

Présentation et objectifs de la réforme du droit des obligations

RAFAËL JAFFERALI

Professeur titulaire de la chaire de Droit des obligations
à l'Université libre de Bruxelles (ULB)
Avocat au barreau de Bruxelles (Simont Braun)
Collaborateur scientifique à la KU Leuven

Section 1. Contexte de la réforme	8
Section 2. Objectifs de la réforme	11
Section 3. Structure de la réforme	32
Section 4. Application dans le temps	37

1. Introduction. La réforme du droit des obligations, qui trouve son aboutissement dans le Livre 5 du nouveau Code civil, est désormais une réalité (1). À cet égard, le présent ouvrage, qui constitue les actes actualisés de la conférence UB³ organisée le 13 décembre 2021, se concentre – vu l’ampleur de la matière – sur le droit des contrats et des actes unilatéraux (art. 5.1 à 5.126 du nouveau Code civil), en laissant à des études ultérieures le soin d’examiner les quasi-contrats (art. 5.127 à 5.137), le régime général de l’obligation (art. 5.138 à 5.270) et les dispositions préliminaires du nouveau Code civil (Livre 1^{er}).

Les contributions publiées dans le présent ouvrage examinant, tour à tour, les différents chapitres de ce nouveau droit des contrats, il me revient dans cette introduction de broser, à grands traits, le contexte de la réforme (section 1), ses objectifs (section 2), sa structure (section 3) et son application dans le temps (section 4).

SECTION 1. CONTEXTE DE LA RÉFORME

2. Recodification du Code civil. On sait que, dans un contexte propice aux réformes législatives, le précédent ministre de la Justice a entamé en 2015 un vaste projet de recodification du droit civil (2), poursuivi par son successeur (3). Différentes commissions, principalement composées d’experts issus du monde académique, furent ainsi mises en place (4) et aboutirent assez rapidement à l’adoption d’une première loi du 13 avril 2019 portant création d’un Code civil et y insérant un Livre 8 « La preuve » (5). L’article 2 de ladite loi créait un (nouveau) Code civil composé de 9 livres

(1) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-1806. Ce texte a été adopté en séance plénière de la Chambre le 21 avril 2022. À ce jour, il n’est pas encore paru au *Moniteur belge*.

(2) Voy., pour plus de détails, R. JAFFERLI, « La rétroactivité a-t-elle encore un avenir ? Réflexions dans la perspective de la réforme du droit des obligations », *R.C.J.B.*, 2017, n° 1, pp. 296 et s., et réf. citées. Sur le processus de codification en général, voy. not. B. BEIGNER (dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, 1996 ; R. BEAUTHIER et I. RORIVE (coord.), *Actualité de la codification. Droit belge et européen*, numéro à thème de la *Rev. fac. dr. ULB*, 2003, vol. 28 ; J.M. MILO, J.H.A. LOKIN et J.M. SMITS, *Tradition, Codification and Unification*, Cambridge, Intersentia, 2014 ; C. OPHÈLE et P. RÉMY, *Traditions savantes et codifications*, Paris, L.G.D.J., 2007 ; X. THUNIS et F.-R. VAN DER MENSBRUGGHE, « Codification et décodification : le droit comparé à contribution », *Ann. dr. Louv.*, 2001, pp. 59 et s. ; WEN-YEU WANG (ed.), *Codification in International Perspective*, Cham, Springer, 2014 ; F. ZENATI-CASTAING, « L’avenir de la codification », *Rev. intern. dr. comp.*, 2011/2, pp. 355 et s. ; X, *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz et Litec, 2004.

(3) Voy. l’Accord de gouvernement du 30 septembre 2020, p. 72 (<https://bit.ly/gvt2020>).

(4) Arrêté ministériel du 30 septembre 2017 portant création des Commissions de réforme du droit civil, *M.B.*, 9 octobre 2017.

(5) *M.B.*, 14 mai 2019 (entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2020).

– dont seul le huitième était donc à ce stade adopté – et reléguait officiellement, dans la foulée, le vénérable Code civil du 21 mars 1804 au rang d'« ancien Code civil ». On n'aurait pu mieux exprimer l'idée que le mouvement entamé ne peut être arrêté...

Depuis lors, les avancées se sont succédé dans un certain désordre, si l'on s'en tient du moins à l'ordre numérique des livres(6). On commença en effet par adopter le Livre 3 consacré au droit des biens(7). Puis vinrent le titre 3 du Livre 2 ainsi que le Livre 4, consacrés au droit patrimonial de la famille(8). Ceux-ci furent suivis par l'adoption du Livre 5 dont il est ici question, mais aussi du Livre 1^{er}, comportant les dispositions générales du nouveau Code civil(9).

Parallèlement à cela, les livres du nouveau Code ont connu une légère renumérotation en vertu de l'article 61 de la loi portant le Livre 5. Ainsi, le Livre 5, initialement consacré à l'ensemble du droit des obligations, se voit désormais scindé en un Livre 5 et un Livre 6, spécialement consacré au droit de la responsabilité extracontractuelle. Cette décision se comprend dès lors que l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité(10) suscite sur le plan des intérêts en présence des questions plus sensibles que le Livre 5, qui ont empêché le traitement conjoint des deux textes. Au demeurant, la scission en deux livres présente des avantages collatéraux, à savoir la possibilité de reprendre à terme dans ce Livre 6 la multitude des régimes de responsabilité objective actuellement dispersés dans des lois particulières sans devoir bouleverser la numérotation du Livre 5.

Si l'on fait le bilan des autres Livres encore à adopter, on relèvera que deux commissions de réforme fraîchement constituées ont commencé à plancher sur le Livre 7 consacré aux contrats spéciaux et au Livre 10 relatif

(6) L'ordre dans lequel les textes sont examinés s'explique par des raisons de nature à la fois logique (il est ainsi naturel de procéder à la codification du droit des obligations avant d'entamer la réforme des contrats spéciaux, qui constitue le prolongement de la première) et pragmatique (certains sujets, comme celui du droit des personnes, présentant des enjeux plus sensibles politiquement que d'autres).

(7) Loi du 4 février 2020 portant le livre 3 « Les biens » du Code civil, *M.B.*, 17 mars 2020 (entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2021).

(8) Loi du 19 janvier 2022 portant le livre 2, titre 3, « Les relations patrimoniales des couples » et le livre 4 « Les successions, donations et testaments » du Code civil, *M.B.*, 14 mars 2022 (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2022).

(9) Proposition de loi portant le livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805. Ce texte a été adopté en séance plénière de la Chambre le 21 avril 2022. À ce jour, il n'est pas encore paru au *Moniteur belge*.

(10) Commission de réforme du droit de la responsabilité, *Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil et exposé des motifs*, 1^{er} septembre 2019 (<https://bit.ly/respo2019>).

à la prescription(11). À ma meilleure connaissance, les travaux relatifs aux premiers titres du Livre 2 (droit non patrimonial des personnes) et du Livre 9 (les sûretés) n'ont pas encore été entamés(12).

3. Recodification du droit des obligations. Le texte du Livre 5 a été préparé par une commission présidée par les Professeurs Patrick Wéry et Sophie Stijns(13). Les travaux ont d'abord donné lieu à un premier texte soumis à consultation publique(14), puis à une seconde version adaptée pour répondre aux observations formulées lors de cette consultation(15). Pour des motifs propres à la procédure législative, le texte a ensuite été déposé à trois reprises au Parlement, avec à chaque fois de légers ajustements(16). Il a été soumis à deux reprises à l'avis de la section de législation du Conseil d'État(17) et a donné lieu à des auditions devant la commission de la Justice de la Chambre des représentants les 15 et 22 juin 2021(18). Des amendements – tenant compte des observations formulées au cours de ces auditions – ont enfin été déposés(19) avant le vote en commission de la Justice, puis en séance plénière le 21 avril 2022.

(11) Arrêté ministériel du 15 juin 2021 portant création des Commissions de réforme du droit des contrats et du droit de la prescription, *M.B.*, 2 juillet 2021.

(12) On rappellera toutefois que le droit des sûretés réelles mobilières a déjà été récemment réformé par la loi du 11 juillet 2013. En outre, une nouvelle Commission de réforme du droit hypothécaire vient d'être créée par un arrêté ministériel du 9 mars 2022 (*M.B.*, 14 avril 2022).

(13) Les autres membres académiques étaient les Professeurs Eric Dirix, Benoît Kohl, Ilse Samoy et le soussigné. Les opinions exprimées dans la présente contribution le sont évidemment à titre personnel et n'engagent pas les autres membres de la commission. La commission a également pu compter sur le soutien scientifique de Mme Françoise Auvray, Mme Sanne Jansen et M. Sander Van Loock, ainsi que de la participation de M. Jean-Christophe Boulet en qualité de représentant du SPF Justice.

(14) Commission de réforme du droit des obligations, *Avant-projet de loi portant insertion du livre VI « Les obligations » dans le nouveau Code civil et exposé des motifs*, 7 décembre 2017 (<http://bit.ly/Livre5A-PL2017>).

(15) Commission de réforme du droit des obligations, *Avant-projet de loi portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 5 « Les obligations » et exposé des motifs*, 30 mars 2018 (<http://bit.ly/Livre5A-PL2018>).

(16) Proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3709/001 ; Proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 55-0174/001 ; Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001.

(17) Avis 63.268/2 du 23 mai 2018 (<https://bit.ly/Livre5CE> – non publié dans les *Documents parlementaires* dès lors qu'il a été rendu sur un avant-projet de loi, qui n'a jamais pu être déposé en raison de la chute du gouvernement Michel) ; avis n° 68.947/2 du 26 mars 2021, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/002.

(18) Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-1805/004, pp. 82 et s.

(19) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2021-2022, n° 55-1806/003 à 005 et 007 à 008.

SECTION 2. OBJECTIFS DE LA RÉFORME

§ 1. Les justifications de la réforme (20)

a) Accessibilité

4. Principal objectif de la réforme. Le principal objectif de la réforme est incontestablement d'accroître l'accessibilité des règles du droit des obligations. Comme le relèvent les développements de la proposition de loi, « les lacunes du Code sont devenues de plus en plus béantes. [...] La jurisprudence a, bien entendu, pu assurer une certaine modernisation du droit des obligations. [...] L'influence de la jurisprudence est à ce point considérable que le droit belge des obligations s'apparente de plus en plus au système de *Common law*. Son accessibilité aux justiciables en souffre. [...] on ne peut plus prétendre que le droit positif, tel qu'il est appliqué dans la pratique actuelle, se trouve dans le Code » (21).

En d'autres termes, le premier objectif de la réforme est de rendre visible et aisément accessible l'apport de deux siècles de jurisprudence et de doctrine qui, depuis l'adoption de l'ancien Code civil en 1804, n'ont eu de cesse de prolonger et de parfaire cette œuvre à travers son interprétation.

