

La nullité partielle

Auteur : Cenné, Odile

Promoteur(s) : Biquet, Christine

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en droit privé

Année académique : 2021-2022

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/14685>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

La nullité partielle

Odile CENNÉ

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit privé

Année académique 2021-2022

Recherche menée sous la direction de :

Madame Christine BIQUET

Professeur ordinaire

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier ma promotrice, Madame Christine Biquet, pour sa disponibilité et ses précieux conseils grâce auxquels j'ai pu améliorer et mener à bien ce travail.

Je remercie également mes proches pour leur soutien et leur relecture.

RÉSUMÉ

Le présent travail consistera en un examen approfondi de certains aspects de la nullité partielle tant dans le cadre du droit commun des contrats que de la matière des clauses abusives.

Nous distinguerons en premier lieu les deux formes principales que peut revêtir la nullité partielle : la nullité de la seule clause illicite et la nullité partielle au sein de la clause elle-même. Nous étudierons les fondements légaux et jurisprudentiels de ces deux hypothèses en droit commun d'abord, ainsi que leurs évolutions, notamment la place qu'elles y trouvent dans le projet de réforme du droit des obligations. Dans ce cadre seront définies certaines notions, celles de réduction et de clause, qui présentent un intérêt pour saisir les nuances du mécanisme de nullité partielle. L'application de ce mécanisme dans les relations B2C et B2B retiendra également notre attention.

Dans un second temps, nous analyserons le régime que suivent ces deux hypothèses de nullité partielle, précisément les conditions auxquelles elles doivent répondre. Nous verrons à ce propos que celles-ci diffèrent et sont plus restrictives en droit de la consommation qu'en droit commun et en matière de B2B.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	6
CHAPITRE 1 : LES HYPOTHÈSES DE NULLITÉ PARTIELLE.....	9
SECTION 1 - NULLITÉ DE LA SEULE CLAUSE ILLICITE	9
§1 - Position traditionnelle	9
§2 - Réforme du droit des obligations	12
§3 - Clauses abusives	12
SECTION 2 - NULLITÉ PARTIELLE DE LA CLAUSE ILLICITE	13
§1 - Généralités.....	13
§2 - Les arrêts rendus en matière de clauses de non-concurrence	15
§3 - Nullité partielle VS Réduction.....	18
§4 - Notion de clause	19
§5 - Réforme du droit des obligations	20
§6 - Clauses abusives b2c.....	21
§7 - Clauses abusives b2b	27
SECTION 3 - NULLITÉ PARTIELLE DE LA CONVENTION POUR VICE DE CONSENTEMENT	28
CHAPITRE 2 : RÉGIME.....	32
SECTION 1 - CONDITIONS EN DROIT COMMUN DES OBLIGATIONS.....	32
§1 - Première condition : La nullité partielle doit être possible	32
§2 - Deuxième condition : La conformité à l'intention des parties	33
§3 - Troisième condition : La nullité partielle n'est pas interdite par la loi.....	36
§4 - Le pouvoir du juge	37
§5 - Réforme du droit des obligations	38
SECTION 2 - CONDITIONS EN DROIT DE LA CONSOMMATION.....	38
§1 - Première hypothèse de nullité partielle.....	38
§2 - Deuxième hypothèse de nullité partielle	39
SECTION 3 - CONDITIONS DANS LES RELATIONS B2B.....	40
CONCLUSION.....	42
Bibliographie	45

INTRODUCTION

1. - Présentation et position du problème. Lorsque la validité d'un contrat est mise en péril par un défaut relatif à sa formation¹, plusieurs questions se posent : doit-on annuler l'entièreté de la convention ? Peut-on annuler la seule clause litigieuse, ou bien sa seule partie illicite ? Le juge peut-il aller encore plus loin en la réécrivant ? Il existe effectivement différents outils qui tentent de remédier au mieux à ce type d'illicéité.

En droit des obligations, la nullité est considérée comme le mécanisme classique pour sanctionner un défaut relatif à la formation d'un acte juridique². La principale conséquence de la nullité est qu'elle va annuler l'acte litigieux qui, partant, ne produit plus ses effets, ni pour le passé, ni pour le futur³. Cette sanction peut toutefois s'avérer radicale et inappropriée. Une partie peut effectivement être lésée davantage par la suppression des effets de la totalité du contrat, que par l'élimination de la seule partie du contrat ou de la clause litigieuse.

Cette sanction manque de nuance dans la mesure où s'agit d'un « tout ou rien »⁴, ne laissant la possibilité qu'entre le fait de maintenir le contrat avec la méconnaissance de certains formalismes, ou celui de l'annuler dans son entièreté. C'est la raison pour laquelle la doctrine et la jurisprudence ont développé au fil du temps des mécanismes ayant pour but de pallier les effets indésirables de la nullité totale. La nullité partielle est l'un de ces mécanismes.

Cette problématique se pose également en matière de clauses abusives dans les relations B2C et B2B⁵.

Nous tenterons, dans le présent écrit, d'exposer de manière claire et pertinente la théorie de la nullité partielle, ses déclinaisons, ses évolutions jurisprudentielles et légales, ainsi que ses conditions, en fonction des différents contextes dans lesquels elle peut se présenter.

2. - Notions préalables. Nous allons distinguer deux hypothèses de nullité partielle.

¹ Un contrat doit remplir plusieurs conditions pour être valable. Voy. P. WERY, « La régularisation du contrat entaché de nullité », *J.L.M.B.*, 2016, p. 295, n°1 : « Les parties doivent consentir valablement et avoir la capacité d'accomplir cet acte juridique. La convention doit avoir un objet et une cause. L'accord des parties doit, enfin, être conforme à l'ordre public et aux bonnes moeurs ainsi qu'aux dispositions légales impératives. Si l'une de ces conditions fait défaut, le contrat est entaché d'une cause de nullité ».

² F. PEERAER et S. STIJNS, « La proportionnalité de la nullité : l'inefficacité ou un nouveau souffle pour l'existence ? », *Les nullités en droit civil*, Bruxelles, Anthemis, 2017, p. 221 n°1 ; V. BASTIAEN et G. THOREAU, « Les nullités en droit civil », *Les nullités en droit belge : sanctions du vice et conséquences*, E. Vieujean (dir.), Liège, Ed. du jeune Barreau de Liège, 1991, p. 21 ; P. WERY, *Droit des obligations - Volume 1*, 3e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 338, n°319.

³ F. PEERAER et S. STIJNS, *op. cit.*, p. 221, n°1 ; V. BASTIAEN et G. THOREAU, *op. cit.*, p. 21.

⁴ T. TANGHE, « Gedeeltelijke vernietiging/matiging van ongeoorloofde concurrentieclausules », note sous Cass., 25 juin 2015, *R.D.C.*, 2016, p. 387, n°3 ; P. WERY, *op. cit.*, p. 367, n°341.

⁵ Les contrats B2C « business to consumer » sont ceux dans lesquels une partie est un professionnel et l'autre un consommateur. Tandis que dans les contrats B2B « business to business », les deux parties sont des professionnels.

D'une part, la nullité de la seule clause illicite, qui consiste dans le fait d'éliminer l'entièreté de la clause litigieuse tout en laissant subsister le reste de la convention⁶. D'autre part, la nullité partielle de la clause illicite qui permet de supprimer uniquement la fraction illicite de la clause. On fait ainsi un pas de plus, en ce sens qu'aussi bien le reste du contrat que le reste de la clause seront préservés⁷. A cette hypothèse, nous intégrerons le mécanisme de réduction, qui peut être considérée comme une application spécifique de la nullité partielle d'une clause⁸. Son principe est de substituer à la clause illicite une clause licite « de même nature, mais de moindre intensité »⁹, qui aura ainsi comme conséquence de réduire la clause à quelque chose de moindre que ce que les parties ont prévu initialement¹⁰.

Prenons l'exemple d'une clause de non-concurrence excessive dans la mesure où elle s'étend à des territoires trop importants. Si l'on fait usage de la première hypothèse de nullité partielle, cela reviendra à annuler uniquement mais entièrement ladite clause, et non l'ensemble de la convention. Par contre, en procédant à la deuxième hypothèse de nullité partielle, ni la totalité du contrat, ni l'intégralité de la clause ne sera anéanti(e), mais la clause de non-concurrence sera réduite à un territoire plus raisonnable, de telle sorte à la rendre licite.

3. - Exclusion du sujet. Pour des raisons de limites quantitatives, cet écrit ne se veut pas exhaustif mais se concentrera sur l'étude en profondeur des aspects choisis de cette thématique, à savoir principalement les différentes notions et particularités des deux hypothèses de nullité partielle, ainsi que leur régime. Par conséquent, nous ne nous pencherons pas sur les conséquences de ce mécanisme ou sur les autres manières de sanctionner la présence de clauses illicites. Nous étudierons en outre uniquement la nullité partielle dans son application *ratione materiae*, celle-ci suscitant davantage d'interrogations que la nullité partielle *ratione personae*¹¹

4. - Plan. Cet exposé sera scindé en deux chapitres.

Le premier chapitre traitera des deux hypothèses de nullité partielle que nous avons déjà définies. Nous procéderons dans un premier temps¹² à une division linéaire afin que les aspects de l'une et de l'autre hypothèse soient analysés de manière séparée. Leurs fondements légaux et jurisprudentiels, le sort qui leur a été donné dans le projet de réforme du droit des obligations ainsi que leur mise en oeuvre dans la matière des clauses abusives B2C et B2B seront étudiés. Nous nous attarderons davantage sur la deuxième hypothèse de nullité partielle étant donné que sa consécration en jurisprudence est plus récente, et qu'elle

⁶ R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, 1ère édition, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 702, n°306.

⁷ J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, « Examen des mécanismes alternatifs à la nullité totale : nullité partielle, réduction et conversion », *Les nullités en droit privé - États des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2017, p. 198, n°3.

⁸ J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, *op. cit.*, p. 199, n°5.

⁹ R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 702, n°306.

¹⁰ C. CAUFFMAN, « Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité », *R.C.J.B.*, 2007, p. 432, n°12.

¹¹ Voy. T. DANG VU, « De totstandkoming van meerpartijenovereenkomsten vanuit een statisch oogpunt en de toetreding van nieuwe partijen », *Meerpartijenovereenkomsten. Contrats multipartites*, I. Samoy et P. Wéry (éd.), Bruxelles, La Charte, 2013, p. 47 et s..

¹² Pour les deux premières sections du premier chapitre

est plus « révolutionnaire » que la nullité de la seule clause illicite. Elle suscite dès lors toujours des interrogations qui, pour certaines, restent en suspens, particulièrement en matière de clauses abusives. Nous aborderons ainsi la différence entre les concepts de nullité partielle et de réduction, de même que la notion de clause. Enfin, une dernière section sera consacrée à la nullité partielle dans la matière des vices de consentement, qui présente la particularité d'étendre la théorie de la nullité partielle à un nouveau motif de nullité.

La régime de ces hypothèses de nullité partielle sera, quant à lui, examiné dans le cadre du deuxième chapitre. Nous nous concentrerons sur l'analyse des différentes conditions en droit commun des obligations en premier lieu, en droit de la consommation ensuite, pour terminer par la situation dans les relations B2B.

CHAPITRE 1 : LES HYPOTHÈSES DE NULLITÉ PARTIELLE

Le présent chapitre sera d'abord consacré aux évolutions légales et jurisprudentielles de la première hypothèse de nullité partielle (section 1), pour ensuite examiner plusieurs aspects de la nullité partielle de la clause et du mécanisme de réduction (section 2). Ces deux sections étudieront la nullité partielle en droit commun des obligations, dans le droit futur¹³, en droit de la consommation ainsi que dans les relations interentreprises. Enfin, un cas particulier et inédit, à savoir la nullité partielle lorsque la cause de nullité est un vice de consentement, sera étudié (section 3).

SECTION 1 - NULLITÉ DE LA SEULE CLAUSE ILLICITE

§1 - Position traditionnelle

5. - Acceptation du mécanisme en l'absence de disposition générale. Bien qu'aucune disposition légale ne prévoit expressément et de façon générale la possibilité pour le juge d'annuler la seule clause illicite tout en maintenant le reste du contrat, ce mécanisme est admis depuis longtemps en droit belge¹⁴.

La nullité partielle d'un contrat dans le cas d'une nullité relative peut être déduite *a contrario* d'un arrêt de la Cour de cassation du 23 mars 2006¹⁵ énonçant que « la sanction de nullité ne peut pas davantage permettre au juge, pour des motifs de bonne foi ou d'équité, de fixer une autre clause de révision de prix contractuelle à la place des parties » et que « lorsque le juge constate la nullité absolue d'une clause d'un contrat, il ne peut la remplacer par une autre clause qui ne repose pas sur le consentement des parties »¹⁶. Cette décision, selon C. Cauffman, concerne uniquement la nullité absolue et « ne s'oppose qu'à la modération d'une clause nulle en la remplaçant par une clause qui ne repose pas sur le consentement des parties »¹⁷. Cela ne fait ainsi pas obstacle à la possibilité pour le juge d'annuler la seule clause illicite, tout en laissant persister les autres effets de la convention, si telle est l'intention des parties.

¹³ Nous faisons référence au projet de loi réformant le droit des obligations, voy. *Infra* n°9.

¹⁴ Certains auteurs font des arrêts de la Cour de cassation du 27 février 1959 (Cass., 27 février 1959, *Pas.*, 1959, p. 653) et du 13 octobre 1960 (Cass., 13 octobre 1960, *Pas.*, 1961, 8, p. 610) les points de départ de l'application de la théorie de la nullité partielle en jurisprudence. Il semblerait toutefois que telle n'était en réalité pas la portée de ces arrêts : voy. C. CAUFFMAN, *op. cit.*, p. 433, n°13 ; R. JAFFERALI, *op. cit.*, pp. 706-707, n°308 ; P. WERY, *op. cit.*, p. 355, n°331.

¹⁵ Cass., 23 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2007, p. 422.

¹⁶ *Ibidem*, p. 426.

¹⁷ C. CAUFFMAN, *op. cit.*, p. 430, n°9.

D'autres arrêts viennent s'aligner sur cette jurisprudence selon laquelle l'annulation de la clause illicite ne doit pas toujours¹⁸ entraîner la nullité de l'intégralité de la convention¹⁹.

6. - Hypothèses de fondement. Les auteurs invoquent différentes dispositions qui peuvent, selon eux, justifier le fondement de ce mécanisme. Certains font du rapprochement des articles 900 et 1172 le fondement de la théorie de la nullité partielle. Une distinction est traditionnellement opérée entre les libéralités pour lesquelles, en vertu de l'article 900 du Code civil, une nullité partielle semble être possible en ce sens que seule les conditions illicites seront anéanties tandis que le reste de la convention survivra²⁰, et les contrats à titre onéreux. Concernant ces derniers, l'article 1172 du Code civil prévoit une nullité intégrale en cas de condition illicite²¹. Initialement, l'article 900 était vu comme une exception à l'article 1172 puis, au fil du temps et de l'évolution de la jurisprudence, la ligne de démarcation entre ces deux dispositions s'est atténuée, de telle sorte que l'on admettait que dans un contrat à titre onéreux, seule la condition illicite était nulle. Une condition impossible dans un contrat à titre gratuit pouvait, à l'inverse, aboutir à la nullité de l'ensemble de l'accord. Le critère de distinction n'était donc plus le fait que le contrat soit à titre gratuit ou onéreux, mais son caractère divisible ou non. L'interprétation a aussi été étendue aux clauses et plus seulement aux conditions.

Selon certains²², ce raisonnement ne semble toutefois pas être pertinent. D'une part, la jurisprudence s'est en effet beaucoup éloignée du texte des articles 900 et 1172. D'autre part, I. Claeys est aussi d'avis que l'idée selon laquelle la théorie de la nullité partielle peut être déduite de ces deux articles ne semble pas appropriée en raison du fait que ces articles visent au départ uniquement les conditions et non tous les types de clauses²³.

R. Jafferalli expose d'autres principes et dispositions desquel(le)s peut être issue la nullité partielle. Selon lui, ce mécanisme peut trouver son origine dans le principe selon lequel « la nullité ne peut se voir reconnaître des effets disproportionnés », ou par la combinaison des articles 1234 et 1304 du Code civil²⁴.

¹⁸ Il y a certaines conditions à respecter pour que la nullité partielle soit appliquée : voy. *Infra* n°35 et s.

