la convention quitte à, ensuite, la résilier moyennant préavis, ou en solliciter la résolution aux torts de son cocontractant (71). Un préavis paraît induire qu'elle a porté son choix sur la première option (72).

Un tel raisonnement ne peut cependant, à notre estime, être généralisé. Il appelle d'importantes nuances.

Il n'existe, en effet, selon nous, pas d'incompatibilité de principe entre une résolution extrajudiciaire et l'observation d'un préavis. On rappellera, en effet, que rien n'oblige la partie qui entend obtenir la résolution de la convention aux torts de son cocontractant de procéder à la résolution extrajudiciaire du contrat. Elle peut préférer solliciter sa résolution judiciaire et, dans l'intervalle, poursuivre l'exécution du contrat, sans que cette poursuite ne la prive du droit d'en solliciter la résolution (73).

(68) Liège, 27 avril 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 25; Anvers, 4 juin 1997, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 254.

(69) J.-P. FIERENS, A. MOTTET-HAUGAARD, T. FAELLI et S. GRIESS, *La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation des concessions de vente exclusive à durée indéterminée. Chronique de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 38 et les références citées en note 168.

(70) E. DURSIN, « *Beëindiging van de handelsagentuurovereenkomst* », in P. NAEYAERT et E. TERRY, *op. cit.*, p. 177.

(71) Art. 1184, al. 2, de l'ancien Code civil.

(72) Comme exposé *infra*, ce choix est révocable.

(73) L'inverse reviendrait à, *de facto*, contraindre le créancier à opter pour une résolution extrajudiciaire. Il n'en demeure cependant pas moins, qu'en pratique, il est à craindre que les juges soient moins enclins à résoudre une convention que les parties ont continué à exécuter pendant de nombreux mois après les incidents survenus.

Il résulte, de plus, de l'arrêt du 7 janvier 2021 ici commenté que le fait qu'il ait été opté, dans un premier temps, pour une résiliation moyennant préavis, n'empêche pas, ensuite, que la partie qui a notifié le préavis sollicite la résolution judiciaire de la convention sur la base de manquements antérieurs à la notification de la résiliation. La partie victime d'une inexécution contractuelle est, en outre, tenue de prendre les mesures raisonnables afin de limiter son préjudice. Or, même en présence d'un manquement grave, il peut être dans l'intérêt de la partie victime que la relation contractuelle se poursuive pendant un laps de temps suffisant pour lui permettre de se réorganiser et de limiter son dommage. Il est légitime qu'elle puisse l'exiger, sans pour autant être privée de son droit d'obtenir ou de procéder unilatéralement à la résolution de la convention. La poursuite durant une certaine période de la relation contractuelle n'est donc, en règle, pas incompatible avec sa résolution. Une résolution extrajudiciaire (voire même une résolution judiciaire<sup>(74)</sup>) peut, en conséquence, lorsque les circonstances le justifient, être assortie d'un préavis<sup>(75)</sup>.

Un examen attentif de la jurisprudence précitée en matière de concessions de vente démontre, au demeurant, que si, en présence d'un préavis, la résolution pour manquement grave est rejetée, ce n'est pas en raison d'une incompatibilité entre résolution et préavis, mais compte tenu du fait qu'un préavis démontre, en principe, que la victime de l'inexécution n'a pas totalement perdu confiance en son cocontractant. Elle en déduit que les manquements concernés ne sont pas suffisamment graves que pour entraîner la résolution de la convention. Or, comme exposé *supra*, la perte de confiance en son cocontractant qui a résulté de ses manquements contractuels ne constitue pas l'unique critère permettant d'apprécier leur gravité<sup>(76)</sup>. Lorsque le contrat ne requiert pas une collaboration étroite entre les parties et/ou un niveau élevé de confiance entre elles, le fait que la victime puisse, voire souhaite, malgré tout poursuivre l'exécution de la convention pendant un laps de temps donné n'induit pas nécessairement que les manquements dont elle a été la victime ne seraient pas d'une gravité suffisante. Une telle solution reviendrait, au demeurant, à rendre impossible d'encore solliciter la résolution judiciaire d'une convention à exécution successive.

Par ailleurs, même en matière de concession de vente exclusive, la jurisprudence admet, dans certains cas, une brève poursuite des relations

---

(74) Compte tenu des délais nécessaires pour obtenir une décision, une telle hypothèse demeure essentiellement hypothétique, sauf peut-être l'hypothèse d'un défaut dans le chef du défendeur à l'action.

(75) La solution inverse reviendrait à contraindre la partie victime de l'inexécution soucieuse de limiter son dommage à patienter avant de notifier à son cocontractant sa décision de résoudre le contrat, avec le risque que, si elle se montre trop patiente, la gravité des manquements soit remise en cause. Or, outre l'intérêt du créancier de l'obligation en souffrance, il est également dans celui du débiteur de connaître au plus vite la décision de son cocontractant de procéder à la résolution du contrat, éventuellement assortie d'un court préavis, plutôt que d'être laissé dans l'incertitude puis confronté à une rupture immédiate.

(76) La pertinence de ce critère dépend, à notre estime, du type de contrat et du degré de collaboration et de confiance qu'il nécessite.

contractuelles, lorsque cette poursuite est nécessaire pour limiter le dommage subi par la victime de l'inexécution(77).

Le fait que la notification prévoie l'observation d'un délai de préavis n'est donc pas déterminant. S'il fera généralement pencher la balance en faveur d'une résiliation, un préavis ne permet pas, à lui seul, d'exclure qu'il s'agisse d'une résolution.

#### III.4.5. — *La durée du préavis*

**18. Durée du préavis.** Pour demeurer compatible avec une (qualification de) résolution, une rupture moyennant préavis suppose, cependant, que celui-ci demeure limité dans sa durée. Une résolution induit, en effet, à notre estime, l'idée d'une rupture définitive et aussi rapide que possible. La durée du préavis doit, en conséquence, être limitée à celle nécessaire pour permettre à la victime de limiter son dommage. Il ne peut être question de lui permettre de fixer arbitrairement une nouvelle durée à la convention. Une rupture assortie d'un préavis excédant celui nécessaire pour préserver les droits de la victime devra, en conséquence, être interprétée comme une résiliation. Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt ici commenté, c'est ainsi, sans doute, dans la durée du préavis accordé (deux années) que réside l'élément permettant de trancher en faveur d'une résiliation (élément auquel s'ajoute la volonté du concédant d'accorder à son cocontractant une dernière chance de justifier sans manquements contractuels).

