SCHOUPS

Livre 5 « Les obligations » : principaux changements dans le domaine de la construction et de l'immobilier

20 octobre 2020

Livre 5 « Les obligations » : construction et immobilier

Sébastien Leroy
+32 470 136 013
sebastien.leroy@schoups.be

Mathieu Thomas
+32 472 743 071
mathieu.thomas@schoups.be

SCHOUPS

Aperçu des changements et des points d'attention (non exhaustif)

- Responsabilité précontractuelle
- Conditions générales
- Équivalence fonctionnelle
- Modification du vice de consentement
- **Clauses abusives**
- Nullité
- Interprétation et qualification
- **Changement de circonstances**
- **Remplacement du débiteur**
- **Clauses indemnitaire et d'exonération**
- **Résolution (anticipée)**
- **Suspension (anticipée) / ENAC**
- Action directe
- Obligations post-contractuelles
- Délégation

Mathieu Thomas

Nouveautés importantes dans les secteurs de la construction et de l'immobilier

I. Clauses abusives
II. Changement de circonstances / imprévision
III. Clause indemnitaire et clause exonératoire de responsabilité
IV. Les sanctions

- Livre 5 Obligations

Art. 5.52. Clauses abusives

Toute clause non négociable et qui crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties est abusive et réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre manifeste tient compte de toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat.

L'alinéa 1er ne s'applique ni à la définition des prestations principales du contrat, ni à l'équivalence entre les prestations principales.

Interdiction générale des clauses abusives

✓ Art. 5.52 : disposition générale sur les clauses abusives

→ en principe, un champ d'application large (aucune restriction : contrats C2C, contrats avec une autorité, entre autorités)

✓ SAUF QUE :

- pas applicable en présence d'un contat B2C ou d'un contrat B2B, pour lesquels seuls les titres du Code de droit économique en matière de clauses abusives s'appliquent
- pas applicable en cas de règles édictées par ailleurs pour contrôler les clauses excessives: par ex. clause indemnitaire et clause exonératoire de responsabilité

✓ Protéger la partie la plus faible sans compromettre indûment la liberté contractuelle.

✓ Déséquilibre manifeste : comparer les droits et les obligations des parties dans le cas où le contrat contient la clause litigieuse avec les droits et les obligations des parties dans le cas où le contrat ne contient pas une telle clause.

Sanction ?

= nullité relative (protection de la partie la plus faible)

= nullité partielle (~ *réputée non écrite*)

→ le reste du contrat reste valable

→ l'annulation peut être limitée à l'abus et le reste de la clause maintenue

Aucune restriction par rapport aux autorités

- Applicable aux marchés publics? Travaux préparatoires: « sans préjudice de l'application de la législation des marchés publics »
- Régime des articles 9, §§ 1er, 2 et 3, RGE est déjà un régime de clauses abusives
- Dérogations art. 9, § 4, RGE illégales si manifestement déséquilibrées ?

→ Exemple de l'article 38/9 RGE

Imprévision - Changement de circonstances (art. 5.74 - NOUVEAU)

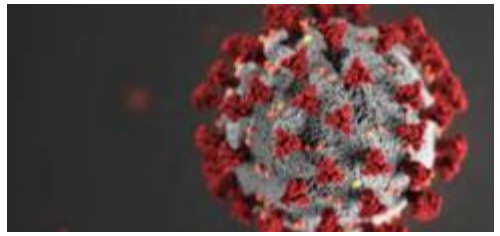
Point de départ ? Pas d'application générale en droit belge => Pacta sunt servanda

Quelques exceptions :

- Articles 38/9 et 38/10 RGE
- Article 79 Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises
- Dispositions contractuelles (hardship ou imprévision)
- Arbitrage

Un problème ?

Après la conclusion du contrat, surviennent des circonstances imprévisbles lors de la conclusion du contrat.



Conséquence ? Parfois, des circonstances imprévues rendent l'exécution du contrat **excessivement onéreuse** pour une ou plusieurs parties contractantes, à tel point que **son exécution ne peut plus être raisonnablement exigée.**

→L'équilibre contractuel est rompu

Les solutions ?

Force majeure → exige une impossibilité absolue et n'offre aucune solution satisfaisante

- Suspension temporaire de l'exécution de l'engagement - prolongation (impossibilité temporaire), sans faute
- Suspension de l'obligation liée de la contrepartie
- Annulation de l'engagement (impossibilité définitive ou inutilité), sans faute

>< Pas de droit à une indemnisation

- Temporaire → redémarrer dès que possible

Les solutions ?