¹⁹ Voy. not. en ce sens Cass., 9 juin 2006, *Pas.*, 2006, p. 1373 qui énonce que « Lorsque, dans un même contrat, plusieurs risques sont assurés et que l'omission ou l'inexactitude n'ont eu une incidence que pour l'appréciation d'une partie d'entre eux, la nullité du contrat est limitée à l'assurance des risques pour lesquels l'assureur a été induit en erreur » ; B. WEYTS et T. VANSWEEVELT, *Handboek Verzekeringsrecht*, Intersentia, 2016, p. 400, n°621 ; P. KILESTE et C. STAUDT, « Conséquences du non-respect par un contrat de concession du règlement européen d'exemption applicable au secteur de la distribution automobile : un des domaines de prédilection de l'insécurité juridique », note sous Bruxelles, 28 avril 2010, *R.D.C.*, 2011, p. 814 : « (...) cette clause étant séparable de l'ensemble du contrat, sa nullité n'entraînait pas celle de l'ensemble du contrat, ni celle d'autres clauses (...) » ; Cass., 10 janvier 2014, n° C.13.0123.F : « Lorsqu'une convention contient plusieurs stipulations qui, dans l'intention des parties, ne forment pas un tout indivisible, la nullité d'une des stipulations n'entraîne pas automatiquement la nullité de la convention entière ».

²⁰ R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 703, n°307 ; F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, p. 291, n°335.

²¹ *Ibidem*.

²² T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 135, n°126.

²³ I. CLAEYS, « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », *Sancties en nietigheden*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 306, n°55.

²⁴ R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 710, n°309.

7. - Intérêt. T. Tanghe expose deux raisons qui peuvent justifier de recourir à la nullité partielle : les sanctions doivent tendre à être « taillées sur-mesure » et le contrat ne doit être annulé que dans la mesure où il a été entaché d'une cause de nullité²⁵. En d'autres termes, il faut avoir égard au principe d'efficacité pour déterminer la sanction la plus appropriée aux circonstances de l'espèce²⁶.

Il se peut en effet que l'objectif de la loi soit mieux servi par l'annulation de la seule clause illicite²⁷. C'est le cas, par exemple, des clauses exonératoires de responsabilité. En effet, si le contrat est entièrement annulé, le débiteur de la responsabilité sera totalement libéré alors que le but est précisément l'inverse²⁸. Il faut donc toujours veiller à ce que la sanction n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre son but²⁹. Par conséquent, la nullité partielle peut se justifier lorsque le motif de nullité n'affecte qu'une partie du contrat. Illustrons ces propos par l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 20 novembre 2008³⁰.

Un entrepreneur avait conclu un contrat d'entreprise comprenant divers travaux alors qu'il ne disposait pas d'accès à la profession pour certains d'entre eux. La Cour a d'abord rappelé que le contrat d'entreprise était contraire à l'ordre public et que partant, il devait être frappé de nullité absolue. Toutefois, elle a atténué la sanction en ce qu'elle a permis que les travaux pour lesquels l'entrepreneur disposait d'un accès à la profession ne soient pas frappés de nullité. La juridiction a donc fait usage de la nullité partielle en annulant seulement les travaux que la partie n'était pas autorisée à faire. La Cour a jugé que « dans la mesure où il est possible de dissocier les travaux pour lesquels l'entrepreneur disposait d'un accès à la profession de ceux pour lesquels il n'en disposait pas, il convient de prononcer la nullité partielle du contrat d'entreprise »³¹. En l'espèce, la cause de nullité, à savoir la non conformité à l'ordre public, n'entachait que les travaux pour lesquels l'entrepreneur ne disposait pas d'accès à la profession. Annuler les seuls travaux problématiques tout en maintenant ceux réalisés conformément à la loi permet de rétablir la légalité sans aller au-delà de ce qui est nécessaire.

En outre, le risque de voir l'intégralité du contrat annulé peut décourager une partie à en demander l'annulation partielle³². Comme le dit R. Jafferalli, « Il s'agit d'éviter que, par crainte de perdre le bénéfice de l'ensemble du contrat, la victime de l'illégalité ne renonce à agir en nullité ; au contraire, en limitant d'emblée la nullité à la clause illicite, le législateur fait en

²⁵ Voy. T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, *op. cit.*, pp. 138 et s., n°127 et s. ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht* (2e édition), Intersentia, 2022, p. 547, n°707.

²⁶ F. PEERAER, « Ook bedrog kan leiden tot de partiële nietigheid van een overeenkomst », note sous J.P. Kapellen, 3 novembre 2015, *J.J.P.*, 2017, p. 540.

²⁷ P. WERY, *op. cit.*, p. 356, n°331-3.

²⁸ R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 719, n°312.

²⁹ T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, *op. cit.*, p. 138, n°128 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen ...*, *op. cit.*, p. 548, n°709.

³⁰ Bruxelles, 20 novembre 2008, *R.G.D.C.*, 2011, p. 97.

³¹ *Ibidem*, p. 98

³² T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, *op. cit.*, p. 144, n°132.

sorte que la partie protégée puisse éliminer celle-ci tout en maintenant en vigueur le reste de l'opération à laquelle elle a consenti »³³.

8. - Dispositions expresses. Bien qu'il n'existe pas d'assise légale générale, il y a des dispositions spécifiques qui prévoient que le sort à réserver à une clause illicite est sa nullité, tout en maintenant les effets du reste de la convention.

P. Wéry cite comme exemple de cette première hypothèse de nullité partielle l'article VI.83 du Code de droit économique, que nous analyserons ci-après, ainsi que l'article 41/1 de la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route. Cet article prévoit effectivement la nullité de clauses qui seraient contraires à la Convention, tout en précisant que ladite nullité n'aura pas pour conséquence d'annuler les autres dispositions du contrat.

L'article 1601 alinéa 2 du Code civil concernant le sort à réserver au contrat de vente lorsqu'une partie de la chose sur lequel il porte a péri, ainsi que l'article 66 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances peuvent également être considérées comme des applications de la nullité partielle³⁴.

§2 - Réforme du droit des obligations

9. – Disposition générale. La proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil a été adoptée par la Chambre des représentants le 21 avril 2022. Le droit belge disposera³⁵ désormais, en vertu de son article 5.63, d'une disposition expresse consacrant la nullité partielle. Ledit article est rédigé comme suit « Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une partie du contrat, l'annulation se limite à cette partie pour autant que le contrat soit divisible, eu égard à l'intention des parties ainsi qu'au but de la règle violée. La clause réputée non écrite par la loi, une fois annulée, laisse subsister le reste du contrat ». Cet article confirme que la nullité d'une clause ne doit pas nécessairement entraîner l'annulation de l'ensemble du contrat, ce que la doctrine et la jurisprudence admettent déjà.

§3 - Clauses abusives

10. - Relations B2C. S'agissant des clauses abusives, la directive 93/13/CEE protège les consommateurs en énonçant dans son article 6, paragraphe 1, que « Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits

³³ R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 717, n°312 ; voy. également dans le même sens T. TANGHE, « Sancties voor onrechtmatige bedingen in ondernemingscontracten in het licht van de b2b-wet van 4 april 2019 », *R.D.C.*, 2019, p. 1200, n°16.

³⁴ Voy. P. WERY, *op. cit.*, p. 354, n°331-1 ; pour d'autres exemples de dispositions, voy. T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, *op. cit.*, p. 135, n°125.

³⁵ La proposition de loi devient, suite à son adoption, un projet de loi soumis à la sanction royale.

nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives ».

Par ces termes, le législateur européen prévoit en réalité la nullité partielle du contrat, dans la mesure où seule la clause abusive sera annulée³⁶. Il ne permet pas, en revanche, que le juge procède à la nullité partielle d'une clause ou à sa réduction. Ce postulat a par ailleurs été confirmé et nuancé par la Cour de Justice³⁷.

Le législateur belge, quant à lui, a transposé cette disposition dans l'art VI.84, alinéa 1, du Code de droit économique et a ainsi fait le choix de sanctionner les clauses abusives par la nullité³⁸ de ces seules clauses.

11. - Relations B2B. Concernant les rapports entre entreprises, la loi du 4 avril 2019 « modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises »³⁹ a inséré, notamment, l'art VI.91/6 dans le Code de droit économique, en vertu duquel « toute clause abusive est interdite et nulle. Le contrat reste contraignant pour les parties s'il peut subsister sans les clauses abusives ». La sanction prévue est donc la première hypothèse de nullité partielle.

SECTION 2 - NULLITÉ PARTIELLE DE LA CLAUSE ILLICITE

§1 - Généralités

12. - Absence de disposition générale et expresse. Tout comme pour la première hypothèse de nullité partielle, il n'existe pas en droit belge, à ce jour⁴¹, de disposition générale habilitant le juge à supprimer uniquement la partie illicite de la clause ou à la réduire à ce qu'il y a de licite.

³⁶ E. SWAENEPOEL, S. STIJNS et P. WÉRY, « Onrechtmatige bedingen - Clauses abusives », *D.C.C.R.*, 2009/3, p. 188, n°61.

³⁷ Voy. *Infra* n°24 et s.

³⁸ L. MIDREZ, « L'éviction du droit supplétif en cas d'annulation d'une clause abusive : un malentendu? », *Rev. Dr. Ulg*, Larcier, 2021, p. 244, n°1 ; N. VANDENBERGHE, « Les clauses abusives et leurs sanctions », *Contrats et protection des consommateurs*, C. Verdure (dir.), Anthemis, 2016, p. 69.

³⁹ M.B, 24 mai 2019, p. 50066.

⁴⁰ La ratio legis de cette loi est le fait que « certaines entreprises n'ont souvent pas d'autres choix que d'accepter les conditions contractuelles de leurs cocontractants, sans possibilité réelle de négociation (...) » ; voy. not. projet de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises, amendement, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n°1451/003, p. 24 ; R. JAFFERALI, « Le droit des obligations existe-t-il ? Propos sur les clauses abusives dans les contrats B2B », *R.D.C.*, 2018, pp. 155-156, n°2.

⁴¹ Voy. *Infra* n°23.

13. - Réduction prévue par une disposition. Il existe toutefois certaines dispositions ponctuelles qui prévoient le sort à donner à certaines clauses excessives, la sanction pouvant être l'application du mécanisme de réduction⁴².

C'est le cas de l'article 1231 du Code civil qui permet au Juge de réduire le montant d'une clause pénale manifestement excessif⁴³. L'on peut aussi citer l'article 1153 alinéa 5 du même code qui sanctionne par le mécanisme de réduction les intérêts moratoires démesurés⁴⁴, ainsi que l'article 2013 alinéa 3 énonçant que « Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul : il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale »⁴⁵.

Les hypothèses exposées ci-avant sont l'expression de la réduction du montant de clauses excessives. En outre, comme l'indique P. Wéry, « La réduction peut aussi affecter la durée du contrat, lorsque le législateur lui a assigné un terme d'extinction maximal, par une disposition impérative ou d'ordre public »⁴⁶. S'ajoute alors l'article 1160 du Code civil qui prévoit que si la faculté de rachat du vendeur excède cinq ans, « elle sera réduite à ce terme »⁴⁷.

14. - Applications en jurisprudence. Bien qu'il n'existe aucune assise légale générale prévoyant de façon expresse la possibilité pour le juge de procéder à la nullité partielle d'une clause, la jurisprudence l'a admise dans certaines hypothèses.

S'agissant de contrats conclus pour une durée excessive, la Cour de cassation a, à plusieurs reprises, réduit la durée d'un droit de superficie qui avait été constitué pour une durée indéterminée au maximum légal prévu par les articles 1er et 4 de la loi du 10 janvier 1824, à savoir 50 ans⁴⁸⁴⁹. Selon J. Jafferalli, « Cette solution paraît pouvoir être généralisée à tous les cas où la loi impose au contrat une durée maximale »⁵⁰⁵¹.

⁴² J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, *op. cit.*, p. 202, n°9.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ P. WERY, *op. cit.*, p. 368, n°341-2.

⁴⁵ J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, *op. cit.*, 202, n°9 ; F. PEERAER, « Naar een nietigheid op maat : de principiële erkenning van de (mogelijkheid tot) reductie door het Hof van Cassatie », *R.W.*, 2015-16, p. 1190, n°5.

⁴⁶ P. WERY, *op. cit.*, p. 368, n°341-2.

⁴⁷ Article 1160, alinéa 2, du Code civil.

⁴⁸ M. MUYLLE, « Hoe lang duurt mijn recht van opstal ? », note sous Cass., 15 décembre 2006, *R.W.*, 2007-2008, p. 104 ; P. WERY, *op. cit.*, p. 368, n°341-2 ; Cass., 3 décembre 2015, *Pas.*, 2015, p. 2773.

⁴⁹ La loi de 1824 sur la superficie prévoit certes, en son article 4, que la durée du contrat ne peut pas excéder 50 ans, mais il n'y a aucune disposition qui prévoit expressément la possibilité pour le juge de réduire sa durée à 50 ans en cas de violation dudit article. C'est en cela que la Cour admet admet, dans un contexte bien précis, la réduction en l'absence de disposition légale expresse.

⁵⁰ R. JAFFERALLI, *op. cit.*, p. 734, n°318.

⁵¹ Pour d'autres applications dans lesquelles le juge réduit une clause excessive, voy. J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, *op. cit.*, p. 203, n°13, qui cite not. Cass., 5 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1146 et Cass., 7 février 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 152, en matière de clause d'essai dans un contrat de travail d'une durée excessive.

Concernant la nullité partielle d'une clause au sens propre, on peut citer un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 25 janvier 2016⁵², dans lequel le juge annule une partie seulement de la clause et non son entièreté. Un contrat d'assurance avait été conclu avec une clause excluant de la garantie d'assurance les accidents survenus en état d'ivresse et faisant peser sur l'assuré la charge de la preuve de l'absence de lien de causalité entre la faute lourde et le sinistre⁵³. Les ayants droit de l'assuré⁵⁴ ont demandé la nullité de ladite clause au motif que faire peser la charge de la preuve sur l'assuré créait « un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties sur base des articles 31 et 33 de la loi du 14 juillet 1991 »⁵⁵. La Cour a alors permis l'annulation de la seule partie abusive de la clause, à savoir celle concernant la charge de la preuve : « (...) cette nullité ne doit être appliquée qu'à la disposition qui met à charge de l'assuré la preuve de la relation causale et non à la « cause d'exclusion » contractuelle en elle-même, l'équilibre étant réparé par l'application des dispositions légales précitées »⁵⁶. La juridiction a ainsi admis, dans ces circonstances, la nullité partielle de la clause.

Les cas exposés ci-avant sont l'expression, d'une part, du mécanisme de réduction expressément prévu par une disposition légale, ou admis par la jurisprudence en raison d'une violation d'une règle prévoyant la durée maximale d'un contrat⁵⁷ et, d'autre part, de l'annulation partielle d'une clause sans aucune assise légale expresse. En revanche, la réduction dans d'autres domaines, en particulier en présence d'une clause affectée d'un motif de nullité, sera accueillie favorablement bien plus tard⁵⁸, en droit belge⁵⁹.

§2 - Les arrêts rendus en matière de clauses de non-concurrence

15. - Evolutions. La Cour de cassation a longtemps été réticente à admettre la réduction d'une clause de non-concurrence, affirmant « qu'il n'appartenait pas au juge de donner un effet limité à une clause de non-concurrence qu'il estime en partie illicite »⁶⁰, alors pourtant qu'elle en faisait usage dans d'autres hypothèses⁶¹. C'est finalement en 2015, par deux arrêts

⁵² Liège, 25 janvier 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 2000.

⁵³ *Ibidem.*

⁵⁴ L'assuré étant décédé dans l'accident en question.

⁵⁵ Liège, 25 janvier 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 2002

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ Il y a également d'autres cas de réduction admis par la jurisprudence ; voy. à ce propos S. LAGASSE, « La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence », *J.T.*, 2015/34, p. 720, qui cite la réduction du salaire du mandataire ou de l'une des parties en cas de lésion qualifiée ; J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, *op. cit.*, p. 203 et s., n°13 et s.

⁵⁸ Voy. *Infra* n°15. s

⁵⁹ S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 720.

⁶⁰ Cass., 3 février 1971, *Pas.*, I, p. 511. Dans cet arrêt, une clause de non-concurrence avait été jugée abusive en raison de l'étendue son territoire. Les juges d'appel avaient annulé la clause concernant les territoires excessifs, mais l'avait validée s'agissant du territoire raisonnable, procédant ainsi à une réduction. La Cour de Cassation n'avait pas suivi ce raisonnement et avait annulé l'intégralité de la clause.

⁶¹ Voy. *Supra* n°14.

consécutifs⁶², que la Cour se prononce pour la première fois expressément en faveur de la réduction des clauses illicites en admettant que la nullité puisse « ne frapper qu'une partie de la clause contractuelle, sans mettre en péril la validité du reste de celle-ci ni, a fortiori, la validité de la convention »⁶³.

16. - Contexte des arrêts de 2015. Les faits à l'origine de ces deux décisions présentent de nombreuses similitudes dans la mesure où il s'agissait d'un contrat de cession d'une activité, qui comportait une clause de non-concurrence excessive en raison de sa violation de la triple limitation⁶⁴. L'enjeu des litiges était dès lors de savoir s'il était possible pour le juge, lorsqu'une clause de non-concurrence est excessive, de la réduire à ce qu'elle a de licite, alors qu'aucune disposition ne l'habilite de ce pouvoir⁶⁵.

