

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

C E N T R E D E D R O I T D E S O B L I G A T I O N S

**La résolution pour
inexécution en droit
belge : conditions et
mise en œuvre**

par
Sophie STIJNS

Doc. 99/28

*Texte provisoire remis aux participants lors de la séance
des 19 et 20 novembre 1999.
A paraître dans la Bibliothèque de droit privé chez LGDJ.*

LA RESOLUTION POUR INEXECUTION EN DROIT BELGE: CONDITIONS ET MISE EN OEUVRE

(TEXTE PROVISOIRE)

SOPHIE STIJNS

CHARGÉ DE COURS AUX FACULTÉS DE DROIT DE LA
KATHOLIEKE UNIVERSITEIT LEUVEN ET DE LA KATHOLIEKE UNIVERSITEIT BRUSSEL
CHARGÉ DE COURS INVITÉ À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN (1998-1999)
AVOCAT

*"Enfin, on ne possède souvent pas
une notion juste des pouvoirs du juge,
tant en matière de résolution judiciaire
qu'en matière de résolution "de plein droit".
Tout cela démontre que, sous couleur de vérité élémentaire,
la résolution des contrats pour inexécution a subi,
dans la pratique judiciaire,
des déformations profondes et regrettables."
(H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II,
Bruxelles, Bruylant, 1964, n° 873).*

INTRODUCTION ¹

1. La base légale. - Dans tout contrat synallagmatique, le créancier, victime d'une inexécution fautive de la part de son débiteur, possède le droit de faire résoudre ce contrat par le juge. Le droit à la résolution lui est accordé par l'article 1184 du Code civil, dont la rédaction est identique au texte du Code civil français. L'article 1184 du Code civil belge est libellé comme suit:

"La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

1. Les chroniques et examens de jurisprudence en matière de droit des obligations et des contrats spéciaux, seront abrégés sous les formes suivantes: "Examen" (dans la *R.C.J.B.*), "Chronique" (dans le *J.T.*), "Overzicht" (dans *T.P.R.*) ou "Kroniek" (dans le *R.W.*). Pour les chroniques les plus récentes en droit des obligation, voy.: E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, "Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992)", *R.W.*, 1992-93, I, 1209-1237 et II, 1249-1265; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)", *J.T.*, 1996, 689-752; P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence (1974-1982). Les obligations", *R.C.J.B.* 1986, 33-259 et 1988, 33-187; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht (1981-1992)", *T.P.R.*, 1994, 171-721.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances".

On remarque que cet article contient deux sortes de dispositions distinctes: d'une part, les dispositions concernant *le droit à la résolution* du créancier victime d'une inexécution dans un contrat synallagmatique (partie soulignée), et, d'autre part, celles qui se rapportent au *droit d'option du créancier* entre l'exécution forcée ou la résolution du contrat inexécuté.

2. Droit d'option et droit à la résolution du créancier. - Ces deux groupes de dispositions sont intimement liés, puisque la demande en résolution d'un contrat s'identifie à l'exercice, par le créancier, de son droit d'option. Un véritable choix entre l'exécution et la résolution du contrat ne s'offre, dès lors, au créancier, que lorsque les conditions de fond du droit à la résolution sont réunies. Autre conséquence de ce lien étroit entre le droit d'option et la résolution, est que l'appréciation, par le juge, de la bonne foi du créancier dans l'exercice de son droit à la résolution, se confond avec et prend place dans l'appréciation plus globale de la bonne foi du créancier dans l'exercice de son droit d'option.

Il est, dès lors, difficile de traiter de la résolution pour inexécution des contrats, sans y associer étroitement l'étude des problèmes posés par le droit d'option entre l'exécution du contrat et sa résolution.

3. Plan de l'étude. – Un *premier chapitre* aborde les principes fondateurs de la résolution, ses caractéristiques ainsi que sa place dans les modes de dissolution des contrats. On y signalera le problème constant de terminologie dans cette matière.

Un *deuxième chapitre* sera consacré au droit du créancier de choisir entre la continuation du contrat inexécuté et sa fin.

La part du lion revient au *troisième chapitre* de cette étude qui analyse les trois régimes de la résolution pour inexécution: le régime légal de la **résolution judiciaire**, le régime jurisprudentiel de la résolution non judiciaire en vertu de circonstances exceptionnelles (ou la '**résolution unilatérale**'), et, enfin, le régime conventionnel de la résolution non judiciaire en vertu d'une convention entre parties ou "**clause résolutoire expresse**".

CHAPITRE I

CARACTERISTIQUES ET FONDEMENT DE LA RESOLUTION

SECTION 1. - CARACTÉRISTIQUES.

4. Sanction et libération. – En droit belge, l'essence de la résolution pour inexécution tient en deux mots: "libération" et "sanction"².

5. Sanction. – L'on peut déduire de l'article 1184 C. civ. certains éléments qui permettent une première ébauche de la résolution. Le droit à la résolution est le corollaire des contrats synallagmatiques. Sa mise en oeuvre suppose la présence d'un manquement fautif dans le chef du débiteur³. Bien que le législateur présume une "condition résolutoire tacite" dans tout contrat synallagmatique⁴, la résolution n'agit pas de plein droit mais elle doit être demandée au juge par le créancier. La résolution, selon le régime légal, est donc une *résolution judiciaire*, qui ne sera accordée par le juge qu'après un contrôle et une appréciation prétendue très large (la doctrine et la jurisprudence acceptent cependant la résolution non judiciaire). Selon le texte de l'article 1184 du Code civil, il lui appartient d'accorder un délai au débiteur afin qu'il exécute la prestation en souffrance. De son côté, le créancier peut réclamer des dommages-intérêts additionnels.

La doctrine s'accorde pour estimer que la résolution en vertu de l'article 1184 C. civ. est en essence une sanction légale qui permet, à la demande du créancier lésé et sur décision du juge, de dissoudre le contrat en cas d'inexécution fautive du débiteur⁵. Ce caractère de sanction est déduit de l'exigence d'une inexécution fautive, du fait que le droit à la résolution revient au créancier victime de l'inexécution et de la possibilité d'obtenir, en plus de la résolution, des dommages-intérêts.

L'intervention préalable et obligatoire du juge s'explique également par ce caractère de sanction: c'est parce qu'elle sanctionne un débiteur défaillant que la résolution doit être demandée en justice⁶. La

². S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten (thèse)*, Anvers, Maklu, 1994, (702p.), n° 3-8, 89-95.

³. Une partie de la doctrine française estime, non sans être critiquée, que l'inexécution ne doit pas nécessairement être fautive, ce qui permet de fonder la dissolution du contrat en cas de force majeure sur l'article 1184 du Code Civil. Nous reviendrons sur ce point. Voy.: S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n° 21-22.

⁴. Formulation erronée et qui ne participe pas de l'essence de la résolution: M. STORCK, v° *Résolution judiciaire (art. 1184)*, *Jur.-Cl. Civ.*, n° 1 et 13, qui souligne que le législateur n'use pas de cette formulation dans les autres articles du Code civil consacrés à la résolution; S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n° 88 et sur l'historique: n° 74-87; W. RUITINGA, *Ontbinding van overeenkomsten wegens wanprestatie naar Nederlandsch en Fransch recht (Diss. Amsterdam)*, Amsterdam, Scheltema & Holkema's, 1936, p. 138 et s. & p. 199 et s.; G. SCHOLTEN, *Wanprestatie als ontbindende voorwaarde bij wederkerige overeenkomsten (Diss. Amsterdam)*, Amsterdam, Scheltema & Holkema's, 1914, 240p.

⁵. R. CASSIN, "Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution", *R.T.D.C.* 1945, (159), p. 160 et 168; R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk recht*, II, Bruxelles, Bruylant, 1971, n° 179; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Bruxelles, Bruylant, 1964, n° 832/B, 875, 885-886 et s.; J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, III, *Les obligations. Les effets du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1992, n° 383-384; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, II, Paris, Sirey, 1933, n° 378 e.v.; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, Bruxelles, Larcier, 1977, 268.

⁶. R.O. DALCQ, "Rapport sur les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial belge", in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. XVII, Paris, Dalloz, 1968, (68), n° 34 (abrégé: "Rapport

véritable portée des pouvoirs des juges en matière de résolution est moins limpide. Une lecture stricte de l'article 1184 C. civ. permet de limiter son rôle à un pouvoir d'accorder un délai au débiteur⁷. Le législateur et les premiers commentateurs du Code Napoléon confinaient le juge dans ce rôle bien défini. Ce n'est que durant la deuxième partie du 19^{ième} siècle que l'intervention du juge s'est muée en un "privilège", un pouvoir que certains n'ont pas hésité à nommer "discretionnaire" (voir *infra*).

6. Libération. – La résolution est également un des modes de *dissolution des contrats*⁸, libérant le créancier du lien contractuel⁹. Le terme *dissolution* est compris au sens large, tel que le comprend Henri DE PAGE¹⁰. Ce concept regroupe toutes les causes de dissolution du contrat: nullité, résolution pour inexécution fautive et en vertu d'une condition résolutoire de droit commun, résiliation (unilatérale ou par *mutuus dissensus*), révocation, rescision, théorie des risques et, depuis peu, la caducité. Dans la section suivante, nous tenterons de faire la distinction entre ces différents modes de dissolution des contrats.

Historiquement conçue comme la peine ou la sanction infligée au débiteur infidèle à la parole donnée¹¹, l'on constate que le droit actuel met également en exergue la possibilité pour le créancier de se libérer de ses propres engagements¹². Les parties contractantes n'ont entendu s'engager qu'à la condition que la partie adverse tienne sa promesse, sans quoi, le contrat doit pouvoir être effacé. On rencontre, dès lors, régulièrement le point de vue selon lequel l'article 1184 C. civ. forme une exception légale au principe de la convention-loi, inscrit à l'art. 1134, al. 1 du Code civil. Nous verrons plus loin que la raison de cette dérogation réside dans le *caractère propre du contrat synallagmatique*. Dans ce genre de contrat, les parties veulent instaurer une interdépendance entre leurs obligations respectives. La dissolution du contrat doit, dès lors, être possible chaque fois qu'une obligation perd sa raison d'être parce que l'obligation corrélatrice reste en souffrance d'exécution¹³. Le droit à la résolution en cas d'inexécution se situe, en définitive, dans le prolongement de la volonté des parties à un contrat synallagmatique.

Il est important de remarquer que dans les législations où la résolution est non judiciaire, comme en droit hollandais, le caractère de sanction est refoulé (et la résolution peut s'appliquer indifféremment

sur les sanctions"); R. DEKKERS, *Handboek*, II, n° 181/C; H. DE PAGE, *Traité*, II, n° 875 & 886; L. JOSSERAND, *Cours*, II, n° 382.

⁷. Dans ce sens: H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1927, p. 342; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, II, Paris, Larose et Tenin, 1907, n° 924; F. MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code Civil*, II, Paris, Garnier, 1881, n° 1214; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Paris, L.G.D.J., 1926, n° 1316.

⁸. Voy. S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n°s 13-14. Certaines causes de dissolution d'un contrat sont également une cause d'extinction d'une obligation.

⁹. La résolution est donc simultanément une cause de dissolution d'un contrat synallagmatique (DE PAGE, *Traité*, II, n° 768) et une sanction de droit privé (voy. aussi: J. GHESTIN, *Traité*, III, n° 384).

¹⁰. *Traité*, II, n° 752 et s.

¹¹. S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n° 94.

¹². C. ASSER, *Verbintenissenrecht*, II, *Algemene leer der overeenkomsten*, door RUTTEN, L.E.H., Zwolle, Tjeenk Willink, 1982, p. 337 (abrégé: ASSER-RUTTEN, II); H. DE PAGE, *Traité*, II, n° 755; J. GHESTIN, *Traité*, III, n° 384; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Cours de droit civil, Les obligations*, Paris, Cujas, n° 537; W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, in *Reeks Sociaal Recht*, Anvers, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, p. 494; M. STORCK, v° *Résolution judiciaire (art. 1184)*, *Fasc. 1, Jur.-Cl. Civ.*, 1988, n° 1.

¹³. J. CARBONNIER, *Droit civil*, IV, *Les obligations*, Paris, P.U.F., 1988, n° 80; H. DE PAGE, *Traité*, II, n° 836 et 874-875, p. 834-835.

en cas d'inexécution fautive ou non fautive) à la faveur d'un droit du créancier à sa libération, plus absolu.

SECTION 2. – FONDEMENT(S).

7. Un double fondement. – Sont souvent nommés comme fondement de la résolution de l'article 1184 C. civ.: la volonté présumée des parties contractantes (choix du législateur et des exégètes)^{14 15}, l'interdépendance des obligations réciproques, la théorie de la cause (telle que développée par CAPITANT¹⁶)¹⁷, l'équité¹⁸ et le caractère de sanction ...¹⁹. L'on remarque immédiatement que ces

¹⁴. En ce sens: MOURLON, II, n° 1213; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Civil*, t. 12, *Des contrats*, I, Bruxelles, Stiénon, 1868, n° 489; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 17, Bruxelles, Bruylant, 1878, n° 122; BAUDRY-LACANTINERIE & BARDE, II, n° 902 & 904; G. DIMITRESCO, *De la condition résolutoire dans les contrats (thèse)*, Paris, Giard & Brière, 1906, p. 107; NECHITCH, S., *L'action en résolution dans les contrats (thèse)*, Paris, Jouve, 1909, p. 14-16; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Paris, L.G.D.J., 1926, n° 1309; -, n. 2 (sous Cass.fr. 14 avril 1891), *D.*, 1891.I.329; JOSSERAND, II, n° 378 e.v.; *Pandectes belges*, v° *Condition résolutoire*, 1887, n° 276 et v° *Résolution (convention)*, 1906, n° 26; DE PAGE, II, n° 875; Ch. LARROUMET, *Droit civil*, III, *Les obligations/I*, Paris, Economica, 1986, n° 701, p. 678.

¹⁵. Le point faible de ce fondement est qu'il n'offre pas d'explication pour l'intervention obligatoire du juge afin d'obtenir la libération du créancier. En effet, selon certains auteurs la résolution basée sur la volonté présumée des parties devrait agir de plein droit en vertu de cette volonté. Voy. J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français (thèse)*, Paris, Jouve, 1920, p. 270; H. CAPITANT, *De la cause*, n° 151, note 1 et n° 152-153; E. LEPELTIER, *La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations (thèse Caen)*, Paris, Dalloz, 1934, p. 72-75; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, II, *Obligations*, Paris, L.G.D.J., 1957, n° 521; CARBONNIER, IV, *Les obligations*, n° 81, p. 338; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit Civil, Les obligations*, I: *Les sources*, Paris, Sirey, 1988, n° 339; H. & L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, II, *1er Vol., Obligations: théorie générale*, 8ième éd. par F. CHABAS, Paris, Montchrestien, 1991, n° 1089; B. STARCK, *Droit civil, Obligations*, II, *Contrat*, par H. ROLAND et L. BOYER, Paris, Litec, 1989, n° 1575. Voy. les autres arguments pour délaisser ce fondement: M. PICARD et A. PRUDHOMME, "De la résolution judiciaire", *R.T.D.C.* 1912, (61), 61-64 et 104 et s.

¹⁶. H. CAPITANT, *De la cause*, n° 147; Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, VIII, *Les contrats et les obligations*, I, par G. LAGARDE, Paris, Rousseau, 1936, n° 764; PLANIOL & RIPERT, VI, n° 410-411, 420 i.f. & 421; A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil français*, par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Paris, Dalloz, 1957-1959, II, n° 738, 780 & 1021; R. DAVID, "Cause et consideration", p. 133; L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Précis de droit civil*, II, Paris, Dalloz, 1966, n° 559; R. PLAISANT, R., note (sous Civ.Seine 15 dec. 1954), *D.* 1955, (265), 268; P. VOIRIN, "Evolution de la cause des libéralités postérieurement à la donation ou au testament", in *Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, Paris, Dalloz, 1937, 895 e.v.; J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, L.G.D.J., 1965, n° 164. Récents: Y. BUFFELAN-LANORE, v° *Condition*, *Dall. Civ.*, n° 3; CARBONNIER, IV, *Les obligations*, n° 26 et 80, p. 333; LARROUMET, III, *Les obligations/I*, n° 472, 696, 701, p. 678 et 704; -, note (sous Cass.fr. 8 mai 1974), *D.* 1975, (305), p. 307; -, note (sous Cass.fr.Com. 3 mars 1975), *J.C.P.* 1976.II.18463; A. WEILL et F. TERRE, *Droit Civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 1986, n° 279, 463 et 480; B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, Paris, L.G.D.J., 1975, n° 64 & 315.

¹⁷. Pour les critiques, voy.: R. CASSIN, o.c., *R.T.D.C.* 1945, n° 3. La majorité de la doctrine belge est hostile à la théorie de la cause comme fondement à la résolution, estimant qu'elle est superflue dans la phase d'exécution des contrats. En ce sens: J. DABIN, "Les récentes destinées de la théorie de la cause des obligations", *B.J.* 1929, (329), 333; A. DE THEUX, "Résolution judiciaire: principes et applications en droit du travail", in *Permanence du droit civil en droit du travail*, Bruxelles, U.L.B., 1983, (97), p. 104; X. DIEUX, "Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé" (sous Comm. Brux. 16 janv. 1979), *R.C.J.B.* 1983, (380), p. 404; W. RAUWS, o.c., p. 294-295; P. VAN OMMESLAGHE, "La sanction de l'inexécution du contrat", in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1984, (200), n° 27. Un seul arrêt de la Cour de cassation y fait allusion (13 mars 1981, *J.J.P.*, 19983, 104) et l'on doit constater que la Cour se contente de l'interdépendance des obligations pour fonder l'exception d'inexécution. Enfin, la cause n'offre, à nouveau, pas d'explication au caractère judiciaire de la résolution. Voy. les vains efforts déployés par Ch. LARROUMET, III, *Les obligations/I*, n° 704 et 716.

concepts sont très proches et ne s'excluent pas nécessairement. Bien au contraire, nombreux sont les auteurs qui font appel à *différents fondements* ou "explications" qui doivent, une fois combinés, justifier ensemble l'existence d'un droit à la résolution du contrat ²⁰.

En droit belge l'on doit offrir un fondement qui parvient à prendre en compte la résolution dans toute sa complexité, c.à.d. la résolution en tant que cause de *libération* du créancier et la résolution en tant que remède *judiciaire* à l'inexécution, l'intervention préalable du juge étant exigée par l'art. 1184 C. civ. A ce jour, il est impossible de proposer un *fondement unique* au droit à la résolution. La résolution organisée par le Code Napoléon nécessite un *double fondement* afin d'expliquer l'entière du concept: l'interdépendance des obligations connexes explique la libération du créancier et le caractère de sanction explique le caractère judiciaire de la résolution.

Comme une partie de la doctrine ²¹, nous optons également pour l'interdépendance des obligations connexes et le caractère de sanction civile comme double fondement ²².

8. L'interdépendance. – Le droit à la résolution a connu une évolution grâce au développement de la notion de "contrat synallagmatique". On y rattache la notion juridique de l'exception d'inexécution, la théorie des risques et la résolution pour inexécution. En effet, chaque fois que les parties contractantes

¹⁸. Elle est reconnue comme la raison sous-jacente de la résolution: BAUDRY-LACANTINERIE & BARDE, II, n° 902; BAUDRY-LACANTINERIE & BINET, *Précis*, II, n° 243; R. CASSIN, o.c., *R.T.D.C.* 1945, n° 4, p. 169-170; G. DIMITRESCO, *Thèse*, p. 107-108; S. NECHITCH, *Thèse*, p. 15; HUGUENEY, note (sous Cass.fr. 22 nov. 1921), *S.* 1923.I.81; PLANIOL, II, n° 1309; RIPERT & BOULANGER, II, n° 523; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, L.G.D.J., 1949, n° 76 ("... la consécration légale de l'idée de justice contractuelle"); MARTY & RAYNAUD, *Les obligations*, I, n° 343; *Pandectes belges*, v° *Condition résolutoire*, 1887, n° 276; A. KLUYSKENS, *Beingselen van burgerlijk recht, I, De verbintenissen*, 1938, Anvers, Standaard, n° 116, p. 165 et 168; LIMPENS et VAN DAMME, Examen, *R.C.J.B.* 1960, n° 105, p. 407 ("sanction à base d'équité"); A. DE THEUX, "Résolution judiciaire", p. 104; LIMPENS et KRUIHOF, Examen, *R.C.J.B.* 1969, n° 60, p. 242.

LAURENT fonde sa théorie de la résolution sur l'équité comme unique fondement: LAURENT, *Principes*, t. 17, n° 122; -, *Avant-Projet de révision du droit civil*, IV, 1884, Bruxelles, Bruylant-Christophe, p. 169 et s. Il fut suivi pendant quelques années par la jurisprudence: Cass. 22 nov. 1894, *Pas.* 1895, 11; Brux. 9 nov. 1901, *Pas.* 1902, 81; Liège 12 nov. 1959, *J.L.* 1959-60, 217, *J.T.* 1960, 28.

DE PAGE, par contre, a défendu avec succès la thèse selon laquelle le caractère propre du contrat synallagmatique offre un fondement suffisant pour les règles concernant la résolution, l'exception d'inexécution et la théorie des risques: DE PAGE, *Traité*, II, n° 837.

¹⁹. L'explication technique qui fait appel à la *condition* résolutoire tacite et/ou qui se réfère à la *Lex commissoria*, a été délaissée vers la fin du XIX^{ème} siècle tant par la doctrine que par la jurisprudence. Voy. à ce sujet: R. CASSIN, o.c., *R.T.D.C.* 1945, p. 161.

²⁰. DE PAGE mentionne tous les fondements énumérés à l'exclusion de la théorie de la cause (II, n° 836 et 875). LAURENT et BAUDRY-LACANTINERIE & BARDE combinent, en fait, l'équité et la volonté des parties. Par après LAURENT ne retiendra plus que l'équité (Fr. LAURENT, *Avant-Projet de révision du droit civil*, IV, 1884, Bruxelles, Bruylant-Christophe, p. 170, n° 2). DEMOLOMBE et LARROUMET cumulent la théorie de la cause et la volonté des parties.

²¹. JOSSERAND, II, p. 194, n° 378 e.v.; R. HOUIN, *La distinction des contrats synallagmatiques et des contrats unilatéraux*, Paris, Laverne, 1937, 395-396; DEKKERS, II, n° 179; Y. BUFFELAN-LANORE, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil* (thèse), Paris, L.G.D.J., 1963, p. 133. Implicite: DE PAGE, II, n° 875; B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, Rodstein (ed.), 1947, 309.

²². S. STIJNS, o.c., n° 94-95. Dans le même sens: L. JOSSERAND, *Cours*, II, p. 194, n° 378 et s.; R. HOUIN, o.c., 1937, 395-396; R. DEKKERS, *Handboek*, II, n° 179. Implicitement: H. DE PAGE, *Traité*, II, n° 875. B. STARCK (o.c., 1947, 309) combine la volonté des parties (en rapport avec l'interdépendance) et l'intervention du juge (en rapport avec le caractère de sanction).

instaurent un lien de connexité entre leurs obligations en concluant un contrat synallagmatique, une règle de bon sens²³ ou d'équité²⁴ permet à une des parties de retenir sa prestation ou même d'en exiger restitution si l'autre partie reste en demeure de prêter. La libération du créancier lésé découle de la nature propre du contrat synallagmatique, plus précisément de l'interdépendance entre les obligations réciproques²⁵. Ce fondement est souvent retenu en même temps que la volonté des parties: en adhérant à un contrat synallagmatiques, *les parties contractantes ont voulu* créer un lien d'étroite connexité entre leurs obligations²⁶.

Ce fondement rallie une grande partie des auteurs français et belges²⁷. Mais il n'offre pas d'explication au caractère judiciaire de la résolution²⁸. De plus, il est fort large et ne permet pas de caractériser complètement la résolution et de la distinguer de l'exception d'inexécution et de la théorie des risques²⁹.

Quoi qu'il en soit, il est quasi unanimement admis en doctrine belge que, tout comme l'exception d'inexécution et la théorie des risques, la résolution trouve son fondement dans *l'interdépendance des obligations réciproques et connexes* qui découlent de tout contrat synallagmatique³⁰. Une idée de 'justice commutative' sous-tend ces trois institutions. Dans les contrats synallagmatiques, l'on

²³. JOSSERAND, II, n° 377; E. LEPELTIER, *Thèse*, p. 71; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, p. 265-266.

²⁴. PLANIOL, II, n° 1309; JOSSERAND, II, n° 377; E. LEPELTIER, E., *Ibid.*; R. CASSIN, o.c., *R.T.D.C.* 1945, n° 4; DE PAGE, II, n° 875; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, p. 144; ASSER-HARTKAMP, II, n° 510.

²⁵. DE PAGE, II, n° 476 et 836/C; J. LIMPENS, Examen, *R.C.J.B.* 1949, n° 24 & 27; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1937, p. 416; CARBONNIER, IV, *Les obligations*, n° 80, p. 331; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIERE, II, n° 1022; KRUIHOF, *Overzicht*, *T.P.R.* 1975, n° 88 & 92; MATTHYS & BAETEMAN, *Overzicht*, *T.P.R.* 1966, n° 126; MAZEAUD-MAZEAUD-CHABAS, II/1, n° 1089; M. MONOD, *La résolution des contrats synallagmatiques parfaits. Etude comparative de droit suisse et de droit français* (thèse), Tolochenaz, Imp. Chabloz, 1987, n° 1.5.1.5.; E. LEPELTIER, *Thèse*, p. 78 e.v. Implicite: J. MAURY, *Thèse*, p. 274.

²⁶. "connexité qui existe dans l'intention des parties entre les prestations réciproques auxquelles elles s'obligent" (G. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats (origines de l'article 1184 C. Civ.)* (thèse), Paris, P.U.F., 1924, p. 409). En ce sens: DE PAGE, II, n° 836/B et 875; DEKKERS, II, n° 179; JOSSERAND, II, n° 377; P. VAN OMMESSLAGHE, "La sanction", n° 27; M. STORCK, v° *Résolution judiciaire* (art. 1184), *Jur.-Cl. Civ.*, Fasc. 1, 1988, n° 16; ASSER-HARTKAMP, II, n° 510. Voy. sur le lien entre volonté des parties et interdépendance: J. DABIN, *La théorie de la cause*, Bruxelles, Van Fleteren, 1919, n° 64 en 70-71; -, o.c., *B.J.* 1929, 334.

²⁷. Voy. les auteurs cités dans les quatre notes précédentes et adde: L. BOYER, v° *Contrats et conventions*, n° 237; J. GHESTIN, III, *Les effets du contrat*, n° 391; A. LANNOO, "De ontbinding, de verbreking en de herroeping van de overeenkomsten", *R.W.* 1955-56, 1803; W. RAUWS, W., o.c., p. 497; C. RENARD, E. VIEUJEAN, E. et Y. HANNEQUART, "Théorie générale des obligations", *Les Nouvelles, Droit Civil*, IV/2, 1958, n° 1096; P. VAN OMMESSLAGHE, "Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne", *R.C.J.B.* 1970, (326), n° 5; M. VAN RUYMBEKE, "Et si la résolution n'était plus judiciaire...", *R.G.A.R.* 1978, n° 9850², verso.

²⁸. G. BOYER, *Thèse*, p. 49; E. LEPELTIER, *Thèse*, p. 80; D. TALLON, "Les remèdes. Droit français", in *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, D. Tallon en D. Harris (ed.), Paris, L.G.D.J., 1987, (271), n° 17.

²⁹. GABET-SABATIER explique ces concepts par une notion large de "connexité". Elle est cependant d'avis que le concept de résolution dépasse la simple connexité. En effet, les cas recensés de connexité visent tous l'obtention de l'exécution du contrat et non sa dissolution. Son analyse est donc assez stérile en ce qui concerne la résolution, sauf qu'elle s'étonne à raison du caractère judiciaire de la résolution (qui fait ainsi figure d'exception dans les cas de connexité). Voy.: C. GABET-SABATIER, *La connexité dans le droit des obligations* (thèse), Paris, 1977, p. 65 et s.; -, "Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations", *R.T.D.C.* 1980, (39), n° 5, 9-10 et 31).

³⁰. H. DE PAGE, *Traité*, II, n° 476 en 836/C; R. KRUIHOF, "Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen", *T.P.R.* 1975, n° 88 & 92; MATTHYS & BAETEMAN, "Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen", *T.P.R.* 1966, n° 126; A. LANNOO, "De ontbinding, de verbreking en de herroeping van de overeenkomsten", *R.W.* 1955-56, 1803; W. RAUWS, o.c., p. 497; C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, "Théorie générale des obligations", *Les Nouvelles, Droit Civil*, IV/2, 1958, n° 1096; P. VAN OMMESSLAGHE, o.c., *R.C.J.B.* 1970, n° 5; M. VAN RUYMBEKE, "Et si la résolution n'était plus judiciaire...", *R.G.A.R.* 1978, n° 9850², verso. Voy. les autres réf. citées par S. STIJNS, o.c., 1994, n°s 91 et 98.

considère que le créancier ne peut rester tenu de son obligation lorsqu'il apparaît que son cocontractant n'exécutera pas son obligation connexe: "*Dans cette sorte de contrats, la combinaison voulue par les parties est telle que les obligations réciproques se servent mutuellement de base, de raison d'être (...). Si l'une disparaît, l'autre perd toute justification*"³¹.

La possibilité de libération du créancier est donc la conséquence logique de cette interdépendance. Cette option se présente donc comme alternative au remède de droit commun, l'exécution forcée (en nature ou, subsidiairement, par équivalent)³².

9. Le caractère de sanction de droit privé. – Force est de constater que l'interdépendance des obligations connexes n'explique pas pourquoi la résolution pour inexécution est, en principe, judiciaire. C'est son *caractère de sanction* qui fournit l'explication: l'application de la résolution-sanction civile doit être nécessairement contrôlée par le juge³³. Le caractère de sanction justifie, en fait, le mécanisme tout entier de la résolution: l'intervention du juge, l'exigence d'une inexécution fautive et d'une mise en demeure, la possibilité pour le créancier lésé d'obtenir des dommages-intérêts complémentaires³⁴. L'article 1184 du Code civil impose un contrôle *préalable* par le juge; mais s'agissant d'une disposition supplétive de volonté, il est permis aux parties d'y déroger. Dans ce cas, le contrôle judiciaire s'effectuera, si nécessaire, *a posteriori*.

SECTION 3. – DISTINCTION D'AVEC D'AUTRES CAUSES DE DISSOLUTION DES CONTRATS.