Abus de droit / effets modérateur et supplémentaire de la bonne foi

- Circonstances anormales et raisonnablement imprévisibles
- Respect de l'engagement est considérablement aggravé ou rendu plus difficile ; perturbation grave de l'équilibre contractuel

→ Effet modérateur : réduction de l'exercice des droits à « l'exercice normal » au lieu d'un abus de droit

- Suspension de l'exécution de l'obligation du débiteur
- Evt. non application de la clause contractuelle (par ex. pénalité)
- Evt. indemnisation >< pas de droit ou de base absolue

→ Effet supplémentaire : renégociation

- Vérifiez le contrat pour dérogations, extensions, délais…
- Temporaire / ajustements → redémarrer si possible

Changement de circonstances (art. 5.74 - NOUVEAU)

Livre 5 Obligations

Art. 5.74. Changement de circonstances

Chaque partie doit exécuter ses obligations quand bien même l'exécution en serait devenue **plus onéreuse**, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué.

Toutefois, le débiteur peut demander au créancier de **renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque les conditions suivantes sont réunies** :

1° un changement de circonstances rend **excessivement onéreuse** l'exécution du contrat de sorte qu'on ne puisse raisonnablement l'exiger;

2° ce changement était **imprévisible** lors de la conclusion du contrat;

3° ce changement n'est **pas imputable** au sens de l'article 5.225 au débiteur;

4° le débiteur **n'a pas assumé ce risque**; et

5° la loi ou le contrat **n'exclut pas cette possibilité**.

Les parties continuent d'honorer leurs engagements au cours des renégociations.

En cas de **refus ou d'échec des renégociations** dans un délai raisonnable, le juge peut, **à la demande de l'une ou l'autre des parties**, adapter le contrat afin de le mettre en conformité avec ce que les parties auraient **raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances**, ou **mettre fin au contrat** en tout ou en partie à une date qui ne peut être antérieure au changement de circonstances et selon des modalités fixées par le juge. L'action est formée et instruite selon les formes du référé.

Changement de circonstances (art. 5.74 - NOUVEAU)

Conditions ?

- Conditions classiques de l'imprévision :
  - Imprévisible: uniquement l'évènement ? Ou ampleur imprévisible d'évènement prévisible?
  - Non imputable
  - Risque non pris en compte

- **<u>CARACTERE EXCESSIVEMENT ONEREUX</u>**
  - L'exécution ne peut plus être raisonnablement exigée en ce qu'elle est excessivement onéreuse => cela recouvre-t-il le déséquilibre des prestations, le bouleversement de l'économie contractuelle?

<=> inconvénient sérieux 38/9 RGE ?

Changement de circonstances (art. 5.74 - NOUVEAU)

Conséquences ?

- Renégociation de l'accord entre les parties
- Rejet ou échec de la renégociation dans un délai raisonnable → juge (comme en référé)
  - Le juge peut adapter le contrat ou mettre fin (en tout ou en partie) au contrat
  - Adapter le contrat afin de le mettre en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances
  - Mettre fin au contrat en tout ou en partie à une date qui ne peut être antérieure au changement de circonstances et selon des modalités fixées par le juge
- Effet rétroactif lorsque le contrat est adapté ?
- *Quid* compensation/paiement pour les prestations pendant les négociations ? Le débiteur peut-il imposer unilatéralement au créancier pendant les négociations des modifications du contrat?

Changement de circonstances (art. 5.74 - NOUVEAU)

Mais : droit supplétif !

- Les parties peuvent exclure contractuellement la possibilité de renégocier, modifier, …
- Les parties peuvent modaliser les conditions (par ex. augmentation des coûts doit être supérieure à x %)
- Attention :
  - L'exclusion peut créer une situation déséquilibrée = clause abusive?
  - L'exclusion peut constituer un abus de droit (cf. art. 5.73)
- Contrats à partir du 1er janvier 2023 : décider si 5.74 est souhaitable

▪ Livre 5 Obligations

Art. 5.88. Clause indemnitaire

§1er. Les parties peuvent convenir à l'avance qu'en cas d'inexécution imputable, le débiteur est tenu, à titre de réparation, au paiement d'un montant forfaitaire ou à la fourniture d'une prestation déterminée. Dans ce cas, il **ne peut être alloué à l'autre partie une réparation plus élevée, ni plus basse.**

§2. Toutefois, si la clause indemnitaire est manifestement déraisonnable, le juge la réduit, d'office ou à la demande du débiteur, compte tenu du dommage et de toutes les autres circonstances, **en particulier des intérêts légitimes du créancier. En cas de réduction, le juge ne peut condamner le débiteur à une réparation inférieure à un montant raisonnable ou à une prestation raisonnable**.

3§. Lorsqu'un **intérêt** est stipulé pour le retard de paiement d'une somme d'argent, le paragraphe 2, alinéa 1er, est d'application conforme. En cas de réduction, le juge ne peut condamner le débiteur à un intérêt inférieur à l'intérêt légal.

[...]

§5. Le juge réduit proportionnellement la clause indemnitaire qui porte sur l'inexécution totale par le débiteur, lorsque l'obligation est **partiellement exécutée**.

