

LES GRANDES TENDANCES DE L'ÉVOLUTION DU DROIT DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES LORS DES TRENTE-CINQ DERNIÈRES ANNÉES

par

P. VAN OMMESLAGHE
Professeur de l'Université Libre de Bruxelles
Avocat à la Cour de cassation

1. Traditionnellement, le droit des obligations évolue avec une lenteur prudente, marquée par peu d'interventions du législateur, et par des adaptations essentiellement dues à la jurisprudence — bien entendu sous l'influence notamment de la doctrine — pour tenir compte des nécessaires aménagements liés aux évolutions de la société et des mentalités.

Tel nous paraît avoir été le cas durant les quelques trente-cinq années de l'existence remarquable du *Tijdschrift voor privaatrecht* — dont le rôle et l'influence sur ces évolutions ont évidemment été déterminants.

Cette période ne nous paraît pas caractérisée par de profonds bouleversements en matière de droit des obligations conventionnelles, mais certaines grandes tendances méritent tout de même d'être mises en exergue, avec le recul que le changement de millénaire autorise.

Le législateur est intervenu, mais de manière limitée — avec plus ou moins de bonheur — dans certaines matières. Les évolutions sont surtout dues à la jurisprudence et à la doctrine. Assez souvent la loi a consacré et complété une solution que les cours et tribunaux avaient déjà élaborée ou esquissée.

2. L'intervention du législateur nous paraît se justifier dans notre matière lorsque la jurisprudence ne peut réaliser les adaptations nécessaires, notamment parce qu'elle est bridée par des textes de droit positif auxquels elle ne peut se soustraire ou lorsque de nouvelles évolutions, notamment technologiques, ne peuvent se couler dans les moules traditionnels.

Parfois aussi, elle peut traduire des courants de pensée que ne reflètent pas les textes du droit commun et qui ne pénètrent pas la jurisprudence à la cadence souhaitée par leurs promoteurs: tel est le cas du droit de la

consommation ou de la responsabilité du fait de produits ou de prestations de services.

Dans l'ensemble cependant, l'incidence de nouvelles législations est finalement assez limitée.

I. Permanence du rôle joué par le droit des obligations

A. PRINCIPES

3. L'importance et le rôle du droit des obligations, comme fondement du droit privé, nous paraissent avoir été largement confirmés pendant la dernière partie du 20^e siècle. L'importance de l'enseignement de cette matière dans la formation de nos juristes s'en trouve ainsi justifiée et confirmée — ce qui est d'ailleurs reconnu par nos facultés. Plusieurs phénomènes l'attestent.

B. LE DROIT DES OBLIGATIONS COMME SOUCHE COMMUNE DU DROIT PRIVÉ

4. On constate en premier lieu une tendance accrue à se référer au droit des obligations pour résoudre les difficultés qui se posent même dans des branches du droit bien spécifiques, à propos desquelles on parlait volontiers il y a quelques décennies, d'„autonomie”.

Ainsi on est frappé par le nombre de décisions des juridictions du travail qui font application des règles du droit des obligations et en discutent la portée(1). Plus personne ne soutient actuellement qu'il existerait une notion spécifique de l'ordre public en droit du travail comme une juridiction du travail s'était aventurée à l'énoncer, bien entendu en encourageant la censure de la Cour de cassation(2).

La définition la plus complète de la simulation et la détermination de ses rapports avec la fraude à la loi ont été énoncées par la Cour de cassation à l'occasion d'affaires fiscales(3).

(1) Par exemple pour préciser la notion de violence morale à l'occasion des conditions de résiliation des contrats de travail lorsque l'employeur invoque des motifs graves qui se traduisent par une démission du travailleur.

(2) Cass. 12 décembre 1973, *Pas.* 1974, I, 397 et note.

(3) Arrêt célèbre du 6 juin 1961, *Pas.* I, 1082. Cette jurisprudence a été confirmée par une série d'arrêts subséquents: 5 septembre 1961, *Pas.* 1962, I, 29; 14 avril 1964, *Pas.* I, 875; 22 mars 1990, *Pas.* 1990, I, 849; 4 janvier 1991, *Pas.* I, 410. A contrario: 23 décembre 1993, *Pas.* I, 114. Cf. aussi l'arrêt du 5 mars 1999, *Pas.* I, 134.

De nombreuses institutions du droit commercial, nées des nécessités de la pratique du commerce, comme par exemple, la garantie à première demande ou les „*escrow accounts*” ont été construites exclusivement à partir des principes généraux et des techniques du droit des obligations(4). La „contractualisation” refait son apparition dans le droit des sociétés(5) et le droit commun de l’offre explique nombre de règles du droit financier.

C’est à juste titre, dès lors, que le Professeur X. Dieux a pu parler récemment d’une „désécialisation” qui caractérise plusieurs branches du droit dans leurs rapports avec le droit des obligations(6).