Pour ne pas paraître répétitif, nous allons nous concentrer uniquement sur les faits de l'arrêt du 25 juin 2015⁶⁶. Deux entreprises avaient conclu un contrat de cession d'actions qui comportait un article 9 intitulé « clause de non-concurrence » qui comprenait en réalité à la fois une clause de non-concurrence et une clause pénale pour le cas où le cédant ne respecterait pas ses obligations⁶⁷. Suite à la violation du vendeur de son engagement de non-concurrence, le cessionnaire s'est pourvu devant les juridictions afin de réclamer le paiement de l'indemnité forfaitaire prévue dans le contrat. La clause litigieuse a été jugée excessive par la Cour d'appel de Liège⁶⁸, qui a décidé de l'annuler dans son ensemble, sans faire usage d'un quelconque pouvoir modérateur (par exemple, en réduisant l'étendue du territoire). Elle a, en outre, refusé que la clause pénale sorte ses effets au motif qu'elle était liée à la clause de non-concurrence jugée abusive. Les demanderessees se sont alors pourvues en cassation. Elles soutenaient sur base des articles 6, 900, 1101, 1008, 1131, 1156, 1172 et 1160, alinéa 2, du Code civil que « Lorsqu'une clause de non-concurrence est jugée illicite en raison du caractère excessif de sa durée, du type d'activités visées ou de son étendue territoriale, le juge peut en prononcer la nullité partielle et, dès lors, refuser de lui donner

⁶² Cass., 23 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 734 ; Cass. (plén.), 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 727.

⁶³ P. WERY, « Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel : la nullité partielle d'une clause illicite », note sous Cass., 25 juin 2015, *R.C.J.B.*, 2016, p. 387, n°1 ; J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, *op. cit.*, p. 207, n°17 ; S. LAGASSE, « Vers un affinement de la jurisprudence en matière de nullité partielle ? », *R.G.D.C.*, 2019, p. 440, n°2.

⁶⁴ M. NOUNCKELE, Z. TRUSGNACH et F. LAMBINET, « Les clauses de non-concurrence en droit commun », *La concurrence loyale et déloyale par le travailleur*, C.-E. Clesse et S. Gilson (éd.), J.B. Charleroi, 2013, p. 108 : les clauses de non-concurrence sont valables à certaines conditions, « elles doivent, d'une part, être justifiées par un intérêt légitime, auquel elles doivent demeurer proportionnelles et, d'autre part, être limitées dans le temps, dans l'espèce et quant à l'activité visée ».

⁶⁵ T. TANGHE, « Gedeeltelijke vernietiging ... », *op. cit.*, p. 386, n°2.

⁶⁶ Concernant les faits de l'arrêt du 23 janvier 2015, voy. not. S. LAGASSE, « La réduction ... », *op. cit.*, pp. 717-718.

⁶⁷ Ladite clause était énoncée comme suit : « Le cédant accepte de n'exercer directement ou indirectement aucune activité d'exploitation, de gestion ou de consultance qui soit en concurrence avec les activités actuelles de la société. Cette clause de non-concurrence sera d'application pour une durée de trois ans à compter de la date de transfert des parts. Elle sera d'application en Belgique et à l'étranger. En cas de violation de la présente clause de non-concurrence, le cédant sera redevable envers les cessionnaires d'une indemnité forfaitaire de 25 000 euros par infraction constatée ».

⁶⁸ En raison de son manque de précision quant aux activités visées, ainsi que de son étendue sur l'entièreté du territoire belge et à l'étranger.

effet dans la mesure où elle excède tel terme, tel type d'activité ou tel territoire, si elle ne constitue pas, dans l'esprit des parties, un tout indivisible »⁶⁹. La Cour de cassation va faire droit à leur demande en autorisant la réduction de la clause de non-concurrence : « La clause qui impose une limitation excessive de la concurrence quant à l'objet, au territoire ou à la durée est nulle. Le juge peut, si une nullité partielle d'une telle clause est possible, en limiter la nullité à la partie contraire à l'ordre public, pour autant que le maintien de la clause partielle annulée réponde à l'intention des parties »⁷⁰.

Elle admet finalement, dans ces circonstances, que le juge fasse usage de la réduction, de telle sorte que la clause puisse sortir ses effets, dans une moindre mesure que ce que les parties avaient initialement prévu. Comme le fait remarquer T. Tanghe, ce changement de position de la Cour de cassation n'est pas surprenant étant donné qu'elle admettait déjà la réduction dans d'autres contextes⁷¹.

17. - Confirmation de cette jurisprudence. D'autres décisions ont confirmé cette jurisprudence. Nous pouvons évoquer, à titre d'exemple, le jugement du Tribunal de l'entreprise de Gand du 1er mars 2017⁷² dans lequel le Tribunal reprend les termes de l'arrêt de 2015 pour fonder sa décision⁷³. Il était également question d'une clause de non-concurrence jugée abusive, au motif qu'elle interdisait au cédant d'exercer son activité sur l'ensemble du territoire de la Flandre occidentale. La clause violait ainsi le principe d'ordre public de la liberté de commerce, d'industrie et de travail et devait dès lors être frappée d'une nullité absolue. Le Tribunal, justifiant sa décision sur la base de la jurisprudence de 2015, a réduit la clause de non-concurrence en la limitant à certains territoires. Il s'agit, par conséquent, d'une réduction puisque l'on réduit la clause à ce qu'elle a d'admissible pour la rendre licite.

Un arrêt du 4 janvier 2019⁷⁴ vient également s'inscrire dans cette jurisprudence. Il s'agissait à nouveau d'une clause de non-concurrence dont une partie seulement était contraire à l'ordre public⁷⁵, et donc frappée d'une nullité absolue. Le juge a décidé de faire application du mécanisme de réduction⁷⁶, en estimant que « la nullité de la convention peut dès lors se limiter à la partie de la clause qui est contraire à l'ordre public »⁷⁷.

⁶⁹ Cass. (plén.), 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 733.

⁷⁰ *Ibidem* ; cela vient donc confirmer la jurisprudence de la Cour de cassation du 23 janvier 2015, où elle s'était exprimée comme suit : « Si une convention ou une clause est contraire à une disposition d'ordre public et qu'elle est, dès lors, nulle, le juge peut, si une nullité partielle est possible, limiter la nullité, sauf interdiction de la loi, à la partie de la convention ou de la clause contraire à cette disposition à la condition que la poursuite de l'existence de la convention ou de la clause partiellement annulée réponde à l'intention des parties » ; Cass., 23 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 534.

⁷¹ Voy. *Supra* n°14 ; T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, *op. cit.*, p. 189, n°174.

⁷² Comm. Gand, 1er mars 2017, *R.G.D.C.*, 2018, pp. 234 à 237.

⁷³ S. LAGASSE, « La réduction ... », *op. cit.*, pp. 440 et s.

⁷⁴ Cass., 4 janvier 2019, *Pas.*, 2019, p. 30.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 31 : « (...) la violation de l'ordre public consiste en sa validité durant une période trop longue (...) ».

⁷⁶ S. LAGASSE, « La réduction ... », *op. cit.*, p. 442.

⁷⁷ Cass., 4 janvier 2019, *Pas.*, 2019, p. 31.

18. - Extension à d'autres situations. Il résulte de ces décisions que le juge dispose d'un pouvoir de réduction concernant les clauses de non-concurrence frappées d'une nullité absolue⁷⁸. Mais qu'en est-il pour les autres types de clauses, les autres motifs de nullité ou dans le cas d'une nullité relative ?

On ne voit pas pourquoi, a priori, la solution dégagée dans les décisions précitées ne pourrait pas s'étendre à des cas de clauses frappées d'une nullité relative, la différence principale entre les deux formes de nullité se situant au niveau des titulaires de l'action et de la faculté d'y renoncer⁷⁹.

Au vu de la jurisprudence antérieure de la Cour qui admet la réduction dans d'autres contextes⁸⁰, nous pensons que ce mécanisme peut s'appliquer quelle que soit la clause en cause. Quant à la question concernant les motifs de nullité, elle est plus délicate à résoudre et sera traitée lors d'une prochaine section⁸¹.

§3 - Nullité partielle VS Réduction

19. - Définitions et similitudes. La nuance entre ces deux mécanismes est particulièrement étroite. La doctrine⁸² considère généralement la réduction comme une application ou une forme de nullité partielle. Pour saisir les différences entre ces deux notions, il convient d'abord de les définir.

Selon R. Jafferalli, « L'idée de la nullité partielle est de limiter l'effet de la nullité aux seules obligations ou causes entachées du vice de légalité et de maintenir pour le surplus le reste du contrat s'il peut survivre à cette amputation. La réduction consiste quant à elle à remplacer une clause ou une obligation illégale par une clause ou une obligation légale de même nature, mais de moindre intensité. Ces deux techniques reposent sur un découpage « vertical » du contrat en ses différentes clauses et obligations »⁸³. Il s'agit d'une question de quantité⁸⁴. On peut déduire de ces considérations que la nullité partielle comme la réduction poursuivent un objectif commun et aboutissent au même résultat, à savoir et de rendre la clause abusive licite afin qu'elle puisse tout de même sortir ses effets, plutôt que de la mettre totalement en échec.

⁷⁸ Le motif de nullité était donc l'illicéité de l'objet, à savoir la non-conformité à l'ordre public.

⁷⁹ J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, *op. cit.*, p. 213 ; F. PEERAER, « Het Hof van Cassatie erkent en bevestigt de mogelijkheid tot reductie van nietige concurrentiebedingen in het gemene recht », *R..D.C.*, 2016, p. 192, n°10.

⁸⁰ Par exemple, pour les clauses de trop longue durée ou d'un montant excessif ; voy. *Supra* n°13 ; s'agissant des clauses discriminatoires, voy. également T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, *op. cit.*, p. 183, n°68.

⁸¹ Voy. *Infra* n°31 et s.

⁸² Voy. not. J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, *op. cit.*, p. 199, n°5 ; S. LAGASSE, « La réduction . », *op. cit.*, p. 720. Dans un sens contraire, voy. F. PEERAER, « Nietigheid op maat : proportionaliteit en werkzaamheid bij partiële nietigheid, reductie en conversie » *T.P.R.*, 2016, pp. 188-189, n°9.

⁸³ R. JAFFERALLI, *op. cit.*, p. 702, n°306.

⁸⁴ C. CAUFFMAN, *op. cit.*, p. 432, n°11.

Ces deux mécanismes se basent donc sur le même postulat : « la nullité ne doit produire ses effets que dans la mesure où elle apparaît nécessaire au rétablissement de la légalité »⁸⁵.

20. - Distinction. S'il fallait donner un critère de différenciation entre ces deux notions, ce serait le fait que la nullité partielle se limite à supprimer de la clause les mots constitutifs de l'abus⁸⁶. Alors que la réduction réduit la clause à ce qu'elle a d'acceptable, en la remplaçant par une clause respectant les limites légales. Il s'agit donc, d'un côté, d'une suppression pure et simple de certains mots d'une clause et, d'un autre, d'une modification où l'on « touche » davantage à la clause.

Prenons l'exemple⁸⁷ d'une clause exonératoire de responsabilité selon laquelle « X ne sera pas responsable des dommages causés par sa faute lourde, ni par son dol ». La clause est en l'espèce illicite au motif que nul ne peut s'exonérer de son dol. Si l'on applique la nullité partielle, la clause pourra subsister sans les termes « ni par son dol ». La suppression de certains mots suffit dans ce cas précis, ce qui revient à faire usage de la nullité partielle de la clause et non d'une réduction⁸⁸.

Souvent, certaines clauses se profilent mieux, voire uniquement, à l'application d'un des deux mécanismes. D'un point de vue grammatical, en effet, il est possible qu'une clause ne se prête tout simplement pas à la nullité partielle de la clause, mais bien à sa réduction, ou l'inverse.

Les raisonnements qui précèdent démontrent à quel point la limite entre ces deux mécanismes est extrêmement mince, au vu notamment de l'identité de leurs effets. Cette distinction ne présente en réalité qu'une pertinence théorique puisque l'un comme l'autre permet de remédier à l'illicéité d'une clause.

§4 - Notion de clause

21. - Définitions. Il y a deux conceptions de la notion de clause : celle matérielle ou objective et celle intellectuelle ou subjective.

On ne saurait mieux expliquer ces concepts que par les mots de Ph. Silmer : « Dans une acceptation purement matérielle, la plus communément admise, une clause est une partie d'un acte juridique constituant une unité en soi, distincte des autres parties de l'acte. Un contrat de vente, par exemple, sera fait de la juxtaposition des clauses suivantes : détermination de l'objet de la vente, fixation du prix, éventuellement détermination des

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ La nullité partielle au sens propre renvoie plutôt à la technique employée par la doctrine allemande nommée « Blue Pencil test », qui fait référence au fait de simplement biffer les éléments abusifs, sans aucune autre modification. Voy. à ce propos not. av. gén. M. SZPUNAR, concl. préc. C.J.U.E., 26 mars 2019 (Abanca corporacion Bancaria et Bankia), aff. jointes C-70/17 et C-179/17, points 88 à 94.

⁸⁷ C. CAUFFMAN, *op. cit.*, p. 434, n°15 ; I. CLAEYS, « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », *Sancties en nietigheden*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 312, n°63.

⁸⁸ Même si cela revient, au final, à réduire la clause à ce qu'elle a de licite, comme si on avait fait usage de la réduction. Toutefois, comme dans ce cas-ci il est possible de « biffer » les mots « ni par son dol », sans aucune autre modification, nous considérerons que nous sommes davantage face à une nullité partielle au sens propre. Cet exemple montre à quel point la limite entre ces deux mécanismes est mince.

modes, lieux et délais de paiement, subordination à une condition, etc ... Un testament comprendra plusieurs legs, eux-mêmes affectés de conditions ou charges. Mais la réalité n'est pas aussi simple. Il faut admettre, par exemple, qu'une proposition subordonnée, un membre de phrase, un mot, ou au contraire un ensemble de phrases, un paragraphe tout entier du texte, constituent des clauses. Ainsi on glisse imperceptiblement de cette acceptation purement matérielle et objective vers une définition plus intellectuelle ou subjective de la notion de clause »⁸⁹. L'acceptation subjective repose ainsi davantage sur le fait que chaque idée constitue une clause et qu'une clause objective peut en réalité contenir plusieurs clauses subjectives.

Pour concrétiser ces notions, P. Wéry donne l'exemple suivant de clause : « En cas de non-paiement de la facture à l'échéance, le vendeur peut résoudre de plein droit et sans mise en demeure préalable la vente et obtenir, à titre de dommages et intérêts forfaitaires, un montant correspondant à 20% de la facture »⁹⁰. Il s'agit d'une seule clause si l'on suit la conception matérielle. Selon son acceptation subjective, par contre, on peut considérer que nous sommes face à trois clauses différentes : une clause résolutoire expresse, une clause de dispense de mise en demeure, ainsi qu'une clause pénale⁹¹. Ainsi, E. De Saint Moulin⁹² estime que l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 25 janvier 2016⁹³ n'est pas une application de la nullité partielle sous sa deuxième hypothèse, mais sous sa première hypothèse, au motif que la clause litigieuse se subdiviserait en deux clauses intellectuelles : une clause de déchéance et une régissant la charge de la preuve⁹⁴, la juridiction ayant procédé à la nullité de cette seule seconde clause.

22. - Intérêt. Admettre la définition de la clause de manière subjective présente un avantage majeur : celui de recourir à la première hypothèse de nullité partielle tout en aboutissant au même résultat que la nullité partielle sous sa deuxième forme. En effet, si l'on considère qu'il ne s'agit pas que d'une seule clause illicite, mais de plusieurs clauses dont uniquement l'une d'entre elles est problématique, il suffira de procéder à la nullité de cette dernière. Cela permettra de contourner la jurisprudence des juridictions réticentes à l'admission de la deuxième hypothèse de nullité partielle, en particulier la Cour de justice de l'Union Européenne⁹⁵.

§5 - Réforme du droit des obligations

⁸⁹ Ph. SIMLER, « La nullité partielle des actes juridiques », *Bibliothèque de droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 8, n°8.

⁹⁰ P. WERY, « Une nouvelle application ... », *op. cit.*, p. 410, n°25.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² É DE SAINT MOULIN, « L'étendue de la nullité des clauses instituant une présomption de lien causal entre le manquement et le sinistre », note sous Liège, 25 janvier 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 2008.

⁹³ Cet arrêt a déjà été analysé : voy. *Supra* n°14.

⁹⁴ S. LAGASSE, « Vers un affinement ... », *op. cit.*, p. 443, n°11.

⁹⁵ Voy. *Infra* n°25 et s.