#### III.4.6. — *L'absence de préavis*

**19. Effet(s) de l'absence de préavis sur la qualification de l'acte unilatéral.** À l'inverse, l'absence de tout préavis permet-elle d'exclure qu'il s'agisse d'une résiliation? La solution est assurément négative lorsque la partie à l'origine de la rupture dispose de la faculté de résilier la convention sans préavis, par exemple en vertu des articles 1794 ou 2004 de l'ancien Code civil.

En revanche, lorsque cette partie disposait bien d'une faculté de résiliation mais toutefois soumise à un préavis, la notification de la rupture brutale de la convention devra, lorsqu'elle est motivée par des manquements reprochés à son cocontractant, être interprétée comme une résolution extrajudiciaire. Seul ce mécanisme peut, en effet, alors être compatible avec les effets juridiques recherchés par l'auteur de l'acte.

#### III.4.7. — *La réclamation de dommages et intérêts en réparation du préjudice consécutif à la rupture*

**20. Dommages et intérêts couvrant le préjudice consécutif à la rupture.** On relèvera enfin, que si la résiliation d'une convention n'empêche pas son auteur de solliciter la réparation du dommage ayant résulté de manquements commis avant la prise d'effet de la résiliation, elle ne lui permet

(77) J.-P. FIERENS, A. MOTTET-HAUGAARD, T. FAELLI et S. GRIESS, *La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation des concessions de vente exclusive à durée indéterminée. Chronique de jurisprudence, op. cit.*, p. 38.

pas de réclamer une indemnisation pour le dommage consécutif à la rupture elle-même. Il en résulte que, lorsque l'auteur de la rupture exprime sa volonté d'obtenir la réparation du préjudice résultant de la rupture, il faut en déduire qu'il a entendu procéder à sa résolution (78).

### III.5. — *Les combinaisons possibles*

**21. Quand et comment combiner résiliation et résolution ?** Si les deux mécanismes doivent être distingués, ils n'en sont pas nécessairement incompatibles. L'usage de l'un n'exclut pas nécessairement celui de l'autre. Nous aborderons, en premier lieu, la combinaison des deux mécanismes lorsqu'ils sont mis en œuvre par des parties distinctes. Nous examinerons, ensuite, comment et dans quelle mesure ils peuvent être combinés par une seule des parties au contrat et l'apport de l'arrêt du 7 janvier 2021 à cet égard.

#### III.5.1. — *Résiliation et résolution par des parties distinctes*

**22. Résiliation et résolution par des parties distinctes.** On soulignera, tout d'abord, qu'un usage combiné des mécanismes de la résiliation et de la résolution n'est problématique que lorsqu'il est le fait d'une seule et même partie.

**23. Résiliation par une partie, (demande de) résolution (judiciaire) par l'autre, oui.** Il n'est, ainsi, pas contesté que le fait pour une partie de résilier, même valablement, une convention ne la met pas à l'abri d'une demande de résolution émanant de son cocontractant. La Cour de cassation l'a confirmé dans un arrêt particulièrement clair du 25 avril 2013 : « L'article 1184 du Code civil n'interdit pas, en règle, de prononcer la résolution d'un contrat aux torts de la partie qui a résilié ce contrat, cette résiliation fût-elle régulière et antérieure à la demande de résolution » (79). La solution est logique. La résiliation n'opérant que pour l'avenir, elle ne permet pas à son auteur d'échapper aux sanctions consécutives aux manquements qu'il aurait commis avant l'extinction de la convention (mais en limitant sa durée, elle peut lui permettre de limiter l'étendue de sa responsabilité).

**24. Intérêt de notifier une résiliation en réponse à une demande de résolution judiciaire.** Rien n'empêche, par ailleurs, la partie qui se voit confrontée à une demande de résolution judiciaire de notifier elle-même à son cocontractant sa décision de résilier le contrat (80). Une telle initiative ne peut, évidemment, lui permettre d'échapper aux conséquences des manquements qu'elle aurait commis. Elle n'est cependant pas dénuée d'intérêt. S'il n'est pas fait droit à la demande de résolution judiciaire, la résiliation sortira

(78) Dans un arrêt du 10 septembre 2020 (*R.G.D.C.*, 2020, p. 585), la Cour de cassation a confirmé qu'« en cas de résolution de la convention, celui qui en obtient le bénéfice a droit à des dommages et intérêts destinés à le replacer dans la même situation que si le contrat avait été exécuté ». Ce principe est confirmé par les articles 5.90 et 5.91, al. 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup>, du (nouveau) livre 5 du Code civil.

(79) Cass., 25 avril 2013, *J.L.M.B.*, 2015, p. 493. En ce sens également: Cass., 20 novembre 1964, *Pas.*, 1964, p. 283. Pour une illustration pratique, voy. J.P. Anvers, 6 février 2020, *Huur*, 2020, p. 168.

(80) Pour autant, bien entendu, qu'elle dispose d'une telle faculté.

tous ses effets. Par ailleurs, même s'il est *in fine* fait droit à la demande de résolution, elle peut permettre à la partie en défaut de limiter l'étendue de sa responsabilité. Comme exposé *supra*, l'effet rétroactif attaché à la résolution se voit, en effet, souvent paralysé en présence d'une convention à exécution successive ou continue. Il peut donc être dans l'intérêt du cocontractant en défaut de s'assurer que l'exécution du contrat prenne fin avant que le juge ne rende sa décision. Tel sera le cas lorsque le débiteur en inexécution se trouve dans l'incapacité de remédier aux manquements (continus) qui lui sont reprochés ou, plus simplement, estime que les termes financiers du contrat lui sont défavorables. Ainsi, le bailleur auquel le locataire reproche, malgré un loyer modéré, divers manquements graves (81) et réclame, outre la résolution, des dommages et intérêts *pro rata temporis* peut-il avoir intérêt à notifier, en cours de procédure, au preneur un préavis afin de s'assurer qu'il soit mis fin rapidement au bail. Ceci lui procure le double avantage de limiter sa responsabilité éventuelle et de pouvoir remettre son bien en location, éventuellement à de meilleures conditions.