Pour l'essentiel, le Livre 5 n'apporte donc rien de neuf quant au contenu des règles de droit. Celles-ci sont empruntées, pour la plupart, à la jurisprudence constante de la Cour de cassation et à la doctrine majoritaire. La codification intervient donc largement à droit constant et les travaux préparatoires confirment à cet égard qu'en principe, « [c]haque modification substantielle est indiquée dans les développements (souvent avec mention des sources d'inspiration) » (22).

Ce qui est nouveau, en revanche, c'est la manière dont ces règles sont exprimées, voire même parfois le principe de cette expression. Ainsi, par exemple, l'ancien Code civil ne comportait pas la moindre disposition sur le processus de conclusion dynamique du contrat (offre et acceptation). Ces règles figurent désormais aux articles 5.18 et suivants, mais ces dispositions ne surprendront personne : elles constituent simplement la codification – le *restatement* comme on dirait de l'autre côté de l'Atlantique (23) –

(20) Voy. dans le même sens le Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-1805/004, pp. 88 et s.

(21) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 5-6.

(22) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 11.

(23) Sur cette technique de codification, cons. not. K. DAVID ADAMS, « Blaming the Mirror : The Restatement and the Common Law », *Indiana L.R.*, 2007, vol. 40/2, pp. 205 et s., et réf. citées.

de solutions jurisprudentielles bien acquises. De même, on ne s'étonnera pas de l'écart entre la lettre de l'ancien article 1142 (24) et les nouveaux articles 5.84 et 5.234, qui garantissent le droit à l'exécution en nature pour toutes les obligations, fussent-elles de faire : ce principe reste en effet conforme à l'esprit de l'article 1142, tel qu'il est actuellement compris en doctrine et en jurisprudence (25).

5. Utilité d'un droit des obligations accessible. Si, en définitive, le contenu des règles du Livre 5 ne diffère pour l'essentiel guère du droit positif, quelle est alors son utilité (26) ?

Je dirais qu'elle est fondamentale. Même s'il est sans doute illusoire d'espérer, vu la complexité des sociétés modernes, que le profane puisse connaître et comprendre toutes les subtilités du droit des obligations à la seule lecture du Code civil (27), en revanche, il est certain que parmi les juristes, la connaissance du droit privé dont l'application est tout à fait transversale ne devrait pas être réservée à une poignée de spécialistes.

Sans même parler des étudiants en droit, on ne peut en effet attendre de l'immense majorité des praticiens du droit des obligations – qu'ils soient juges, avocats, notaires, huissiers, juristes d'entreprises, employés ou fonctionnaires – qu'ils se plongent systématiquement dans la lecture du dernier état de la jurisprudence de la Cour de cassation et de la doctrine pour connaître les règles de base du droit des obligations. La plupart d'entre eux recourent en effet certes au droit des obligations comme outil quotidien, mais sans qu'il représente néanmoins le cœur de leurs

(24) « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

(25) Voy. les réf. citées dans *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 94 et 269.

(26) Pour cette critique, voy. not. M.E. STORME, « Een nieuw verbintenissenrecht: oude wijn in oude zakken », *Juristenkrant*, 27 juin 2018, p. 17 (« *Wil men vandaag een nieuw BW invoeren, met een nieuwe structuur en nummering, dan mag legitiem worden verwacht dat die structuur en inhoud ook echt hedendaags is en niet blijft vastzitten in 19e-eeuwse voorstellingen en metaforen. Dan mag legitiem worden verwacht dan men daarbij zoveel mogelijk aansluiting zoekt bij de dominante Europese voorbeelden en niet vasthoudt aan de misgroeiingen en koterijen die we in de overgeleverde wetgeving en doctrine kennen. Dan mag legitiem worden verwacht dat men niet enkel de relatief 'simpele' leerstukken herschrijft zoals de totstandkoming, geldigheid, nakoming en niet-nakoming van overeenkomsten, maar ook voldoende grondig moderniseert in de meer complexe vraagstukken, zoals meerpartijverhoudingen of schuldvergelijking* »).

(27) Ceci répond à l'objection selon laquelle la proposition de Livre 5 aurait dû « être délestée de notions inappréhensibles pour le citoyen lambda, comme celles de la cause d'une obligation (ou d'une convention ?), de la condition purement potestative, des quasi-contrats, de l'erreur-obstacle, des exceptions, etc. [...] Le professeur Ignace Claeys plaide pour que les textes de loi soient écrits pour les citoyens, et pas pour les juristes » (Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-1805/004, p. 120). Si l'accessibilité de la règle est importante, il convient à mon sens de trouver un juste équilibre avec la nécessité pour toute discipline de pouvoir recourir à une terminologie rigoureuse et précise.

activités ni de leurs préoccupations (on songe notamment aux praticiens du droit du travail, du droit bancaire, du droit des assurances, du droit de la consommation, etc.). Un code périmé représente pour eux un coût considérable, que ce soit en temps (représenté par les recherches juridiques à effectuer), en argent (lorsque les recherches sont sous-traitées à un spécialiste de la matière) et en responsabilité (eu égard au risque de méprise quant au contenu de la règle).

La recodification du droit des obligations constitue donc essentiellement un atout pour le juriste généraliste. Bien sûr, l'adoption du Livre 5 n'arrêtera pas l'évolution de la jurisprudence, tout comme elle ne s'est pas arrêtée en 1804, de sorte qu'il sera toujours nécessaire de vérifier comment les principes contenus dans le Livre 5 doivent être concrètement compris et appliqués. On peut cependant espérer une période de relative accalmie durant laquelle les bases qui ont été reposées permettront de diminuer le coût d'accès à la règle.

b) Sécurité juridique

6. Instabilité irréductible de la jurisprudence. Le droit des obligations était jusqu'à présent, comme on l'a dit, essentiellement prétorien(28). Si la jurisprudence présente par rapport à la loi un certain nombre d'avantages, parmi lesquels la souplesse avec laquelle la règle peut être infléchie d'une décision à l'autre pour répondre au sentiment d'équité et aux besoins évolutifs de la société, cette adaptabilité présente également l'inconvénient d'une certaine instabilité.

Le juriste sait en effet que, malgré l'attachement de la Cour de cassation à ses précédents, elle n'est pas à l'abri d'hésitations, qui poussent la doctrine à scruter la moindre variation dans la formulation de ses arrêts pour tenter d'y déceler une évolution de la règle ou d'en cerner la portée. Pour ne donner que quelques exemples, on citera dans la jurisprudence récente la question de perte d'une chance(29), du mobile illicite unilatéral(30) ou encore de la justification de l'enrichissement sans cause par la

(28) Voy. *supra*, n° 4.

(29) Voy. ainsi Cass., 5 novembre 2021, R.G. n° C.20.0343.F ; Cass., 28 janvier 2021, R.G. n° C.18.0341.F, *J.T.*, 2021, p. 461, obs. F. GLANSDORFF ; et comp., sur la jurisprudence antérieure, S. GOLDMAN et R. JAFFERALI, « La perte d'une chance à la croisée des chemins – Évolutions et applications jurisprudentielles », *R.G.D.C.*, 2019, pp. 191 et s., et réf. citées.

(30) Voy. à cet égard les revirements analysés par P. WÉRY, « Le mobile illicite unilatéral est cause de nullité du contrat », note sous Cass., 22 janvier 2021, *R.G.D.C.*, 2021, pp. 375 et s.

volonté de l'appauvri⁽³¹⁾. Le phénomène est sans doute problématique lorsqu'il concerne une question centrale, comme celles que l'on vient d'évoquer. Mais il l'est tout autant lorsque l'on envisage des questions moins fréquemment soumises aux cours et tribunaux et dont la Cour de cassation est dès lors plus rarement saisie, puisqu'elle a alors moins souvent l'occasion de préciser sa pensée. On songe, notamment, à la matière des restitutions consécutives à la dissolution du contrat⁽³²⁾.

Or, tout comme le manque d'accessibilité de la règle, l'insécurité juridique peut également être source de coûts, dès lors notamment qu'elle est de nature à accroître le nombre et la complexité des litiges, voire à dissuader les opérateurs économiques d'investir⁽³³⁾.

Au demeurant, le juge appelé à faire évoluer l'interprétation de la règle se trouve souvent dans une situation inconfortable, ne jouissant ni de la même marge de manœuvre, ni de la même légitimité démocratique qu'un Parlement élu. Pour ce motif également, il n'est pas déraisonnable que les bases fondamentales du droit privé soient reprises dans un texte de loi.

c) Simplification

7. Complexité inhérente au droit jurisprudentiel. Il existe une autre faiblesse du droit prétorien. Celui-ci se construit en effet généralement par sédimentation, chaque nouvel arrêt apportant sa pierre – tantôt pour nuancer, tantôt pour compléter les enseignements précédents – à un édifice qui, au fil des décennies voire des siècles, en devient parfois chancelant, ou au minimum difficile à embrasser d'un seul regard.

(31) Comp. à cet égard la formulation de Cass., 4 juin 2020, R.G. n° C.19.0371.N (« *De verrijking is niet ongerechtvaardigd wanneer zij steunt op de wil van de verarmde, voor zover deze ertoe strekte een definitieve vermogensverschuiving in het voordeel van de verrijkte tot stand te brengen. Dit kan onder meer blijken uit de bedoeling de verrijkte te begunstigen, het speculatieve oogmerk of de omstandigheid dat de verarmde uitsluitend of hoofdzakelijk in zijn eigen belang handelde* ») et celle de Cass., 11 juin 2021, R.G. n° C.20.0322.N (« *Behoudens wanneer de verrijkte onrechtmatig heeft gehandeld, geeft een verrijking die vrijwillig en zonder dwaling werd verschaft, in beginsel, geen aanleiding tot een verrijkingsvordering. Een verrijking die werd verschaft met een bepaald doel of vanuit een bepaalde verwachting wordt niet ongerechtvaardigd wanneer deze niet worden verwezenlijkt. Dit is anders wanneer de verrijkte op de hoogte was, of hoorde te zijn, van het doel of de verwachting en wist of hoorde te weten dat, wanneer dit doel of die verwachting niet worden verwezenlijkt, de verrijking diende ongedaan te worden gemaakt* »).

(32) Ainsi, sur les difficultés à concilier les deux arrêts rendus par la Cour de cassation le 25 octobre 2018 (Pas., 2018, n°s 587 et 588) avec les solutions admises jusqu'alors, voy. R. JAFFERLI, « Les codifications nationales comme appel au dialogue. Illustrations centrées sur le rôle de la rétroactivité dans le projet de réforme du droit belge des obligations », in A. JANSSEN et H. SCHULTE-NÖLKE (dir.), *Researches in European Private Law and Beyond. Contributions in Honour of Reiner Schulze's Seventieth Birthday*, Baden-Baden, Nomos, 2020, pp. 335 et s., n° 8.

(33) Sur les coûts économiques de l'insécurité juridique, voy. not. G. DARI-MATTIACCI et B. DEFFAINS, « Uncertainty of Law and the Legal Process », *J. Inst. theor. ec.*, 2007, vol. 163/4, pp. 627 et s. ; F. PARISI, « Coase theorem and transaction cost economics in the law », in J.G. BACKHAUS (dir.), *The Elgar Companion to Law and Economics*, Cheltenham et Northampton, Edward Elgar, 2005, note n° 47, p. 34, et réf. citées.