23. – Consécration. Les enseignements de la Cour de cassation ont été consacrés dans le projet de réforme du droit des obligations par l'article 5.63⁹⁶ du nouveau Code civil qui prévoit expressément la nullité partielle d'une clause. Les travaux préparatoires de la loi précisent à cet égard que « la théorie de la nullité partielle peut être appliquée à l'intérieur même d'une clause et ainsi donner lieu à la réduction des clauses illicites »⁹⁷, ainsi que « Cette disposition consacre la théorie de la nullité partielle. L'annulation peut ainsi se limiter à certaines clauses du contrat (divisibilité matérielle), voire même à certaines parties d'une clause (théorie de la réduction) »⁹⁸. La nullité partielle d'une clause ainsi que sa réduction trouveront donc désormais une assise légale en droit belge. La loi ne semble pas faire de distinction selon le type de clause, la forme ou le motif de nullité. On peut donc supposer que cette disposition aura vocation à s'appliquer peu importe la situation dans laquelle la possibilité de nullité partielle se présente.

§6 - Clauses abusives b2c

24. - Principe. Si l'article VI.84 du Code de droit économique prévoit la nullité partielle sous sa première hypothèse, la Cour de justice de l'Union européenne est par contre beaucoup moins encline à admettre l'anéantissement d'une partie de la clause abusive ou sa réduction.

Il ressort de la directive 93/13/CEE que les consommateurs ne peuvent pas être liés par une clause abusive⁹⁹. Ainsi, lorsque le juge national constate le caractère abusif d'une clause, il est tenu d'en tirer toutes les conséquences en droit national¹⁰⁰. En droit belge, la clause sera sanctionnée par une nullité¹⁰¹. Il reviendra dès lors au juge d'annuler l'intégralité de la clause abusive mais rien que celle-ci¹⁰². Le contrat restera contraignant pour les parties s'il peut subsister malgré son amputation¹⁰³, sans qu'aucune autre modification que celle de la suppression de la clause abusive ne puisse avoir lieu¹⁰⁴. Par conséquent, il est en principe interdit de remplacer la clause par une disposition de droit national supplétif, de réviser son

⁹⁶ Le texte a été adopté le 21 avril 2022 et n'est donc pas encore entré en vigueur. Pour rappel, il est rédigé comme suit : « Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une partie du contrat, l'annulation se limite à cette partie pour autant que le contrat soit divisible, eu égard à l'intention des parties ainsi qu'au but de la règle violée. La clause réputée non écrite par la loi, une fois annulée, laisse subsister le reste du contrat. »

⁹⁷ Projet de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n°1806/001, p. 23.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 74.

⁹⁹ C.J.U.E., 14 juin 2012 (Banco Español de Credito), aff. C-618/10, point 62.

¹⁰⁰ C.J.U.E., 6 octobre 2009 (Asturcom Telecomunicaciones), aff. C-40/08, point 58 ; C.J.U.E., 16 novembre 2010 (Pohotovost'), aff. C-76/10, point 62 ; C.J.U.E., 15 mars 2012 (Pereničová et Perenič), aff. C-453/10, point 30.

¹⁰¹ Article VI.84 du Code de droit économique.

¹⁰² Ce qui revient à faire usage de ce que l'on a défini comme la première hypothèse de nullité partielle.

¹⁰³ Il faut également respecter certaines conditions : voy. *Infra* n°44.

¹⁰⁴ C.J.U.E., 14 juin 2012 (Banco Español de Credito), aff. C-618/10, points 64 et 65 ; av. gén. M. SZPUNAR, concl. préc. C.J.U.E., 26 mars 2019 (Abanca corporacion Bancaria et Bankia), aff. jointes C-70/17 et C-179/17, point 75.

contenu dans le but de la rendre licite¹⁰⁵, ou d'annuler uniquement ses éléments abusifs si cela aboutit à réviser son contenu.

Cette rigueur dans la flexibilité de la sanction est justifiée par la Cour par l'idée selon laquelle autoriser ces mécanismes porterait atteinte à la fonction dissuasive de la directive.

Dans l'affaire *Banco Espanol de Crédito*¹⁰⁶, la Cour a eu, pour la première fois, l'occasion de répondre à une question préjudicielle relative à l'interprétation de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13. Elle a affirmé à cet égard qu'il n'était pas permis au juge national « dans le cas où il constate l'existence d'une clause abusive dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, de réviser le contenu de ladite clause au lieu d'en écarter simplement l'application de ce dernier »¹⁰⁷. Il s'agissait en l'espèce d'une clause relative à des intérêts moratoires jugée abusive en raison de son taux excessif (plus 20 points supplémentaires par rapport au taux de rémunération)¹⁰⁸.

La Cour a justifié son raisonnement, d'une part, en se fondant sur les termes mêmes de la directive et, d'autre part, en se référant à sa *ratio legis*, à savoir l'effet dissuasif de la sanction. La Cour estime que si était laissée aux juges nationaux la possibilité de réviser le contenu de la clause abusive, les professionnels « demeureraient tentés d'utiliser lesdites clauses, en sachant que, même si celles-ci devaient être invalidées, le contrat pourrait néanmoins être complété, dans la mesure nécessaire, par le juge national de sorte à garantir l'intérêt desdits professionnels »¹⁰⁹.

La Cour ne s'est pas montrée plus indulgente dans l'arrêt *Jahani* du 30 mai 2013, dans lequel elle a répondu par la négative à la question de savoir si le juge national pouvait réduire le montant excessif d'une clause pénale selon le droit national pertinent¹¹⁰.

La nullité partielle sous sa deuxième hypothèse n'est donc pas admise par la Cour de justice de l'Union Européenne, contrairement à ce qui est autorisé par la Cour de cassation belge¹¹¹.

Il existe cependant certains tempéraments à cette solution de principe selon laquelle le juge ne peut qu'annuler l'entière de la clause abusive.

25. - Recours au droit national supplétif dans des conditions strictes¹¹². La Cour de justice va nuancer un peu ses propos. Elle va admettre la possibilité pour le juge national d'atténuer la

¹⁰⁵ Il n'est par conséquent pas possible de réduire le montant d'une clause pénale ; voy. à ce propos not. C.J.U.E., 30 mai 2013 (*Jahani*), aff. C-488/11, point 59 et C.J.U.E., 21 janvier 2015 (*Unicaja Banco et Caixabank*), aff. C-482/13, point 29, dans lesquels la Cour refuse que le juge national procède à la réduction du montant abusif d'une clause.

¹⁰⁶ C.J.U.E., 14 juin 2012 (*Banco Espanol de Credito*), aff. C-618/10.

¹⁰⁷ *Ibidem*, point 71.

¹⁰⁸ *Ibidem*, point 30.

¹⁰⁹ *Ibidem*, point 69.

¹¹⁰ C.J.U.E., 30 mai 2013 (*Jahani*), aff. C-488-11, point 60.

¹¹¹ Voy. *Infra* n°45.

¹¹² Selon nous, cette possibilité d'avoir recours au droit supplétif après l'annulation de la clause ne doit pas être considérée comme une application de la nullité partielle, mais plutôt comme ressortissant des conséquences de

nullité d'une clause abusive en lui substituant une disposition de droit national à caractère supplétif, mais uniquement sous la réunion de deux conditions, à savoir (1) si le contrat ne peut pas continuer d'exister sans cette clause et (2) si le consommateur risque de se trouver dans une situation particulièrement préjudiciable dans le cas où l'entièreté de la convention est anéantie¹¹³.

La Cour a admis cette possibilité dans l'arrêt Kasler dans lequel il était question de l'annulation de clauses relatives au taux de change dans un contrat de crédit hypothécaire. La clause était considérée comme abusive en ce qu'elle permettait à l'entreprise « de calculer les mensualités de remboursement exigibles sur le fondement du cours de vente de la devise étrangère appliqué par (l'entreprise), alors que le montant du prêt débloqué est fixé par cette dernière sur la base du cours d'achat qu'elle applique pour cette devise »¹¹⁴. En l'espèce, le contrat de crédit n'aurait pas pu subsister en l'absence desdites clauses et la disparition de l'ensemble de la convention aboutissait à des conséquences particulièrement graves pour le consommateur étant donné qu'il aurait dû « rembourser immédiatement le montant du prêt restant dû à la banque »¹¹⁵. Dans ses conclusions, l'avocat général estime qu'au vu des circonstances du litige, il convient d'autoriser le juge national à substituer la clause abusive par une disposition de droit national à caractère supplétif. Il justifie son raisonnement en se basant sur l'objectif de la directive qui est avant tout de « rétablir l'équilibre entre les parties, tout en maintenant, en principe, la validité de l'ensemble du contrat, et non pas d'annuler tous les contrats contenant des clauses abusives¹¹⁶. En revanche, si une telle substitution n'était pas permise et si le juge était obligé d'annuler le contrat, le caractère dissuasif de la sanction de nullité risquerait d'être compromis. En effet, une telle annulation aura comme

ce mécanisme, cet aspect n'étant pas traité dans le présent exposé. La raison est que l'entièreté de la clause sera tout de même annulée, et que ce n'est que dans un second temps que le juge fera usage du droit supplétif. Comme le dit L. DAUMEN, « L'arrêt Banco Santander du 7 août 2018 – La sanction des clauses abusives et le sort des intérêts du prêt en cas de non-remboursement à l'échéance », note sous C.J.U.E. du 7 août 2018, *Rev. Dr. Ulg.*, 2019, liv. 3, p. 446, n°9 : « En droit belge des obligations, lorsqu'une clause est annulée, on applique le droit supplétif. Ainsi, si une clause pénale ou une clause exonératoire de responsabilité est annulée, on applique le régime de droit commun de la responsabilité ; en droit commun, si une clause d'intérêts moratoires est annulée, on applique le taux supplétif de l'article 1153 du Code civil ».

¹¹³ C.J.U.E., 30 avril 2014 (Kasler et Kaslerné Rabai), aff. C-26-13, points 83 et 85 et C.J.U.E., 26 mars 2019 (Abanca corporacion Bancaria et Bankia), aff. jointes C-70/17 et C-179/17, point 56. La CJUE admet cette exception parce qu'une interprétation trop extensive de l'interdiction de substitution de la clause par le droit national supplétif pourrait porter atteinte à la fonction dissuasive de la directive ; voy. S. GEIREGAT, « Verfijning van de transparantie vereiste en duiding van de rol van aanvullend nationaal recht in het EU-recht in zake oneerlijke bedingen », note sous C.J.U.E., 30 avril 2014 (Kasler et Kaslerné Rabai), aff. C-26-13, *R.G.D.C.*, 2015/3, pp. 157-158, N°20 et 21.

¹¹⁴ C.J.U.E., 30 avril 2014 (Kasler et Kaslerné Rabai), aff. C-26-13, point 25.

¹¹⁵ Av. gén., M. NILS WAHL, concl. préc. C.J.U.E., 30 avril 2014 (Kasler et Kaslerné Rabai), aff. C-26/13, point 98 ; F. PEERAER, « De inhoud van het transparantiegebod en de mogelijkheid tot aanvulling van intransparante kernbedingen in richtlijn nr. 93/13 », note sous C.J.U.E., 30 avril 2014 (Kasler et Kaslerné Rabai), aff. C-26/13, *R.D.C.*, 2015, p. 698, n°6. Comme exemple de conséquences particulièrement préjudiciables pour le consommateur, voy. S. LEBEAU, « Bail d'habitation entre une entreprise et un consommateur : clause abusives », *Les grands arrêts du droit du bail d'habitation*, N. Bernard et B. Louveaux (dir.), 1e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 319, n°10 : « En matière de bail, la nullité du contrat peut également contraindre le locataire à devoir quitter les lieux avant le terme prévu et l'exposer, selon les circonstances, à des conséquences qui sont contraires à ses intérêts. » ; Cass. (1ère ch.), 9 octobre 2020, n° C.19.0631.N.

¹¹⁶ C.J.U.E., 15 mars 2012 (Pereničová et Perenič), aff. C-453/10, point 31.

conséquence que l'intégralité du montant du prêt restant dû deviendra exigible, ce qui est de nature à excéder les capacités financières du consommateur et, de ce fait, à pénaliser celui-ci plutôt que le professionnel prêteur qui, au regard de cette conséquence, pourrait ne pas être incité à éviter que de telles clauses soient insérées dans ses contrats »¹¹⁷. La Cour a validé ce raisonnement¹¹⁸.

La Cour veille au respect de ces conditions strictes et a refusé à plusieurs reprises l'admission de cette exception, notamment dans l'affaire Banco Bilbao Vizcaya Argentaria¹¹⁹, au motif que l'annulation de la clause n'entraînerait pas de graves répercussions pour le consommateur. La juridiction européenne a considéré que « l'annulation de la clause contractuelle relative aux intérêts moratoires ne saurait avoir de conséquences négatives pour le consommateur, dans la mesure où les montants pour lesquels la procédure de saisie hypothécaire a été engagée seront nécessairement moindres en l'absence de majoration par l'application des intérêts moratoires prévus par ladite clause »¹²⁰¹²¹.

26. - Acceptation subjective de la notion de clause. Selon que l'on définit la clause sous sa conception subjective ou objective, l'hypothèse de nullité partielle dans laquelle on verse n'est pas la même¹²². On peut y voir une manière de déjouer la jurisprudence restrictive de la C.J.U.E. Si la Cour estime que la clause problématique¹²³ est en réalité une juxtaposition de plusieurs clauses¹²⁴ dont seulement l'une d'entre elles est abusive, elle pourra procéder uniquement à la nullité de cette clause, ce qui lui est expressément autorisé¹²⁵. Le résultat sera alors le même que si elle avait fait usage de la nullité partielle sous sa deuxième hypothèse, chose qu'elle peine à admettre¹²⁶.

L'arrêt Banco Santander apporte une illustration intéressante de ce « tour de passe-passe ». Dans cette affaire, une clause fixant le taux des intérêts moratoires selon une majoration du taux des intérêts ordinaires était jugée abusive au motif que le taux des intérêts moratoires

¹¹⁷ Av. gén., M. NILS WAHL, concl. préc. C.J.U.E., 30 avril 2014 (Kasler et Kaslerné Rabai), aff. C-26-13, points 101 et 102.

¹¹⁸ C.J.U.E., 30 avril 2014 (Kasler et Kaslerné Rabai), aff. C-26-13, point 80.

¹¹⁹ C.J.U.E., 11 juin 2015, (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria), aff. C-602/13.

¹²⁰ *Ibidem*, point 39.

¹²¹ Voy. dans le même sens C.J.U.E., 17 mars 2016 (Ibercaja Banco), aff. C-613/15, point 39 ; C.J.U.E., 21 janvier 2015 (Unicaja Banco et Caixabank), aff. C-482/13, point 34, dans lequel la Cour refuse la modération des clauses litigieuses pour la même raison ; C.J.U.E., 24 octobre 2019 (Topaz), aff. C-211/17, point 78, s'agissant d'une clause résolutoire expresse et d'une clause pénale dans un contrat de promesse de vente et d'achat d'immeuble, dans lequel la Cour refuse que le juge remplace les clauses abusives par sa propre décision en cas de non respect des deux conditions ; C.J.U.E., 7 novembre 2019 (Kanyeba), aff. C-349/18, point 71, qui confirme que le juge ne peut pas réduire le montant d'une clause pénale mise à charge du consommateur si l'annulation de la clause n'entraîne pas de graves conséquences pour le consommateur. Il y a donc un refus aussi bien de modérer le montant de la clause que de la remplacer par une disposition de droit national à caractère supplétif ; C.J.U.E., 27 janvier 2021 (Dexia Nederland), aff. C-229/19, où la Cour refuse de remplacer une clause d'indemnité forfaitaire assortissant la résolution au tort du consommateur par une disposition nationale supplétive.

¹²² Voy. *Supra* n°21.

¹²³ Acceptation matérielle.

¹²⁴ Acceptation subjective.

¹²⁵ Article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13. Il s'agit de la première hypothèse de nullité partielle.

¹²⁶ Voy. *Supra* n°24 et s.

dépassait de plus de deux points de pourcentage celui des intérêts ordinaires¹²⁷. Le droit national prévoyait l'annulation de la majoration que les intérêts de retard représentaient par rapport aux intérêts ordinaires, tout en maintenant ces derniers¹²⁸. La Cour a alors décomposé la clause relative aux intérêts de retard en deux clauses : l'une relative au taux des intérêts ordinaires, l'autre relative au taux des intérêts moratoires, puisque leur fonction n'est pas la même¹²⁹. Elle estime qu'il ne faut pas déduire de la directive que « la mise à l'écart ou l'annulation de la clause d'un contrat de prêt fixant le taux des intérêts moratoires, du fait du caractère abusif de celle-ci, devrait également entraîner celle de la clause de ce contrat fixant le taux des intérêts ordinaires et ce d'autant que ces différentes clauses doivent être clairement distinguées »¹³⁰. Elle ajoute que « ces considérations s'appliquent quelle que soit la manière dont sont rédigées la clause contractuelle déterminant le taux des intérêts moratoires et celle fixant le taux des intérêts ordinaires. En particulier, elles valent non seulement lorsque le taux des intérêts moratoires est défini indépendamment du taux des intérêts ordinaires, dans une clause distincte, mais également lorsque le taux des intérêts moratoires est déterminé sous la forme d'une majoration du taux des intérêts ordinaires par un certain nombre de points de pourcentage. Dans ce dernier cas, la clause abusive consistant en cette majoration, la directive 93/13 exige uniquement que ladite majoration soit annulée »¹³¹.