En cas de résolution par voie de notification, la partie qui y est confrontée aura, en revanche, intérêt à prendre acte du refus de son cocontractant d'encre exécuter la convention et, tout en contestant la régularité de l'initiative prise par son cocontractant, à postuler la résolution judiciaire à ses torts. L'exécution de la convention ayant pris fin et dès lors qu'il peut difficilement être envisagé qu'un refus d'exécution consécutif à une résolution irrégulière ne constitue pas un manquement grave, la partie qui y est confrontée ne paraît, en principe, pas avoir d'intérêt à procéder à la résolution extrajudiciaire ou, *a fortiori*, à la résiliation de la convention.

### III.5.2. — *Demande de résolution judiciaire puis résiliation avant l'issue de la procédure par une même partie*

**25. Demande de résolution judiciaire d'abord, résiliation ensuite, oui.** Il découle, ensuite, d'un arrêt de la Cour de cassation du 19 mai 2011 (82), rendu sur avis conforme de l'avocat général Genicot, que la partie qui poursuit la résolution judiciaire d'une convention peut, en cours de procédure, notifier à son cocontractant sa décision de résilier la convention. Une telle notification ne fait pas obstacle à la demande de résolution antérieurement introduite, cette dernière conservant une utilité certaine. Elle ne vaut, en principe, pas renonciation à cette demande.

En l'espèce, le propriétaire d'un immeuble sollicitait la résolution judiciaire d'un bail de résidence principale. Sans attendre la décision du juge, il avait, ensuite, notifié au locataire un congé pour occupation personnelle. Le jugement attaqué avait fait droit à la demande de résolution, celle-ci sortant ses effets à la date de libération de l'immeuble à la suite du préavis donné en cours de procédure. Il avait condamné le locataire à une indemnité de résolution.

Saisie du pourvoi formé par le locataire, la Cour de cassation a confirmé que le fait pour le propriétaire d'un immeuble de notifier, en cours de procédure, à

(81) Par exemple la réalisation de travaux d'embellissement promis par le bailleur.

(82) Cass., 19 mai 2011, *R.G.D.C.*, 2013, p. 481.

son locataire un congé (résiliation) avec pour conséquence que le bail prendra fin en cours de procédure n'a pas pour effet de priver de son objet sa demande de résolution. Ceci alors même que la résolution judiciaire aurait pour effet de mettre fin au bail à la même date que celle fixée dans le congé: «le fait qu'un tel contrat prenne fin pour une autre cause à la date à laquelle la résolution judiciaire doit produire ses effets ne prive pas la demande tendant à cette résolution de son objet» (83). Elle a, sur cette base, rejeté le pourvoi.

La solution paraît, à nouveau, logique. Même lorsque la résolution voit son effet rétroactif restreint (avec les controverses qui y sont attachées (84)), elle permet, en effet, d'obtenir l'indemnisation du dommage consécutif à la rupture de la convention (indemnité de relocation, coût inhérent à la conclusion d'une nouvelle convention, etc.) (85). Elle peut, de plus, permettre au créancier de l'obligation en souffrance d'éviter de devoir verser à son cocontractant une éventuelle indemnité de résiliation ou donner lieu à des obligations spécifiques dans le chef du cocontractant fautif (de non-concurrence par exemple). La partie victime de l'inexécution conserve donc un intérêt à solliciter la résolution de la convention. Dans son avis ayant précédé l'arrêt du 19 mai 2011, l'avocat général Genicot souligne, dans ce cadre, la prévalence de la résolution sur cette autre cause de rupture que constitue la résiliation (86).

La notification, en cours de procédure, d'un congé est, au demeurant, particulièrement utile en présence d'un contrat à exécution successive de longue durée (87) ou à durée indéterminée. Elle permet, en effet, de fixer un terme maximum au contrat, quelles que soient la durée de la procédure et la décision du juge quant à la demande de résolution judiciaire (qui nécessite, comme exposé *supra*, l'existence d'un manquement grave) (88). Il est, ainsi, courant qu'après avoir sollicité la résolution par le juge de la convention, la même partie notifie ensuite à son cocontractant sa décision de résilier la convention afin de s'assurer qu'elle prenne fin au plus vite. Souvent, la convention s'éteint alors, avant même que le juge ne se soit prononcé sur la demande de résolution.

(83) Dans le même sens, voy. F. BURSENS, *Handboek aannemingsrecht, op. cit.*, p. 612; F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 182.

(84) Voy. *supra*, note 48.

(85) Cass., 10 septembre 2020, *R.G.D.C.*, 2020, p. 585.

(86) Conclusions du 19 mai 2011, <https://juportal.be/content>.

(87) À condition évidemment que le contrat prévoie une telle possibilité.

(88) Tel est, en particulier, le cas en matière de bail où, compte tenu de l'impossibilité de procéder à une résolution par voie de notification, le bailleur confronté, par exemple, au non-paiement de tout ou partie du loyer est tenu de saisir le juge de paix, le locataire pouvant alors avoir intérêt à tenter de ralentir la procédure en soulevant diverses contestations (avec pour conséquence que, dans l'intervalle, il demeure dans les lieux). Lorsque la solvabilité du locataire n'est pas garantie, afin de ne pas laisser passer certaines opportunités commerciales et/ou compte tenu de l'incertitude qui peut exister quant à la décision du juge, il peut alors être utile de s'assurer, par la voie d'une résiliation, de mettre un terme au bail, tout en maintenant en parallèle la demande de résolution et en poursuivant la réparation du préjudice causé par l'inexécution (avec la difficulté toutefois que face à un locataire récalcitrant et de mauvaise foi, une expulsion nécessite de disposer d'un titre exécutoire).

III.5.3. — *Résolution extrajudiciaire par voie de notification et résiliation subsidiaire*

**26. Résolution par notification et résiliation subsidiaire, oui.**

Il semble, par ailleurs, que rien ne s'oppose à ce qu'une partie qui entend résoudre avec effet immédiat une convention (par voie de notification), notifie, en parallèle, à son cocontractant sa volonté de résilier la convention si d'aventure sa résolution devait être remise en cause et jugée irrégulière (89). Comme tout acte juridique unilatéral, une résiliation peut, en effet, être assortie de certaines conditions (90).

Là encore, l'intérêt pour la partie à l'origine de la rupture est manifeste. La partie qui opte pour la résolution extrajudiciaire d'une convention et notifie à son cocontractant sa décision prend, en effet, un risque (91). Sa décision demeure soumise à un contrôle *a posteriori* par le juge. S'il s'avère, *in fine*, que les conditions nécessaires pour y procéder n'étaient pas réunies, la partie à l'origine de la rupture voit sa responsabilité engagée, à défaut d'avoir elle-même respecté ses engagements (92). Elle s'expose, comme évoqué *supra*, à des dommages et intérêts, voire à une résolution à ses propres torts de la convention.