C. PERMANENCE ET VIGUEUR DU MÉCANISME CONTRACTUEL

5. Des auteurs faisant autorité avaient prédit pendant la première moitié du 20^e siècle le déclin prochain du contrat — qui allait être remplacé par le règlement, l’acte d’autorité, des régimes étroitement réglementés auxquels il serait seulement permis d’adhérer ou non, sans autonomie de la volonté ni liberté contractuelle. Cette idée a été reprise plus récemment par la doctrine consumériste qui annonce volontiers l’organisation autoritaire des relations entre les fournisseurs professionnels de produits et de services d’une part et les consommateurs d’autre part, par l’effet de la loi et du règlement, voire de contrats types négociés collectivement et entérinés par l’autorité publique.

Or, ces prédictions se sont avérées tout à fait erronées; le phénomène contractuel, caractérisé notamment par l’autonomie de la volonté dans la mesure où ce principe autorise précisément la création de toutes sortes de contrats innomés ou de constructions à caractère contractuel reposant sur les principes généraux du droit des obligations, est plus vivace que jamais et suscite sans arrêt de nouvelles créations, issues de l’imagination des praticiens pour répondre aux besoins de la vie en société(7).

(4) Cf. DU BOIS, „Problèmes posés par l’„escrow account” et par la compensation comme sûreté dans certains instruments financiers” dans *Le droit des sûretés*, Ed. J. Barr., 1992, 417.

(5) Sans qu’il faille naturellement exagérer la portée de cette constatation: Cf. V. SIMONART, „La contractualisation des sociétés ou les aménagements contractuels des mécanismes sociétaires”, *R.P.S.* 1995, 75.

(6) X. DIEUX, „Tendances générales du droit contemporain des obligations”, dans *Les obligations contractuelles*, Ed. J. Barr., 2000, 1 spécial. n° 3.

(7) C’est en 1971 déjà que la Commission Droit et Vie des Affaires consacrait un de ses séminaires à ce phénomène sous le titre: „Renaissance du phénomène contractuel”. Cf. en particulier le rapport de synthèse du professeur SIMONT, „Tendances et fonctions actuelles du droit des contrats”, 489 et suiv.

Ces développements se caractérisent notamment par:

- la résurrection de conventions anciennes, qui paraissent relever de l'archéologie juridique, comme la superficie ou l'emphytéose, dorénavant affectées, notamment en raison de la souplesse qu'elles permettent et de l'absence de corselet contraignant de réglementation, à des fins aussi diverses que les relations juridiques au sein des grands ensembles immobiliers ou le leasing immobilier;
- la création de contrats ou d'ensembles contractuels nouveaux, en marge des contrats nommés, comme le „factoring”, le leasing mobilier(8), les différentes formes de louage d'ouvrage, les contrats bancaires les plus variés, le fonctionnement d'institutions à base contractuelle comme Euroclear, Cedel ou les réseaux de règlements interbancaires, les opérations commerciales „adosées” dans le commerce international, etc...

Un aspect particulièrement significatif et quelque peu paradoxal du phénomène est l'utilisation du procédé contractuel par les pouvoirs publics eux-mêmes, notamment comme instrument de la réalisation de leurs missions politiques et administratives(9). Les exemples en sont très nombreux: les „protocoles” sur l'autonomie de la fonction bancaire souscrits sous les auspices de la Commission bancaire et financière, les conventions conclues en vertu de diverses lois d'expansion économique(10), les conventions avenues entre des autorités publiques pour l'exercice de leurs missions, et plus récemment l'exemple topique des contrats de gestion prévus par la loi du 21 mars 1991 sur les entreprises publiques autonomes qui forment la pierre angulaire de cette nouvelle institution et en détermine le cadre de fonctionnement(11).

D. UTILISATION DES MÉCANISMES DE DROIT DES OBLIGATIONS À TITRE DE SÛRETÉ

6. Un autre développement, caractéristique de la période que nous examinons, qui atteste de la vitalité et de la plasticité du droit commun

(8) Ensuite réglementé sous le nom de „crédit-bail” lorsqu'il est conclu avec des consommateurs, selon la loi du 12 juin 1991. Cf. sur le leasing et son analyse: BRAECKMANS, „Kredietverrichtingen”, dans *Handels- en economisch recht*, n° 685 et suiv.

(9) Cf. notamment la remarquable étude de W. VAN GERVEN et M. WYCKAERT, „Overeenkomsten met de overheid”, *T.P.R.* 1987, 1709.

(10) Cf. not. SAROT: „Le contrat, instrument d'organisation des services publics”, *Adm. publ.* 1976-77, 100.

(11) Cf. Les actes du Colloque tenu le 23 octobre 1991 sur „Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991”, 1992.

des obligations, consiste dans l'utilisation des mécanismes de droit des obligations pour créer des garanties différentes des sûretés réelles traditionnelles, souvent dénommées „sûretés issues de la pratique”(12).