À cet égard, l'exemple le plus frappant est sans doute le droit des restitutions consécutives à l'extinction du contrat (pour cause de nullité, résolution pour inexécution, de réalisation de la condition résolutoire...) dont le charme baroque suscite, certes, les thèses de doctorat(34), mais dont on admettra aisément qu'il en devient difficilement compréhensible, pour ne pas dire inapplicable. Seule la loi pouvait à cet égard y mettre de l'ordre en faisant ce que la jurisprudence, privée du pouvoir de statuer par voie de dispositions générales(35), n'aurait pu accomplir, à savoir l'élaboration d'un régime uniforme des restitutions(36).

De même, seule la loi était en mesure de mettre à plat les différences entre obligations solidaires et obligations *in solidum*(37), en renonçant au passage à certaines subtilités sans doute excessives(38).

d) Modernisation

8. Apport du droit comparé. On sait que, dans la plupart des États européens, et en particulier dans les États voisins, la recodification du droit des obligations a déjà été menée (comme c'est le cas aux Pays-Bas(39), en Allemagne(40) ou en France(41)) ou est envisagée (comme c'est le cas au Luxembourg(42)). Or, ces droits étrangers peuvent être source d'inspiration en ce qu'ils nous éclairent sur les points sur lesquelles une réforme peut être souhaitable alors que la jurisprudence n'est pas parvenue à l'accomplir.

Le cas le plus évident est sans doute celui de la théorie de l'imprévision. Admise en droit allemand(43), en droit néerlandais(44) et même depuis peu en droit français(45), elle demeure jusqu'à présent exclue

(34) Voy. J. BAECK, *Restitutio na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Anvers/Cambridge, Intersentia, 2012 ; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat. Étude d'une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d'égalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

(35) Art. 6 du Code judiciaire.

(36) Voy. *infra*, n° 10.

(37) Voy. *infra*, n° 13.

(38) Voy. ainsi, sur la question de l'application de l'article 1285 de l'ancien Code civil aux obligations *in solidum*, Cass., 17 octobre 2014, *R.G.D.C.*, 2015, p. 517, note A. DE BOECK. *Comp. Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-1805/001, p. 223 : « La proposition reformule l'article 1285 (voy. plus haut art. 5.162, § 2) et le rend applicable à l'obligation *in solidum* ».

(39) Où le N.B.W. est entré en vigueur en 1992.

(40) Où la réforme du droit des obligations date de 2002.

(41) Où l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations date du 10 février 2016 et a été ratifiée par une loi du 20 avril 2018.

(42) Voy. not. P. ANCEL et A. PRÜM (dir.), *Réformer le droit des contrats ? Analyse comparée autour du droit luxembourgeois*, Bruxelles, Larcier, 2020.

(43) § 313 BGB.

(44) Art. 6:258 NBW.

(45) Art. 1195 C. civ. fr.

par la jurisprudence de notre Cour de cassation(46), du moins en droit interne(47). Seule une intervention législative pouvait donc débloquer la situation(48).

On citera également l'hypothèse de la cession (parfaite) de contrat, que la Cour de cassation se montre réticente à admettre comme une figure autonome(49), malgré les exemples offerts par le droit comparé(50). Ici aussi, un « coup de pouce » de la part du législateur s'imposait.

e) Cohérence(51)

9. Position du problème : les formes de l'incohérence. La jurisprudence a, on le sait, une capacité extraordinaire à « découvrir » (ou, plus exactement, à reconstruire) la cohérence d'un texte en dépit de ses insuffisances de rédaction. Ce processus ne va cependant pas sans effort. Il faut en effet souvent des années, et parfois des siècles, pour que la cohérence puisse être rétablie. À cet égard, l'incohérence d'une loi peut prendre deux formes différentes mais complémentaires(52).

L'incohérence peut tout d'abord être verticale lorsqu'une règle semble être incompatible avec les principes qui gouvernent le système. C'est ainsi, par exemple, que le Code civil de 1804 accorde une priorité importante à la volonté réelle des parties sur leur volonté déclarée, ainsi que cela ressort principalement de son article 1156 mais aussi, par exemple, de la réglementation des vices de consentement, de la primauté entre parties de la contre-lettre sur l'acte ostensible en cas de simulation, etc. (53). On comprend dès lors l'embarras de la doctrine et de la jurisprudence lorsqu'il

(46) Voy. not. Cass., 20 avril 2006, *Pas.*, 2006, n° 226 (« La règle de l'exécution de bonne foi n'implique pas que si des circonstances nouvelles et non prévues par les parties lors de la conclusion de la convention rendent l'exécution du contrat plus difficile pour le débiteur, le créancier ne puisse demander le paiement de sa créance »).

(47) Dans le cadre de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, voy. Cass., 19 juin 2009, *Pas.*, 2009, n° 422.

(48) Art. 5.74.

(49) Voy. Cass., 26 septembre 2003, *Pas.*, 2003, n° 457 ; Cass., 4 mars 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 798 ; à ce sujet, V. WITHOFS, *Contractoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015 ; voy. cependant un pas vers la reconnaissance de la cession imparfaite de contrat (mais toujours semble-t-il selon une conception dualiste) effectué par Cass., 26 juin 2017, *Pas.*, 2017, n° 420, *J.T.*, 2018, p. 587, obs. C. BIQUET-MATHIEU.

(50) Voy. art. 1216 C. civ. fr. ; art. 6:159 NBW.

(51) Les réflexions qui suivent constituent le prolongement de celles déjà formulées dans R. JAFFERLI, « La cohérence du système juridique », in B. LEFEBVRE et B. MOORE (dir.), *Les grandes valeurs*, Montréal, Themis, 2019, n°s 25 et s., pp. 91 et s.

(52) *Ibid.*, n° 8, p. 49.

(53) Voy. not. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, n° 97, pp. 129 et s.

s'est agi de réconcilier ce principe avec les articles 1319, 1320 et 1322(54) qui, en tant qu'ils consacrent la foi due à la preuve écrite, semblent au contraire faire primer la volonté déclarée dans l'acte sur la volonté réelle des parties(55).

L'incohérence peut également être horizontale lorsque deux règles de même rang ont *a priori* vocation à s'appliquer à la même situation. On songe, par exemple, à la concurrence possible entre l'article 1599 du Code civil relatif à la nullité de la vente de la chose d'autrui et les articles 1626 et suivants relatifs à la garantie d'éviction du vendeur(56). Une telle hypothèse peut entraîner des questions de qualification (en vue de préciser le champ d'application respectif de chacune des règles) et d'interprétation (en vue de préciser la portée exacte de chaque règle), voire engendrer un concours d'actions(57) ou susciter des difficultés au regard du principe constitutionnel d'égalité(58).

Pour éviter autant que possible ces deux formes d'incohérence et alléger ainsi le travail de la jurisprudence, le législateur peut recourir à différentes techniques. Sans prétendre à l'exhaustivité, j'en épingle six.

10. Première technique : élaboration d'un régime uniforme.

La première manière d'éviter les incohérences est d'élaborer un régime commun applicable à plusieurs situations comparables. C'est ainsi que le Livre 5 fait le pari, comme d'autres avant lui(59), de proposer en ensemble

(54) Devenus les articles 8.17 et 8.18 du nouveau Code civil.

(55) Sur les différentes réponses à ce problème données dans la jurisprudence de la Cour de cassation, voy. R. JAFFERALI, « La liberté de la preuve en matière commerciale, spécialement de la transaction », note sous Cass., 19 mars 2012, *R.C.J.B.*, 2014, n° 18 et s., pp. 691 et s. L'article 5.64, alinéa 2, tente de résoudre la question en articulant mieux les deux règles en apparence contradictoires.

(56) Voy. à ce propos Cass., 15 septembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 472, *R.W.*, 2011-2012, p. 1515, note N. VAN HIMME ; *adde* P. WÉRY, « La vente de la chose d'autrui et les obstacles à son annulation », note sous Cass., 8 février 2010, *R.C.J.B.*, 2011, pp. 13 et s.

(57) Voy. à ce propos H. BOCKEN, « Samenloop, anders bekeken », in N. CARETTE et B. WEYTS (dir.), *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht. Liber Amicorum Alois Van Oevelen*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 35 et s. ; C. BOTMAN, « Le concours entre l'action en délivrance d'une chose conforme et l'action en garantie des vices cachés en droit commun de la vente », *J.T.*, 2022, à paraître ; R. JAFFERALI et J. VAN ZUYLEN, « Faut-il sauver l'article 1386 du Code civil ? Réflexion sur le concours entre la responsabilité du fait des choses et celle du fait des bâtiments », note sous Cass., 28 novembre 2016, *R.C.J.B.*, 2019, pp. 165 et s. ; J.-F. ROMAIN, « Le principe de la liberté et du cumul des actions patrimoniales en général, et la non-subsidarité de l'action *de in rem verso* dans l'enrichissement sans cause en particulier », *J.T.*, 2018, pp. 629 et s.

(58) Sur les difficultés d'application qu'il suscite en droit privé, voy. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, n° 61 et s., pp. 111 et s., et réf. citées.

(59) Voy. ainsi les articles 1699 et suivants du Code civil du Québec, applicables en cas de nullité ou de résolution du contrat, accomplissement d'une condition résolutoire, réception de l'indu, avènement d'une force majeure et même, à titre supplétif, dans les autres cas de restitution prévus par la loi (V. KARIM, *Les obligations*, t. 2, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, n° 3524) ; les articles 1352 et suivants du Code civil français, applicables à la nullité (art. 1178), à la caducité (art. 1187), à la résolution pour inexécution (art. 1229) et au paiement de l'indu (art. 1302-3) ; les articles 172 et suivants de la Proposition de règlement

de règles, aussi claires que possible, destinées à régir les restitutions consécutives à l'annulation du contrat, à la résolution de celui-ci pour inexécution, à l'impossibilité d'exécution non imputable au débiteur (théorie des risques), à la réalisation de la condition résolutoire ou encore – moyennant les adaptations nécessaires – à la restitution de l'indu (art. 5.115). Des règles communes sont ainsi proposées concernant le point de départ de la prescription (art. 5.116), la définition de la bonne foi (art. 5.117), l'ordre dans lequel les restitutions doivent intervenir (art. 5.118), la forme des restitutions (art. 5.119), la perte de la chose à restituer (art. 5.120), le sort des impenses (art. 5.121), la restitution des fruits et des produits (art. 5.122), le refus des restitutions à la partie coupable (art. 5.123)(60) ou encore la protection des incapables (art. 5.124).

Le régime uniforme proposé peut également être plus modeste. C'est ainsi, par exemple, que l'article 5.33 énonce certaines règles communes aux différents vices de consentement (condition du caractère déterminant pour qu'il puisse entraîner la nullité du contrat, nature relative de cette nullité, cumul possible avec la responsabilité précontractuelle et exigence – sauf dans le cas de l'erreur – que le vice émane du cocontractant, du complice de celui-ci ou d'une personne dont il doit répondre(61)).