§6. Si la clause indemnitaire porte sur un montant ou une **prestation déraisonnablement faible**, compte tenu du dommage et de toutes les autres circonstances, en particulier des intérêts légitimes du créancier, l'article 5.89 est d'application conforme.

§7. Toute clause contraire aux dispositions des paragraphes 2, 3 ou 5 est réputée non écrite.

Clause indemnitaire

- Fixer à l'avance le montant du dommage dont le débiteur sera redevable au créancier en cas d'une inexécution imputable d'une obligation.

- Caractère contractuel (pas applicable en cas de dol, en cas de résolution du contrat, en cas de mise en oeuvre de la clause résolutoire expresse ou en cas de mise en oeuvre de la résolution unilatérale extrajudiciaire par notification)

- Rôle uniquement indemnitaire confirmé par l'article 5.88, § 1er, du nouveau Code civil lui-même
  → MAIS: le texte et les travaux préparatoires sèment le trouble

Clause indemnitaire

- Contraignant en principe
- Atténuation par le tribunal
- Cohérence exonération

Art. 5.88, § 1

- Paiement forfaitaire **ou** fourniture d'une prestation déterminée
- Montant fixe = ne peut être alloué à l'autre une réparation plus élevée ou plus basse

Clause indemnitaire

Exemple :

« Chaque jour calendaire de retard dans l'exécution des travaux par rapport au délai d'exécution prévu à la clause 4.1 de la convention donnera lieu au paiement par l'entrepreneur au créancier d'une indemnité forfaitaire de 2 500,00 euros, sans préjudice du droit du créancier d'obtenir la réparation intégrale de son dommage réel s'il est plus élevé ».

Clause indemnitaire

- Contraignant en principe
- Réduction par le juge
- Cohérence exonération

Art. 5.88 § 2 et § 5 (droit impératif)

- Uniquement par le juge (également d'office)
- Si manifestement déraisonnable
- Tenir compte du dommage (auparavant: du montant que les parties pouvaient fixer pour réparer le dommage résultant de l'inexécution)
- Tenir compte de toutes les autres circonstances, en particulier des intérêts légitimes du créancier : (ré)introduction du caractère pénal de la clause indemnitaire?
- Pas moins d'un montant/d'une prestation/d'un intérêt légal raisonnable (auparavant: pas inférieur aux dommages et intérêts auxquels le créancier aurait eu droit en l'absence de clause)
- Réduction de la clause indemnitaire en cas d'exécution partielle

Clause indemnitaire

- Contraignant en principe
- Atténuation par le tribunal
- Lien avec la clause exonératoire de responsabilité

Art. 5.88, § 6

- Si clause indemnitaire porte sur un montant ou une prestation déraisonnablement faible

→ Application des règles en matière de clause exonératoire de responsabilité

▪ Livre 5 Obligations

Art. 5.89. Clause exonératoire de responsabilité

§1. Sauf si la loi en dispose autrement, les parties peuvent convenir d'une **clause exonérant le débiteur**, en tout ou en partie, de sa responsabilité contractuelle ou extracontractuelle.

La clause peut exonérer le débiteur de sa **faute lourde** ou de celle d'une personne dont il répond. Une telle exonération ne se présume pas.

Sont toutefois **réputées non écrites** les clauses qui exonèrent le débiteur:
1° de sa faute intentionnelle ou de celle d'une personne dont il répond; ou
2° de sa faute ou de celle d'une personne dont il répond, lorsque cette faute cause une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne.

Est pareillement réputée non écrite la **clause qui vide le contrat de sa substance**.

§ 2. Si le débiteur fait appel à des auxiliaires pour l'exécution du contrat, ceux-ci peuvent invoquer contre le créancier principal la clause d'exonération de responsabilité convenue entre celui-ci et le débiteur.

Clause exonératoire de responsabilité

- **Principe**
- **Exception**
- Auxiliaires / sous-traitants

Art. 5.89, §1 :

- Possibilité de s'exonérer de sa responsabilité contractuelle ou extracontractuelle
- Possibilité de s'exonérer de sa faute lourde propre du débiteur ou d'une personne dont il répond (attention: ne se présume pas)

Clause exonératoire de responsabilité

- **Principe**
- **Exception**
- Auxiliaires / sous-traitants

Art. 5.89, §1, al. 3 : clause réputée non écrite:

- Faute intentionnelle du débiteur ou d'une personne dont il répond
- Faute du débiteur ou d'une personne dont il répond, qui cause une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne
- Clause qui vide le contrat de sa substance

Clause exonératoire de responsabilité

- **Principe**
- **Exception**
- Auxiliaires / sous-traitants

Art. 5.89, § 2

- Bénéfice de la clause pour tous les auxiliaires/sous-traitants vis-à-vis du créancier principal, si le contrat entre le créancier et le débiteur prévoit une clause exonératoire de responsabilité
- Quid utilité de la clause sur la base de la théorie de l'immunité relative de l'agent d'exécution?

