

Le recul de l'ordre public en tant que cause d'annulation du contrat

Auteur : Graitson, Hugo

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 : 2022-2023

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/16816>

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.

Le recul de l'ordre public en tant que cause d'annulation du contrat

Hugo GRAITSON

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit privé

Année académique 2022-2023

Recherche menée sous la direction de :

Madame Christine BIQUET

Professeur ordinaire

RESUME

La jurisprudence de la Cour de cassation, entérinée par l'adoption des Livres 1^{er} et 5 du Code civil, témoigne d'un recul de l'ordre public en tant que cause d'annulation du contrat. Tantôt déploré, tantôt approuvé par la doctrine, ce déclin se manifeste par trois phénomènes que nous examinerons successivement.

En premier lieu, la jurisprudence de la Cour de cassation a restreint le contrôle de licéité du contrat aux seuls prismes de son objet et de sa cause. L'exigence de conformité à l'ordre public s'en trouverait privée de toute existence propre. Si le législateur entendait initialement entériner cette approche à l'article 1.3, alinéa 3, du Code civil, disposition qui succède à l'article 2 de l'ancien Code civil, les critiques l'ont conduit, par un amendement, à conserver la substance du libellé de cette dernière disposition. L'analyse démontre toutefois qu'il s'agit, dans son chef, davantage d'une concession en trompe-l'œil que d'une véritable remise en question.

Deuxième manifestation du recul de l'ordre public : sa violation n'est plus automatiquement sanctionnée par la nullité. D'une part, la prohibition de l'abus de droit, désormais consacrée par l'article 1.10 du Code civil, est de nature à tenir en échec une action en nullité fondée sur la violation d'une règle d'ordre public. D'autre part, selon la Cour de cassation, la nullité ne doit plus être prononcée lorsqu'elle est manifestement inappropriée au regard du but poursuivi par la norme violée. Si cette solution a été retenue par l'article 5.57, alinéa 2, du Code civil, d'aucuns formulent plusieurs reproches à l'encontre de cette disposition.

Enfin, privée de son caractère inéluctable, la nullité se voit en outre réduite dans son étendue. Elle peut en effet n'être que partielle et se borner à ne frapper que la seule clause illicite du contrat, voire la seule partie illicite de cette clause. Cette approche se trouve consacrée à l'article 5.63, alinéa 1^{er}, du Code civil et est soumise au respect de plusieurs conditions. Majoritairement admise, cette solution se heurte toutefois aux réticences de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de clauses abusives dans les contrats B2C.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier le Professeur Biquet qui, par la qualité de ses enseignements, a su me transmettre sa passion pour le droit des obligations et des contrats.

Je remercie également le Professeur Biquet, ainsi que Madame Thérasse, pour leur encadrement attentif et leurs conseils structurants, lesquels m'ont été d'une aide précieuse durant la rédaction de ce travail.

J'adresse par ailleurs mes remerciements à mes parents et ma mamy, dont je sais déjà la relecture minutieuse.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION GENERALE	8
CHAPITRE 1 – LE CONTROLE DE LICEITE SOUS LES SEULS PRISMES DE L’OBJET ET DE LA CAUSE	10
SECTION 1 – LA LICEITE DE L’OBJET	10
SECTION 2 – LA LICEITE DE LA CAUSE.....	15
SECTION 3 – ABSENCE D’AUTONOMIE DE LA CONDITION DE LICEITE ?	18
CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	24
CHAPITRE 2 – L’ABSENCE D’AUTOMATICITE DE LA NULLITE	25
SECTION 1 – LA PROHIBITION DE L’ABUS DE DROIT.....	25
SECTION 2 – LE CARACTÈRE MANIFESTEMENT INAPPROPRIÉ DE LA NULLITÉ	30
<i>Sous-section 1 – Le régime et les fondements de l’article 5.57, alinéa 2, du Code civil.....</i>	<i>30</i>
<i>Sous-section 2 – Analyse critique</i>	<i>33</i>
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	37
CHAPITRE 3 – LA NULLITE PEUT N’ETRE QUE PARTIELLE	38
SECTION 1 – L’ANNULATION SEULEMENT PARTIELLE DU CONTRAT ENTACHÉ D’UNE ILLICÉITÉ	38
SECTION 2 – LA RÉDUCTION DE LA CLAUSE ILLICITE	44
CONCLUSION DU CHAPITRE 3.....	50
CONCLUSION GENERALE	51
BIBLIOGRAPHIE	53

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. La condition de licéité. Le législateur érige l'autonomie des volontés en véritable pierre d'angle de notre droit des obligations. Ce principe induit celui non moins fondamental de la liberté contractuelle qui implique notamment le pouvoir, pour les parties, de donner au contrat le contenu de leur choix. Source créatrice d'obligations et d'autres effets de droit, la volonté des parties n'est toutefois pas infinie. Elle se heurte notamment à la condition de licéité consacrée par l'article 1.3, alinéa 3, du Code civil aux termes duquel il est, de manière générale, interdit de déroger à l'ordre public¹. Mais de quoi l'ordre public est-il le nom ? Il nous faut tracer les contours de cette notion phare et définir les conséquences de sa violation, eu égard à la place centrale qu'elle occupera au sein de notre étude.

2. L'ordre public et la nullité absolue. Depuis l'entrée en vigueur du Livre 5 du Code civil, l'ordre public est défini à l'article 1.3, alinéa 4, de ce Code en ces termes : « Est d'ordre public la règle de droit qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose la société, telles que l'ordre économique, moral, social ou environnemental »². Les bonnes mœurs, antérieurement visées à l'article 2 de l'ancien Code civil³ se trouvent désormais incluses dans ce concept⁴. N'intéressent en revanche pas l'ordre public les règles impératives édictées, aux termes de l'article 1.4, alinéa 5, « pour la protection d'une partie réputée plus faible par la loi ». Dans le cadre du présent travail, l'emploi du syntagme *ordre public*⁵ désignera par conséquent l'ordre

¹ L'article 1.3, alinéa 3, dispose également qu'on ne peut déroger aux règles impératives ; comme nous l'expliquerons *infra*, n°2, c'est toutefois l'ordre public *sensu stricto* qui fera l'objet du présent travail. Par ailleurs, sur l'autonomie des volontés et la liberté contractuelle ainsi que les limites auxquelles ces deux principes se heurtent, voy. not. T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Verbintenissenrecht*, Mortsels, Intersentia, 2019, p. 129 à 142, n°205 à 225.

² Nous remarquons que l'ordre environnemental et l'ordre social sont désormais englobés dans la notion d'ordre public ; s'agit-il d'un renforcement de la notion d'ordre public ? Même si la question mérite d'être posée, elle ne fera pas l'objet du présent travail. Voy. toutefois, à cet égard, F. GEORGE, « Objet, cause et régime des nullités », *La réforme du droit des obligations. Présentation générale des Livres 1^{er} et 5 du nouveau Code civil*, T. Derval, R. Jafferalli et B. Kohl (dir.), Bruxelles, Larcier, 2023, p. 256, n°6 ; R. JAFFERALLI, « La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés », *J.T.*, 2023, p. 37, n°39.

³ Les bonnes mœurs étaient visées, plus anciennement encore, à l'article 6 de l'ancien Code civil.

⁴ Proposition de loi portant le Livre 1er « Dispositions générales » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1805/1, p. 30 ; F. GEORGE, *op. cit.*, p. 256, n°6 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, 3^e éd., Mortsels, Intersentia, 2023, p. 85 à 86, n°82 ; R. JAFFERALLI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 37, n°39 ; J. VAN MEERBEECK, « L'objet, la cause et la nullité », *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Jafferalli, R. (dir.), Bruxelles, Larcier, 2022, p. 150, n°13 ; O. JANSSENS, « La formation statique du contrat : conditions de validité et régime de la nullité », *Le nouveau droit des obligations*, B. Kohl et P. Wéry (dir.), Anthémis, Liège, 2022, p. 63, n°35. Dans un arrêt régulièrement cité en doctrine, la Cour d'appel de Liège définit la notion de bonnes mœurs comme « une morale coutumière, faite d'habitudes et de traditions d'un peuple [...] en évolution constante avec l'état d'esprit d'une civilisation ». Les bonnes mœurs sont donc un concept évolutif. La cour d'appel ajoute toutefois que « le relâchement des mœurs, pas plus que l'amointrissement de la loyauté ou l'aggravation de la criminalité ne suffisent à [...] légitimer » des comportements que cette morale continue à désapprouver (Liège, 22 novembre 1979, *J.L.*, 1980, p. 1 à 2, cité notamment par P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, vol. 1 : *Sources des obligations (deuxième partie)*, Coll. Traité de droit civil belge, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 359, n°217).

⁵ Il en ira de même concernant l'emploi du substantif *illicéité* ainsi que de ses dérivés.

public *sensu stricto*, en ce compris les bonnes mœurs, mais à l'exclusion des règles simplement impératives⁶.

Nous l'avons dit : le respect de l'ordre public conditionne la validité du contrat. Sa violation doit par conséquent être sanctionnée. À cet égard, l'article 5.57, alinéa 1^{er}, du Code civil dispose qu'« Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul ». Lorsque l'ordre public est méconnu, c'est l'intérêt général lui-même qui est écorché. Conformément à l'article 5.58, alinéa 1^{er}, la nullité dont sera frappé le contrat sera donc absolue, avec pour conséquence qu'aux termes de cette même disposition, toute personne justifiant d'un intérêt pourra s'en prévaloir⁷. La nullité fera disparaître le contrat avec effet rétroactif, en vertu de l'article 5.62 du Code civil qui dispose que « L'annulation du contrat prive celui-ci d'effets depuis la date de sa conclusion » et que « Les prestations fournies en vertu de celui-ci donnent lieu à restitution »⁸.

3. Position de la question. La nullité est donc une sanction redoutable qui s'accompagne souvent d'importantes pertes financières⁹. Dans la doctrine, nombre d'auteurs pointent donc du doigt le caractère disproportionné de ses effets ainsi que leur inadéquation avec les objectifs du législateur¹⁰. Ce vent d'indignation a finalement pénétré le prétoire de la Cour de cassation, laquelle a pris soin de s'en faire l'écho. Notre Cour suprême a en effet élaboré trois mécanismes, désormais coulés dans la loi, permettant de pallier les conséquences de la nullité jugées excessives.

Nous aborderons ces mécanismes successivement. Il s'agit de la restriction du contrôle de licéité aux seuls prismes de la cause et de l'objet (chapitre 1), de l'absence d'automaticité de la nullité (chapitre 2) et du fait que celle-ci peut n'être que partielle (chapitre 3). Nous présenterons leur régime et détaillerons dans quelle mesure ils témoignent d'un recul de l'ordre public en tant que cause d'annulation du contrat. En effet, s'ils offrent une approche plus équilibrée de la nullité, ces mécanismes ont toutefois un prix : celui de la compromission de la sauvegarde de l'intérêt général.

⁶ Sous réserve de ce que nous expliquerons *infra*, n°46, concernant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de clauses abusives.

⁷ *A contrario*, seule la partie protégée peut agir en nullité lorsque celle-ci est relative ; à cet égard et concernant les autres différences entre la nullité absolue et la nullité relative, voy. R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 37 à 38, n°39 ; J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, p. 160 à 161, n°33.

⁸ Sur cette disposition, voy. not. O. JANSSENS, *op. cit.*, p. 71, n°49.

⁹ Voy. en ce sens : T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Mortsels, Intersentia, 2015, p. 130, n°141.

¹⁰ Voy. not. les auteurs cités *infra*, aux n°15 et 28 du présent travail.

CHAPITRE 1 – LE CONTRÔLE DE LICÉITÉ SOUS LES SEULS PRISMES DE L’OBJET ET DE LA CAUSE

4. Propos introductif. Nous avons énoncé ci-dessus qu’il était, de manière générale, interdit de déroger à l’ordre public. En matière contractuelle, cette exigence de licéité est plus spécifiquement visée par l’article 5.27 du Code civil qui institue l’objet¹¹ et la cause licites en deux des quatre conditions de validité auxquelles chaque contrat doit satisfaire au moment de sa formation. Après un examen du contenu de ces deux conditions de validité (sections 1 et 2), nous nous intéresserons à la jurisprudence de la Cour de cassation, dont le Livre 5 suit, selon la doctrine majoritaire, le sillage et qui restreint le contrôle de licéité du contrat aux seuls prismes de son objet et de sa cause (section 3).

SECTION 1 – LA LICEITE DE L’OBJET

5. Introduction et plan. En vertu de l’article 5.27, alinéa 1^{er}, 3^o, du Code civil, l’objet licite est la troisième condition requise pour qu’un contrat soit valable. Nous entamerons la présente section en définissant la notion d’objet et en distinguant les composantes (numéro 6). Nous verrons ensuite que le législateur a fait le choix, à l’article 5.51 du Code civil, de placer le contrôle de licéité sur l’objet de l’obligation (numéro 7). Nous analyserons ensuite si, et dans quelle mesure, les autres composantes de l’objet sont soumises au contrôle de licéité (numéros 8 et 9).

6. Objet tricéphale. L’objet est donc une des quatre conditions essentielles de validité du contrat. Frappée de polysémie, cette notion se décline en trois niveaux d’analyse ou concepts ; l’objet peut désigner celui du contrat, de l’obligation ou de la prestation¹². Le Livre 5 dissipe la confusion qui régnait au sein des dispositions que lui consacrait législateur de 1804 en distinguant de manière claire les différents volets de ce triptyque¹³.

Tout d’abord, l’article 5.46, alinéa 1^{er}, du Code civil définit l’objet du contrat comme « les obligations ou les autres effets de droit que visent les parties »¹⁴. Cette définition invite à

¹¹ Pour information, sous l’empire de l’ancien Code civil, bien qu’unaniment admise par la jurisprudence et la doctrine, la nécessité d’un objet licite n’était pas expressément consacrée par la loi. À cet égard, voy. not. T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *op. cit.*, p. 231, n°364 ; L. CORNELIS, R. FELTKAMP et A. FRANÇOIS, « Le droit privé au service d’une société durable : rêve ou réalité démocratique ? », *R.D.C.*, 2021, p. 142 à 143, n°34 ; L. CORNELIS, « Mal aimé, mal armé : l’ordre public en droit privé », note sous Cass. (1^{re} ch.), 30 janvier 2015, *R.C.J.B.*, 2017, p. 203 à 204, n°25.

¹² I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 266 à 267, n°303 ; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht - Boek 1*, Bruges, die Keure, 2022, p. 125, n°131 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1 : *Théorie générale du contrat*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 279, n°281. À propos de cette polysémie, mais avec une conception bicéphale de l’objet, voy. P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 303 à 304, n°180.