Enfin, l'uniformité peut également être atteinte, soit en édictant une règle applicable en toutes matières (telle que la prohibition de l'abus de droit prévue à l'article 1.10), soit en définissant un concept unique applicable dans différentes matières (tel que la notification, définie à l'article 1.5, à laquelle il est fait référence aux articles 5.19, 5.21, 5.24, 5.59, 5.75, 5.85, 5.92, 5.93, 5.157, 5.179, 5.180, 5.193, 5.212, 5.213, 5.221, 5.222, 5.231 et 5.239).

11. Deuxième technique : suppression du régime superflu. Sans aller jusqu'à élaborer un régime destiné à couvrir de manière uniforme plusieurs situations comparables, le législateur peut également prendre acte du caractère superflu de certaines règles et supprimer dès lors celles-ci.

C'est ainsi qu'après mûre réflexion, la commission de réforme a estimé que la figure de la caducité par disparition de la cause était source de trop d'insécurité juridique pour être maintenue alors qu'un résultat similaire

du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente (DCEV), COM(2011) 635 final, applicable en cas d'annulation ou de résolution du contrat.

(60) Consécration et affinement de la règle généralement exprimée par l'adage *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*.

(61) Sur l'application de cette exigence à la violence, voy. *infra*, n° 20.

pouvait déjà être atteint par le recours à des institutions bien connues telles que la théorie de l'abus de droit ou la condition résolutoire⁽⁶²⁾. Toutefois, dans un souci pédagogique, l'article 5.142 traite de la problématique des groupes de contrats⁽⁶³⁾ en soulignant que, puisque la condition peut être expresse ou tacite, « [a]insi, les obligations sont affectées d'une condition résolutoire tacite lorsqu'il résulte de manière certaine de l'intention des parties, eu égard à la nature et à la portée du contrat, que celui-ci doit prendre fin notamment : [...] 2° en cas d'extinction d'un autre contrat dont les parties avaient entendu faire dépendre le sort du premier contrat ». En réintégrant la caducité par disparition de la cause dans le régime de la condition résolutoire tacite, on cède peut-être à la tentation de consacrer une fiction, mais ce dans l'espoir que le régime de cette caducité soit ainsi mis en harmonie avec les principes du droit commun des contrats.

Cela étant, il faut bien reconnaître que les hypothèses de suppression pure et simple d'une institution existante sont rares. Était-il ainsi vraiment indispensable de conserver la subrogation conventionnelle par le créancier (art. 5.218) ou la novation (art. 5.245), alors que le Livre 5 organise par ailleurs une cession de créance opposable au débiteur par simple notification (art. 5.179)⁽⁶⁴⁾ et autorise la modification conventionnelle du contrat (art. 5.70) ? Certains y verront l'attachement instinctif du juriste à la tradition⁽⁶⁵⁾ même lorsque celle-ci s'avère périmée, d'autres – selon le point de vue – le souci louable de ne pas bouleverser ce qui ne pose en pratique guère de problèmes.

12. Troisième technique : élaboration de régimes distincts mais harmonisés. Une autre manière, moins poussée, de réaliser la cohérence est de maintenir l'existence de deux ou plusieurs régimes juridiques distincts, tout en harmonisant autant que possible le contenu de ceux-ci.

On peut ainsi pointer le choix de soumettre l'erreur sur la cause (art. 5.54) à la même condition d'excusabilité que l'erreur sur la substance (art. 5.34), ce qui ôte tout intérêt pratique aux difficultés de qualification

(62) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 140 et s.

(63) Comp. l'art. 1186, al. 2 et 3, du Code civil français.

(64) Voy. sur ce maintien X. THUNIS, « Le régime général de l'obligation : de la tutelle à l'émancipation », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PUTZ (dir.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, n° 21, pp. 394 et s. Pour la même interrogation en droit français, voy. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2018, n° 989, p. 889.

(65) « Le juriste n'est pas l'homme des ruptures radicales et des tables rases. Même quand il innove, il murmure la mélodie du continu » (X. THUNIS, *op. cit.*, *Les grandes évolutions du droit des obligations*, p. 398).

entre les deux institutions (66) ; la soumission de la prescription de l'action en nullité (art. 5.60) au même délai que l'action en responsabilité précontractuelle (art. 2262bis, § 1^{er}, al. 2 et 3) (67), ou encore le traitement du réputé non écrit comme une forme de nullité partielle (art. 5.63, al. 2) (68).

Une autre manière, plus subtile, d'harmoniser deux institutions consiste à délimiter sur la base du même critère leurs champs d'application respectifs. C'est ainsi qu'en règle, l'inexécution d'une obligation n'est imputable au débiteur que si une faute peut lui être reprochée (art. 5.225, al. 1^{er}) et que, réciproquement, il n'y a force majeure qu'en cas d'impossibilité non imputable au débiteur d'exécuter son obligation (art. 5.226, § 1^{er}, al. 1^{er}, première phrase). Faute et force majeure constituent ainsi dans le Livre 5, dans une large mesure, les deux faces de la même médaille (69).

13. Quatrième technique : recours à la clause-charnière. Une quatrième technique utilisée pour promouvoir la cohérence consiste à rendre applicable par analogie un régime conçu pour un certain type de situation à une autre hypothèse. La différence avec la technique précédente consiste dans le fait que cette application analogique est formulée de manière souple et laisse donc à l'interprète une certaine marge de manœuvre pour adapter le régime déclaré applicable dans la mesure nécessaire pour tenir compte des spécificités de la situation à laquelle il est appliqué.

Le procédé est connu en droit comparé. C'est ainsi que l'article 1100-1 du Code civil français dispose que les actes juridiques « obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats » (70). En droit allemand, le § 90a du BGB, après avoir affirmé que les animaux ne sont pas des choses, prévoit néanmoins que les dispositions applicables aux choses sont d'application conforme aux animaux à

(66) Voy. à ce propos R. JAFFERLI, « L'ignorance des règles contractuelles. Questions choisies relatives à la formation du contrat », in A. CATALDO et A. PÜTZ (dir.), *De quoi le contrat est-il le nom ? Applications et tendances récentes du droit des contrats*, Limal, Anthemis, 2017, n° 19, pp. 35 et s.

(67) Voy. à ce propos *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 70 et s.

(68) Voy. à ce propos *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 74 et s.

(69) Voy. à ce propos J. VAN ZUYLEN, « La force majeure en matière contractuelle : un concept unifié ? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », *R.G.D.C.*, 2013, pp. 406 et s.

(70) Ainsi, « pour identifier le régime de l'acte juridique, force est de procéder par induction des dispositions que le code civil consacre aux contrats et obligations conventionnelles en général. Mais ce renvoi n'implique pas que le droit commun du contrat s'étende systématiquement à l'acte juridique. Il ne s'y applique qu'"en tant que de raison", c'est-à-dire seulement dans la mesure où les règles sont compatibles avec la logique de l'acte considéré » (C. BRENNER et S. LEQUETTE, « Acte juridique – Théorie générale de l'acte juridique », *Rép. civ. Dalloz*, 2019, n°s 74 et s.), « dans la mesure où ces règles ont du sens pour ces catégories d'actes » (Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *J.O.R.F.*, 11 février 2016, texte 25, p. 4).

moins qu'il en soit disposé autrement (71), ce qui impose d'examiner pour chaque disposition dont l'application analogique est envisagée si elle poursuit un objectif protecteur de l'animal ou si, à tout le moins, elle est compatible avec sa nature (72). Le procédé est particulièrement utilisé en droit néerlandais où les « clauses-charnière » (*schakelbepalingen*) abondent dans le Code civil de 1992 (73). Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, l'article 3:78 du N.B.W. déclare certaines règles du mandat d'application conforme en cas de représentation non issue d'un mandat, pour autant qu'une autre solution ne résulte pas de la loi.

Dans le Livre 5, l'exemple le plus frappant de recours à une clause-charnière traduit la volonté de simplifier le régime des obligations à sujets multiples en alignant, autant que possible, le régime de l'indivisibilité et celui des obligations *in solidum* sur celui des obligations solidaires. C'est ainsi que l'ensemble des effets de la solidarité – en ce compris la totalité de ses effets secondaires – sont rendus en principe applicables à l'indivisibilité (art. 5.167, al. 1^{er}), étant entendu cependant que cette dernière passe aux héritiers (art. 5.167, al. 2). Quant à l'obligation *in solidum*, elle est soumise en principe aux mêmes effets que la solidarité, à l'exception de ses effets secondaires (art. 5.169). Certains auteurs ont à cet égard regretté, non sans de sérieux arguments, que le Livre 5 ne soit pas allé plus loin en fusionnant la catégorie des obligations *in solidum* avec celle des obligations solidaires (74).

Parmi les autres hypothèses importantes de clause-charnière, on peut citer l'article 5.237. Celui-ci s'inscrit dans le projet d'élaborer un régime complet de l'inexécution des obligations quelle qu'en soit la source. Ainsi, l'inexécution imputable au débiteur ouvre le droit au créancier d'opter pour l'exécution en nature de l'obligation, le droit à la réparation de son dommage ou encore celui de suspendre l'exécution de sa propre obligation (art. 5.224), sans préjudice des sanctions spécifiques ouvertes lorsque l'obligation inexécutée est de nature contractuelle (art. 5.83) (75). L'obligation de réparation peut donc présenter deux visages différents : lorsqu'elle découle

(71) Une règle analogue figure désormais à l'article 3.39, alinéa 2, du Code civil.

(72) Voy. C. STRESEMANN, « BGB § 90a Tiere », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 1, 8^e éd., Munich, Beck, 2018, n^{os} 6 et s.

(73) Voy. à ce propos C. DE KLUIVER et O. OOST, « Schakelbepalingen in de volgende versnelling », *Ars Aequi*, 2017, pp. 4 et s.

(74) R. THÜNGEN (coord.), *Commentaires relatifs à l'avant-projet de loi portant insertion du Livre VI « Les obligations » dans le nouveau Code civil*, 1^{er} février 2018 (<http://bit.ly/LivreVI-ULB2018>), pp. 44 et s. ; X. THUNIS, *op. cit.*, *Les grandes évolutions du droit des obligations*, n^o 17, p. 392.

(75) Il s'agit de la résolution du contrat pour inexécution et de la réduction du prix.

de la violation d'un simple devoir légal(76) (quasi-délit) ayant causé un dommage, elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur et présente un caractère primaire ou initial ; en revanche, lorsqu'elle découle de la violation d'une véritable obligation préexistante (généralement une obligation contractuelle(77)), l'obligation de réparation présente un caractère secondaire ou dérivé, puisqu'elle vient en quelque sorte redoubler l'obligation initiale violée. Or, plutôt que de devoir élaborer un régime à part entière pour ces deux formes de responsabilité, l'article 5.237, alinéa 2, rend applicable par analogie l'ensemble des règles de la responsabilité extracontractuelle à la responsabilité découlant de la violation d'une obligation (généralement contractuelle) préexistante, « à moins que leur nature et leur portée ne soient incompatibles avec une telle application ».