→ nouvelle règle dans le livre 6 consacrée à la responsabilité extracontractuelle = transmission au MO des droits et actions que détient l'entrepreneur principal sur le sous-traitant

→ limitée uniquement à la responsabilité extracontractuelle?

Les modifications principales

- Terminologie

  Inexécution fautive → inexécution “imputable”

  Force majeure (définition – art. 5.226)

- Changements de fond
  - Unilatéralisme
  - *Anticipatory breach*
  - Nouvelle sanction: la réduction du prix
  - Mise en demeure (régime clair… ou presque : art. 5.231 à 5.233)

- Livre 5 Obligations

Art. 5.83. Enumération des sanctions

Sauf volonté contraire des parties, le créancier dispose des sanctions suivantes en cas d'inexécution imputable au débiteur:

1° le droit à l'exécution en nature de l'obligation (art. 5.84 - 5.85) ;
2° le droit à la réparation de son dommage (art. 5.86 - 5.89) ;
3° le droit à la résolution du contrat (art. 5.90 - 5.96) ;
4° le droit à la réduction du prix (art. 5.97) ;
5° le droit de suspendre l'exécution de sa propre obligation (art. 5.98).

Les sanctions qui sont incompatibles ne peuvent être cumulées.

La mise en œuvre des sanctions visées à l'alinéa 1er, 1° à 4° doit être précédée d'une mise en demeure, conformément aux articles 5.231 à 5.233

Sanctions qui laissent subsister le contrat :
1. Exécution en nature de l'obligation (art. 5.84 / 5.234)

- Toujours privilégiée
- Nécessairement judiciaire… sauf cas particulier de l'art. 5.85
- Limites: impossibilité, abus, contrainte physique
- Englobe le remplacement du débiteur (art. 5.85)

- Livre 5 Obligations

Art. 5.85. Remplacement du débiteur

Le remplacement du débiteur a lieu conformément à l'article 5.235.

Il peut aussi résulter de l'application d'une clause autorisant le créancier à exécuter lui-même ou à faire exécuter par un tiers l'obligation aux frais du débiteur.

En cas d'urgence ou d'autres circonstances exceptionnelles et après avoir pris les mesures utiles pour établir l'inexécution du débiteur, le créancier peut aussi, à ses risques et périls, remplacer le débiteur par une notification écrite. Celle-ci indique les manquements qui lui sont reprochés et les circonstances qui justifient le remplacement.

Sanctions qui laissent subsister le contrat :
2. Remplacement du débiteur (art. 5.85)

Point de départ : remplacement après autorisation judiciaire (cf. art. 5.235)

Exceptions :

- **Clause contractuelle** autorisant le créancier à exécuter lui-même l'obligation ou à la faire exécuter par un tiers aux frais du débiteur.

- En cas d'**urgence** ou **d'autres circonstances exceptionnelles** et après avoir pris les **mesures utiles** pour établir l'inexécution du débiteur, le créancier peut aussi, à ses risques et périls, remplacer le débiteur par une notification écrite. Celle-ci indique les manquements qui lui sont reprochés et les circonstances qui justifient le remplacement

Exposé des motifs

« L'alinéa 3 de la proposition rompt toutefois avec la logique du Code civil en ne soumettant plus le remplacement à une autorisation judiciaire préalable. **Il autorise le remplacement extrajudiciaire par notification du créancier.** Ce remplacement unilatéral peut, au contraire, de la résolution par voie de notification (voy. art. 5.93) être décidé pour **remédier à toute inexécution imputable**, **quelle qu'en soit la gravité**. Aussi, doit-il être subordonné à l'urgence de la situation ou à d'autres circonstances exceptionnelles. Le projet consacre en cela la jurisprudence et la doctrine modernes ».

« En effet, le débiteur qui souscrit un engagement par contrat accepte ce faisant le risque qu'en cas d'inexécution de sa part, des mesures d'exécution **particulièrement efficaces soient prises par le créancier**, le cas échéant **sans recours préalable au juge mais toujours sous le contrôle de celui-ci**. (...) Il est par ailleurs rappelé qu'indépendamment du droit au remplacement, le créancier victime d'une inexécution est tenu, conformément à l'article 5.238, de prendre les mesures raisonnables pour limiter son dommage et que les frais raisonnables qui ont été engagés à cet effet peuvent être recouvrés auprès du débiteur ».

Remplacement judiciaire vs. extrajudiciaire (par notification)

Judiciaire	Par notification
Inexécution contractuelle imputable	Inexécution contractuelle imputable + Urgence ou circonstances exceptionnelles Récolte de preuves de l'inexécution Mise en demeure Notification écrite contenant les manquements reprochés ET les circonstances justifiant le remplacement
	"aux risques et perils" du créancier

NB: pas de gravité particulière requise, applicable à tout manquement

Question 1 : mesures utiles pour établir l'inexécution - quoi et comment ?

