

## Note - À propos des conditions générales contradictoires

1. Ce jugement concerne un litige assez fréquent d'endommagement de câble survenu au cours de l'exécution de travaux'. Se posait la question de savoir si le dommage résultant de l'endommagement du câble devait être supporté par l'entrepreneur principal ou au contraire, par le sous-traitant qui avait exécuté les travaux.

Le Tribunal souligne à juste titre que, en droit commun, l'entrepreneur doit s'informer sur l'existence et la localisation des câbles avant l'exécution des travaux, ce qu'il était resté en défaut de faire'.

En l'espèce, l'entrepreneur principal avait fait appel à un sous-traitant ; celui-ci avait inséré de manière assez surprenante dans ses conditions générales que le sol devait être exempt d'obstacles visibles ou invisibles jusqu'à une profondeur de 80 cm. Le marquage de piquets devait aussi être effectué par l'entrepreneur principal et les plans devaient être mis à la disposition du sous-traitant. Cette clause ne correspond pas aux normes en vigueur ce qui apparaît assez logique car c'est, selon nous, celui qui procède effectivement aux travaux qui est le mieux à même d'étudier et de gérer les obstacles qu'il pourra rencontrer en creusant dans le sol.

La clause est donc, au regard de ce que l'on peut attendre, anormale et nous reviendrons plus loin sur les conséquences que l'on peut en tirer.

Par contre, l'entrepreneur principal avait inséré dans ses conditions générales, une clause plus classique mais assez large qui impose au sous-traitant de respecter toutes les prescriptions spéciales applicables sur le lieu de fourniture, et notamment les consignes de sécurité.

Les conditions générales sont contradictoires et il convient de discuter la solution requise par cette contradiction.

2. Le régime des conditions générales contradictoires a déjà fait l'objet d'études approfondies et il ne rentre pas dans l'objet de cette note de rediscuter des tenants et aboutissants de la problématique'.

Le jugement énonce quatre solutions :

- la prédominance des conditions générales de l'acheteur ;
- la théorie du premier mot, qui donne priorité aux conditions générales de l'offrant ;

de la confrontation de conditions générales contradictoires et son incidence sur la formation des contrats », in *Le processus de formation du contrat, contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 543 ; ELPHILIPPE et L.A. NYSSSEN, « L'opposabilité des conditions générales », in *Contrats et protection des consommateurs*, CUP, 2016, Anthemis, pp. 1090 à 153. Pour un article récent sur les conditions générales en ligne, voir G. HERMANS, « De toepasselijkheid van algemene voorwaarden bij online contracteren », *DAOR*, 2018, n° 128.

l'annulation réciproque et le retour au droit commun ;  
la théorie du dernier mot, en fonction de laquelle s'appliqueront les conditions générales de la partie qui exprime sa volonté en dernier lieu.

Le jugement retient en l'occurrence la troisième qui est celle reprise par l'avant-projet de réforme du droit des obligations à savoir la théorie de l'annulation réciproque. Cette option a déjà été retenue dans la jurisprudence antérieure'.

Il faut ensuite se réjouir de ce que les rédacteurs de l'avant-projet aient réglé la question des conditions générales contradictoires. Le projet retient, comme mentionné dans le jugement, la théorie de l'annulation réciproque et le retour au droit commun, théorie appelée en anglais la théorie du *Knock Out*.

Le projet estime que le contrat doit être maintenu car les conditions générales ne sont qu'accessoires. Effectivement, le maintien du contrat est à favoriser puisque les conditions générales ne contiennent pas, sous réserve de ce qui sera écrit plus loin, d'éléments essentiels" au contrat. Cette solution est au demeurant, reconnue dans plusieurs pays".

### 3. Nous nous permettrons quelques réflexions par rapport à l'application de ces principes en l'espèce.

En premier lieu, l'on sait que le Ministre de la Justice, Koen GEENS, avait confié la révision du droit des obligations à une commission présidée par les professeurs STIJNS et WÉRY. Le texte a été adopté par le Conseil des ministres en première lecture'. Le droit futur est pris, à juste titre, en considération par le juge. De tels jugements viennent favoriser la transition entre les règles anciennes et les règles nouvelles facilitant ainsi leur assimilation par les praticiens.

En deuxième lieu, le choix qui est fait par l'avant-projet ne coule pas de source. Comme le montre un des articles précités, la thèse du premier mot (*first shot*) est retenue aux Pays-Bas ou dans l' *Umform Computer Information Transactions Act* américain pour les contrats électroniques". Le dernier mot est fort souvent reconnu. Il s'applique en cas de contrats entre absents, dans la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises'. La jurisprudence belge en a fait également application". La théorie du dernier mot est aussi appropriée en matière commerciale et désormais en matière d'entreprise ; ne plus répondre n'est pas approprié en matière commerciale et donc si une entreprise laisse des conditions générales

sans protestation, elle est censée y acquiescer. Quelquefois, le juge peut, par un raisonnement d'interprétation, concilier les conditions générales des parties.