Ces sûretés présentent l'avantage d'être plus simples, tant dans leur constitution que dans leur mise en œuvre, que les sûretés réelles ou personnelles traditionnelles; elles sont mieux adaptées aux opérations internationales dans la mesure où elles reposent sur des mécanismes largement communs aux différents systèmes de droit privé occidentaux alors que les sûretés classiques — et les sûretés réelles en particulier — sont étroitement liées aux règles souvent très particularistes de chaque droit national. Elles s'appuient en effet sur des principes fondamentaux du droit des obligations: le principe „*pacta sunt servanda*”, l'exception d'inexécution, la condition résolutoire expresse, la réserve de propriété et le droit de rétention, la compensation et spécialement la compensation entre créances connexes même en cas de concours, la notion de compte, et plus particulièrement la notion de compte courant, l'engagement par volonté unilatérale, l'abstraction; leur variété procède de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle(13). Les applications en sont nombreuses et variées(14).

Leur efficacité de principe est reconnue par la jurisprudence et notamment par l'important arrêt de la Cour de cassation du 28 février 1985, sauf le cas de fraude ou d'utilisation „artificielle” du mécanisme de sûreté(15).

On peut toutefois regretter les incertitudes qui résultent de l'arrêt rendu par la Cour de cassation 17 octobre 1996(16) dont la portée reste vivement controversée, à propos de l'utilisation fiduciaire de la

(12) Cf. notamment sur la question les actes des Colloques suivants: „Les sûretés” Colloque tenu à Bruxelles les 20 et 21 octobre 1983, Feduci, 1984 et „Le droit des sûretés”, Ed. J. Barr., 1992. DIRIX, „Nieuwe overeenkomsten tot zekerheden”, *T.P.R.* 1988, 323.

(13) Cf. pour plus de détails, nos communications aux deux colloques cités note 12.

(14) Cf. not. l'étude de L. SIMONT, „Essai de classification des sûretés issues de la pratique et des problèmes juridiques qu'elles posent”, dans *Les sûretés*, Feduci, 1984, cité, 277.

(15) *Pas.* I, 795; *RDC* 1985,377; *J.T.* 1986, 580 et obs. T'KINT; *R.W.* 1985-86, col. 997 et obs. DIRIX; *R.C.J.B.* 1987, 571 et note MEINERTZHAGEN-LIMPENS. L'arrêt contre lequel le pourvoi était dirigé a été rendu par la Cour d'appel de Bruxelles le 10 novembre 1983, *R.P.S.* 1984, 159 et obs. COPPENS. Cf. aussi M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 322 et suiv.

(16) *Pas.* 1996, I, 1992, avec les conclusions de M. le Procureur général PIRET, alors avocat général.

propriété comme garantie, qui va souvent (mais non nécessairement) de pair avec le recours à des mécanismes de droit des obligations(17). C'est particulièrement à propos de l'utilisation de mécanismes de droit des obligations à titre de garantie que le législateur a cru opportun de supprimer certaines incertitudes par des interventions spécifiques, propres à certains domaines, en évitant fort malheureusement des réformes d'ensemble et en contribuant ainsi à accroître l'insécurité dans les matières non spécialement réglementées.

On peut citer à cet égard notamment:

- l'article 157 de la loi du 22 juillet 1993 sur les établissements de crédit, relatif aux conventions de compensation bilatérale ou multilatérale et aux conditions résolutoires expresses stipulées pour permettre de telles compensations entre les établissements de crédits — dont les dispositions ont été étendues à diverses autres entreprises par l'arrêté royal du 28 janvier 1998;
- la loi du 28 avril 1999 visant à transposer la directive 98/26/CE du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres;
- la loi du 2 janvier 1991 relative au marché des titres de la dette publique et aux instruments de la politique monétaire dont les articles 23 à 25 organisent les „cessions-rétrocessions” c'est à dire l'utilisation de la propriété à titre de garantie dans un système fiduciaire et l'article 25bis (loi du 15 juillet 1998, article 30) consacre la validité des cessions fiduciaires de propriété à titre de garantie par différentes institutions ou établissements financiers;
- les lois qui organisent la cession de créance à titre de garantie comme la loi du 3 janvier 1958 en matière de travaux publics ou la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation;
- l'article 101 de la loi de faillite du 8 août 1997 qui admet enfin l'opposabilité aux tiers de la clause de réserve de propriété à certaines conditions, rendant ainsi efficaces les remèdes de droit des obligations que sont la clause résolutoire, l'exception d'inexécution et le droit de rétention; mais cette loi n'en traite qu'à propos

(17) Cf. not. à propos de cet arrêt et de ses rapports avec la fraude à la loi: X. DIEUX, „Tendances générales du droit des obligations; réforme et contre-réforme”, dans *Les obligations contractuelles*, Ed. J. Barr., 2000, 1 spécial. n° 28. Adde: MOREAU-MARGRÈVE, „Du nouveau à propos des cessions de créances”, *CUP* 1997, vol. 15, 149. M. STORME, „Zekerheidsoverdracht, numerus clausus van zakelijke rechten, en andere zekerheidsmechanismen na het cassatie-arrest van 17 oktober 1996”, *R.W.* 1996-97, 1398-1403.

de la faillite, provoquant de nouvelles controverses et de nouvelles incertitudes pour les autres cas de concours(18).