- Objectif:
  - Avant = établir l'état des travaux de manière contradictoire
  - Aujourd'hui = idem + « établir l'inexécution » (simple fait ou imputabilité?)

- Comment ? « par toute voie de droit » → preuve libre, mais…
  - Huissier de justice = constat de simple faits: risque d'être insuffisant…

    . Non accepté : Gand (16e ch.) 25 mai 2018, TBO 2020, 60 :

    « En l'absence de constatations contradictoires préalables à un remplacement à l'amiable (un PV d'huissier n'est pas suffisant et ne dit rien non plus sur la cause des défauts), il n'y a pas de preuve de travaux effectués de manière incorrecte ou non conforme de la part de l'entrepreneur remplacé et les frais de réparation ne peuvent lui être imputés ».
  - Avis d'expert = plus complet mais sans force probante particulière: assurer le caractère contradictoire

→ Incertitude sur ce que la jurisprudence fera de cette nouvelle obligation

Question 2 : quid si la sanction n'est pas mise en oeuvre correctement?

AVANT: régime prétorien, jurisprudence vacillante et pas toujours très éclairée

Exemples:

Gand, 12 janvier 2018 : si replacement illicite, = résiliation unilatérale du contrat

> « Le remplacement non judiciaire d'un contractant dérogeant au principe selon lequel le juge contrôle préalablement la défaillance contractuelle et autorise le créancier à exécuter lui-même l'obligation aux frais du débiteur, est soumise aux **conditions strictes** suivantes : (…). **Un remplacement non judiciaire** illicite **constitue non seulement un manquement contractuel grave, mais peut être qualifié de** résiliation unilatérale **du contrat** ».
>
> ⇒ **Indemnisation des frais encourus et des pertes de profits**

Bruxelles 27 juin 2017 - Cass. 18 juin 2020

> « Lorsque le créancier fait exécuter l'obligation par un tiers sans autorisation judiciaire préalable, **sans juste motif** ou **de manière négligente, le créancier** ne peut pas récupérer les frais engagés auprès du débiteur et n'a droit qu'à la réparation du préjudice résultant de l'inexécution »

Question 2 : quid si la sanction n'est pas mise en oeuvre correctement?

AUJOURD'HUI: pas de réel progrès

- Rien de prévu en cas de mauvaise mise en oeuvre (contrairement à d'autres sanctions)
- Assimilation à une résiliation unilatérale ne semble plus possible, sauf exception
- Difficulté: plusieurs cas à distinguer selon la condition non respectée
  - Conditions de base (inexécution imputable, urgence/circonstances exceptionnelles)
    Pas de remboursement, risque de D&I envers le débiteur
  - Récolte des preuves
    Controversé. Même solution? Plus souple?
  - Mise en demeure
    ?
  - Notification
    Divers cas (pas de notification, problème de contenu)
  - Abus
    Réduction à l'exercice normal du droit

Clause de remplacement (art. 5.85(2) C. civ.)

Clause à prévoir dans les contrats de construction? (le nouveau C.c. est supplétif)

- Décision unilatérale
- Modalités de remplacement
- Peut être combiné avec une compensation monétaire

Exemples (bons ou mauvais...) :

Si dans les huit jours calendriers de la date postale de l'envoi ou de la réunion du comité de direction mentionnée à l'article 17.1.2, l'EG n'a pas remédié au Manquement ou n'a pas fait valoir des moyens de défense valables par lettre recommandée adressée au MO, le MO est autorisé à faire poursuivre l'exécution de cette partie des travaux par un tiers et ce aux frais et risques de l'EG. Ces mesures ne dégagent en rien l'EG de ses responsabilités et garanties, celles-ci s'étendent aux travaux réalisés par un tiers suite aux déficiences de l'EG.

La décision du MO de passer aux mesures d'office est notifiée à l'EG par lettre recommandée. Le fait que le MO ne passe pas immédiatement aux mesures d'office n'affecte pas son droit de le faire à un moment ultérieur sans nécessité d'un nouveau constat de Manquement.

L'EG arrêtera cette partie de ses travaux à partir du jour qui lui sera indiqué et, s'il en est requis, il enlèvera moyennant un préavis de cinq jours calendriers ses outils et matériaux.

L'EG n'aura droit à aucune indemnité du chef de travaux qui lui seraient ainsi retirés, et ce quel que soit le montant de ceux-ci. En outre, un décompte financier établi par le MO relatif à l'adaptation du planning sera transmis à EG et sera pris en compte lors de l'établissement de l'état d'avancement ou lors de la libération du montant des garanties. Tout frais par rapport à l'installation de chantier des co-traitants agissant dans ce cadre sera à charge entière de l'EG.