Une autre clause-charnière remarquable figure à l'article 5.13, alinéa 1^{er}, qui prévoit que « [l]e présent chapitre contient les règles générales qui sont applicables à tous les contrats, en ce compris les contrats multipartites, et aux clauses contractuelles ». De la sorte, le droit commun des contrats est rendu applicable, par exemple, aux contrats relevant du droit familial (tels qu'un contrat de mariage ou les conventions préalables à divorce) ou aux contrats conclus par l'administration(78). Le droit commun des contrats est également rendu applicable aux clauses individuelles d'un contrat. C'est ainsi, par exemple, que toute clause considérée individuellement doit avoir un objet licite (art. 5.51) et une cause licite (art. 5.56). Une certaine souplesse est cependant de mise. C'est ainsi que l'article 5.13 précise que ces règles sont applicables par analogie « à moins que la loi s'y oppose »(79). On notera qu'à l'origine, les règles du droit commun

(76) Sur la distinction entre obligation et devoir, voy. A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten. Grondslagen, draagwijdte en sancties*, Anvers/Groningue, Intersentia, 2000, n° 24, p. 6 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 5, p. 17. Cette distinction présente un intérêt pratique notamment sur le plan de la charge de la preuve : voy. à ce propos R. JAFFERLI, « La charge de la preuve de la fourniture d'informations. Tentative de conciliation des arrêts de la Cour de cassation des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019 », *J.T.*, 2019, nos 12 et s., pp. 719 et s.

(77) Mais il pourrait également s'agir d'une obligation née d'un acte juridique unilatéral, d'un quasi-contrat ou d'une disposition légale.

(78) Voy. également, à ce propos, l'article 1.1, alinéa 1^{er}, 2^e phrase.

(79) Comme le relèvent les travaux préparatoires, « [l]a Cour de cassation a ainsi considéré qu'une convention préalable à un divorce par consentement mutuel reste soumise aux règles du droit des obligations comme toute convention de droit patrimonial et peut dès lors être attaquée pour cause de lésion qualifiée (Cass., 9 novembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 605), dénommée abus de circonstances dans la présente proposition (art. 5.37). En revanche, elle a considéré que cette convention préalable est une convention de droit familial de nature particulière, qui est soumise aux règles générales du droit des obligations, étant entendu que, eu égard à sa nature et à son économie, elle ne peut être attaquée du chef d'erreur ou de lésion, les parties étant censées avoir prévu ces risques au moment de la conclusion de la convention (Cass., 9 novembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 606) » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 23).

pouvaient également être écartées lorsque leur nature ou leur portée s'y opposait. À des fins de sécurité juridique, seule la référence à la loi a finalement été maintenue (80).

14. Cinquième technique : articulation des régimes distincts. Une autre façon encore d'assurer la cohérence consiste à anticiper les problèmes qui peuvent se poser en articulant d'emblée les règles de droit entre elles. Différentes solutions peuvent à cet égard être préconisées en fonction des intérêts en présence.

Le législateur peut ainsi opter pour un *cumul* des actions dont les conditions sont réunies. Ce cumul peut être intégral (ainsi, le cumul entre l'action en responsabilité précontractuelle et l'action en nullité relative pour vice de consentement, prévu à l'article 5.33) ou limité (ainsi, à l'article 5.83 qui, après avoir énuméré les cinq sanctions ouvertes au créancier d'une obligation contractuelle dont l'inexécution est imputable au débiteur, précise que « [l]es sanctions qui sont incompatibles ne peuvent être cumulées » (81)).

Le texte peut, à l'inverse, organiser la *subsidiarité* d'une voie de droit par rapport à une autre (ainsi, à l'article 5.136, qui prévoit que « [l]'appauvri ne peut invoquer l'enrichissement injustifié lorsqu'une autre action lui est ouverte ou se heurte à un obstacle de droit, tel que la prescription » (82)).

Le législateur peut également articuler deux règles apparemment incompatibles en présentant explicitement l'une comme constituant une *exception* (de portée limitée) à l'autre. Ainsi, pour reprendre la question de la conciliation des actuels articles 1156 et 1319, 1320 et 1322 du Code civil (83), l'article 5.64, alinéa 1^{er}, consacre le principe de la primauté de la volonté réelle sur la volonté déclarée dans l'interprétation des contrats mais précise, à son alinéa 2, que « [t]outefois, lorsque le contrat est constaté par un écrit, on ne peut donner du contrat une interprétation

(80) La justification de l'amendement précise à cet égard qu'il « vise à clarifier l'application du Livre 5 à titre de droit commun des contrats et des obligations. L'application du droit commun constitue la règle, son écartement l'exception (voy. les développements de l'article 5.13). Seule la loi peut écarter l'application du Livre 5 à un contrat ou à une obligation entrant dans son champ d'application, étant entendu qu'il peut s'agir aussi bien d'une dérogation expresse que d'une dérogation implicite, dérogée par la jurisprudence sur la base d'une interprétation de la disposition légale en cause, eu égard à la nature et à la portée du contrat ou de l'obligation. De telles dérogations implicites ne doivent être admises qu'avec prudence, spécialement s'agissant des règles du droit commun impératives ou d'ordre public » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-1806/003, p. 8).

(81) La formule est inspirée de l'article 1217, alinéa 2, du Code civil français.

(82) La formule est inspirée de l'article 1303-3 du Code civil français.

(83) Voy. *supra*, n° 9.

manifestement inconciliable avec la portée de cet écrit, compte tenu des éléments intrinsèques à celui-ci et des circonstances dans lesquelles il a été établi et exécuté ».

Enfin, une dernière manière de concilier deux règles consiste à présenter l'une comme un simple *élément à prendre en considération* dans l'appréciation de l'autre. Ainsi, alors que se pose la question en droit positif de la conciliation entre, d'une part, l'article 1156 qui consacre le principe de la recherche de la volonté réelle des parties, et, d'autre part, des règles d'interprétation contenues aux articles 1157 et suivants(84), l'article 5.65 reprend ces règles en les présentant comme des simples « directives » dont il est « tenu compte » pour rechercher la commune intention des parties. La même portée normative est reconnue aux critères d'imprévisibilité et d'inévitabilité de l'obstacle invoqué comme cas de force majeure : alors que la position traditionnelle en faisait des conditions à part entière(85), l'article 5.226, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, précise qu'il ne s'agit que de simples éléments dont il est « tenu compte » pour apprécier si l'impossibilité d'exécution est imputable au débiteur(86).

15. Sixième technique : maintien et justification des différences de régime. Enfin, une dernière technique pouvant être utilisée pour accroître la cohérence de la loi consiste, lors de son adoption, à tenter de justifier aussi précisément que possible les éventuelles différences de régime qu'elle contient.

On peut, à cet égard, citer l'exemple de la problématique du remplacement extrajudiciaire. L'article 5.235, alinéa 1^{er}, prévoit en effet que « [s]i la prestation s'y prête, le créancier a le droit de se faire autoriser par le juge à exécuter lui-même l'obligation ou à la faire exécuter par un tiers aux frais du débiteur ». Cette disposition, contenue dans le régime général de l'obligation, est applicable en toute matière, et donc notamment à l'obligation de réparation découlant de la responsabilité extra-contractuelle. Elle est également applicable en matière contractuelle mais l'article 5.85, alinéa 3, précise dans cette hypothèse qu'« [e]n cas d'urgence ou d'autres circonstances exceptionnelles et après avoir pris les mesures utiles pour établir l'inexécution du débiteur, le créancier peut aussi, à ses risques et périls, remplacer le débiteur par une notification écrite. Celle-ci

(84) Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 417, p. 439, qui voit dans ces dernières dispositions « de simples conseils pour le juge. Elles s'imposent à lui, dans la mesure où elles prolongent l'article 1156, dont le caractère obligatoire a été proclamé par la Cour de cassation ».

(85) Voy. en ce sens l'article 1218 du Code civil français.

(86) Voy. à cet égard *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 260 et s.

indique les manquements qui lui sont reprochés et les circonstances qui justifient le remplacement ». En d'autres termes, alors que le remplacement est en principe exclusivement judiciaire, il peut exceptionnellement être extrajudiciaire en matière contractuelle.

Dans son avis donné sur le texte, la section de législation du Conseil d'État s'est émue de cette différence de traitement. Elle a relevé en effet qu'« [i]l résulte de la disposition en projet, comparée à l'article [5.85], alinéa 3, en projet que le créancier d'une obligation contractuelle (ou, éventuellement, d'une obligation découlant d'un acte juridique unilatéral) et le créancier d'une obligation d'une autre nature ne sont pas traités de la même façon. Le texte de l'article [5.235] en projet ne prévoit en effet pas que ce dernier peut exercer le droit de remplacement par notification. Comparé à l'article [5.85], alinéa 3, en projet, il pourra donc être interprété comme excluant cette possibilité. Les raisons susceptibles de justifier la différence de traitement que cette exclusive comporte ne s'aperçoivent pas »(87).

Les développements de la proposition de Livre 5 ont dès lors été complétés comme suit : « [e]n réponse aux observations du Conseil d'État, il est précisé qu'aucune discrimination ne résulte du fait que le remplacement prévu à l'article 5.235 est nécessairement judiciaire tandis que, par exception, le remplacement en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle peut être extrajudiciaire dans les cas prévus et aux strictes conditions prévues à l'article 5.85. La justification de la différence de traitement trouve sa source dans le lien contractuel. En effet, le débiteur qui souscrit un engagement par contrat accepte ce faisant le risque qu'en cas d'inexécution de sa part, des mesures d'exécution particulièrement efficaces soient prises par le créancier, le cas échéant sans recours préalable au juge mais toujours sous le contrôle de celui-ci. En revanche, il serait contraire à la sécurité juridique et il résulterait un bouleversement du droit actuel de la responsabilité, si on faisait peser un tel risque sur le débiteur d'une obligation non contractuelle qui n'y a pas consenti. Il est par ailleurs rappelé qu'indépendamment du droit au remplacement, le créancier victime d'une inexécution est tenu, conformément à l'article 5.238, de prendre les mesures raisonnables pour limiter son dommage et que les frais raisonnables qui ont été engagés à cet effet peuvent être recouverts auprès du débiteur »(88).

(87) Avis n° 63.268/2 du 23 mai 2018 sur un avant-projet de loi portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 5 « Les obligations » (<https://bit.ly/Livre5CE>), pp. 24 et s.

(88) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 270.

f) Compétitivité

16. Concurrence normative. Il n'est pas nécessaire de souscrire à tous les postulats théoriques, voire même idéologiques, de l'analyse économique du droit pour reconnaître la réalité empirique du phénomène de la concurrence normative, par laquelle les praticiens du droit recourent à tous les outils à leur disposition (clauses d'élection de droit, clauses d'élection de for, clauses d'arbitrage, etc.) pour soumettre leurs relations juridiques – ou celles de leurs clients – aux règles qu'ils perçoivent comme étant les plus aptes à servir leurs intérêts (89).