10. Avertissement: une terminologie incertaine. – Les termes résolution, résiliation, dénonciation et rupture, pour ne nommer que ceux-ci, sont régulièrement confondus. "Instaurée" par le législateur dans le Code Napoléon, la confusion est omniprésente dans la pratique³⁵. Ce problème de

³¹. H. DE PAGE, *Traité*, II, n° 875 et 836. Sur la notion de contrat 'synallagmatique' et de connexité, voy. récemment: V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Le domaine de l'action résolutoire: recherches sur le contrat synallagmatique* (thèse Pau), 1988, 27 et s.; M. VAN QUICKENBORNE, "Réflexions sur la connexité objective, justifiant la compensation après faillite" (sous Cass., 25 mai 1989), *R.C.J.B.*, 1992, (348), n° 7.

³². H. DE PAGE, *Traité*, II, n°s 451, 874 et 885, III, n°s 67-69; S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n°s 229-230 et s.

³³. DE PAGE, II, n° 875 & 886; DEKKERS, II, n° 179; A. DE THEUX, "Résolution judiciaire", p. 104-105; LIMPENS et VAN DAMME, Examen, *R.C.J.B.* 1960, n° 105, p. 407; L. BOYER, *v° Contrats et conventions*, n° 237; Y. BUFFELAN-LANORE, *Thèse*, p. 133; R. CASSIN, *o.c.*, *R.T.D.C.* 1945, p. 168; HUGUENEY, note (sous Cass.fr. 22 nov. 1921), *S.* 1923.I.81; JOSSERAND, II, n° 379; RIPERT & BOULANGER, II, n° 523; STARCK-ROLAND-BOYER, *Obligations*, II, n° 1577; X., n. 1. (sous Cass.fr. 29 nov. 1865, *S.* 1866.I.21).

³⁴. Certains auteurs considèrent la résolution comme une forme de réparation (MAZEAUD-MAZEAUD-CHABAS, II/1, n° 1089), même *in natura* (CHABAS, F., "Jurisprudence française en matière de droit civil: obligations en général", *R.T.D.C.* 1983, p. 341), ou comme un moyen de limiter ou d'éviter le dommage (CARBONNIER, IV, *Les obligations*, n° 81, p. 339). Puisque la résolution peut être accordée même en dehors de tout dommage (Cass.fr. 5 fév. 1971, *J.C.P.* 1971.IV.64; Cass.fr. 11 juillet 1977, *Bull.civ.* III, n° 306; Cass.fr. 4 mai 1982, *Gaz.Pal.* 1982.2.pan.282; Cass.fr. 26 janv. 1983, *J.C.P.* 1983.IV.107; STARCK-ROLAND-BOYER, *Obligations*, II, n° 1592), il nous paraît difficile de la fonder dans tous les cas sur l'idée qu'il s'agit d'une forme de réparation. De plus cette façon de voir les choses n'apporte rien dans la classification des différentes sanctions contractuelles (dans le même sens pour la nullité: W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, in *Beginnelen Belgisch Privaatrecht*, Standaard, Brussel, 1971, n° 129).

³⁵. In die zin ook: H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, n° 752, p. 722, n° 760, 873 & 876; DEMEYERE, L., "Rechtshandelingen ter beëindiging van overeenkomsten", in *La fin du contrat - De behoorlijke beëindiging van overeenkomsten*, Brussel, B.V.B.J./Vlaams pleitgenootschap Balie Brussel/C.J.B., 1993, (11), n° 6; KRUIJTHOF, R., "Recensie van: Strijbos, J.F.M., *Opzegging van duurovereenkomsten*", *T.P.R.* 1988, p. 275; H. D'UDEKEM D'ACCOZ et I. SNICK, "De ontbinding van de pachtovereenkomst", *R.W.* 1983-84, 2587; MONETTE, F., DE

terminologie dévoile une incertitude juridique profonde quant aux caractéristiques et aux effets de la résiliation (unilatérale ou par consentement mutuel), la résolution (judiciaire, unilatérale ou de plein droit) et la rupture³⁶.

Ces notions ont un rapport avec la question de savoir si elles peuvent être mises en oeuvre de façon judiciaire ou non judiciaire. Leur effet *e. nunc* ou *ex tunc* est également important. Dans le numéro suivant nous tenterons de faire la distinction entre ces concepts différents.

11. Réserve (exposé oral).

CHAPITRE II

LE DROIT D'OPTION DU CREANCIER

SECTION 1. – PRINCIPES CONDUCTEURS.

12. Droit d'option entre l'exécution et la résolution du contrat. - Une jurisprudence constante établit que, selon l'article 1184, al. 2, du Code civil, la partie à un contrat synallagmatique envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention, ou d'en demander la résolution avec dommages-intérêts³⁷.

13. Choix exclusif du créancier. - C'est exclusivement à la victime de l'inexécution fautive que revient le choix des remèdes. Henri DE PAGE écrit clairement que "*le choix réservé au créancier est absolu, et aucun texte de la loi ne vient, comme tel, le limiter ou le conditionner*"³⁸. La jurisprudence y veille également. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle cassé une décision qui prononçait la résolution d'un bail pour inexécution fautive dans le chef des locataires³⁹, alors que les bailleurs réclamaient

VILLE, A. en ANDRE, R., *Traité des assurances terrestres*, I, Brussel, Bruylant, 1949, n° 364; MAZEAUD-MAZEAUD-CHABAS, II/1, n° 723; R. BAILLOD, "Le droit de repentir", *R.T.D.C.* 1984, (227), n° 8; R. VATINET, "Le *mutuus dissensus*", *R.T.D.C.* 1987, (252), n° 6.

³⁶. DE PAGE, II, n° 752, p. 721-723 en n° 760.

³⁷. Voy. par ex.: Cass., 13 déc. 1985, *Pas.*, 1986, I, 488, note, *J.T.*, 1987, 163, *R.W.*, 1986-87, 933; Cass., 2 fév. 1989, *Pas.*, 1989, I, 589, *R.W.*, 1989-90, 538, *R.C.J.B.*, 1994, 361, note M. VANWIJCK-ALEXANDRE; Cass., 15 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, 373, *R.W.*, 1995-96, 564, *R. Cass.*, 1994, 230 et s., note S. STIJNS, "Het keuzerecht van de schuldeiser tussen de gedwongen uitvoering en de gerechtelijke ontbinding van de overeenkomst: mogelijkheden en moeilijkheden".

³⁸. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, n°s 884 et 885bis. *Adde*: concl. Av. gén. BALLEET, *R.W.*, 1980-81, 1325-1326; S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n°s 231-234.

³⁹. Nous employons délibérément le terme *résolution*, bien qu'il s'agisse ici d'un contrat à exécution successive, puisque la résolution pour inexécution fautive, qu'elle ait un effet rétroactif ou non, reste quant à sa nature une sanction spécifique régie par l'article 1184 du Code civil. Elle ne devient pas, à la lumière de ses effets, une *résiliation* qui, quant à elle, n'est pas une sanction mais un acte juridique par consentement mutuel ou unilatéral (lorsque cela est permis par la loi ou la convention (article 1134, al. 2, C.civ.). Voy. à propos de cette distinction: H. DE PAGE, *Traité*, II, n° 759 et s.; S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n° 18-20, 353-356, 489 et 494; P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence (1974-82). Les obligations", *R.C.J.B.*, 1988, (33), n° 147.

l'exécution du contrat. Elle a rappelé que l'option entre l'exécution de la convention et sa résolution revient à la partie victime de l'inexécution ⁴⁰.

En règle générale, il n'appartient donc pas au juge, saisi d'une demande en exécution, de résoudre la convention ⁴¹. Le débiteur défaillant ne peut davantage se permettre d'imposer au créancier le paiement de dommages-intérêts comme unique forme de remède à sa propre inexécution ⁴². Il lui est également interdit de demander la résolution sur base de ses propres fautes ⁴³. Le débiteur fautif n'a en somme qu'une possibilité, celle d'offrir l'exécution en nature de ses obligations ⁴⁴.

On pourrait, dès lors, conclure que ni le juge, ni le débiteur ne peuvent dicter son choix au créancier, qui est "*maître de son choix*".

14. Hierarchie des remèdes? La résolution est une alternative, non un remède subsidiaire –

L'article 1184 du Code civil n'établit pas de hiérarchie entre l'exécution et la résolution du contrat ⁴⁵. Il n'y est pas question d'une priorité à l'exécution, ni d'une "pérennité du contrat". Pourtant certains auteurs français font état de la "*défaveur de la résolution*" et se font les défenseurs de ladite "pérennité du contrat" ⁴⁶. Selon cette analyse la résolution ne peut qu'être poursuivie par le créancier et être accordée par le juge que lorsque l'exécution en nature est devenue impossible ⁴⁷.

La question de savoir si le contrat peut encore être exécuté est certainement pertinente dans le cadre d'une demande en résolution, certainement lorsqu'il s'agit d'accorder un délai au débiteur ⁴⁸. Mais

⁴⁰. Cass., 5 sept. 1980, *R.W.*, 1980-81, 1323 et concl. conf. Av. gén. BALLEET, *Pas.*, 1981, I, 17, *R.G.E.N.*, 1983, n° 22.864. Voy. également l'arrêt similaire: Cass., 22 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, 1267.

⁴¹. Voy. par ex. J.P. Kontich, 1 déc. 1988, *R.W.*, 1989-90, 59.

⁴². Comm. Hasselt, 24 mars 1993, *Limb. Rechtsl.*, 1994, 39.

⁴³. J.P. St. Nicolas, 19 avril 1993, *R.W.*, 1993-94, 757; J.P. Neerpelt, 27 juin 1991, *R.W.*, 1993-94, 756; J.P. Grivegnée, 12 déc. 1984, *J.L.M.B.*, 1985, 344. *Contra*, mais à tort: J.P. Marche-en-Famenne, 30 nov. 1993, *J.L.M.B.*, 1994, 786.

⁴⁴. H. DE PAGE, *Traité*, II, n° 887; S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n°s 274 et 240. En matière de vente, cependant, le vendeur ne peut contraindre l'acheteur à accepter la réparation du vice caché: Comm. Hasselt, 7 janv. 1997, *R.D.C.*, 1998, 454, *R.W.*, 1997-98, 955; Comm. Hasselt, 13 juin 1995, *R.W.*, 1997-98, 1446.

⁴⁵. Une partie minoritaire de la doctrine belge est séduite par l'idée de la résolution comme ultime remède à l'inexécution, sans avoir reçu pour autant l'aval de la Cour de cassation. Voy. pour les éléments de ce débat: S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n° 147-149. La Hoge Raad hollandaise a eu l'occasion de réfuter l'idée du remède ultime: H.R. 24 nov. 1995, *N.J.* 1996, n° 160.

⁴⁶. DEMOLOMBE fut le premier à "renier" la résolution en tant que remède alternatif: "L'action en résolution n'est qu'une action *subsidiaire*, supplémentaire, ce n'est qu'un moyen extrême, une sorte de *pis-aller*, que la loi offre à la partie, comme dernière ressource et en désespoir de cause" (DEMOLOMBE, t. 12, *Des contrats*, I, n° 530). Récemment d'autres ont repris cette idée. Voy. J. MESTRE, "Du souci de pérennité contractuelle", *R.T.D.C.* 1990, n° 5, p. 653 et s. et "De la pérennité du lien contractuel", *R.T.D.C.* 1986, n° 5, p. 105-106 (il s'agit ici surtout du contrôle d'une résiliation unilatérale); -, "Le juge et les conditions de la résolution", *R.T.D.C.* 1987, n° 5, p. 313 et s. et *R.T.D.C.* 1985, p. 165-166). Voy. aussi: M. BOURMANNE, *o.c.*, *Rev.rég.dr.* 1987, 16; DEPREZ, "Rapport français sur les sanctions", 32 ("l'impératif bien connu de la stabilité des conventions") et 50-51; MALAURIE & AYNES, *Les obligations*, n° 537 ("caractère exceptionnel").

⁴⁷. CARBONNIER, IV, *Les obligations*, n° 80, p. 335: "la résolution n'est qu'un *ultimum subsidium*, un remède extraordinaire, auquel l'exécution doit toujours être préférée"; STORCK, v° *Résolution judiciaire*, n° 84; LARROUMET, III, *Les obligations*/I, n° 704 & 711: "la résolution lorsqu'elle est prononcée par le juge, doit être fondée sur le fait que l'exécution ne pourra plus être obtenue par le créancier"; J. DEPREZ, "Rapport français sur les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français", in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. XVII, Paris, Dalloz, 1968, (28), 32; CASSIN, R., *o.c.*, *R.T.D.C.* 1945, n° 2, p. 160.

⁴⁸. Sur ce point le droit français et le droit belge s'opposent également: en droit belge une offre d'exécution de la part du débiteur ne peut s'opposer automatiquement à la demande en résolution du créancier. Le juge a le *pouvoir d'apprécier l'opportunité de cette offre* qui, de plus, doit être satisfaisante pour le créancier (DE PAGE, *Traité*, II, n° 887). En droit

édicter une règle de priorité à l'exécution en nature, est contraire au droit d'option du créancier établi par l'article 1184 C. civ. La doctrine belge s'y est régulièrement opposée: "*Souvent enclins à étendre leurs pouvoirs, les juges estiment que la nécessité de leur intervention démontre la défaveur dans laquelle le législateur tient la résolution des contrats; ils en déduisent tout naturellement que l'octroi d'un délai est un indice du pouvoir qui leur est reconnu de ne faire jouer qu'en dernière extrémité la sanction que constitue à leurs yeux la résolution judiciaire*"⁴⁹. De plus, d'un point de vue historique, il n'est pas exact de prétendre que la priorité de l'exécution en nature est conforme à la volonté du législateur: pour lui, l'octroi d'un délai au débiteur était déjà une dérogation excessive au droit du créancier à la résolution. Enfin, CARBONNIER s'exprime également avec réticence, et ce pour des raisons socio-économiques: "*Un contrat qui traîne dans l'inexécution ou la mauvaise exécution est un organisme mort dont il vaut mieux débarrasser l'économie: les forces vives du contractant capable d'exécuter pourront ainsi se remployer rapidement ailleurs*"⁵⁰.

La Cour de cassation belge ne s'est pas exprimée en faveur d'une résolution comme remède subsidiaire ou comme *ultimum subsidium*. La majorité de la doctrine belge estime que les deux branches de l'option se valent, sans que l'exécution en nature soit nécessairement préférée ni préférable. Au risque de vider le droit d'option de sa substance, on estime ne pouvoir défendre que le créancier est obligé de choisir l'exécution du contrat, tant que l'exécution en nature reste possible entre parties. Il nous semble que la possibilité pour le créancier d'obtenir encore une exécution *in specie* et satisfaisante devra être prise en compte par le juge, mais uniquement lorsqu'il apprécie la gravité suffisante de l'inexécution⁵¹. Elle ne s'oppose cependant pas *ab initio* au choix du créancier lésé pour une résolution.

Il existe, d'autre part, une hiérarchie, établie par une jurisprudence constante de la Cour de cassation belge, entre les formes d'exécution forcée du contrat en souffrance: le créancier qui opte pour l'exécution du contrat devra en poursuivre l'exécution en nature ou *in specie* tant que celle-ci est possible et à condition que cette demande ne constitue pas un abus du droit du créancier à l'exécution en nature⁵². Ce n'est que lorsque l'exécution en nature est devenue impossible ou serait abusive, que

français, par contre, une certaine doctrine estime que l'offre du débiteur, si tardive ou improbable soit-elle, peut empêcher la résolution et oblige le juge à accepter cette offre *sans pouvoir d'appréciation* (DEMOLOMBE, t. 12, *Des contrats*, I, n° 515-517 & 531; LAROMBIERE, I, art. 1184, n° 46; BAUDRY-LACANTINERIE & BARDE, II, n° 927; RIPERT & BOULANGER, II, n° 537 & 540; GAUDEMET, o.c., 417; CARBONNIER, IV, *Les obligations*, n° 80, p. 335). Mais estiment également que le juge peut apprécier l'opportunité de l'offre du débiteur: PLANIOL & RIPERT, VI, n° 427 & 429; MARTY & RAYNAUD, *Les obligations*, I, n° 330; MALAURIE & AYNES, *Les obligations*, n° 542; WEILL & TERRE, n° 487; STARCK-ROLAND-BOYER, *Obligations*, II, n° 1601; J. GHESTIN, III, *Les effets du contrat*, n° 418; M.E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, L.G.D.J., 1974, 178-180; G. SIGNORET, n. (sous Cass.com.fr. 12 oct. 1982), *J.C.P.* 1984.II.20166, point 3; G. VINEY, *La responsabilité: effets*, Paris, L.G.D.J., (1ière éd.), n° 48; STORCK, v° *Résolution judiciaire*, n° 84-87. Cass.fr. 22 mars 1983, *Bull.civ.* III, n° 84, *J.C.P.* 1983.IV.184, *R.T.D.C.* 1985, 165, n. MESTRE, *Defr.* 1984, 296, n. AUBERT.

⁴⁹. I. MOREAU-MARGREVE, Observations sous Comm. Liège, 2 janvier 1967, *J.T.* 1968, (240), 242.

⁵⁰. CARBONNIER, IV, *Les obligations*, n° 81, p. 338; D. TALLON, o.c., in *Law in East and West*, 600-601.

⁵¹. Dans un sens comparable, M. FONTAINE propose d'établir un critère de l'opportunité de la résolution qui oblige le juge à contrôler si l'exécution en nature est encore possible ("La mise en oeuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive" (sous Cass., 16 janvier 1986), *R.C.J.B.*, 1991, (5), n° 23). Ci-après nous défendons le critère, plus large, de l'utilité économique de l'exécution et de la poursuite du contrat.

⁵². Cass. 10 sept. 1971, *Pas.* 1972, 28, n. W.G., *A.C.* 1972, 31, et concl. Proc. Gén. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *R.C.J.B.* 1976, 300, n. VAN OMMESLAGHE, *R.W.* 1971-72, 321, c. et n., *J.T.* 1972, 118, *R.G.A.R.* 1972, n° 8791, *T.Ann.* 1972, 245, n. VER BERNE; Cass. 26 juin 1980, *Pas.* 1980, 1341 et concl. Av. Gén. VELU, p. 1345, *A.C.* 1979-80, 1365. A. DE BERSAQUES, "L'abus de droit" (sous Gand 20 nov. 1950), *R.C.J.B.* 1953, (270), n° 12 et s. & 19; L.

le créancier devra se contenter de l'exécution par équivalent, sous la forme de dommages-intérêts⁵³. Le droit des obligations belge connaît donc, en principe, *la subsidiarité de l'exécution par équivalent*, et ce pour toutes les sortes d'obligations, en ce comprises les obligations de faire ou de ne pas faire⁵⁴. Pour ces dernières il est souvent fait appel au "remplacement judiciaire", lorsque l'intervention personnelle du débiteur n'est pas requise (art. 1143-1144 C. civ.)⁵⁵. Pour les obligations de faire qui sont *intuitu personae*, le remplacement judiciaire n'offre pas de solution adéquate et l'on sollicitera une condamnation du débiteur à s'exécuter en nature sous peine d'une astreinte (voy. l'exposé de P. Wéry).

SECTION 2. – ABUS DU DROIT D'OPTION.

15. Le droit d'option n'est pas un droit discrétionnaire. - Un arrêt important de la Cour de cassation belge du 16 janvier 1986 a fait apparaître clairement que le droit d'option dont dispose le créancier de l'obligation inexécutée, n'est *ni absolu ni discrétionnaire*⁵⁶. Ce n'est que dans un premier temps que le créancier est maître de son option. Une fois opéré, son libre choix est, en effet, soumis à l'appréciation et au contrôle du juge⁵⁷. Or, *l'exercice par un créancier de son pouvoir d'option ne peut être abusif*. C'est ce qu'a décidé, à raison, la Cour de cassation dans l'arrêt précité. De l'analyse ci-après de cet arrêt on déduira également qu'on ne peut plus prétendre que le juge ne peut, *en aucun cas*, prononcer la résolution du contrat lorsque le créancier opte pour son exécution.

16. L'arrêt du 16 janvier 1986 de la Cour de cassation. - Les faits du litige peuvent se résumer comme suit. Désirant mettre prématurément (durant la 3^{ème} année) fin à son bail de neuf ans, un locataire n'avait pu obtenir le consentement de son bailleur à une résiliation amiable du bail. Aussi l'avait-il résilié unilatéralement et demandait-il au juge de valider cette résiliation. Le tribunal de première instance de Verviers constata, en degré d'appel, le caractère fautif de la résiliation unilatérale et reconnu explicitement qu'en principe le choix de la sanction revient aux bailleurs, victimes de cette inexécution. Mais, alors que ceux-ci exigeaient l'exécution du contrat jusqu'à son terme, le tribunal

SIMONT, J. DE GAVRE et P.A. FORIERS, "Examen de jurisprudence (1976-1980). Les contrats spéciaux", *R.C.J.B.* 1985, (445), n° 81, p. 296.

⁵³. Cass. 14 avril 1994, *Pas.* 1994, 370, *R.W.* 1995-96, 532; Cass. 30 janv. 1965, *Pas.* 1965, 538, n., *R.W.* 1964-65, 1553, n., *R.C.J.B.* 1966, 77, n. J. DABIN; Cass. 27 avril 1962, *Pas.* 1962, 938, n., *R.W.* 1962-63, 57 et concl. Av. Gén. DUMON; Cass. 6 mars 1919, *Pas.* 1919, 80.

⁵⁴. Cass. 14 avril 1994, *cit.*; Cass. 6 mars 1919, *cit.*; Cass. 17 mars 1921, *Pas.* 1921, 297; Cass. 12 sept. 1958, *Pas.* 1959, 45, *A.C.* 1959, 32, *R.W.* 1958-59, 483; Cass. 30 janv. 1965, *cit.*; Cass. 5 janv. 1968, *Pas.* 1968, 567 et n., *A.C.* 1968, 607, n., *R.W.* 1967-68, 1535, *J.T.* 1968, 238; Cass. 23 déc. 1977, *Pas.* 1978, 477, *A.C.* 1978, 505, *R.W.* 1978-79, 362 et note A. VAN OEVELEN, n° 7, *J.T.* 1978, 558, *T.Not.* 1979, 21, *R.N.B.* 1979, 467; DEKKERS, *Handboek*, II, n° 341 e.v.; DE PAGE, *Traité*, III, n° 94, 98, 128 e.v.; KRUIHOF, "Overzicht", *T.P.R.* 1983, n° 164; -, "Overzicht", *T.P.R.* 1975, n° 131; LAURENT, *Principes*, t. 17, n° 197-198; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, I, in *A.P.R.*, Gand, Story-Scientia, 1984, n° 278-281; S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n° 237-238; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, "Chronique", *J.T.*, 1996, n° 92-93, p. 720-721; VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, 240 & 242; A. VAN OEVELEN, "Kroniek van het verbintenissenrecht (1975-1976)", *R.W.* 1976-77, (2385), n° 33; P. VAN OMMESELAGHE, "Examen", *R.C.J.B.* 1975, n° 65 & 105; P. WERY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil (thèse)*, Bruxelles, Kluwer, 1993, n° 159 e.v.

⁵⁵. L'arrêt cité du 14 avril 1994 consacre l'idée que le remplacement judiciaire est une forme de l'exécution en nature de l'obligation. Voy.: P. WERY, *o.c.*, 1993, n° 183 e.v.

⁵⁶. Cass., 16 janv. 1986, *Pas.*, 1986, I, 602, note, *J.T.*, 1986, 404, *R.C.J.B.*, 1991, 4, note M. FONTAINE, *R.W.*, 1987-88, 1470, note A. VAN OEVELEN, *R.G.D.C.*, 1987, 130, *R.R.D.*, 1986, 37.

⁵⁷. Voy. à cet égard: S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n°s 231 et s. et 258 et s.

prononça néanmoins la résolution du bail aux torts du locataire, considérant que le fait pour les bailleurs de vouloir se prévaloir indéfiniment d'un bail purement fictif, apparaissait comme un abus de droit. Le tribunal précisa que les bailleurs abusaient de leur droit d'option en "choisissant ainsi parmi deux solutions celle qui est la plus préjudiciable pour (le locataire), qui avait formulé des propositions raisonnables de résiliation du bail, alors que l'avantage qu'ils en retirent est nettement disproportionné avec l'inconvénient qui en résulte pour le (locataire)" ⁵⁸.

Dans leur pourvoi, les bailleurs invoquèrent que le choix en faveur de l'exécution du bail *ne pouvait* constituer un abus de droit et *ne pouvait* provoquer une charge disproportionnée dans le chef du locataire, puisque le droit d'option leur revenait en tant que créanciers lésés et qu'ils ne sollicitaient que l'exécution pure et simple de la convention.

La Cour de cassation rejeta le pourvoi et répondit "*qu'il ne ressort ni des articles 1134 et 1184 du Code civil ni de la notion d'abus de droit que la partie à un contrat synallagmatique, victime de l'inexécution par l'autre partie de ses obligations, ne puisse abuser de la faculté d'opter entre l'exécution forcée et la résolution de la convention*".

L'arrêt précise également que la faute de la partie en défaut d'exécuter ses obligations, ne prive pas celle-ci du droit d'invoquer l'abus de l'autre partie dans l'exercice de cette faculté ⁵⁹.

Le juge du fond avait, dès lors, légalement modéré la demande des bailleurs en exécution du bail et avait pu l'infléchir vers une résolution judiciaire du contrat, sans méconnaître le droit d'option du créancier.

17. Les enseignements de cet arrêt de principe. - L'arrêt constate que le juge a fait une application correcte de la bonne foi dans son "effet limitatif". Autrement dit, la Cour estime qu'il est fait une application (légale) du *pouvoir modérateur du juge* lorsqu'il constate un abus de droit ⁶⁰.

Ce contrôle juridictionnel sur le choix effectué par le créancier, victime d'une inexécution fautive, a largement été admis en doctrine ⁶¹ et en jurisprudence (ci-après). Mais l'on rappelle, à raison, que le libre choix du créancier reste toutefois la règle ⁶².

La sanction de l'abus revêt, en matière de droit d'option, un caractère spécifique puisque le juge peut carrément *modifier* le choix du créancier. La modération de l'usage abusif du droit d'option ou du

⁵⁸. Civ. Verviers, 16 janv. 1985, *J.L.M.B.*, 1985, 349, *R.R.D.*, 1985, 51, *Res jur. imm.*, 1985, 269.

⁵⁹. Rapp. également: Cass., 10 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, 1213.

⁶⁰. Voy. à ce sujet: P.A. FORIERS, "Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle" (sous Cass., 30 janv. 1992), *R.C.J.B.*, 1994, (189), n°s 23 et s.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)", *J.T.*, 1996, (689-752), n°s 38-44; S. STIJNS, "Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels", *J.T.*, 1990, 33-44.

⁶¹. M. FONTAINE, "La mise en oeuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive" (sous Cass., 16 janv. 1986 et Mons, 21 juin 1983), *R.C.J.B.*, 1991, (5), n°s 10-11; P.A. FORIERS, o.c., *R.C.J.B.*, 1994, n°s 23 et s.; J.-M. LETIER, "L'exécution de bonne foi des conventions en matière de bail", *J.J.P.*, 1990, 255-257; Y. MERCHERS, "Examen de jurisprudence (1984-89). Bail de biens immobiliers", *J.J.P.*, 1990, (171), 192; A. VAN OEVELEN, "De goede trouw bij de keuze tussen de gerechtelijke ontbinding en de gedwongen uitvoering van een wederkerige overeenkomst", *R.W.*, 1987-88, (1471), n°s 4-5.

⁶². L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.A. FORIERS, "Examen de jurisprudence (1976-1980). Les contrats spéciaux", *R.C.J.B.*, 1985, (445), n° 81; J.H. HERBOTS et C. PAUWELS, "Overzicht van rechtspraak (1982-1987). Bijzondere overeenkomsten", *T.P.R.*, 1989, (1039), n° 169; S. STIJNS, o.c., 1994, n°s 289-290.

choix abusif équivaut, en effet, à imposer au créancier l'autre branche de son option. Ceci revient à lui accorder le remède alternatif à l'inexécution, remède qu'il n'avait pas choisi. Du point de vue procédural, il nous semble que le juge ne peut modifier le choix du créancier, sur la base de l'abus de droit, que lorsque le débiteur a invoqué l'application de cette théorie comme moyen de défense. Autrement, le juge changerait de sa propre initiative l'objet de la demande et violerait le principe dispositif (art. 1138, 2° C.Jud.)⁶³.

18. Le choix abusif: applications. - Bien avant l'arrêt du 16 janvier 1986, la jurisprudence du fond avait déjà accepté l'application de l'abus de droit afin de contrôler l'usage que le créancier faisait de son droit d'option⁶⁴.

Se basant sur l'arrêt de principe, les décisions jurisprudentielles se sont, depuis lors, multipliées. Ainsi, *en matière de bail* - où les faits sont souvent similaires aux circonstances qui ont donné lieu à l'arrêt du 16 janvier 1986 -, les preneurs défaillants ont-ils fait appel à l'abus dans l'exercice de l'option pour contrer les demandes en exécution formées par leur bailleur⁶⁵. De façon tout à fait comparable, le Juge de Paix de Westerlo a estimé que, dans un *bail à ferme*, le preneur abuse de son droit d'option accordé par l'article 51 en cas de vente faite en méconnaissance de son droit de préemption, parce qu'il exigeait d'être subrogé à l'acquéreur alors qu'il avait quitté la ferme définitivement depuis plus d'un an, sans avoir eu l'intention d'y revenir⁶⁶. Le preneur devait donc se contenter de l'autre branche de l'option, soit l'indemnité.

En matière d'assurances, le choix abusif est incriminé lorsque l'assureur réclame le paiement des primes échues et fait simultanément appel à son pouvoir conventionnel de suspendre sa garantie en raison du non-paiement par l'assuré des primes⁶⁷. Ces décisions appliquent le raisonnement suivant⁶⁸: la clause de suspension déroge à la règle du non-cumul entre les deux branches de l'option, puisqu'il est permis à l'assureur de cumuler les avantages des deux branches, en réclamant, d'une part, le paiement des primes (et donc l'exécution), tout en se plaçant, d'autre part, par la suspension de sa garantie, dans la situation avantageuse de celui qui est libéré irrévérablement de sa contreprestation (comme en cas de résolution). Ce pouvoir contractuel de suspension de l'assureur est certes licite, mais il doit, comme toute clause contractuelle attribuant un pouvoir de sanction à une partie, être exercé de façon loyale et sans abus de droit. La jurisprudence se permet, dès lors, d'apprécier si le choix, de l'assureur, pour cette sanction spécifique (maintien du contrat avec suspension de sa garantie), plutôt que pour la résolution (judiciaire ou non judiciaire) de l'assurance, ne constitue pas

⁶³. Voy. nos développements à ce sujet: S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n°s 309-310 et 312-316. Comp.: Cass., 11 juin 1992, *R.W.*, 1993-94, 60, retenant la violation des droits de défense.