¹³ R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 31 à 32, n°29 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 266, n°303.

¹⁴ Sous l’ancien Code civil, d’aucuns confinaient toutefois l’objet du contrat aux seules obligations caractéristiques de celui-ci, voire à son obligation principale (P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 303 à 304, n°180). D’autres considéraient que le contrat n’avait en réalité pas d’objet et que c’était par le biais d’une « ellipse » que l’ancien Code civil semblait lui en attribuer un alors qu’il désignait en réalité l’ensemble des obligations qu’il produit (O. DELOGNE, « Le contrat d’assurance incendie sous le prisme de la théorie de l’objet illicite :

distinguer l'obligation, à savoir le lien de droit en vertu duquel un créancier peut exiger d'un débiteur l'exécution d'une prestation¹⁵, des autres règles que se fixent les parties pour régir leurs relations contractuelles¹⁶. Lorsqu'elles concluent un contrat, les parties ne tendent en effet pas exclusivement à faire naître des obligations entre elles¹⁷. Elles peuvent viser d'autres effets juridiques, en insérant par exemple des clauses d'élection de for, d'exonération de la responsabilité, de prescription¹⁸ ainsi que des termes et des conditions¹⁹.

Situé à un niveau d'analyse inférieur, l'objet de l'obligation réside quant à lui, aux termes de l'article 5.46, alinéa 2, dans « une prestation qui peut consister à faire ou ne pas faire quelque chose, à donner quelque chose ou à garantir²⁰ quelque chose » Il se compose donc des prestations promises²¹, de ce à quoi le débiteur s'oblige²². Ainsi, le plus souvent et nécessairement dans le cadre d'un contrat synallagmatique, le contrat fait naître plusieurs obligations aux objets différents²³.

À son tour, la prestation promise est elle-même dotée d'un objet, au sens concret du terme : le bien, l'action ou l'abstention²⁴. Par exemple, dans le cadre d'un contrat de vente, l'objet de l'obligation du vendeur est la livraison du bien acheté et l'objet de cette prestation est le bien acheté lui-même²⁵. Cet objet matériel est notamment visé par les articles 5.48 et 5.50 du Code civil qui ont respectivement trait aux choses dans le commerce²⁶ et aux choses futures²⁷.

7. La licéité de la prestation promise. La nature tricéphale de l'objet implique de déterminer si tous ses volets tombent sous la coupe du contrôle de licéité. S'inscrivant dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour de cassation²⁸, le législateur estime que la condition de licéité ne peut déployer ses effets qu'à travers l'objet de l'obligation²⁹. C'est donc la prestation

jurisprudence récente de la cour de cassation », note sous Cass. (1^{re} ch.), 19 mai 2005, *R.G.A.R.*, 2006, p. 14117). Contredite par l'article 5.46, alinéa 1^{er}, précité, cette dernière approche nie l'existence d'autres effets juridiques que pourraient viser les parties.

¹⁵ Voy. not. S. STIJNS, *op. cit.*, p. 4, n°4.

¹⁶ F. GEORGE, *op. cit.*, p. 257, n°7 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 266 à 267, 301 à 302 et 436 à 437, n°303, 352 et 528.

¹⁷ J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, p. 147, n°5.

¹⁸ Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 52 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 301 et 437, n°352 et 528.

¹⁹ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 301, n°352.

²⁰ Le triptyque traditionnel – *facere, non facere, dare* – est donc désormais complété par l'obligation de garantir quelque chose, à cet égard, voy. R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 32, n°29.

²¹ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 267, n°303 ; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 125, n°131 ; P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 279, n°281 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *op. cit.*, p. 216 à 217, n°337.

²² F. GEORGE, *op. cit.*, p. 257, n°7.

²³ P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 279, n°281 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *op. cit.*, p. 217, n°337.

²⁴ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 267, n°303 ; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 125, n°131.

²⁵ S. STIJNS, *op. cit.*, p. 125, n°131, note n°151 ; R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 32, n°29.

²⁶ Nous y reviendrons *infra*, n°8.

²⁷ R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 32, n°29, note n°185.

²⁸ Voy. not. Cass. (1^{re} ch.), 19 mai 2005, *R.G.A.R.*, 2006, p. 141243, note O. Delogne ; Cass. (1^{re} ch.), 30 janvier 2015, *R.C.J.B.*, 2017, p. 203 à 204, note L. Cornelis ; Cass. (1^{re} ch.), 7 novembre 2019, *J.T.*, 2020, p. 893, obs. E. de Duve ; *R.G.D.C.*, 2020, p. 475, note F. Peeraer ; Cass. (1^{re} ch.), 18 mars 2022, *J.L.M.B.*, 2022, p. 1846, obs. M. Borecque.

²⁹ R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 33, n°31 qui écrit que seule compte l'illicéité de la prestation elle-même ; cette affirmation est corroborée par les écrits des auteurs cités dans la note infrapaginale suivante ainsi

promise qui doit être conforme à l'ordre public³⁰. Le critère développé par la Cour de cassation et désormais consacré par l'article 5.51 du Code civil³¹ est dual : la prestation est illicite lorsqu'elle crée ou maintient une situation qui est contraire à l'ordre public³².

La jurisprudence de la Cour de cassation fournit plusieurs exemples de prestations illicites. Peut notamment être mentionné l'arrêt du 22 janvier 2021³³. Dans cet arrêt, la Haute Cour a considéré que créait une situation contraire à l'ordre public l'attribution, en méconnaissance des articles 49 et 56 du T.F.U.E.³⁴, d'une concession de services présentant un intérêt transfrontalier à un opérateur économique national. Dans son arrêt du 15 juin 2007³⁵, la Cour a par ailleurs considéré que créait et maintenait une situation illicite le contrat de location de chambres, de studios et d'appartements destinés à l'exploitation de la prostitution d'autrui. Selon F. George, est également illicite « l'engagement de tuer quelqu'un, de se convertir à telle religion, de voter dans tel sens lors des élections »³⁶.

Cette approche et le critère binaire susvisé ont pour conséquence que la prestation promise n'est pas nécessairement illicite lorsque l'objet matériel auquel elle se rapporte contrevient à l'ordre public³⁷ ; les cas de nullité en sont de la sorte restreints³⁸. Ainsi jugé que l'objet d'un contrat d'assurance couvrant le risque d'incendie d'un bungalow construit sans permis d'urbanisme est licite en ce qu'il n'a pas pour effet de créer ou de maintenir une situation

que par les arrêts cités dans la note infrapaginale précédente ; voy. également F. GEORGE, *op. cit.*, p. 258 et 262, n°7 et 12.

³⁰ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 267, n°304 ; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 125, n°131 ; P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 279, n°282 ; L. CORNELIS, « Rien ne va plus : het normdoel », *Entre tradition et pragmatisme*, R. Jafferli, E. Van den Haute et P. Foriers (dir.), 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 234.

³¹ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 271, n°313 ; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 129, n°136. L'article 5.51 du Code civil dispose que « La prestation est illicite lorsqu'elle crée ou maintient une situation qui est contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives ».

³² Cass. (1^{re} ch.), 19 mai 2005, *R.G.A.R.*, 2006, p. 141244 note O. Delogne ; Cass. (1^{re} ch.), 30 septembre 2021, *R.W.*, 2021-2022, p. 1517, note A. Keukeleire ; Cass. (1^{re} ch.), 18 mars 2022, *J.L.M.B.*, 2022, p. 1846, obs. M. Borecque ; F. GEORGE, *op. cit.*, p. 262, n°13 ; P. COLSON et F. GEORGE, « Les livres 1^{er} et 5 du Code civil », *Le nouveau Code civil*, L. Nicolini (dir.), Limal, Anthemis, 2023, p. 168, n°36 ; S. STIJNS et S. DE REY, *op. cit.*, p. 936, n°27 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 271, n°313 ; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 129, n°136 ; J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, p. 149, n°12 ; N. VAN DAMME, « Le point sur le sort de l'assurance se rapportant à une activité ou une situation illicite », *For. Ass.*, 2022, p. 177, n°6 ; P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 286, n°289 ; L. CORNELIS, R. FELTKAMP et A. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 143 à 144, n°34.

³³ Cass. (1^{re} ch.), 22 janvier 2021, *R.W.*, 2021-2022, note D. Willems, p. 998 à 1005 ; cet exemple nous est fourni par R. JAFFERLI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 33, n°31. Nous abordons également cet arrêt *infra*, n°32, car il constitue une application anticipée de l'article 5.57, alinéa 2, du Code civil.

³⁴ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

³⁵ Cass., 15 juin 2007, *T. Straf.*, 2008, p. 447 à 457, note B. Ketels en G. Vermeulen ; cet exemple nous est fourni par S. STIJNS, *op. cit.*, p. 129, n°136, note n°185.

³⁶ F. GEORGE, *op. cit.*, p. 262, n°12.

³⁷ F. GEORGE, *op. cit.*, p. 262, n°12 I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 271, n°313 ; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 129, n°136 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *op. cit.*, p. 235 à 236, n°373.

³⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 333, n°316-1 ; L. CORNELIS, « Mal aimé, mal armé ... », *op. cit.*, p. 204, n°26.

contraire à l'ordre public³⁹. Il en va de même pour le contrat d'assurance couvrant le risque de vol de diamants importés sans avoir accompli les formalités fiscales requises⁴⁰.

Le contrôle de licéité est donc limité par le législateur à la seule prestation promise qui crée ou maintient une situation illicite. Il convient donc d'examiner la situation des deux autres volets de l'objet que sont l'objet du contrat, dans son versant relatif aux autres effets de droit visés par les parties⁴¹, et l'objet sur lequel porte la prestation. Malgré le filtre de l'article 5.51, l'illicéité de ces deux composantes reste, dans une certaine mesure, susceptible d'être sanctionnée.

8. L'illicéité de l'objet concret de la prestation peut-elle être sanctionnée ? Concernant l'objet concret de la prestation, il convient d'avoir égard à l'exigence selon laquelle celui-ci doit nécessairement se trouver dans le commerce. En d'autres termes, cet objet doit pouvoir servir de matière à un acte juridique, chose dont sont par exemple insusceptibles les biens du domaine public et l'état des personnes⁴². Constituent également des cas de *res extra commercium* le taureau dont la viande a été déclarée impropre à la consommation à la suite de l'administration illégale d'hormones⁴³ et les stupéfiants⁴⁴. Consacrée par l'article 5.48 du Code civil, cette exigence est considérée comme étant une expression particulière de la condition de licéité⁴⁵. Dans cette mesure, même si l'article 5.51 exclut l'objet de la prestation du contrôle de licéité, la contrariété de ce dernier à l'ordre public est, selon nous, susceptible d'être sanctionnée à l'aune de l'article 5.48.

³⁹ Cass. (1^{re} ch.), 19 mai 2005, *R.G.A.R.*, 2006, p. 14117 à 14125, note O. Delogne.

⁴⁰ Anvers, 20 mars 2008, *N.J.W.*, p. 739 à 740, note B. Schoenaerts ; il en aurait toutefois été autrement si le contrat d'assurance avait eu pour conséquence directe le maintien ou la création d'une situation illicite. Créée par exemple une telle situation le contrat d'assurance qui couvre les risques pénaux liés à l'exportation en contrebande de diamants en violation de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances qui, en son article 155, prohibe la couverture d'amendes ou de transactions pénales. Concernant le maintien d'une situation illicite, il s'agit par exemple de l'assurance incendie souscrite par un narcotrafiquant qui obligerait l'assureur à fournir des prestations en nature pour assurer la continuité de l'activité illicite en cas de survenance du risque. À cet égard, voy. N. VAN DAMME, *op. cit.*, p. 178, n°7.

⁴¹ Selon nous, l'autre versant de l'objet du contrat ne pose pas de difficulté. Pour rappel, il est composé des obligations, le cas échéant caractéristiques, ou de l'obligation principale que le contrat fait naître. En effet, le contrat qui ne crée que des obligations a nécessairement pour objet, par ricochet, l'objet de ces obligations elles-mêmes, à savoir la prestation promise. En ce sens, voy. T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *op. cit.*, p. 216 à 217, n°337.

⁴² P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 285 à 286, n°288 ; les biens du domaine public ne sont que relativement hors commerce, contrairement à l'état des personnes qui l'est absolument.

⁴³ Cass. (1^{re} ch.), 10 décembre 1998, *R.G.D.C.*, 2000, p. 65 à 66 ; F. GEORGE, *op. cit.*, p. 260, n°9 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 271, n°312 ; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 125, n°133 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *op. cit.*, p. 233, n°368 ; P. VAN OMMESLAGHE, p. 304, n°181.

⁴⁴ F. GEORGE, *op. cit.*, p. 260, n°9.

⁴⁵ P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 285-287, n°288 et 289 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *op. cit.*, p. 231, n°364.

9. L'illicéité des autres effets de droit du contrat peut-elle être sanctionnée ? Il convient en outre de se demander si les autres effets de droit visés par les parties⁴⁶, ne pouvant être qualifiés d'obligations, échappent à tout contrôle⁴⁷.

Nous ne le pensons évidemment pas. Il apparaît en effet que les diverses règles que les parties peuvent stipuler pour encadrer leurs relations contractuelles se trouvent régies par d'autres dispositions particulières⁴⁸. Ainsi, la clause qui contraindrait une partie à ester en justice devant un autre juge que celui exclusivement compétent en vertu des articles 627 à 629*bis* du Code judiciaire serait nulle de plein droit en vertu de l'article 630, alinéa 1^{er}, du même Code⁴⁹. La clause qui exonérerait le débiteur de sa faute intentionnelle serait réputée non écrite⁵⁰ sur pied de l'article 5.89, § 1^{er}, alinéa 3, 1^o, du Code civil⁵¹. Celle par laquelle le débiteur renoncerait anticipativement à la prescription serait nulle sur pied de l'article 2220 de l'ancien Code civil⁵².

À cet égard, la condition, qu'elle soit résolutoire ou suspensive, constitue toutefois un écueil. En effet, à la différence de l'article 1172 de l'ancien Code civil qui frappait de nullité tant la condition impossible que la condition illicite, l'article 5.140 du Code civil se borne à ne sanctionner que la condition impossible, écartant de la sorte la condition illicite de son champ d'application⁵³. En réalité, concernant cette dernière, l'exposé des motifs renvoie au régime général des nullités et, plus précisément, aux articles 5.51 et 5.56 précités⁵⁴. Or, dans la mesure où elle ne constitue pas une obligation dont découle une prestation promise, la

⁴⁶ Pour rappel, ces autres effets de droit résident par exemple dans les clauses d'élection de for, d'exonération de la responsabilité, de prescription ainsi que dans les termes et les conditions ; à cet égard, voy. *supra*, n°6.