Dans ce contexte, la décision pour un État de recodifier son droit des obligations – ou, au contraire, de lui conserver un statut essentiellement jurisprudentiel – n'est pas anodin. En effet, le choix d'un droit applicable pour régir un contrat, bien qu'il suppose en droit un accord des parties (90), n'intervient souvent en fait qu'aux termes d'âpres discussions. Il en va de même du choix du juge compétent qui, quoiqu'il soit théoriquement indépendant du choix du droit applicable, va souvent de pair avec celui-ci (91). Or, dans de telles négociations, l'accessibilité du droit choisi constitue assurément l'un des facteurs pris en considération par les parties ou, du moins, l'un des arguments susceptibles d'être avancés pour appuyer leurs préférences. Comment, en effet, convaincre une entreprise étrangère de se soumettre à un droit dont le contenu ne peut aisément être consulté ?

Même si l'argument relève sans doute, pour une certaine part, du fantasme, la réforme du droit français des obligations a d'ailleurs été justifiée par l'idée que « dans une économie mondialisée où les droits eux-mêmes sont mis en concurrence, l'absence d'évolution du droit des contrats et des obligations pénalisait la France sur la scène internationale » (92).

La recodification du droit belge des obligations est donc de nature à accroître l'attractivité du droit belge au bénéfice non seulement du secteur juridique belge (avocats, notaires, etc.) – puisque ceci accroît les chances

(89) G. L'HUILIER, « La concurrence normative transnationale », *R.I.D.E.*, 2018, pp. 251 et s., et réf. citées.

(90) Article 3 du règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

(91) Le considérant n° 12 du règlement Rome I reconnaît d'ailleurs qu'« [u]n accord entre les parties visant à donner compétence exclusive à une ou plusieurs juridictions d'un État membre pour connaître des différends liés au contrat devrait être l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer si le choix de la loi a été clairement énoncé ».

(92) Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *J.O.R.F.*, 11 février 2016, texte 25, p. 2.

qu'il soit fait appel à leurs services –, mais aussi des entreprises belges en général (puisque les parties conviennent fréquemment d'un for correspondant au droit retenu et que le choix d'une juridiction belge, ou à tout le moins du droit belge, est de nature à diminuer les coûts pour les entreprises belges en cas de litige).

§ 2. Les résistances à la réforme

17. Coûts et dangers d'un droit nouveau. Une des critiques fréquemment entendues à l'encontre d'une réforme du droit des obligations est le coût qu'elle représente pour les acteurs de terrain, qui devront se former au nouveau droit.

Si le point – inhérent à toute réforme – est incontestable, il me paraît toutefois devoir être doublement relativisé.

D'une part, le coût de l'adaptation au droit nouveau sera d'autant plus réduit que la codification intervient à droit constant et que les règles codifiées sont donc déjà largement connues et appliquées dans la pratique (93).

D'autre part, le coût du changement doit être mis en balance avec celui du *statu quo*. Comme on l'a déjà relevé, le droit actuel présente un coût élevé pour les praticiens en raison de son manque d'accessibilité, qui les oblige à effectuer systématiquement des recherches approfondies de doctrine et de jurisprudence pour déterminer l'état du droit positif que le texte du Code civil ne reflète plus suffisamment (94). Ce coût est encore renforcé par l'instabilité – certes relative mais néanmoins réelle – du droit jurisprudentiel : en effet, en l'absence de base législative solide, la jurisprudence est plus prompte aux hésitations et, par conséquent, contraint à des recherches plus fréquentes et plus approfondies (95).

Le choix de réformer est donc avant toute une décision en opportunité prise sur la base d'une mise en balance globale des avantages et des inconvénients liés.

18. Risque d'obsolescence législative. Une autre crainte parfois exprimée est celle, en actualisant les textes, d'entraver l'évolution de la jurisprudence visant à s'adapter aux besoins nouveaux de la société, ou à tout

(93) Voy. *supra*, n° 4.

(94) Voy. *supra*, n° 5.

(95) Voy. *supra*, n° 6.

le moins d'entrer dans une spirale infernale dans laquelle le texte du Code civil devrait être réécrit tous les dix ans pour réaliser cette adaptation.

La commission de réforme était bien consciente du fait que la longévité du Code civil de 1804 s'explique, pour partie du moins, par la généralité et la flexibilité des principes qui y sont contenus⁽⁹⁶⁾. Même si le Livre 5 est plus détaillé que les anciens articles 1101 à 1381, il tente de s'inscrire dans la même philosophie, avec l'espoir que la doctrine et la jurisprudence pourront réaliser en douceur les évolutions nécessaires sans que les textes doivent être réécrits.

Pour ne citer que quelques exemples, la bonne foi présidant tant à la négociation (art. 5.15, al. 2) qu'à l'exécution du contrat (art. 5.73) et même à la période postérieure à son extinction (art. 5.114, al. 2), les informations attendues des parties dans la phase précontractuelle (art. 5.16), l'excusabilité de l'erreur-vice de consentement (art. 5.34), l'abus de la position de faiblesse du cocontractant (art. 5.37), la déterminabilité de l'objet du contrat (art. 5.49), le caractère abusif de la clause non négociable qui crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties (art. 5.52), les mobiles connus de l'autre qui ont déterminé chaque partie à conclure le contrat (art. 5.53), le caractère manifestement pas approprié de la nullité eu égard au but de la règle violée (art. 5.57, al. 2), la divisibilité du contrat (art. 5.63), l'interprétation du contrat manifestement inconciliable avec la portée de l'écrit qui le constate (art. 5.64, al. 2), le changement de circonstance rendant excessivement onéreuse l'exécution du contrat (art. 5.74) ou encore le préavis raisonnable requis pour la résiliation des contrats à durée indéterminée (art. 5.75) constituent autant de concepts suffisamment malléables pour permettre à la jurisprudence d'en préciser ultérieurement les contours en fonction des spécificités de chaque espèce et des besoins évolutifs de la pratique.

19. Risque d'insécurité juridique. Cette flexibilité des concepts utilisés a cependant un revers. Plusieurs voix se sont ainsi fait entendre pour s'inquiéter du risque d'insécurité juridique – voire même de cet indémontable épouvantail que constitue le « gouvernement des juges » – qui résulterait d'une marge d'interprétation si grande conférée aux magistrats.

À cette dernière objection, je répondrai sans hésitation qu'il ne faut pas confondre les effets et les causes, et que le Livre 5, loin d'être à la source

⁽⁹⁶⁾ Voy. à ce propos P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 2, b), pp. 22 et s.

d'une prise de pouvoir des magistrats, se borne à rendre visible une révolution silencieuse qui s'est déjà opérée depuis plusieurs décennies.

On sait en effet que, depuis le début du XX^e siècle, le modèle de la « balance des intérêts » imprègne la pensée juridique et est venu corroder toute velléité de concevoir le droit comme une discipline aussi implacable que la géométrie (97). Cette évolution se traduit non seulement par l'essor de concepts à contenu ouvert (bonne foi, ordre public, faute...), mais également par l'omniprésence du principe de proportionnalité (au travers de l'abus de droit, des droits fondamentaux, des libertés de circulation...)(98) qui s'oppose, de manière principielle, à l'admission de règles générales et uniformes mais commande au contraire l'adaptation des solutions aux particularités de chaque espèce.

Ce n'est donc pas le Livre 5, mais bien la jurisprudence et la doctrine, qui sont venues nuancer la portée de l'ancien article 1110 en y ajoutant la condition d'excusabilité de l'erreur(99), qui ont donné ses lettres de noblesse au principe de bonne foi(100) ou encore qui ont admis la théorie de la lésion qualifiée en dépit des termes de l'ancien article 1118(101). De manière générale et avec un brin de provocation, on pourrait même dire que plus un texte est rigide, et moins il a de chances de résister aux assauts de la jurisprudence au fil des décennies voire des siècles. Ainsi, la jurisprudence n'hésite plus aujourd'hui à affirmer sans sourciller que « [l']article 1142 du Code civil, aux termes duquel toute obligation de faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur, n'exclut pas que l'exécution en nature constitue le mode normal d'exécution forcée des obligations de faire lorsque celle-ci demeure possible »(102). De même, l'ancien article 1184, alinéa 3, aux termes duquel

(97) Sur ce mouvement de fond, cons. not. B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, 3^e éd., Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2011, n^{os} 205 et s., pp. 432 et s. ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 2002, pp. 97 et s.

(98) Voy. à cet égard l'étude classique de W. VAN GERVEN, « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *J.T.*, 1992, pp. 305 et s.

(99) Voy. en particulier Cass., 3 janvier 1944, *Pas.*, 1944, I, p. 132 et la note (2) signée R.H.

(100) Voy. not. C. DELFORGE, « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » (article 1135 du Code civil), *Droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 7 et s. ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (Fraus omnia corrumpit)*, Bruxelles, Bruylant, 2000 ; P. VAN OMMESLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *R.G.D.C.*, 1987, pp. 101 et s.

(101) Voy. en particulier Cass., 9 novembre 2012, *Pas.*, 2012, n^o 605.

(102) Cass., 4 mai 2020, R.G. n^o S.19.0075.F, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT. Voy. également P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (essai). Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, Bruxelles, Kluwer, 1993. Voy. aujourd'hui les articles 5.84 et 5.234.

« [l]a résolution doit être demandée en justice », n'a pas empêché la Cour de cassation de considérer au terme d'une longue évolution que « [c]ette règle ne fait pas obstacle à ce qu'en cas d'inexécution suffisamment grave pour justifier la résolution judiciaire, le créancier décide à ses risques et périls de résoudre le contrat par une notification au débiteur »(103). Enfin, les anciens articles 2, 1131 et 1133 n'ont pas retenu la jurisprudence de répondre aux appels de la doctrine(104) en admettant les possibilités de régularisation – et plus généralement d'écartement – des nullités même absolues(105).

On aurait donc tort de penser que le Livre 5 serait la cause d'une insécurité accrue en reconnaissant aux juges des pouvoirs qu'ils se sont en réalité déjà arrogés. Au contraire, la consécration de ces évolutions dans le texte de la loi offre l'occasion d'encadrer le phénomène à la fois en le rendant plus apparent – et donc plus susceptible de discussion critique –, mais aussi en tentant de préciser les critères au regard desquels les juges exerceront leur pouvoir d'appréciation.

20. Critiques de fond. Reste que toute codification implique toujours des choix sur le plan de la dogmatique(106), voire même en opportunité. D'autres conceptions que celles retenues par le Livre 5 auraient été défendables, comme le montre notamment l'étude du droit comparé. On gardera cependant à l'esprit que, malgré la parenté étymologique, la dogmatique juridique ne repose pas sur des dogmes(107), pas plus d'ailleurs que la « doctrine » juridique ne se veut doctrinaire. Il est donc normal et légitime que les choix posés soient soumis à l'épreuve la discussion(108).