⁶⁴. Par ex.: Civ. Liège, 24 avril 1984, *J.L.M.B.*, 1985, 125; Civ. Liège, 17 sept. 1984, *J.L.M.B.*, 1985, 142; J.P. St.-Gilles-Bruxelles, 23 nov. 1981, *J.J.P.*, 1982, 200; J.P. Andenne, 21 juin 1984, *R.R.D.*, 1984, 275.

⁶⁵. Civ. Liège, 13 juin 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 874, note B.C.; Civ. Liège, 19 mai 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1316; Civ. Liège, 23 janv. 1990, *R.G.D.C.*, 1990, 484; J.P. Neerpelt, 27 juin 1991, *R.W.*, 1993-94, 756; J.P. Anvers, 25 nov. 1992, *R.W.*, 1993-94, 784; J.P. Lokeren, 18 fév. 1994, *T. Not.*, 1996, 28; J.P. Brasschaat, 22 nov., 1994, *J.J.P.*, 1996, 74; J.P. Wolvtem, 30 mars 1995, *R.W.*, 1996-97, 472, note R. VAN RANSBEECK.

⁶⁶. J.P. Westerlo, 14 juillet 1995, *R.W.*, 1997-98, 1084. Le preneur peut exiger, en vertu de son droit d'option, soit d'être subrogé à l'acquéreur, soit de recevoir du vendeur le versement d'une indemnité correspondant à 20% du prix de vente.

⁶⁷. A ce sujet, voy.: M. FONTAINE, "La suspension de la garantie de l'assurance pour défaut de paiement des primes", *R.C.J.B.*, 1982, 297 et s.; H. DE RODE, "La bonne foi et l'assurance", in *La bonne foi*, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1990, (155), p. 169-174; S. DUFRENE, "Limites de la théorie de l'exécution de bonne foi et suspension de la garantie d'assurance pour non-paiement des primes", *R.G.A.R.*, 1987, n° 11.268.

⁶⁸. Elaboré, sous l'ancienne législation, par Civ. Liège, 24 avril 1984, *J.L.M.B.*, 1985, 125.

un abus de droit ⁶⁹. Remarquons cependant que ce n'est ni la validité ni la portée de la clause de suspension entre parties qui est mise en doute par ces décisions, mais la manière dont l'assureur exerce son droit d'option, à la lumière de la règle qui prohibe l'abus de droit ⁷⁰.

19. Les règles de 'bonne conduite' dans l'exercice de l'option. - Ces décisions témoignent de l'apparition, en jurisprudence belge, de quelques règles qui traduisent l'exigence de bonne foi dans le choix des sanctions.

Ainsi fait-on, lorsque le débiteur manque à ses obligations, reposer sur le créancier dans les contrats à durée déterminée et à prestations ou échéances successives - comme le paiement de loyers ou de primes d'assurance -, *l'obligation de restreindre le dommage* - découlant du fait que les sommes dues viennent à échoir avec régularité et s'accumulent -, soit en diligentant raisonnablement la demande en résolution judiciaire, soit en optant pour la résolution plutôt que pour l'exécution chaque fois que l'exécution en nature est devenue définitivement impossible ⁷¹.

En vertu de son obligation de restreindre raisonnablement le dommage, le créancier est également tenu d'accepter l'offre faite par le débiteur de résilier, prématurément et par consentement mutuel, le contrat (art. 1134, al. 2, C.civ.) ⁷².

Enfin, la jurisprudence retient comme moment de l'abus, celui où raisonnablement le créancier eût dû, soit déférer à la proposition de rupture pour parvenir à un accord acceptable, sauvegardant ses intérêts de façon optimale, soit opter pour la résolution judiciaire, qui reviendrait à une réparation intégrale de son préjudice tout en étant la moins onéreuse possible pour le débiteur ⁷³.

Ces décisions sont, somme toute, exceptionnelles et la jurisprudence fait montre de prudence. Elle refuse de modifier le choix initial du créancier lorsque les faits constatés ne peuvent être qualifiés d'abus de droit d'option, spécialement lorsque la preuve n'est pas apportée qu'il y a une disproportion entre l'intérêt du créancier et la charge corrélative pour le débiteur ⁷⁴.

SECTION 3. – AUTRES ASPECTS DU DROIT D'OPTION.

⁶⁹. En sens affirmatif: Civ. Liège, 24 avril 1984, précité; Civ. Liège, 1 oct. 1986, *J.L.M.B.*, 1986, 695. N'est, à notre avis, pas légalement justifié: J.P. Liège, 31 oct. 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 247. J.L. FAGNART ("Examen de jurisprudence (1981-1990). Les assurances terrestres", *R.C.J.B.*, 1991, (681), n° 36, p. 730) considère que cette jurisprudence viole le principe de la convention-loi (comp. Liège, 29 juin 1993, *J.L.M.B.*, 1994, 587).

⁷⁰. Cette problématique est actuellement régie par les articles 14 à 17 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre. En cas de non-paiement des primes, l'assureur peut suspendre sa garantie, après une mise en demeure et un délai d'exécution. En outre, il ne peut réclamer que les primes afférentes à deux années consécutives.

⁷¹. Par ex. Civ. Liège, 19 mai 1989 et Civ. Liège, 1er oct. 1986, précités.

⁷². Par ex.: Civ. Liège, 17 sept. 1984; Civ. Liège, 13 juin 1986; Civ. Liège, 23 janv. 1990; J.P. Anvers, 25 nov. 1992, tous précités.

⁷³. Civ. Liège, 23 janv. 1990, précité.

⁷⁴. Par ex.: Liège, 18 juin 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 815 (assurance); Anvers, 4 oct. 1984, *R.D.C.*, 1985, 324 (contrat de brasserie); Comm. Hasselt, 24 mars 1993, *Limb. Rechtsl.*, 1994, 39; Civ. Mons, 4 mars 1988, *J.T.*, 1989, 479 (bail); J.P. St. Nicolas, 19 avril 1993, *R.W.*, 1993-94, 757 (bail)). Voy. pour une analyse plus poussée de la jurisprudence citée sous ce numéro: S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n°s 293-298; B. HUBEAU et W. RAUWS, "De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik in het huurrecht", 2ième partie, *R.G.D.C.*, 1988, (31), n° 51 et s.

20. La règle du non-cumul des deux branches de l'option. - Le créancier ne peut cumuler les avantages de l'exécution et de la résolution de l'intégralité du contrat. Il a donc l'obligation de choisir entre les deux branches de l'option⁷⁵. Cette règle existe également en droit français⁷⁶. Cette règle donne lieu à de nombreux litiges lorsque différentes sortes de dommages-intérêts sont demandées et qu'elles sont en fait opposées. Ainsi les dommages-intérêts compensatoires (exécution par équivalent) excluent les dommages-intérêts complémentaires à la résolution^{77 78}. Le non-cumul vaut également entre la résolution et l'indemnité moratoire, même si celle-ci fait l'objet d'une clause pénales: la clause pénale n'a plus d'effets en cas de résolution⁷⁹.

21. L'option est révocable. - Le choix du créancier est, en principe, révocable et ne contient donc pas, à lui seul, une renonciation à l'autre branche⁸⁰. La demande en exécution du contrat n'exclut donc pas que le créancier puisse solliciter, ultérieurement, la résolution judiciaire⁸¹, ou puisse mettre en oeuvre la clause résolutoire expresse prévue au contrat⁸².

Il est fait exception à cette règle lorsque les parties en ont décidé autrement ou lorsque le créancier a fait un choix définitif et non équivoque qui ne peut être interprété que comme une renonciation certaine à l'autre branche de l'option⁸³. L'on sait que la renonciation est de stricte interprétation. Ne renoncent pas à l'exécution par équivalent du bail ni à une demande en résolution, les bailleurs qui ont reloué le bien à d'autres locataires⁸⁴. Par contre, une fois la résolution unilatérale en vertu d'une

⁷⁵. Civ. Louvain, 15 mai 1991, *R.G.D.C.*, 1993, 77; Civ. Liège, 24 avril 1984, *J.L.M.B.*, 1985, 125; Civ. Liège, 1 oct. 1986, *J.L.M.B.*, 1986, 695; J.P. Gand, 17 janv. 1986, *T.G.R.*, 1986, 31. H. DE PAGE, *Traité*, II, n° 885bis; S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n° 262; P. VAN OMMEFLAGHE, "Examen de jurisprudence (1968-1973). Les obligations", *R.C.J.B.*, 1975, (424), n° 65.

⁷⁶. Cass.fr. 6 fév. 1979, *Bull.civ.* I, n° 46; Cass.fr. 2 juin 1981, *Bull.civ.* III, n° 108; Cass.fr. 17 fév. 1982, *Bull.civ.* I, n° 77, *R.T.D.C.* 1983, 132, n. CHABAS; Cass.fr. 7 juin 1989, *Bull.civ.* III, n° 134, *J.C.P.* 1990.II. 21456, n. DAGORNE-LABBE, *R.T.D.C.* 1990, 100, n. REMY, *R.T.D.C.* 1990, 473, n. MESTRE: "Faire résoudre le contrat et l'invoquer ne vaut", *Defr.* 1990, 360, n. AUBERT; Cass.fr. 29 nov. 1989, *Gaz.Pal.* 1989, Rés.cass., 71. P. MALAURIE, note (sous Cass.fr. 4 juillet 1972), *D.* 1972, Jur., 732, n° 1; BOCCARA, B., note, *J.C.P.* 1970.II.16155, n° III et *J.C.P.* 1971.II.16581, n° II; MALAURIE & AYNES, *Les obligations*, n° 542; MARTY & RAYNAUD, *Les obligations*, I, n° 330; MAZEAUD-MAZEAUD-CHABAS, II/1, n° 1087; STORCK, v° *Résolution judiciaire*, n° 30; D. TALLON, *o.c.*, in *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, n° 41.

⁷⁷. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, 244. Bruxelles 30 oct. 1985, *Pas.* 1986, 11; Comm. Liège 2 janv. 1967, *J.T.* 1968, 240, n. MOREAU-MARGREVE.

⁷⁸. Mais l'évaluation de ces deux sortes de dédommagement peut être très comparable. En France, la Cour de cassation défend un point de vue assez formaliste. Elle casse les décisions qui décident de la résolution du contrat et condamnent en même temps le débiteur à "l'exécution par équivalent" (par ex. condamnation du débiteur au paiement des loyers échus ou des loyers encore à échoir). Certains des commentateurs cités plus haut, constatent que pour la Cour, il suffirait que les tribunaux condamnent le débiteur à des "dommages-intérêts complémentaires à la résolution" et que serait, dès lors, valable l'évaluation de cette indemnité aux loyers échus ou loyers encore à échoir... (REMY, *R.T.D.C.* 1990, 100 et AUBERT, *Defr.* 1990, 360, sous Cass.fr. 7 juin 1989). *Adde*: J. GHESTIN, III, *Les effets du contrat*, n° 417.

⁷⁹. Cass. 16 juin 1955, *Pas.* 1955, 1126, n., *A.C.* 1955, 850, *R.W.* 1955-56, 1225, *J.T.* 1955, 693, *T.B.H.* 1955, 288, n.; Cass. 26 oct. 1956, *Pas.* 1957, 194, *A.C.* 1957, 122.

⁸⁰. Cass., 24 juin 1920, *Pas.*, 1921, I, 24; Cass., 1 oct. 1934, *Pas.*, 1934, I, 399. H. DE PAGE, *Traité*, II, n° 885bis; S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n° 265-271; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, "Les modalités de l'exercice de l'option conférée par l'article 1184 du Code civil" (sous Cass., 2 fév. 1989), *R.C.J.B.*, 1994, (364), n°s 25-30. Mais, à tort, *contra*: Civ. Tournai, 22 oct. 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 1113.

⁸¹. Liège, 27 mai 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 1017, note C. PARMENTIER; Liège, 22 fév. 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 1276, note, *Res.jur.imm.*, 1989, 27; Civ. Turnhout, 22 déc. 1986, *R.G.D.C.*, 1987, 82.

⁸². Civ. Nivelles, 13 déc. 1988, *J.L.M.B.*, 1990, 1242, note E. HERINNE, *Rev.not.b.*, 1991, 403.

⁸³. S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n° 269-271.

⁸⁴. Cass., 2 fév. 1989, *Pas.*, 1989, I, 589, *R.W.*, 1989-90, 538, *R.C.J.B.*, 1994, 361, note M. VANWIJCK-ALEXANDRE.

clause résolutoire expresse mise en oeuvre de façon certaine et définitive (sans réserve aucune), il n'est, par exemple, plus possible de réclamer l'exécution de la convention⁸⁵. En effet, le contrat est résolu une fois que la décision du créancier est extériorisée sans réserve et est portée à la connaissance du débiteur. Cet acte juridique unilatéral devient irrévocable dès que le débiteur en a pris (ou a raisonnablement pu en prendre) connaissance⁸⁶.

CHAPITRE III

LES TROIS REGIMES DE LA RESOLUTION POUR INEXECUTION FAUTIVE

SECTION 1. – CONDITIONS D'APPLICATION COMMUNES AUX TROIS RÉGIMES.

22. Trois conditions générales d'applications. - On peut distinguer trois régimes de résolution pour inexécution fautive en droit belge: 1° le régime légal ou la résolution judiciaire de droit commun (art. 1184 C.civ.), 2° le régime conventionnel ou la résolution non judiciaire en vertu d'une clause résolutoire expresse ou "pacte comissoire exprès" et, enfin, 3° le régime d'exception ou la résolution non judiciaire, en dehors d'une clause résolutoire expresse, justifiée uniquement par des circonstances spécifiques.

Trois conditions d'application sont communes aux trois régimes et sont, en principe, requises pour fonder le droit à la résolution:

- A. l'existence d'un contrat synallagmatique,
- B. une inexécution fautive d'une des obligations découlant de ce contrat, et
- C. une mise en demeure préalable du débiteur défaillant.

A. L'EXISTENCE D'UN CONTRAT SYNALLAGMATIQUE.

23. Un contrat synallagmatique. – Le droit de résolution est le corrolaire de tout contrat synallagmatique (art. 1184, al. 1, C. civ.)⁸⁷, qu'il soit nommé ou innommé⁸⁸. Pour P. VAN

⁸⁵. Civ. Nivelles, 13 déc. 1988, *J.L.M.B.*, 1990, 1242, note E. HERINNE, *Rev.not.b.*, 1991, 403. Voy. également: Anvers, 23 juin 1997, *e*, 1997-98, 446.

⁸⁶. S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n° 363. Comp.: P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence (1974-1982). Les obligations", *R.C.J.B.*, 1986, (33), n° 137. Voy. également *infra*, n°s ...

⁸⁷. Cette règle connaît des exceptions: certains contrats synallagmatiques ne peuvent être résolus et certains contrats qui ne sont pas synallagmatiques jouissent de la résolution. Voy. STIJNS, *o.c.*, 1994, n° 100.

⁸⁸. A. DE THEUX, "Résolution judiciaire", n° 11; P. JADOUL, "La liquidation de la situation contractuelle", in *La fin du contrat*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1993, 218; P. VAN OMMESLAGHE, "Examen", *R.C.J.B.* 1975, n° 63. Par ex. application au contrat innommé entre une école de l'enseignement libre et les parents d'un élève: Civ. Anvers, 22 oct. 1992, *R.W.*, 1992-93, 541, note E. DIRIX; Civ. Namur (réf.), 20 mars 1987, *J.Procès*, 1987, n° 105, 26, note J.-M. DERMAGNE (réformé sur un autre point par: Liège, 23 avril 1987, *J.Procès*, 1987, n° 109, 31); Civ. Namur (réf.), 7 mars 1986, *J.Procès*, 1986, n° 83, 30, note J.-M. DERMAGNE.

OMMESLAGHE le droit à la résolution dans un contrat synallagmatique serait même un principe général du droit des obligations⁸⁹. Le concept du contrat synallagmatique fait l'unanimité.

En effet, les auteurs semblent être d'accord sur le point qu'une simple réciprocité des obligations ne suffit pas, mais qu'il faut que les obligations bilatérales soient, de plus, interdépendantes. La doctrine hollandaise fait état d'une relation d'échange ("ruilkarakter")⁹⁰. La doctrine française exige également une "interdépendance" entre les obligations, soulignant qu'elle ne vise pas seulement la "réciprocité", mais aussi la "connexité"⁹¹. Les obligations ne sont pas seulement réciproques dans le sens de l'article 1102 C. civ.⁹², mais elles ont été acceptées *les unes pour les autres*, d'où ce lien étroit⁹³ ou cette interdépendance⁹⁴: KRUIHOF souligne même que *la raison d'être* d'une obligation doit se trouver dans l'obligation connexe⁹⁵. La Cour de cassation belge mentionne, dans sa définition du contrat synallagmatique, tant l'élément de réciprocité que l'élément de connexité ou de corrélation entre les obligations⁹⁶.

Il semble cependant que l'existence d'une telle "connexité" entre les obligations réciproques nées d'un contrat synallagmatique, soit présumée⁹⁷. En effet, le contrat synallagmatique est considéré la source par excellence des obligations interdépendantes: *"Cette réciprocité non pas accidentelle, mais congénitale, participant de la nature même du contrat, fait que les obligations qui dérivent de cette source commune, ex eodem fonte, seront connexes de la façon la plus étroite qu'on puisse concevoir"*⁹⁸. Afin d'expliquer cette connexité, une partie de la doctrine française fait appel à la

⁸⁹. "Examen", *R.C.J.B.* 1975, n° 63. *Adde*: P. JADOUL, o.c., in *La fin du contrat*, 218.

⁹⁰. Toelichting MEIJERS, *Parlementaire geschiedenis*, Boek 6, p. 989; J. HIJMA en M.M. OLTHOF, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer, Kluwer, 1990, n° 512; G.J.P. DE VRIES, *Recht op nakoming en schadevergoeding, excepties en ontbinding volgens NBW en BW*, in *Studiepockets privaatrecht*, n° 32, Zwolle, Tjeenk Willink, 1984, 88; M.M. OLTHOF, "Niet nakoming van verbintenissen", in *Capita Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1982, (235), 260.

⁹¹. Voy. en particulier: V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Le domaine de l'action résolutoire: recherches sur le contrat synallagmatique* (thèse Pau), 1988, 27 et s. *Adde*: R. HOUIN, *La distinction des contrats synallagmatiques et des contrats unilatéraux*, 117 et s. et 166: "Pour qu'un contrat puisse être qualifié de synallagmatique, il est nécessaire qu'il donne naissance à des obligations réciproques et connexes à la charge de chacune des parties contractantes"; LAROMBIERE, I, art. 1184, n° 1 & 4; BAUDRY-LACANTINERIE & BARDE, II, n° 905 ("réciproques et corrélatives"); CAPITANT, *De la cause*, n° 152 & 155 ("connexité des obligations réciproques"); JOSSERAND, II, n° 385; GAUDEMET, o.c., 415; PLANIOL & RIPERT, VI, n° 34 & 410 et s.; RIPERT & BOULANGER, II, n° 490-493; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIERE, II, n° 1022; CARBONNIER, IV, *Les obligations*, n° 80, p. 331 & 332-333; MARTY & RAYNAUD, *Les obligations*, I, n° 64 & 312 ("réciprocité et interdépendance des obligations"); WEILL & TERRE, n° 37, 463 & 481 i.f.; MALAURIE & AYNES, *Les obligations*, n° 530; LARROUMET, III, *Les obligations/I*, n° 597, 195 & 704-705; MAZEAUD-MAZEAUD-CHABAS, II/1, n° 97, p. 88, p. 1143 et n° 1086; STORCK, v° *Résolution judiciaire*, n° 16 & 41. Voy. aussi: Cass.fr. 21 déc. 1927, *D.H.* 1928, 82.

⁹². Selon lequel chaque partie est créancier et débiteur vis-à-vis de l'autre. Art. 1102-1103 C. civ.

⁹³. DE PAGE, II, n° 836/B. et 451/A.; VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, 266; RIPERT & BOULANGER, II, n° 490 e.v.

⁹⁴. A. DE BERSAQUES, note (sous Cass. 27 juin 1946), *R.C.J.B.* 1947, (274), n° 1; DE PAGE, II, n° 836/C.; A. DE THEUX, "Résolution judiciaire", n° 13; LIMPENS, Examen, *R.C.J.B.* 1949, n° 24; P. VAN OMMESLAGHE, "La sanction", n° 27.

⁹⁵. R. KRUIHOF, *Overzicht*, *T.P.R.* 1975, n° 85. Comp. Cass. 30 nov. 1944, *Pas.* 1946, 501, *A.C.* 1945, 51.

⁹⁶. Cass. 15 janv. 1971, *Pas.* 1971, 447, *A.C.* 1971, 466, *R.W.* 1971-72, 514, n., *J.T.* 1971, 365, *R.N.B.* 1971, 339, n.

⁹⁷. Ce qui explique que l'art. 1102 C.civ. ne mentionne pas la connexité comme condition séparée: R. HOUIN, *Thèse*, 117, 153 et 166-168; PLANIOL & RIPERT, VI, n° 411.

⁹⁸. M. VAN QUICKENBORNE, "Réflexions sur la connexité objective, justifiant la compensation après faillite" (sous Cass. 25 mai 1989), *R.C.J.B.* 1992, (348), n° 7. *Adde*: DE PAGE, II, n° 836.

théorie de la cause⁹⁹, alors que les auteurs belges se contentent de l'idée que l'interdépendance des obligations nées d'un contrat synallagmatique, participe de l'essence ou de la nature propre de ce genre de contrat¹⁰⁰.

24. Champ d'application de la résolution. – Comme nous l'avons vu en recherchant le fondement de la résolution, c'est donc dans le prolongement de la réciprocité ou de l'interdépendance congénitale des obligations nées d'un contrat synallagmatique, que la libération du créancier et donc le droit à la résolution s'inscrivent lorsque le débiteur est défaillant¹⁰¹. L'idée de "justice commutative" explicitée en droit hollandais se retrouve en droit belge et français¹⁰².

La doctrine belge défend, dès lors, que le champ d'application de la clause résolutoire tacite de l'article 1184 C. civ. se limite aux contrats synallagmatiques parfaits. A la suite d'un arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 1977¹⁰³, l'incertitude concernant le droit de résolution d'une *transaction* a disparu de la jurisprudence qui résout les transactions lorsqu'une partie manque à ses engagements transactionnels¹⁰⁴. Des divergences persistent en droit belge concernant l'*emphytéose*. Une doctrine ancienne est opposée à la jurisprudence et à une partie de la doctrine récente qui reconnaissent le droit de résolution de ce contrat synallagmatique en cas d'inexécution¹⁰⁵.

La doctrine belge exclut du champ d'application les contrats unilatéraux et les contrats synallagmatiques imparfaits¹⁰⁶. L'exclusion des contrats unilatéraux est évidente. Celle des contrats

⁹⁹. Voy. supra, et partic.: PLANIOL & RIPERT, VI, n° 410-411; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIERE, II, n° 870; CARBONNIER, IV, *Les obligations*, n° 80, p. 330 & 333; WEILL & TERRE, n° 37, 463 & 480; LARROUMET, III, *Les obligations/I*, n° 704. Voy. aussi: Cass. 30 nov. 1944, *Pas.* 1946, 501, *A.C.* 1945, 51; Cass. 7 nov. 1935, *Pas.* 1936, 38.

¹⁰⁰. DE PAGE, II, n° 836/B et 449-451; KRUIHOF, *Overzicht*, *T.P.R.* 1983, n° 126-127; VAN OMMESLAGHE, "La sanction", n° 27. Mais retombe dans la théorie de la cause: A. DE BERSAQUES, note (sous Cass. 27 juin 1946), *R.C.J.B.* 1947, n° 5.

¹⁰¹. KRUIHOF, *Overzicht*, *T.P.R.* 1975, n° 92; A. LANNOO, o.c., *R.W.* 1955-56, 1803; LIMPENS, *Examen*, *R.C.J.B.* 1949, n° 24 & 27; LIMPENS & KRUIHOF, *Examen*, *R.C.J.B.* 1969, n° 59; E. DIRIX, "De meerpartijenovereenkomst", *T.P.R.* 1983, n° 38 & 40; VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, 267. JOSSERAND, II, n° 377; GAUDEMET, o.c., 416; RIPERT & BOULANGER, II, n° 492-493; CARBONNIER, IV, *Les obligations*, n° 80, p. 332-333; MARTY & RAYNAUD, *Les obligations*, I, n° 327; WEILL & TERRE, n° 481 i.f.; MALAURIE & AYNES, *Les obligations*, n° 530; LARROUMET, III, *Les obligations/I*, n° 597 & 704; MAZEAUD-MAZEAUD-CHABAS, II/1, n° 1090; L. BOYER, v° *Contrats et conventions*, n° 235-237.

¹⁰². RIPERT & BOULANGER, II, n° 492.

¹⁰³. *Pas.*, 1977, I, 836, note.

¹⁰⁴. Comm. Bruxelles, 8 avril 1990, *R.D.C.*, 1991, 551; Tr.trav. Bruxelles, 20 juin 1988, *J.T.T.*, 1988, 428.

¹⁰⁵. Bruxelles, 19 fév. 1986, *Rev.not.b.*, 1986, 536 et note approbative de D. STERCKX, "L'emphytéose et la condition résolutoire tacite"; M. LAMBERT, "Emphytéose et condition résolutoire tacite", *Rev.not.b.*, 1988, 314; J. HANSENNE, "Examen de jurisprudence: les biens (1982-88)", *R.C.J.B.*, 1990, (285), n° 114; A. VAN OEVELEN, "Actuele ontwikkelingen inzake het recht van erfpacht en het recht van opstal", in *Het zakenrecht: absoluut niet een rustig bezit, XVIIIe Postuniversitaire cyclus Willy Delya 1991-92*, Anvers, Kluwer, 1992, (321), n° 13. Nuancés: J. KOKELENBERG, T. VAN SINAY et H. VUYE, "Overzicht van rechtspraak: zakenrecht (1980-88)", *T.P.R.*, 1989, (1689), n° 114 et (1989-94), *T.P.R.*, 1995, (503), n° 99.

¹⁰⁶. DE PAGE, II, n° 878-879; LIMPENS & KRUIHOF, *Examen*, *R.C.J.B.* 1964, n° 84; MATTHYS & BAETEMAN, *Overzicht*, *T.P.R.* 1966, n° 126; VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, 266-267; LAURENT, *Principes*, t. 17, n° 123 et t. 26, n° 521; *Pand.B.*, v° *Résolution (convention)*, n° 26; THIRY, III, n° 8; BELTJENS, t. 3, *Art. 1184*, n° 1. BAUDRY-LACANTINERIE & BARDE, II, n° 905 & 905/I; AUBRY-RAU-BARTIN, IV, § 302, p. 114 et note 79; JOSSERAND, II, n° 386; BAUDRY-LACANTINERIE & BINET, *Précis*, II, n° 251; FUZIER-HERMAN, v° *Condition*, n° 746; PLANIOL & RIPERT, VI, n° 410. Dans son *Avant-Projet* (IV, p. 170, n. 2) LAURENT pose comme règle que l'art. 1184 ne s'applique qu'aux seuls contrats synallagmatiques parfaits.

synallagmatiques imparfaits s'explique parce que l'on se place *au moment de la formation* du contrat pour définir son caractère parfait ou imparfait: c'est lors de la formation du contrat que les obligations doivent être interdépendantes¹⁰⁷. Selon une *thèse classique*, après la formation du contrat il ne peut être question que de création d'obligations réciproques, jamais d'obligations connexes¹⁰⁸. Il est clair que les défenseurs de cette thèse considèrent, à tort, que seule la volonté des parties lors de la formation du contrat peut être source de connexité¹⁰⁹. Ils refusent de tenir compte de l'économie du contrat, de sa teneur acquise après sa formation.

Il est cependant incontestable qu'un contrat unilatéral peut devenir synallagmatique en cours d'exécution. Une partie de la *doctrine moderne* fait, dès lors, valoir que la présence entre parties contractantes d'obligations interdépendantes, doit être recherchée pendant toute la durée du contrat¹¹⁰. Pour VAN QUICKENBORNE la "connexité objective" se recherche non pas seulement dans la volonté des parties mais dans la structure propre à leur contrat et dans l'équilibre contractuel qu'ils ont instauré tout au long de sa vie¹¹¹. Les travaux préparatoires du Nouveau Code Civil Néerlandais proposent de rechercher la connexité des obligations à l'aide de critères psychologiques et économiques¹¹². Nous sommes donc d'avis qu'en cas de manquement à une obligation contractuelle, obligation qui présente une connexité ou interdépendance vis-à-vis d'une autre obligation, la résolution doit, en principe, pouvoir être mise en oeuvre¹¹³. Une partie importante de la doctrine française va dans ce sens et accepte la résolution de contrats synallagmatiques imparfaits et de contrat unilatéraux à titre onéreux, comme le prêt à intérêt¹¹⁴. La jurisprudence partage cet avis¹¹⁵.

Par contre, le droit belge compte peu d'auteurs défenseurs de cette thèse¹¹⁶. Dans le cas du *prêt à intérêt*, la jurisprudence est divisée quant à savoir si ce contrat peut être résolu pour inexécution dans le chef de l'emprunteur¹¹⁷.

¹⁰⁷. En ce sens: DE PAGE, II, n° 879; LAURENT, *Principes*, t. 17, n° 123; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *R.C.J.B.* 1992, n° 12 mais il nuance son point de vue au n° 17.

¹⁰⁸. Voy. les commentaires chez: LARROUMET, III, *Les obligations*/I, n° 202; MARTY & RAYNAUD, *Les obligations*, I, n° 65; STORCK, v° *Résolution judiciaire*, n° 60.

¹⁰⁹. Voy.: LARROUMET, III, *Les obligations*/I, n° 201.

¹¹⁰. En ce sens aussi: R. HOUIN, *Thèse*, 164-165, 414-415, 419 en 421; MARTY & RAYNAUD, *Les obligations*, I, n° 65; WEILL & TERRE, n° 37.

¹¹¹. M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *R.C.J.B.* 1992, n° 17 & 19; LARROUMET, III, *Les obligations*/I, n° 202.