⁴⁷ La mise en exergue de cette problématique nous est inspirée par I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 266 à 267 et 436 à 438, n° 303 et 528 à 529 ; comp. R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 35, n°37, qui propose une solution en assimilant la notion de « prestation » à celle de « clause » de sorte qu'un contrôle de leur licéité serait possible sur pied de l'article 5.13, alinéa 1^{er}, du Code civil. Nous nous demandons toutefois comment la portée de cette disposition, aussi large soit-elle, pourrait permettre à une clause de passer le filtre de l'article 5.51 si elle ne crée aucune obligation, partant aucune prestation promise.

⁴⁸ En ce sens, voy. I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 436 à 437, n°528 qui écrivent que les parties peuvent viser d'autres effets juridiques que des obligations pour autant qu'elles respectent les règles impératives et d'ordre public et, plus loin, que le juge n'est pas obligé de mettre ces effets juridiques en œuvre.

⁴⁹ L'article 630, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire dispose en effet qu'« Est nulle de plein droit toute convention contraire aux dispositions des articles 627, 628, 629, 629*bis* et antérieure à la naissance du litige. » ; à cet égard, voy. G. CLOSSET-MARCHAL, « Les accords procéduraux et le procès civil », *R.G.D.C.*, 2012, p. 128, n°11 à 12.

⁵⁰ Il s'agit d'une forme de nullité partielle, voy. article 63, alinéa 2, du Code civil qui dispose que la clause réputée non écrite par la loi, une fois annulée, laisse subsister le reste du contrat.

⁵¹ L'article 5.89, § 1^{er}, alinéa 3, 1^o, du Code civil dispose en effet que « Sont [...] réputées non écrites les clauses qui exonèrent le débiteur [...] de sa faute intentionnelle ou de celle d'une personne dont il répond » ; relativement à cette disposition, voy. R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 51, n°61.

⁵² L'article 2220 de l'ancien Code civil dispose en effet qu'« On ne peut, d'avance, renoncer à la prescription: on peut renoncer à la prescription acquise » ; à cet égard, voy. M. MARCHANDISE, *La prescription*, Coll. Traité de droit civil belge, t. 4, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 310, n°252.

⁵³ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 302 et 509 à 510, n°353 et 621 ; A. BRIEGLEB et C.-E. LAMBERT, « La condition et le terme », *Le nouveau droit des obligations*, B. Kohl et P. Wéry (dir.), Anthémis, Liège, 2022, p. 336 à 337, n°14.

⁵⁴ Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 171.

condition nous paraît insusceptible d’être soumise au contrôle de licéité sous l’angle de l’objet⁵⁵.

SECTION 2 – LA LICEITE DE LA CAUSE

10. Introduction et plan. L’article 5.27, alinéa 1^{er}, 4°, du Code civil fait de la cause licite la quatrième condition de validité du contrat. L’exigence de licéité de la cause est précisée par l’article 5.56 du même Code qui dispose que celle-ci « est illicite quand elle est contraire à l’ordre public ou à des dispositions légales impératives ». Cette exigence de licéité est indissociable de la notion qui se trouve en son centre : la cause⁵⁶. L’objet de la présente section est donc d’en tracer les contours. Nous aborderons dans un premier temps la définition uniforme que le législateur a choisi d’entériner (numéro 11). Nous analyserons ensuite les critères énoncés par cette définition, à savoir l’exigence de mobiles déterminants (numéro 12) et la nécessité que ces mobiles soient communs (numéro 13).

11. Définition de la cause. Le législateur a choisi d’entériner la définition de la cause retenue par la doctrine⁵⁷ et la jurisprudence⁵⁸. L’article 5.53 dispose en effet que « La cause s’entend des mobiles qui ont déterminé chaque partie à conclure le contrat, dès lors qu’ils sont connus ou auraient dû l’être de l’autre partie ». La cause s’entend, en d’autres termes, des motifs qui ont conduit les parties à contracter⁵⁹. Avec cette définition, le législateur a opté pour une conception uniforme qui recouvre les différentes exigences que doit remplir la cause, en ce compris celle de licéité⁶⁰. Pour pouvoir être pris en considération dans l’appréciation de la conformité de la cause à l’ordre public, les motifs susvisés doivent donc répondre aux conditions de l’article 5.53 du Code civil énoncées ci-après⁶¹.

12. Les mobiles doivent être déterminants. Les mobiles ne peuvent pas être seulement accessoires ou secondaires⁶². Ils doivent être déterminants, en ce sens qu’en leur absence, les parties n’auraient pas contracté du tout⁶³. L. Cornelis, R. Feltkamp et A. François reprochent à cette condition de constituer une restriction au contrôle de licéité⁶⁴. F. George considère

⁵⁵ I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 267 à 268, 302 et 509 à 510, n°305, 352 et 621 ; à moins, bien entendu, que l’illicéité de la condition ne rejaille sur la prestation elle-même.

⁵⁶ R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 35, n°35.

⁵⁷ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 281 à 282, n°328 ; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 134, n°142 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 341 à 342, n°204.

⁵⁸ Cass. (1^{re} ch.), 7 mai 2020, *R.G.D.C.*, 2021, p. 373.

⁵⁹ F. GEORGE, *op. cit.*, p. 273, n°25 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 282, n°329 ; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 134, n°142 ; P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 302, n°296 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *op. cit.*, p. 247, n°387 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 328, n°195.

⁶⁰ R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 34, n°34.

⁶¹ R. JAFFERALI, *ibidem*, p. 34 à 35, n°34 à 35.

⁶² P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 313, n°305 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 373 à 374, n°229.

⁶³ R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 34, n°34, note 228 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 284, n°331 ; en ce sens également, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 313, n°305, note 513.

⁶⁴ L. CORNELIS, R. FELTKAMP et A. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 142, n°33 ; en lisant ces auteurs, nous pensons qu’à leurs yeux, la prise en compte des mobiles accessoires ou secondaires permettrait de mieux appréhender les contrats sur la base desquels les entreprises contribuent au dérèglement climatique et, de ce fait, violent l’ordre public (environnemental). Toutefois, le fait – inconscient ou non – que ces entreprises participent au réchauffement du climat par leurs activités économiques constitue selon eux un mobile déterminant, et non un mobile accessoire ou secondaire. À cet égard, voy. L. CORNELIS, R. FELTKAMP et A. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 145 à 147, n°36 et 37.

cependant qu'elle préserve la sécurité juridique⁶⁵. Il convient par ailleurs de préciser que lorsque, parmi plusieurs mobiles, un seul d'entre eux est contraire à l'ordre public, ce mobile illicite suffit à pouvoir annuler l'obligation⁶⁶. Cela découle d'un arrêt de principe de la Cour de cassation du 13 novembre 1953⁶⁷ concernant une donation faite par un homme d'affaires à sa secrétaire en guise de rémunération tant de ses services professionnels que de ses « complaisances coupables ». La Cour a dit pour droit que la donation était nulle en raison de ce mobile illicite, même si la donation poursuivait également un mobile licite.

13. Les mobiles doivent être communs. Pour être pris en considération, les motifs doivent en outre être entrés dans le champ contractuel, être communs⁶⁸. Il est une situation qui ne pose pas de difficulté, à savoir celle des parties qui poursuivent le même mobile illicite. Dans ce cas, le contrat sera évidemment annulé⁶⁹. Mais qu'en est-il de l'hypothèse des mobiles contraires à l'ordre public propres à une seule partie⁷⁰ ? Les mobiles seront considérés comme communs s'ils sont connus de l'autre partie ou, à tout le moins, s'ils doivent l'être⁷¹. Sont donc insusceptibles d'entacher la cause d'illicéité les mobiles illicites purement personnels à l'une des parties et dont l'autre partie ignore l'existence⁷². Cette approche restrictive appelle deux observations.

D'une part, elle connaît un écueil d'ordre probatoire. Bien souvent, selon L. Cornelis, R. Feltkamp et A. François, les mobiles déterminants ne sont en effet pas exprimés dans le contrat⁷³. Celui-ci n'en est pas moins valable conformément à l'article 5.55 du Code civil⁷⁴. Toutefois, à supposer que l'on parvienne à établir l'existence d'un motif illicite dans le chef d'une partie, il sera malaisé d'établir que celui-ci était ou devait être connu de l'autre partie puisqu'il n'est pas mentionné dans l'*instrumentum*⁷⁵.

D'autre part, elle témoigne du conflit qui oppose, d'un côté, l'intérêt général qui commande l'annulation d'un contrat dont les mobiles d'une seule partie sont illicites et, de l'autre côté, la sécurité juridique, l'équité et les intérêts de la partie « innocente » qui plaident pour son

⁶⁵ F. GEORGE, *op. cit.*, p. 273, n°25.

⁶⁶ S. STIJNS, *op. cit.*, p. 142, n°149, note n°258 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *op. cit.*, p. 256, n°402 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 374 à 375, n°229.

⁶⁷ Cass. (1^{re} ch.), 13 novembre 1953, *R.C.J.B.*, p. 5 à 21, note J. Dabin, arrêt trouvé grâce à P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 374 à 375, n°229 ; la Cour d'appel de Gand a confirmé cette jurisprudence dans son arrêt du 15 janvier 1991 relatif à un legs contenant une stipulation pour autrui inspirée notamment par le mobile d'entretenir, avec la légataire, des relations sexuelles extraconjugales, voy. Gand, 15 janvier 1991, *R.W.*, 1991-1992, p. 469.

⁶⁸ F. GEORGE, *op. cit.*, p. 273, n°26 ; P. COLSON et F. GEORGE, *op. cit.*, p. 170, n°40 ; S. STIJNS et S. DE REY, *op. cit.*, p. 936, n°29 ; R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 34, n°34 ; O. JANSSENS, *op. cit.*, p. 60, n°29.

⁶⁹ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 375, n°230 ; P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 310, n°305.

⁷⁰ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 375, n°230.

⁷¹ S. STIJNS, *op. cit.*, p. 143, n°150 ; sont en principe communs les mobiles normalement poursuivis lors de la conclusion de tel contrat ainsi que les mobiles spécifiques personnels à l'une des parties mais connus de l'autre ou ne pouvant être ignorés par elle (F. GEORGE, *op. cit.*, p. 273, n°26). Le juge pourra déduire cette connaissance en tenant compte des faits de l'espèce (P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 377, n°230).

⁷² Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 61 ; J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, p. 156, n°22.

⁷³ L. CORNELIS, R. FELTKAMP et A. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 142, n°33, note n°185.

⁷⁴ Cette disposition succède à l'article 1132 de l'ancien Code civil ; à cet égard et sur la règle de preuve que contient l'article 5.55, voy. J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, p. 157 à 158, n°28.

⁷⁵ L. CORNELIS, R. FELTKAMP et A. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 142, n°33, note n°185.

maintien⁷⁶. C'est donc ce dernier lot d'intérêts privés qui, ici, supplante l'intérêt général, au grand dam d'un pan de la doctrine qui y voit une énième tentative de restreindre le contrôle de licéité⁷⁷.

En protégeant la partie qui ignorait les fins illicites poursuivies par son cocontractant, le législateur aurait entendu, selon l'exposé des motifs, vouloir s'écarter de la sévérité des enseignements de la Cour de cassation⁷⁸. Tel que nous le développerons ci-après, pendant deux décennies, la Haute Cour a en effet permis à l'ordre public de déployer toute son autorité en érigeant en cause de nullité les mobiles illicites secrets, partant inconnus de l'autre cocontractant⁷⁹. Précisons toutefois que l'article 1382 de l'ancien Code civil⁸⁰ et l'adage *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*⁸¹, aujourd'hui consacré à l'article 5.123 du Code civil⁸², assuraient avec plus ou moins d'efficacité la protection de la partie innocente.

L'arrêt fondateur est celui du 12 octobre 2000⁸³. Dans cette affaire, le Trésor reprochait aux magistrats d'appel de ne pas avoir annulé un contrat de vente de voitures. Le motif de cette décision était que l'acheteur ignorait parfaitement la vaste opération de fraude à la T.V.A. à

⁷⁶ S. STIJNS et S. DE REY, *op. cit.*, p. 936, n°29 ; O. JANSSENS, *op. cit.*, p. 60 à 61, n°29 ; P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 310, n°305 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 381, n°230 ; il convient toutefois de nuancer cette thèse dans la mesure où, bien souvent, la partie innocente poursuivra elle-même l'annulation du contrat. Dans cette hypothèse, l'exigence selon laquelle les mobiles doivent être communs n'est pas de nature à préserver les intérêts de cette partie. À cet égard voy. P. WÉRY, « Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques », note sous Cass. (1^{re} ch.), 12 octobre 2000, *R.C.J.B.*, 2003, p. 93, n°10.

⁷⁷ L. CORNELIS, R. FELTKAMP et A. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 142, n°33.

⁷⁸ Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 61 ; P. COLSON et F. GEORGE, *op. cit.*, p. 170, n°40 ; J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, p. 156, n°22 ; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 143, n°150 ; O. JANSSENS, *op. cit.*, p. 60 à 61, n°29.

⁷⁹ P. COLSON et F. GEORGE, *op. cit.*, p. 170, n°40 ; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 150, n°143 ; dès lors que l'existence d'un dessein illicite était établie, la rigueur de cette position avait pour effet d'indistinctement sanctionner les parties, que celles-ci aient collaboré à la réalisation du dessein illicite, que l'une d'entre elles ait simplement été informée de son existence ou que celle-ci, au contraire, soit demeurée dans la plus parfaite ignorance. À cet égard, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 312, n°305.

⁸⁰ En indemnisant la partie innocente par le refus, opposé à l'autre cocontractant, de son action en nullité ; à cet égard, voy. P. WÉRY, « Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité ... », *op. cit.*, p. 109 à 111, n°21 à 22 ; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 144, n°150 ; le bénéficiaire escompté du contrat annulé ne pourra en revanche pas être indemnisé (P. WÉRY, « Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité ... », *op. cit.*, p. 111, n°22). La partie innocente peut également tenir en échec l'action en nullité sur pied de l'abus de droit (voy. *infra*, section 1 du chapitre 2, l'exposé qui sera fait de l'abus de droit en tant qu'obstacle à l'annulation d'un contrat entaché d'une cause de nullité ainsi que S. STIJNS, *op. cit.*, p. 144, n°150). La proposition de loi portant le Livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil prévoit que l'article 6.6 du Code civil succèdera à l'article 1382 de l'ancien Code civil (Proposition de loi portant le Livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2022-2023, n°3213/1, p. 39).

Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 155

⁸¹ P. WÉRY, « Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité ... », *op. cit.*, p. 111 à 114, n°23 à 24 ; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 144, n°150.