En troisième lieu, il faut également vérifier si l'une des conditions générales n'excluait pas celles du co-contractant ; en cette hypothèse, le juge doit donner effet à cette exclusion ; mais bien souvent, chacune des conditions générales des parties exclut l'autre en telle sorte que les exclusions se neutralisent l'une l'autre<sup>16</sup>.

En quatrième lieu, l'on pourrait tout simplement étudier si, sans exclure l'une des deux conditions générales contradictoires, celles-ci peuvent se compléter. Prenons un exemple ; les conditions du vendeur prévoient la livraison dans les trois semaines, tandis que celles de l'acheteur prévoient la livraison dans la quinzaine ; ces conditions sont différentes sans être contradictoires et le juge pourra, le cas échéant, considérer qu'une livraison dans les dix-huit jours correspond à la volonté des parties. Cette approche", plus difficile d'application, présente trois avantages :

elle veille à mieux épouser la volonté des parties. Les conditions générales comprennent parfois des éléments auxquels les parties attachaient de l'importance et les annuler purement et simplement ne sera pas toujours opportun ;

elle veille aussi à maintenir le plus d'éléments possibles du contrat ;

elle trouvera une application opportune lorsque les conditions générales, sans être totalement contradictoires, sont différentes.

Elle suppose une intervention du juge dans le contrat, ce qui est parfois susceptible de craintes notamment de la part des milieux d'affaires.

Enfin, en l'espèce, la clause du sous-traitant est inusitée. Dans plusieurs régimes juridiques, les clauses inusitées sont dépourvues d'effet. L'article 2.20 des Principes UNIDROIT fait montre en outre d'un apport original en ce qu'il envisage expressément l'hypothèse des clauses inhabituelles. Sur la base de cette disposition, sont prohibées les clauses « surprises » contenues dans les clauses types et ce, même en cas d'acceptation des dites clauses'. Il est effectivement surprenant de prévoir, comme en l'espèce, que l'entrepreneur principal doit garantir l'absence de tout obstacle visible ou invisible sur une profondeur de 80 cm.

9. Liège, 15 mars 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1741. Comm. Mons, 6 novembre 2008, *J.T.*, 2008, p. 728 (la même juridiction se prononçait dans le même sens); Civ. Bruxelles, 20 mai 2008, jugement n° F-19880520-2 (32610).  
10. Voir pour une application récente de la notion d'éléments essentiels, élargissant en matière de vente, les éléments essentiels à d'autres éléments que la chose et le prix, Liège, 24 mars 2014, *R.G.D.C.*, 2017, p. 195.  
11. Voir art. 306 BGB (Code civil allemand) ; voir aussi les Principes Unidroit, art. 2.22. et art. 2:209:1 des Principes européens de droit des contrats.  
12. Publié sur le site web du SPF Justice : <https://justice.belgium.be/gr/bwcc>.  
13. Voir D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, article cité.

14. Art.19.  
15. Gand, 18 septembre 2008, *Iuris*, 2012-2014, 2044.  
16. Voir pour une application, Bruxelles, 3 novembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 265.  
17. On pourrait parler de congruence, c'est-à-dire d'une adaptation des conditions générales les unes aux autres ; la *Kongruenzlehre* est reconnue en droit allemand sans s'appliquer en tant que telle aux conditions générales; voir sur cette théorie, B.G.H, 11 Mars 2014, in <https://jura-online.de>.  
18. Voir aussi sur le caractère déraisonnable des conditions générales (*unfair terms*) en droit anglais qui peut aussi inclure le caractère inusité des clauses, ANSON, *On contracts*, 2010, p. 179.

4. En conclusion, la décision rendue par le juge est non seulement bien charpentée sur le plan juridique mais elle correspond aussi à la solution qui nous paraît la plus juste et la plus conforme aux usages en l'espèce. En effet, il eût été anormal de donner suite à des conditions générales qui vont à l'encontre de la pratique et de normes en vigueur dans ce genre d'accidents.

Par ailleurs, la clause précitée pourrait être appréhendée par la nouvelle loi du 4 avril 2019" qui sanctionne les clauses abusives. Cette loi a été insérée dans le Code de droit économique ; nous n'entrerons pas dans le détail de cette loi mais on peut épingle l'article VI/91.5 du Code qui prévoit désormais ;

« Sont présumées abusives sauf preuve contraire, les clauses qui ont pour objet de :  
3° placer, sans contrepartie, le risque économique sur une partie alors que celui-ci incombe normalement à l'autre entreprise ou à une autre partie au contrat ».

L'interprétation de cette clause porte son lot d'incertitude mais il est hors du champ de cette brève note de le discuter ici. L'on peut cependant considérer que la clause étudiée qui met tous les risques au niveau de l'absence de câbles, la communication des plans sur les épaules du maître de l'ouvrage transfère au maître de l'ouvrage un risque qui appartient à l'entrepreneur. Elle constitue donc une belle illustration du nouvel article précité. Précisons à toutes fins utiles que la loi sur les clauses abusives n'entrera en vigueur que dix-neuf mois après la publication dans le *Moniteur belge*.

*Denis PHILIPPE*

*Professeur extraordinaire à l'Université catholique de Louvain  
Avocat aux Barreaux de Bruxelles et de Luxembourg*

.....