La CJUE semble ainsi, en silence, adhérer à l'acceptation subjective de la clause, ce qui lui permet de procéder à l'annulation partielle de celle-ci et d'assouplir sa jurisprudence.

En conclusion, la Cour considère qu'elle ne fait pas usage de la nullité partielle d'une clause, mais qu'il s'agit de deux sous-clauses et qu'elle annule l'une d'elles. On aboutit en réalité au même résultat selon que l'on applique l'un ou l'autre de ces raisonnements¹³². Cette décision s'inscrit toutefois dans un contexte particulier, l'on ne peut pas en conclure qu'il s'agit d'une réelle ouverture qui sera amenée à se reproduire¹³³.

La Cour s'est quand même prononcée dans un sens similaire dans son arrêt Bank BPH¹³⁴. La juridiction nationale se demandait si elle pouvait supprimer uniquement les dispositions relatives à la marge de la banque tout en laissant subsister la clause d'indexation, ce qui aboutirait à la modification de la substance de la clause¹³⁵. Elle s'appuyait sur le fait que l'objectif de dissuasion de la directive était déjà mis en oeuvre par des dispositions législatives nationales¹³⁶. La Cour a répondu que « Ce n'est que si l'élément de la clause d'indexation du

¹²⁷ C.J.U.E., 7 août 2018 (Banco Santander) aff. C-96/6, point 18, trouvé dans *Rev. Dr. Ulg.*, 2019, liv. 3, p. 429.

¹²⁸ *Ibidem*, point 20.

¹²⁹ *Ibidem*, points 76 et 77.

¹³⁰ *Ibidem*, point 76.

¹³¹ *Ibidem*, point 77.

¹³² L. DAUMEN, *op. cit.*, pp. 445 et 452, n°8 et 15.

¹³³ Voy. à cet égard *ibidem*, pp. 446 et 452, n° 9 et 15.

¹³⁴ Voy. C.J.U.E., 29 avril 2021 (Bank BPH), aff. C-19/20, point 27. Il s'agissait de clauses relatives à l'indexation du prêt accordé ainsi qu'au mode de détermination du prêt sur le franc suisse, jugées abusives « en tant qu'elles permettent à Bank BPH de percevoir une marge liée à l'opération d'achat et de vente de la devise et que la méthode de fixation de cette marge n'est pas précisée dans le contrat de prêt initial ».

¹³⁵ *Ibidem*, point 29.

¹³⁶ *Ibidem*, point 62.

prêt hypothécaire en cause dans l'affaire au principal relatif à la marge de Bank BPH consistait en une obligation contractuelle distincte des autres stipulations contractuelles, susceptible de faire l'objet d'un examen individualisé de son caractère abusif, que le juge national pourrait le supprimer »¹³⁷.

Peut-on déduire de ces décisions que de manière générale, lorsqu'il est possible de décomposer une clause matérielle en plusieurs clauses subjectives distinctes, on peut procéder à l'annulation de la seule clause subjective abusive ? Il paraît encore trop tôt pour l'affirmer.

27. - Interdiction de révision du contenu de la clause. La règle générale de la Cour de justice est qu'un juge national ne peut pas procéder à l'annulation des seuls éléments abusifs d'une clause lorsqu'une telle suppression a pour conséquence de réviser le contenu de ladite clause en affectant sa substance¹³⁸. De ceci découlent deux questions. (1) Quand considère-t-on que le fait d'annuler seulement partiellement la clause, en supprimant uniquement ses éléments abusifs, revient à réviser son contenu et à en affecter sa substance ?¹³⁹ (2) Peut-on en déduire que si cette suppression ne modifie pas l'essence de la clause, le juge peut alors procéder à une annulation partielle ?

Eu égard à la première interrogation, dans l'arrêt *Abanca Corporacion*, des clauses d'échéances anticipées d'un contrat de prêt hypothécaire ont été jugées abusives, « en ce qu'elles prévoient que l'établissement financier peut déclarer l'échéance anticipée du contrat et exiger le remboursement du prêt dès lors que le débiteur est en défaut de paiement d'une mensualité »¹⁴⁰. La Cour a jugé qu'en l'espèce, « la simple suppression du motif d'échéance rendant les clauses en cause au principal abusives reviendrait, en définitive, à réviser le contenu de ces clauses en affectant leur substance ». La Cour a ainsi conclu qu'il n'était pas possible de procéder à la nullité des seuls éléments abusifs de la clause tout en laissant subsister le surplus¹⁴¹.

Cette affaire permet de donner une illustration de ce qui entraîne, selon elle, la révision d'une clause dans un cas précis. Il apparaît toutefois difficile de dégager des critères clairs permettant de conclure ou non à la modification de la substance d'une clause.

¹³⁷ *Ibidem*, point 71.

¹³⁸ C.J.U.E., 26 mars 2019 (*Abanca corporacion Bancaria et Bankia*), aff. jointes C-70/17 et C-179/17, point 64. Il a été jugé par la Cour que « l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 s'oppose à la réglementation d'un Etat membre qui permet au juge national, lorsqu'il constate la nullité d'une clause abusive dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, de compléter ledit contrat en révisant le contenu de cette clause » ; voy. C.J.U.E., 14 juin 2012 (*Banco Español de Credito*), aff. C-618/10 ; av. gén., M. NILS WAHL, concl. préc. C.J.U.E., 30 avril 2014 (*Kasler et Kaslerné Rabai*), aff. C-26-13, points 94 et 95.

¹³⁹ L. DAUMEN, *op. cit.*, p. 442 : en droit belge, on ne fait pas cette distinction, on admet l'annulation des seuls éléments excessifs de la clause, peu importe que cela conduise à la modification ou non du contenu de la clause ; S. GEIREGAT, *op. cit.*, p. 160, n° 35, qui estime que la limite entre la révision d'une clause et son remplacement par du droit national supplétif peut également être difficile à établir.

¹⁴⁰ C.J.U.E., 26 mars 2019 (*Abanca corporacion Bancaria et Bankia*), aff. jointes C-70/17 et C-179/17, point 51.

¹⁴¹ *Ibidem*, point 64 ; C. BIQUET, *Le crédit hypothécaire aux consommateurs et son environnement légal*, Presses universitaires de Liège, 2021-2022, partim I, pp. 270 et s., n°225.

Quant à la deuxième question soulevée, il semblerait que cette hypothèse puisse se rapprocher des développements que nous avons faits à propos de la notion de clause¹⁴². Il est possible que si l'annulation des seuls éléments abusifs n'aboutit pas à la révision du contenu de la clause ou à la modification de sa substance, c'est que cette fraction abusive n'a pas le même objet que le reste de la clause et que, partant cette dernière peut se diviser en plusieurs clauses subjectives¹⁴³.

28. - Conclusion. On peut conclure qu'il y a trois manières de remédier au caractère abusif d'une clause. La première, annuler l'intégralité de ladite clause, est la solution de principe. La deuxième est l'annulation de l'intégralité de la clause suivie de son remplacement par une disposition de droit national à caractère supplétif et, troisièmement, l'annulation partielle de ladite clause. Ces deux dernières possibilités ne sont, elles, que des exceptions qui peuvent être admises dans des conditions strictes et eu égard aux circonstances de l'espèce¹⁴⁴.

§7 - Clauses abusives b2b

29. - Sanction prévue par la loi. L'article VI.91/6 du Code de droit économique sanctionne d'une nullité les clauses abusives. La disposition est stipulée de la même manière que celle relative au contrat de consommation. On pourrait alors penser que seule la nullité partielle sous sa première hypothèse serait autorisée.

Cependant, les travaux préparatoires précisent que la jurisprudence restrictive de la Cour de justice dans les contrats b2c, dans la mesure où elle n'habilite pas le juge à réviser le contenu des clauses abusives, ne doit pas être transposée aux relations inter-entreprises¹⁴⁵.

30. - Pouvoir d'atténuation¹⁴⁶. Les travaux parlementaires énoncent qu'« il n'y a pas lieu d'appliquer aux contrats entre entreprises l'interprétation stricte qu'a faite la Cour de Justice de l'Union européenne de la sanction de nullité dans les contrats de consommation. Le juge qui constate l'existence d'une telle clause doit en effet *conserver son pouvoir d'appréciation* et décider de *rétablir, si une partie en fait la demande, l'équilibre du contrat concerné* »¹⁴⁷. En faisant référence au pouvoir du juge de rétablir l'équilibre contractuel entre les parties, le législateur laisse sous-entendre une éventuelle admission de la deuxième hypothèse de nullité

¹⁴² Voy. *Infra* n°26.

¹⁴³ Nous renvoyons sur ce point à la jurisprudence précitée de la C.J.U.E.

¹⁴⁴ F. PEERAER, « Het volledige verbod op herziening van onrechtmatige bedingen : de botte bijl van het Hof van Justitie ? », note sous C.J.U.E., 14 juin 2012, *R.G.D.C.*, 2013, p. 324, n°12.

¹⁴⁵ Projet de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises, amendement, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n°1451/003, p. 25 ; R. JAFFERALI, « Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude », *J.T.*, 2020, p. 311, n°36.

¹⁴⁶ A entendre comme la deuxième hypothèse de nullité partielle.

¹⁴⁷ Projet de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises, amendement, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n°1451/003, p. 46.

partielle¹⁴⁸. Un argument majeur vient à l'appui de ce raisonnement : les règles B2B sont mises en oeuvre dans des situations où il n'y a pas, systématiquement, une partie présumée en infériorité par rapport à l'autre, comme c'est le cas en droit commun et contrairement aux relations B2C¹⁴⁹. Par conséquent, le régime semble devoir être davantage rapproché des règles de droit commun plutôt que de celles du droit de la consommation, afin que le juge soit habilité à faire usage d'un pouvoir d'atténuation aux mêmes conditions qu'en droit commun. E. Terryn précise par ailleurs que cela s'alignerait sur certaines règles B2B prévoyant expressément, dans certaines situations, que le juge dispose d'un pouvoir d'intervention et de modération. C'est le cas, par exemple, de l'article 7 de la loi du 2 août 2002¹⁵⁰ qui autorise le juge à réviser une clause manifestement injuste en la réduisant aux limites légales¹⁵¹. La nullité partielle d'une clause et sa réduction correspond à l'opinion majoritaire selon laquelle les sanctions doivent être flexibles et ne pas produire d'effets au-delà de ce qui est nécessaire¹⁵².

Nous regrettons que la législateur ne se soit pas prononcé de manière explicite sur cette possibilité d'annulation partielle de la clause et de réduction. La porte est ainsi ouverte à diverses interprétations et controverses. La réforme du droit commun des obligations nous conforte toutefois dans l'idée que les sanctions se veulent de plus en plus adaptées et que l'on peut espérer que cette souplesse sera aussi de mise dans les relations B2B.

SECTION 3 - NULLITÉ PARTIELLE DE LA CONVENTION POUR VICE DE CONSENTEMENT

31. - Décision inédite. L'arrêt de la cour de cassation du 23 novembre 2017¹⁵³ traite pour la première fois de l'application de la nullité partielle lorsque le motif de la nullité est un vice de consentement¹⁵⁴. Les faits sont les suivants : un élevage de bovins, des quotas laitiers et des droits d'émission de nutriments sont cédés par convention le 25 novembre 2010. Les cessionnaires, mécontents du fait qu'une partie des bovins cédés étaient infectés d'une

¹⁴⁸ N. DAUBIES, T. LEONARD et J.-F. PUYRAIMOND, « La loi du 4 avril 2019 relative à l'abus de dépendance économique : une quête d'équilibre dans les relations entre entreprises », *Vers des relations entre entreprises plus équilibrées et une meilleure protection du consommateur dans la vente de biens et la fourniture de services numériques ?*, Y. Ninane (dir.), 1ère édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 37, n°22 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, « De b2b-wet van 4 april 2019 : bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (partie 1) », *R.W.*, 2019-20, p. 343 n°68 ; T. TANGHE, « Sancties voor onrechtmatige ... », *op. cit.*, p. 1199, n°13 et 14.

¹⁴⁹ E. TERRY, « Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen », *Nieuw economisch recht in b2b-relaties*, W. Devroe, B. Keirsbilck et E. Terryn (éd.), Anvers/Gand, Cambridge/Intersentia, 2020, p. 119, n°36.

¹⁵⁰ Loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, *M.B.*, 7 août 2002, article 7.

¹⁵¹ E. TERRY, *op. cit.*, p. 119, n°36.

¹⁵² T. TANGHE, « Sancties voor onrechtmatige ... », *op. cit.*, p. 1205, n°21 ; T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, *op. cit.*, pp. 138 et s., n°127 et s. ; F. PEERAER, « Nietigheid op maat : proportionaliteit en werkzaamheid bij partiële nietigheid, reductie en conversie » *T.P.R.*, 2016, pp. 181 et s., n°1 et s. ; P. WERY, « Une nouvelle application ... », *op. cit.*, p. 391, n°4.

¹⁵³ Cass. (1ère ch.), 23 novembre 2017, *Pas.*, 2017, p. 2265.

¹⁵⁴ S. LAGASSE, « Vers un affinement ... », *op. cit.*, p. 445, n°13.

maladie et d'autres trop jeunes que pour pouvoir la détecter, ont introduit une action devant le juge de paix de Kapellen¹⁵⁵. Le but de leur demande était l'annulation de la convention, mais uniquement dans la mesure où celle-ci portait sur les bovins infectés et ceux non encore diagnostiqués comme tels. Les éléments démontraient que les cédants avaient connaissance de ce vice et s'étaient ainsi rendus coupables d'un dol. Les défendeurs quant à eux, refusaient que le contrat ne soit annulé que partiellement, au motif qu'il était conçu comme un tout indivisible et que la nullité partielle n'était dès lors pas possible¹⁵⁶.

Le juge de paix de Kappelen a admis la nullité partielle. Il justifie sa décision comme suit : « En cas de dol, la sanction la plus drastique consiste dans l'annulation totale avec effet rétroactif. Toutefois, la sanction doit tendre à apporter un remède, en tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce (...). L'annulation totale donnerait lieu à la naissance des obligations nouvelles dans le chef des parties, à savoir des obligations de restitutions, qui pourraient s'exécuter très difficilement. Pour ces motifs, le tribunal estime qu'il est parfaitement possible de déclarer la convention nulle dans la mesure où elle est demandée par les cessionnaires »¹⁵⁷.

Les vendeurs ont ensuite interjeté appel devant le tribunal de première instance d'Anvers qui trancha dans le même sens que la justice de paix¹⁵⁸. Ils ont alors introduit un pourvoi en cassation dans lequel lequel la Cour a affirmé que « Cette cause de nullité n'exclut pas, lorsque le dol porte sur un élément de la convention et qu'une annulation partielle de la convention soit possible, que le juge puisse, à la demande de la partie lésée, limiter la nullité à une partie de la convention, pour autant que le maintien de la convention partiellement annulée réponde à l'intention des parties »¹⁵⁹. La Cour consacre donc pour la première fois la nullité partielle de la convention lorsque celle-ci est entachée d'un vice de consentement¹⁶⁰.

32. - Distinction entre dol principal et dol incident. La raison principale pour laquelle cette possibilité n'avait jamais été envisagée auparavant est la distinction entre dol incident et dol principal¹⁶¹. Lorsque le dol vicie à ce point le consentement (dol principal) de la partie que, si elle en avait eu connaissance, cette dernière n'aurait purement et simplement pas contracté, alors la sanction de la nullité partielle ne présente en réalité aucun intérêt.

Ce raisonnement peut être résumé par ces mots de F. Peeraer : « les vices du consentement semblaient être une histoire de tout ou rien : soit le consentement est altéré de manière déterminante et la victime du dol peut demander que le contrat soit déclaré nul, soit le consentement ne l'est pas et le contrat reste valable »¹⁶². Il ne faut toutefois pas oublier l'hypothèse du dol incident selon laquelle la partie aurait quand même conclu le contrat mais

¹⁵⁵ J.P. Kapellen, 3 novembre 2015, *J.J.P.*, 2017, p. 535.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ S. LAGASSE, « Vers un affinement ... », *op. cit.*, p. 446, n°17.

¹⁵⁹ Cass. (1ère ch.), 23 novembre 2017, *Pas.*, 2017, p. 2266.

¹⁶⁰ Il s'agit ici d'une application de la première hypothèse de nullité partielle. On peut en effet considérer que c'est l'intégralité de la clause portant sur la cession des bovins contaminés et ceux trop jeunes - et seulement cette clause - qui est anéantie.

¹⁶¹ F. PEERAER, « Ook bedrog ... », *op. cit.*, p. 540.

¹⁶² *Ibidem*, traduction libre.

à d'autres conditions. Dans ce cas là, il se peut que la sanction la plus appropriée soit celle de la nullité partielle.