¹¹². Toelichting MEIJERS, *Parlementaire geschiedenis*, Boek 6, p. 989; SCHOORDIJK, *Het algemeen gedeelte*, 536-537.

¹¹³. En ce sens: R. HOUIN, *Thèse*, 419; J. GHESTIN, III, *Les effets du contrat*, n° 393 i.f. en 394; A. DE THEUX, "Résolution judiciaire", n° 13, p. 111; LAROMBIERE, I, art. 1184, n° 4; LARROUMET, III, *Les obligations*/I, n° 202; MAZEAUD-MAZEAUD-CHABAS, II/1, n° 1091; MARTY & RAYNAUD, *Les obligations*, I, n° 65; STORCK, v° *Résolution judiciaire*, n° 41 & 60; LEPELTIER, E., *Thèse*, p. 138.

¹¹⁴. BOYER, G., *Thèse*, p. 396; MARCADE par PONT, *Des petits contrats*, I, n° 734; LAROMBIERE, I, art. 1184, n° 3-4; DEMOLOMBE, t. 12, *Des contrats*, I, n° 492 et s.; CAPITANT, *De la cause*, n° 156; BEUDANT-LAGARDE, VIII, n° 765-766; GAUDEMET, o.c., 421; PLANIOL & RIPERT, VI, n° 421; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIERE, II, n° 1033; LARROUMET, III, *Les obligations*/I, n° 202 & 705; WEILL & TERRE, n° 482-483; MALAURIE & AYNES, *Les obligations*, n° 211 & 540; MARTY & RAYNAUD, *Les obligations*, I, n° 327; MAZEAUD-MAZEAUD-CHABAS, II/1, n° 1091; CARBONNIER, IV, *Les obligations*, n° 80, p. 333; L. BOYER, v° *Contrats et conventions*, n° 241 et ses réf.; STORCK, v° *Résolution judiciaire*, n° 56 e.v.; J. GHESTIN, III, *Les effets du contrat*, n° 394.

¹¹⁵. Voy. les réf. chez: MARTY & RAYNAUD, *Les obligations*, I, n° 65, p. 62; STARCK-ROLAND-BOYER, *Obligations*, II, n° 1591. R. HOUIN, *Thèse*, 417 e.v. Pour la jurispr. récente: L. BOYER, v° *Contrats et conventions*, n° 241; STORCK, v° *Résolution judiciaire*, n° 56 et s.

¹¹⁶. J. LIMPENS, Examen, *R.C.J.B.* 1949, n° 29; S. STIJNS, o.c., 1994, n° 99.

¹¹⁷. En sens négatif, parce que ce contrat est jugé unilatéral: Bruxelles, 12 nov. 1990, *J.T.*, 1991, 145; Civ. Turnhout, 23 juin 1989, *Turnh.Rechisl.*, 1990, 66; Civ. Bruxelles, 11 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1998, 1444.

25. Extension à d'autres rapports synallagmatiques? – Il est clair qu'une extension de la résolution en dehors du contrat synallagmatique bilatéral ne connaît point de succès en droit belge (et ce, contrairement à l'interprétation extensive du domaine de l'exception d'inexécution). Cependant, quelques auteurs s'inspirent du droit hollandais où le Nouveau Code Civil étend le champ d'application de la résolution aux conventions multipartites (art. 279 N.B.W.) et aux liens juridiques créant une connexité (art. 261, lid 2 N.B.W.)¹¹⁸. Ils prônent l'application de la résolution à une convention multipartite à condition que les parties souscrivent à des obligations interdépendantes et que la nature du contrat conclu ne s'y oppose pas¹¹⁹. Cette doctrine moderne n'a pas encore percé.

26. Un contrat synallagmatique existant. – Le droit de résolution suppose que le contrat existait au moment de l'inexécution fautive sur laquelle est fondée la demande en résolution judiciaire, ou, au moins, que son maintien ou sa dissolution fasse précisément l'objet d'une contestation entre parties contractantes¹²⁰. La Cour de cassation estime que la circonstance qu'au moment du jugement qui doit décider de la demande en résolution, la convention n'existe plus, n'est pas déterminante¹²¹.

Ainsi, une partie qui résilie unilatéralement et valablement son contrat ne peut-elle plus, après coup, en demander la résolution pour une inexécution fautive dont elle avait connaissance au moment de la résiliation¹²². Par contre, une convention sous condition suspensive existe et peut être résolue pour inexécution fautive¹²³.

B. UNE INEXÉCUTION FAUTIVE

27. Une inexécution fautive. – La résolution étant considérée, en droit belge, comme une sanction de l'inexécution, l'on exige à l'unanimité une inexécution fautive dans le chef du débiteur *aux torts* de qui la résolution est poursuivie¹²⁴. Il doit s'agir d'un manquement à l'une des obligations découlant du contrat dont on poursuit la résolution¹²⁵. Toutes formes d'inexécution fautive peuvent, en principe, être prises en compte pour donner lieu à une résolution¹²⁶: il peut s'agir d'une inexécution partielle ou complète, d'une exécution tardive ou vicieuse¹²⁷. Il n'existe aucune *summa divisio* et l'inexécution peut concerner des obligations principales ou secondaires.

¹¹⁸. ASSER-HARTKAMP, II, 1997, n° 513.

¹¹⁹. E. DIRIX, "De meerpartijenovereenkomst", *T.P.R.* 1983, (757), n° 13 & 39-41; S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n° 99.

¹²⁰. S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n°s 112.

¹²¹. Voy. Cass., 25 fév. 1991, *Pas.*, 1991, I, 616 avec concl. conf. Av. gén. J.-F. LECLERCQ, *J.T.*, 1991, 455, *J.J.P.*, 1992, 163, *R.W.*, 1993-94, 569; Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, 370, *R.W.*, 1995-96, 532, *J.L.M.B.*, 1995, 1240; C.trav. Bruxelles, 17 janv. 1992, *J.T.T.*, 1993, 149.

¹²². Civ. Tongres 20 oct. 1989, *Entr. et dr.*, 1990, 364; Civ. Tournai, 7 janv. 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 395, *R.G.D.C.*, 1988, 184.

¹²³. Cass., 15 mai 1986, *Pas.*, 1986, I, 1123, *J.T.*, 1987, 4, *R.C.J.B.*, 1990, 108, note P. GERARD; Mons, 12 nov. 1991, *D.C.C.R.*, 1992, 58, note I. DEMUYNCK.

¹²⁴. Cass., 17 déc. 1959, *Pas.* 1960, 459, *A.C.* 1960, 347. DEKKERS, *Handboek*, II, n° 178; A. DE THEUX, "Résolution judiciaire", n° 36; *R.P.D.B.*, v° *Obligations*, n° 217; VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, 268; VAN OMMESLAGHE, "Examen", *R.C.J.B.* 1975, n° 63 *i.f.*; M. VAN RUYMBEKE, *o.c.*, *R.G.A.R.* 1978, 9850/3; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme (thèse)*, Liège, 1982, n° 122.

¹²⁵. Cass., 19 mars 1982, *Pas.*, 1982, 854.

¹²⁶. M. VAN RUYMBEKE, *o.c.*, *R.G.A.R.* 1978, n° 9850/3; *Pand.B.*, v° *Résolution (convention)*, n° 109.

¹²⁷. Pour une analyse par sorte d'inexécution, voy. S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n° 160-185.

La question de savoir si une inexécution fautive peut justifier la résolution dépend, en droit belge, uniquement de *sa gravité suffisante en comparaison avec la sanction infligée*. Cette gravité suffisante est appréciée par le juge (dans la résolution judiciaire) ou par le créancier (dans la résolution non judiciaire) (voy. sur ces points, les sections suivantes). Nous verrons que même pour la résolution non judiciaire en vertu de circonstances exceptionnelles, c'est à tort que l'on exige parfois une inexécution "flagrante ou extrêmement grave". Le créancier détient le pouvoir de résoudre unilatéralement le contrat chaque fois que le juge aurait pu estimer la résolution judiciaire justifiée (donc manquement suffisamment grave) et que des circonstances exceptionnelles lui permettent de faire l'économie de l'intervention préalable du juge (voy. infra).

La doctrine et la jurisprudence française semblent partagées sur ce point depuis près de deux siècles¹²⁸. Une partie seulement de la doctrine partage l'opinion belge et estime que la résolution suppose une inexécution fautive¹²⁹ ou estime que la force majeure qui rend l'exécution définitivement impossible, dissout le contrat de plein droit en dehors de l'article 1184 C. civ.¹³⁰. On peut même citer de nombreux auteurs contemporains qui défendent une théorie des risques indépendante de l'article 1184¹³¹. Mais les chambres distinctes de la Cour de cassation française défendent chacune une opinion propre¹³² et des auteurs qui font autorité estiment que l'article 1184 C. civ. peut également fonder la dissolution du contrat en cas de force majeure¹³³.

Ce dernier point de vue laisse les auteurs belges perplexes. N'est-ce pas méconnaître l'article 1184 et la résolution judiciaire? Comment en effet justifier qu'en cas de force majeure la résolution soit judiciaire (et rétroactive)¹³⁴? Comment, de plus, expliquer le droit d'option du créancier, l'octroi d'un délai d'exécution et les dommages-intérêts complémentaires dont fait état l'article 1184 C. civ.? Ces éléments nous semblent tout à fait étrangers au cas de force majeure¹³⁵.

¹²⁸. Voy. sur ce débat: F. CHABAS, v° *Force majeure*, *Encycl. Dalloz, Rép. Dr. Civ.*, 1985, n° 106; STORCK, v° *Résolution judiciaire*, n° 68-78; J. GHESTIN, III, *Les effets du contrat*, n° 515-524.

¹²⁹. En ce sens on lira: L. BOYER, v° *Contrats et conventions*, n° 243; CARBONNIER, IV, *Les obligations*, n° 80, p. 334 et n° 82-83; DEPREZ, "Rapport français sur les sanctions", 47 & 52; MARTY & RAYNAUD, *Les obligations*, I, n° 329; MAZEAUD-MAZEAUD-CHABAS, II/1, n° 1097; D. TALLON, o.c., in *Le contrat aujourd'hui*, n° 18.

¹³⁰. PLANIOL, II, n° 1313; PLANIOL, note (sous Cass.fr. 14 avril 1891), D. 1891.1.329; BAUDRY-LACANTINERIE & BARDE, I, n° 914; BAUDRY-LACANTINERIE & BINET, *Précis*, II, 1921, n° 247; JOSSELAND, II, n° 369, 380-381 & 390; RIPERT & BOULANGER, II, n° 503-506 & 527; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIERE, II, n° 881 & 1024; GAUDEMET, o.c., p. 371; R. SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, Paris, L.G.D.J., 1925, n° 197.

¹³¹. L. BOYER, v° *Contrats et conventions*, *Encycl. Dalloz, Rép. Dr. Civ.*, 1971 (1990), n° 243 & 270; CARBONNIER, IV, *Les obligations*, n° 80, p. 334 et n° 82-83, p. 343; LARROUMET, III, *Les obligations*/I, n° 736 (mais plus indécis n° 710); MARTY & RAYNAUD, *Les obligations*, I, n° 314 en 329; MAZEAUD-MAZEAUD-CHABAS, II/1, n° 1086, 1097 en 1107, 1110; STARCK-ROLAND-BOYER, *Obligations*, II, n° 1595 en 1662-1665.

¹³². Dans le sens d'une résolution judiciaire en cas de force majeure, voy. surtout la jurisprudence de la 1^{ère} chambre civile: Cass.fr. 12 mars 1985, *Bull.civ.* I, n° 94, *R.T.D.C.* 1986, 345, n. avec un exposé très clair de MESTRE; Cass.fr. 2 juin 1982, *Bull.civ.* I, n° 205; Cass.fr. 27 fév. 1967, D. 1967, 413, *R.T.D.C.* 1967, 653, n. CORNU; Cass.fr. 14 avril 1891, D. 1891.1.329, n. PLANIOL. Vgl. Cass.fr. 4 fév. 1976, *Bull.civ.* I, n° 53; Cass.fr. 9 oct. 1979, *Bull.civ.* III, n° 169. Pour la dissolution de plein droit: Cass.com.fr. 28 avril 1982, *Bull.civ.* IV, n° 145, *R.T.D.C.* 1983, 340, n. CHABAS.

¹³³. J. GHESTIN, III, *Les effets du contrat*, n° 521-524; WEILL & TERRE, n° 486; plus indécis: MALAURIE & AYNES, *Les obligations*, n° 553 et 541.

¹³⁴. WEILL & TERRE (n° 486) sont seuls à accepter cette conséquence: si l'on fonde la dissolution du contrat sur l'article 1184, elle doit être judiciaire, aussi dans les cas de force majeure. Mais voy. aussi: J. GHESTIN, III, *Les effets du contrat*, n° 521-524.

¹³⁵. On ne cache l'impression que cette confusion trouve sa source dans la *théorie de la cause* qui est invoquée pour fonder tant la résolution pour inexécution que pour la théorie des risques. Voy. ainsi: LARROUMET, III, *Les obligations*/I, n° 710 & 736; MALAURIE & AYNES, *Les obligations*, n° 553; CAPITANT, *De la cause*, n° 155;

27bis. Une inexécution non fautive en droit belge: la théorie des risques est étrangère à la résolution judiciaire pour inexécution. – Le droit belge ne s'embarasse pas de trouver un *fondement légal explicite* à la dissolution du contrat synallagmatique en cas de force majeure. On ne fait donc nullement appel à l'article 1184 du Code civil. Au contraire, "*la théorie des risques est un mode spécifique de dissolution propre aux contrats synallagmatiques*" ¹³⁶. La théorie des risques est à côté de la résolution pour inexécution fautive et de l'exception d'inexécution, un concept rattaché directement à la nature du contrat synallagmatique ¹³⁷. Elle répond à la question de savoir quel est le sort du contrat et de la contre-prestation, lorsque le débiteur est dans l'impossibilité d'exécuter son obligation suite à un cas de force majeure?

Dès 1946, HAYOIT DE TERMICOURT formulait la réponse que devint une règle reprise par la Cour de cassation dans les termes suivants: "*La règle que, dans les contrats synallagmatiques, l'extinction des obligations d'une partie par la force majeure entraîne celle des obligations corrélatives de l'autre partie se déduit de la définition légale de pareils contrats, qui sont constitués par des obligations réciproques. Si l'extinction des obligations d'une partie n'entraînait pas celle des obligations de l'autre partie, celle-ci resterait tenue unilatéralement, ce qui ne se concilie pas avec la nature même du contrat synallagmatique*" ¹³⁸.

Il est donc clair qu'en cas d'impossibilité définitive d'exécution d'une obligation contractuelle suite à un cas de force majeure, les obligations corrélatives s'éteignent et le contrat est *dissous de plein droit* ¹³⁹. La libération des parties n'est donc pas la conséquence d'une sanction ou d'une résolution du contrat et elle n'est donc pas judiciaire. De plus, la dissolution suite à la force majeure agit de plein droit et *ex nunc* ¹⁴⁰.

28. Absence d'inexécution fautive dans le chef du créancier. – L'exigence d'une inexécution fautive dans le chef du débiteur a pour conséquence que le créancier ne peut être lui-même en demeure d'exécuter. Lorsqu'il est en demeure d'exécuter sa propre prestation ou lorsqu'il est en demeure de

LAROMBIERE, I, art. 1184, n° 6; DEMOLOMBE, t. 12, *Des contrats*, I, n° 497. *Adde*: Cass.fr. 5 mai 1920, S. 1921.1.298 et note, *D.P.* 1926.1.37; Cass.fr. 14 avril 1891, *D.* 1891.1.329, n. PLANIOL.

¹³⁶. DE PAGE, II, n° 774; LIMPENS, Examen, *R.C.J.B.* 1953, n° 39.

¹³⁷. A. DE BERSAQUES, note (sous Cass. 27 juin 1946), *R.C.J.B.* 1947, (274), n° 1 & 3; DE PAGE, II, n° 774 & 841; KRUIHOF, *Overzicht*, *T.P.R.* 1975, n° 85-86; -, *Overzicht*, *T.P.R.* 1983, n° 126; LIMPENS, Examen, *R.C.J.B.* 1949, n° 24 & 30. RIPERT & BOULANGER, II, n° 502-503.

¹³⁸. Av. Gén. R. HAYOIT DE TERMICOURT, concl. Cass. 27 juin 1946, *R.C.J.B.* 1947, (268), 272 et note 5 dans *Pas.* 1946, p. 271 et s. Dans le même sens: A. DE BERSAQUES, o.c., *R.C.J.B.* 1947, n° 1 & 3; DE PAGE, II, n° 766 & 841; ASSER-HARTKAMP, I, n° 353.

¹³⁹. Cass. 27 juin 1946, *A.C.*, 1946, 249, *Pas.* 1946, 270 et note. 5 de R.H., *R.C.J.B.* 1947, 268, concl. conf. R. HAYOIT DE TERMICOURT et note DE BERSAQUES, n° 3 & 7, *Rev.Prat.Not.* 1947, 272; Bruxelles 22 nov. 1965, *Pas.* 1966, 280, *R.P.S.* 1968, 100, n.; Mons 31 janv. 1979, *Pas.* 1979, 43, n. J.S.; C.T. Liège, 22 déc. 1983, *Soc.Kron.* 1984, 224, n. DE THEUX; Bruxelles 14 avril 1989, *J.T.* 1989, 356; Comm. Louvain 29 nov. 1966, *T.B.H.* 1968, 537; T.T. Verviers 9 juillet 1979, *J.T.T.* 1980, 166; J.P. Bruxelles 8 nov. 1974, *J.J.P.* 1975, 141. DE PAGE, II, n° 766; DEKKERS, II, n° 176; A. DE THEUX, "Résolution judiciaire", n° 36; KRUIHOF, *Overzicht*, *T.P.R.* 1983, n° 119 & 126; LIMPENS, Examen, *R.C.J.B.* 1949, n° 30 et *R.C.J.B.* 1953, n° 39; LIMPENS & VAN DAMME, Examen, *R.C.J.B.* 1960, n° 101; VAN OMMESLAGHE, Examen, *R.C.J.B.* 1975, n° 62.

¹⁴⁰. Bruxelles 14 avril 1989, *J.T.* 1989, 356; Bruxelles 22 nov. 1965, *Pas.* 1966, 280, *R.P.S.* 1968, 100, n.

respecter l'obligation de rendre possible la prestation de son débiteur ¹⁴¹, il n'y a pas d'inexécution fautive dans le chef du débiteur et la demande en résolution du créancier devra être rejetée. ¹⁴²

C. UNE MISE EN DEMEURE PRÉALABLE

29. Application du droit commun (renvoi). - En ce qui concerne la nécessité d'une *mise en demeure* préalable à la demande en résolution, c'est le droit commun qui trouve application ¹⁴³. Nous pouvons donc renvoyer le lecteur à la contribution belge de Bertrand DE CONINCK.

Rappelons simplement qu'en règle générale, une mise en demeure est un préalable nécessaire à toute résolution judiciaire ¹⁴⁴. La jurisprudence du fond le rappelle avec régularité ¹⁴⁵. En droit belge, comme en droit français, la stipulation expresse d'un délai d'exécution n'exclut pas la nécessité d'une mise en demeure. Si le débiteur s'exécute après le délai convenu mais avant sa mise en demeure, la résolution ne peut être poursuivie ¹⁴⁶.

Dans la pratique cette règle a une importance limitée puisqu'une assignation en résolution du contrat vaut mise en demeure ¹⁴⁷. Cette dernière règle ne nous permet cependant pas d'écrire qu'en matière de résolution une assignation en justice suffira en toutes circonstances. Cela dépendra de la fonction attribuée à la mise en demeure ¹⁴⁸. Bien qu'en règle générale la mise en demeure est l'interpellation claire et non-équivoque du débiteur par le créancier qui postule l'exécution de l'obligation par son débiteur et que la Cour de cassation n'exige pas que le créancier y précise quelles sanctions ou

¹⁴¹. M. STORME, "Het schuldeisersverzuim. Proeve van rechtsvinding naar Belgisch recht", in *Op de grenzen van het Komend Recht. Opstellen aan J.H. Beekhuis*, Deventer, Kluwer, 1969, (231), n° 2-4 e.v., 232 e.v.

¹⁴². LAURENT, *Principes*, t. 17, n° 125 et t. 24, n° 338; D. DEVOS, "La résolution d'un contrat aux torts réciproques des parties et l'indemnisation des préjudices respectifs" (sous Cass. 9 mai 1986)", *R.D.C.* 1987, (405), n° 3; M. STORME, o.c., in *Beekhuisbundel*, n° 34; *R.P.D.B.*, v° *Obligations*, n° 215; *Pand.B.*, v° *Condition résolutoire*, n° 317-320 et v° *Résolution (convention)*, n° 148 e.v.; Voy. aussi: Cass. 27 déc. 1866, *Pas.* 1867, 85 avec concl. Av. Gén. CLOQUETTE; Cass. 4 juin 1886, *Pas.* 1886, 255. En France: R. CASSIN, o.c., *R.T.D.C.* 1945, n° 9; PLANIOL & RIPERT, VI, n° 431; MARTY & RAYNAUD, *Les obligations*, I, n° 329; L. BOYER, v° *Contrats et conventions*, n° 244; STORCK, v° *Résolution judiciaire*, n° 64 & 100; J.-L. AUBERT, n. (sous Cass.fr. 25 mai 1976), *Defr.* 1977, 398.

¹⁴³. H. DE PAGE, *Traité*, II, n° 891; A. DE THEUX, "Résolution judiciaire", n° 39; M. FONTAINE, "La mise en oeuvre de la résolution", *R.C.J.B.*, 1991, n° 13; R. KRUIHOF, Examen, *T.P.R.*, 1983, n° 132; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, "Chronique", *J.T.*, 1996, n° 86; VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, 268; P. VAN OMMESLAGHE, "Examen", *R.C.J.B.*, 1975, n° 64.

¹⁴⁴. Cass., 17 oct. 1957, *Pas.*, 1958, I, 143, note; Cass., 2 mai 1964, *Pas.*, 1964, I, 934, *J.T.*, 1964, 634, *R.W.*, 1964-65, 873 (concernant une clause résolutoire expresse sans dispense de mise en demeure).

¹⁴⁵. Liège, 16 septembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 1396; Bruxelles, 10 nov. 1988, *J.T.*, 1989, 92; Civ. Bruxelles, 7 juin 1988, *R.W.*, 1988-89, 1378; Civ. Bruxelles, 20 juillet 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 368; Comm. Bruxelles, 4 oct. 1991, *Entr. et dr.*, 1994, 67; Comm. Hasselt, 5 nov. 1990, *Limb.Rechtsl.*, 1991, 102; J.P. Brasschaat, 12 fév. 1988, *T.Not.*, 1988, 173.

¹⁴⁶. Mons 28 avril 1975, *Pas.* 1976, 36, *R.N.B.* 1977, 551, *R.G.E.N.* 1978, 22168; Comm. Bruxelles 18 fév. 1980, *R.D.C.* 1980, 377, *R.G.A.R.* 1981, n° 10.274. P. VAN OMMESLAGHE, "La sanction", n° 31.

¹⁴⁷. Cass., 24 avril 1980, *Pas.*, 1980, I, 1050, note, *J.T.*, 1980, 577, *R.W.* 1981-82, 549; Cass. 17 oct. 1957, *Pas.* 1958, 143, n., *A.C.* 1958, 83, n.; note 2. sous Cass. 24 mars 1972, *A.C.* 1972, 707; Mons, 10 avril 1989, *Rev.not.b.*, 1989, 539, note; Trib.trav. Bruxelles, 3 fév. 1988, *R.R.D.*, 1988, 323. En ce sens: DE PAGE, II, n° 891 et III, n° 76; Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Bruxelles, Bruylant, 1984, n° 210; A. DE THEUX, "Résolution judiciaire", n° 39; FONTAINE, "La mise en oeuvre de la résolution", n° 13; LIMPENS & VAN DAMME, Examen, *R.C.J.B.* 1961, n° 16; *R.P.D.B.*, v° *Obligations*, n° 218; VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, 268; VAN OMMESLAGHE, Examen, *R.C.J.B.* 1975, n° 64 & 107 et *R.C.J.B.* 1988, n° 213; -, "La sanction", n° 31; M. VAN RUYMBEKE, o.c., *R.G.A.R.* 1978, n° 9850/3.

¹⁴⁸. S. STIJNS, o.c., 1994, n° 109 et 260-261. Comp. en ce sens: J. GHESTIN, III, *Les effets du contrat*, n° 406, p. 417.

moyens il réservera à une inexécution¹⁴⁹, la législation belge récente en matière d'assurance terrestre, de crédit à la consommation et de crédit hypothécaire¹⁵⁰, ainsi que les exigences de la bonne foi dans l'exécution des contrats (devoir de loyauté¹⁵¹), imposent dans certains cas que la mise en demeure revête malgré tout une fonction "d'avertissement": elle doit prévenir le débiteur des sanctions qu'il pourrait encourrir s' il persiste dans ses manquements. Dans ces cas, la citation en justice ne peut remplacer la mise en demeure.

De plus, l'on accepte de multiples exceptions à la règle¹⁵² ainsi qu'une stipulation contractuelle qui en dispense le créancier (pour la mise en demeure lors d'une résolution non judiciaire, voy. *infra*).

SECTION 2. - LE RÉGIME LÉGAL DE LA RÉSOLUTION JUDICIAIRE.

A. LE RÔLE DU JUGE

30. Appréciation de l'opportunité de la résolution: gravité suffisante du manquement pour justifier la résolution. - La Cour de cassation impose au juge, saisi d'une demande en résolution, l'obligation de rechercher si le prétendu manquement est *suffisamment grave pour justifier la résolution réclamée*¹⁵³.

Généralement, la doctrine suit docilement ce point de vue¹⁵⁴, tout comme la jurisprudence du fond qui reflète assez fidèlement ces principes: le juge doit soupeser la gravité de la sanction et la gravité des manquements reprochés et il doit adapter la sanction à la gravité du manquement reproché¹⁵⁵. De là l'expression qu'un "manquement suffisamment grave" est requis, et non pas un "manquement grave". Il s'agit d'un concept *relatif*¹⁵⁶.

¹⁴⁹. Cass. 18 déc. 1986, *Pas.* 1987, I, 484; Cass., 16 sept. 1983, *Pas.*, 1984, 48.

¹⁵⁰. Art. 15, Loi du 25 juin 1992 en matière d'assurance terrestre; art. 29, Loi Crédit à la consommation du 12 juin 1991; art. 45, Loi du 4 août 1992 sur le crédit hypothécaire.

¹⁵¹. J.-L. FAGNART, "L'exécution de bonne foi des conventions: un principe en expansion" (sous Cass. 19 sept. 1983), *R.C.J.B.*, 1986, (282), n° 14/b.

¹⁵². A ce sujet, voy. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, "Chronique", *J.T.*, 1996, n° 90.

¹⁵³. Cass., 9 juin 1961, *Pas.*, 1962, I, 1104, note; Cass., 28 mai 1965, *Pas.*, 1965, I, 1051, note; Cass., 9 sept. 1965, *Pas.*, 1966, I, 47; Cass., 12 nov. 1976, *Pas.*, 1977, I, 291; Cass., 13 mars 1981, *R.W.*, 1982-83, 1049, note, *J.J.P.*, 1983, 104; Cass., 31 janv. 1991, *Pas.*, 1991, I, 520. Voy. en matière de bail à ferme (art. 29): Cass., 11 oct. 1991, *Pas.*, 1992, I, 116; Cass., 23 déc. 1988, *Pas.*, 1989, I, 462; Cass., 5 mars 1982, *Pas.*, 1982, I, 800.

¹⁵⁴. DE PAGE, II, n° 889; DE THEUX, A., "Résolution judiciaire", n° 37 e.v; M. BOURMANNE, o.c., *Rev.rég.dr.* 1987, 15; R. BUTZLER et M. COLPAERT, "La licéité de la clause résolutoire expresse dans le contrat de concession exclusive", *R.C.J.B.*, 1981, (26), n° 4; J.-L. FAGNART, o.c., *R.C.J.B.* 1986, n° 20; M. FONTAINE, "La mise en oeuvre de la résolution", p. 12 et p. 21-22, n° 14-15; HERBOTS & PAUWELS, *Overzicht, T.P.R.* 1989, n° 76; KRUIHOF, *Overzicht, T.P.R.* 1975, n° 93; KRUIHOF, *Overzicht, T.P.R.* 1983, n° 133; KLUYSKENS, I, n° 116/2°; LIMPENS & KRUIHOF, Examen, *R.C.J.B.* 1964, n° 83 et *R.C.J.B.* 1969, n° 60; B. LOUVEAUX, "Accès à la profession et dissolution des contrats d'entreprise" (sous Comm. Mons 12 avril 1989), *D.C.C.R.* 1989-90, 150; *R.P.D.B.*, v° *Obligations*, n° 223; THOUMSIN, note (sous Brux. 21 nov. 1902), *R.D.C.* 1904, (15), 17; VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, 269; VAN OMMESLAGHE, Examen, *R.C.J.B.* 1975, n° 65, p. 605 & n° 66; -, "La sanction", n° 33.

¹⁵⁵. Par ex.: Bruxelles, 6 fév. 1985, *J.T.*, 1985, 390; Civ. Liège, 12 mars 1985, *J.L.M.B.*, 1985, 353; Comm. Charleroi, 28 juin 1985, *J.T.*, 1986, 11; Civ. Tournai, 22 oct. 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 1113; Civ. Louvain, 21 nov. 1986, *R.G.D.C.*, 1987, 81; Comm. Hasselt, 18 déc. 1986, *Limb. Rechtsl.*, 1987, 99; Civ. Bruges, 18 mars 1987, *R.W.*, 1987-88, 1414; Civ. Malines, 4 janv. 1988, *Pas.*, 1988, III, 46; Trib.trav. Bruxelles, 20 juin 1988, *J.T.T.*, 1988, 428; J.P. Uccle, 22 août 1988, *J.T.*, 1989, 184; Civ. Ipres, 4 mai 1990, *R.G.D.C.*, 1991, 289; Civ. Louvain, 15 mai 1991, *R.G.D.C.*, 1993, 77; Trib.trav. Bruxelles, 4 sept. 1992, *J.T.T.*, 1994, 15.

¹⁵⁶. Et même ambigu: M. FONTAINE, "La mise en oeuvre de la résolution", n° 20.

Il nous semble que le droit français donne une même portée à l'article 1184 C. civ. et exige également un manquement suffisamment grave¹⁵⁷, tout comme en droit hollandais où le critère de la "proportionnalité" ou de la "justifiabilité" revient au même résultat¹⁵⁸.