Afin de limiter les risques inhérents à pareille initiative, la partie à l'origine de la rupture peut notifier à son cocontractant qu'à supposer que la résolution extrajudiciaire soit jugée comme irrégulière et donc non avenue, il convient, alors, de considérer le contrat résilié. Pareille notification est particulièrement utile lorsque la partie concernée dispose de la faculté de résilier la convention sans préavis et moyennant une indemnité limitée. Elle évitera, de la sorte, de devoir indemniser son cocontractant si d'aventure sa résolution devait être jugée irrégulière. Son cocontractant ne pourra, de même, ni réclamer la reprise de l'exécution en nature de la convention, ni postuler sa résolution à ses torts. Il ne pourra, tout au plus, que réclamer l'indemnité (la résiliation) prévue par le contrat ou par la loi.

La situation de la partie à l'origine de la rupture sera plus inconfortable lorsque la convention ou la loi impose l'observation d'un préavis. À défaut de respecter celui-ci, l'auteur de la rupture verra sa responsabilité engagée. La notification de sa volonté subsidiaire de résilier la convention ne s'en trouve cependant pas pour autant privée de tout intérêt. Comme exposé *supra*, on considère, en effet, traditionnellement, que lorsqu'une partie procède à la résiliation d'une convention sans observer (en tout ou pour partie) le préavis requis, son cocontractant peut uniquement postuler le paiement de dommages et intérêts (93). Bien que cette approche fasse l'objet de critiques

(89) Qu'il s'agisse de la mise en œuvre d'une clause résolutoire ou de la faculté de procéder à la résolution par voie de notification en vertu du droit commun des obligations à présent reconnu par la Cour de cassation.

(90) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, 1<sup>re</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 336 et s.

(91) Ce que l'article 5.93 du (nouveau) livre 5 du Code civil indique explicitement.

(92) P. WÉRY, S. STIJNS e.a., « La réforme du droit des obligations », in *De hervorming van het Burgertijk Wetboek — La réforme du Code civil*, Bruges, la Chartre, 2019, pp. 164-165.

(93) Cass., 9 mars 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 640; F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, *op. cit.*, 2014, pp. 843 et s.

récurrentes en doctrine(94), elle peut s'appuyer sur deux arrêts récents de la Cour de cassation(95). Elle paraît, de plus, être confirmée par le (nouveau) livre 5 du Code civil. Ses travaux préparatoires indiquent, en effet, que « lorsqu'un congé est notifié avec une durée de préavis jugée insuffisante, le juge ne peut s'immiscer dans l'exécution de la convention en imposant un délai de préavis complémentaire » (mais sans préjudice des « pouvoirs éventuels du juge des référés »)(96). Or, si on suit cette approche, une telle notification permettra à la partie à l'origine de la rupture d'écartier le risque que son cocontractant postule la reprise de l'exécution en nature de la convention injustement résolue. Elle permet également d'éviter que son cocontractant ne puisse prétendre poursuivre l'exécution du contrat et donc réclamer une quelconque rémunération. Or s'il peut réclamer des dommages et intérêts à défaut pour la partie à l'origine de la rupture d'avoir respecté le délai de préavis, ceux-ci seront, le plus souvent, inférieurs à la rémunération qui aurait été payée en cas d'exécution, le cocontractant n'ayant pas dû exposer les frais nécessaires pour ce faire.

### III.5.4. — Résiliation puis demande de résolution judiciaire de la convention émanant de la même partie

#### III.5.4.1. L'enseignement traditionnel et ses opposants

**27. Thèse traditionnelle majoritaire: pas de résolution après une résiliation.** On enseignait, en revanche, traditionnellement que la partie qui fait le choix de résilier une convention ne peut, ensuite, postuler sa résolution aux torts de son cocontractant, son choix d'opter pour le premier mécanisme étant irrévocable(97). La jurisprudence se ralliait majoritairement

(94) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 997 et les références citées par cet auteur; F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, *op. cit.*, p. 939.

(95) Cass., 28 juin 2019, *NjW*, 2020, p. 122, note A. COPPENS, *R. W.*, 2019-2020, p. 811; Cass., 4 mai 2020, *J.T.T.*, 2020, p. 456.

(96) Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *op. cit.*, p. 86. Les travaux préparatoires font, dans ce cadre, explicitement référence à un arrêt de la Cour de cassation du 12 janvier 2007 (*Pas.*, 2007, p. 71) et aux écrits du Pr. Wéry. Dans cet arrêt, la Cour de cassation avait jugé que le juge ne peut s'immiscer dans l'exécution du contrat en imposant un préavis complémentaire mais que « le juge des référés dispose toutefois de la possibilité de prendre des mesures limitées conservatoires des droits de nature notamment à permettre une réelle indemnisation ou encore à ne pas rendre purement théorique le maintien des droits contractuels de la partie adverse ».

(97) S. VANVREKOM, « Contrat d'entreprise: l'acte de rupture, résiliation ou résolution ? », *Les Pages*, 2015, n° 2, p. 2; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk: het gemeenrechtelijk dienstcontract*, *op. cit.*, p. 1044, n° 1110; M. CLAVIE et I. DURANT, « Des zones d'ombre déjà anciennes aux interrogations nouvelles ou quelques questions relatives à l'article 1794 du Code civil », in M. VANWIJCK-ALEXANDRE (éd.), *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, CUP, vol. LXIII, Liège, 2003, n° 15, p. 219; M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence 1990-2000*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 502, n° 611; S. STIJNS, « La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en œuvre et ses effets », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éditions du Jeune barreau de Bruxelles, 2000, p. 403, n° 22; G. BAERT, « Aanneming van werk », *APR*, Anvers, Story-Scientia, 2001, n° 321, p. 956; P. RIGAUX, *Le droit de l'architecte. Évolution des 20 dernières années*, Bruxelles, Larcier, 1993, p. 443; T. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérale en droit commercial belge*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 86; X. DIEUX,

à cet enseignement(98). Ainsi, dans des arrêts du 13 novembre 2002 et du 18 décembre 2017, la cour d'appel d'Anvers avait-elle jugé que le maître de l'ouvrage ne peut, après avoir résilié la convention (d'entreprise et d'architecture respectivement) sur pied de l'article 1794 de l'ancien Code civil, ensuite en solliciter la résolution aux torts de son cocontractant, sa décision étant irrévocable(99). Dans un arrêt du 21 juin 2004, la cour d'appel de Mons avait, dans le même sens, jugé qu'après avoir notifié à son architecte sa décision de résilier (toujours sur pied de l'article 1794 de l'ancien Code civil) la convention d'architecture, le maître de l'ouvrage ne pouvait ensuite en solliciter la résolution, celui-ci ayant, par cette résiliation, renoncé de manière certaine à demander la résolution judiciaire du contrat(100). La cour d'appel de Liège avait, elle aussi, fait sienne ces principes à l'occasion d'un arrêt du 21 février 2008(101).