⁸² Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 155 ; l'article 5.123 du Code civil dispose que « Le juge peut refuser, en tout ou en partie, la restitution due à la partie coupable d'une violation intentionnelle de l'ordre public lors de la conclusion du contrat ».

⁸³ Cass. (1^{re} ch.), 12 octobre 2000, *R.C.J.B.*, 2003, p. 74 à 115, note P. Wéry ; voy. également P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 379 à 381, n°230.

laquelle était mêlé le vendeur de véhicules. La Cour de cassation a cassé l'arrêt déferé à sa censure au motif que « s'agissant de l'intérêt général, il suffit que l'une des parties ait contracté à des fins illicites et qu'il n'est pas nécessaire que ces fins soient connues du co-contractant ». La portée de cet arrêt a été confirmée à plusieurs reprises⁸⁴.

Il nous faut nuancer cette rupture alléguée avec la jurisprudence antérieure à la réforme. En effet, dans son arrêt du 7 mai 2020⁸⁵ relatif à un contrat de transaction, la Cour de cassation avait déjà consacré l'approche retenue par le législateur, à tout le moins à demi-mot⁸⁶. Dans la définition qu'elle donne de la cause, la référence aux motifs déterminants connus de l'autre partie ou devant l'être⁸⁷ laisse penser que la Cour a entendu s'écarter de sa jurisprudence antérieure. Cette mention semble en effet impliquer que le mobile unilatéral illicite est insuffisant pour entraîner la nullité du contrat⁸⁸.

Ce supposé revirement est toutefois demeuré une histoire sans lendemain. La Cour de cassation a en effet confirmé sa jurisprudence antérieure dans son arrêt du 22 janvier 2021⁸⁹. Dans cette affaire, une société avait frauduleusement qualifié un contrat de location immobilière en un contrat de services agricoles afin d'obtenir une déduction illégale de la T.V.A.⁹⁰. La Cour de cassation a confirmé l'annulation du contrat de location au motif qu'« Une convention a une cause illicite si la fraude fiscale est au moins l'un des mobiles déterminants⁹¹ de l'une des parties »⁹².

SECTION 3 – ABSENCE D'AUTONOMIE DE LA CONDITION DE LICEITE ?

14. Introduction et plan. Nous l'écrivons en amorce du présent chapitre : la volonté des parties connaît des limites et, parmi celles-ci, figure l'exigence de licéité. Son respect est

⁸⁴ Voy. not. Cass. (1^{re} ch.), 7 octobre 2004, *R.G.D.C.*, 2005, p. 60 à 65 ; Cass. (1^{re} ch.), 9 septembre 2005, *R.G.D.C.*, 2007, p. 432 à 435, note M. Dupont ; Cass. (1^{re} ch.), 22 mars 2007, *T.F.R.*, p. 646 à 650, note A. Claes ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 380, n°230.

⁸⁵ Cass. (1^{re} ch.), 7 mai 2020, *N.J.W.*, 2020, p. 501, note M. Meirlaen ; *R.G.D.C.*, 2021, p. 373. Cet arrêt portait sur une transaction entachée d'une cause illicite apparemment commune aux deux parties puisque la Cour de cassation énonce que « les parties ont conclu une transaction par laquelle le *défendeur* renonçait à une procédure devant le conseil pour les contestations des autorisations tandis que la *demanderesse* tolérait les infractions en matière de construction du défendeur » (nous soulignons). Certains y voient une application anticipée de la réforme, à cet égard, voy. L. CORNELIS, R. FELTKAMP et A. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 142, n°33, note n°184.

⁸⁶ P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 315, n°306-1.

⁸⁷ Cass. (1^{re} ch.), 12 octobre 2000, *R.C.J.B.*, 2003, p. 76, note P. Wéry ; Cass. (1^{re} ch.), 7 mai 2020, *R.G.D.C.*, 2021, p. 373.

⁸⁸ P. WÉRY, « Le mobile illicite unilatéral est cause de nullité du contrat », note sous Cass. (1^{re} ch.), 22 janvier 2021, *R.G.D.C.*, 2021, p. 377.

⁸⁹ Cass. (1^{re} ch.), 22 janvier 2021, *R.G.D.C.*, 2021, p. 374 à 377, note P. Wéry ; *R. W.*, 2021-2022, p. 459 à 463, note M. Meirlaen ; *R.A.B.G.*, 2022, p. 573 à 581, note T. Sas ; I. Claeys et T. Tanghe réfutent l'idée selon laquelle la Cour aurait, avec cet arrêt, renoué avec son ancienne jurisprudence, à cet égard voy. I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 287 à 288, n°337.

⁹⁰ P. WÉRY, « Le mobile illicite unilatéral est cause ... », *op. cit.*, p. 377.

⁹¹ T. Sas remet en cause le fait que la fraude fiscale ait pu constituer un des mobiles déterminants du contrat, à cet égard voy. T. SAS, « Een nietige overeenkomst als collateral damage van fiscale fraude », note sous Cass. (1^{re} ch.), 22 janvier 2021, *R.A.B.G.*, 2022, p. 577 à 579, n°5.

⁹² Cass. (1^{re} ch.), 22 janvier 2021, *R.G.D.C.*, 2021, p. 374, note P. Wéry ; *R. W.*, 2021-2022, p. 459, note M. Meirlaen ; *R.A.B.G.*, 2022, p. 574, note T. Sas.

assuré par un contrôle social dont est investi le pouvoir judiciaire : le contrôle de licéité, dont la finalité est de censurer les contrats qui contreviendraient à l'ordre public⁹³. Ce contrôle s'est toutefois vu restreindre son champ d'application : la cause et l'objet ou, plus précisément, la prestation promise et les mobiles déterminants communs semblent être les seuls prismes à travers lesquels il peut désormais déployer ses effets.

Nous entamerons la présente section en mettant en exergue que cette perte d'autonomie résulte d'une évolution jurisprudentielle que le législateur a, dans un premier temps, voulu consacrer expressément à l'article 1.3, alinéa 3, du Code civil (numéro 15). Nous la poursuivrons en détaillant les critiques formulées à l'encontre de ce projet de codification (numéros 16 à 18). Nous l'achèverons en exposant comment, à la suite de ces critiques, le législateur a feint de changer d'opinion (numéro 19).

15. Jurisprudence de la Cour de cassation et tentative de codification. Tel que nous l'écrivions ci-dessus, la Cour de cassation a, la première, restreint le contrôle de licéité à la cause et à l'objet tels que définis dans les sections précédentes. En dehors de ce carcan et sous réserve de la possibilité examinée ultérieurement d'un contrôle direct⁹⁴, l'exigence de conformité à l'ordre public se trouve, à ses yeux, dépourvue de toute autonomie⁹⁵.

L'arrêt phare a été rendu par la Haute juridiction le 30 janvier 2015⁹⁶. Le client d'une banque invoquait la nullité d'un contrat financier en raison de la violation de la loi relative à la prévention du blanchiment. Cette loi, qui intéresse l'ordre public, imposait à la banque de vérifier l'identité de la demanderesse et de son mandataire, ce qu'elle n'avait pas fait⁹⁷. La Cour a rejeté le pourvoi au motif qu'une infraction à une règle d'ordre public n'entraîne la nullité du contrat que lorsqu'il en résulte que l'objet est illicite. L'arrêt du 30 septembre 2021⁹⁸ a ensuite confirmé ces enseignements en les étendant à la cause du contrat : « Une convention n'est donc nulle pour contrariété à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives que lorsque son objet ou sa cause est illicite ».

Les enseignements de ces arrêts devaient initialement être consacrés par l'article 1.3, alinéa 3, du Code civil, disposition qui succède à l'article 2 de l'ancien Code civil⁹⁹. Dans sa première mouture, l'article 1.3, alinéa 3, alors en projet, était libellé comme suit : « On ne peut déroger à l'ordre public. Ainsi tout acte juridique doit-il avoir un objet et une cause licites »¹⁰⁰. Il ressort

⁹³ L. CORNELIS, R. FELTKAMP et A. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 142, n°33.

⁹⁴ Voy. *infra*, n°18.

⁹⁵ P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 333, n°316-1 ; A. LENAERTS, « *Fraus omnia corrumpit en in pari causa turpitudinis cessat repetitio* : correctiemechanismen op de restitutieverplichtingen van partijen na vernietiging van een contract », *R.G.D.C.*, 2022, p. 424, n°19.

⁹⁶ Cass. (1^{re} ch.), 30 janvier 2015, *Dr. Banc. Fin.*, 2015, p. 260 à 270, note L. Cornelis ; *R.C.J.B.*, 2017, p. 190 à 226, note L. Cornelis ; F. GEORGE, *op. cit.*, p. 252 à 253, n°4 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 300, n°356 ; P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 333, n°316-1.

⁹⁷ Cass. (1^{re} ch.), 30 janvier 2015, *R.C.J.B.*, 2017, p. 190, note L. Cornelis.

⁹⁸ Cass. (1^{re} ch.), 30 septembre 2021, *R.W.*, 2021-2022, p. 1516 à 1521, note A. Keukeleire ; F. GEORGE, *op. cit.*, p. 253, n°4 ; dans cette affaire, la demanderesse avait octroyé des prêts en commettant un dol et des infractions pénales. Les juges d'appel avaient annulé ces contrats sans indiquer en quoi leur objet ou leur cause étaient illicites.

⁹⁹ L'article 2 succède lui-même, plus anciennement encore, à l'article 6 de l'ancien Code civil.

¹⁰⁰ Proposition de loi portant le Livre 1er « Dispositions générales » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1805/1, p. 30.

de l'exposé des motifs que l'objectif de cette deuxième phrase était, à l'instar des arrêts précités, de priver la condition de licéité de toute autonomie : « la violation de l'ordre public au moment de la conclusion du contrat ne constitue jamais, à elle seule, une cause de nullité du contrat »¹⁰¹. Face à l'abondance de normes intéressant l'ordre public, on peut en effet craindre que celui-ci ne soit instrumentalisé par les parties pour se dédouaner de leurs engagements¹⁰². L'objectif de cette disposition était donc, à cet égard, louable.

Malgré les fins légitimes poursuivies par le législateur, l'article 1.3, alinéa 3, a toutefois été amputé de sa référence à la cause et à l'objet et dispose désormais simplement qu'« on ne peut déroger à l'ordre public ni aux règles impératives »¹⁰³. Cette modification est intervenue à la suite de l'audition, au sein des murs du Palais de la Nation, de plusieurs spécialistes autorisés en droit des obligations¹⁰⁴. Certains orateurs ont en effet préconisé de ne pas couler dans la loi la restriction du contrôle de licéité du contrat sous les seuls angles de sa cause et de son objet. Selon eux, une telle approche est empreinte de controverses et la jurisprudence de la Cour de cassation y relative est encore susceptible d'évoluer¹⁰⁵.

16. Hostilité d'une frange de la doctrine. Cette suggestion est en réalité le reflet d'une certaine doctrine qui se montre hostile à la restriction du contrôle de licéité aux seuls objet et cause du contrat. Cette approche fait en effet l'objet de diverses critiques.

17. (Suite) Un contrôle de licéité limité à la phase de la conclusion du contrat. Est tout d'abord pointée du doigt l'exclusion, du contrôle de licéité, de la phase précontractuelle d'une part et, d'autre part, de celles de l'exécution et de l'extinction du contrat.

L. Cornelis reproche tout d'abord à la jurisprudence de la Cour de cassation de priver de tout effet dissuasif la violation d'une obligation précontractuelle d'ordre public, lorsque le respect de cette obligation n'est pas expressément prescrit à peine de nullité¹⁰⁶. En effet, dans son arrêt précité du 30 septembre 2015¹⁰⁷, la Cour de cassation a estimé qu'un manquement au devoir de vigilance¹⁰⁸, faute précontractuelle, était insusceptible d'entraîner l'annulation du contrat. Pour qu'une telle violation aboutisse à ce résultat, elle doit en effet nécessairement

¹⁰¹ Proposition de loi portant le Livre 1er « Dispositions générales » du Code civil, commentaire des articles, *Doc., Ch.*, 2020-2021, n°1805/1, p. 12 ; J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, p. 150, n°13.

¹⁰² Proposition de loi portant le Livre 1er « Dispositions générales » du Code civil, proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Rapport de la première lecture, *Doc., Ch.*, 2020-2021, n°1806/4, p. 114 ; en ce sens, voy. également F. GEORGE, *op. cit.*, p. 262, n°13 ; J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, p. 151, n°12 qui, en traitant du filtre de l'article 5.51 du Code civil, parle de « juste équilibre » entre sauvegarde de l'ordre public et validité des contrats et R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 36, n°37, note n°257 qui écrit qu'un contrôle direct de licéité serait source d'une « grave insécurité juridique ».

¹⁰³ J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, p. 150, n°13.

¹⁰⁴ Proposition de loi portant le Livre 1er « Dispositions générales » du Code civil, proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Rapport de la première lecture, *Doc., Ch.*, 2020-2021, n°1806/4, p. 14 à 15.

¹⁰⁵ Proposition de loi portant le Livre 1er « Dispositions générales » du Code civil, proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Rapport de la première lecture, *Doc., Ch.*, 2020-2021, n°1806/4, p. 114, 117 à 118 et 122.

¹⁰⁶ L. CORNELIS, « Mal aimé, mal armé ... », *op. cit.*, p. 212, n°36.

¹⁰⁷ Cass. (1^{re} ch.), 30 janvier 2015, *Dr. Banc. Fin.*, 2015, p. 260 à 270, note L. Cornelis ; *R.C.J.B.*, 2017, p. 190 à 226, note L. Cornelis ; P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 333, n°316-1.

¹⁰⁸ Pour rappel, ce devoir de vigilance imposait à la banque de vérifier l'identité du client et de ses mandataires, conformément à la loi relative à la prévention du blanchiment.

avoir donné lieu à une prestation illicite¹⁰⁹. Selon l’auteur, on ne peut, en d’autres termes, déduire une illicéité contractuelle d’une illicéité précontractuelle¹¹⁰ qui, tout au plus, engagera la responsabilité extracontractuelle de celui qui la commet¹¹¹. La réparation qui s’en suivra répond toutefois à des intérêts privés, par définition étrangers à l’intérêt général dont l’ordre public assure pourtant la sauvegarde et qui se trouverait, ici, vidé de sens¹¹².