Le juge est-il complètement libre dans son appréciation de la gravité de la faute? On n'hésite pas à définir ce pouvoir comme étant "*souverain*" ou même "*discretionnaire*"¹⁵⁹. La Cour de cassation prétend soit que l'appréciation de la gravité suffisante est "*souveraine*"¹⁶⁰, soit que le juge est "*libre*" dans son appréciation¹⁶¹. Plus récemment elle précise que son appréciation se fait "*d'après les circonstances de fait*"¹⁶². La Cour de cassation française répète avec régularité que le pouvoir d'appréciation du juge est "*souverain*"¹⁶³.

Il est clair que l'examen de la gravité du manquement relève de l'*appréciation souveraine* du juge du fond, mais l'on ne peut le prétendre "*discretionnaire*" puisque la Cour de cassation belge exerce tout de même un contrôle (très) marginal sur la légalité des déductions en droit, basées sur les

¹⁵⁷. En ce sens: BAUDRY-LACANTINERIE & BARDE, II, n° 900, p. 89 et n° 912; JOSSERAND, II, n° 384; BEUDANT-LAGARDE, VIII, n° 767, n. 3; MALAURIE & AYNES, *Les obligations*, n° 537 & 541-542; LARROUMET, III, *Les obligations*/I, n° 704 & 711; WEILL & TERRE, n° 487; MARTY & RAYNAUD, *Les obligations*, I, n° 329; CARBONNIER, IV, *Les obligations*, n° 80, p. 333 & 335 et n° 81, p. 338; STARCK-ROLAND-BOYER, *Obligations*, II, n° 1594 et n.; MAZEAUD-MAZEAUD-CHABAS, II/1, n° 1098; G. GOUBEAUX, note (sous Cass.fr. 13 fév. 1987), *J.C.P.* 1987.II.20860; G. GOUBEAUX, *Manuel de droit civil de P. Voirin*, I, Paris, L.G.D.J., 1989, n° 800; D. TALLON, o.c., in *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, 1987, n° 18; J. GHESTIN, III, *Les effets du contrat*, n° 410. Cass.fr.com. 11 déc. 1990, *Bull.civ.* IV, n° 316; Cass.fr.com. 16 juin 1987, *Bull.civ.* IV, n° 145, *J.C.P.* 1987.IV.293, *Defr.* 1988, 374, n. AUBERT; Cass.fr. 19 fév. 1986, *J.C.P.* 1986.IV.122; Cass.fr. 22 mars 1983, *Bull.civ.* III, n° 84, *J.C.P.* 1983.IV.184, *R.T.D.C.* 1985, 165, n. MESTRE, *Defr.* 1984, 296, n. AUBERT; Cass.fr.com. 2 déc. 1980, *J.C.P.* 1980.IV.66; Cass.fr.com. 4 juin 1980, *Bull.civ.* IV, n° 239; Cass.fr.com. 8 juin 1979, *Bull.civ.* IV, n° 186; Cass.fr. 11 juillet 1977, *Bull.civ.* III, n° 306; Cass.fr. 16 juillet 1974, *Defr.* 1975, 456, n. AUBERT; Cass.fr. 5 mars 1974, *J.C.P.* 1974.IV.145; Cass.fr. 20 déc. 1971, *Bull.civ.* III, n° 646; Cass.fr. 29 mai 1969, *J.C.P.* 1969.IV.181; Cass.fr. 12 mars 1956, *D.* 1956, 302; Cass.fr. 27 nov. 1950, *D.* 1950.Som.24; Cass.fr. 21 déc. 1927, *D.H.* 1928, 82; Cass.fr. 9 mars 1925, *D.P.* 1925, 266; Cass.fr. 5 mai 1920, *D.P.* 1926.I.37 et n.4, *S.* 1921.I.298; Cass.fr. 5 janv. 1876, *S.* 1876.I.104, *D.P.* 1876.I.267; Cass.fr. 26 mai 1868, *S.* 1868.I.336, *D.* 1869.I.365 et n.2; Cass.fr. 11 avril 1888, *S.* 1888.I.216, *D.* 1889.I.248. BOYER, v° *Contrats et conventions*, n° 242 & 248; STORCK, v° *Résolution judiciaire*, n° 86, 89, 99 & 107.

¹⁵⁸. Toelichting MEIJERS, *Parlementaire geschiedenis*, Boek 6, p. 1005; ASSER-RUTTEN, II, 337-338; GROOTVELD, *Contractenrecht*, VI, n° 1090. Art. 6: 265, 1 Nouveau N.B.W. reprend cette règle.

¹⁵⁹. Dans le sens de "*soeverain*": BAUDRY-LACANTINERIE & BARDE, II, n° 900, p. 88 et n° 912; R. BUTZLER et M. COLPAERT, o.c., *R.C.J.B.* 1981, n° 4 ("*souveraine et absolue*"); DE PAGE, II, n° 889; L. DEMEYERE, o.c., in *La fin du contrat*, n° 31; A. DE THEUX, "*Résolution judiciaire*", n° 37; HERBOTS & PAUWELS, *Overzicht*, *T.P.R.* 1989, n° 76 & 120; KRUIHOF, *Overzicht*, *T.P.R.* 1983, n° 133; B. LOUVEAUX, o.c., *D.C.C.R.* 1989-90, 150; M. VAN RUYMBEKE, o.c., *R.G.A.R.* 1978, n° 9850/3; VAN OMMESLAGHE, "*La sanction*", n° 33; BOYER, v° *Contrats et conventions*, n° 248; MALAURIE & AYNES, *Les obligations*, n° 542; WEILL & TERRE, n° 487; STARCK-ROLAND-BOYER, *Obligations*, II, n° 1594, voeten.; MAZEAUD-MAZEAUD-CHABAS, II/1, n° 1098; J. GHESTIN, III, *Les effets du contrat*, n° 410; STORCK, v° *Résolution judiciaire*, n° 112 e.v.; G. SIGNORET, note (sous Cass.com.fr. 12 oct. 1982), *J.C.P.* 1984.II.20166, n° 3.

Dans le sens de "*discretionnaire*": BAUDRY-LACANTINERIE & BINET, *Précis*, II, n° 245; R. PIRET, o.c., *R.D.C.* 1928, n° 12; RIPERT, *La règle morale*, n° 76; D. TALLON, o.c., in *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, 1987, n° 18; -, o.c., *Law in East and West*, 605.

¹⁶⁰. Cass. 8 mars 1928, *Pas.* 1928, 102; Cass. 12 nov. 1976, *Pas.* 1977, 291.

¹⁶¹. Cass. 13 mars 1981, *R.W.* 1982-83, 1049, n., *J.J.P.* 1983, 104.

¹⁶². Cass. 31 janv. 1991, *Pas.* 1991, 520, *A.C.* 1990-91, 584, *R.W.* 1991-92, 774, *T.Not.* 1991, 444; Cass. 28 mai 1965, *Pas.* 1965, (1051) 1053, n.

¹⁶³. J. GHESTIN, III, *Les effets du contrat*, n° 410, p. 420; STORCK, v° *Résolution judiciaire*, n° 113 et les réf.

constatations souveraines en fait ¹⁶⁴. L'appréciation du juge n'est donc pas libre, puisque la légalité de la qualification d'un manquement comme "un manquement suffisamment grave pour justifier la résolution" fait l'objet d'un contrôle, fut-il limité.

Cette appréciation judiciaire fort large est normalement *basée sur le dernier alinéa de l'article 1184* du Code civil, sans qu'une distinction soit faite entre le pouvoir légal du juge d'octroyer un délai et ce pouvoir de mettre en balance le manquement et la sanction demandée. L'on considère qu'il s'agit d'un pouvoir global et entier ¹⁶⁵. Il est assez étonnant de lire dans la doctrine et la jurisprudence qu'en vertu de l'article 1184 C. civ., le juge doit apprécier *l'opportunité* de la résolution, alors que le législateur a voulu donner au créancier lésé *un droit à la résolution, estimant que son intervention devait se limiter à son pouvoir d'accorder de délai* (art. 1184, al. 3 C. civ.). Dans la section suivante nous démontrerons que ce large pouvoir d'appréciation est le résultat d'une prise de pouvoir par les juges en matière de résolution.

31. Choix de la sanction. – En vertu de son large pouvoir d'appréciation, le juge décide également quelle sanction il accordera une fois estimée la gravité du manquement contractuel. Il s'agit bien ici d'une appréciation de l'opportunité de la résolution. En effet, lorsque le créancier opte pour l'exécution forcée du contrat, le juge ne pourra changer l'option vers une résolution, sauf en cas d'abus de droit (ce n'est que dans ce cas qu'il pourra mettre les intérêts en balance). Alors que lorsque le créancier poursuit la résolution, la doctrine et la jurisprudence lui imposent l'obligation de mettre en balance les intérêts et donc de juger de l'opportunité de cette sanction ¹⁶⁶. C'est en vertu de son obligation d'adapter la sanction à la gravité du manquement ¹⁶⁷, que le juge dispose en fait d'un *pouvoir modérateur* qui lui permet de *choisir dans un large éventail de sanctions* ¹⁶⁸:

- il peut tout simplement refuser la résolution (parce qu'une ou plusieurs des conditions ne sont pas remplies ou parce qu'une offre satisfaisante d'exécuter est faite par le débiteur),
- il peut la refuser et la remplacer par une exécution par équivalent ¹⁶⁹,
- il peut l'octroyer avec ou sans dommages-intérêts complémentaires ¹⁷⁰,

¹⁶⁴. Voy. par ex.: Cass., 31 janv. 1991, précité; Cass., 10 fév. 1983, *Pas.*, 1983, I, 661. S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n° 158. En France, en ce sens: R. CASSIN, *o.c.*, *R.T.D.C.*, 1945, n° 5, p. 171.

¹⁶⁵. En ce sens: A. DE THEUX, "Résolution judiciaire", n° 25 & 37; VAN OMESLAGHE, Examen, *R.C.J.B.* 1975, n° 66; -, "La sanction", n° 33; KRUIHOF, Overzicht, *T.P.R.* 1983, n° 133; -, Overzicht, *T.P.R.* 1975, n° 93; LIMPENS & KRUIHOF, Examen, *R.C.J.B.* 1964, n° 83 et *R.C.J.B.* 1969, n° 60; LIMPENS & VAN DAMME, Examen, *R.C.J.B.* 1960, n° 105; MATTHYS & BAETEMAN, Overzicht, *T.P.R.* 1966, n° 127; VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, 269. En termes très larges, en France: J.L. AUBERT, n. (sous Cass.fr. 22 mars 1983), *Defr.* 1984, 296; MAZEAUD-MAZEAUD-CHABAS, II/1, p. 1144, n° 1094 et n° 1098.

¹⁶⁶. S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n° 188 et les critiques, n° 159.

¹⁶⁷. A. DE THEUX, "Résolution judiciaire", n° 23; S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n° 188; VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, 169; M. VAN RUYMBEKE, *o.c.*, *R.G.A.R.* 1978, 9850/3 verso.

¹⁶⁸. A moins de prendre en compte les cas de résolution sans rétroactivité ou avec une rétroactivité réduite, la *résolution partielle* ne fait pas partie du droit commun belge. Même la *réfaction* en droit commercial ne s'analyse pas comme une résolution partielle mais comme une forme de dommages-intérêts: en effet, la réfaction s'applique dans des cas de manquements légers qui ne pourraient pas justifier une résolution (en ce sens: J. VAN RIJN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, III, BruxellesBruylant, 1981, n° 684, p. 533). En droit français, voy. J. GHESTIN, III, *Les effets du contrat*, n° 463.

¹⁶⁹. Civ. Liège, 19 janv. 1989, *Pas.*, 1989, III, 73, *J.L.M.B.*, 1989, 642; Comm. Charleroi, 28 juin 1985, *J.T.*, 1986, 11; J.P. St. Nicolas, 8 janv. 1986, *R.W.*, 1986-87, 1099, note A. VAN OEVELEN.

¹⁷⁰. Mons, 10 avril 1989, *Rev.not.b.*, 1989, 539.

- ou encore, différer la résolution qui normalement serait acquise et l'octroyer après un délai de grâce resté sans résultat^{171 172}. Ce délai est unique et ne peut donc être renouvelé¹⁷³. La résolution est donc acquise après son écoulement infructueux¹⁷⁴.

A nouveau, il nous semble remarquable de constater que, bien que l'article 1184 C. civ. donne un choix au seul créancier et ne parle que de la faculté du juge d'octroyer un dernier délai au débiteur, le juge peut en fin de compte *modifier le choix* du créancier et lui accorder la branche contraire de l'option, c.à.d. refuser la résolution et *accorder l'exécution par équivalent*¹⁷⁵.

A notre avis, il serait plus précis de distinguer deux pouvoirs dans le chef du juge: d'une part, le *pouvoir légal d'octroyer un délai de grâce* (art. 1184, al. 3, C. civ.) et, d'autre part, le pouvoir d'apprécier la gravité du manquement, *pouvoir modérateur* d'origine prétorienne (à ce sujet, voy. *infra*). En vertu de ce double pouvoir d'appréciation et de son obligation d'adapter la sanction à la gravité du manquement, le juge pourrait en effet disposer d'un large éventail de sanctions, mais le changement pur et simple de la branche de l'option (vers une exécution par équivalent) serait soumis aux conditions de l'abus de droit (tout comme le changement d'une demande en exécution en nature vers une résolution est soumis aux conditions de l'abus de droit (voy. *supra* et *infra*)).

32. Résolution aux torts réciproques des parties. - Vient s'ajouter aux possibilités énumérées, après une évolution des idées tant en France qu'en Belgique¹⁷⁶, la faculté du juge de résoudre le contrat aux

¹⁷¹. A ce sujet, voy. les décisions précitées: Civ. Liège, 12 mars 1985; Civ. Tournai, 22 oct. 1986; Civ. Malines, 4 janv. 1988; Civ. Louvain, 15 mai 1991. Comm.Brux. 22 mars 1960, *R.D.C.* 1961, 375, n. DE PAGE, II, n° 889/2°; VAN OMMESELAGHE, Examen, *R.C.J.B.* 1975, n° 65, p. 605; LAROMBIERE, I, art. 1184, n° 47; DEMOLOMBE, t. 12, *Des contrats*, I, n° 514; AUBRY-RAU-BARTIN, IV, § 302, p. 116; BAUDRY-LACANTINERIE & BARDE, II, n° 924; R. CASSIN, o.c., *R.T.D.C.* 1945, n° 9; JOSSERAND, II, n° 382; *R.P.D.B.*, v° *Obligations*, n° 234; STARCK-ROLAND-BOYER, *Obligations*, II, n° 1600.

¹⁷². Les conditions sévères à l'application de l'article 1244, al. 2 C. civ. (débiteur malheureux et de bonne foi), ne valent pas pour l'application de l'article 1184, al. 3 C.c.: A. DE THEUX, "Résolution judiciaire", n° 25/3°; I. MOREAU-MARGREVE, "Contribution à la théorie de l'effet du délai de grâce sur l'obligation du débiteur", *R.C.J.B.* 1966, (), 421, note 4). Comp. en ce sens: J. GHESTIN, III, *Les effets du contrat*, n° 418.

¹⁷³. DE PAGE, II, n° 889/2°; A. DE THEUX, "Résolution judiciaire", n° 25/3°, p. 135; LAURENT, *Principes*, t. 24, n° 342; I. MOREAU-MARGREVE, o.c., *J.T.* 1968, 242, voeten. 11; *R.P.D.B.*, v° *Obligations*, n° 234. TOULLIER, o.c., III, n° 581; MARCADE, VI, p. 293; ARNTZ, III, n° 1032; TROPLONG, *De la vente*, n° 664; DURANTON, IX, n° 373; LAROMBIERE, I, art. 1184, n° 48; BAUDRY-LACANTINERIE & BARDE, II, n° 925; BAUDRY-LACANTINERIE & BINET, *Précis*, II, n° 245; PLANIOL, II, n° 1316; PLANIOL & RIPERT, VI, n° 429; RIPERT & BOULANGER, II, n° 538; BOYER, v° *Contrats et conventions*, n° 248; STORCK, v° *Résolution judiciaire*, n° 103; GHESTIN, J., III, *Les effets du contrat*, n° 418. La Cour de cassation française l'a encore confirmé récemment en décidant que ce délai de grâce "doit emprunter sa mesure aux circonstances" en "si ce délai peut être suspendu en cas de force majeure, il ne saurait être renouvelé": Cass.fr. 19 déc. 1984, *Bull.civ.* I, n° 343, *Gaz.Pal.* 1985.Pan.212, n. GRIMALDI, *R.T.D.C.* 1986, 107, note approb. MESTRE.

¹⁷⁴. "La résolution est acquise": TOULLIER, o.c., III, n° 581; TROPLONG, *De la vente*, n° 664. ARNTZ, III, n° 1032: "le droit du vendeur à la résiliation est acquis par la première demande"; LAURENT, *Principes*, t. 24, n° 342; THIRY, III, n° 593. Cette règle est en fait reprise à l'art. 1655, al. 2 & 3 C. civ.

¹⁷⁵. Boyer souligne également cette anomalie: "D'une façon générale, ces différentes solutions ne sont pas pleinement en harmonie avec l'idée de condition résolutoire tacite que l'article 1184 suggère comme fondement de l'institution. Elles procèdent plutôt de la théorie de la responsabilité civile dans laquelle le juge a les plus larges pouvoirs tant pour l'appréciation des éléments déterminants de celle-ci que quant au mode de réparation le plus adéquat à l'espèce": BOYER, v° *Contrats et conventions*, n° 251. Adde: MAZEAUD-MAZEAUD-CHABAS, II/1, n° 1094; WEILL & TERRE, n° 487, note 527.

¹⁷⁶. Voy. S. STIJNS, o.c., 1994, n° 208 & 209.

torts des parties. En effet, la jurisprudence admet, tout comme en droit français ¹⁷⁷, que la résolution puisse être prononcée aux torts réciproques des parties contractantes ¹⁷⁸. La circonstance que les deux parties à un contrat synallagmatique n'ont pas exécuté leurs obligations ne supprime ni leur responsabilité contractuelle, ni le devoir qu'elles ont chacune d'indemniser l'autre partie, en proportion avec leur part de responsabilité ¹⁷⁹, pour le dommage qui est une suite directe et immédiate de leurs manquements ¹⁸⁰.

La jurisprudence et la doctrine belges précisent toutefois qu'il est nécessaire qu'il y ait des manquements suffisamment graves et imputables aux deux parties et que chacune demande la résolution ¹⁸¹. De plus, les manquements doivent être concomitants (sinon l'exception d'inexécution jouera), mais la jurisprudence semble se satisfaire d'une concomitance entendue raisonnablement ¹⁸².

33. Quelques applications récentes. - *En matière de vente*, la non-livraison d'un cabriolet dans un délai raisonnable durant les mois d'été, justifie la résolution ¹⁸³. Il en va de même lorsque le vendeur de châssis n'exécute pas ses obligations pendant plus d'un an et demi alors qu'il est en possession, depuis près de deux ans, de la totalité du prix ¹⁸⁴. Dans une vente immobilière, le refus de l'acheteur de passer l'acte authentique, et ce contrairement aux stipulations du compromis, justifie normalement la résolution de la vente ¹⁸⁵. La vente immobilière est résolue aux torts des vendeurs lorsqu'à la date

¹⁷⁷. Voy. le résumé de cette jurisprudence par AUBERT (*Defr.* 1987, 402) et MESTRE (*R.T.D.C.* 1987, 542-543, n° 6), comme suit: "...en présence de torts réciproques, il convient, ... d'abord, d'apprécier la gravité des fautes respectivement commises et donc la part de responsabilité de chacun, et ensuite, de déterminer l'importance des divers préjudices soufferts. Sur ces bases, le montant du droit à réparation de chaque partie pourra être fixé et, à partir de là, jouera la compensation totale ou simplement partielle". Voy.: Cass.com.fr. 10 fév. 1987, *J.C.P.* 1987.IV.129, *R.T.D.C.* 1987, 542, n. MESTRE; Cass.fr. 11 mars 1986, *Bull.civ.* IV, n° 44, *J.C.P.* 1986.IV.144, *Defr.* 1987, 401, n. AUBERT; Cass.com.fr. 6 mars 1984, *Bull.civ.* IV, n° 92, *J.C.P.* 1984.IV.152; Cass.fr. 21 fév. 1984, *Bull.civ.* III, n° 43, *J.C.P.* 1984.IV.134; Cass.fr. 22 juin 1982, *Gaz.Pal.* 1983.I.Pan.6, n. A.P.; Cass.com.fr. 19 mai 1980, *Bull.civ.* IV, n° 202; Cass.fr. 11 mars 1974, *D.* 1974.I.R.132.

¹⁷⁸. Cass., 9 mai 1986, *Pas.*, 1986, I, 1100, *R.D.C.*, 1987, 413, note D. DEVOS, *J.T.*, 1987, 126, *R.W.*, 1986-87, 2699; Cass., 7 nov. 1988, *Pas.*, 1989, I, 243; Cass., 5 mars 1993, *Pas.*, 1993, I, 251; Cass., 15 juin 1995, *Pas.*, 1995, I, 633, *R.W.*, 1995-96, 706; Cass., 9 avril 1996, *Pas.*, 1996, I, 341; Cass., 15 avril 1996, *Pas.*, 1996, I, 342, *J.L.M.B.*, 1996, 1696, *R.W.*, 1997-98, 947. Voy. déjà: Cass., 6 mars 1986, *Pas.*, 1986, I, 849, *R.C.J.B.*, 1990, 559, note J. HERBOTS; Cass., 31 janv. 1946, *Pas.*, 1946, I, 49; Cass., 12 nov. 1976, *Pas.*, 1977, I, 291. *Comp.*: Cass., 19 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, 655.

¹⁷⁹. Partagent, en France, l'idée de mettre les fautes des parties contractantes en balance: R. PLAISANT, note (sous *Civ.Seine* 15 déc. 1954), *D.* 1955, (265), 267; MAZEAUD-MAZEAUD-CHABAS, II/1, n° 1094 *if.*; LARROUMET, III, *Les obligations*/I, n° 715; MALAURIE & AYNES, *Les obligations*, n° 542; STARCK-ROLAND-BOYER, *Obligations*, II, n° 1602; GHESTIN, J., III, *Les effets du contrat*, n° 417; STORCK, v° *Résolution judiciaire*, n° 109 & 111; J.L. AUBERT, "Droit à réparation du préjudice causé par la résolution du contrat au cas de torts réciproques des parties", *Defr.* 1987, 401; J. MESTRE, "Résolution aux torts partagés et compensation simplement éventuelle des dommages-intérêts", *R.T.D.C.* 1987, 542.

¹⁸⁰. En Belgique, voy. les arrêts de la Cour de cassation cités.

¹⁸¹. Sent. Arb., 15 janv. 1985, *J.T.*, 1985, 254, *Entr. et dr.*, 1986, 231; Civ. Bruxelles, 18 janv. 1985, *R.D.C.*, 1986, 145. P. VAN OMMESLAGHE, "Examen", *R.C.J.B.*, 1986, n° 130; D. DEVOS, "La résolution d'un contrat aux torts réciproques des parties et l'indemnisation des préjudices respectifs" (sous Cass., 9 mai 1986), *R.D.C.*, 1987, 405, n° 4; B. LOUVEAUX, "Accès à la profession et dissolution des contrats d'entreprise" (sous Comm. Mons, 12 avril 1989), *D.C.C.R.*, 1989-90, (150), point D.

¹⁸². Sent. Arb., 15 janv. 1985, *J.T.*, 1985, 254, *Entr. et dr.*, 1986, 231.

¹⁸³. Civ. Turnhout, 27 avril 1992, *Turnh. Rechtsl.*, 1992, 119.

¹⁸⁴. Mons, 23 nov. 1994, *J.T.*, 1995, 320.

¹⁸⁵. Mons, 10 avril 1989, *Rev.not.b.*, 1989, 539.

convenue pour passer l'acte authentique, l'immeuble vendu n'est pas libre d'occupation, alors que l'acheteur avait clairement stipulé cette condition essentielle de la vente dans le compromis ¹⁸⁶.

Est jugé suffisamment grave dans un *contrat de bail*, le fait de changer unilatéralement la destination des lieux loués, en usant du bien, loué à usage privé, à des fins professionnelles ¹⁸⁷. Ne revêt pas une gravité suffisante, le fait que le bailleur n'exécute pas avec diligence les réparations locatives (eau dans les caves) ¹⁸⁸. Par contre, le bail commercial doit être résolu aux torts du bailleur lorsqu'il accepte le déploiement d'activité de "masseuses" dans l'immeuble et que cette activité engendre un trouble anormal de la jouissance locative de co-locataires ¹⁸⁹. La résolution est également mise à charge du bailleur qui manque à son obligation de procurer la jouissance paisible du bien loué parce que sa destination convenue ne peut être réalisée (salle de gymnastique et de fitness) ¹⁹⁰.

En matière de bail à ferme, la résolution est justifiée lorsque le preneur méconnaît l'obligation de garnir la ferme de suffisamment d'animaux et d'outils ¹⁹¹ ainsi que pour mauvais entretien des terres, lorsque même pendant l'expertise, aucun effort n'a été fait pour améliorer l'état des terres ¹⁹²; la cession du bail ou la sous-location du bien loué, sans l'accord écrit du bailleur lorsque ce consentement est légalement exigé, justifie la résolution du bail par le juge ¹⁹³. En cette matière, le juge a l'obligation d'apprécier la gravité du manquement en fonction de l'existence d'un dommage dans le chef du bailleur ¹⁹⁴. Or, dans le cas jugé à Malines, le dommage n'était pas prouvé, puisque le père n'avait sous-loué qu'une partie des terres à son fils sans accord préalable du bailleur, et qu'il aurait pu lui sous-louer le tout sans que ce consentement fût nécessaire.

Un *contrat d'assistance technique*, visant la réduction rapide des frais d'énergie, peut être résolu lorsque le juge constate l'inaction totale du conseiller technique pendant les premiers mois après la signature du contrat, le manque d'une étude sérieuse et le fait d'avoir formulé de vagues hypothèses au lieu de recommandations sérieuses ¹⁹⁵.

Un contrat avec une *entreprise spécialisée en informatique* peut être résolu lorsque le logiciel fourni n'est pas, contrairement à l'accord entre parties, adapté sur mesure aux besoins concrets de l'utilisateur. Le fait que le logiciel fonctionne convenablement est irrelevante ¹⁹⁶. La résolution de la vente de matériel informatique est justifiée lorsque la non-livraison d'un accessoire a une influence substantielle sur la possibilité d'utilisation efficace et complète de l'ensemble de l'équipement

¹⁸⁶. Bruxelles, 21 fév. 1989, *J.T.*, 1990, 239.

¹⁸⁷. J.P. Uccle, 22 août 1988, *J.T.*, 1989, 184.

¹⁸⁸. J.P. St. Nicolas, 8 janv. 1986, *R.W.*, 1986-87, 1099. Voy. J. HERBOTS et C. PAUWELS, "Overzicht", *T.P.R.*, 1989, n° 120; J.H. HERBOTS, D. CLARYSSE et J. WERCKX, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten (1977-1982)", *T.P.R.* 1985, (767), n° 288.

¹⁸⁹. J.P. Saint-Gilles, 9 mars 1995, *J.J.P.*, 1996, 81.

¹⁹⁰. Civ. Bruxelles, 15 sept. 1995, *J.J.P.*, 1998, 5.

¹⁹¹. J.P. Roeselare, 16 déc. 1994, *J.J.P.*, 1998, 341.

¹⁹². J.P. Beauraing, 28 nov. 1995, *Rev.not.b.*, 1996, 64.

¹⁹³. Civ. Malines, 4 janv. 1988, *Pas.*, 1988, III, 46.

¹⁹⁴. Cass., 5 mars 1982, *Pas.*, 1982, I, 800; Cass., 23 déc. 1988, *Pas.*, 1989, I, 463; Cass., 11 oct. 1991, *Pas.*, 1992, I, 116; Civ. Louvain, 21 nov. 1986, *R.G.D.C.*, 1987, 81; Civ. Malines, 4 janv. 1988, *Pas.*, 1988, III, 46.

¹⁹⁵. Bruxelles, 10 nov. 1988, *J.T.*, 1989, 92. Rappr.: Comm. Courtrai, 15 janv. 1970, *R.W.*, 1969-70, 1487 et, en matière de contrat informatique: Bruxelles, 10 avril 1986, *Dr.inform.*, 1986, 232, note Y. POULLET.

¹⁹⁶. Anvers, 7 juin 1988, *R.D.C.*, 1989, 614. Rappr.: Trib. Bruxelles, 2 mai 1988, *R.R.D.*, 1989, 507, note B. LEJEUNE.

vendu¹⁹⁷; elle est également justifiée lorsqu'il est incontestable que la version définitive du logiciel n'a pas été livrée dans les délais prévus¹⁹⁸.

Bien que l'organisateur n'ait pu offrir aux voyageurs ni le repos, ni la sécurité à cause de travaux effectués au village de vacance et à leur bungalow pendant leur séjour, les voyageurs n'ont pas obtenu la résolution du contrat de voyage parce que le transport aller-retour et le logement pendant les nuits ont eu lieu dans des conditions plus ou moins normales¹⁹⁹. Par contre, dans un cas tout à fait similaire, la résolution est prononcée²⁰⁰.

La résolution est parfois refusée pour la simple raison que le créancier s'est comporté de façon inconciliable avec le droit d'obtenir la résolution, par exemple parce qu'il a continué de se servir de l'objet de la vente²⁰¹. Ainsi le contrat d'entreprise (fourniture et pose d'une cuisine équipée) n'est-il pas résolu malgré sa mauvaise exécution, lorsque le maître de l'ouvrage a utilisé la cuisine pendant 15 ans²⁰². Dans d'autres cas, la demande en résolution est tellement tardive qu'elle fait apparaître que les manquements ne sont pas suffisamment graves pour justifier la sanction²⁰³.

B. LE CRITÈRE DU MANQUEMENT JUSTIFIANT UNE RÉSOLUTION DU CONTRAT

34. Absence d'un critère unique. - De la diversité des décisions en matière de résolution, l'on peut aisément déduire la nécessité croissante, en pratique, de disposer d'un critère permettant de déterminer la gravité suffisante d'un manquement contractuel²⁰⁴. TREITEL a parfaitement décrit ce problème²⁰⁵: *"The most important single principle used to control the remedy of termination (...) is that the remedy is only available if the default attains a certain minimum degree of seriousness. This principle exists in one form or another in all the legal systems under discussion. It is usually stated in very vague general terms; and any attempt at precision is certainly foredoomed to failure. The delicate balancing of interests that is required in this area is pre-eminently a matter for judicial discretion, and not one that can be determined in advance by fixed rules. On the other hand judicial discretion has its obvious dangers in this as in other parts of the law. (...) It is therefore both useful and necessary to make some attempt to determine in a general way what principles guide judicial discretion in this area"*.