**28. Thèse minoritaire: possibilité de combiner les deux mécanismes.** Cette approche traditionnelle ne faisant cependant pas l'unanimité.

Une partie de la jurisprudence(102) et de la doctrine(103) estimait, en effet, à juste titre selon nous, que la mise en œuvre par le maître de l'ouvrage

«Observations sur l'article 1794 du Code civil et sur son champ d'application», note sous Cass., 4 septembre 1980, *R.C.J.B.*, 1981, p. 523; C. DELFORGE, «L'unilatéralisme et la fin du contrat», in *La fin du contrat*, CUP, vol. 51, Liège, 2001, p. 133; K. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. TIMMERMANS, «Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1994, p. 599; A. DELVAUX et D. DESSARD, «Le contrat d'entreprise de construction», *Rép. Not.*, tome IX, livre VIII, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 248.

(98) Bruxelles, 6 juin 1986, *Res jur. imm.*, 1986, p. 249; Civ. Hasselt, 23 mai 2002, *R.G.D.C.*, 2004, p. 228; Civ. Charleroi, 25 février 1999, *Cah. dr. immo.*, 1999/6, p. 21; Civ. Nivelles, 22 septembre 1997, *J.L.M.B.*, 1999, p. 33; Civ. Bruxelles, 16 septembre 1996, *R.G.D.C.*, 1997, p. 216; Comm. Bruxelles, 4 octobre 1991, *Entr. et dr.*, 1994, p. 67; Civ. Tongres, 20 octobre 1989, *Entr. et dr.*, 1990, p. 364; Civ. Tournai, 7 janvier 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 395; Comm. Anvers, 16 mars 1895, *J.P.A.*, 1895, p. 184.

(99) Anvers, 13 novembre 2002, *NjW*, 2003, p. 1014, note W. GOOSSENS; Anvers, 18 décembre 2017, *T.B.O.*, 2018, p. 319, note E. GOOSSENS.

(100) Mons, 21 juin 2004, *R.G.D.C.*, 2007, p. 225, note M. DUPONT.

(101) Liège, 21 février 2008, *Entr. et dr.*, 2009, p. 275. La cour d'appel y indique «le caractère irrévocable du choix de la résiliation fondée sur l'article 1794 du Code civil s'applique uniquement au maître d'ouvrage qui, lorsqu'il opte pour une résiliation sans faute du contrat d'entreprise, ne peut en principe plus invoquer ensuite d'éventuels manquements à l'égard de l'entrepreneur, en vue de transformer cette rupture unilatérale en résolution aux torts de celui-ci». Elle précise toutefois que «Rien n'empêche par contre un entrepreneur, qui a dans un premier temps soutenu la thèse selon laquelle le contrat avait été résilié unilatéralement par le maître de l'ouvrage, de modifier sa demande en invoquant qu'il y a eu de la part de ce dernier une inexécution fautive justifiant la résolution du contrat d'entreprise».

(102) Liège, 8 février 2010, R.G. n° 2008/RG/1639, inédit, cité par A. DELVAUX, B. DE COCQUEAU, R. SIMAR, B. DEVOS et J. BOCKOURT, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence 2001-2011*, coll. Dossiers du *J.T.*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 469; Anvers, 13 novembre 2002, *Entr. et dr.*, 2003, p. 99. *Adde*: Anvers, 30 mars 2009, *Limb. Rechtsl.*, 2009, p. 188, note P.V. (déduction de l'indemnité de résiliation des frais de réparation à supporter par le maître de l'ouvrage); Bruxelles, 25 juin 1986, *Res jur. imm.*, 1988, p. 5; Bruxelles, 13 décembre 1979, *Entr. et dr.*, 1992, p. 347 (la cour d'appel se prononçant, comme exposé *infra*, également dans cet arrêt en faveur de la possibilité d'un cumul entre résiliation et résolution).

(103) Pour la doctrine, voy. p. ex. B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 763; L. PHANG, «Verlenging, opzegging en ontbinding van de overeenkomst», note sous Gand, 1<sup>er</sup> décembre 2009, *R.A.B.G.*, 2009, pp. 1361-1362; M. DUPONT, «L'article 1794 du Code civil:

de sa faculté de résiliation sur la base de l'article 1794 de l'ancien Code civil n'emporte pas renonciation par ce dernier aux dommages et intérêts qu'il pourrait réclamer pour les inexécutions imputables à l'entrepreneur et antérieures à la résiliation (qui ne vaut que pour l'avenir).

Certains remettaient, plus fondamentalement, en cause de l'incompatibilité de principe entre résiliation et résolution subséquente. Dans un arrêt du 13 décembre 1979, la cour d'appel de Bruxelles s'était ainsi prononcée en faveur de la possibilité de cumuler les deux modes de dissolution (104). Dans sa remarquable étude publiée sous l'arrêt de la cour d'appel de Mons précité, M. Dupont relevait également que « l'on ne peut déduire avec certitude que, par la résiliation unilatérale du contrat, le maître de l'ouvrage a renoncé à son droit d'en demander la résolution en sanction des manquements contractuels antérieurs » (105). Elle plaidait pour la possibilité de principe d'un cumul des deux mécanismes (106). Elle était notamment rejointe par P. Wéry selon qui : « sans doute la résolution du contrat pour l'avenir n'a-t-elle aucun sens, puisque le contrat a déjà disparu du fait de sa résiliation. Mais pourquoi le maître ne pourrait-il chercher, grâce à l'article 1184 du Code civil, à effacer l'exécution passée de la convention, que la résiliation unilatérale n'a pu, agissant seulement *ex tunc*, affecter ? Ce cumul des deux modes de dissolution du contrat d'entreprise ne nous paraît encourir aucune objection, dès lors que l'on ne peut déduire, de manière certaine, de la résiliation unilatérale une renonciation du maître de l'ouvrage à la résolution du contrat. Partant, il y a lieu, en principe, à des restitutions réciproques et surtout à des dommages et intérêts destinés à réparer le dommage consécutif au manquement passé, lesquels pourront entrer en compensation avec l'indemnité due à l'entrepreneur » (107).