On doit déplorer le caractère fragmentaire et imparfait de ces réformes. Une telle évolution des interventions du législateur ne nous paraît pas heureuse.

II. Tendances concernant les fondements du régime contractuel

A. LA RIGUEUR CONTRACTUELLE ET SES ATTÉNUATIONS

7. La période examinée a été caractérisée par deux tendances quelque peu contradictoires(19): d'une part, notre Cour de cassation s'est montrée sévère dans la consécration de la rigueur contractuelle et l'observation de la règle „*pacta sunt servanda*”, mais d'autre part elle a permis un développement considérable du principe de la bonne foi et des applications de la théorie de l'abus de droit(20).

La rigueur contractuelle se manifeste par le rejet par la Cour de cassation, suivie par la jurisprudence, de diverses institutions dont l'accueil dans notre droit est pourtant régulièrement préconisé par la doctrine: cassation de toutes les décisions qui, au nom de l'équité ou du „juste”, méconnaissent l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil(21), contrôle de la Cour de cassation sur l'interprétation des conventions dans ses rapports avec l'article 1134 alinéa 3 du Code civil(22), rejet de la théorie de l'imprévision, malgré les tentatives de la doctrine de la rattacher au principe général de bonne foi(23), rejet de la théorie de la

(18) La directive communautaire 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, dont l'article 4 traite de la réserve de propriété comme garantie du créancier du prix d'une chose vendue, obligera la Belgique à revoir la question dans son ensemble.

(19) Nous les avons décrites de manière plus circonstanciée dans une contribution aux Mélanges Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, 881, sous le titre: „La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique”. Nous nous permettons d'y renvoyer le lecteur pour plus détails et de précisions.

(20) Dans une étude récente, le Professeur Xavier Dieux faisait le même diagnostic: „Tendances générales...” citée dans *Les obligations contractuelles*, Ed. J. Barreau, 2000, 1 spécial. n° 2 et suiv.

(21) Voy. par exemple: Cass. 19 novembre 1982, *Pas.* 1983, I, 342 et notes. Cass. 15 octobre 1987, *Pas.* 1988, I, 177. Cass. 30 novembre 1989, *Pas.* 1990, I, 392 et notes.

(22) Cf. pour plus de détail sur cet aspect du contrôle de la Cour, notre étude citée dans les Mélanges Ghestin, n° 5 et suiv.

(23) Cass. 14 avril 1994, *Pas.* I, 365. Sur la défense de la théorie de l'imprévision: D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, 1986. En sens contraire: X. DIEUX, „Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie l'imprévision en droit privé”, *R.C.J.B.* 1983, 386.

„rechtsverwerking” au moins comme concept correcteur autonome, malgré l'accueil cette fois largement répandu dans la jurisprudence des juges du fond — mais sous réserve de l'abus de droit et de la bonne foi qui permettent d'appréhender des situations auxquelles s'applique la „rechtsverwerking”(24).

Mais d'autre part, tant la jurisprudence des juges du fond que, avec prudence, celle de la Cour de cassation ont amplement développé le concept de bonne foi en matière contractuelle conjointement avec celui de l'abus de droit, dont le fondement se trouve pour ce qui concerne les contrats, dans l'article 1134 alinéa 3 du Code civil depuis un célèbre arrêt du 19 septembre 1983(25). D'élément relatif à la définition des contrats consensuels, puis d'instrument d'interprétation par la recherche de la volonté des parties au-delà de la lettre du texte, la bonne foi objective(26) est devenue l'expression d'une norme de comportement qui s'impose tant au débiteur dans l'exécution de ses obligations qu'au créancier dans l'exercice de ses droits. Elle permet au juge de compléter le contrat, d'en imposer une application modérée, notamment dans les sanctions, voire même d'en aménager sinon d'en modifier le contenu. Par le référence à l'abus de droit et à sa typologie générale, la Cour de cassation se réserve le soin de vérifier, par une appréciation marginale, l'application faite par les juges du fond de ces principes modérateurs de la rigueur contractuelle. Il s'en dégage à notre avis un principe général de la bonne foi en matière d'obligations(27) qui trouve des applications même dans la période pré-contractuelle ou dans des domaines étrangers au contrat comme la responsabilité aquilienne (par exemple: la victime doit, en vertu de ce principe, faire ce que l'on peut raisonnablement exiger d'elle pour modérer son dommage).