¹⁹⁷. Comm. Bruxelles, 29 janv. 1988, *R.D.C.*, 1989, 281, *Dr.inform.*, 1988/4, 67). Voy. pour d'autres exemples: J.-P. BUYLE, L. LANOYE, Y. POULLET et V. WILLENS, "Chronique de jurisprudence: L'informatique (1987-1994)", *J.T.*, 1996, (205), n° 26.

¹⁹⁸. Civ. Bruxelles, 30 juin 1995, *Dr. Inform.*, 1995/3, 38.

¹⁹⁹. Civ. Liège, 19 janv. 1989, *Pas.*, 1989, III, 73, *J.L.M.B.*, 1989, 642.

²⁰⁰. Civ. Gand, 2 mars 1988, *R.G.D.C.*, 1989, 503.

²⁰¹. Raison qui se rapproche de la '*rechtsverwerking*'. Voy. à ce sujet: S. STIJNS, "La '*rechtsverwerking*': fin d'une attente (dé)raisonnable? Considérations à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 mai 1990", *J.T.*, 1990, 685-690;

²⁰². Civ. Bruxelles, 17 fév. 1994, *Entr. et dr.*, 1995, 76.

²⁰³. Bruxelles, 20 janv. 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 865; J.P. St. Kwintens-Lennik, 25 janv. 1988, *R.W.*, 1989-90, 161.

²⁰⁴. M. VANDERMERSCH, "La gravité du manquement, condition de la résolution pour inexécution fautive: approche comparative", *Ann. Dr. Louvain*, 1993, 557 et s.

²⁰⁵. G.H. TREITEL, "Remedies for breach of contract", in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII: *Contracts in general*, Ch. 16, 1972, (p. 110 et s., n° 143 et s.) n° 161, p. 126.

Or, en droit belge, il n'existe aucun critère qui fasse réellement l'unanimité à l'exclusion des autres critères. Doit-on prendre en compte l'importance du manquement (ou le "*fundamental breach*")²⁰⁶, ou la nature de l'obligation violée (obligation essentielle *versus* obligation accessoire), ou encore, la volonté présumée des parties²⁰⁷ ou plutôt celle du créancier? Doit-on combiner tous ces critères? Bien que le critère de l'ampleur du manquement soit d'une réelle aide pour déterminer si un délai de grâce doit être accordé, la jurisprudence belge a choisi pour la *combinaison de plusieurs critères*.

La doctrine et la jurisprudence de la Cour de cassation sont parfois séduites par le critère de l'obligation principale²⁰⁸. Suite à une analyse de la jurisprudence belge²⁰⁹, nous arrivons à la même conclusion que CASSIN (en 1938) et GHESTIN²¹⁰: *la gravité suffisante d'un manquement ne peut être déterminée exclusivement à l'aide de la nature de l'obligation méconnue* (obligation principale ou accessoire). En effet, la jurisprudence prend, par exemple, en ligne de compte, la nature du contrat, l'ampleur de l'inexécution, l'effet de l'inexécution sur le contrat pris dans son entièreté, l'utilité résiduelle du contrat pour la victime de l'inexécution et l'avantage d'une résolution pour lui. Dans le cas où il y a un lien indivisible entre une obligation accessoire et une obligation principale, l'exécution des deux obligations forme un tout et le critère de la nature de l'obligation méconnue n'est donc d'aucune utilité.

35. A la recherche d'un critère unique. - Dans la recherche du critère unique, il nous semble qu'il faudrait tenir compte des *lignes directrices* suivantes:

1° force est de constater que tous les critères utilisés pour déterminer la gravité suffisante d'un manquement, recherchent l'essence du contrat (ses "racines": *the root of the contract*), sa *raison d'être*, son *utilité socio-économique*. Un manquement qui atteint l'essence du contrat sera jugé suffisamment grave pour justifier une résolution. Puisque tous les critères recherchent le même objet, nous ne voyons pas de raisons d'en favoriser un au détriment d'un autre. Nous pencherions même pour la thèse de la combinaison de critères, si il n'y avait pas le danger réel d'augmenter l'insécurité juridique des parties.

2° A partir de quel moment les forces vitales d'un contrat, sa raison d'être, sont-elles touchées? A qui d'en décider: au débiteur défaillant ou au créancier? Comme dans la Convention de Vienne, la réponse doit être apportée par le *créancier, victime de l'inexécution*. Il doit pouvoir faire état de ses *attentes raisonnables* (et donc objectivées) dans le cadre du contrat. En effet, il s'agit ici de justifier une sanction, ce qui n'exclut pas la mise en balance des intérêts du débiteur et du créancier, mais avec un poids plus important pour les intérêts du créancier.

²⁰⁶. FONTAINE, "La mise en oeuvre de la résolution", n° 21: "quelle que soit l'importance de l'obligation méconnue". On remarque une évolution du *Common Law* en ce sens (TREITEL, "Remedies for breach of contract", n° 162 & 166: "*a breach will justify termination if it (...) 'substantially' deprives the aggrieved party of what he bargained for*"): ce qui devient déterminant est la circonstance que le créancier est privé substantiellement de ce qu'il attendait du contrat.

²⁰⁷. En ce sens: POTHIER, *Traité du contrat de vente*, n° 476 et comp. n° 325; DE PAGE, II, n° 889; A. DE THEUX, "Résolution judiciaire", n° 37bis; LAURENT, *Principes*, t. 17, n° 127; *R.P.D.B.*, v° *Obligations*, n° 223 e.v.; I. MOREAU-MARGREVE, o.c., *J.T.* 1968, 242; M. VAN RUYMBEKE, M., o.c., *R.G.A.R.* 1978, 9850/3; BAUDRY-LACANTINERIE & BARDE, II, n° 912-913; M. PLANIOL, n. (sous Cass.fr. 14 avril 1891), *D.* 1891.I.329; JOSSERAND, II, n° 384; WEILL & TERRE, n° 487. Le lien avec le critère de l'obligation essentielle est évident: BAUDRY-LACANTINERIE & BARDE, II, n° 913.

²⁰⁸. Voy. par ex. Cass. 31 janv. 1991, *Pas.*, 1991, 520; Cass. 10 fév. 1983, *Pas.* 1983? 661; Cass., 28 mai 1965, *Pas.*, 1965, 1053.

²⁰⁹. S. STIJNS, o.c., 1994, n° 163-164, p. 237-244.

²¹⁰. R. CASSIN, o.c., *R.T.D.C.* 1945, n° 8; J. GHESTIN, III, *Les effets du contrat*, n° 410.

3° Il faudra prendre en compte *l'impact du manquement sur l'entièrete du contrat* ²¹¹.

4° Enfin, il est trop rarement souligné qu'il faut également *apprécier l'effet et l'importance de la sanction*, qu'est la résolution, dans la relation contractuelle concrète ²¹².

Ces lignes directrices nous amènent à exiger d'un critère unique qu'il permette *une mise en balance de l'intérêt du créancier à la continuation du contrat et son intérêt à la résolution de ce même contrat*. En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation exige une proportionnalité entre la perturbation du contrat causée par la faute du débiteur et l'impact qu'aura la sanction de la résolution dans la relation contractuelle perturbée.

Cette mise en balance par le juge est logique puisque le choix ou l'option du créancier entre l'exécution et la résolution du contrat est le fruit d'une mise en balance qu'il aura préalablement effectuée. Le juge doit précisément apprécier le caractère raisonnable de ce choix par le créancier. On revient donc à la recherche d'un éventuel abus dans l'exercice par le créancier de son droit d'option.

De tous les critères proposés, c'est le critère de l'utilité économique du contrat qui permet d'effectuer au plus près cette approche. En effet, l'on découvre *l'intérêt du créancier à la résolution plutôt qu'à la continuation du contrat, lorsque l'on recherche quel est l'intérêt économique que le créancier attendait du contrat et quel est celui qu'il peut encore en attendre après les manquements de son débiteur*.

36. Le critère de l'utilité économique. – Une partie de la doctrine française contemporaine défend ce critère: "*(il revient au juge de) mesurer l'importance du manquement constaté par rapport à l'utilité économique que le créancier attendait du contrat*" ²¹³. Il apparaît clairement que le maintien du contrat n'est pas une valeur absolue, mais que son utilité économique du point de vue du créancier doit être appréciée. C'est en effet au créancier que le législateur a offert le droit d'option, sans lui imposer une préférence pour l'exécution ou la résolution du contrat en souffrance. C'est donc l'exercice de ce choix qui doit être contrôlé par la justice. Le juge évaluera si le maintien du contrat offre encore une utilité économique au créancier. Pour cela il suffit d'effectuer une confrontation entre les manquements du débiteur et le but poursuivi par le créancier ou ses attentes légitimes en vertu de la conclusion de ce contrat. BOYER s'exprime comme suit: "le juge statue en tenant compte de considérations d'opportunité et d'utilité, s'attachant à *l'importance du manquement par rapport à l'avantage économique poursuivi* par le créancier, tenant compte aussi du nécessaire *équilibre* qu'il faut maintenir entre les prestations des parties" ²¹⁴. Certains arrêts de la Cour de cassation française suivent le même raisonnement en soulignant l'importance déterminante de l'avantage économique que le créancier peut encore attendre du contrat après l'inexécution fautive de celui-ci ²¹⁵.

²¹¹. En ce sens aussi: B. LOUVEAUX, o.c., D.C.C.R. 1989-90, 150; Toelichting MEIJERS, *Parlementaire geschiedenis*, Boek 6, p. 1005. Liège 27 janv. 1977, T.Ann. 1981, (243), 245, n. BRICMONT.

²¹². L'article 265 Nouveau N.B.W. en tient expressément compte.

²¹³. CARBONNIER, IV, *Les obligations*, n° 81, p. 339. Dans un sens identique: Th. DELAHAYE, o.c., 1984, n° 237, p. 280; MALAURIE & AYNES, *Les obligations*, n° 541 ("l'utilité économique qu'il poursuivait"); J. MESTRE, "Le juge et la résolution du contrat", R.T.D.C. 1986, 107, n° 6; Y. PICOD, note (sous Cass.fr. 8 avril 1987), J.C.P. 1988.II.21037, n° 1. Comp. WEILL & TERRE, n° 487, p. 508.

²¹⁴. BOYER, v° *Contrats et conventions*, n° 242.

²¹⁵. Cass.fr. 5 mai 1920, S. 1921.I.298, n., D.P. 1926.I.36; Cass.fr. 26 mai 1868, S. 1868.I.336, D. 1869.I.365 et n.2; Cass.fr. 12 mars 1956, D. 1956, 302.

*Il apparaît, en conclusion, que tout manquement de la part du débiteur qui vide le contrat de son utilité économique pour le créancier, rompt l'équilibre contractuel et est suffisamment grave pour justifier la résolution*²¹⁶. "Ce qui importe (pour la résolution) est que le contrat n'assure plus l'utilité économique qu'il poursuivait"²¹⁷.

Nous inspirant du droit français, nous avons proposé l'adoption en droit belge du *critère de l'utilité économique que le créancier peut encore retirer de la poursuite de l'exécution du contrat*²¹⁸; l'importance d'un manquement est mesurée par rapport à l'utilité économique que le créancier attendait du contrat et qu'il peut encore en attendre après l'inexécution par le débiteur. Ainsi, un manquement qui prive le créancier de tout intérêt économique, est-il suffisamment grave pour justifier la résolution. C'est, tout compte fait, le critère de la proportionnalité qui s'applique: l'intérêt que le créancier a au maintien du contrat et celui qu'il a à sa résolution, sont mis en balance avec le préjudice subi par le débiteur défaillant en cas de résolution. P.-A. FORIERS et X. DIEUX formulent une analyse en tous points comparable²¹⁹.

Il est intéressant de souligner que ce critère de l'utilité économique rejoint sur un point important le critère de la "*contravention essentielle*", critère inspiré du *fundamental breach* anglo-saxon et adopté par la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises²²⁰. Selon l'article 25 de la Convention, une contravention est essentielle lorsqu'elle cause à l'autre partie un préjudice tel *qu'elle la prive substantiellement de ce que celle-ci était en droit d'attendre du contrat*, à moins que la partie en défaut n'ait pas prévu un tel résultat et qu'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ne l'aurait pas prévus non plus (nous soulignons).

Cette définition met l'accent, tout comme le critère de l'utilité économique, sur la situation du créancier lésé et sur l'importance du préjudice causé par le manquement. En effet, le préjudice (la privation) doit être substantiel, ce qui doit s'apprécier à la lumière des attentes raisonnables (ou objectives) du créancier lésé. Le cadre de référence ne se base pas sur la volonté des parties mais sur ce que *le créancier était en droit d'attendre du contrat*²²¹.

²¹⁶. Th. DELAHAYE, *o.c.*, 1984, n° 237; BOYER, *v° Contrats et conventions*, n° 242; CARBONNIER, IV, *Les obligations*, n° 80, p. 333 & n° 81, p. 339; MALAURIE & AYNES, *Les obligations*, n° 541. Pour STARCK-ROLAND-BOYER (*Obligations*, II, n° 1594), c'est "l'intérêt suffisant" pour le créancier qui est déterminant. STORCK mentionne "les circonstances économiques" et "l'utilité pour le créancier" comme critères parmi d'autres (*v° Résolution judiciaire*, n° 115). Comp. aussi: A. DE THEUX, "Résolution judiciaire", n° 37bis, p. 154; CAPITANT, *De la cause*, n° 147.

²¹⁷. MALAURIE & AYNES, *Les obligations*, n° 541. Dans le même sens: J. GHESTIN, III, *Les effets du contrat*, n° 391; Th. DELAHAYE, *o.c.*, 1984, n° 237, p. 280.

²¹⁸. S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n°s 180-185; S. STIJNS, "Résolution judiciaire et non judiciaire des contrats pour inexécution", in *La théorie générale des obligations*, P. Wéry (coord.), Ed. Formation permanente Commission Université Palais, Volume XXVII, 1998; (193-238), n° 12; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)", *J.T.*, 1996, (689), n° 146.

²¹⁹. P.-A. FORIERS, "Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle" (sous Cass. 30 janv. 1992), *R.C.J.B.*, 1994, (189), n° 23, p. 221-222; X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit* (thèse U.L.B.), Bruxelles, Bruylant, 1995, n° 58.

²²⁰. Approuvée par Loi du 4 septembre 1996 (*M.B.* 1er juillet 1997). Pour la doctrine belge récente à ce sujet, voy.: M. FALLON et D. PHILIPPE, "La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises", *J.T.*, 1998, 17-37; H. VAN HOUTTE, "Het Weens Koopverdrag in het Belgisch recht", *R.D.C.*, 1998, 344-354; H. VAN HOUTTE, J. ERAUW et P. WAUTELET, *Het Weens koopverdrag*, Anvers, Intersentia, 1997, 376p.

²²¹. S. STIJNS et R. VAN RANSBEECK, "De rechtsmiddelen (algemeen)", in *Het Weens Koopverdrag*, H. Van Houtte, J. Erauw et P. Wautelet (eds.), Anvers, Intersentia, 1997, (191), n° 6.3-6.10. *Adde*: M. FALLON et D. PHILIPPE, *o.c.*, *J.T.*, 1998, n° 71.

L'application de ce critère exige, dès lors, également que les attentes raisonnables du créancier soient mises en balance avec l'utilité économique de la vente pour le créancier après que le manquement a eu lieu. Ce n'est que lorsque le manquement prive le contrat de son but ou de son utilité économique pour le créancier qu'il est un manquement essentiel, justifiant la résolution ²²².

Une partie de la doctrine belge récente ainsi que certaines décisions de la jurisprudence approuvent cette approche du manquement suffisamment grave (ou essentiel) qui justifie la résolution du contrat ^{223 224}, mais on ne peut pas encore faire état d'un critère bien établi dans la jurisprudence. Il a, enfin, l'avantage qu'il peut englober lors de son application, les autres critères bien établis.

SECTION 2. - LE RÉGIME JURISPRUDENTIEL DE LA RÉOLUTION NON JUDICIAIRE EN VERTU DE CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES.

A. UNE MISE EN QUESTION SÉRIEUSES DE L'INTERVENTION PRÉALABLE DU JUGE.

37. Nécessité d'une intervention préalable du juge? - L'intervention du juge dans la résolution d'une convention est nécessaire pour lui permettre de contrôler l'application d'une sanction. Mais doit-elle nécessairement être *préalable* à la résolution? Les deux pouvoirs du juge, celui d'octroyer un délai et celui, plus large, de modérer la sanction (voy. *supra*), ne peuvent-ils s'exercer *a posteriori*? En d'autres termes, peut-on, - en dehors d'une clause résolutoire expresse et en dehors des exceptions expressément prévues par la loi ²²⁵ -, *faire l'économie du recours préalable au juge et reconnaître au créancier le pouvoir de déclarer unilatéralement que le contrat est résolu*?

Dans ce cas, le créancier déciderait, *à ses risques*, de la résolution. Sa responsabilité sera engagée si, après coup, il apparaît que la résolution n'était pas justifiée. Le juge conserverait son pouvoir de contrôle mais son intervention dans la résolution du contrat ne serait plus qu'éventuelle et *a posteriori*. Il perdrait donc son pouvoir d'accorder des délais, mais garderait son pouvoir modérateur ²²⁶.

²²². S. STIJNS et R. VAN RANSBEECK, o.c. in *Het Weens Koopverdrag*, Anvers, 1997, n° 6.11.

²²³. X. DIEUX, o.c., Bruxelles, 1995, n° 58; P.-A. FORIERS, o.c., *R.C.J.B.*, 1994, n° 23; T. HENS, "De gevolgen van de contractuele aansprakelijkheid", in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, J. Roodhooft (ed), Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1998, p. 203-204; S. STIJNS, o.c., 1994, n° 180-182; S. STIJNS et R. VAN RANSBEECK, o.c., in *Het Weens Koopverdrag*, 1997, n° 6.11. D. PHILIPPE opte, par contre, pour une combinaison des critères classiques (nature de l'obligation violée, gravité du manquement et possibilité d'exécution en nature). Nous craignons que ce choix ne nous avance guère puisqu'il n'apporte pas la clarté requise pour la sécurité juridique des parties au contrat. De plus, nous ne partageons pas l'opinion de cet auteur selon laquelle "le texte legal belge" (?) mettrait l'accent sur la gravité du manquement et non sur la perte de valeur de la prestation pour le cocontractant ("L'inexécution des obligations", in *Le nouveau droit de la vente internationale*, Colloque du 21 novembre 1997 à l'U.C.L., p. 6). Ni l'article 1184 C. civ., ni l'article 1641 et s. C. civ. ne permettent une telle conclusion.

²²⁴. Voy. explicitement, par ex.: Anvers, 20 mai 1998, *A.J.T.*, 1999-2000, 181.

²²⁵. Par ex.: article 1657 du Code civil, la rupture pour motif grave en droit du travail, l'article 2 de loi du 27 juillet 1961 concernant la résiliation des concessions de vente exclusives à durée indéterminée.

²²⁶. S. STIJNS, o.c., 1994, n°s 494-510.

A la suite de P. VAN OMMEFLAGHE²²⁷ et à l'exemple de l'évolution en droits français et hollandais²²⁸, la doctrine belge est, de nos jours, unanime à admettre cette possibilité, non seulement dans les contrats de vente commerciale et d'entreprise, mais de façon générale dans tous les contrats synallagmatiques²²⁹. Elle esquivait toutefois la question de son fondement juridique²³⁰.

La jurisprudence du fond s'est déjà exprimée en faveur de la résolution unilatérale ou non judiciaire, en dehors de toute clause résolutoire expresse²³¹, sans pour autant s'attarder à son fondement ou à sa compatibilité avec l'article 1184 C.civ. On peut même constater que depuis une dizaine d'années les Tribunaux et les Cours d'appel sont unanimes pour accepter la résolution non judiciaire et leur tâche de contrôle *a posteriori*.

Il faut cependant souligner que la Cour de cassation belge n'a pas encore eu l'occasion de s'exprimer sur la validité d'une telle "dérogation" à l'article 1184 C. civ. (en dehors de toute clause résolutoire expresse).

Après avoir décrit les applications les plus marquantes, nous nous attacherons à la question de la compatibilité de ce nouveau régime de la résolution avec le régime légal de la résolution judiciaire.

²²⁷. "Examen", *R.C.J.B.*, 1975, n°s 65 et 65bis.

²²⁸. Voy. S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n°s 410 et s. et 419 et s.

²²⁹. Voy. pour les vingt dernières années: *Actualités du droit, Droit de la construction* (vol.1), 1991, 1198-1200 et (vol.2), 1992, 403-404; M. BOURMANNE, note sous Liège, 6 déc. 1985, *R.R.D.*, 1987, 14-25; Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Bruxelles, Bruylant, 1984, n°s 212-245; A. DELVAUX et D. DESSARD, *Le contrat d'entreprise de construction*, t. IX, Livre VII, in *Rép.Not.*, 1991, n° 201; L. DEMEYERE, "Rechtshandelingen ter beëindiging van overeenkomsten", in *La fin du contrat*, Bruxelles, C.J.B., 1993, (11), n°s 33-34; X. DIEUX, "La formation, l'exécution et la dissolution des contrats devant le juge des référés" (sous Civ. (réf.), Liège, 4 fév. 1984), *R.C.J.B.* 1987, (245), 262; E. DIRIX, "De eenzijdige ontbinding van overeenkomsten" (sous Gand, 29 avril 1988), *R.W.*, 1990-91, 710; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, "Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992)", *R.W.*, 1992-93, (1209), n° 64; Ph. FLAMME et M.-A. FLAMME, *Le contrat d'entreprise. Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, Bruxelles, Larcier, 1991, n°s 56, 112, 239 et 241; M. FONTAINE, "La mise en oeuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive", *R.C.J.B.*, 1991, n°s 27, 28, 36-41; M. FONTAINE, Observations (sous Civ. Bruxelles, 10 juin 1997), *J.T.*, 1998, 8; J.H. HERBOTS et C. PAUWELS, "Overzicht van rechtspraak (1982-87). Bijzondere overeenkomsten", *T.P.R.*, 1989, (1039), n°s 411 et 413; T. HENS, "De gevolgen van de contractuele aansprakelijkheid", in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, 1998, p. 204; R. KRUIHOF, "Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissenrecht", *T.P.R.*, 1983, (495), n° 134; D. PHILIPPE, "Le droit des contrats: perspectives", *DAOR*, 1993/26, 107; S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n°s 386-512; A. VAN OEVELEN, "Actuele jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen inzake de sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen", *R.W.*, 1994-1995, (793), n° 58; P. VAN OMMEFLAGHE, "Examen", *R.C.J.B.* 1986, n°s 97-100 et 130; P. WERY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, Bruxelles, Kluwer éd. Jurid. Belgique, 1993, n°s 219 et s. et 225 et s.

²³⁰. S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n° 386, 390, 465 et 485; P. WERY, *o.c.*, n° 227.

²³¹. Anvers, 25 mai 1998, *A.J.T.*, 1999-2000, 197; Anvers, 30 mars 1993, *Turnh. Rechtsl.*, 1993, 53, note; Mons, 11 déc. 1991, *R.R.D.*, 1992, 211, note ROLAND; Liège, 1er oct. 1991, *Entr. et dr.*, 1993, 302, note FLAMME; Liège, 24 juillet 1991, *J.T.*, 1991, 698; Gand, 29 avril 1988, *R.W.*, 1990-91, 705, note E. DIRIX; Liège, 6 déc. 1985, *R.R.D.*, 1987, 11, note M. BOURMANNE; Mons, 19 déc. 1984, *R.D.C.*, 1985, 693, note L. BALLON; Mons, 21 juin 1983, *Pas.*, 1983, I, 125, note, *R.C.J.B.*, 1991, 8, note M. FONTAINE; Bruxelles, 2 juin 1976, *a quo* dans Cass., 19 avril 1979, *Entr. et dr.*, 1981, 123, note DE BOCK; Civ. Bruxelles, 10 juin 1997, *J.T.*, 1998, 8, note M. FONTAINE; Civ. Nivelles, 13 fév. 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 425; Comm. Gand, 26 sept. 1991, *T.G.R.*, 1991, 158; Comm. Courtrai, 18 janv. 1983, *J.J.P.*, 1983, (294), 299; Comm. Bruxelles (réf.), 17 déc. 1981, *J.T.*, 1982, 761; Comm. Bruxelles, 22 mai 1979, *J.T.*, 1981, 10. Traitant plutôt d'un remplacement unilatéral: Liège, 27 mai 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 1017, note C. PARMENTIER. (sur la distinction entre la résolution non judiciaire et le remplacement unilatéral, voy. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, "Chronique", *J.T.*, 1996, n° 100).

38. Applications. – Les cinq cours d'appel que compte la Belgique ont exprimé leur soutien à la faculté de résolution non judiciaire. Quatre cours d'appel se sont prononcées récemment et de manière explicite. Ces arrêts ont fortement marqué la jurisprudence en faveur de la résolution par déclaration unilatérale du créancier.

- Par un arrêt du 21 juin 1983, la cour d'appel de Mons confirme la validité de la résolution unilatérale décidée par une clinique vis-à-vis d'un de ses médecins, en raison de ses manquements graves causant un danger réel pour la santé de ses patients: "rien ne peut empêcher une partie, consciemment décidée à s'exposer au risque de devoir payer des dommages et intérêts si elle est désapprouvée ultérieurement par le tribunal, de mettre un terme immédiat à une convention, en raison de la *gravité* des griefs qu'elle a à faire, qui peuvent l'amener à considérer qu'il est absolument *impossible de poursuivre d'une façon quelconque les relations contractuelles*". La cour d'appel considère encore plus loin: "compte tenu de *l'urgence et de la gravité* de la situation, une partie peut estimer que la rupture immédiate est la seule initiative censée qu'elle puisse prendre" ²³².

- Dans un contrat d'entretien d'ascenseurs, le client avait été obligé de faire appel à un tiers suite à une quarantaine de pannes aux ascenseurs de deux immeubles de treize étages habités par des personnes âgées. Bien qu'il s'agisse ici d'un cas de remplacement unilatéral, la cour d'appel de Liège s'exprime en termes tout à fait généraux sur la réception en droit belge tant de la résolution unilatérale que du remplacement non judiciaire ²³³: "Qu'il échet de reconnaître le droit du créancier de 'faire l'économie du recours préalable au juge' que ce soit pour appliquer l'article 1184 ou l'article 1144 du code civil, et ce du moment essentiellement que la bonne foi du cocontractant n'ait pas été surprise; que *l'urgence requise ainsi que l'incompétence flagrante* de la firme existent bien en l'espèce et justifient la résiliation, 'a posteriori' par le juge..." ²³⁴. Dans ce cas, le maître de l'ouvrage sollicitait, en effet, la résolution du contrat après s'être remplacé ²³⁵.

- La résolution non judiciaire d'une concession de vente est acceptée par la cour d'appel de Gand ²³⁶, sur la base de l'article 1184 du Code civil (en excluant l'application de l'article 2 de la loi du 27 juillet 1961 sur les concessions de vente exclusives). La Cour avait constaté des manquements graves du concessionnaire (changement de forme de sa société en vue de sa vente à une société concurrente, sans prévenir le concédant) et la perte de la confiance nécessaire pour la poursuite de la relation contractuelle ²³⁷.

- Dans une décision récente, la Cour d'appel d'Anvers considère que "la résolution sur base de l'article 1184 du Code civil n'intervient, en principe, pas de manière automatique mais seulement à l'intervention obligatoire et préalable du juge. L'article 1184, par. 3, du Code civil n'interdit pas que le

²³². Mons, 21 juin 1983, *Pas.*, 1983, II, 125 (nous soulignons), note, *R.C.J.B.*, 1991, 8, note M. FONTAINE.

²³³. Voy. au sujet du remplacement judiciaire et unilatéral (art. 1143-1144 C.civ.): P. WERY, *o.c.*, 1993, 100-103 et 295 et s.; S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n°s 345 et s. et 437-439; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, "Chronique", *J.T.*, 1996, n°s 97-100.

²³⁴. Liège, 6 déc. 1985, *R.R.D.*, 1987, 11, note M. BOURMANNE.

²³⁵. Pour un exemple similaire, voy. Civ. Mons, 26 mai 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1537.

²³⁶. Gand, 29 avril 1988, *R.W.*, 1990-91, 705, note E. DIRIX. Le pourvoi en cassation fut rejeté: Cass., 9 fév. 1990, arrêt dont il sera question dans la partie consacrée aux effets de la résolution.

²³⁷. Pour plus de détails, voy. S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n° 455.

contrôle judiciaire intervienne *a posteriori* en cas d'urgence ou de mauvaise foi dans le chef de l'autre partie" (traduction)²³⁸.

B. COMPATIBILITÉ AVEC L'ARTICLE 1184 DU CODE CIVIL?

39. Données de départ. - Rappelons que la question est celle de savoir si on peut échanger un contrôle judiciaire *obligatoire et préalable* (art. 1184 C. civ.) pour un contrôle judiciaire *éventuel et a posteriori* sans trahir la nature de l'intervention du juge dans la résolution?

La réponse réside dans l'analyse détaillée du rôle du juge dans la résolution judiciaire et de la nature et la portée de son pouvoir de contrôle. Nous avons constaté à ce propos qu'il faut distinguer *deux pôles dans le pouvoir de contrôle* des cours et tribunaux:

* d'une part, le pouvoir inscrit dans la loi d'octroyer un délai de grâce (art. 1184, al. 3, C. civ.), pouvoir qui ne préjudicie en rien le choix du créancier pour une résolution du contrat, le juge n'appréciant pas l'opportunité de la résolution, mais uniquement l'opportunité d'un délai de grâce;

* d'autre part, le pouvoir d'apprécier la gravité du manquement et donc d'apprécier l'opportunité de la résolution. Nous avons vu que, de façon constante, la Cour de cassation impose au juge, saisi d'une demande en résolution, *l'obligation* de rechercher si le manquement allégué est suffisamment grave pour justifier la résolution réclamée. En vertu de son obligation d'adapter la sanction à la gravité du manquement, le juge dispose donc d'un pouvoir modérateur lui permettant de choisir dans un large éventail de sanctions: il peut tout simplement refuser la résolution, il peut la refuser et la remplacer par une exécution par équivalent, il peut l'octroyer avec ou sans dommages-intérêts, ou encore, l'octroyer après un délai de grâce resté sans résultat. Il peut donc modifier le choix du créancier et lui accorder l'option contraire.