C'est ainsi que, lors des auditions qui se sont tenues en commission de la Justice en juin 2021, plusieurs intervenants ont regretté le maintien de

(103) Cass., 23 mai 2019, *Pas.*, 2019, n° 314, avec les conclusions de M. l'avocat général Ph. DE KOSTER, *J.T.*, 2020, p. 21, note S. STIJNS et P. WÉRY, *R.G.D.C.*, 2020, p. 499, note S. VAN LOOCK. Voy. aujourd'hui l'article 5.93.

(104) Voy. not. F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Anvers/Cambridge, Intersentia, 2019, nos 474 et s., pp. 430 et s. ; J. VAN MEERBEECK, « Repenser la théorie moderne des nullités », in C. DELFORGE et J. VAN MEERBEECK (dir.), *Les nullités en droit privé*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 7 et s.

(105) Voy. Cass., 6 janvier 2022, R.G. n° C.21.0089.N ; Cass., 22 novembre 2021, R.G. n° C.21.0046.N ; Cass., 22 janvier 2021, R.G. n° C.19.0303.N, avec les conclusions de Mme le premier avocat général R. MORTIER ; Cass., 7 novembre 2019, *Pas.*, 2019, n° 578, *J.T.*, 2020, p. 893, obs. E. DE DUVE, *R.W.*, 2020-2021, p. 900, note S. MEYS. Voy. aujourd'hui l'article 5.57, alinéa 2.

(106) J'entends par ce terme la représentation que l'on se fait du système juridique, par exemple le fait de distinguer entre régime et sources de l'obligation, ou parmi celles-ci entre actes juridiques et faits juridiques.

(107) Voy. sur ce point H. DÖLLE, « Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung », *RabelsZ*, 1970, vol. 34, pp. 403 et s.

(108) Comme l'a montré la nouvelle rhétorique de C. PERELMAN, le constat d'une divergence sur les valeurs ne doit pas constituer le terme, mais bien le point de départ et l'objet de la discussion. Voy. à ce propos R. JAFFERLI, *op. cit.*, *Les grandes valeurs*, n° 6, p. 47, et réf. citées.

certaines notions traditionnelles, telles que l'erreur-obstacle (109), la cause du contrat (110), les quasi-contrats (111) ou encore le caractère extérieur de la condition (112). Ce « conservatisme » s'explique par l'objectif principal poursuivi par la commission de réforme, qui était de rendre plus accessible le droit existant sans révolutionner celui-ci lorsque le besoin concret ne s'en faisait pas ressentir (113).

Des critiques plus ponctuelles ont également été formulées. Ainsi, par exemple, on s'est ému de l'uniformisation des régimes du dol et de la violence qui doivent désormais tous deux émaner du cocontractant, de son représentant ou de son complice (114). La violence émanant du véritable tiers n'est donc plus prise en considération comme vice de consentement (115). Sur le modèle du droit néerlandais et du DCFR, il a semblé en effet à la commission de réforme que rien ne justifiait plus de traiter différemment la victime de la violence – qui peut aussi bien être physique que morale – de la victime du dol, lequel suppose une faute intentionnelle au sens du principe général du droit *fraus omnia corrumpit* (116). Cela étant, il faut être conscient, d'une part, que la victime de la violence émanant d'un véritable tiers n'est pas démunie de tout recours (117), et d'autre part, que le cas se présentera sans doute rarement en pratique (118).

Bien sûr, le Livre 5 demeure une œuvre humaine et il est probable que des difficultés d'interprétation ou d'application plus ou moins sérieuses se présenteront à l'usage. On peut toutefois prudemment espérer qu'elles ne seront pas d'une gravité telles qu'elles remettront en cause le principe même de la réforme.

(109) Art. 5.31, al. 2.

(110) Art. 5.53 et s.

(111) Art. 5.127.

(112) Art. 5.141, lequel explique que la réserve de propriété soit traditionnellement analysée comme un terme suspensif et non une condition suspensive : voy. Cass., 9 février 1933 (deux espèces), *Pas.*, 1933, I, p. 103, avec les conclusions de M. le procureur général P. LECLERCQ.

(113) Voy. *supra*, n° 4.

(114) Art. 5.33, al. 3. Voy. not. à ce propos la contribution de S. DE REY dans le présent ouvrage et Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-1805/004, p. 118.

(115) Comp. anc. art. 1111.

(116) Voy. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 37. On notera que ce principe général du droit est désormais consacré à l'article 1.11.

(117) Outre l'action en responsabilité extracontractuelle qu'elle peut introduire contre ce tiers, elle pourra aussi invoquer l'abus de circonstances (article 5.37) à l'encontre de son cocontractant qui, sans être complice de ce tiers, a néanmoins profité de la position de faiblesse de la victime pour lui imposer des prestations manifestement déséquilibrées.

(118) Il semble peu probable en effet qu'une violence soit infligée à une personne pour la convaincre de conclure un contrat alors que l'auteur de cette violence n'aurait pas le moindre lien avec le cocontractant de la victime qui permettrait de le qualifier de représentant ou de complice de celui-ci.

SECTION 3. STRUCTURE DE LA RÉFORME (119)

21. Structure défaillante de l'ancien Code civil. Les insuffisances du Code civil de 1804 sur le plan de la structure sont bien connues(120). En effet, l'essentiel des règles du droit des obligations figurent sous un titre III intitulé « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général » (art. 1101 à 1369). Or, il existe également à côté des obligations conventionnelles, comme le reconnaît d'ailleurs l'article 1370, d'autres obligations, telles que l'obligation extracontractuelle de réparer le dommage causé par une faute ou l'obligation légale de payer l'impôt. Formellement, les dispositions du titre III ne s'y appliquent pas, ce qui entraînerait une incomplétude critiquable du système (puisque, par exemple, il est nécessaire de régler la manière dont ces obligations peuvent être payées). La jurisprudence a bien évidemment pallié ce défaut de structure du Code en appliquant, par analogie, de nombreuses dispositions du titre III aux obligations non contractuelles(121), mais des incertitudes subsistent néanmoins. Ainsi, par exemple, on s'est interrogé sur le point de savoir si l'octroi d'un terme de grâce, prévu à l'article 1244, alinéa 2, est possible pour les obligations extracontractuelles(122).

22. Tension entre les impératifs de complétude, de parcimonie et d'accessibilité. Une structure différente, comme celle adoptée par le Code civil allemand (BGB), est de nature à éviter ces incertitudes(123). On sait en effet que le BGB présente une structure systématique, puisqu'il comporte notamment un Livre 1^{er}, intitulé « Partie générale », qui énonce aux paragraphes 104-240 des règles applicables à tous les actes juridiques, et un Livre 2, intitulé « Droit des rapports d'obligation », comportant lui-même plusieurs sections, dont une section 3 consacrée aux « Rapports d'obligation issus d'un contrat » et des sections 4 à 7 consacrées respectivement à l'extinction des rapports d'obligations, la cession de créance, la reprise de dette et la pluralité de créanciers et de débiteurs. Il contient enfin une section 8 portant sur les rapports d'obligations particuliers, dont chaque titre correspond à l'étude des différents contrats spéciaux ou, s'agissant

(119) Les réflexions qui suivent constituent le prolongement de celles déjà formulées dans R. JAFFERLI, *op. cit.*, *Les grandes valeurs*, n^{os} 34 et s., pp. 105 et s.

(120) Voy. not. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n^o 3, p. 13.

(121) *Ibid.*

(122) Voy. à ce propos P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, n^{os} 677 et s., pp. 615 et s., et réf. citées.

(123) Sur la structure du BGB, voy. not. F.J. SÄCKER, « Einleitung », *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 1, 8^e éd., Munich, Beck, 2018, n^{os} 24 et s.

des titres 26 et 27, respectivement à l'enrichissement sans cause et aux actes illicites. La structure du BGB est donc complexe, mais indique de manière explicite l'ensemble des règles applicables à une obligation quelle qu'en soit la source (124).

Comme toute valeur, la complétude est toutefois susceptible d'entrer en concurrence avec d'autres valeurs (125). C'est ainsi que les auteurs d'un code peuvent également être guidés par des objectifs d'élégance stylistique (parcimonie) et de lisibilité (accessibilité), qui se trouvent eux-mêmes dans un rapport de tension (126).

L'objectif de parcimonie commande de formuler les règles de la manière la plus synthétique et la plus abstraite possible (127). À l'inverse, l'objectif d'accessibilité invite à formuler les règles de la manière la plus concrète possible, quitte à devoir multiplier celles-ci – ou du moins prévoir des renvois entre elles – de manière à rencontrer également l'objectif de complétude.

Ainsi, par exemple, dans le BGB, l'exception d'inexécution est réglée au paragraphe 320, lequel se situe sous le titre 2, consacré aux contrats synallagmatiques, de la section 3 du Livre 2. Le législateur allemand ayant toutefois également voulu rendre l'exception d'inexécution applicables aux restitutions consécutives à la résolution du contrat, un renvoi explicite au paragraphe 320 figure au paragraphe 348, lui-même situé au titre 5 de la section 3. L'objectif de complétude est donc rencontré au prix d'une répétition de la règle, c'est-à-dire au mépris du principe de parcimonie. Le même résultat aurait pu être atteint en insérant par exemple dans la section 3 un titre comportant des règles communes aux rapports d'obligation synallagmatiques (applicable aussi bien aux contrats synallagmatiques qu'aux rapports de restitution issus de la résolution d'un contrat synallagmatique), mais ceci aurait rendu la structure du texte encore moins accessible.

23. Structure du Livre 5 – Cas des sanctions de l'inexécution. La structure du Livre 5 est décrite comme suit dans les travaux préparatoires :

(124) Pour une structure similaire, voy. également le Cadre commun de référence et, à ce propos, STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE et RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Munich, Sellier, 2009 (ci-après le « DCFR »), n^{os} 44 et s., pp. 27 et s. ; S. GRUNDMANN, « The Structure of the DCFR – Which Approach for Today's Contract Law? », *ERCL*, 2008/3, pp. 225 et s.

(125) Voy. à ce propos R. JAFFERALI, *op. cit.*, *Les grandes valeurs*, n^o 3, pp. 41 et s.

(126) Comp. dans le même sens C. DE KLUIVER et O. OOST, *op. cit.*, *Ars Aequi*, 2017, n^o 2.1, p. 4.

(127) Sur la loi dite du rasoir d'Ockham comme principe méthodologique, voy. A. BAKER, « Simplicity », in E. N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016, en ligne : <https://plato.stanford.edu> ; A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., Paris, P.U.F., 2010, v^o *Parcimonie*, p. 738.