#### III.5.4.2. *Les enseignements de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 2021*

**29. Confirmation de la thèse minoritaire.** La Cour de cassation a mis fin à cette controverse par son arrêt du 7 janvier 2021. Elle a tranché en faveur de la thèse minoritaire : « l'exercice par une partie de [son] droit de résiliation ne fait pas obstacle à ce qu'elle demande sa résolution pour inexécution fautive par le débiteur de ses obligations, lors même que, à l'appui de sa résiliation unilatérale, elle a invoqué cette même inexécution fautive ». En

---

volte-face impossible ? », note sous Mons, 21 juin 2004, *R.G.D.C.*, 2007, pp. 233-234, n° 13 ; P. A. FORIERS, « Les obligations de l'entrepreneur : les sanctions de l'inexécution », in *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, CUP, vol. LXIII, 2003, pp. 63-64, n° 52 ; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk: het gemeenrechtelijk dienstcontract*, Bruges, die Keure, 2003, pp. 1044-1045.

(104) Bruxelles, 13 décembre 1979, *Entr. et dr.*, 1992, somm. p. 347, cité par M. DUPONT, « L'article 1794 du Code civil : volte-face impossible ? », *op. cit.*, p. 47.

(105) M. DUPONT, « L'article 1794 du Code civil : volte-face impossible ? », *op. cit.*, p. 234.

(106) En ce sens également, voy. not. E. GOOSSENS, « De (on)mogelijkheid om een overeenkomst te ontbinden na opzegging », *op. cit.*, p. 324 ; D. VAN DRIESCHE, « De keuze tussen verbreking en ontbinding in aannemingscontracten », *op. cit.*, pp. 620-621 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers et Groningen, Intersentia, 2000, p. 810.

(107) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 915, n° 984 (p. 995, n° 984 dans la 3<sup>e</sup> édition).

d'autres termes, la résiliation par une partie de la convention laisse intact son droit d'en solliciter ensuite la résolution. Si la première ne peut être rétractée, elle ne prive par son auteur du second.

**30. Une solution contre intuitive mais néanmoins logique.** Cette solution paraît, de prime abord, contre intuitive. La partie qui notifie à son cocontractant sa décision de résilier la convention ne peut, ensuite, revenir sur sa décision (108) (principe que l'arrêt ne remet pas en cause). La résiliation et la résolution sont, de plus, toutes deux des modes de dissolution de la convention. Dès lors que l'un de ces modes a été mis en œuvre (de manière régulière), il paraît logique que les autres ne le puissent pas. La thèse traditionnelle a, enfin, l'avantage de fixer le contractant en défaut sur son sort : si une résiliation lui est notifiée, il sait qu'il échappera à la sanction de la résolution. Lorsque la résiliation est assortie d'un préavis, il a la garantie que celui-ci sera observé (sous réserve de nouveaux manquements durant cette période).

À la réflexion, la solution retenue par la Cour de cassation nous paraît cependant devoir être approuvée. De manière générale, il semble, en effet, légitime de préserver les intérêts et les droits de la partie victime de l'inexécution grave plutôt que de celle qui en est à l'origine. Or, à l'inverse de la résiliation, la résolution opère *ex nunc*. Elle a « pour effet que les parties doivent être replacées dans la situation qui était la leur avant la conclusion du contrat » (109). Si ce principe connaît certaines exceptions, en particulier en présence d'un contrat à exécution successive (110), la Cour de cassation a récemment confirmé qu'en outre, « en cas de résolution de la convention, celui qui en obtient le bénéfice a droit à des dommages et intérêts destinés à le replacer dans la même situation que si le contrat avait été exécuté » (111). Cette partie pourra également éviter de devoir payer une éventuelle indemnité de résiliation (112) ou obtenir l'application de dispositions contractuelles spécifiques (*e.g.* une obligation de non-concurrence). La partie qui a procédé à la résiliation de la convention conserve donc un intérêt certain à en solliciter la résolution. S'il est fait droit à la demande de résolution, celle-ci prendra alors, il est vrai, le pas sur la résiliation (113). C'est néanmoins le propre d'une sanction (de l'inexécution) que d'annihiler certains effets du contrat.

(108) P. VAN OMMESLAGHE, *De Page, Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. II, *Sources des obligations*, *op. cit.*, p. 1073.

(109) Cass., 4 juin 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1714.

(110) La Cour de cassation a, en effet, à plusieurs reprises jugé que « la résolution judiciaire d'un contrat à prestations successives remonte en règle, quant à ses effets à la demande en justice, à moins que les prestations effectuées en exécution de la convention après cette demande ne soient pas susceptibles de restitution » (Cass., 28 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1242 ; Cass., 10 avril 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 179 ; Cass., 23 juin 2006, *Pas.*, 2006, p. 1488, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1031 ; Cass., 19 novembre 2009, *R.D.C.*, 2010, p. 494). Il est, sur cette base, souvent jugé que la résolution d'un tel contrat n'opère pas avec effet rétroactif. Comme exposé *supra*, cette approche fait cependant l'objet de critiques en doctrine, le (nouveau) livre 5 du Code civil optant pour le critère de la divisibilité (voy. *supra*, note 48).

(111) Cass., 10 septembre 2020, *R.G.D.C.*, 2020, p. 585.

(112) Par exemple en application de l'article 26 de la loi sur les baux commerciaux.

(113) En ce sens, voy. les conclusions de l'avocat général Genicot du 19 mai 2011 ayant précédé l'arrêt de la Cour de cassation du 19 mai 2011 (Cass., 19 mai 2011, *R.G.D.C.*, 2013, p. 481, [www.juportal.be](http://www.juportal.be)).

Par ailleurs, le fait pour une partie de résilier la convention (résiliation qui n'a, comme exposé *supra*, d'effet que pour le futur) n'induit, en principe (114), pas qu'elle entend absoudre son cocontractant pour les manquements qu'elle lui impute. Elle demeure en droit de solliciter l'application des sanctions que prévoit le droit des obligations (et/ou la convention des parties), en ce compris la résolution. Cette idée avait, au demeurant, dans le cas d'espèce ayant donné lieu au jugement ici commenté, été clairement exprimée par le concédant à l'origine de la rupture.