Or, de nos jours l'on veut éviter l'intervention préalable du juge. Pour quelles raisons? A première vue, ce sont les lenteurs inhérentes aux procédures judiciaires qui créent des problèmes graves. Mais la *faiblesse fondamentale* du système de la résolution judiciaire réside dans le *pouvoir modérateur* du juge, pouvoir presque souverain qui lui permet d'apprécier la gravité suffisante du manquement et de choisir, dans un large éventail, la sanction la plus adaptée. L'exercice de ce pouvoir est, en effet, pour les parties la cause d'une incertitude sur le sort du contrat, incertitude qui dure jusqu'au moment où le juge se prononce²³⁹.

40. Evolution historique de cet article. - Un premier constat d'importance est que le pouvoir modérateur n'est pas inscrit à l'article 1184 du Code civil. Historiquement, il résulte d'une jurisprudence amorcée durant la deuxième moitié du siècle dernier²⁴⁰. Cette jurisprudence a *littéralement greffé* le large pouvoir d'appréciation d'origine jurisprudentielle sur le pouvoir légal et très limité contenu dans l'article 1184, al. 3 C. civ., *ce qui a eu pour conséquence que l'on considère,*

²³⁸. Anvers, 30 mars 1993, *Turnh. Rechtsl.*, 1993, 53, note. Dans le même sens: Anvers, 25 mai 1998, *A.J.T.*, 1999-2000, 197; Anvers, 3 juin 1998, *non publié* (RG n° 1852), Polleunis c. SA Smets.

²³⁹. En ce sens: Th. DELAHAYE, *o.c.*, 1984, n°s 212 et 218; M. FONTAINE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1991, n° 27 *if.*; S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n° 387; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, 1977, 271; P. VAN OMMESLAGHE, "Examen", *R.C.J.B.*, 1975, n° 65, p. 605; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, III, Bruxelles, Bruylant, 1981, n° 684; M. VAN RUYMBEKE, "Et si la résolution n'était plus judiciaire...", *R.G.A.R.* 1978, n° 9850/3 *verso*.

²⁴⁰. S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n°s 130-146.

dans la foulée, que ce large contrôle de la sanction doit également avoir lieu préalablement à la résolution, tout comme le pouvoir légal d'accorder un délai de grâce.

Différents arguments nous permettent de soutenir que seul le pouvoir d'accorder un délai de grâce exige une intervention préalable du juge et que le deuxième pouvoir, le contrôle de l'opportunité, peut sans plus intervenir *a posteriori*.

Primo, une recherche historique démontre que l'article 1184, al. 3 C. civ. a été conçu afin de reconnaître au juge un seul pouvoir - celui d'accorder un délai de grâce - et que c'est pour cette unique raison que son intervention doit nécessairement précéder la résolution. Les juristes de la première moitié du siècle passé trouvaient cette intervention du juge en soi déjà exorbitante²⁴¹. Le premier arrêt de la Cour de cassation française date de 1843 et interdit aux juges du fond de refuser une résolution au créancier lorsque le manquement est minime. En outre, l'arrêt interdit aux juges de remplacer la résolution par des dommages-intérêts²⁴². Une petite partie des auteurs du XXI^{ème} siècle reste fidèle à cette interprétation historique et ne mentionne comme "pouvoir du juge" que sa faculté d'octroyer un délai de grâce²⁴³. *Le pouvoir d'accorder un dernier délai au débiteur était donc l'unique cadre d'intervention du juge et la seule raison pour laquelle son intervention devait être préalable.*

²⁴¹. On trouve les traces de cette thèse chez Pothier (*Traité des obligations*, n° 672 *in fine*; *Traité du contrat de vente*, n° 476) et dans la genèse de l'article 1184. On peut se référer aux travaux préparatoires ainsi qu'aux rapports de Bigot-Préameneu et Favart. Ainsi BIGOT-PREAMENEU: "(...) il faudrait toujours constater l'inexécution, en vérifier les causes, les distinguer de celles d'un simple retard; et dans l'examen des causes, il peut en être de si favorables que le juge se trouve forcé par l'équité à accorder un délai" (FENET, t. XIII, p. 244; LOCRE, t. VI, p. 159; Exposé des motifs de Bigot-Préameneu); FAVART: "L'autorisation donnée aux tribunaux de pouvoir, dans ce cas, accorder un délai, ne porte point atteinte au principe déjà consacré, que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Ici la résolution du contrat est demandée par celui même qui pouvait en poursuivre l'exécution. Le délai qu'il est permis au juge d'accorder au débiteur pour exécuter l'acte avant que la résolution soit acquise est fondé sur l'humanité" (FENET, t. XIII, p. 327; LOCRE, t. VI, n° 61; Rapport du tribun Favart). E. LEPELTIER conclut son analyse pointilleuse des travaux préparatoires comme suit (*La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations* (thèse Caen), Paris, Dalloz, 1934, p. 33): "En somme, tous ceux qui, au cours des travaux préparatoires du Code, ont eu à s'occuper plus particulièrement des textes consacrés à la résolution, ont été frappés par ce que l'intervention du juge présentait d'anormal dans un domaine où la volonté des parties était proclamée souveraine (...) et ils se sont trouvés fort embarrassés lorsqu'ils se sont efforcés de l'expliquer (...)". J. LEBRET résume également ("Suspension et résolution des contrats", *Rev. Crit. Lég. Jur.*, 1924, (581 & 597), 621-622): "C'est avant tout la question du délai de grâce qui justifierait l'exigence de l'intervention des juges. (...) La pensée des législateurs se ramènerait donc à peu près à ceci: il faut une action en justice parce que le juge doit distinguer le simple retard de l'inexécution et qu'il doit pouvoir accorder un délai de grâce (...). C'est cette solution qui semble seul répondre, sinon au texte de l'article 1184, au moins à l'esprit qui l'a inspiré".

Les premiers commentateurs du Code Civil ne visent que le pouvoir d'accorder un délai lorsqu'ils abordent le caractère judiciaire de la résolution. Ainsi TOULLIER (III, n° 580 et s.), DURANTON (VI, n° 90), TROPLONG (*De la vente*, n° 61, 293 et 664), MOURLON et ARNTZ. ARNTZ limite clairement le pouvoir du juge: "(...) le droit du vendeur à la résiliation est acquis par la première demande (en résolution). La loi donne au juge la faculté d'en mitiger la rigueur (door uitsstel te verlenen). C'est déjà une faveur exceptionnelle; l'étendre, ce serait mettre l'arbitraire à la place de la loi" (III, n° 1032). F. MOURLON ne pouvait être plus explicite: "ce pouvoir, que la loi donne aux juges, de venir au secours du débiteur malheureux et de bonne foi, explique (...) pourquoi la résolution du contrat doit être demandée en justice" (II, 1215).

Voy. pour plus de détail: S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n°s 121-123.

²⁴². Cass.fr., 12 avril 1843, S., 1843.1.281, D., 1843.2.8. Il s'agissait de la non livraison d'une chose accessoire à la chose vendue (cheminée de briques nécessaire à la machine à vapeur). Voy. S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n° 124.

²⁴³. PLANIOL, II, n° 1316; JOSSERAND, II, n° 382 & 390 *if.*; RIPERT & BOULANGER, II, n° 538 PLANIOL & RIPERT, VI, n° 429; GAUDEMET, *o.c.*, p. 417: "Mais le juge n'est pas libre d'accorder ou de refuser la résolution. Si les conditions sont réunies, il doit prononcer la résolution. Toutefois son rôle n'est pas purement passif, il peut accorder un délai pour exécuter".

Secundo, "la jurisprudence de la Cour de cassation a donc varié"²⁴⁴, comme l'exprime I LAURENT au XIX^{ème} siècle. Le large pouvoir d'appréciation du juge est le fruit d'une lente prise de pouvoir prétorienne²⁴⁵, suivie par la majorité de la doctrine française et belge²⁴⁶. Notre siècle a oublié la portée très limitée de l'intervention du juge²⁴⁷. De nos jours, il est admis que le juge décide d'accorder ou de ne pas accorder la résolution. *Sa mission de contrôle a en effet dépassé les limites du pouvoir d'accorder un délai, et revient à un pouvoir d'appréciation de l'opportunité de la résolution qui permet au juge de choisir librement la sanction qu'il imposera au débiteur et au créancier*. La doctrine, dont DE PAGE, fait même valoir, qu'en matière de résolution, le juge est "ministre d'équité"

²⁴⁴. LAURENT, *Principes*, t. 17, n° 127, p. 144 et *Avant-Projet*, IV, p. 170, n° 3. Dans le même sens d'un changement de la jurisprudence: FUZIER-HERMAN, v° *Conditions*, n° 752-762; BAUDRY-LACANTINERIE & BARDE, II, n° 912. Le témoignage de cette évolution est livré par les différentes éditions d'AUBRY & RAU.

²⁴⁵. Cass.fr. 29 nov. 1865, S. 1866.1.21, n., D. 1866.1.27.; Cass.fr. 26 mai 1868, S. 1868.1.336, D. 1869.1.365 et n.2; Cass.fr. 5 juin 1872, S. 1873.1.156, D. 1873.1.27, n.; Cass.fr. 20 oct. 1886, S. 1887.1.24, D. 1887.1.87; Cass.fr. 4 mars 1872, S. 1872.1.431, D. 1872.1.360; Cass.fr. 23 fév. 1898, D.P. 1898.1.159, S. 1898.1.440. A la fin du XIX^{ème} siècle la formule suivante est devenue constante: "il appartient aux tribunaux de rechercher, dans les termes du contrat et dans l'intention des parties, quelles sont l'étendue et la portée de l'engagement souscrit par celle d'entre elles qui y aurait manqué complètement, et en cas d'inexécution partielle, d'apprécier, d'après les circonstances de fait, si cette inexécution a assez d'importance pour que la résolution doive être immédiatement prononcée, ou si elle ne sera pas suffisamment réparée par une condamnation à des dommages-intérêts; que ce pouvoir d'appréciation est souverain" (voy. Cass.fr. 14 avril 1891, D. 1891.1.329, n. PLANIOL; Cass.fr. 21 oct. 1913, S. 1914.1.182; Cass.fr. 5 mai 1920, D.P. 1926.1.37, S. 1921.1.298, n. Adde: Cass.fr. 5 janv. 1876, D.P. 1876.1.267, S. 1876.1.104; Cass.fr. 11 avril 1888, S. 1888.1.216, D. 1889.1.248; Cass.fr. 11 avril 1918, S. 1918-19.1.171; Cass.fr. 27 nov. 1950, D. 1951.Som.24). Mais la jurisprudence ne limite pas le pouvoir d'appréciation aux seuls cas d'inexécution partielle ou d'inexécution d'une obligation secondaire: "Qu'il appartient aux tribunaux, en se basant sur la convention, d'apprécier l'intention des parties, l'étendue et la portée de l'engagement souscrit par celle qui y a manqué, l'intensité du préjudice causé et la gravité des circonstances qui peuvent légitimer la résolution du contrat": Cass. 1 mars 1892, S. 1892.1.487, D.P. 1892.1.412; Cass.fr. 18 janv. 1869, D. 1869.1.112; Cass.fr. 18 avril 1904, S. 1904.1.444; Cass.fr. 9 mars 1925, D.P. 1925, 266; Cass.fr. 21 déc. 1927, D.H. 1928, 82; Cass.fr. 12 mars 1956, D. 1956, 302.

²⁴⁶. Voy. l'évolution dans les écrits de LAROMBIERE (1862) (I, art. 1184, n° 10), en passant par DEMOLOMBE (1868) (t. 12, *Des contrats*, I, n° 497-499 et 514) à LAURENT (1878) (*Principes*, t. 17, n° 127, p. 144-145 et p. 141-142). L'auteur belge est cependant conscient qu'il s'agit d'une évolution *contra legem*: "Si l'on s'en tient au texte, il faut suivre la première jurisprudence de la cour et décider que toute infraction au contrat en justifie la résolution. ... L'article 1184 ne pose pas de principe juridique, il déroge plutôt à la rigueur du droit; c'est, comme le dit la cour (cass.fr. 29 novembre 1865), une règle d'équité; donc le juge doit avoir en cette matière une grande latitude d'appréciation". Dans son *Avant-Projet de révision du Code civil* (1884), il tentera de donner un fondement légal au pouvoir d'appréciation de l'opportunité de la résolution dans les cas d'inexécutions partielles (IV, p. 170, n° 3-4). Au début de ce siècle, BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE peuvent faire état d'une jurisprudence constante: "A plusieurs reprises, (...) la Cour de cassation a déclaré que les tribunaux avaient un pouvoir souverain d'appréciation pour décider, d'après les circonstances de fait, si l'inexécution a assez d'importance pour entraîner la résolution, ou si elle n'est pas susceptible d'être réparée par une indemnité pécuniaire" (II, n° 912).

²⁴⁷. A l'exception de WEILL & TERRE (n° 487) en France et MOREAU-MARGREVE et PIRET en Belgique. "Qui ne voit que la construction jurisprudentielle conduit à une dénaturation de l'institution légale! De prérogative reconnue au créancier insatisfait, la résolution devient une prérogative du juge qui, sous couleur de respecter les volontés exprimées dans le contrat, peut aisément modeler ces volontés à sa guise": I. MOREAU-MARGREVE, note (sous Comm. Liège 2 janv. 1967), J.T. 1968, (240), 242, 3e k.; R. PIRET, "De l'offre de paiement faite par le débiteur au cours de l'instance en résolution de la convention", R.D.C. 1928, (49), n° 2. Voy. aussi: M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme. Les droits belges et français face à "l'anticipatory breach" de la common law* (thèse Ulg), Liège, 1982, n° 171, p. 380-382. Pour le détail de cette évolution et l'analyse du pouvoir du juge, voy. S. STIJNS, o.c., 1994, n°s 129-159.

et qu'il décide de la résolution "en équité". Le premier arrêt de la Cour de cassation belge usait de cette référence à l'équité ²⁴⁸.

Cette qualification de "ministre d'équité" est juridiquement inexacte. Que fait le juge en fin de compte? Dans les ouvrages plus récents l'on apprend qu'*il évite les abus*: il évite qu'une sanction trop lourde, la résolution, n'intervienne alors que le manquement reproché est léger. *Il recherche les disproportions entre la sanction et le manquement*. Si c'est le cas, il devra modérer la sanction et il remplacera la résolution demandée par des dommages-intérêts compensatoires. Ce genre de contrôle est qualifié de nos jours de "*pouvoir modérateur*" du juge. C'est donc à raison que la doctrine récente souligne qu'il s'agit tout simplement d'une *application de la théorie de l'abus de droit*. Ce "pouvoir modérateur" est identique à celui qu'exerce le juge lorsqu'il constate qu'un créancier abuse de son droit. En effet, lorsque le créancier abuse de son droit à la résolution, on la lui refuse et on ne lui accorde qu'un pis-allez, des dommages et intérêts.

Or, ce pouvoir modérateur trouve son fondement dans l'article 1134, al. 3 du Code civil ou dans la règle que les conventions s'exécutent de bonne foi, et non dans l'article 1184 C. civ.

Voilà l'incohérence fondamentale dénoncée: durant près d'un siècle, notre doctrine et notre jurisprudence ont à tout prix voulu rattacher ce contrôle de l'abus à l'article 1184, al. 3 C. civ., et le faire intervenir préalablement à la résolution. Or, seul le pouvoir d'accorder ou non un dernier délai est, lors de la résolution, un pouvoir d'équité où l'appréciation du juge est discrétionnaire. LAURENT, qui était pourtant un défenseur d'un large pouvoir pour le juge, avertit le juriste que ce pouvoir d'appréciation de l'opportunité de la résolution ne se trouve pas inscrit à l'art. 1184 C. civ.: "*Ce pouvoir discrétionnaire que la Cour reconnaît aux tribunaux n'est pas consacré par l'article 1184, que la Cour invoque. L'article 1184 donne seulement au juge le droit d'accorder un délai au défendeur, il ne dit pas que le juge peut ou non prononcer la résolution, suivant la gravité des infractions*" ²⁴⁹. Lorsque cet éminent auteur écrit que le juge est "ministre d'équité" il s'exprime uniquement sur ce pouvoir prévu explicitement par la loi.

41. Simple application de la théorie de l'abus de droit. Le pouvoir de modérer la sanction en fonction de la gravité des manquements est, par contre, une simple application de la théorie de l'abus de droit ²⁵⁰. En Belgique, les meilleurs auteurs acceptent que le pouvoir de juger de l'opportunité de la résolution n'est, en fin de compte, qu'un pouvoir de contrôler les abus de sanction ²⁵¹. VAN OMMEFLAGHE écrit en ce sens: "*Ce pouvoir d'appréciation procède de la même idée que la*

²⁴⁸. "il n'y a là nulle méconnaissance de l'article 1184 du code civil, *disposition d'équité* par laquelle le législateur, comme en témoignent les articles 1636, 1729 en 1766 du même code, n'a point entendu interdire au juge saisi d'une action en résiliation d'une convention pour inexécution de celle-ci, *de rechercher si l'inexécution supposée établie serait assez grave pour entraîner la résolution demandée*": Cass. 22 nov. 1894, *Pas.* 1895, 11. Voy. les arrêts suivants: Cass. 8 mars 1928, *Pas.*, 1928, 102; Cass. 8 déc. 1960, *Pas.*, 1961, 382.

²⁴⁹. F. LAURENT, *Principes*, t. 25, n° 362, analysé dans S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n°s 139-146, en particulier n° 143.

²⁵⁰. S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n°s 145-146, 150-154, 159, 183, 202.

²⁵¹. FONTAINE, "La mise en oeuvre de la résolution", n° 11/3°, p. 19-20; P.-A. FORIERS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1994, n° 23, p. 220; L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, "Examen", *R.C.J.B.*, 1985, n° 81, p. 296; P. VAN OMMEFLAGHE, "Examen", *R.C.J.B.*, 1975, n° 65bis, p. 606 et n° 66, p. 611. *Adde*: VAN OEVELEN & DIRIX, *Kroniek* 1981-84, *R.W.* 1985-86, n° 40; A. DE THEUX, "Résolution judiciaire", n° 26; J.-L. FAGNART, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1986, n° 20; Y. HANNEQUART, "La portée du contrat", in *Novelles, Droit Civil*, IV, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 1958, n° 147; A. VAN OEVELEN, "Eerbiediging van de grondrechten en het woonrecht", in *De toepassing van de grondrechten in private verhoudingen*, K. Rimanque (ed.), Anvers, Kluwer, 1982, n° 16.

condition de bonne foi requise en matière d'exception d'inexécution. Il s'agit de tempérer de façon raisonnable l'application de la sanction et d'éviter qu'elle puisse intervenir si les manquements sont bénins" ²⁵². Il est en effet contraire à l'exécution de bonne foi des conventions de poursuivre la résolution lorsque les manquements sont bénins ²⁵³. Une décision belge devançait cette évolution en considérant: "*C'est le principe de l'exécution de bonne foi des conventions qui permet d'écarter les conséquences extrêmes d'un strict respect des conventions, en autorisant le juge à repousser la mesure radicale demandée (de ontbinding), si le créancier obtient, par une exécution partielle ou par une exécution défectueuse, une satisfaction suffisante*" ²⁵⁴. Certains auteurs français relient également la théorie de l'abus de droit ou de la bonne foi au pouvoir modérateur du juge lors d'une résolution: "La bonne foi empêche un contractant d'exiger une résolution totale alors que l'exécution partielle lui procure une satisfaction" ²⁵⁵. BOYER fait même appel à l'article 1134, 3° du Code civil pour expliquer l'intervention du juge ²⁵⁶. *Le jugement moral* du juge et la *mise en balance des intérêts* des parties contractantes se trouvent de plus en plus souvent sur le devant de la scène dans l'appréciation de la résolution ²⁵⁷. L'article 1134, alinéa 3 C. civ. prend petit à petit la place de l'alinéa 3 de l'art. 1184 C. civ. dans ce raisonnement.

Il n'y a qu'un pas pour arriver à une première conclusion: puisque *les deux pouvoirs* (celui d'octroyer un délai et celui de modérer la sanction) *se distinguent clairement* et ont un fondement légal différent, *il n'y a pas de raison d'exiger que le contrôle de l'abus de résolution ou le contrôle de la gravité suffisante de la sanction intervienne préalablement à la résolution*.

42. Un contrôle *a posteriori* lorsque l'octroi d'un délai est devenu sans objet. - A notre avis, l'évolution actuelle vers la reconnaissance de cette forme de résolution non judiciaire est tout à fait compatible avec le texte et l'esprit de l'article 1184 du Code civil ²⁵⁸. Elle pourrait même être fondée sur une interprétation *a contrario* du troisième alinéa de cet article, dans la mesure où on le redécouvre dans sa véritable portée:

* si l'intervention judiciaire est *préalable*, c'est seulement pour permettre au juge d'exercer son pouvoir, légalement octroyé, d'accorder un dernier délai (tel était l'esprit de l'art. 1184 à son origine). *A contrario*, on peut donc en déduire que lorsqu'un délai est devenu inutile ou impossible, l'intervention du juge ne doit plus être nécessairement préalable à la résolution.

* l'autre pouvoir du juge, - le "pouvoir modérateur" en vertu duquel il apprécie la gravité suffisante des manquements en rapport avec la gravité de la sanction -, est une simple application de la théorie

²⁵². P. VAN OMMEFLAGHE, "Examen", *R.C.J.B.*, 1975, n° 66.

²⁵³. Y. HANNEQUART, "La portée du contrat", n° 147: "Les tribunaux font en général un large usage du principe de l'exécution de bonne foi des conventions, lorsqu'ils exercent leur pouvoir souverain d'appréciation, en cas de demande fondée sur l'article 1184 C.C., et qu'ils examinent le point de savoir si tel ou tel manquement de l'une des parties au contrat est assez grave pour justifier la rupture de ses engagements opérée par l'autre partie ou la résolution demandée par celle-ci". *Adde*: VAN OEVELEN, A., "Eerbiediging van de grondrechten en het woonrecht", n° 16.

²⁵⁴. Comm. Bruxelles 26 avril 1963, *Pas.* 1963, 69, *J.T.* 1963, 627.

²⁵⁵. PLANIOL & RIPERT, VI, n° 430; WEILL & TERRE, n° 487, p. 509.

²⁵⁶. BOYER, v° *Contrats et conventions*, n° 239.

²⁵⁷. BOYER, v° *Contrats et conventions*, n° 239; CARBONNIER, IV, *Les obligations*, n° 80, p. 334 et n° 81, p. 339; M. BOURMANNE, o.c., *Rev.rég.dr.* 1987, 16; A. DE THEUX, "Résolution judiciaire", n° 26.

²⁵⁸. S. STIJNS, o.c., 1994, n°s 391-397, 463-464, 485-486. Voy. aussi: M. BOURMANNE, note sous Liège, 6 déc. 1985, *R.R.D.*, 1987, (14), 15; P. VAN OMMEFLAGHE, "Examen", *R.C.J.B.*, 1975, n° 65bis, p. 610-611 et *R.C.J.B.*, 1986, n° 130.

de l'abus de droit ²⁵⁹. On devrait, dès lors, le fonder sur l'article 1134, al. 3, du Code civil au lieu de le rattacher, de façon artificielle, à l'article 1184 du Code civil.

Or, le contrôle de l'abus dans l'exercice d'un droit ou d'un pouvoir s'exerce rarement au préalable. En cas d'exercice par le créancier de son droit de résolution, un contrôle modérateur pourra, sans en trahir la nature, s'effectuer *a posteriori*. Force est, en effet, de constater que la doctrine et la jurisprudence admettent cette intervention ultérieure du juge en validant les clauses résolutoires expresses. Le juge peut, en certains cas, tempérer *a posteriori* le recours du créancier à la clause, afin d'éviter une disproportion manifeste entre le manquement reproché et la sanction imposée par le créancier ²⁶⁰. Ce pouvoir modérateur basé sur l'abus de droit s'identifie logiquement au pouvoir de contrôle dont dispose le juge quant à l'usage abusif par le créancier de son droit d'option (voy. *supra*).

La licéité des clauses résolutoires expresses en droit belge et français et la possibilité pour les parties contractantes d'exclure le pouvoir du juge d'accorder un dernier délai au débiteur, *éclairent*, à notre avis, *l'essence du rôle du juge lors de la résolution*: son rôle essentiel se trouve nécessairement dans l'élément de continuité entre le régime judiciaire et non judiciaire de la résolution. Cet élément de continuité est précisément son pouvoir modérateur de la sanction. Ce n'est donc nullement son intervention *préalable* qui est essentielle à la résolution, mais *son pouvoir de contrôler à un certain moment* la sanction, que ce soit préalablement ou *a posteriori* ²⁶¹.

GHESTIN en est également convaincu: "...il est sans doute préférable d'admettre que *le caractère judiciaire de la résolution n'est pas de son essence*, puisqu'il peut être écarté par une clause résolutoire expresse" ²⁶². Dix ans plus tard il écrit sans hésitation dans son *Traité*: "*Le caractère judiciaire de la résolution n'est pas de son essence*" ²⁶³. A notre avis, l'essence dans l'intervention du juge est l'exercice de son pouvoir modérateur, qu'il intervienne préalablement à la résolution ou *a postériori*: ce qui importe c'est qu'il ait la possibilité, à un moment donné, de contrôler la sanction appliquée.

Ceci nous amène à notre deuxième conclusion: *puisque le contrôle de l'abus de droit peut se faire avec la même efficacité avant ou après la résolution, l'intervention a posteriori du juge n'en est pas appauvrie*, à condition toutefois que son pouvoir d'accorder un dernier délai soit, dans les circonstances données, devenu sans objet ou inutile.

Cette condition est le critère pour savoir si la résolution peut se faire de façon unilatérale: le créancier dans un contrat synallagmatique peut résoudre unilatéralement ce contrat chaque fois que le juge aurait immédiatement décidé de résoudre judiciairement le contrat parce qu'un dernier délai aurait été inutile ou était devenu impossible.

²⁵⁹. Dans ce sens, explicitement: P.A. FORIERS, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1994, n° 23, p. 220; L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.A. FORIERS, "Examen", *R.C.J.B.*, 1985, n° 81, p. 296; S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n°s 145-146, 150-154, 159, 183, 202; P. VAN OMMESSLAGHE, "Examen", *R.C.J.B.*, 1975, n° 65bis, p. 606 et n° 66, p. 611.

²⁶⁰. Un manquement est bénin lorsqu'il laisse subsister dans le chef du créancier l'intérêt économique qu'il pouvait légitimement attendre du contrat (voy. *supra*).

²⁶¹. S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n°s 391-397, 463, 486, 497-498. En ce sens en droit français: J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations. Les effets du contrat*, par J. GHESTIN et M. BILLIAU, Paris, L.G.D.J., 1992, n° 432.

²⁶². J. GHESTIN, note sous Cass.fr. 15 fév. 1973, *D.* 1973, (474), 476 (nous soulignons).

²⁶³. J. GHESTIN, *Les effets*, n° 432. Voy. aussi: J. GHESTIN, *Conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers)*, Paris, L.G.D.J., 1983, n° 188, p. 164.

La conclusion générale qui s'impose, dès lors, est que le contrôle *a posteriori* devrait être accepté dans tous les cas où, même en l'absence d'une clause résolutoire expresse, *l'exercice du pouvoir d'accorder un délai est devenu sans objet* (parce que l'exécution de la convention est désormais impossible ou inutile ou ne peut être satisfaisante).

Cette analyse permet de cerner de plus près la résolution de l'article 1184 du Code civil: ce n'est nullement l'intervention *préalable* du juge qui est essentielle à la résolution, mais *son pouvoir de contrôler à un certain moment la sanction*, que ce soit préalablement ou *a posteriori* ²⁶⁴.

C. CONDITIONS D'APPLICATIONS.

43. Conditions d'applications. - La plupart des auteurs énumèrent plusieurs conditions de fond à la résolution unilatérale d'une convention: le débiteur doit avoir commis des fautes graves, flagrantes ou faire preuve d'incompétence ou de mauvaise foi évidentes; il doit avoir été mis dûment en demeure avec l'octroi d'un dernier délai pour s'exécuter; enfin, des *circonstances exceptionnelles*, telles que l'urgence, l'obligation de restreindre le dommage, la perte de confiance ou de tout espoir ou de toute possibilité d'exécution utile, doivent venir caractériser l'inexécution et justifier la décision de résoudre unilatéralement le contrat ²⁶⁵.

Ces conditions manquent de clarté: on ne mentionne pas la nécessité d'une notification de la décision au débiteur, indépendamment de la nécessité d'une mise en demeure; on ne définit ni l'urgence ni la crise de confiance et on ne sait si l'urgence doit être accompagnée d'une des autres circonstances exceptionnelles. De plus, on ne retrouve pas aisément ces conditions dans la jurisprudence qui accepte la résolution non judiciaire. Ainsi, la présence de l'urgence ne semble-t-elle pas être décisive pour la régularité de la résolution non judiciaire ²⁶⁶.

Résumant ces opinions, nous proposons de systématiser les conditions de fond, propres à la résolution non judiciaire, comme suit:

- (1) Le débiteur défaillant doit être responsable *de manquements contractuels suffisamment graves pour justifier une résolution judiciaire*. C'est donc un critère identique qui détermine le degré de gravité, que la résolution soit judiciaire ou non.
- (2) Le pouvoir légal et nécessairement préalable du juge d'accorder un *dernier délai* doit avoir *perdu son sens* ou tout objet, ce qui peut, *notamment*, être le cas en situation d'urgence ou en vertu de l'obligation de prendre les mesures raisonnables afin de restreindre le dommage ou, encore, lorsque la confiance nécessaire entre parties au contrat a disparu ou, enfin, lorsque l'exécution du contrat est devenue impossible.

²⁶⁴ S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n°s 391-397, 463, 486, 497-498. En ce sens également: J. GHESTIN, *Les effets*, Paris, L.G.D.J., 1992, n° 432.

²⁶⁵ M. BOURMANNE, *o.c.*, *R.R.D.*, 1987, 14 et s.; Th. DELAHAYE, *o.c.*, 1984, n°s 233-242; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, "Kroniek", *R.W.*, 1992-93, n° 64; M. FONTAINE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1991, n°s 32 et 44; P. VAN OMMESLAGHE, "Examen", *R.C.J.B.*, 1975, n° 65bis, p. 609 et *R.C.J.B.*, 1986, n°s 99-100.