33. - Sanction du dol incident et plus-value de la nullité partielle. Habituellement, le dol incident est sanctionné par l'octroi de dommages et intérêts sur la base de l'article 1382 du Code civil. Concrètement, cette sanction sera mise en oeuvre par la réduction du prix de la convention. On pourrait obtenir des résultats sensiblement équivalents en procédant à une action sur base de l'article 1382 du Code civil ou en annulant partiellement le contrat¹⁶³. Prenons comme exemple une convention de vente d'une voiture d'occasion. Le vendeur prétend que la voiture a déjà parcouru 150 000 kilomètres alors qu'en réalité, elle en compte beaucoup plus et le vendeur en a parfaitement connaissance. Si l'acheteur, eu égard au nombre de kilomètres parcourus, n'aurait pas acheté la voiture et ce même à un prix inférieur, alors la sanction devra être la nullité intégrale du contrat (dol principal). Si, par contre, il aurait quand même conclu la convention mais à un prix moindre, il s'agit d'un dol incident. Dès lors, la nullité partielle pourrait être prononcée en ce sens que le prix serait réduit et adapté aux vraies caractéristiques de la voiture. L'hypothèse précitée peut également être atteinte en octroyant des dommages et intérêts à l'acheteur. En effet, le fait de réduire le prix du contrat ou d'octroyer des dommages et intérêts d'un montant équivalent à la différence entre le prix de la convention et celui qu'il aurait accepté de payer, aboutit au même résultat¹⁶⁴. « La créance de dommages et intérêts entrera en compensation avec le prix contractuellement dû. Il en résultera une réduction du prix »¹⁶⁵.

On peut dès lors se demander pourquoi, dans la décision de la justice de paix de Kapellen, le juge ne s'est pas contenté d'octroyer aux cessionnaires des dommages et intérêts sur base de l'article 1382 du Code civil, plutôt que de faire application aussi bien de la théorie du dol incident que de la nullité partielle¹⁶⁶.

La nullité partielle apporte en réalité une plus-value. Elle permet de résoudre in casu certaines difficultés qui n'auraient pu être réglées par le seul octroi de dommages et intérêts¹⁶⁷.

D'une part, l'annulation de la convention en ce qu'elle concerne les bovins infectés et ceux non encore diagnostiqués permet aux cessionnaires d'être autorisés à ne pas exécuter les obligations découlants de cette partie contractuelle¹⁶⁸. « Cette déclaration de nullité partielle permet ainsi d'éluder tout manquement que pourraient commettre les cessionnaires

¹⁶³ G. FIEVET, « Erreur, dol et lésion qualifiée », *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux*, P. Wéry (dir.), 1ère éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 92, n°39 ; J.-F. GERMAIN, P.-A. FORIERS, F. GLANSDORFF, B. KOHL, I. SAMOY et P. WERY, « La réduction du prix en raison d'un incident affectant la conclusion du contrat », *Questions spéciales en droit des contrats*, J.-F. Germain (dir.), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 22, n°8.

¹⁶⁴ J.-F. GERMAIN, P.-A. FORIERS, F. GLANSDORFF, B. KOHL, I. SAMOY et P. WERY, *op. cit.*, p. 22, n°8.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ S. LAGASSE, « Vers un affinement ... », *op. cit.*, p. 447, n°19 : le juge de paix a effectivement, en plus d'avoir annulé la convention partiellement, « condamné les cédants au paiement de dommages et intérêts en raison de la faute commise ».

¹⁶⁷ F. PEERAER, « Ook bedrog ... », *op. cit.*, p. 541.

¹⁶⁸ S. LAGASSE, « Vers un affinement ... », *op. cit.*, p. 447, n°19 ; F. PEERAER, « Ook bedrog ... », *op. cit.*, p. 541.

s'agissant des obligations ayant trait aux animaux contaminés »¹⁶⁹. D'autre part, l'octroi de dommages et intérêts pour les bovins trop jeunes n'aurait pas pu avoir lieu au motif que le dommage n'était pas certain¹⁷⁰.

En l'espèce, la nullité partielle sert donc mieux les intérêts de la partie lésée que la seule théorie du dol incident.

34. - Enseignements. Ces décisions se différencient dès lors de celles précitées¹⁷¹. En effet, le motif de la nullité est un vice de consentement, et il s'agit d'une nullité relative et non absolue comme c'était le cas dans les arrêts de 2015. Elles permettent ainsi à la théorie de la nullité partielle de conquérir de nouveaux domaines.

Peut-on en conclure que la nullité partielle s'applique à tous les motifs de nullité ? F. Peeraer estime que rien ne justifie d'établir une distinction entre les motifs de nullité et que ce raisonnement peut être étendu à d'autres vices de consentement¹⁷².

Nous rejoignons son opinion. Si la convention présente toujours un intérêt pour les parties si elle est partiellement annulée et qu'en outre, comme c'était le cas en l'espèce, elle répare mieux le contrat, on ne voit pas pourquoi il ne faudrait pas y faire droit¹⁷³.

Il reste à voir si les cours et tribunaux vont continuer sur leur lancée et admettre l'usage de la nullité partielle peu importe la cause ayant mené à la nullité. La consécration du mécanisme par le projet de réforme du droit des obligations et l'absence de précisions à cet égard laisse la porte ouverte.

¹⁶⁹ S. LAGASSE, « Vers un affinement ... », *op. cit.*, p. 447, n°19.

¹⁷⁰ *Ibidem.*

¹⁷¹ Voy. *Supra* n°15 et s.

¹⁷² F. PEERAER, « Ook bedrog ... », *op. cit.*, p. 541.

¹⁷³ Et que toutes les autres conditions sont remplies : voy. *Infra* n°35 et s.

CHAPITRE 2 : RÉGIME

Ce chapitre sera consacré aux conditions qu'il convient de respecter pour pouvoir bénéficier du mécanisme de la nullité partielle. Elles seront envisagées dans un premier temps en droit commun des obligations (section 1), ensuite en droit de la consommation en se basant sur la jurisprudence de la Cour de justice (section 2), pour terminer par les relations B2B (section 3).

SECTION 1 - CONDITIONS EN DROIT COMMUN DES OBLIGATIONS

35. - Introduction. Il convient de préciser que cette section n'est pertinente que dans l'hypothèse où aucune disposition ne confère au juge le pouvoir de faire application de la nullité partielle. Nous avons vu en effet que le législateur, de façon ponctuelle, prévoyait ce mécanisme. Cela ne pose alors pas de difficulté. Il restera au juge à prononcer l'annulation partielle de la clause illicite comme la loi le lui permet. Il ne sera d'ailleurs plus autorisé à prononcer une nullité totale¹⁷⁴.

Il a été constaté que la jurisprudence et la doctrine admettaient le mécanisme de la nullité partielle, et ce même en l'absence d'autorisation expresse du législateur. Il convient alors d'encadrer le pouvoir du juge à cet égard.

Dans l'arrêt du 23 janvier 2015, la Cour de cassation a énoncé que « Si une convention ou une clause est contraire à une disposition d'ordre public et qu'elle est, dès lors, nulle, le juge peut, si une nullité partielle est *possible*, limiter la nullité, *sauf interdiction de la loi*, à la partie de la convention ou de la clause contraire à cette disposition à condition que la poursuite de l'existence de la convention ou de la clause partiellement annulée *réponde à l'intention des parties* »¹⁷⁵. L'on peut en déduire que le juge *peut*¹⁷⁶ faire application du mécanisme de la nullité partielle si trois conditions sont réunies : la nullité partielle doit être possible (§1), doit répondre à l'intention des parties (§2) et ne doit pas être interdite par le législateur (§3).

Ces conditions valent en droit commun et dans les relations B2B pour les deux hypothèses de nullité partielle vues précédemment. Il semblerait par contre que concernant les clauses abusives en droit de la consommation, la Cour de justice de l'Union européenne se montre plus stricte et exige des conditions supplémentaires.

§1 - Première condition : La nullité partielle doit être possible

36. - Élément dissociable. Pour que la nullité partielle soit possible, il faut que le reste de la convention ou de la clause puisse subsister malgré l'amputation de sa partie illicite. Ceci suppose différentes choses. Il faut d'abord que l'élément illicite soit dissociable, divisible, du

¹⁷⁴ P. WERY, « Une nouvelle application ... », *op. cit.*, p. 420, n°32.

¹⁷⁵ Cass., 23 janvier 2015, *J.T.*, p. 734.

¹⁷⁶ Obligation ou faculté ? Voy. *Infra* n°42.

reste du contrat¹⁷⁷, ce qui se sera le cas lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une partie de la clause ou de la convention¹⁷⁸. Si la cause de nullité affecte l'entière de la convention, il faudra alors recourir à la nullité intégrale¹⁷⁹. Il convient en outre qu'en enlevant la fraction litigieuse du contrat, ce dernier ne se retrouve pas privé de l'une de ses conditions essentielles¹⁸⁰.

Dans l'hypothèse où le motif de nullité entacherait l'ensemble de la convention ou que l'une de ses conditions de validité ferait défaut en cas d'élimination de la partie illicite, la nullité partielle ne sera pas possible et le juge n'aura d'autre choix que de prononcer une nullité intégrale¹⁸¹.

Prenons l'exemple d'une clause de non-concurrence qui est abusive en raison de l'étendue de son territoire. Pouvons-nous considérer que la première condition est remplie ? Cette clause pourra-t-elle survivre à l'anéantissement de sa partie illicite ? En l'espèce, le motif de nullité est le non-respect de la triple limitation (objet, territoire, durée) de ce type de clause et donc la violation de la liberté de commerce qui est un principe d'ordre public. Cette cause de nullité ne préjudicie pas l'entière de la convention, étant donné qu'elle n'est abusive que dans la mesure du dépassement de la limite concernant l'étendue du territoire¹⁸². La réduction de ladite clause ne semble pas davantage porter atteinte aux conditions essentielles du contrat. Par conséquent, la nullité partielle de la clause de non-concurrence sera possible.

§2 - Deuxième condition : La conformité à l'intention des parties

37. – Distinction. La sanction que prononce le juge à l'encontre de la clause illicite doit répondre à l'intention des parties¹⁸³.

Il convient de distinguer deux hypothèses. Soit les parties ont prévu quelque chose à ce sujet dans leur convention, elles ont ainsi exprimé leur intention de façon expresse. Il suffira alors au juge de respecter leur volonté. Soit, au contraire, rien n'est mentionné à ce propos dans le contrat et le juge devra procéder à l'examen de l'intention des parties.

38. - Clauses de divisibilité et d'indivisibilité. Afin d'exprimer leur intention de façon claire et non équivoque, il est loisible aux parties de prévoir dans leur convention le sort à réserver à une clause illicite. Elles peuvent en effet y insérer une clause dite de divisibilité ou

¹⁷⁷ P. WERY, *Droit des obligations ...*, *op. cit.*, p. 370, n°341-4 ; P. WERY, « Une nouvelle application ... », *op. cit.*, p. 420, n°33 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen ...*, *op. cit.*, p. 547, n°708.

¹⁷⁸ T. TANGHE, « Gedeeltelijke vernietiging ... », *op. cit.*, p. 392, n°8. ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen ...*, *op. cit.*, p. 551, n°711.

¹⁷⁹ T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, *op. cit.*, pp. 133 et s., n°123 et s.

¹⁸⁰ S. LAGASSE, « La réduction ... », *op. cit.*, p. 719.

¹⁸¹ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen ...*, *op. cit.*, p. 555, n°715, dans lequel ils font référence au « lien indissoluble » ; T. TANGHE, « Gedeeltelijke vernietiging ... », *op. cit.*, p. 392, n°8.

¹⁸² J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, *op. cit.*, p. 199, n°6.

¹⁸³ Voy. not. Cass., 10 janvier 2014, n°C.13.0123.F : « Lorsqu'une convention contient plusieurs dispositions qui, dans l'intention des parties, ne forment pas un tout indivisible, la nullité d'une des stipulations n'entraîne pas automatiquement la nullité de la convention entière ».

d'indivisibilité. En présence d'une clause d'indivisibilité, le juge considérera que les parties envisagent leur contrat comme un tout indivisible, ce qui l'empêchera dès lors de faire usage de son pouvoir de modération. La clause de divisibilité, au contraire, aboutira à la possibilité d'amputer le contrat de sa partie illicite, dans le cas où les autres conditions seraient remplies¹⁸⁴.

Ces clauses peuvent être rédigées de manière générale. Elles peuvent par exemple être libellées comme suit : « Les dispositions qui seraient entachées de nullité ou qui ne seraient pas valables restent obligatoires pour la partie qui est légalement autorisée »¹⁸⁵. Les parties peuvent également indiquer spécifiquement qu'une telle clause est dissociable ou indissociable du reste du contrat¹⁸⁶.

Il est recommandé de préciser si cette divisibilité est admise par rapport au reste de la convention ou également à l'intérieur même de la clause, de telle sorte à pouvoir faire application aussi bien de la première que de la deuxième hypothèse de nullité partielle¹⁸⁷.

Lorsque les parties ont inséré une clause de divisibilité, elles peuvent également préciser ce qu'il adviendra du reste de la convention : l'élément illicite sera-t-il remplacé par une disposition légale supplétive ? Les parties s'engageront-elles à renégocier le contrat ? Plusieurs options s'offrent à elles¹⁸⁸.

Il est important de noter que lorsque les parties ont prévu une clause de divisibilité, le juge ne fera pas automatiquement droit à leur demande de nullité partielle. Si la fraction illicite n'est pas dissociable du reste du contrat ou qu'elle est constitutive d'un de ses éléments essentiels¹⁸⁹, une clause de divisibilité ne permettra quand même pas la nullité partielle¹⁹⁰. Il est également possible qu'une juridiction procède à une nullité partielle et ce en dépit d'une clause d'indivisibilité dans le contrat. Ce type de clause ne peut en effet pas se heurter à une disposition impérative ou d'ordre public, ni imposer une nullité intégrale qui serait constitutive d'un abus de droit¹⁹¹.

Prévoir une clause d'indivisibilité ou de divisibilité n'entraînera donc pas d'office ce que les parties ont souhaité. Les autres conditions doivent également être remplies.

¹⁸⁴ P. WERY, *Droit des obligations ...*, *op. cit.*, p. 370, n°341-4.

¹⁸⁵ P. WERY, « Une nouvelle application ... », *op. cit.*, p. 422, n°34.

¹⁸⁶ T. TANGHE, « Sancties voor onrechtmatige ... », *op. cit.*, p. 1207 n°28

¹⁸⁷ A. SNYERS, « De rechterlijke matiging van een niet-concurrentiebeding in een acquisitieovereenkomst », *R.D.C.*, 2016, p. 374, n°21.

¹⁸⁸ T. TANGHE, « Sancties voor onrechtmatige ... », *op. cit.*, p. 1207, n°29.

¹⁸⁹ Ce qui revient donc à faire échec à la première condition.

¹⁹⁰ P. WERY, « Une nouvelle application ... », *op. cit.*, p. 421, n°34 ; S. LAGASSE, « La réduction ... », *op. cit.*, p. 719.

¹⁹¹ Sauf si cette clause d'indivisibilité est contraire à une disposition impérative ou d'ordre public ou si prononcer une nullité intégrale serait constitutif d'un abus de droit ; voy. P. WERY, *Droit des obligations ...*, *op. cit.*, p. 357, n°331-4 et les références citées par cet auteur ; R. JAFFERALI, *La rétroactivité ...*, *op. cit.*, p. 715, n°311 ; T. TANGHE, « Sancties voor onrechtmatige ... », *op. cit.*, p. 1207, n°30.

39. - Recherche de l'intention des parties. Bien qu'il soit vivement recommandé aux parties de prévoir une telle clause¹⁹², cela n'est pas indispensable. Si les parties n'ont rien convenu à cet égard, le juge sera amené à rechercher leur volonté.

Se pose d'abord la question de savoir à quel moment l'intention des parties doit être prise en considération. Au moment de la conclusion du contrat ou a posteriori ?

En principe, c'est l'intention des parties au moment de la conclusion du contrat qui importe. Pour ce faire, le juge peut toutefois prendre en considération des éléments postérieurs¹⁹³. Une décision du tribunal de commerce de Gand n'a pourtant pas suivi ce raisonnement. Le juge a demandé aux parties de se prononcer a posteriori, à savoir à l'audience, quant à la possibilité pour lui de faire usage de son pouvoir d'atténuation¹⁹⁴. Il semble toutefois qu'il s'agit, sur ce point précis, d'une décision isolée : la prudence s'impose quand le juge s'immisce dans la volonté des parties¹⁹⁵. « Une volonté des parties ne peut (d'ailleurs) pas être admise à la légère : si le juge a la moindre hésitation sur ce point, il doit conclure à la nullité intégrale de la clause »¹⁹⁶.

Nous précisons en outre que la volonté réelle prime sur la volonté déclarée¹⁹⁷. Même si les parties ont inséré une clause de divisibilité, il se pourrait qu'il soit décidé du contraire s'il apparaît que la partie illicite constitue en réalité, aux yeux des parties, un élément indispensable de leur accord¹⁹⁸.