(24) Sur l'évolution de la jurisprudence à ce propos nous nous permettons de renvoyer à notre étude citée dans les *Mélanges Ghestin*, n° 24 et suiv. La matière a donné lieu, on le sait, à une abondante littérature en sens divers.

(25) *Pas.* 1984, I, 55; *RGDC* 1985, 276, et étude RAUWS, „Misbruik van contractuele rechten”; *R.C.J.B.* 1986, 282, et note FAGNART.

(26) Par opposition à la bonne foi subjective, prise en considération pour l'exercice de certains droits et qui consiste dans la légitime croyance de celui qui se prétend titulaire d'un droit dans la réalité et la légalité du titre ou de l'opération juridique qu'il invoque et dont il ignore les vices (Cf. par exemple: les articles 549 et 550, l'article 1378, les articles 1690 et 1991, l'article 2279, les articles 2265 et 2268 du Code civil).

(27) Cf. pour plus de détails, notre étude: „L'exécution de bonne foi, principe général de droit?”, *RGDC* 1987, 101. La matière de la bonne foi a donné lieu à une très abondante littérature pendant la période qui nous occupe, à laquelle nous ne pouvons renvoyer ici en détail. Une évolution comparable se produit en France, mais avec moins d'ampleur que dans notre pays: Cf. FLÉCHEUX, „Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats”, *Mélanges Ghestin*, 2001, cité, 341.

B. L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL ET LA PROTECTION DE LA PARTIE LA PLUS FAIBLE

8. La protection des parties jugées plus faibles comme contre-poids à l'autonomie de la volonté est classique et ne constitue évidemment pas une préoccupation particulière à la période que nous examinons. Toutefois, il est intéressant de relever certaines tendances spécifiques. On peut constater que certains instruments classiques destinés à assurer cet équilibre n'ont pas connu les développements que l'on aurait pu en attendre: tel est le cas de la théorie de la lésion qualifiée, qui n'a sans doute pas été rejetée expressément, notamment par la Cour de cassation, mais dont les applications n'ont pas pris l'extension que ses défenseurs auraient espérée(28); en particulier, elle aurait pu assurer un développement de la protection du consommateur, qui en définitive, a été plutôt confié au législateur. Même la loi du 23 novembre 1998 accordant au juge un pouvoir modérateur en matière de clause pénale — que l'on peut approuver dans son principe sinon dans toutes ses modalités — n'utilise pas le critère de l'abus de la position de faiblesse du débiteur pour autoriser une réduction de la peine par dérogation à l'article 1134 du Code civil, mais le caractère exorbitant de celle-ci.

Une technique classique consiste réglementer tel ou tel contrat par une loi comprenant des dispositions impératives en faveur de la partie réputée faible, voire en faveur des deux parties. On retrouve cette méthode dans la période qui nous occupe, par exemple pour le contrat de bail relatif à la résidence principale du preneur(29). Mais de telles hypothèses générales nous semblent plus rares qu'antérieurement. En revanche, on trouve des réglementations circonstanciées de contrats destinées à assurer la protection des consommateurs, tels, par exemple, les divers contrats de crédit à la consommation régis par la loi du 12 juin 1991.

Plus originale est une technique nouvelle, dite „de la greffe”(30) qui consiste à élaborer des normes légales de protection dont le champ d'application ne se définit plus par rapport à des contrats précis mais recouvre toutes sortes de conventions quelle que soit leur qualifica-

(28) Cf. not. DE BONDT, „De leer der gekwalificeerde benadeling”, 1985.

(29) Loi du 20 février 1991.

(30) Expression imagée due à L. SIMONT, „Tendances et fonctions actuelles du droit des contrats”, cité, dans „La renaissance du phénomène contractuel”, C.D.V.A., 1971, p. 487, spécial. p. 494.

tion. Cette tendance est apparue pendant notre période(31). Tel est le cas, par exemple, des articles 32 et suiv. de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur qui, à partir d'une définition générale et d'une typologie, organisent un régime juridique des clauses abusives applicable à tous les contrats conclus entre des „vendeurs” et des consommateurs — au sens très particulier donné à ces termes par cette loi. Ce régime transgresse les catégories classiques des contrats. La même solution résulte de la loi du 25 février 1991 sur la responsabilité du fait des produits et de la loi du 9 février 1994 relative à la sécurité des consommateurs, dans la mesure où ces textes peuvent recevoir application dans les relations entre des co-contractants: ils se superposent ainsi aux règles juridiques qui trouvent leur source dans les contrats traditionnels. Des interventions de ce genre pourraient encore se développer, au moins pour protéger certaines catégories de co-contractants en s'affranchissant des classifications traditionnelles mais sans se départir pour autant des règles fondamentales du droit des obligations.