Il n'est, enfin, peut-être pas interdit de voir dans cette solution un écho lointain de l'attachement de la Cour de cassation à la distinction entre sanction et faculté et à sa jurisprudence quant à la distinction entre clause pénale et clause de dédit (115). Ceci bien que les termes du débat soient ici fort différents, s'agissant de la combinaison de deux mécanismes, qui plus est dont les effets économiques et financiers diffèrent (116).

**31. Portée de l'enseignement de la Cour de cassation.** On soulignera, dans ce cadre, que cette solution a été retenue par la Cour de cassation en réponse à la première branche du moyen unique aux termes de laquelle il était reproché à la cour d'appel d'avoir méconnu l'article 1184 de l'ancien Code civil en ajoutant une condition à la résolution que ne prévoit pas cet article et non à la deuxième branche du moyen unique basée, elle, sur l'absence de renonciation au droit de solliciter la résolution. Cette deuxième branche n'a pas été examinée par la Cour de cassation (tout comme la troisième). La Cour de cassation a cependant pris le soin de préciser que, dès lors qu'une résiliation ne doit pas être justifiée par de quelconques motifs, elle ne fait pas obstacle à une demande subséquente de résolution «lors même que, à l'appui de sa résiliation unilatérale, [la partie concernée] a invoqué cette même inexécution fautive». Il paraît pouvoir en être déduit non seulement que la résiliation d'une convention n'est pas incompatible avec sa résolution ultérieure mais également qu'aucune renonciation au droit de solliciter sa résolution ne peut être déduite des motifs invoqués à l'appui de la résiliation antérieure (117).

On relèvera également qu'en l'espèce, la demande de résolution avait été introduite au cours de la période de préavis. Nous déduisons cependant du caractère général des termes utilisés par la Cour de cassation que pareille demande peut être formulée même en dehors de ce délai ou en l'absence de tout préavis.

De même, si l'arrêt a été rendu en matière de concession exclusive de vente, les principes qu'il énonce valent quelle que soit la base juridique permettant au maître de l'ouvrage de résilier la convention. Ils valent donc, par exemple, également en cas de résiliation par le maître de l'ouvrage sur pied de l'article 1794 de l'ancien Code civil, par le mandant en vertu de l'article 2004

(114) Voy. néanmoins les réserves exprimées *infra*, point 33.

(115) Cass., 22 octobre 1999, *Arr.Cass.*, 1999, p. 1318; Cass., 6 septembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 1546; Cass., 28 avril 2011, *R.G.D.C.*, 2013, p. 88, note P. WÉRY.

(116) Sur la critique de la distinction entre clause pénale et clause de dédit, voy. I. MOREAU-MARGREVE, «Quel sort réserver aux clauses reconnaissant à une partie une faculté de ne pas exécuter le contrat moyennant le paiement d'une somme d'argent ?», note sous Cass., 22 octobre 1999, *R.C.J.B.*, 2001, pp. 112-140.

(117) Voy. néanmoins, à nouveau, les réserves exprimées *infra*, point 33.

de l'ancien Code civil, ou en application d'une faculté prévue par le contrat lui-même(118).

En outre, bien qu'en l'espèce la demanderesse en cassation avait sollicité la résolution judiciaire de la convention, les mêmes principes valent assurément à l'égard de la faculté à présent consacrée de procéder à sa résolution par voie de notification. La résiliation de la convention n'empêche pas son auteur d'ensuite procéder (mais à ses risques et périls) à sa résolution par voie de notification, même pour des motifs évoqués à l'occasion de la résiliation.

L'arrêt du 7 janvier 2021 a, enfin, été rendu en application des dispositions de l'ancien Code civil. Ses enseignements vaudront toutefois également sous l'empire du (nouveau) livre 5 du Code civil. Comme exposé *supra*, ce dernier consacre, en effet, sans la modifier, la distinction déjà bien établie entre résiliation et résolution, seule cette dernière étant rangée parmi les sanctions de l'inexécution. On n'y trouve pas de disposition ou de principe nouveau qui justifierait que la Cour de cassation s'écarte de la position adoptée dans l'arrêt ici commenté.

### III.5.4.3. *Les limites de la compatibilité entre résiliation et résolution*

**32. Le principe de la compatibilité entre résiliation et résolution subséquente n'est pas absolu.** La consécration du principe de la compatibilité entre une résiliation et une (demande de) résolution (judiciaire) subséquente d'une convention renforce assurément la position de la partie confrontée à une inexécution. Résiliation et résolution n'étant plus exclusives l'une de l'autre, cette partie ne devra plus craindre de procéder à la résiliation de la convention avant, le cas échéant, ensuite et après réflexion, d'en solliciter la résolution ou de procéder à une résolution par voie de notification.

Le découplage opéré par la Cour de cassation entre résiliation et résolution ne signifie cependant pas que la partie victime d'une inexécution fautive qu'elle considère grave peut, sans risque et en toutes circonstances, retarder l'exercice de son droit de résolution. Trois considérations s'y opposent.

Tout d'abord, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans son arrêt du 7 janvier 2021 ici commenté, «le juge qui doit se prononcer sur la demande de résolution d'un tel contrat est tenu d'examiner l'étendue et la portée des engagements pris par les parties et, à la lumière des circonstances de fait, d'apprécier si le manquement invoqué est suffisamment grave pour prononcer la résolution»(119). Or, comme le relève la doctrine, «lorsque l'action en résolution est introduite longtemps après lesdits manquements, ce délai prolongé pourrait convaincre le juge du peu de gravité du manquement invoqué et justifier à ce titre le rejet de la demande»(120). Tel sera, en particulier, le cas lorsque

(118) On rappellera, comme exposé *supra*, point 11, que la possibilité pour une partie de mettre fin à un contrat à durée indéterminée moyennant un préavis raisonnable constitue un principe général de droit.

(119) En ce sens également : Cass., 26 décembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 3040, *R.W.*, 2015-2016 (somm.), p. 1415, *T.B.O.*, 2015, p. 192.

(120) M. DUPONT, «L'article 1794 du Code civil : volte-face impossible ?», *op. cit.*, p. 234. En ce sens également : M. VANWIJK-ALEXANDRE, «Les modalités de l'exercice de l'option conférée par l'article 1184 du Code civil», note sous Cass., 2 février 1989, *R.C.J.B.*, 1994, p. 377.

la convention nécessite un degré important de confiance entre les contractants ou lorsque la demande de résolution est introduite à contretemps pour tenter d'échapper au paiement d'une indemnité de résiliation. Tout comme sous l'empire de la jurisprudence antérieure, le maître de l'ouvrage qui fait le choix de résilier la convention sur pied de l'article 1794 de l'ancien Code civil verra donc souvent une demande de résolution judiciaire formulée après que l'entrepreneur a réclamé l'indemnité de résiliation rejetée par le juge (121).