In case of default by SUBCONTRACTOR, CONTRACTOR may proceed directly or through any other company with the performance of the remaining Subcontract Works. SUBCONTRACTOR shall, if required by CONTRACTOR, provide CONTRACTOR with all materials, constructional plant, relevant documentation and drawings and other equipment whatsoever brought to the site by SUBCONTRACTOR or available at SUBCONTRACTOR's premises and may use them for the purpose of executing, completing and maintaining the Subcontract Works.

Sanctions qui laissent subsister le contrat :
3. Exception d'inexécution (art. 5.98 / 5.239)

- Livre 5 Obligations

Art. 5.239. Exception d'inexécution

§ 1er. Dans un rapport synallagmatique, le créancier d'une obligation exigible peut suspendre l'exécution de sa propre obligation jusqu'à ce que le débiteur exécute ou offre d'exécuter la sienne. La suspension doit être appliquée de bonne foi.

La preuve que le débiteur a exécuté ou offert d'exécuter son obligation incombe au débiteur. Si le créancier considère que cette exécution ou offre d'exécution n'est pas conforme à ce qui était dû, la preuve lui en incombe.

§ 2. Le créancier peut aussi suspendre l'exécution de son obligation lorsqu'il est manifeste que son débiteur ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour lui. Le créancier ne peut plus suspendre l'exécution de son obligation si le débiteur donne des assurances suffisantes de la bonne exécution de la sienne.

§ 3. Lorsque l'obligation du débiteur n'est pas encore exigible ou que la bonne foi l'impose, la suspension fait l'objet d'une notification écrite donnée sans retard injustifié. Celle-ci indique la cause de la suspension et les circonstances la justifiant.

Sanctions qui laissent subsister le contrat :
3. Exception d'inexécution (art. 5.98 / 5.239)

- Instrument très utile, rarement exclu par contrat (marchés publics?)
- Disposition supplétive MAIS attention aux clauses abusives (consommateurs)
- Dispose maintenant de règles claires
- PAS de mise en demeure nécessaire MAIS notification préalable « *si la bonne foi l'impose* »
- Rôle de la bonne foi assez central dans la mise en oeuvre de cette sanction (proportionnalité)
- Sanction à vocation **temporaire**
- **Nouveauté:** applicable anticipativement (cf. infra)

Sanctions qui laissent subsister le contrat :
4. Réduction du prix (art. 5.97)

- Livre 5 Obligations

Art. 5.97 Droit de réduire le prix

En cas d'inexécution qui n'est pas suffisamment grave pour justifier la résolution, le créancier peut demander en justice la réduction du prix.

La réduction du prix peut aussi être exercée par une notification écrite du créancier, qui indique la cause de la réduction.
La réduction du prix est proportionnelle à la différence, au moment de la conclusion du contrat, entre la valeur de la prestation reçue et la valeur de la prestation convenue.

Le créancier qui obtient la réduction du prix ne peut exiger de réparation pour compenser cette différence de valeur. Il peut toutefois la réclamer pour tout autre dommage.

Sanctions qui laissent subsister le contrat :
4. Réduction du prix (art. 5.97)

- Nouveauté
- Champ d'application? Terminologie malheureuse?
- En droit de la construction: apport à peu près nul (réfaction déjà connue)
- Difficultés de mise en oeuvre à prévoir (« La réduction du prix est proportionnelle à la différence, au moment de la conclusion du contrat, entre la valeur de la prestation reçue et la valeur de la prestation convenue »)

→ à exclure dans les contrats!

Réduction du prix judiciaire vs. extrajudiciaire (par notification)

Judiciaire	Par notification
Inexécution contractuelle imputable Inexécution de faible importance	Inexécution contractuelle imputable Inexécution de faible importance + Mise en demeure Notification écrite contenant la cause de la réduction
	“aux risques et perils” du créancier? (pas explicite)

Sanction qui fait disparaître le contrat: la résolution

- Livre 5 Obligations

Art. 5.90 Droit à la résolution

Le contrat synallagmatique peut être résolu lorsque l'inexécution du débiteur est **suffisamment grave** ou lorsque **les parties sont convenues** qu'elle justifie la résolution.

Le contrat peut aussi être résolu, dans des **circonstances exceptionnelles**, lorsqu'il est manifeste que le débiteur, après avoir été mis en demeure de donner, dans un délai raisonnable, des assurances suffisantes de la bonne exécution de ses obligations, **ne s'exécutera pas à l'échéance** et que les conséquences de **cette inexécution sont suffisamment graves pour le créancier**.

La résolution résulte d'une **décision de justice**, de **l'application d'une clause résolutoire** ou d'une **notification du créancier au débiteur**, conformément aux articles 5.91 à 5.94.

Lorsqu'une réparation complémentaire à la résolution est accordée, elle vise à placer le créancier dans la **même situation que si le contrat avait été exécuté**.

Sanction qui fait disparaître le contrat: la résolution

- Livre 5 Obligations

Art. 5.93. Résolution par notification du créancier

Après avoir pris les mesures utiles pour établir l'inexécution du débiteur, le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par une notification écrite au débiteur. Celle-ci indique les manquements qui lui sont reprochés.