Si la phase précontractuelle échappe au contrôle de licéité, les phases d’exécution et d’extinction du contrat semblent également mises à l’index. En effet, apprécier la conformité du contrat sous les seules bannières de sa cause et de son objet implique, s’agissant de conditions de validité, de se placer au moment de la conclusion du contrat¹¹³. Or, un contrat parfaitement valable sur le plan de sa formation peut, sur le plan de son exécution, se révéler illicite. Pour illustrer cet écueil, I. Claeys et T. Tanghe prennent l’exemple d’une maison achetée sur plan dont la construction enfreindrait le permis d’urbanisme accordé¹¹⁴. Si les plans de la maison étaient conformes au permis au moment de la signature du contrat, il ne sera pas possible d’annuler le contrat de vente en faisant valoir que la prestation promise est illégale. Plusieurs auteurs plaident donc en faveur d’une extension du contrôle de licéité aux phases de l’exécution et de l’extinction du contrat¹¹⁵.

18. (Suite) Quid de la possibilité légale d’un contrôle direct de licéité ? En outre, selon I. Claeys et T. Tanghe, la restriction du contrôle de licéité piétinerait tant la lettre que l’esprit de l’article 1.3, alinéa 3, du Code civil¹¹⁶. En effet, cette disposition, qui succède à l’article 2 de l’ancien Code civil¹¹⁷, ne se réfère nullement aux conditions de validité du contrat de sorte qu’elle commanderait un contrôle direct de licéité, sans détour par l’objet ou par la cause¹¹⁸.

¹⁰⁹ L. CORNELIS, « Mal aimé, mal armé ... », *op. cit.*, p. 212, n°36.

¹¹⁰ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 300, n°356 ; L. CORNELIS, « Mal aimé, mal armé ... », *op. cit.*, p. 212 à 213, n°36.

¹¹¹ L. CORNELIS, « Mal aimé, mal armé ... », *op. cit.*, p. 212 à 213, n°36.

¹¹² L. CORNELIS, *ibidem*, p. 212 à 213, n°36.

¹¹³ Voy. l’article 5.27, alinéa 2, du Code civil : « Les conditions de validité sont appréciées au moment de la conclusion du contrat. » ; F. GEORGE, *op. cit.*, p. 263, n°13 ; P. COLSON et F. GEORGE, *op. cit.*, p. 168, n°36.

¹¹⁴ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 272 à 273, n°315.

¹¹⁵ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 82, n°77 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, « Nabeschouwing - Wetsvoorstel verbintenissen : anticiperend toepassen of interpreteren ? », *R.W.*, 2020-2021, p. 1480 ; L. CORNELIS, « Mal aimé, mal armé ... », *op. cit.*, p. 206, n°28 ; L. CORNELIS et R. FELTKAMP, « Editoriaal : Boeken 1 en 5 van het nieuwe BW : meer van hetzelfde voor rechtspersonen en vennootschappen ? », *T.R.V.-R.P.S.*, 2021, p. 536, n°4 ; L. CORNELIS, R. FELTKAMP et A. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 128, n°23 ; comp. R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 35, n°37, note n°251, qui répond à cette critique en s’appuyant sur les articles 5.234, alinéa 1^{er}, et 5.265 du Code civil.

¹¹⁶ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 88 à 89, n°85 ; dans la deuxième version de leur ouvrage, les auteurs estimaient également que la lettre et l’esprit de l’article 1134, alinéa 1^{er}, de l’ancien Code civil étaient violées par une telle approche (I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, 2^e éd., Mortsel, Intersentia, 2022, p. 223, n°275) ; l’abandon de ce dernier argument, dans la troisième édition de leur ouvrage, est peut-être motivé par le fait que l’article 5.69 du Code civil, qui succède à l’article 1134, alinéa 1^{er}, de l’ancien Code civil dispose désormais que tiennent lieu de loi les contrats valablement – et non plus « légalement » – formés. Il s’agit pourtant d’une modification de pure forme (Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 81).

¹¹⁷ L’article 2 succède, plus anciennement encore, à l’article 6 de l’ancien Code civil.

¹¹⁸ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 88 à 89 et 303, n°85 et 356.

R. Jafferalli réfute fermement cette idée, notamment au motif qu'elle rebattrait les cartes de solutions bien établies et qu'elle serait source d'insécurité juridique¹¹⁹. I. Claeys et T. Tanghe estiment toutefois que la Cour de cassation elle-même a effectué un tel contrôle dans deux arrêts¹²⁰.

En effet, dans son arrêt du 13 janvier 2014, la Haute juridiction a dit pour droit que conformément aux articles 2 et 1134, alinéa 1^{er}, de l'ancien Code civil¹²¹, un contrat conclu entre un hôpital et un patient ne peut déroger aux articles 95 et 96bis de la loi du 7 août 1987 sur les hôpitaux, en ce que ces dispositions intéressent l'ordre public¹²². Dans son arrêt du 12 février 2021¹²³, la Cour a décidé que la responsabilité décennale qui découle des articles 1792 et 2270 de l'ancien Code civil est d'ordre public et ne peut par conséquent être exclue ou limitée par contrat. La Cour aurait également laissé la porte ouverte à un tel contrôle dans son arrêt précité du 30 janvier 2015 à propos duquel nous avons pourtant écrit antérieurement¹²⁴ qu'il avait consacré la restriction du contrôle de licéité sous le seul prisme de l'objet¹²⁵.

19. Des concessions en trompe-l'œil ? D'abord formulées par la doctrine, ensuite réitérées lors des auditions à la Chambre, les critiques formulées à l'encontre de la restriction du contrôle de licéité ont conduit le législateur à modifier l'article 1.3, alinéa 3, du Code civil, alors en projet¹²⁶. Pour rappel, cette disposition est, depuis lors, libellée comme suit : « On ne peut déroger à l'ordre public ni aux règles impératives ». Même si, par cette modification, le législateur prétend répondre aux différentes observations formulées lors des auditions¹²⁷, nous nous demandons s'il ne s'agit pas davantage d'une modification purement cosmétique que d'un changement de paradigme. Deux éléments nous permettent en effet de douter du fait que la suppression de la référence à la cause et à l'objet permette à la condition de licéité de s'affranchir du joug de ces deux conditions de validité.

¹¹⁹ R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 35 à 36, n°37.

¹²⁰ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 306 à 304, n°356.

¹²¹ Pour rappel, les articles 1.3, alinéa 3, et 5.69 du Code civil ont respectivement succédé à ces deux dispositions de l'ancien Code civil.

¹²² Cass. (3^e ch.), 13 janvier 2014, *Rev. dr. santé*, 2014, p. 222, note K. Cierkens, B. Rousseau et C. Stengel.

¹²³ Cass. (1^{re} ch.), 12 février 2021, *T.B.O.*, 2021, p. 182 à 186, note C. De Koninck ; dans cet arrêt, la Cour a effectué un contrôle direct de licéité en ne se référant toutefois ni à l'article 1134, alinéa 1^{er}, de l'ancien Code civil, ni à l'article 2 du même Code.

¹²⁴ *Voy. supra*, n°15.

¹²⁵ Cass. (1^{re} ch.), 30 janvier 2015, *Dr. Banc. Fin.*, 2015, p. 260 à 270, note L. Cornelis ; *R.C.J.B.*, 2017, p. 190 à 226, note L. Cornelis. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a statué que « *Sauf dispositions légales contraires*, l'infraction à une règle d'ordre public commise lors de la naissance de la convention n'entraîne, en principe, la nullité de la convention que lorsqu'il résulte de cette infraction que l'objet de la convention est illicite. » (nous soulignons). Les termes sur lesquels nous avons mis l'accent permettraient un contrôle direct de licéité sur pied de l'article 1.3, alinéa 3, du Code civil ; à cet égard, *voy. I. CLAEYS et T. TANGHE, Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 300, n°350.

¹²⁶ R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 36, n°37 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 89, n°86.

¹²⁷ Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Rapport de la première lecture, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/4, p. 14 à 15.

D'une part, concernant la sanction du contrat qui se révèle incompatible avec l'ordre public, l'amendement se contente de renvoyer aux dispositions pertinentes du Livre 5¹²⁸. Contrairement à l'article 1.3, alinéa 3, celles-ci sont demeurées intactes alors qu'elles confirment également, selon l'exposé des motifs de la première version de l'article 1.3, alinéa 3, que l'exigence de licéité n'a pas de portée autonome¹²⁹. En effet, il ressort précisément de la lecture combinée des articles 5.57, alinéa 1^{er}, et 5.27 du Code civil que la nullité d'un contrat ne peut résulter que de la méconnaissance d'une des conditions requises pour sa validité¹³⁰. Au rang de ces conditions, figurent justement celles d'un objet et d'une cause licites, aux articles 5.27, alinéa 1^{er}, 3^o et 4^o, 5.51 et 5.56 susmentionnés.

D'autre part, si la discussion générale à la Chambre des représentants révèle que l'amendement témoigne de la volonté du législateur ne pas susciter de controverse, elle poursuit en indiquant qu'il vise également à préserver les développements jurisprudentiels nés sous l'empire de l'article 2 de l'ancien Code civil¹³¹. Tout en confirmant cette optique, la justification de l'amendement ajoute que l'article 1.3, alinéa 3, ne nécessite pas d'explication supplémentaire¹³². Même si, nous l'avons dit¹³³, il existe des arrêts où la Cour de cassation effectue un contrôle de licéité direct, il nous paraît, ainsi qu'à une certaine doctrine¹³⁴, que c'est la jurisprudence issue de l'arrêt précité¹³⁵ du 30 janvier 2015 que le législateur a entendu confirmer.

Compte tenu de ces éléments et suivant une doctrine qui nous paraît majoritaire¹³⁶, il ne nous semble pas que le législateur se soit ému des critiques formulées à l'égard de la première version de l'article 1.3, alinéa 3, et qu'à ses yeux, la condition de licéité aurait recouvré une quelconque autonomie.

¹²⁸ Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 63.

¹²⁹ Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1805/1, p. 13 ; en ce sens, voy. également R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 36, n°37.

¹³⁰ A. LENAERTS, *op. cit.*, p. 424, n°19 ; O. JANSSENS, *op. cit.*, p. 62 à 63, n°34 et 36 ; B. DEPPEZ et J. VAN LOMMEL, « Contracteren over bouwmissdrijven, de ene ongeoorloofde overeenkomst is de andere niet », note sous Cass. (1^{re} ch.), 7 mai 2020, *T. Not.*, 2022, p. 616 à 615, n°25 et 26.

¹³¹ Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Discussion générale, *Doc.*, Ch., 2020-2021, séance du 21 avril 2022, n°11-4, p. 25.

¹³² Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, amendements, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1805/3, p. 10.

¹³³ Voy. *supra*, n°18.

¹³⁴ R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 36, n°37 ; A. LENAERTS, *op. cit.*, p. 424, n°19, note n°86 ; O. JANSSENS, *op. cit.*, p. 63, n°36 ; comp. I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 89, n°86.

¹³⁵ Voy. *supra*, n°15.

¹³⁶ F. GEORGE, *op. cit.*, p. 251 et 255, n°3 et n°5 ; P. COLSON et F. GEORGE, *op. cit.*, p. 169, n°37 ; R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 35, n°37 ; A. LENAERTS, *op. cit.*, p. 424, n°19 ; O. JANSSENS, *op. cit.*, p. 62 à 63, n°34 et 36 ; B. DEPPEZ et J. VAN LOMMEL, *op. cit.*, p. 616 à 615, n°25 et 26 ; comp. T. TANGHE, « Is een overeenkomst wegens schending van de openbare orde of dwingende wetbepalingen slechts nietig als zij een ongeoorloofd voorwerp of ongeoorloofde oorzaak heeft ? En weigering van restitutie na vernietiging op grond van *Fraus omnia corrumpit* ? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 30 septembre 2021, *R.D.C.-T.B.H.*, 2022, p. 383, n°2 ; *contra* : I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 88 à 89 et 303, n°85, 86 et 356.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

20. Triple recul de l'ordre public. Ce premier chapitre met en lumière que le contrôle de licéité, chien de garde de l'ordre public, s'est vu museler par la jurisprudence de la Cour de cassation qui, de concert avec le Livre 5 qui l'a entérinée, a restreint son champ d'application à trois égards.

En premier lieu, dépourvue de toute autonomie, la condition de licéité ne peut plus déployer ses effets qu'à travers les seuls prismes de l'objet et de la cause. Ensuite, ces deux conditions de validité sont définies de manière restrictive et n'embrassent respectivement que les prestations promises et les mobiles déterminants communs. Enfin, cantonnée de la sorte au seul instant de la formation du contrat, l'exigence de licéité voit échapper à son champ d'application la phase précontractuelle, sauf si l'illicéité aboutit à une prestation illicite, ainsi que les phases d'exécution et d'extinction du contrat.

Si l'objectif poursuivi par le législateur, à savoir celui de se prémunir contre l'instrumentalisation de l'ordre public au détriment du principe de convention-loi, est louable, nous nous demandons toutefois si cette triple restriction n'est pas de nature à favoriser toutes les licences¹³⁷.

¹³⁷ En ce sens, voy. not. L. CORNELIS, R. FELTKAMP et A. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 145, n°35 ; « Puisque l'auteur d'une illicéité risque au pire que le juge applique la loi ou la règle juridique qu'il méconnaît par des actes et des comportements illicites, pourquoi se priverait-il du plaisir de tenter sa chance avec l'illicéité, qui rapporte plus que l'obéissance à la loi ou à la règle juridique méconnue ? ».

CHAPITRE 2 – L’ABSENCE D’AUTOMATICITÉ DE LA NULLITÉ

21. Propos introductif. Ce deuxième chapitre sera consacré à l’analyse d’une nouvelle manifestation du recul de l’ordre public : le contrat entaché d’une cause de nullité absolue ne sera pas automatiquement annulé. Deux mécanismes privent en effet la nullité de son caractère inéluctable. Nous traiterons en premier lieu de la prohibition de l’abus de droit, désormais entérinée par l’article 1.10 du Code civil (section 1). Nous aborderons ensuite le maintien du contrat compte tenu du caractère manifestement inapproprié de la nullité, conformément à l’article 5.57, alinéa 2, du même Code (section 2).

SECTION 1 – LA PROHIBITION DE L’ABUS DE DROIT

22. Introduction et plan. « Nul ne peut abuser de son droit ». Par ces termes, l’article 1.10, alinéa 1^{er}, du Code civil entérine un principe général du droit¹³⁸ itérativement affirmé par la Cour de cassation depuis son arrêt de principe du 10 septembre 1971¹³⁹ : la prohibition de l’abus de droit¹⁴⁰. D’origine prétorienne, ce principe permet d’appréhender l’exercice d’un droit qui, bien qu’apparemment légitime et conforme aux limites définies par la loi ou le contrat¹⁴¹, « dépasse manifestement les limites de l’exercice normal de ce droit par une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances »¹⁴² conformément à l’article 1.10, alinéa 2.