En revanche, la technique de la conclusion collective de contrats, permettant aux parties les plus faibles d'être représentées par des associations puissantes qui sont supposées agir pour elles, moyennent une reconnaissance par les pouvoirs publics, qui a trouvé ses origines dans les relations nées des contrats de travail, n'a pas connu de développements significatifs nouveaux, même si elle a été prévue par le législateur consumériste(32).

Le Code civil connaissait la protection des parties au contrat par le formalisme: telle est la portée des articles 931 et 932 en matière de donations. Toutefois l'hypothèse y demeure exceptionnelle et le consensualisme est un des fondements du régime contractuel. Ce principe a connu incontestablement un certain recul pendant la dernière partie du siècle dernier; la mode relative à „la transparence” conduit à multiplier les informations, généralement écrites, dont on fera ensuite une condition de validité de certains contrats, voire même d'une

(31) Sans doute la jurisprudence avait-elle déjà élaboré des règles concernant tel ou tel type de clause contractuelle, applicable quel que soit le contrat dans lequel ces clauses étaient insérées (par exemple sur la légalité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité selon le droit commun). Mais il ne s'agissait pas d'une réglementation législative se superposant à l'organisation spécifique des contrats.

(32) Cf. par exemple l'article 34 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur.

simple offre, notamment en vue de protéger le consommateur(33). Tel est aussi le cas de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre. Cette tendance se traduit donc par un formalisme accru dont l'efficacité est, à notre avis, contestable.

C. L'IMPORTANCE ATTACHÉE À LA PHASE PRÉ-CONTRACTUELLE

9. La moralisation des relations contractuelles se traduit encore par une attention accrue accordée à la phase pré-contractuelle, à laquelle le Code civil attache peu d'importance — qu'il s'agisse d'analyser le comportement des parties pendant cette période ou de déterminer à quel moment et à quelles conditions le contrat se forme. Le droit des obligations contemporain a attribué une importance particulière à ces problèmes.

D'une part, on définit des normes de comportement que les interlocuteurs doivent observer pendant le cours de leurs négociations: obligations d'information, devoir de loyauté et de discrétion, modalités à observer pour la rupture éventuelle des négociations. On s'interroge sur la portée des conventions conclues pendant le cours de la négociation avant l'aboutissement final de celle-ci. Les conséquences peuvent s'en faire sentir soit lorsque le contrat ne se conclut pas, soit lorsqu'il est atteint d'une vice, soit même lorsqu'il est définitivement conclu et maintenu mais que ses clauses peuvent avoir été affectées par une attitude critiquable de la période pré-contractuelle.

D'autre part, l'on se demande quel est le moment exact de la formation du contrat(34) notamment si les parties ne sont pas mises d'accord sur toutes les dispositions qu'elles comptent prendre et on leur accorde parfois un „droit au repentir” pendant une période limitée, qui implique une sérieuse entorse au principe de la convention-loi et au consensualisme puisque la convention n'est pas définitivement conclue nonobstant l'échange des consentements.

(33) Par exemple, en matière de:

- crédit à la consommation, selon la loi du 12 juin 1991,
- crédit hypothécaire, en vertu de la loi du 4 août 1992,
- contrat conclu par les gérants de fortune, selon l'arrêté royal du 5 août 1991,
- habitations ou appartements à construire en vertu de la loi Breyne du 9 juillet 1971 etc...

Les sanctions de l'omission de ces formalités soit dans le contrat, soit même parfois dans l'offre, varient selon les hypothèses.

(34) Cf. notamment sur cette question: FONTAINE, „Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats?”, dans *Mélanges Van Ommeslaghe*, 2000, p. 115.

D. L'EFFET RELATIF DES CONTRATS

10. Les chaînes de contrats et leurs conséquences ont retenu particulièrement l'attention de la doctrine, mais aussi de la jurisprudence pendant la période qui nous occupe. Doivent-elles conduire à une atténuation de l'effet relatif du contrat et permettre des recours entre des parties aux contrats compris dans la chaîne même si elles ne sont pas impliquées dans le même contrat individuel? Faut-il, à l'image du droit français, s'orienter vers une action directe dans de pareils cas même en dehors des hypothèses prévues par la loi — ce qui suscite la réticence du droit belge? Comment apprécier la responsabilité des agents d'exécution compris dans la chaîne de contrats? Comment expliquer les dérogations à l'article 1165 du Code civil admises par la jurisprudence sous la pression de la pratique, même en dehors des exceptions auxquelles cet article renvoie? Les critiques suscitées par la jurisprudence de la Cour de cassation aboutissant à une immunité des agents d'exécution depuis son arrêt du 7 décembre 1973(35) confirment d'une part de la reconnaissance du phénomène, caractéristique d'une évolution importante de notre droit des obligations mais témoignent d'autre part de l'incertitude des solutions à y apporter(36).

III. La consolidation de certaines institutions fondamentales

A. PRINCIPES

11. La période considérée a été illustrée par différents arrêts de principe de la Cour de cassation qui ont contribué à fixer de manière, sinon définitive au moins stable pour un certain temps, diverses institutions fondamentales du droit des obligations.