La clause de divisibilité est désormais devenue pratiquement une clause de style, si bien que les juges auront tendance à estimer que si les parties n'en ont pas insérée, c'est que leur volonté va dans le sens d'une indivisibilité de leur convention¹⁹⁹.

Enfin, certains auteurs estiment que, quoiqu'il en soit, l'intention des parties sera toujours de préférer une nullité partielle à une nullité totale²⁰⁰. D'autres²⁰¹ sont plus fébriles sur le sujet.

¹⁹² P. DEMOLIN et C. DEKEMEXHE, « La validité de la clause de non-concurrence applicable pendant l'exécution du contrat de franchise », *J.T.*, 2015, p. 726, n°23.

¹⁹³ S. LAGASSE, « Vers un affinement ... », *op. cit.*, p. 442, n° 7.

¹⁹⁴ Comm. Gand, 1 mars 2017, *R.G.D.C.*, 2018, p. 236 ; S. LAGASSE, « Vers un affinement ... », *op. cit.*, p. 441, n°7.

¹⁹⁵ Voy. S. LAGASSE, « Vers un affinement ... », *op. cit.*, p. 441, n°7, dans lequel l'auteur s'interroge sur la conformité de la décision du tribunal de commerce de Gand avec le principe de l'autonomie de la volonté.

¹⁹⁶ P. WERY, *Droit des obligations ...*, *op. cit.*, p. 370, n°341-4.

¹⁹⁷ Cass., 4 janvier 2019, *Pas.*, 2019, p. 30.

¹⁹⁸ P. WERY, « Une nouvelle application ... », *op. cit.*, p. 421, n°34.

¹⁹⁹ *Ibidem.*, p. 422, n°34.

²⁰⁰ T. TANGHE, « Gedeeltelijke vernietiging ... », *op. cit.*, p. 392, n°8 ; D. MERTENS, « Het niet-concurrentiebeding : het mag ietsje meer zijn », note sous Cass. 23 janvier 2015, *D.A.O.R.*, 2015, p. 22, n°6.

²⁰¹ Voy. not. S. LAGASSE, « Vers un affinement ... », *op. cit.*, p. 440 et s., n°1 et s.

§3 - Troisième condition : La nullité partielle n'est pas interdite par la loi

40. – Absence d'interdiction. Il arrive que certaines dispositions prévoient expressément le sort à réserver à une clause illicite²⁰². Dans cette hypothèse, le juge sera tenu de sanctionner la clause litigieuse comme l'exige la loi et si ce n'est pas l'atténuation de la clause qui est prévue²⁰³, cette option ne pourra être envisagée²⁰⁴. L'on peut citer, à titre d'exemple, l'article VI.84 du Code de droit économique qui sanctionne les clauses abusives d'une nullité de l'entière desdites clauses. Cet article interdit donc, comme vu précédemment²⁰⁵, que les juridictions procèdent à la deuxième hypothèse de nullité partielle. L'article 104 de la loi du 8 juillet 1978 relative au contrat de travail mentionne que la clause de non-concurrence sera réputée inexistante si la rémunération annuelle du contrat ne dépasse pas un certain montant. Dans cette hypothèse précise, la clause devra être anéantie dans son entièreté²⁰⁶. Ce sont donc des textes qui font échec à la nullité partielle sous sa deuxième forme.

41. – Objectif de la loi. Si en revanche, il n'y a pas de réglementation concernant les conséquences à attacher à la clause abusive, le juge devra alors rechercher la ratio legis de la loi afin de voir si une nullité partielle pourrait contribuer à réaliser cet objectif²⁰⁷. Est-ce que la finalité visée par la législation interdisant la présence d'une telle clause est que cette dernière soit dépourvue de ses effets excessifs²⁰⁸ ? Si l'on répond à cette question par l'affirmative, on peut estimer que la nullité partielle sera à même de rencontrer cet objectif. Le fait d'éliminer la clause ou la partie de clause illicite reviendra effectivement à la priver de ses conséquences excessives.

La raison d'être d'une norme peut également se trouver dans le fait de vouloir dissuader les parties d'insérer de telles clauses dans leur convention. C'est le cas notamment de la législation consumériste qui sanctionne les clauses abusives par leur nullité, empêchant ainsi la nullité partielle de la clause elle-même ou sa réduction²⁰⁹.

On aura généralement tendance à considérer que les législations protectrices d'une partie faible poursuivent un objectif de dissuasion et, partant, que la nullité partielle²¹⁰ n'est pas la sanction adéquate. Néanmoins, la sanction de la nullité intégrale n'est pas non plus toujours le meilleur moyen d'atteindre cet objectif de dissuasion²¹¹.

²⁰² Et parfois, comme cela a été vu, il se peut que la sanction prévue soit la réduction ; F. PEERAER, « Naar een nietigheid ... », *op. cit.*, p. 1190, n°3.

²⁰³ Puisque nous avons vu que certaines dispositions prévoyaient une sanction de réduction.

²⁰⁴ P. WERY, *Droit des obligations ...*, *op. cit.*, p. 370, n°341-4.

²⁰⁵ Voy. *Supra* n°24 et s.

²⁰⁶ J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, *op. cit.*, p. 211, n°26.

²⁰⁷ F. PEERAER, « Naar een nietigheid ... », *op. cit.*, p. 1191, n°5.

²⁰⁸ J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, *op. cit.*, p. 211, n° 26.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ Sous sa deuxième hypothèse.

²¹¹ Voy. dans ce sens F. PEERAER, « Naar een nietigheid ... », *op. cit.*, p. 1191, n°5 ; F. PEERAER, « Het volledige verbod ... », *op. cit.*, pp. 328-331, n° 21-24.

§4 - Le pouvoir du juge

42. – Faculté ou obligation ?. Une fois les conditions susmentionnées réunies, le juge dispose-t-il d'un pouvoir discrétionnaire pour décider de faire usage ou non de la nullité partielle ? S'agit-il pour lui d'une faculté ou d'une obligation ? La doctrine n'est pas unanime sur le sujet. La Cour de cassation, quant à elle, emploie le verbe « pouvoir » ou « kunnen » dans ses décisions²¹², ce qui laisse planer le doute.

De nombreux auteurs²¹³ estiment qu'il s'agit d'une faculté pour le juge. Ils déduisent ce pouvoir d'appréciation notamment de la structure des arrêts de 2015 de la Cour de cassation dans lesquels cette dernière semble faire de la nullité totale la règle alors que la nullité partielle n'en est que l'exception²¹⁴.

Cette position a en outre l'avantage de répondre à la principale critique émise à l'encontre de la nullité partielle : le fait qu'elle porte atteinte à la fonction dissuasive de la nullité²¹⁵. La circonstance pour les parties de ne pas avoir la certitude de se voir octroyer la nullité partielle permettra effectivement de les décourager davantage à rédiger des clauses excessives²¹⁶. Le juge pourra par ailleurs prononcer la sanction la plus appropriée en ayant égard à tous les éléments propres à l'espèce. Comme l'a dit C. Cauffman, la réduction est « une possibilité dont le juge pourrait faire usage quand il considérerait approprié de le faire vu les circonstances de la cause et le but de la règle enfreinte »²¹⁷.

S. Lagasse adopte une position intermédiaire en considérant que si les parties ont manifesté leur volonté de faire usage du mécanisme, de façon expresse, alors le juge sera tenu d'y faire droit au risque de s'immiscer dans leurs intérêts privés²¹⁸. Tandis qu'à l'inverse, en cas de doute quant à l'intention des parties, elle considère que contraindre le juge « à appliquer l'une des formes de nullité partielle sans autres égards serait une trop grande entaille portée à l'autonomie de la volonté des parties (...) »²¹⁹.

D'autres penchent plutôt vers une obligation pour le juge, qui ne disposerait pas d'une marge d'appréciation l'autorisant à choisir entre la nullité intégrale ou partielle. A partir du moment où les conditions sont remplies, il sera tenu d'en faire usage. Les partisans de cette position soutiennent que le fait de laisser le choix au juge entraîne un trop grand risque d'arbitraire²²⁰ et un manque de prévisibilité²²¹. A partir du moment où le tribunal a procédé à l'examen des

²¹² Cass. (1ère ch.), 23 janvier 2015, *J.T.*, p. 734 ; Cass. (1ère ch.), 25 juin 2015, *J.T.*, p. 727.

²¹³ Voy. not. P. WERY, « La régularisation ... », *op. cit.*, p. 297, n°4.

²¹⁴ P. WERY, « Une nouvelle application ... », *op. cit.*, p. 371, n°341-4.

²¹⁵ J. VAN ZUYLEN, « La réduction des clauses illicites », *Les Pages*, 2015/5, p. 1 ; J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, *op. cit.*, p. 212, n°27.

²¹⁶ P. WERY, *Droit des obligations ...*, *op. cit.*, p. 371, n°341-4.

²¹⁷ C. CAUFFMAN, *op. cit.*, p. 435, n°17.

²¹⁸ S. LAGASSE, « Vers un affinement ... », *op. cit.*, p. 448, n°22.

²¹⁹ *Ibidem.*

²²⁰ *Ibidem.*

²²¹ R. JAFFERALI, *La rétroactivité ...*, *op. cit.*, pp. 729-730, n°316.

trois conditions, qu'il a estimé que la volonté des parties allaient dans ce sens et que la nullité partielle assure à la fois la finalité de la loi violée et les intérêts des parties, on ne voit pas bien pourquoi le juge viendrait ensuite prononcer une nullité intégrale²²².

Nous aurons tendance à nous rallier à la deuxième position. Il nous semble que les trois exigences exposées ci-avant²²³ contrebalancent les arguments en faveur de la solution de la faculté pour le juge. D'une part, le respect de l'objectif de dissuasion est déjà pris en considération lors de l'examen de la troisième condition. Quand il apparaît que la nullité partielle n'est pas la sanction appropriée à la finalité de la législation violée, ladite condition devrait, selon nous, être tenue en échec et dès lors, comme il s'agit de conditions cumulatives, la nullité partielle ne sera de toute façon pas prononcée. D'autre part, lorsqu'il apparaît expressément que le souhait des parties est une atténuation de la clause litigieuse plutôt que son anéantissement, c'est qu'elles considèrent que leur convention présente toujours un intérêt, on ne voit donc pas quelle autre sanction serait plus adéquate.

§5 - Réforme du droit des obligations

43. – Confirmation. Comme nous l'avons déjà vu, la théorie de la nullité partielle a fait l'objet d'un article dans le projet de réforme du droit des obligations. On peut déduire de la formulation de l'article 5.63 du nouveau Code civil²²⁴, que le législateur a repris les trois conditions qui avaient été dégagées par la jurisprudence et la doctrine. En effet, (1) la nullité partielle devra être possible, ce qui suppose que « la cause de nullité n'affecte qu'une partie du contrat » et que « le contrat soit divisible ». (2) Il faudra en outre avoir « égard à l'intention des parties », ce qui fait référence à la deuxième condition, (3) « ainsi qu'au but de la règle violée », comme c'était le cas lorsque, dans le cadre de la troisième condition, l'objectif de la loi devait être recherché.

SECTION 2 - CONDITIONS EN DROIT DE LA CONSOMMATION

Les conditions selon lesquelles les deux hypothèses de nullité partielle sont admises dans la jurisprudence européenne diffèrent quelque peu des exigences formulées par la Cour de cassation belge.

§1 - Première hypothèse de nullité partielle

²²² F. Peeraer , « Ook het Hof van cassatie acht partiële nietigheid mogelijk bij bedrog », *R.G.D.C.*, 2018, p. 213, n°12.

²²³ Voy. *Supra* n°36 et s.

²²⁴ Pour rappel : « Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une partie du contrat, l'annulation se limite à cette partie pour autant que le contrat soit divisible, eu égard à l'intention des parties ainsi qu'au but de la règle violée. La clause réputée non écrite par la loi, une fois annulée, laisse subsister le reste du contrat »

44. – Comparaison. S’agissant de la nullité de la seule clause abusive, la loi²²⁵ envisage expressément cette solution. Pour ce faire, il faut néanmoins que la convention puisse « subsister sans les clauses abusives »²²⁶. La Cour de justice précise que « ce contrat doit subsister, en principe, sans aucune autre modification que celle résultant de la suppression des clauses abusives, dans la mesure où, conformément aux règles du droit interne, *une telle persistance du contrat est juridique possible* »²²⁷.

Ainsi, si l’on compare ces conditions avec celles exigées en droit commun, les deux premières conditions sont identiques, dans la mesure où (1) le contrat doit pouvoir survivre en dépit de l’annulation de l’entière de la clause abusive, et que (2) le juge doit avoir égard à la volonté du consommateur²²⁸. Quant à la troisième condition, il n’y a pas d’interdiction de la loi à cet égard, bien au contraire puisque l’article VI.84 consacre expressément cette forme de nullité partielle. L’on peut enfin déduire des termes « les juges nationaux sont *tenus* d’écarter l’application de la clause abusive (...) »²²⁹ qu’il s’agit d’une obligation pour le juge et non d’une faculté.

§2 - Deuxième hypothèse de nullité partielle

45. – Réticence. Pour ce qui est de la réduction ou de la nullité partielle au sein-même de la clause, nous avons vu que la Cour était assez frileuse à admettre ce mécanisme, au motif que cela porte atteinte à l’objectif de dissuasion du législateur²³⁰.

46. - Suppression de l’élément abusif. Il ressort de l’arrêt Bank BPH²³¹ de la Cour de justice que « l’article 6, paragraphe 1, et l’article 7 paragraphe 1, de la directive 93/13 doivent être interprétés en ce sens que, d’une part, ils ne s’opposent pas à ce que le juge national supprime uniquement l’élément abusif d’une clause d’un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur lorsque l’objectif de dissuasif poursuivi par cette directive est assuré par des dispositions législatives nationales qui en réglementent l’utilisation, pour autant que cet élément consiste en une obligation contractuelle distincte, susceptible de faire l’objet d’un examen individualisé de son caractère abusif. D’autre part, ces dispositions s’opposent à ce que la juridiction de renvoi supprime uniquement l’élément abusif d’une clause d’un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur lorsqu’une telle suppression reviendrait à réviser le contenu de ladite clause en affectant sa substance, ce qu’il appartiendra à cette juridiction de vérifier »²³².

²²⁵ Article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13.

²²⁶ C.J.U.E., 14 juin 2012 (Banco Español de Credito), aff. C-618/10, point 64.

²²⁷ *Ibidem*, point 65.

²²⁸ C.J.U.E., 29 avril 2021 (Bank BPH), aff. C-19/20, point 44 : « Sauf si le consommateur s’y oppose ».

²²⁹ C.J.U.E., 14 juin 2012 (Banco Español de Credito), aff. C-618/10, point 65.

²³⁰ Voy. *Supra* n°24.

²³¹ Pour un bref rappel des faits, voy. *Supra* n°26.

²³² C.J.U.E., 29 avril 2021 (Bank BPH), aff. C-19/20, point 80.

Le fait que la Cour fasse référence à la suppression du seul élément abusif d'une clause prouve que nous sommes bien face à une possibilité de nullité partielle d'une clause.

Il ressort en outre de cet arrêt que la juridiction autorise cette hypothèse si plusieurs conditions sont réunies. (1) La première est que la fonction dissuasive de la directive doit être assurée par d'autres dispositions législatives nationales. (2) Il faut ensuite que l'élément abusif corresponde à une obligation contractuelle distincte pouvant faire l'objet d'un examen individualisé de son caractère abusif. Cette deuxième condition semble faire référence, comme nous l'avons vu²³³, à l'acceptation subjective de la notion de clause. Elle peut toutefois également correspondre à la première condition que nous avons développée en droit commun, à savoir le fait que la partie abusive doit pouvoir être dissociée du contrat. (3) Enfin, l'élimination de la fraction abusive de la clause ne doit pas aboutir à la révision de son contenu et à la modification de sa substance²³⁴.

Ainsi, par cet arrêt, la Cour de justice assouplit sa jurisprudence et laisse entrevoir une brèche quant à l'admission d'une nullité partielle sous sa deuxième hypothèse.

SECTION 3 - CONDITIONS DANS LES RELATIONS B2B

47. – Renvoi au droit commun. Aussi bien pour la première que pour la deuxième hypothèse de nullité partielle, nous estimons que les conditions dégagées en droit commun peuvent être transposées aux relations B2B.

Une petite particularité est à noter concernant la troisième condition, à savoir l'absence d'interdiction de la loi. La nullité partielle de la clause ou sa réduction devra de ce fait être écartée dans certaines situations. Cela semble notamment être le cas des clauses pénales²³⁵. Les travaux préparatoires²³⁶ excluent en effet expressément leur réduction²³⁷ : « la nullité d'une clause pénale constatée par le juge aura pour conséquence que la clause soit écartée. Toutefois, le juge disposera toujours de la compétence de fixer l'indemnité conformément au droit commun »²³⁸. Contrairement à la jurisprudence de la Cour de justice en droit de la consommation, le juge pourra en revanche avoir recours au droit commun suite à l'annulation de la clause.