L’alinéa 3 de cet article dispose que « La sanction d’un tel abus consiste en la réduction du droit à son usage normal, sans préjudice de la réparation du dommage que l’abus a causé ». En d’autres termes, outre une éventuelle indemnisation, la sanction de l’abus de droit consiste en l’anéantissement des seuls effets abusifs de l’exercice du droit et non à son interdiction

¹³⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 149, n°116-1.

¹³⁹ Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, *R.C.J.B.*, 1976, p. 300 à 350, note P. Van Ommeslaghe.

¹⁴⁰ Proposition de loi portant le Livre 1er « Dispositions générales » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1805/1, p. 23.

¹⁴¹ S. STIJNS, *op. cit.*, p. 88, n°89. P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 144 à 145, n°113.

¹⁴² Il s’agit du critère générique de l’abus de droit ; voy. Proposition de loi portant le Livre 1er « Dispositions générales » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1805/1, p. 23. Au fil du temps, la jurisprudence a dégagé une série non exhaustive de critères spécifiques que nous évoquerons *infra*, n°25 et 34. Sur les critères génériques, voy. également S. STIJNS, *op. cit.*, p. 88, n°90 ; P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 146, n°114 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 100, n°103 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *op. cit.*, p. 321, n°463 et 464.

pure et simple¹⁴³. La réduction du droit peut toutefois aboutir à la privation totale du droit lorsque l'exercice de celui-ci est abusif dans son entièreté¹⁴⁴.

Dans la présente section, nous illustrerons la perte d'automatisme de la nullité en démontrant qu'elle est susceptible de dégénérer en abus et, de la sorte, d'être tenue en échec par l'article 1.10 du Code civil. Nous parviendrons à cette conclusion en trois temps. En premier lieu, nous analyserons le champ d'application de la prohibition de l'abus de droit (numéro 23). Ensuite, nous étudierons la jurisprudence relative à cette question (numéro 24). Enfin, nous mettrons en cause la pertinence des arguments invoqués à l'appui de la thèse selon laquelle le droit d'agir en nullité absolue ne pourrait être critiqué sous l'angle de la prohibition de l'abus de droit (numéro 25).

23. Champ d'application de la prohibition de l'abus de droit. Le champ d'application de l'article 1.10 du Code civil fournit de précieux éclaircissements. En effet, le commentaire de cette disposition confirme les enseignements de la doctrine¹⁴⁵ selon lesquels, s'agissant d'un principe général du droit, la prohibition de l'abus de droit a vocation à s'appliquer à l'ensemble des droits subjectifs, à la seule exception des droits discrétionnaires¹⁴⁶. Ces droits sont caractérisés par le fait de donner à leur titulaire une prérogative instituée dans leur intérêt exclusif¹⁴⁷. De la sorte, l'appréciation de l'exercice de cette prérogative ne peut être remise en cause devant les cours et tribunaux¹⁴⁸. Force est toutefois de constater que la nullité absolue ne relève pas de cette catégorie.

En effet, en premier lieu, le nombre de droits discrétionnaires est en constante régression, à telle enseigne qu'une certaine doctrine se demande s'il en existe encore. En matière contractuelle, cette raréfaction confine même à la disparition¹⁴⁹. En outre, l'action en nullité absolue ne correspond pas à la définition des droits discrétionnaires énoncée ci-dessus : elle n'a rien d'une prérogative instituée dans l'intérêt exclusif de son titulaire et vise, au contraire, à réparer les conséquences de la violation de l'ordre public¹⁵⁰. Elle assure dès lors la sauvegarde de l'intérêt général tel que l'énonce la première phrase de l'article 5.58, alinéa 1^{er},

¹⁴³ Proposition de loi portant le Livre 1er « Dispositions générales » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1805/1, p. 24 ; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 94, n°94 ; P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 148 et 149, n°116 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 108, n°107 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *op. cit.*, p. 322, n°474 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 92 à 93, n°36.

¹⁴⁴ Proposition de loi portant le Livre 1er « Dispositions générales » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1805/1, p. 24 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 109, n°107 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *op. cit.*, p. 337 à 339, n°480 à 482.

¹⁴⁵ P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 145, n°113 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *op. cit.*, p. 318, n°461 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 78 à 79, n°28.

¹⁴⁶ Proposition de loi portant le Livre 1er « Dispositions générales » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1805/1, p. 24.

¹⁴⁷ T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *op. cit.*, p. 318, n°461 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 79, n°28 ; constitue un tel droit celui de demander le partage des biens en copropriété fortuite sur la base de l'article 3.75 du Code civil, à cet égard voy. P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 80, n°28.

¹⁴⁸ T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *op. cit.*, p. 318, n°461 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 80, n°28.

¹⁴⁹ P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 145, n°113 ; P. -A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », note sous Cass. (1^{re} ch.), 30 janvier 1992 *R.C.J.B.*, 1994, p. 213, n°17.

¹⁵⁰ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 360, n°421.

du Code civil : « La nullité est absolue lorsque la règle violée est d'ordre public, ayant ainsi pour objet principal la sauvegarde de l'intérêt général ».

Selon nous, l'action en nullité absolue tombe donc dans le champ d'application de l'article 1.10 du Code civil. L'étude de la jurisprudence rendue en la matière nous permettra d'étayer notre affirmation.

24. Applications jurisprudentielles. En effet, grâce à la lecture croisée de deux séries de décisions, P. Wéry et C. Biquet répondent également par l'affirmative à la question de l'applicabilité de la prohibition de l'abus de droit à la nullité absolue¹⁵¹.

D'une part, dans une première série de décisions, la jurisprudence enseigne que le droit d'agir en nullité est susceptible d'abus.

La Cour de cassation l'a implicitement admis dans son arrêt du 24 juin 2010¹⁵² relatif à l'article 36 de l'ancien décret flamand du 22 février 1995 relatif à l'assainissement des sols. Dans un arrêt du 20 octobre 2004¹⁵³ concernant cette même disposition, la Cour d'appel de Gand s'est montrée plus explicite. La juridiction gantoise a statué que « La conclusion d'un contrat de vente sous la condition suspensive de la remise d'une attestation du sol est contraire à l'art. 36 du décret du conseil flamand du 22 février 1995 relatif à l'assainissement du sol », ¹⁵⁴ mais que « L'acquéreur ne peut abuser de la sanction de nullité pour se soustraire, pour des raisons en réalité étrangères à l'assainissement du sol, aux obligations découlant d'un contrat »¹⁵⁵.

Dans son arrêt du 12 mai 2016¹⁵⁶, la Cour d'appel de Liège s'est également prononcée en ce sens. La cour était saisie par un franchisé d'une action en nullité relative d'un contrat de franchise et de collaboration commerciale. Le franchisé fondait son action sur le non-respect, par le contrat de franchise, de l'article 3 de la loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial. Cette disposition prescrit à peine de nullité l'octroi, avant la conclusion du contrat, d'un projet d'accord ainsi que la remise d'un document reprenant certaines données. Les juges d'appel ont cependant décidé que l'action en nullité du franchisé était abusive dans la mesure où ce dernier avait contracté

¹⁵¹ P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 334 à 335, n°316-2 ; C. BIQUET, « Retour sur la distinction entre dispositions impératives et d'ordre public et sur l'incidence de la reconnaissance de dette et des paiements dans le régime général de la prescription », *Rev. Dr. ULiège*, 2018, p. 262 à 263, n°27.

¹⁵² Cass. (1^{re} ch.), 24 juin 2010, *R.W.*, 2010, p. 1520 à 1525, note J. del Corral ; « Il ne résulte *pas nécessairement* de la circonstance que, lors de la cession des terrains, le vendeur délivre l'attestation du sol requise par [l'article 36 du] décret du Conseil flamand du 22 février 1995 relatif à l'assainissement du sol, après la signature de l'acte sous seing privé et avant la passation de l'acte authentique, que l'acquéreur abuse de son droit de réclamer la nullité de la convention sous seing privé, même si l'attestation délivrée démontre une absence de pollution. » (nous soulignons).

¹⁵³ Gand, 20 octobre 2004, *R.A.B.G.*, 2006, p. 45 à 55, note R. Slabbinck.

¹⁵⁴ Gand, 20 octobre 2004, *R.A.B.G.*, 2006, p. 45 à 55, note R. Slabbinck ; traduction libre de « *Door de verkoopovereenkomst van 27 juni 2000 te sluiten onder de opschortende voorwaarde van het voorleggen van een bodemattest, werd gehandeld in strijd met artikel 36 van het Bodemsaneringsdecreet* ».

¹⁵⁵ Gand, 20 octobre 2004, *R.A.B.G.*, 2006, p. 49, note R. Slabbinck ; traduction libre de « *De nietigheidssanctie mag evenwel niet misbruikt worden om zich aan de verbintenissen uit een overeenkomst te onttrekken om redenen die in werkelijkheid vreemd zijn aan de bodemsanering* ».

¹⁵⁶ Liège, 12 mai 2016, *D.A.-O.R.*, 2017, p. 61 à 64, cité par I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 359, n°421, note n°1736.

en disposant des informations nécessaires. A leurs yeux, la finalité du formalisme de l'article 3 précité était en effet atteinte.

D'autre part, dans une seconde série de décisions, la Cour de cassation a énoncé à plusieurs reprises qu'il pouvait y avoir abus de droit même si le droit visé est d'ordre public¹⁵⁷.

L'arrêt du 10 juin 2004 de la Cour de cassation fournit une première illustration. Dans cette affaire, les magistrats d'appel avaient jugé abusive l'action de la demanderesse visant à faire cesser le déversement d'eaux usées sur son fonds. Ce comportement étant érigé en infraction¹⁵⁸, la prohibition de l'abus de droit ne trouvait, d'après elle, pas à s'appliquer à son action. La demanderesse s'est par conséquent pourvue en cassation. La Cour de cassation a toutefois rejeté son pourvoi au motif que « l'abus de droit n'est pas exclu lorsque l'exercice d'un droit est éventuellement fondé sur des dispositions légales dont l'infraction peut être sanctionnée pénalement »¹⁵⁹.

La Haute Cour a confirmé et affiné sa jurisprudence dans son arrêt du 2 avril 2015¹⁶⁰. Dans cette affaire, la demanderesse agissait en dissolution d'une société dont le capital social était inférieur au montant alors requis par l'article 634 du Code des sociétés. Les juges d'appel, considérant que la demanderesse détournait cette disposition de sa finalité, l'avaient déboutée sur la base de la prohibition de l'abus de droit. La demanderesse s'est alors pourvue devant la Cour de cassation en invoquant, à l'appui de son pourvoi, le caractère d'ordre public de l'article 634 précité. Le pourvoi a toutefois été rejeté par la Cour de cassation qui a dit pour droit qu'« Il peut y avoir abus de droit même si le droit visé est d'ordre public ou impératif »¹⁶¹. Cet arrêt confirme en termes identiques celui de la Cour de cassation du 22 septembre 2008¹⁶².

25. Réticences. Il ressort des développements qui précèdent que la nullité relative d'une part, et, d'autre part, les droits d'ordre public sont susceptibles de dégénérer en abus. Nos cours et tribunaux ne semblent toutefois pas encore avoir admis, d'un seul trait de plume, qu'une action en nullité absolue puisse être entravée par la prohibition de l'abus de droit¹⁶³. Ce n'est en effet qu'en procédant à l'agrégation des deux solutions susvisées que P. Wéry et C. Biquet sont en mesure de l'affirmer. Malgré le faisceau de jurisprudence concordante dont nous avons rendu compte ci-dessus, I. Claeys et T. Tanghe expriment par conséquent leur scepticisme vis-à-vis de cette solution par assemblage et invoquent deux arguments à l'appui de leur point de vue¹⁶⁴.

¹⁵⁷ Ces enseignements sont désormais expressément confirmés par le commentaire de l'article 1.10 du Code civil ; voy. Proposition de loi portant le Livre 1er « Dispositions générales » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1805/1, p. 23 à 24.

¹⁵⁸ Par les articles 2 et 41 de l'ancienne loi du 26 mars 1971 sur la protection des eaux de surface contre la pollution ainsi que par l'article 90 du Code rural.

¹⁵⁹ Cass. (1^{re} ch.), 10 juin 2004, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2005, p. 114 à 115.

¹⁶⁰ Cass. (1^{re} ch.), 2 avril 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 250 à 257, note R. Aydogdu.

¹⁶¹ Cass. (1^{re} ch.), 2 avril 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 255, note R. Aydogdu.

¹⁶² Cass. (3^e ch.), 22 septembre 2008, *R.W.*, 2010, p. 1345 ; cet arrêt portait sur une action en répétition de prestations indûment versées par l'Institut national d'assurance maladie-invalidité.

¹⁶³ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 360, n°421.

¹⁶⁴ I. CLAEYS et T. TANGHE, *ibidem*, p. 360, n°421.

En premier lieu, selon les deux auteurs, l'interdiction de l'abus de droit protège essentiellement des intérêts privés¹⁶⁵ alors que la nullité absolue assure la sauvegarde de l'intérêt général. Selon eux, c'est donc ce dernier intérêt qui, sous la bannière de la nullité absolue, devrait l'emporter¹⁶⁶. Il convient toutefois de nuancer cet argument à deux égards. Premièrement, lorsqu'il apprécie l'existence d'un abus de droit, le juge peut bel et bien prendre en considération l'intérêt général lorsque celui-ci est invoqué simultanément avec un intérêt particulier sous-jacent¹⁶⁷. Ensuite, il n'existe pas, dans notre ordre juridique, un principe général du droit selon lequel les intérêts privés devraient succomber face à l'intérêt général¹⁶⁸. La Cour de cassation l'a notamment affirmé dans un arrêt du 23 mai 1991¹⁶⁹.

En second lieu, I. Claeys et T. Tanghe affirment que la fonction particulière de l'action en nullité absolue – réparer les effets de la violation de l'ordre public avec effet rétroactif – justifierait que celle-ci ne puisse dégénérer en abus, contrairement aux autres droits relevant de l'ordre public¹⁷⁰. Cet argument nous paraît ne pas résister à l'analyse. En effet, tout d'abord, le détournement d'un droit de sa finalité est précisément un des critères spécifiques de l'abus de droit¹⁷¹. C'est celui qui a d'ailleurs été retenu dans les arrêts susmentionnés de la Cour d'appel de Gand du 20 octobre 2004¹⁷², de la Cour d'appel de Liège du 12 mai 2016¹⁷³ et

¹⁶⁵ P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 150, n°116-2 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 104 et 360, n°103 et 422 ; la Cour de cassation a par ailleurs récemment affirmé que la prohibition de l'abus de droit était étrangère à la protection de l'intérêt général dans son arrêt du 22 octobre 2021 relatif à l'abattage de branches envahissantes sur pied de l'article 37 du Code rural. La Haute juridiction a en effet décidé que dans la balance des intérêts que le juge réalise pour apprécier l'existence ou non d'un abus de droit, il ne pouvait être tenu compte d'un intérêt général distinct des intérêts des parties. À cet égard, voy. Cass. (1^{re} ch.), 22 octobre 2021, *J.L.M.B.*, 2022, p. 106 à 107 ; *R.D.C.*, 2022, p. 404 à 408, note J. Van de Voorde.