B. EN MATIÈRE D'ACTE JURIDIQUE

12. On peut citer en particulier les différents arrêts de la Cour de cassation qui ont défini la notion de cause d'un acte juridique, unilatéral ou bilatéral, d'une manière très précise et qui, corrélativement,

(35) *Pas.* 1974, I, 967.

(36) Cf. sur la question cf. notamment: „Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaison franco-belge” sous la direction de M. Fontaine et J. Ghestin, 1992. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 1984.

ont cerné la portée de l'abstraction, ont affirmé sa validité et en ont tracé les limites. La cause s'entend maintenant sans hésitation des mobiles déterminants (entrés dans le champ contractuel au moins pour les contrats à titre onéreux), qu'il s'agisse d'appliquer les règles sur la cause illicite ou de traiter de l'absence de cause ou de la fausse cause(37).

Très importante est la consécration par la Cour de cassation de la validité en droit belge de l'engagement par volonté unilatérale comme source d'obligations, notamment pour expliquer la force obligatoire de l'offre(38).

La caducité d'un contrat par suite de la disparition d'un de ses éléments essentiels pendant le cours de son existence n'avait guère retenu l'attention jusqu'à ce que la Cour de cassation en reconnaisse l'existence en cas de disparition de l'objet, même par la faute de celui invoque cette cause de dissolution du contrat(39). Elle en a ensuite étendu le principe à la disparition de la cause à certaines conditions mais la question reste incertaine à la suite des développements les plus récents(40). Le concept a en tout cas été reconnu et la doctrine s'attache à en faire la théorie(41).

Le droit fiscal a été l'occasion de définir de manière très précise le concept de simulation, applicable aux contrats, et de le distinguer de la fraude à la loi(42). La jurisprudence applique maintenant clairement les critères dégagés par la Cour de cassation au fil d'arrêts successifs.

C. A PROPOS D'INSTITUTIONS À CARACTÈRE GÉNÉRAL

13. La théorie de l'apparence a conquis son droit de cité et a été détachée complètement de la faute extra-contractuelle(43), sous réserve de controverses. En tout cas, elle ne dépend pas d'un comportement fautif qui aurait consisté à créer l'apparence trompeuse. L'im-

(37) Cass. 13 novembre 1969, *Pas.* 1970, I, 234; *R.C.J.B.* 1970, 326 et notre note sur la notion de cause. Cass. 5 novembre 1976, *Pas.* 1977, I, 267. Cass. 25 novembre 1982, *Pas.* 1983, I, 388. Cass. 13 juin 1985 (*Pas.* I, 1300 et concl. VELU). Cass. 16 novembre 1989, *Pas.* 1990, I, 331. Cass. 31 janvier 2000, *J.T.* 2000, 573.

(38) Cass. 9 mai 1980, *Pas.* I, 1127 et notes. Cass. 3 septembre 1981, *Entr. et Dr.* 1982, 131. Ces arrêts ont été précédés d'autres décisions que la doctrine avait estimé pouvoir interpréter comme reconnaissant déjà cette validité, mais cette question était controversée.

(39) Cass. 28 novembre 1980, *Pas.* 1981, I, 369.

(40) Cass. 16 novembre 1989, *Pas.* 1990, I, 331. Cass. 31 janvier 2000, *J.T.* 2000, 573.

(41) Cf. P.-A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelle par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, 1998.

(42) Cf. les arrêts cités supra note.

(43) Cass. 20 janvier 1988, *J.T.* 1989, 547.

putabilité nécessaire de la situation apparente à celui qui doit en subir les conséquences a donné lieu à des controverses, mais elle semble avoir été admise par un arrêt récent de la Cour de cassation du 20 janvier 2000(44).

La théorie de la fraude à la loi demeure en revanche controversée et à notre avis très incertaine, même si la jurisprudence citée ci-dessus permet de la distinguer clairement de la simulation, y compris de la simulation frauduleuse. Si la jurisprudence rejette maintenant l'application souvent proposée par l'administration, de la théorie de la fraude à la loi en droit fiscal, hormis les cas expressément prévus par le législateur, l'expression de fraude à la loi et les références à cette notion apparaissent dans la jurisprudence sans que les conditions de son application et ses conséquences soient clairement précisées.