« Un effort de remise en ordre des dispositions du Code civil relatives au droit des obligations s'imposait. Le plan actuel manque, en effet, de cohérence. Le Titre III "Des contrats ou des obligations conventionnelles en général", composé des articles 1101 à 1369, mêle, en effet, aussi bien des dispositions propres aux obligations contractuelles que des textes intéressant toutes les obligations (par exemple, les articles relatifs au paiement ou à la mise en demeure du débiteur). Aussi la proposition opère-t-elle une nette distinction entre les sources des obligations (les actes juridiques, la responsabilité extra-contractuelle, les quasi-contrats) et le régime général de l'obligation. Celui-ci traite de questions qui touchent toute obligation, quelle qu'en soit la source. Après un premier titre contenant des dispositions introductives, le deuxième titre du futur livre 5 est consacré aux sources, et le troisième à ce régime général » (128).

Dès lors que la structure d'un code ne répond pas exclusivement à des impératifs logiques mais procède, plus largement, de choix argumentés, la structure retenue par la réforme du droit belge des obligations est naturellement sujette à discussion (129).

À titre d'illustration, on s'interrogera sur la place dans le Livre 5 des dispositions relatives à l'inexécution des obligations, qui constitue sans doute l'une des questions les plus délicates.

L'une des difficultés résulte en effet du fait que, si certaines sanctions (telles que l'exécution en nature) sont envisageables pour toutes les obligations quelle qu'en soit la nature, d'autres en revanche (telles que la résolution ou la réduction du prix) sont réservées aux obligations contractuelles. En outre, si l'on admet que l'inexécution d'une obligation contractuelle puisse engager la responsabilité contractuelle de son auteur et ainsi être la source d'une obligation (secondaire) de réparation (130), se pose alors la question de l'articulation entre les règles relatives à la responsabilité (en tant que source d'obligation) et celles traitant de l'inexécution des obligations.

Différentes pistes sont à cet égard envisageables.

Un premier modèle est offert par le nouveau Code civil français. Le droit des obligations y est désormais traité dans différents titres du Livre 3, à savoir les titres III (« Des sources d'obligations »), IV (« Du régime général

(128) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 8.

(129) Voy. ainsi l'intéressante étude de X. THUNIS, *op. cit.*, *Les grandes évolutions du droit des obligations*, pp. 375 et s.

(130) Voy. not. R. JAFFERLI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in R. JAFFERLI (dir.), *Le droit commun des contrats*, Bruxelles, Bruylant, 2016, n° 24, pp. 182 et s. ; S. STIJNS, *Verbintissenrecht*, Livre 1, Bruges, die Keure, 2015, n°s 194 et s., pp. 152 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, n° 544, p. 834 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 533, p. 545.

des obligations ») et *IVbis* (« De la preuve des obligations »). L'accent est résolument mis sur les obligations contractuelles puisque l'inexécution est traitée le plus en détail dans le sous-titre I^{er} du titre III, intitulé « Le contrat », dont la section 5 énonce les différentes sanctions de l'inexécution (131). Plus précisément, les articles 1231 à 1231-7, qui figurent dans une sous-section 5 intitulée « La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat », consacrent en réalité la responsabilité contractuelle, par opposition à « La responsabilité extracontractuelle » qui forme le sous-titre II du titre III. Enfin, il faut mentionner dans le titre IV un article 1341 qui dispose que « [l]e créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi ».

Si cet ensemble présente une grande lisibilité, il pourrait sans doute se voir reprocher de pécher par incomplétude. Ainsi, à s'en tenir à la lettre du texte, l'exception d'inexécution ne pourrait pas trouver à s'appliquer aux obligations légales se trouvant dans un rapport synallagmatique (132), et il n'est par ailleurs pas certain que l'inexécution d'une obligation non contractuelle (telle qu'une obligation issue d'un enrichissement injustifié) puisse engager la responsabilité du débiteur.

La solution inverse à celle retenue par le droit français consiste à régler les sanctions de l'inexécution dans une partie générale du code, applicable à toutes les obligations indépendamment de leur source. Telle est la solution retenue par le droit allemand (§§ 249 et s. du BGB), le Code civil du Québec (art. 1590 et s.) ou le DCFR (art. III. – 3:101 et s.). Une telle solution rencontre *a priori* mieux l'objectif de complétude. Toutefois, dès lors que certaines des sanctions envisagées sont réservées aux obligations contractuelles, un traitement spécifique de celles-ci est nécessaire. Il peut consister, soit à extraire les sanctions contractuelles et à les déplacer dans une autre partie du code propre aux contrats (ainsi, les §§ 320 et s. du BGB relatifs aux contrats synallagmatiques), soit à restreindre le champ d'application de certaines dispositions figurant pourtant dans la partie générale en précisant qu'elles ne s'appliquent qu'en matière contractuelle (ainsi, les articles 1604 et suivants du Code civil du Québec relatifs à la résolution

(131) À savoir l'exception d'inexécution, l'exécution en nature, la réduction du prix, la résolution, la réparation des conséquences de l'inexécution et la force majeure.

(132) S'agissant des restitutions consécutives à l'annulation ou à la résolution du contrat, on notera que l'article 1352-9, qui prévoit que « [l]es sûretés constituées pour le paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme », ne semble pas textuellement applicable à l'exception d'inexécution.

ou résiliation du contrat et à la réduction de l'obligation corrélative, ou l'article III. – 3:501 du DCFR).

Si l'on adopte ce second modèle, l'objectif de complétude est mieux respecté, mais au prix d'une perte en termes d'accessibilité (puisque, dans le BGB, le lecteur doit passer d'une section à l'autre du Code pour avoir un aperçu complet des sanctions disponibles), voire de cohérence (puisque, dans le Code civil du Québec et le DCFR, des dispositions à finalité spécifique se trouvent placées dans une section à vocation générale)(133).

Enfin, une solution intermédiaire est adoptée par le Livre 5. Elle consiste à énumérer dans la partie relative aux contrats, plus spécialement aux articles 5.82 et suivants, l'ensemble des sanctions relatives aux obligations contractuelles, et à reprendre à nouveau dans le régime général, plus spécialement aux articles 5.224 et suivants, les sanctions des obligations en général, et ce même si certaines des sanctions leur sont communes.

Une telle approche permet de rencontrer l'objectif de complétude puisque les dispositions du régime général s'appliquent, par définition, à l'ensemble des obligations quelle qu'en soit la source(134). Elle offre également une plus grande accessibilité pour le lecteur puisque, confronté à un contrat, il trouvera dans les articles 5.4 à 5.124 l'ensemble des règles qui lui sont applicables de sa conclusion à son extinction, quitte à devoir suivre les renvois vers le régime général qui figurent parmi ces dispositions. Il est vrai que ces renvois impliquent en contrepartie des répétitions et, partant, une perte d'élégance stylistique que d'aucuns pourront regretter(135).

Les développements qui précèdent montrent en tout cas qu'il n'y a malheureusement pas de solution parfaite et que quelle que soit la structure retenue, elle implique un arbitrage entre les objectifs concurrents de complétude, de parcimonie et d'accessibilité.

(133) Les auteurs du DCFR étaient conscients de cette difficulté mais ont considéré qu'elle constituait un moindre mal : voy. C. VON BAR, E. CLIVE et H. SCHULTE-NÖLKE (dir.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Munich, Sellier, 2009, n° 46, p. 28.

(134) Ceci est d'ailleurs confirmé à l'article 5.138.

(135) Voy. X. THUNIS, *op. cit.*, *Les grandes évolutions du droit des obligations*, n° 9, p. 386. Voy. également I. CLAEYS et T. TANGHE (dir.), *Algemeen contractenrecht (tweede editie) (gebonden editie)*, Anvers, Intersentia, 2022, n° 28, p. 36, qui, non sans humour, écrivent que ces renvois font du Livre 5 un *page turner*... au sens littéral du terme !

SECTION 4. APPLICATION DANS LE TEMPS

24. Régime transitoire. Reste à aborder brièvement l'application dans le temps du Livre 5 (136).

Selon l'article 63 de la loi portant le Livre 5, « [l]a présente loi entre en vigueur le premier jour du sixième mois qui suit celui au cours duquel elle aura été publiée au *Moniteur belge* ». Bien que la loi ne soit pas encore publiée au jour où j'écris ces lignes, on peut raisonnablement supposer que l'entrée en vigueur interviendra donc à la fin 2022 ou au début 2023.

Qu'en est-il du droit transitoire ? On sait à cet égard que, selon les règles ordinaires applicables en matière contractuelle – codifiées à l'article 1.2, alinéa 3 –, « la loi ancienne reste applicable aux contrats conclus sous l'empire de cette loi, sauf si la loi nouvelle est d'ordre public ou impérative ou si elle prescrit son application aux contrats en cours. Néanmoins, la validité du contrat demeure régie par la loi applicable au moment de sa conclusion ». Selon ces principes, le Livre 5 aurait donc été applicable non seulement aux contrats conclus après la date de son entrée en vigueur, mais aurait également été immédiatement applicable, dans ses dispositions impératives ou d'ordre public, aux contrats en cours.

L'article 64 de la loi portant le Livre 5 déroge cependant à ces principes en vue de garantir une sécurité juridique maximale. En effet, il ne se contente pas de prévoir, à l'alinéa 1^{er}, le principe de l'application pour l'avenir, c'est-à-dire celui de l'application aux actes juridiques et aux faits juridiques survenus après la date d'entrée en vigueur du Livre 5. Il prévoit en outre, par dérogation aux règles ordinaires, que le droit antérieur demeure applicable (i) « aux effets futurs des actes juridiques et faits juridiques survenus avant l'entrée en vigueur de la présente loi » (l'application immédiate des dispositions d'ordre public ou impératives est donc ainsi écartée) et même (ii) « 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 » (ainsi, un paiement, une résiliation ou même un avenant relatif à un contrat conclu avant l'entrée en vigueur du Livre 5 reste soumis au droit antérieur).

En d'autres termes, afin de préserver les attentes des parties, les contrats conclus avant l'entrée en vigueur du Livre 5 demeurent intégralement

(136) Les mêmes principales valent, *mutatis mutandis*, pour le Livre 1^{er}.

soumis au droit antérieur, y compris en ce qui concerne leur modification ou leur extinction postérieure à cette entrée en vigueur. L'alinéa 2 réserve toutefois expressément la possibilité d'une application immédiate du Livre 5 aux contrats en cours (ainsi qu'aux actes et aux faits qui s'y rapportent) de l'accord des parties.

De la sorte, l'ancien et le nouveau droits seront encore amenés à cohabiter pendant longtemps. Ceci n'empêche toutefois pas un rapprochement entre ces deux droits par une (ré)interprétation du droit ancien à la lumière du droit nouveau, comme la jurisprudence a déjà commencé à le faire⁽¹³⁷⁾.

(137) Sur cette question, voy. et comp. I. CLAEYS et T. TANGHE, « Nabeschouwing – Wetsvoorstel verbintenis: anticiperend toepassen of interpreteren? », *R.W.*, 2020-2021, pp. 1477 et s. ; E. DIRIX, « Rechtspraak en Nieuw BW: vooruitlopen en teruggrijpen », *R.W.*, 2020, pp. 1158 et s. ; E. DIRIX et P. WÉRY, « Le nouveau Code civil : un état de la situation », *R.G.D.C.*, 2020, pp. 322 et s.