Art. 5.94. Résolution non judiciaire irrégulière ou abusive

La notification par laquelle le créancier résout le contrat est inefficace si les conditions de la résolution ne sont pas remplies ou si elle est abusive.

Résolution judiciaire vs. extrajudiciaire (par notification)

Judiciaire	Par notification
Inexécution contractuelle imputable Inexécution grave	Inexécution contractuelle imputable Inexécution grave + Récolte de preuves de l'inexécution Mise en demeure Notification écrite contenant les manquements reprochés
	"aux risques et périls" du créancier

NB: applicable même en l'absence de dommage dans le chef du créancier

Sanction qui fait disparaître le contrat: la résolution

Résolution ou résiliation?

Innovation mesurée et surtout peu convaincante

Résolution définie dans l'art. 5.95:

> La résolution prive le contrat d'effets depuis la date de sa conclusion. Toutefois, elle ne rétroagit qu'à la date du manquement qui y a donné lieu pour autant que le contrat soit divisible dans l'intention des parties, eu égard à sa nature et à sa portée.
>
> Les prestations fournies depuis cette date donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 5.115 à 5.122.

Un contrat de construction n'est a priori pas divisible… sauf si on dit le contraire.

Sanction qui fait disparaître le contrat: la résolution

Quid si résolution par notification sans que les conditions soient remplies?

Solution dans l'art. 5.94:

> La notification par laquelle le créancier résout le contrat est inefficace si les conditions de la résolution ne sont pas remplies ou si elle est abusive.

Solution qui n'en est évidemment pas une puisque le juge décidera de cette « inefficacité » quand la construction aura été achevée par un tiers.

→ faudra-t-il prévoir des clauses résolutoires expresses?

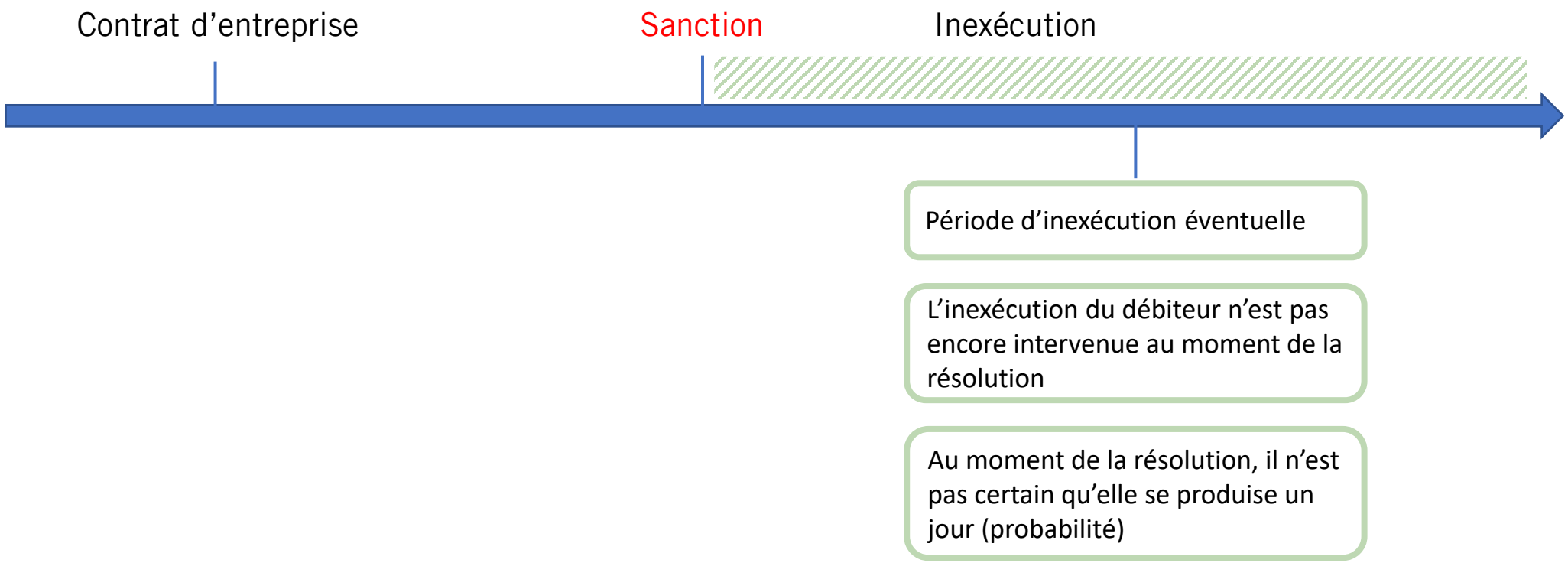
Nouveauté: *anticipatory breach*

= Sanction pour les manquements contractuels redoutés ou anticipés

Type de sanction	Mise en oeuvre	Sanction anticipée
Exécution en nature	Judiciaire	?
Exception d'inexécution		OUI
Remplacement	Judiciaire	NON
	Par notification	NON
Réduction du prix	Judiciaire	NON
	Par notification	NON
Résolution	Judiciaire	OUI
	Par notification	OUI