²³³ Voy. *Supra* n°26.

²³⁴ En droit belge, on ne fait pas de distinction selon que la suppression des éléments abusifs entraîne ou non la révision de la clause.

²³⁵ R. JAFFERALI, « Les clauses abusives ... », *op. cit.*, p. 312, n°36.

²³⁶ Bien que les travaux préparatoires ne valent pas loi. L'article VI.91/5, 8° concernant les clauses pénales abusives ne prévoient pas le sort à leur réserver.

²³⁷ E. DE DUVE, « Le régime de la nullité des clauses abusives entre entreprises », *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019*, R. Jafferali et E. De Duve (éd.), p. 202, n°24.

²³⁸ Projet de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises, amendement, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n°1451/003, p. 44.

CONCLUSION

48. - Un droit commun évoluant vers davantage de souplesse. Nous avons pu voir au travers de ce travail que le droit belge admet depuis longtemps l'usage de la nullité partielle malgré l'absence d'une disposition générale l'y habilitant.

Les contours de cette théorie ont connu une certaine évolution au fil du temps. La jurisprudence a d'abord admis la nullité partielle sous sa première hypothèse, puis également la nullité partielle d'une clause et sa réduction, selon le cheminement que nous avons exposé dans le premier chapitre.

Les trois pôles suivant lesquels cette théorie s'est développée, à savoir les types de clauses (1) dans lesquels ces mécanismes sont admis, les formes de nullité (2), ainsi que ses motifs (3), se sont petit à petit généralisés. Dans ses deux arrêts de 2015, la Cour de cassation avait consacré la réduction d'une clause de non-concurrence (1), frappée d'une nullité absolue (2) en raison de sa violation d'un principe d'ordre public²³⁹ (3). Ces décisions ont été considérées comme des arrêts de principe, permettant ainsi à la nullité partielle de conquérir de nouveaux domaines : elle a été appliquée peu importe le type de clause jugée abusive, aussi bien s'agissant d'une nullité relative qu'absolue et, récemment, en présence d'un vice de consentement.

Cela s'inscrit dans la tendance actuelle de flexibilité des sanctions²⁴⁰, qui ne doivent pas produire d'effets au-delà de ce qui est nécessaire²⁴¹. La réforme du droit des obligations confirme également cette opinion, dans la mesure où les deux hypothèses de nullité partielle y trouvent une assise légale et générale.

On peut donc répondre aux questions posées dans l'introduction par le fait que lorsqu'un contrat est affecté d'un défaut relatif à sa formation, il est possible d'annuler la seule clause illicite mais aussi la seule partie illicite de la clause, ou encore procéder à une réduction. Pour ce faire, il faut respecter trois conditions : la nullité doit être possible, conforme à l'intention des parties et ne pas être interdite par la loi.

On ne peut que s'attendre à ce que la jurisprudence belge continue à préconiser de la souplesse dans la mise en oeuvre des sanctions.

49. - Sévérité en droit de la consommation. Il est expressément prévu par l'article VI.84 du Code de droit économique qu'une clause abusive d'un contrat de consommation est sanctionnée par la nullité de cette seule clause. Toutefois, la Cour de justice se montre réticente à admettre la nullité partielle de la clause, en se basant sur la fonction dissuasive de sa directive. Elle a toutefois admis la suppression du seul élément abusif dans des conditions strictes. On ne peut qu'espérer qu'elle poursuive sur cette lancée, l'objectif de dissuasion

²³⁹ L'objet était donc illicite.

²⁴⁰ P. WERY, « Une nouvelle application ... », *op. cit.*, p. 387 et s, n°1 et s., dans lequel l'auteur parle de sanctions « sur-mesure ».

²⁴¹ T. TANGHE, « Sancties voor onrechtmatige ... », *op. cit.*, p. 1200, n°16.

pouvant être atteint par d'autres moyens qu'une logique de « tout ou rien » en matière de sanctions²⁴².

50. - Incertitude dans les relations B2B. Quant aux contrats B2B, c'est assez nouveau en droit belge. Des incertitudes sont encore présentes quant à l'admission de la deuxième hypothèse de nullité partielle. Les travaux préparatoires de la loi offrent toutefois de précieuses informations sur la façon dont il convient de mettre en oeuvre la sanction de nullité.

Compte tenu de l'évolution du droit belge vers une souplesse et une adaptation aux circonstances de l'espèce, on peut supposer que cette tendance s'étendra également à la matière du B2B.

²⁴² Voy. *ibidem*, p. 1203, n°19.

BIBLIOGRAPHIE

LEGISLATION

1. Belge

Code civil ;

Code de droit économique ;

Loi de du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie ;

Convention du 19 mai 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route ;

Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ;

Loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales ;

Loi du 4 avril 2014 relative aux assurances ;

Loi du 4 avril 2019 « modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises » ;

Projet de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprise, amendement, *Doc. parl., Ch., 2018-2019, n°4151/003* ;

Projet de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl., Ch., 2020-2021, n°1806/001*.

2. Européenne

Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

JURISPRUDENCE

1. Belge

- Cass., 4 janvier 2019, *Pas.*, 2019, p. 30 ;
- Cass. (1ère ch.), 23 novembre 2017, *Pas.*, 2017, p. 2265 ;
- Cass. (plén.), 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 727 ;
- Cass., 23 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 34 ;
- Cass., 3 décembre 2015, *Pas.*, 2015, p. 2773
- Cass., 10 janvier 2014, n° C.13.0123.F ;
- Cass., 9 juin 2006, *Pas.*, 2006, p. 1373 ;
- Cass., 23 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2007, p. 422 ;
- Cass., 7 février 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 152 ;
- Cass., 5 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1146 ;
- Cass., 3 février 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 513 ;
- Cass., 13 octobre 1960, *Pas.*, 1961, I, p. 610 ;
- Cass., 27 février 1959, *Pas.*, 1959, p. 653 ;
- Liège, 25 janvier 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 2000 ;
- Comm. Gand, 1er mars 2017, *R.G.D.C.*, 2018, pp. 234 à 237 ;
- J.P. Kapellen, 3 novembre 2015, *JJP*, 2017, p. 535.

2. Européenne

- C.J.U.E., 29 avril 2021 (Bank BPH), aff. C-19/20 ;
- C.J.U.E., 27 janvier 2021 (Dexia Nederland), aff. C-229/19 ;
- C.J.U.E., 7 novembre 2019 (Kanyeba), aff. C-349/18 ;
- C.J.U.E., 24 octobre 2019 (Topaz), aff. C-211/17 ;

C.J.U.E., 29 mars 2019 (Abanca corporacion Bancaria et Bankia), aff. jointes C-70/17 et C-179/17 ;

C.J.U.E., 7 août 2018 (Banco Santander), aff. C-96/6 ;

C.J.U.E., 17 mars 2016 (Ibercaja Banco), aff. C-613/15 ;

C.J.U.E., 11 juin 2015, (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria), aff. C-602/13 ;

C.J.U.E., 21 janvier 2015 (Unicaja Banco et Caixabank), aff. C-482/13 ;

C.J.U.E., 30 avril 2014 (Kasler et Kaslerné Rabai), aff. C-26/13 ;

C.J.U.E., 30 mai 2013 (Jahani), aff. C-488/11 ;

C.J.U.E., 14 juin 2012 (Banco Espanol de Credito), aff. C-618/10 ;

C.J.U.E., 15 mars 2012 (Pereničová et Perenič), aff. C-453/10 ;

C.J.U.E., 16 novembre 2010 (Pohotovost'), aff. C-76/10 ;

C.J.U.E., 6 octobre 2009 (Asturcom Telecomunicaciones), aff. C-40/08.

DOCTRINE

- BASTIAEN, V. et THOREAU, G., « Les nullités en droit civil », *Les nullités en droit belge : sanctions du vice et conséquences*, E. VIEUJEAN (dir.), Liège, Ed. du jeune Barreau de Liège, 1991, p. 21 ;
- BIQUET, C., *Le crédit hypothécaire aux consommateurs et son environnement légal*, Presses universitaires de Liège, 2021-2022, partim I, pp. 270 et s. ;
- CAUFFMAN, C., « Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité », *R.C.J.B.*, 2007, pp. 430 à 435 ;
- CLAEYS, I. et TANGHE, T., *Algemeen contractenrecht* (2e édition), Intersentia, 2022, pp. 547 à 555 ;
- CLAEYS, I. et TANGHE, T., « De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (partie 1) », *R.W.*, 2019-20, p. 343 ;
- CLAEYS, I., « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », *Sancties en nietigheden*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 312 ;
- DANG VU, T., « De totstandkoming van meerpartijenovereenkomsten vanuit een statisch oogpunt en de toetreding van nieuwe partijen », *Meerpartijenovereenkomsten. Contrats multipartites*, I. SAMOY et P. WERY (ed.), Bruxelles, la Charte, 2013, pp. 47 et s. ;
- DAUBIES, N., LEONARD, T. et PUYRAIMOND, J.-F., « La loi du 4 avril 2019 relative à l'abus de dépendance économique : une quête d'équilibre dans les relations entre entreprises », *Vers des relations entre entreprises plus équilibrées et une meilleure protection du consommateur dans la vente de biens et la fourniture de services numériques ?*, Y. NINANE (dir.), 1ère édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 37 ;
- DAUMEN., L., « L'arrêt Banco Santander du 7 août 2018 – La sanction des clauses abusives et le sort des intérêts du prêt en cas de non- remboursement à l'échéance », note sous C.J.U.E., 7 août 2018, *Rev. Dr. Ulg.*, 2019, liv. 3, pp. 442 à 452 ;
- DE DUVE, E., « Le régime de la nullité des clauses abusives entre entreprises », *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019*, R. JAFFERALI et E. DE DUVE (éd.), Anthemis, 2020, p. 202 ;
- DEMOLIN, P. et DEKEMEXHE, C., « La validité de la clause de non-concurrence applicable pendant l'exécution du contrat de franchise », *J.T.*, 2015, p. 726 ;

- DE SAINT MOULIN, E., « L'étendue de la nullité des clauses instituant une présomption de lien causal entre le manquement et le sinistre », note sous Liège, 25 janvier 2016, *J.L.M.B.*, 2016, pp. 2004 à 2008 ;
- FIEVET, G., « Erreur, dol et lésion qualifiée », *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux*, P. WERY (dir.), 1ère édition, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 92 ;
- GEIREGAT, S., « Verfijning van de transparantie vereiste en duiding van de rol van aanvullend nationaal recht in het EU-recht in zake oneerlijke bedingen », note sous C.J.U.E., 30 avril 2014, *R.G.D.C.*, 2015/3, pp. 157 à 160 ;
- GERMAIN, J.-F. et NINANE, Y., « Examen des mécanismes alternatifs à la nullité totale : nullité partielle, réduction et conversion », *Les nullités en droit privé - États des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 198 à 213 ;
- GERMAIN, J.-F., FORIERS, P.-A., GLANSDORFF, F., KOHL, B., SAMOY, I. et WERY, P., « La réduction du prix en raison d'un incident affectant la conclusion du contrat », *Questions spéciales en droit des contrats*, J.-F. GERMAIN (dir.), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 22 ;
- JAFFERALI, R., « Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude », *J.T.*, 2020, pp. 311-312 ;
- JAFFERALI, R., « Le droit des obligations existe-t-il ? Propos sur les clauses abusives dans les rapports B2B », *R.D.C.*, 2019, pp. 155-156 ;
- JAFFERALI, R., *La rétroactivité dans le contrat*, 1ère édition, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 702 à 734 ;
- KILESTE, P. et STAUDT, C., « Conséquences du non-respect par un contrat de concession du règlement européen d'exemption applicable au secteur de la distribution automobile : un des domaines de prédilection de l'insécurité juridique », note sous Bruxelles, 28 avril 2010, *R.D.C.*, 2011, p. 814 ;
- LAGASSE, S., « Vers un affinement de la jurisprudence en matière de nullité partielle ? », *R.G.D.C.*, 2019, pp. 440 à 448 ;
- LAGASSE, S., « La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence », *J.T.*, 2015/34, pp. 717 à 721 ;
- LEBEAU, S., « Bail d'habitation entre une entreprise et un consommateur : clauses abusives », *Les grands arrêts du droit du bail d'habitation*, N. BERNARD et B. LOUVEAUX (dir.), 1ère édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 319 ;
- MERTENS, D., « Het niet-concurrentiebeding: het mag ietsje meer zijn », note sous Cass., 23 janvier 2015, *D.A.O.R.*, 2015, p. 22 ;

- MIDREZ, L., « L'éviction du droit supplétif en cas d'annulation d'une clause abusive : un malentendu? », *Rev. Dr. Ulg*, Larcier, 2021, p. 244 ;
- MUYLLE, M., « Hoe lang duurt mijn recht van opstal ? », note sous Cass., 15 décembre 2006, *R.W.*, 2007-2008, p. 104 ;
- NOUNCKELE, M., TRUSGNACH, Z. et LAMBINET, F., « Les clauses de non-concurrence en droit commun », *La concurrence loyale et déloyale par le travailleur*, C.-E. CLESSE et S. GILSON (éd.), J.B. Charleroi, 2013, p. 108 ;
- PEERAER, F., *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2019, p. 291 ;
- PEERAER, F., « Ook het Hof van cassatie acht partiële nietigheid mogelijk bij bedrog », *R.G.D.C.*, 2018, p. 213 ;
- PEERAER, F., et STIJNS, S., « La proportionnalité de la nullité : l'inefficacité ou un nouveau souffle pour l'existence ? », *Les nullités en droit privé*, Bruxelles, Anthemis, 2017, pp. 221;
- PEERAER, F., « Ook bedrog kan leiden tot de partiële nietigheid van een overeenkomst », note sous J.P., 3 novembre 2015, *J.J.P.*, 2017, pp. 540-541 ;
- PEERAER, F., « Nietigheid op maat : proportionaliteit en werkzaamheid bij partiële nietigheid, reductie en conversie » *T.P.R.*, 2016, pp. 181 à 189 ;
- PEERAER, F., « Het Hof van Cassatie erkent en bevestigt de mogelijkheid tot reductie van nietige concurrentiebedingen in het gemene recht », *R.G.D.C.*, 2016, p. 192 ;
- PEERAER, F., « Naar een nietigheid op maat : de principiële erkenning van de (mogelijkheid tot) reductie door het Hof van Cassatie », *R.W.*, 2015-16, pp. 1190-1191 ;
- PEERAER, F., « De inhoud van het transparantiegebod en de mogelijkheid tot aanvulling van intransparante kernbedingen in richtilijn nr. 93/13 », note sous C.J.U.E., 30 avril 2014, *R.D.C.*, 2015, p. 698. ;
- PEERAER, F., « Het volledige verbod op herziening van onrechtmatige bedingen: de botte bijl van het Hof van Justitie ? », note sous C.J.U.E., 14 juin 2012, *R.G.D.C.*, 2013, pp. 324 à 331 ;
- SIMLER, Ph., « La nullité des actes juridiques », *Bibliothèque de droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 8 ;
- SNYERS, A., « De rechterlijke matiging van een niet-concurrentiebeding in een acquisitieovereenkomst », *R.D.C.*, 2016, p. 374 ;

- SWAENEPOEL, E., STIJNS, S. et WERY, P., « Onrechtmatige bedingen. - Clauses abusives », *D.C.C.R.*, 2009/3, p. 188 ;
- TANGHE, T., « Sancties voor onrechtmatige bedingen in ondernemingscontracten in het licht van de b2b-wet van 4 april 2019 », *R.D.C.*, 2019, pp. 1199 à 1207 ;
- TANGHE, T., « Gedeeltelijke vernietiging/matiging van ongeoorloofde concurrentieclausules », note sous Cass., 25 juin 2015, *R.D.C.*, 2016, pp. 387 à 392 ;
- TANGHE, T., *Gedeeltelijke ontbinding et vernietiging van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 135 à 183 ;
- TERRYN, E., « Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen », *Nieuw economisch recht in b2b-relaties*, W. DEVROE, B. KEIRSBILCK et E. TERRYN (éd.), Anvers/Gand, Cambridge/Intersentia, 2020, p. 119 ;
- VANDENBERGHE, N., « Les clauses abusives et leurs sanctions », *Contrats et protection des consommateurs*, C. VERDURE (dir.), Anthemis, 2016, p. 69 ;
- VAN ZUYLEN, J., « La réduction des clauses illicites », *Les Pages*, 2015/5, p. 1 ;
- WERY, P., *Droit des obligations - Volume 1*, 3e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 338 à 371 ;
- WERY, P., « Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel : la nullité partielle d'une clause illicite », note sous Cass., 25 juin 2015, *R.C.J.B.*, 2016, pp. 387 à 422 ;
- WERY, P., « La régularisation du contrat entaché de nullité », *J.L.M.B.*, 2016, pp. 295 à 297 ;
- WEYTS, B. et VANSWEEVELT, T., *Handboek Verzekeringsrecht*, Intersentia, 2016, p. 400.