D. LE PRINCIPE DE L'EXÉCUTION EN NATURE ET LA MISE EN ŒUVRE DE L'EXÉCUTION FORCÉE DES OBLIGATIONS

14. La dernière partie du siècle dernier a été encore caractérisée par l'affirmation réitérée du principe de l'exécution en nature des obligations non pécuniaires tant par la jurisprudence que par la doctrine(45). Sa mise en œuvre pratique et concrète a connu d'amples développements aux facettes multiples. Déterminante a été l'introduction de l'astreinte dans notre droit par la loi Benelux du 31 janvier 1980(46); elle a permis d'assortir des condamnations à exécuter une obligation en nature d'une efficacité ignorée auparavant et elle a incité les victimes de l'inexécution d'une obligation contractuelle à solliciter de telles condamnations soit devant le juge du fond, soit devant le juge des référés auquel elles s'adressent nettement plus souvent en ces matières. D'autre part, le recours aux articles 1142 et 1144 du Code civil permettant de faire exécuter l'obligation par un tiers aux frais du débiteur défaillant, a été élargi pour en permettre l'application en cas d'urgence et moyennant diverses précautions même sans devoir obtenir l'autorisation préalable du tribunal. Enfin, l'immunité des pouvoirs publics a été singulière réduite: le principe de la séparation des pouvoirs ne s'oppose pas à ce qu'ils soient condamnés à exécuter

(44) *RDCB* 2000, 483 et note FORIERS. Sur cette question d'imputabilité: Cf. X. DIEUX, „Tendances générales...” cité spécial. n° 16 et suiv.

(45) Cf. notamment: P. WERY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, 1993.

(46) Cette loi a inséré dans le Code judiciaire les articles 1385*bis* et suivants.

une obligation en nature(47) et leur immunité d'exécution n'a plus le caractère absolu reconnu autrefois, à la suite d'une évolution jurisprudentielle couronnée par une modification du Code judiciaire(48).

IV. L'intervention du législateur pour aménager ou moderniser certaines institutions

A. PRINCIPES

15. Comme nous l'indiquions ci-dessus, la modernisation ou l'aménagement de certaines institutions ne peut être réalisée par la jurisprudence lorsque le juge se heurte à des dispositions du Code civil dont la précision bride son intervention. Il ne pourrait en ce cas adapter le droit des obligations sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs.

Dans quelques domaines fondamentaux, l'intervention du législateur était dès lors requise pour répondre aux besoins de l'évolution et notamment aux invitations de la doctrine et de la pratique.

B. LA CESSION DE CRÉANCE

16. L'insuffisance et l'inadaptation du régime de base de la cession de créance tel qu'il est organisé par le Code civil sont dénoncées depuis de nombreuses années(49). Des systèmes particuliers de cessions de créance se sont multipliés pour pouvoir répondre aux besoins de la pratique, tel le régime des titres négociables, la loi sur l'escompte et la mise en gage de la facture, les règles sur la cession de la rémunération des travailleurs.

Fort heureusement, le législateur n'a pas persisté dans cette voie malencontreuse même si sa dernière intervention était expliquée par des raisons très contingentes, visant à permettre des opérations de titrisation par une société de prêt hypothécaire. Par la loi du 6 juillet 1994, il a réformé les articles 1690 et 1691 du Code civil en tenant compte des acquis de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation. Même si certaines dispositions nouvelles peuvent appeler des

(47) Cass. 26 juin 1980, *Pas.* I, 1341 et concl. Proc. gén. VELU.

(48) Loi du 30 juin 1994 insérant un article 1412bis dans le Code judiciaire.

(49) Voy. notamment pour plus de détails: notre étude „Le nouveau régime de la cession et de la dation en gage des créances”, *J.T.* 1995, 529.

réerves et suscitent d'ailleurs quelques controverses, le principe de la réforme doit évidemment être approuvé.

C. LA CLAUSE PÉNALE

17. La loi du 23 novembre 1998 a reconnu au juge, conformément aux solutions reconnues dans la plupart des droits occidentaux, le droit de réduire les clauses pénales lorsque leur montant excède manifestement le montant que les parties pouvaient fixer pour réparer le dommage résultant de l'inexécution de la convention. Ceci permet d'éviter la sanction excessive de nullité qu'imposait la jurisprudence de la Cour de cassation, fondée sur la nature de la clause pénale et l'interdiction des peines privées.

D. LE DROIT DE LA PREUVE

18. Le régime de la preuve en matière civil réclame une sérieuse modernisation, même si nous ne sommes pas partisans d'introduire en droit civil le régime de la preuve libre du droit commercial.

On relève ici encore quelques interventions fragmentaires sous la pression de tel ou tel groupe d'influence: pourquoi avoir traité spécialement de la force probante de la copie pour les banques et les entreprises d'assurances, (loi du 22 juillet 1991) au lieu d'empoigner le problème dans son ensemble?

Plus intéressante est la loi du 20 octobre 2000 autorisant l'utilisation de moyens de télécommunication et reconnaissant la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire. Elle aménage l'article 1322 du Code civil et la notion de signature pour les adapter à la signature électronique certifiée et réintroduit un article 2281 relatif à la notification pour assimiler à l'écrit les moyens modernes de télécommunication. Mais cette réforme est tout de même fragmentaire et une révision générale de la notion de preuve écrite serait évidemment indispensable, comme certains auteurs y ont d'ailleurs invité le législateur.