Sanction en raison d'une inexécution future et (très) probable

Objectif = anticiper les cas d'inexécution imputables au moyen d'indices sérieux



Suspension anticipée~ *exceptio timoris*

- Livre 5 Obligations

Art. 5.239, §2 :

§2. Le créancier peut aussi suspendre l'exécution de son obligation lorsqu'il est manifeste que son débiteur ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour lui. Le créancier ne peut plus suspendre l'exécution de son obligation si le débiteur donne des assurances suffisantes de la bonne exécution de la sienne.

Suspension anticipée ~ *exceptio timoris*

- Conditions strictes :
  - il est **clair** que le débiteur **n'honorera pas** ses engagements **à temps**
  - les **conséquences** de l'inexécution sont **suffisamment graves** pour le créancier
  - le créancier ne peut plus suspendre l'exécution de son obligation si le débiteur donne des **assurances suffisantes** de la bonne exécution de la sienne

→ Solutionne néanmoins le principal défaut de l'exception d'inexécution

Nouveauté: *anticipatory breach*

Résolution anticipée pour les manquements contractuels redoutés :

- Livre 5 Obligations

Art. 5.90(2) :

Le contrat peut aussi être résolu, dans des **circonstances exceptionnelles**, lorsqu'il est **manifeste** que le débiteur, après avoir été mis en demeure de donner, dans un délai raisonnable, des assurances suffisantes de la bonne exécution de ses obligations, **ne s'exécutera pas à l'échéance** et que les **conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour le créancier**.

Résolution anticipée

- Conditions **strictes** :
  - dans des **circonstances exceptionnelles**
  - il est **clair** que le débiteur **n'honorera pas** ses engagements **à temps**
  - les **conséquences** de l'inexécution sont **suffisamment graves** pour le créancier
  - le créancier a **mis en demeure** le débiteur de fournir des **garanties** suffisantes de conformité dans un délai raisonnable

POSSIBILITÉ POUR LE DEBITEUR DE RASSURER LE CREANCIER

- Exposé des motifs :

« Il s'agit donc de résoudre le problème du créancier qui prévoit, avant terme, l'inexécution d'une obligation qui n'est pas encore exigible »

Contraire à « *Qui a terme, ne doit pas* »

Résolution anticipée : possible exclusion ou modulation contractuelle ?

Exposé des motifs

« La disposition proposée étant supplétive, la résolution pour inexécution anticipée peut faire l'objet d'une clause qui aménage *l'anticipatory breach*. Par exemple, les parties peuvent préciser ou même supprimer les conditions requises, comme les circonstances exceptionnelles; elles peuvent aussi exclure l'application à leur contrat de *l'anticipatory breach* ».

Conclusion

La réforme “à droit constant” comporte néanmoins quelques nouveautés, mais elle

- Déplace les problèmes plus qu’elle ne les résout,
- Ne permettra vraisemblablement pas de décharger les cours et tribunaux
- Risque d’obliger à alourdir les contrats en y insérant des dispositions dont on se passait bien

Points d'attention

Toujours tenir compte des contraintes et limites lors de la rédaction des contrats:

- "Battle of the forms" (cfr. art. 5.23)
- Clauses abusives (cf. article 5.52)
- Abus de circonstances (cf. art. 5.37)
- Abus de droit / bonne foi (cf. art. 5.73)

SCHOUPS

Aperçu des changements et des points d'attention (non exhaustif)

- Responsabilité précontractuelle
- Conditions générales
- Équivalence fonctionnelle
- Modification du vice de consentement
- **Clauses abusives**
- Nullité
- Interprétation et qualification
- **Changement de circonstances**
- **Remplacement du débiteur**
- **Clauses de dommages et d'exonération**
- **Résolution (anticipée)**
- **Suspension (anticipée) / ENAC**
- Action directe
- Obligations post-contractuelles
- Délégation

Q&A

S C H O U P S

Anvers

De Burburestraat 6-8 boîte 5
2000 Anvers

Bruxelles

Rue de la Régence 58 boîte 8
1000 Bruxelles

www.schoups.com
t. +32 3 260 98 60

séminaires / webinaires

www.schoups.be/fr/events

SCHOUPS

Anvers

De Burburestraat 6-8 boîte 5
2000 Anvers

Bruxelles

Rue de la Régence 58 boîte 8
1000 Bruxelles

www.schoups.com
t. +32 3 260 98 60

Merci de votre attention

Sébastien Leroy
+32 470 136 013
sebastien.leroy@schoups.be

Mathieu Thomas
+32 472 743 071
mathieu.thomas@schoups.be