¹⁶⁶ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 360, n°421.

¹⁶⁷ J. VAN DE VOORDE, « Kan het openbaar belang in rekening worden genomen bij rechtsmisbruik ? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 22 octobre 2021, *R.D.C.*, 2022, p. 416 à 417 et 420, n°21, 23 et 34.

¹⁶⁸ J. VAN DE VOORDE, *op. cit.*, p. 416, n°21 ».

¹⁶⁹ Cass. (1^{re} ch.) 23 mai 1991, *R.C.J.B.*, 1992, p. 179 à 183, note J. Hansenne ; cet arrêt portait sur l'appréciation de l'importance d'un trouble excessif de voisinage causé par une personne morale de droit public.

¹⁷⁰ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 360, n°421.

¹⁷¹ La plupart des auteurs considèrent toutefois que ce critère spécifique n'est applicable qu'aux droits-fonctions (S. STIJNS, *op. cit.*, p. 91, n°92, note n°244 ; P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 146 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *op. cit.*, p. 329 à 330, n°471 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 89 à 90, n°33, comp. I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 104, n°105). Nous considérons cependant que ce critère n'en est pas l'apanage eu égard aux différents arrêts cités au sein de ce paragraphe. Du reste, ne peut-on pas considérer qu'à l'aune de l'entrée en vigueur du Livre 5, le droit d'agir en nullité absolue constitue un droit-fonction ? Généralement institués dans l'intérêt d'un tiers, ces droits sont dotés d'une finalité sociale, économique ou morale dont le détournement peut être sanctionné par le juge (P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 74 à 75, n°28). La nullité absolue poursuit précisément un objectif de cette nature puisqu'il ressort désormais de l'article 5.58, alinéa 1^{er}, du Code civil qu'elle assure la sauvegarde de l'intérêt général, sous l'égide de l'ordre public qui embrasse l'ordre économique, moral, social et environnemental (voy. *supra*, n°2). Elle est donc bien instituée dans l'intérêt d'un tiers : la société. Son utilisation à d'autres fins peut par ailleurs être refusée sur pied de l'article 5.57, al. 2, du Code civil (voy. *infra*, section 2 du présent chapitre).

¹⁷² Gand, 20 octobre 2004, *R.A.B.G.*, 2006, p. 49, note R. Slabbinck ; « L'acquéreur ne peut abuser de la sanction de nullité pour se soustraire, pour des raisons en réalité étrangères à l'assainissement du sol, aux obligations découlant d'un contrat. » (nous soulignons).

¹⁷³ Liège, 12 mai 2016, *D.A.-O.R.*, 2017, p. 63 ; « Cette sanction n'est par contre pas destinée à permettre à un franchisé de se dégager de l'accord pour une raison non liée à cette protection. » (nous soulignons).

de la Cour de cassation du 2 avril 2015¹⁷⁴. Ensuite, tel que nous le démontrerons ultérieurement, la nullité est aujourd’hui plus que jamais connectée à son objectif et peut être écartée lorsqu’elle ne permet pas de l’atteindre¹⁷⁵. Dans cette mesure, il nous semble erroné d’affirmer que la finalité particulière de l’action en nullité absolue justifierait que son exercice ne puisse être tenu en échec par la prohibition de l’abus de droit.

Compte tenu de ce qui précède et en dépit des arguments soulevés par I. Claeys et T. Tanghe, nous considérons, à l’instar de C. Biquet et P. Wéry, que l’action en nullité absolue tombe sous la coupe de la prohibition de l’abus de droit.

SECTION 2 – LE CARACTÈRE MANIFESTEMENT INAPPROPRIÉ DE LA NULLITÉ

26. Introduction et plan. Nous consacrerons la présente section à l’hypothèse du maintien du contrat entaché d’une cause de nullité absolue en raison du caractère manifestement inapproprié de cette sanction. Si l’article 5.57, en son alinéa 1^{er}, dispose qu’« Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul », l’alinéa 2 de cette disposition poursuit en effet en énonçant que « Toutefois, le contrat demeure valable dans les cas prévus par la loi¹⁷⁶ ou lorsqu’il résulte des circonstances que la sanction de la nullité ne serait manifestement pas appropriée, eu égard au but de la règle violée ».

Nous commencerons par l’étude du régime de l’article 5.57, alinéa 2, du Code civil ainsi que de quelques applications jurisprudentielles (sous-section 1). Nous poursuivrons ensuite notre analyse en dressant l’inventaire des critiques auxquelles cette disposition prête le flanc (sous-section 2).

Sous-section 1 – Le régime et les fondements de l’article 5.57, alinéa 2, du Code civil

27. Plan. Tel que nous l’avons énoncé ci-dessus, le législateur permet désormais que la nullité soit écartée lorsqu’elle est manifestement inappropriée, eu égard au but de la règle violée. Ce correctif ne trouve pas d’équivalent au sein de l’ancien Code civil et constitue une innovation, en tout cas sur le plan législatif¹⁷⁷. Dans la présente sous-section, nous aborderons tout d’abord la *ratio legis* de l’article 5.57, alinéa 2, du Code civil (numéro 28). Nous étudierons ensuite les fondements jurisprudentiels ayant conduit à son adoption¹⁷⁸ (numéro 29). Enfin, nous passerons en revue les critères suivant lesquels le juge pourra apprécier l’opportunité de l’application du dispositif qu’il contient (numéro 30).

¹⁷⁴ Cass. (1^{re} ch.), 2 avril 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 256, note R. Aydogdu ; « le seul but que poursuit la demanderesse en diligentant cette action est d’ordre stratégique [...] ce faisant, la demanderesse détourne de façon abusive l’article 634 du Code des sociétés » (nous soulignons).

¹⁷⁵ Voy. *infra*, section 2 du présent chapitre.

¹⁷⁶ En premier lieu, l’article 5.57, alinéa 2, du Code civil vise l’hypothèse – qui ne retiendra pas notre attention – dans laquelle le législateur substitue à la nullité une sanction qu’il estime plus adéquate, la nullité n’étant, selon les termes du commentaire de cette disposition, que la « sanction ordinaire d’un vice de validité ». Cette hypothèse ne constitue donc pas une nouveauté. À cet égard, voy. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 64 ; F. GEORGE, *op. cit.*, p. 282, n°35 ; R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 36, n°38 ; J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, p. 159, n°32.

¹⁷⁷ F. GEORGE, *op. cit.*, p. 282, n°35 ; R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 36, n°38 ; S. STIJNS et S. DE REY, « Het nieuwe verbintenissenrecht in Boek 5 BW – Deel I », *R.W.*, 2022-2023, p. 937, n°30.

¹⁷⁸ Sous réserve de la critique que nous formulerons *infra*, n°32.

28. Ratio legis de l'article 5.57, alinéa 2, du Code civil. L'article 5.57, alinéa 2, prend en compte le souhait formulé par une partie de la doctrine et de la jurisprudence de faire de la nullité une sanction « proportionnée à son objectif, qui est d'assurer le respect de la norme violée »¹⁷⁹. Cette idée n'est pas récente¹⁸⁰ : en 1919, R. Japiot, père de la théorie moderne des nullités, écrivait déjà que la nullité « n'a pour utilité et pour raison d'être que d'assurer l'observation de la règle qu'elle sanctionne » et qu'il ne faut dès lors l'envisager « que comme un accessoire des règles juridiques »¹⁸¹.

Plusieurs auteurs contemporains ont approfondi cette conception de la nullité. I. Claeys et T. Tanghe plaident notamment en faveur d'une nullité au service de la norme violée, ce qui implique qu'il soit tenu compte de la finalité de cette dernière¹⁸². S. Stijns souscrit à cette idée et écrit que la nullité doit également être adaptée aux circonstances concrètes de la cause¹⁸³. F. Onclin ajoute quant à lui qu'à défaut, l'annulation entraînerait des conséquences plus néfastes que la violation de l'ordre public qu'elle cherche à réprimer¹⁸⁴.

29. Échos jurisprudentiels. La jurisprudence de la Cour de cassation avait déjà connu une évolution en ce sens. Cette évolution est notamment mise en évidence par le contraste qui existe¹⁸⁵ entre, d'une part, l'arrêt de la Cour de cassation du 27 septembre 2018¹⁸⁶ et, d'autre part, son arrêt du 7 novembre 2019¹⁸⁷.

Les faits de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 27 septembre 2018¹⁸⁸ sont les suivants : un entrepreneur de travaux s'était engagé à rénover des biens sans disposer, lors de la conclusion des contrats, des accès à la profession requis par l'arrêté royal du 29 janvier 2007¹⁸⁹. Les maîtres de l'ouvrage ont intenté une action en nullité absolue des contrats d'entreprise en raison de malfaçons. Ils ont toutefois été déboutés par les juges d'appels au motif qu'entre la conclusion des contrats et l'édification des ouvrages, l'entrepreneur était devenu titulaire des accès requis. La cour d'appel a donc considéré que la nullité était manifestement inappropriée

¹⁷⁹ Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 63 à 64 ; P. COLSON et F. GEORGE, *op. cit.*, p. 176, n°50 ; R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 36, n°38 ; J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, p. 159, n°32 ; S. STIJNS et S. DE REY, *op. cit.*, p. 937, n°30.

¹⁸⁰ Outre les auteurs énumérés ci-dessous, voy. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 63 à 64.

¹⁸¹ R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, thèse de doctorat, Paris, 1909, p. 166 et 167.

¹⁸² I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 364, n°429.

¹⁸³ S. STIJNS, *op. cit.*, p. 167, n°179 ; l'autrice propose le cas échéant de substituer à la nullité une sanction moins radicale, ce que le législateur admet dans le commentaire de l'article 5.57, alinéa 2. À cet égard, voy. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 64.

¹⁸⁴ F. ONCLIN, «La régularisation des infractions d'urbanisme comme obstacle à la nullité de la vente (sur plan) », note sous Cass. (1^{re} ch.) 7 novembre 2019, *Rev. not.*, 2020, p. 725, n°8.

¹⁸⁵ Ce contraste a été mis en exergue par E. de DUVE, « De la nullité des conventions : suite », obs. sous Cass. (1^{re} ch.), *J.T.*, 2020, p. 893.

¹⁸⁶ Cass. (1^{re} ch.), 27 septembre 2018, *J.T.*, 2019, p. 528 à 531, note E. de Duve.

¹⁸⁷ Cass. (1^{re} ch.), 7 novembre 2019, *R.G.D.C.*, 2020, p. 475 à 482, note F. Peeraer ; *J.T.*, 2020, p. 893 à 894, obs. E. de Duve.

¹⁸⁸ Cass. (1^{re} ch.), 27 septembre 2018, *J.T.*, 2019, p. 528 à 531, note E. de Duve.

¹⁸⁹ Cet arrêté royal a trait à la capacité professionnelle pour l'exercice des activités indépendantes dans les métiers de la construction et de l'électrotechnique, ainsi que de l'entreprise générale. Il est d'ordre public.

eu égard à l'objectif de l'arrêté royal susvisé : s'assurer que seules des personnes compétentes puissent édifier des constructions afin de prévenir tous risques pour la santé et la vie d'autrui. La Cour de cassation a cependant censuré cette décision en rappelant que « La licéité d'une convention doit être appréciée au moment de sa conclusion »¹⁹⁰.

La Haute juridiction a toutefois choisi de réorienter sa jurisprudence dans son arrêt du 7 novembre 2019¹⁹¹ portant lui aussi sur une problématique du droit de la construction. Dans cette affaire, un promoteur immobilier avait vendu sur plan une maison d'habitation à un acheteur. Les constructions érigées présentaient de nombreuses malfaçons, dont une infraction au permis d'urbanisme. Le contrat de vente a donné lieu à un litige et l'acheteur a obtenu des juges d'appel qu'ils déclarent la vente nulle de nullité absolue. La Cour de cassation a toutefois cassé l'arrêt attaqué au motif que « Sauf si la loi s'y oppose, la convention est maintenue s'il est ou peut être remédié à son illicéité de manière à ce que l'objectif visé par la loi soit ou puisse être atteint ». La portée de cet arrêt a par la suite été confirmée à plusieurs reprises par la Cour de cassation¹⁹².

30. Un pouvoir d'appréciation balisé. Ces arrêts de la Cour de cassation permettent d'entrevoir la manière dont le pouvoir judiciaire pourrait se saisir de l'instrument que l'article 5.57, alinéa 2, du Code civil met à sa disposition¹⁹³. Un tel aperçu nous est également fourni par les critères grâce auxquels le législateur entend aiguiller le pouvoir d'appréciation des juges. Ceux-ci pourront écarter la nullité, le cas échéant au profit d'une autre sanction¹⁹⁴, grâce aux critères disséminés tant dans le libellé de l'article 5.57, alinéa 2¹⁹⁵, que dans le commentaire de cette disposition.

Tout d'abord, le caractère inapproprié de la nullité doit résulter des circonstances¹⁹⁶. Le juge est ensuite invité¹⁹⁷ à se référer aux critères énumérés à l'article II. – 7:302 (3) du *Draft*

¹⁹⁰ Cass. (1^{re} ch.), 27 septembre 2018, *J.T.*, 2019, p. 528, note E. de Duve.

¹⁹¹ Cass. (1^{re} ch.), 7 novembre 2019, *R.G.D.C.*, 2020, p. 475 à 482, note F. Peeraer ; *J.T.*, 2020, p. 893 à 894, obs. E. de Duve. Sur cet arrêt, voy. également I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 364 à 365, n°430 ; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 168, n°180.

¹⁹² Notamment dans son arrêt du 22 novembre 2021 dans lequel elle a estimé que même si la validité d'un contrat s'apprécie en principe à la lumière de la loi applicable lors de sa formation, la nullité ne peut plus être prononcée si la nouvelle loi assouplit les conditions de validité de la loi antérieure (Cass. (1^{re} ch.), 22 novembre 2021, *R.W.*, 2022, p. 623 à 630, note T. Vancoppennolle). La Cour a également écarté la nullité dans son arrêt du 6 janvier 2022 relatif au non-respect, par un bien loué à des fins d'habitations, des normes de qualité prévues par le Code flamand du logement (Cass. (1^{re} ch.), 6 janvier 2022, *R.G.D.C.*, 2022, p. 437 à 444, note N. Bernard) ainsi que dans son arrêt du 22 janvier 2021, rendu en matière de marchés publics, que nous avons évoqué *supra*, n°7, et que nous développerons *infra*, n°32). Les arrêts mentionnés dans la présente note infrapaginale sont cités par R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 37, n°38, n°269, voy. également S. STIJNS, *op. cit.*, p. 168, n°179.