²⁶⁶ Voy. par ex.: Gand, 29 avril 1988; Comm. Gand, 26 sept. 1991; Comm. Bruxelles (réf.), 17 déc. 1981; Comm. Bruxelles, 22 mai 1979, toutes décisions *précitées supra*.

- (3) Le créancier doit adresser à son débiteur *une notification* (dans la mise en demeure ou par acte séparé) par laquelle il lui communique clairement et sans ambiguïté sa décision (acte juridique unilatéral réceptice) de résoudre le contrat et dans laquelle il précise le motif de la résolution non judiciaire, c.à.d. le (ou les) manquement(s) reproché(s).

En principe, toute résolution unilatérale doit être précédée d'une mise en demeure du débiteur d'exécuter ses obligations, si c'est encore possible, dans un dernier délai raisonnable. Les exceptions de droit commun valent toutefois autant en cas de résolution non judiciaire ²⁶⁷.

Rappelons également que, comme c'est le cas pour toutes les sanctions contractuelles, les exigences de la bonne foi dans l'exécution des contrats doivent régir l'application par le créancier de cette résolution unilatérale ²⁶⁸. Le créancier tiendra donc compte des intérêts légitimes de son débiteur et de ses droits de défense (par. ex. en cas d'expertise). Il prendra les mesures nécessaires et raisonnables en vue de permettre *a posteriori* un contrôle éventuel du juge ²⁶⁹.

44. Champ d'application de la résolution non judiciaire. - Il est impossible dans les limites de cette contribution de rendre compte de toutes les nuances en cette matière. Soulignons cependant que le champ d'application de cette résolution unilatérale est limité à ces contrats où le législateur n'est pas intervenu de façon impérative, soit pour interdire les clauses résolutoires expresses afin de s'assurer de l'intervention préalable du juge dans le cadre de son pouvoir d'accorder un délai, soit pour régler de façon limitative la fin du contrat en cas d'inexécution ²⁷⁰.

De plus, nous ne voyons la résolution non judiciaire que comme une alternative à la résolution judiciaire que nous ne voulons en aucun cas abroger. Il ne s'agit que d'une option supplémentaire pour le créancier.

SECTION 3.

LE RÉGIME CONVENTIONNEL DE LA RÉSOLUTION NON JUDICIAIRE EN VERTU D'UNE CLAUSE RÉSOLUTOIRE EXPRESSE.

A. DÉFINITION ET LICÉITÉ.

45. Gradations et qualification. - En insérant dans leur contrat une clause résolutoire expresse, les parties entendent surtout déroger au caractère judiciaire que l'article 1184 du Code civil impose, de

²⁶⁷. Par ex.: Gand, 29 avril 1988, *R.W.*, 1990-91, 705, note E. DIRIX.

²⁶⁸. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, "Chronique", *J.T.*, 1996, n°s 35.d) et 44.

²⁶⁹. Voy. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, "Chronique", *J.T.*, 1996, n° 100. Pour une analyse et une justification détaillée de ces conditions, voy. S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n°s 457-512. En ce sens également: A. VAN OEVELEN, *o.c.*, *R.W.*, 1994-95, n° 58.

²⁷⁰. Voy. Sur ce point controversé: S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n° 512. Pour une application de la résolution non judiciaire dans le cadre d'un bail, voy. Civ. Bruxelles, 10 juin 1997, *J.T.*, 1998, 8, note M. FONTAINE.

façon supplétive, à la résolution pour inexécution. Une telle clause supprime l'intervention préalable du juge et donne au créancier victime de l'inexécution fautive de son débiteur, le pouvoir de résoudre le contrat *par sa seule volonté*. De cette façon, le créancier exclut l'incertitude liée à l'appréciation préalable, par le juge, de la gravité suffisante du manquement et de l'opportunité de la sanction ²⁷¹.

Bien qu'il existe différentes gradations dans ces clauses ²⁷², l'effet généralement escompté de ce type de clause n'est atteint que lorsqu'il est clairement énoncé qu'en cas d'inexécution fautive (ou dans certains cas d'inexécution fautive), le contrat pourra être résolu *par le créancier* sans l'intervention préalable du juge. Certaines clauses ajoutent que la résolution aura lieu sans mise en demeure préalable. On reconnaît donc aisément le caractère de sanction de cette résolution. Par contre, on déroge au caractère judiciaire et l'intervention préalable du juge est remplacée par une décision unilatérale du créancier.

N'atteint pas ce but et n'est donc pas une clause résolutoire expresse qui donne lieu à une résolution non judiciaire, la clause qui confirme simplement qu'en cas d'inexécution fautive, le créancier a la possibilité *de faire résoudre* le contrat ²⁷³. Selon les termes de cette clause, l'intervention préalable du juge reste indispensable. Elle n'est utile que dans les contrats non synallagmatiques, auxquels l'article 1184 du Code civil et le droit à la résolution ne s'appliquent pas.

Bien qu'elle s'inspire à tort de la *condition résolutoire* de droit commun ²⁷⁴, notre jurisprudence consacre surtout l'expression suivant laquelle le contrat sera résolu "de plein droit" ²⁷⁵. Mais la clause résolutoire expresse n'est pas soumise à des termes sacramentels. Il suffit que la volonté des parties d'accorder à la partie victime d'une inexécution le pouvoir de résolution *motu proprio* soit claire.

Est tout à fait valable la formule selon laquelle le vendeur aura le pouvoir "de réputer la vente nulle et non avenue" en cas de retard dans la passation de l'acte notarié dû à l'acheteur ²⁷⁶ ou l'expression selon laquelle le créancier peut "se départir" ou "se considérer comme dégagé de tout engagement" en cas d'inexécution ²⁷⁷. L'expression que la concession sera "sans valeur" en cas d'inexécution est, par contre, retenue à tort comme clause résolutoire, puisqu'elle ne contient pas les éléments constitutifs d'une telle clause ²⁷⁸.

46. Licéité des clauses résolutoires expresses. - En principe, ces clauses sont licites en droit belge ²⁷⁹.

²⁷¹. Comm. Bruxelles, 22 nov. 1985, *R.D.C.*, 1987, 120. Voy. également *supra*.

²⁷². Voy. R. HAYOÏT DE TERMICOURT, note sous Cass., 31 mai 1956, *Pas.*, 1956, I, 1051.

²⁷³. Bruxelles, 19 fév. 1986, *Rev.not.b.*, 1986, 536, note D. STERCKX (et après cassation: Liège, 9 mars 1990, *Rev.not.b.*, 1990, 491). Voy. Cass., 28 mai 1964, *Pas.*, 1964, I, 1017, *J.T.* 1964, 633.

²⁷⁴. S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n°s 329 et 340.

²⁷⁵. Mons, 28 fév. 1979, *Pas.*, 1979, I, 68, *Rev.not.b.*, 1980, 546; Civ. Marche-en-Famenne, 7 nov. 1985, *R.G.E.N.*, 1986, 154, note A.C.; Comm. Mons, 5 fév. 1990, *J.T.*, 1990, 473, *R.R.D.*, 1990, 225, note L.D., *DAOR*, 1990/15, 75. M. FONTAINE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1991, n° 51. Voy. *infra*.

²⁷⁶. Liège, 24 avril 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 470, *Rev.not.b.*, 1990, 169. Comp.: Mons, 17 janv. 1994, *R.R.D.*, 1994, 196; Bruxelles, 24 fév. 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 616.

²⁷⁷. Civ. Nivelles, 13 déc. 1988, *J.L.M.B.*, 1990, 1242, note E. HERINNE, *Rev.not.b.*, 1991, 403.

²⁷⁸. Comm. Bruxelles, 22 nov. 1985, *R.D.C.*, 1987, 120.

²⁷⁹. Article 1656 du Code civil: Cass., 19 avril 1979, *Pas.*, 1979, I, 981, *R.C.J.B.*, 1981, 26, note R. BUTZLER et M. COLPAERT, *R.D.C.*, 1980, 440, note MAUSSION; Bruxelles, 24 sept. 1986, *J.T.*, 1989, 185, *R.W.*, 1987-88, 1436; Liège, 24 avril 1989, cité au n° précédent; R. BUTZLER et M. COLPAERT, "La licéité de la clause résolutoire expresse dans le

Dans certains cas où une partie plus faible mérite d'être protégée, le législateur a toutefois voulu s'assurer de l'intervention préalable du juge et donc de son appréciation modératrice²⁸⁰. C'est le cas dans les baux à loyer (art. 1762*bis* C.civ.) et à ferme (art. 29, al. 3 loi du 4 nov. 1969 et du 7 nov. 1988). Il est intéressant de noter que la Cour de cassation estime que l'article 1762*bis* ne distingue pas selon que la clause résolutoire est stipulée au détriment de l'une ou de l'autre des parties au bail. Une clause résolutoire expresse en faveur du preneur est donc également "réputée non écrite"²⁸¹.

La nouvelle loi sur le crédit à la consommation reprend l'ancien principe de l'illicéité des clauses résolutoires expresses, en prévoyant, cependant, des conditions restrictives pour leur admission exceptionnelle (art. 29)²⁸². Lorsque les dispositions légales concernant la mise en demeure n'ont pas été suivies, la clause de résolution est inapplicable²⁸³.

Dans d'autres hypothèses, le législateur organise impérativement certains modes de dissolution d'un contrat, sans pour autant exclure l'application du droit commun de l'article 1184 C. civ.. La question se pose si les clauses résolutoires expresses y restent d'application. Dans la mesure où elle déroge au mécanisme protecteur et aux intérêts protégés, la clause résolutoire expresse ne peut être licite²⁸⁴. En matière de concessions de vente exclusives, la Cour de cassation est, à juste titre, d'avis que la loi du 27 juillet 1961 n'exclut pas le droit commun de la résolution ni les clauses résolutoires expresses. Cette loi ne règle que la résiliation sans indication de motifs. Elle n'affecte pas le régime commun de l'inexécution²⁸⁵ (ni le droit commun concernant la résolution résultant de la réalisation d'une condition résolutoire²⁸⁶). La jurisprudence partage cette opinion²⁸⁷. Il faut, en effet, différencier le régime de la résiliation *ad nutum* des concessions à durée indéterminée du régime de la résolution pour cause d'inexécution des obligations découlant d'une concession à durée déterminée ou indéterminée. L'arrêt de 1979 manque cependant de nuance en omettant de préciser que la loi sur les

contrat de concession exclusive", *R.C.J.B.*, 1981, (26), n°s 5 et 10; H. DE PAGE, *Traité*, II, n°s 882 et 894; P.H. DELVAUX, "Les clauses résolutoires expresses et les clauses aménageant l'exception d'inexécution", in *La rédaction des conditions générales contractuelles*, U.C.L., Centre de droit des obligations, Story-Scientia, 1985, 87-110; P. COPPENS et F. TKINT, "La clause résolutoire et la clause de réserve de propriété", *R.R.D.*, 1979, (887), 888; M. FONTAINE, o.c., *R.C.J.B.*, 1991, n° 47; J. BORRICAND, "La clause résolutoire expresse dans les contrats", *R.T.D.Civ.*, 1957, 433 et s.; M. STORCK, v° *Dérogations à la résolution judiciaire: les clauses résolutoires*, Art. 1184, Fasc. 2, *Jur.-Cl. Civ.*, 1988, n° 12 et s.; J. GHESTIN, *Les effets*, n° 434 et s.

²⁸⁰ Civ. Liège, 12 mars 1985, *J.L.M.B.*, 1985, 353; J.P. Uccle, 22 août 1988, *J.T.*, 1989, 184.

²⁸¹ Cass., 24 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, 304, *J.L.M.B.*, 1994, 765.

²⁸² Pour des exemples de clause résolutoire expresse et de leur application, voy.: Civ. Gand, 6 fév. 1998, *R.W.*, 1998-99, 160; Civ. Bruxelles, 9 décembre 1997, *R.D.C.*, 1998, 542, note F. NICHOLS; Civ. Tournai, 24 oct. 1995, *J.J.P.*, 1997, 354; J.P. Westerlo, 7 mars 1997, *R.W.*, 1997-98, 1375; J.P. Gand, 23 oct. 1995, *J.J.P.*, 1997, 364.

²⁸³ J.P. Gand, 13 déc. 1993, *J.J.P.*, 1996, 113; J.P. Namur, 22 oct. 1996, *J.J.P.*, 1997, 401.

²⁸⁴ C'est le cas, par exemple, dans un contrat de travail, pour les clauses qui énumèrent les motifs graves justifiant une rupture sans préavis: M. FONTAINE, o.c., *R.C.J.B.*, 1991, n° 49; P. VAN OMMEFLAGHE, "Examen", *R.C.J.B.*, 1986, n° 134.

²⁸⁵ Cass., 19 avril 1979, *Pas.*, 1979, I, 981, *R.C.J.B.*, 1981, 26, note R. BUTZLER et M. COLPAERT, *R.D.C.*, 1980, 440, note MAUSSON.

²⁸⁶ Cass. 30 juin 1995, *Pas.*, 1995, I, 724, *R.W.*, 1995-96, 829.

²⁸⁷ Liège, 4 fév. 1992, *J.L.M.B.*, 1993, 1082, note P. KILESTE; Gand, 29 avril 1988, *R.W.*, 1990-91, 705, note E. DIRIX; Bruxelles, 24 sept. 1986, *J.T.*, 1989, 185, *R.W.*, 1987-88, 1436, note; Comm. Bruxelles, 22 nov. 1985, *R.D.C.*, 1987, 120; Comm. Neufchâteau, 10 déc. 1985, *R.D.C.*, 1987, 123. A propos des clauses résolutoires et des conditions résolutoires, voy. Bruxelles, 3 déc. 1992, *J.T.*, 1994, 599, *R.W.*, 1992-93, 1342. Pour des exemples de clauses résolutoires expresses en matière de concessions de vente exclusives, voy.: J.-P. FIERENS et A. MOTTET-HAUGAARD, "Chronique de jurisprudence. La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (1987-1996)", *J.T.*, 1998, (105), n°s 27-29.

concessions exclusives prévoit explicitement (art. 2) une dérogation au droit commun de l'art. 1184 en acceptant une résolution unilatérale (sans préavis ni indemnités) en cas de manquement grave (voy. *supra*)²⁸⁸.

A notre avis, la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur, n'interdit pas les clauses résolutoires expresses en tant que prétendues "clauses abusives". En effet, l'article 32, 9° de cette loi s'oppose à toute clause qui permette au vendeur de mettre fin unilatéralement au contrat, sans dédommagement pour le consommateur. Or, cet article contient une réserve explicite pour le régime de droit commun de l'article 1184 du Code civil, qui reste d'application. Une clause résolutoire n'est donc pas contraire à cette disposition qui vise la rupture unilatérale du contrat sans qu'il soit fait état d'un manquement dans le chef de l'acheteur. L'article 32, 19° de la même loi interdit également les clauses par lesquelles le consommateur renonce à tout moyen de recours contre le vendeur en cas de conflit. A nouveau, la clause résolutoire expresse ne peut être visée par la loi puisque sa mise en oeuvre, sa licéité, sa validité et son interprétation restent soumises à un contrôle possible de la part du juge, même s'il intervient *a posteriori*²⁸⁹.

47. Portée. - La jurisprudence a eu l'occasion de souligner le caractère propre de la clause résolutoire expresse (ou pacte commissaire), qui se distingue de la condition résolutoire de droit commun²⁹⁰. Deux arrêts mettent les différences en exergue²⁹¹. Sanctionnant l'inexécution, la clause résolutoire expresse se réfère nécessairement à une situation de défaillance du débiteur. Par contre, l'inexécution du contrat ne peut être l'objet d'une condition résolutoire, qui fait dépendre la résolution du contrat d'un événement futur et incertain, *étranger à l'inexécution*. De plus, la clause résolutoire expresse n'opère pas, de plein droit, dès le moment où il y a une défaillance du débiteur; au contraire, le créancier victime de l'inexécution, a le choix entre la résolution (judiciaire ou non judiciaire) du contrat et son exécution et ce n'est que par l'expression de sa volonté envers son débiteur qu'il pourra résoudre le contrat²⁹².

Confrontée à ce problème de distinction, la Cour d'appel de Liège analyse la clause, stipulant qu'en cas de faillite la résiliation du bail commercial aura lieu de plein droit, comme une condition résolutoire et non comme un pacte commissaire, cette clause excluant toute notion d'inexécution de la convention et ayant un caractère 'automatique' pour sa prise d'effet²⁹³. Dans son commentaire, à raison critique, de cette décision, M.-Cl. Ernotte souligne que d'un point de vue objectif, on ne peut pas établir de corrélation certaine et nécessaire entre la faillite et l'inexécution du contrat, mais qu'en pratique il reste toutefois à déterminer si les parties adoptent ce raisonnement lorsqu'elles décident d'insérer la faillite dans leur champ contractuel et si elles n'ont pas envisagé l'idée de sanction pour le

²⁸⁸. S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n°s 332 et 406 et s.

²⁸⁹. E. DIRIX, "De bezwarende bedingen in de HPW", *R.W.* 1991-92, p. 568, n°s 19 et 29; S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n° 383; A. VAN OEVELEN, *o.c.*, *R.W.*, 1994-95, n° 60.

²⁹⁰. Confondent à tort ces deux notions: Liège, 4 déc. 1990, *R.R.D.*, 1991, 424, note J.L. LEDOUX, *J.L.M.B.*, 1991, 1131; Civ. Liège, 28 sept. 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 371; Comm. Bruxelles, 10 août 1989, *R.D.C.*, 1990, 708, note P. KILESTE.

²⁹¹. Liège, 24 sept. 1986, *Ann.Dr.Liège*, 1988, 168, note M.-Cl. ERNOTTE et Bruxelles, 3 déc. 1992, *J.T.*, 1994, 599, *R.W.*, 1992-93, 1342.

²⁹². J.L. LEDOUX, note sous Liège, 4 déc. 1990, *R.R.D.*, 1991, 429; M.-Cl. ERNOTTE, "Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite: condition résolutoire ou pacte commissaire exprès?", *Ann.Dr.Liège*, 1988, 176 et s.; P. KILESTE, "Quelques réflexions sur la licéité des conditions résolutoires expresses en matière de concession de vente exclusive à durée indéterminée", *R.D.C.*, 1990, (717), n° 3; S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n°s 9 et 329.

²⁹³. Liège, 24 sept. 1986, *Ann. dr. Lg.*, 1988, 168, note M.-Cl. Ernotte.

défaut de paiement²⁹⁴. Elle propose donc la recherche par le juge de la volonté réelle des parties lors de la stipulation d'une telle clause, puisque "la doctrine semble davantage envisager cette clause dans l'optique d'une résolution-sanction plutôt que dans celle d'une simple condition résolutoire alors que d'un point de vue théorique, la faillite peut répondre aux caractéristiques de cette dernière"²⁹⁵. Lorsqu'il est clair que la clause a été insérée au contrat par crainte légitime d'inexécution et afin de se prémunir, par la dissolution anticipative, contre les désagréments d'une procédure en résolution judiciaire, on peut conclure que la clause résolutoire en cas de faillite est une modalité particulière de pacte commissaire exprès.

B. MISE EN OEUVRE ET RÔLE DU JUGE.

48. Mise en oeuvre. - Un arrêt de la Cour de cassation rappelle, à bon escient, la règle suivante: lorsque les parties adoptent, dans un acte de vente d'immeuble, la clause selon laquelle la vente sera résolue "de plein droit" en cas de non-paiement du prix lors de la passation de l'acte authentique, la mise en demeure reste néanmoins de rigueur et le simple fait de l'expiration du délai prévu pour la passation de l'acte notarié, n'entraîne pas la résolution de la vente²⁹⁶.

Mais, à supposer même que la clause stipule que le contrat sera résolu "de plein droit et sans mise en demeure", elle ne pourra sortir ses effets que lorsque le créancier aura manifesté son intention de s'en prévaloir par une notification à son débiteur²⁹⁷. La notification de ce choix à l'intéressé s'impose puisque la résolution unilatérale est un acte unilatéral réceptice²⁹⁸. La faculté de résoudre unilatéralement la convention est, en effet, une possibilité qui s'ajoute aux autres sanctions de l'inexécution. A raison, la jurisprudence rappelle que l'option du créancier reste acquise, tant que le créancier n'a pas fait appel à la clause résolutoire expresse²⁹⁹.

Le créancier qui opterait pour la résolution n'est pas tenu de faire appel à la clause résolutoire expresse; il peut préférer la résolution judiciaire³⁰⁰.

Le créancier doit donc nécessairement exprimer son choix pour la mise en oeuvre de la résolution unilatérale³⁰¹. Il est donc correct de décider que la résolution sera seulement acquise lorsque le débiteur en aura pris ou en aura raisonnablement pu prendre connaissance³⁰².

²⁹⁴. M.-Cl. ERNOTTE, o.c., *Ann. dr. Lg.*, 1988, 177.

²⁹⁵. M.-Cl. ERNOTTE, o.c., *Ann. dr. Lg.*, 1988, 177-178.

²⁹⁶. Cass., 24 mars 1995, *Pas.*, 1995, I, 358, *R.G.D.C.*, 1997, 98, note K. CREYF, *T. Not.*, 1996, 140, *R. Cass.*, 1995, 267 et note S. STIJNS, "De noodzaak van een ingebrekestelling voor de uitwerking van een uitdrukkelijk ontbindend beding: twijfels omtrent art. 1656 B.W."; R. HAYOIT DE TERMICOURT, note sous Cass., 31 mai 1956, *Pas.*, 1956, I, 1051.

²⁹⁷. S. STIJNS, o.c., 1994, n°s 349-350.

²⁹⁸. J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, Paris, Sirey, 1951, n°s 179 et 181.

²⁹⁹. Bruxelles, 3 janv. 1990, *J.T.*, 1990, 471; Civ. Nivelles, 13 déc. 1988, *J.L.M.B.*, 1990, 1242, note E. HERINNE, *Rev.not.b.*, 1991, 403. Voy. l'arrêt de principe: Cass., 31 mai 1956, *Pas.*, 1956, I, 1051, note R.H., *J.T.*, 1956, 697, *R.C.J.B.*, 1956, 241, note KLUYSKENS, *R.W.*, 1956-57, 1837, *R.D.C.*, 1957, 120, *Rev.Prat.Not.*, 1957, 54, note J.B., *Rev.Banque*, 1957, 217, note P. DE BEUS. *Adde*: S. STIJNS, o.c., 1994, n°s 361-365.

³⁰⁰. Liège, 23 oct. 1986, *Rev.not.b.*, 1988, 212; Civ. Bruxelles, 18 nov. 1988, *Rev.not.b.*, 1989, 250.

³⁰¹. Cass., 31 mai 1956, *Pas.*, 1956, I, 1051, note R.H., *J.T.*, 1956, 697, *R.C.J.B.*, 1956, 241, note KLUYSKENS, *R.W.*, 1956-57, 1837, *R.D.C.*, 1957, 120, *Rev.Prat.Not.*, 1957, 54, note J.B., *Rev.Banque*, 1957, 217, note P. DE BEUS. C'est donc à tort que le Président du Tribunal de Commerce de Termonde décide que la mise en oeuvre d'une clause résolutoire expresse ne nécessite pas de notification: Prés. Comm. Termonde, 7 janv. 1997, *R.D.C.*, 1998, 256.

³⁰². Anvers, 20 déc. 1994, *T. Not.*, 1996, 179; Bruxelles, 11 fév. 1985, *R.D.C.*, 1985, 650, note C. PARMENTIER.

49. Contrôle judiciaire *a posteriori*. - La résolution en elle-même reste inchangée: il s'agit toujours d'une sanction de l'inexécution qui opère avec effet rétroactif et qui libère le créancier³⁰³. En revanche, l'intervention du juge se mue puisqu'elle devient éventuelle et a lieu *a posteriori*.

D'après une doctrine et une jurisprudence constantes, le juge n'apprécie plus que la régularité "formelle" de la mise en oeuvre de la clause. La jurisprudence résume correctement cette idée en affirmant que le juge se borne à vérifier la licéité et la validité de la clause, la réunion de ses conditions d'application et qu'il examine, parfois, ses effets³⁰⁴. C'est à juste titre que la Cour d'appel de Bruxelles constate qu'il n'a pu y avoir résolution du contrat de vente, parce que le vendeur avait invoqué la clause résolutoire expresse en dehors de ses conditions d'application³⁰⁵. Le créancier est, en effet, *sans pouvoir décisionnel* lorsqu'il se trouve en dehors des conditions qui lui accordent le pouvoir de résolution³⁰⁶.

Il est également possible d'accorder uniquement des dommages et intérêts au débiteur lorsqu'il établit que la résolution a été décidée par son créancier en dehors des conditions d'application de la clause résolutoire expresse, mais qu'il ne réclame pas la remise en place du lien contractuel. Ainsi, le Tribunal civil de Bruxelles a-t-il condamné un organisme dispensateur de crédit au paiement de la somme de cent mille franc à titre de dommages et intérêts et condamné chaque partie à la moitié des dépens, parce que le créancier avait dénoncé le crédit sans mise en demeure préalable en faisant appel à une clause contractuelle qui ne pouvait s'appliquer – l'organisme dispensateur de crédit n'ayant pas dûment constaté le manquement contractuel précis, exigé pour autoriser la banque à dénoncer le crédit sur l'heure- et parce que le dépassement de crédit reproché fut peu important et était exceptionnel dans le chef des débiteurs³⁰⁷.

Une grande partie de la doctrine belge enseigne qu'avec une clause résolutoire expresse, *le juge perd donc tant la faculté d'accorder un délai de grâce, que le pouvoir modérateur*³⁰⁸ qui lui permet d'apprécier la gravité du manquement reproché et l'opportunité de la sanction (en ce sens qu'il ne juge que de la réalité des manquements et non de leur gravité³⁰⁹).

Cependant, nous ne voyons pas pourquoi le juge ne conserverait pas, *a posteriori*, un *pouvoir modérateur* fondé sur l'article 1134, al. 3 du Code civil.

En effet, la résolution unilatérale est une 'décision de partie' (*partijbeslissing*), de sorte que le caractère équitable et raisonnable de la résolution doit pouvoir être apprécié *a posteriori* par le juge sur la base de la théorie de l'abus de droit^{310 311}. Cette opinion est déjà défendue, de façon

³⁰³. Civ. Marche-en-Famenne, 7 nov. 1985, *R.G.E.N.*, 1986, 154, note A.C.

³⁰⁴. Voy. Liège, 24 avril 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 470, *Rev.not.b.*, 1990, 169; Comm. Bruxelles, 22 nov. 1985, *R.D.C.*, 1987, 120; J. GHESTIN, *Les effets*, n°s 441-442. Par ex. rejet pour absence de manquements: Liège, 6 déc. 1985, *R.R.D.*, 1987, 11, note M. BOURMANNE.

³⁰⁵. Bruxelles, 24 fév. 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 616.

³⁰⁶. S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n° 371-372. Voy. par ex.: J.P. Gand, 13 déc. 1993, *J.J.P.*, 1996, 113 (en matière de crédit à la consommation).

³⁰⁷. Civ. Bruxelles, 6 mars 1997, *J.L.M.B.*, 1998, 602.

³⁰⁸. Liège, 24 avril 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 470, *Rev.not.b.*, 1990, 169.

³⁰⁹. Liège, 4 fév. 1992, *J.L.M.B.*, 1993, 1082, note P. KILESTE; Civ. Marche-en-Famenne, 22 oct. 1987, *R.G.D.C.*, 1988, 490; Comm. Bruxelles, 22 nov. 1985, précité; Civ. Marche-en-Famenne, 7 nov. 1985, *R.G.E.N.*, 1986, 154, note A.C.

³¹⁰. S. STIJNS, *o.c.*, 1994, n°s 326, 352 et 373-379.

convaincante, en droit français. *"Le juge de la bonne foi contractuelle retrouve ainsi, dans la modération de la clause résolutoire, un pouvoir d'appréciation morale qui ne diffère guère au fond, de celui qu'il exerce dans l'application de l'article 1184"*³¹². S'il est vrai que certains auteurs belges s'orientent vers un contrôle marginal *a posteriori* de la mise en oeuvre des clauses résolutoires expresses³¹³, force est de constater que notre jurisprudence n'en fait que rarement application. Les décisions précitées du Tribunal civil de Bruxelles du 6 mars 1997 et du Tribunal civil de Gand du 6 février 1998³¹⁴ sont les premières à emprunter cette voie.

³¹¹. En référé, le président peut suspendre une résolution non judiciaire qui aurait été décidée par le créancier de façon manifestement irrégulière ou abusive (Bruxelles, 2 fév. 1988, *R.D.C.*, 1990, 671, note P. KILESTE). Voy. à propos de la controverse récente concernant le pouvoir du juge des référés de remettre en vigueur un contrat résilié unilatéralement ou résolu pour exécution fautive: S. STIJNS, "De beëindiging van de kredietovereenkomst: macht en onmacht van de (kort geding-)rechter", *R.D.C.*, 1996, 100-168.

³¹². P. REMY, "Vente à rente viagère: la clause résolutoire doit être invoquée de bonne foi par le vendeur", *R.T.D.Civ.*, 1988, n° 1, p. 148. Voy. B. BOCCARA, note sous Cass.fr., 16 déc. 1987, *J.C.P.*, 1989.II.21184; J. GHESTIN, *Les effets*, n° 446; J. MESTRE, "Le juge et les conditions de la résolution", *R.T.D.Civ.*, 1987, 314; F. OSMAN, "Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en oeuvre de la clause résolutoire de plein droit", *Defr.*, 1993, (65), n° 13-21; Y. PICOD, "La clause résolutoire et la règle morale", *J.C.P.*, 1990.I.3447; Y. PICOD, note sous Cass.fr., 8 avril 1987, *J.C.P.*, 1988.2.21037.

³¹³. Voy. E. DIRIX, "De bezwarende bedingen in de HPW", *R.W.*, 1991-92, n° 29, p. 571; R. KRUIHOF, "Contractuele aansprakelijkheidsregelingen", *T.P.R.*, 1984, (233), n°s 46 et 50; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, 276. Comp.: P. VAN OMMESELAGHE, "Examen", *R.C.J.B.*, 1986, 87. *Contra*: P. COPPENS et F. T'KINT, "Examen de jurisprudence (1984-90). Les faillites, les concordats et les privilèges", *R.C.J.B.*, 1991, n° 111, p. 520.

³¹⁴. Civ. Gand, 6 fév. 1998, *R.W.*, 1998-99, 160.