Ensuite, il est certes désormais acquis que le simple fait pour le créancier de procéder à la résiliation de la convention n'entraîne pas renonciation à son droit d'en solliciter la résolution (et de réclamer des dommages et intérêts), ceci même si lors de la notification de sa volonté de résilier le contrat, il (a) fait mention de l'existence de manquements contractuels. On rappellera, par ailleurs, que les renonciations ne se présument pas et doivent donc être déduites de faits qui ne sont pas susceptibles d'une autre interprétation (122). Il n'est cependant pas exclu que, compte tenu des circonstances, il puisse être déduit de manière certaine du comportement du créancier et des termes employés dans le congé qu'il a renoncé, si pas à la possibilité de réclamer des dommages et intérêts, à tout le moins à celle de résoudre la convention avant la fin du préavis laissé à son cocontractant.

Enfin, comme tout droit, celui de solliciter ou de procéder à la résolution d'une convention est soumis à la limite de l'abus de droit (123). On rappellera, dans ce cadre, que le créancier qui, dans un premier temps opte pour l'exécution en nature de la convention peut, ensuite, se raviser et en solliciter la résolution (124). Par analogie et comme exposé *supra*, le fait pour le créancier de procéder à la résiliation de la convention moyennant préavis (le cas échéant) n'est pas, en soi, incompatible avec une demande de résolution formulée ultérieurement, voire avec une résolution par voie de notification. Le créancier qui notifie sans réserve à son cocontractant sa décision de résilier la convention moyennant préavis, tout en invoquant les manquements commis par son cocontractant, peut cependant faire naître dans le chef de ce dernier la croyance légitime qu'il ne procédera pas à la résolution de la convention (ou ne cherchera pas à l'obtenir du juge) ou, à tout le moins, pas de manière à provoquer l'extinction de la convention avant l'expiration du préavis. On soulignera, dans ce cadre, que, si la Cour de cassation a refusé de reconnaître au respect de la confiance légitime d'autrui le statut de principe général de

(121) En ce sens : P. KILESTE et C. STAUDT, «Concession exclusive de vente: possibilité de demander la résolution judiciaire du contrat en cours de préavis à la suite d'une résiliation», *op. cit.*, p. 1576. Les mêmes considérations valent en cas de contrôle de la gravité des manquements invoqués à l'appui d'une résolution par voie de notification.

(122) Cass., 13 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1487; Cass., 24 juin 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 141; Cass., 17 octobre 2014, *R.W.*, 2015, p. 1583; P. BAZIER, «La renonciation à un droit et la *rechtsverwerking* en droit privé», in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 160.

(123) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 675.

(124) *Ibidem*, p. 674. Il est toutefois fait exception à ce principe lorsqu'en optant pour une des deux options, le créancier a renoncé de manière certaine à l'autre (S. STJENS, «Résolution judiciaire et non judiciaire des contrats pour inexécution», in P. WÉRY (éd.), *La théorie générale des obligations*, CUP, vol. 27, Liège, 1998, pp. 204-205.

droit (125), l'existence d'un abus de droit s'apprécie compte tenu de l'ensemble des circonstances entourant la mise en œuvre du droit concerné (126). L'attitude du créancier qui, après avoir notifié sa décision de résilier la convention en accordant à son cocontractant un préavis, procéderait, ensuite, soudainement à sa résolution par voie de notification pourrait, en conséquence, être considéré comme constitutive d'un abus de droit (127). Il pourrait, dans certaines circonstances, être jugé qu'il est, au moins, tenu de respecter le délai de préavis laissé à son cocontractant. Si un manquement grave permet au créancier de procéder à la résolution avec effet immédiat et sans préavis de la convention, celui-ci ne peut en effet prétendre garder ensuite indéfiniment son débiteur à sa merci.

### III.6. — CONCLUSIONS DE L'ANALYSE

33. La distinction théorique entre résiliation et résolution était, de longue date, bien établie. L'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 2021 confirme cette distinction, sans apporter de réelle plus-value à cet égard. Il laisse subsister les (sans doute inévitables) difficultés que génère son application pratique, en particulier celle de la qualification de l'acte juridique posé par la partie à l'origine de la rupture.

En tranchant la question de la compatibilité entre une résiliation, d'abord, et une demande de résolution judiciaire, ensuite, l'arrêt ici commenté a cependant le mérite indéniable de mettre fin à la principale controverse que générerait l'interaction des deux mécanismes. Il consacre, ce faisant, à juste titre nous semble-t-il, une forme d'indépendance entre ces mécanismes, l'emploi du premier n'excluant pas celui ultérieur de second par la même partie. Ce principe est, comme exposé *supra*, appelé à perdurer sous l'empire du (nouveau) livre 5 du Code civil.

La solution retenue par la Cour de cassation pourra, dans ce cadre, venir au secours du contractant trop pressé de rompre avec un partenaire dont il est insatisfait des services. On insistera cependant sur le caractère dynamique de toute relation juridique et sur l'effet que pourraient avoir ses attermoissements, notamment quant à l'appréciation de la gravité du manquement qu'il impute à son cocontractant. Le contractant désireux de rompre la relation contractuelle veillera dès lors, malgré tout, à soigneusement examiner les options qui s'offrent à lui et à se décider aussi rapidement que possible.

(125) Cass., 26 mai 2003, *Pas.*, 2003, p. 1063. Voy., sur ce sujet et sur la différence entre cette théorie et celle de l'apparence: X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995; S. STIJNS et I. SAMOY, « La confiance légitime en droit des obligations », in S. STIJNS et P. WÉRY (éds), *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen. Les sources d'obligations extracontractuelles*, Bruxelles, la Chartre, 2007, pp. 61-63.

(126) Cass., 12 février 2014, *R.G.A.R.*, 2014, n° 15120, *R.D.C.*, 2014, p. 535; Cass., 20 décembre 2019, *J.T.*, 2020, p. 217, *R.G.D.C.*, 2021, p. 147.

(127) En particulier si cette manière de procéder crée un dommage important dans le chef du débiteur, celui-ci ayant pris les dispositions nécessaires afin de respecter ses obligations durant la période de préavis.