¹⁹³ Ces arrêts cités dans la note infrapaginale précédente pourront également servir de source d'inspiration pour les juges ; F. GEORGE, *op. cit.*, p. 284, n°37.

¹⁹⁴ Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 64 ; F. GEORGE, *op. cit.*, p. 282 à 283, n°35.

¹⁹⁵ Pour rappel, l'article 5.57, alinéa 2, du Code civil dispose que « Toutefois, le contrat demeure valable dans les cas prévus par la loi ou lorsqu'il résulte des circonstances que la sanction de la nullité ne serait manifestement pas appropriée, eu égard au but de la règle violée ».

¹⁹⁶ R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 37, n°38 ; ont ainsi été entendus les vœux formulés par S. STIJNS (S. STIJNS, *op. cit.*, p. 167 à 168, n°179) que nous avons abordés *supra*, n°28.

¹⁹⁷ Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 65 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 365 à 366, n°431 ; P. COLSON et

*Common Frame of Reference*¹⁹⁸ et à l'article 3.3.1 (3) des *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*¹⁹⁹. Parmi ceux-ci, figurent notamment l'importance de la violation, les attentes raisonnables des parties, le caractère intentionnel ou non de la violation et l'étroitesse de la relation entre la violation et le contrat. Est également mentionné le but de la règle violée, paramètre expressément repris par le législateur à l'article 5.57, alinéa 2, du Code civil.

L'ampleur du pouvoir d'appréciation que permettent ces vastes balises connaît deux tempéraments. D'une part, l'adverbe « manifestement », contenu dans le libellé de l'article 5.57, alinéa 2, contraint le juge à n'écarter la nullité qu'exceptionnellement²⁰⁰. D'autre part, dans un souci de sauvegarde de l'unité de la jurisprudence, l'appréciation du juge gît en droit et, de la sorte, est soumise à la censure de la Cour de cassation²⁰¹. Tel est en tout cas le vœu du législateur²⁰².

Sous-section 2 – Analyse critique

31. Plan. En dépit des appels doctrinaux auxquels l'article 5.57, alinéa 2, entend répondre, cette disposition fait l'objet de trois salves de critiques dont nous tâcherons de rendre compte dans la présente sous-section. En premier lieu, certains auteurs pointent du doigt la genèse de l'adoption de l'article 5.57, alinéa 2, et l'application anticipée qu'en a fait la Cour de

F. GEORGE, *op. cit.*, p. 177 à 178, n°51 ; R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 37, n°38 ; O. JANSSENS, *op. cit.*, p. 66, n°42.

¹⁹⁸ Cet article est libellé comme suit : « (3) *A decision reached under paragraph (2) should be an appropriate and proportional response to the infringement, having regard to all relevant circumstances, including:*

(a) the purpose of the rule which has been infringed;

(b) the category of persons for whose protection the rule exists;

(c) any sanction that may be imposed under the rule infringed;

(d) the seriousness of the infringement;

(e) whether the infringement was intentional; and

*(f) the closeness of the relationship between the infringement and the contract. » ; C. von BAR, E. CLIVE. et H. SCHULTE-NÖLKE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law : Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, Sellier, 2009, p. 539.*

¹⁹⁹ Cet article est libellé comme suit : « (3) *In determining what is reasonable regard is to be had in particular to:*

(a) the purpose of the rule which has been infringed;

(b) the category of persons for whose protection the rule exists;

(c) any sanction that may be imposed under the rule infringed;

(d) the seriousness of the infringement;

(e) whether one or both parties knew or ought to have known of the infringement;

(f) whether the performance of the contract necessitates the infringement; and

*(g) the parties' reasonable expectations. » ; E. BRÖDERMANN, *UNIDROIT principles of international commercial contracts : an article-by-article commentary*, Wolters Kluwer, 2018, p. 104.*

²⁰⁰ Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 64 ; F. GEORGE, *op. cit.*, p. 283, n°36 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 365, n°431 ; P. COLSON et F. GEORGE, *op. cit.*, p. 177, n°51 ; R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 37, n°38 ; O. JANSSENS, *op. cit.*, p. 67, n°42 ; J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, p. 160, n°32.

²⁰¹ P. COLSON et F. GEORGE, *op. cit.*, p. 178, n°51 ; R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 37, n°38 ; J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, p. 159, n°32.

²⁰² Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 65

cassation (numéro 32). Cette disposition fait également l'objet de deux critiques plus substantielles : sont remis en cause le recul de la protection de l'ordre public qu'elle occasionne (numéro 33) ainsi que sa pertinence, compte tenu de sa similitude avec la prohibition de l'abus de droit (numéro 34).

32. Bafouée, la séparation des pouvoirs. Nous avons écrit ci-dessus que la Cour de cassation avait récemment admis le maintien, dans certains cas, d'un contrat entaché d'une cause de nullité²⁰³. Selon plusieurs auteurs, la concomitance de cette récente évolution jurisprudentielle avec l'adoption du Livre 5 du Code civil, loin d'être fortuite, résulte d'une application anticipée de l'article 5.57, alinéa 2, par notre Cour suprême²⁰⁴. Cette anticipation, par ailleurs confirmée par le conseiller à la Cour de cassation E. Dirix lui-même²⁰⁵, trouve sa preuve la plus manifeste dans l'arrêt du 22 janvier 2021²⁰⁶ dont nous avons fait état de l'existence antérieurement²⁰⁷.

Dans cette affaire, un pouvoir adjudicateur avait directement attribué une concession de services présentant un intérêt transfrontalier à un opérateur économique national, en méconnaissance du principe d'égalité et de transparence consacré par les articles 49 et 56 du T.F.U.E.²⁰⁸. Ce contrat, entaché d'une cause de nullité absolue, a cependant été maintenu par la Cour de cassation au motif « qu'il n'y avait aucun acteur du marché potentiellement intéressé ». Sous l'impulsion de son avocat général²⁰⁹, la Cour a en effet repris quasiment mot pour mot le libellé de l'article 5.57, alinéa 2, du Code civil et a dit pour droit que « la sanction de nullité est manifestement inappropriée au regard de la finalité de la règle violée »²¹⁰.

Cette application anticipative est hautement critiquable²¹¹. En effet, la validation implicite d'une proposition de loi qui n'a pas encore été votée par le Parlement nous paraît

²⁰³ Voy. *supra*, n°29.

²⁰⁴ L. CORNELIS, « Rien ne va plus : het normdoel », *Entre tradition et pragmatisme*, R. Jafferali, E. Van den Haute et P. Foriers (dir.), 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 247 à 248, n°11 ; n°3 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, « Nabeschouwing ... », *op. cit.*, p. 1477 à 1480, L. CORNELIS, « Rechtspraak en nieuw BW : vooruitlopen en teruggrijpen zijn aan de wetgevers voorbehouden », *R.W.*, 2020-2021, p. 1437 à 1438 ; E. DIRIX, « Rechtspraak en Nieuw BW: vooruitlopen en teruggrijpen », *R.W.*, 2020-2021, p. 1158 à 1160 ; F. ONCLIN, *op. cit.*, p. 725, n°8 ; F. PEERAER, « Ook bij bouwvoertreding kan koop uitwerking krijgen: de gedachte van maatwerk achter nietigheid eens te meer toegepast », note sous Cass., 7 novembre 2019, *R.G.D.C.*, p. 477, n°5 ; E. de DUVE, « De la nullité des conventions : suite », obs. sous Cass. (1^{re} ch.), *J.T.*, 2020, p. 893.

²⁰⁵ E. DIRIX, « Antwoord op de kanttekening van Ludo Cornelis », *R.W.*, 2020-2021, p. 1439 à 1440 ; E. DIRIX, « Rechtspraak en Nieuw BW ... », *op. cit.*, p. 1158 à 1160.

²⁰⁶ Cass. (1^{re} ch.), 22 janvier 2021, *R.W.*, 2021-2022, note D. Willems, p. 998 à 1005, cité par S. STIJNS et S. DE REY, *op. cit.*, p. 937, n°30 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, « Nabeschouwing ... », *op. cit.*, p. 1480.

²⁰⁷ Voy. *supra*, n°7 et 30.

²⁰⁸ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

²⁰⁹ Av. gén. R. MORTIER, concl. préc., Cass. (1^{re} ch.), 22 janvier 2021, *R.W.*, 2021-2022, note D. Willems, p. 1477 à 1480.

²¹⁰ Cass. (1^{re} ch.), 22 janvier 2021, *R.W.*, 2021-2022, note D. Willems, p. 999.

²¹¹ Outre la critique formulée ci-dessus, nous notons qu'à la suite de l'audition d'experts au sein de la Chambre des représentants, la Commission de réforme du droit des obligations a choisi de ne pas s'écarter du texte de l'article 5.57, alinéa 2, malgré les critiques formulées à son égard. Est ici mise en exergue la circularité, à tout le moins partielle, du raisonnement élaboré à l'appui de cette décision de laisser intact le libellé de la disposition. En effet, paradoxe de l'œuf et de la poule, la Commission justifie son choix en prétendant codifier la jurisprudence de la Cour de cassation alors que celle-ci anticipe en réalité ce que la réforme propose de codifier. À cet égard, voy. Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, proposition de loi

incompatible avec l'État de droit²¹², en plus d'attenter à la sécurité juridique²¹³. E. Dirix estime qu'il s'agit simplement d'une forme d'interprétation historique dite « anticipative » qui permet aux juges de lire le droit positif à la lumière de ses évolutions futures²¹⁴. Cet argument ne résiste toutefois pas à la critique. Si une telle interprétation est admise lorsque le droit futur se borne à codifier à droit constant, elle ne peut en revanche être tolérée lorsque ce droit futur constitue une nouveauté²¹⁵.

A fortiori, cette interprétation anticipative à la lumière de l'article 5.57, alinéa 2, ne peut être admise dans la mesure où cette disposition, désormais adoptée, ne trouve en principe pas à s'appliquer aux contrats conclus avant son entrée en vigueur²¹⁶. L'article 64 de la Loi du 28 avril 2022 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil dispose en effet que « Les dispositions du livre 5 du Code civil s'appliquent aux actes juridiques et aux faits juridiques survenus après l'entrée en vigueur de la présente loi. » et que « Sauf accord contraire des parties, elles ne s'appliquent pas et les règles antérieures demeurent applicables [...] aux effets futurs des actes juridiques et faits juridiques survenus avant l'entrée en vigueur de la présente loi »²¹⁷.

33. Une nullité excessivement malléable ? En outre, si, tel que nous l'avons écrit antérieurement²¹⁸, nombre d'auteurs plaident depuis longtemps pour une application plus souple de la nullité, le bât blesse en doctrine concernant la forme que doit embrasser cette flexibilisation. Celle-ci était en effet déjà permise par l'annulation seulement partielle du contrat qui fera l'objet du prochain chapitre et qui, contrairement au correctif de l'article 5.57 alinéa 2, a au moins pour conséquence de purger le contrat de son illicéité²¹⁹. Plusieurs auteurs considèrent donc que cette disposition et la jurisprudence qu'elle a inspirée poussent la modularité de la nullité à outrance²²⁰, malgré les balises placées par le législateur dans son libellé.

Dans la sous-section précédente, nous avons en effet abordé le caractère exceptionnel du mécanisme correcteur de l'article 5.57, alinéa 2, et les critères suivant lesquels la nullité pouvait être écartée²²¹. Toutefois, *in fine*, c'est à la jurisprudence qu'il incombera de

portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Rapport de la première lecture, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/4, p. 31, 118 et 122.

²¹² L. CORNELIS, « Rien ne va plus : het normdoel », *Entre tradition et pragmatisme*, R. Jafferalli, E. Van den Haute et P. Foriers (dir.), 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 247 à 248, n°11 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, « Nabeschouwing ... », *op. cit.*, p. 1477 ; L. CORNELIS, « Rechtspraak en nieuw BW ... », *op. cit.*, p. 1437.

²¹³ I. CLAEYS et T. TANGHE, « Nabeschouwing ... », *op. cit.*, p. 1478 à 1479.

²¹⁴ E. DIRIX, « Rechtspraak en Nieuw BW ... », *op. cit.*, p. 1158 à 1159.

²¹⁵ I. CLAEYS et T. TANGHE, « Nabeschouwing ... », *op. cit.*, p. 1479 ; pour rappel, le correctif de l'article 5.57, alinéa 2, du Code civil constitue une innovation ; à cet égard, voy. *supra*, n°27.

²¹⁶ P. WERY, « Vue d'ensemble sur les livres 1er "Dispositions générales" et 5 "Les obligations" du Code civil », *Le nouveau droit des obligations*, B. Kohl et P. Wéry (dir.), Anthémis, Liège, 2022, p. 36 et 37, n°28 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, « Nabeschouwing ... », *op. cit.*, p. 1478 ; comp. R. JAFFERALLI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 23 à 24, n°5.

²¹⁷ Loi du 28 avril 2022 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022, art. 64.

²¹⁸ Voy. *supra*, n°28.

²¹⁹ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 366, n°432.

²²⁰ Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Rapport de la première lecture, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/4, p. 118.

²²¹ Voy. *supra*, n°30.

déterminer les cas où il convient de ne pas appliquer la sanction de la nullité²²². I. Claeys et T. Tanghe craignent donc qu'une interprétation trop large de l'article 5.57, alinéa 2, ne finisse pas faire de cette disposition un outil permettant au juge d'écarter la nullité dès que ses conséquences seraient trop importantes²²³.

En outre, les deux auteurs insistent sur la fonction dissuasive dont est censée être investie la nullité. L'assouplissement permis par l'article 5.57, alinéa 2, et la jurisprudence susvisée est au contraire de nature à décourager les parties d'intenter une action en nullité absolue, face au risque accru d'être débouté²²⁴. R. Feltkamp, A. François et L. Cornelis écrivent quant à eux que l'article 5.57, alinéa 2²²⁵, constituerait une « invitation à la spéculation et au jeu » dans la mesure où la sanction de la nullité qui s'attache à la violation de l'ordre public n'est plus automatique²²⁶.

La jurisprudence de la Cour de cassation n'échappe pas plus aux critiques. Est notamment pointée du doigt l'inaptitude de l'arrêt du 7 novembre 2019²²⁷ à garantir une protection adéquate et effective de l'ordre public²²⁸. Pour rappel, dans cet arrêt, la Haute Cour avait admis que soit maintenu un contrat entaché d'une cause de nullité absolue « s'il est ou peut être remédié à son illicéité de manière à ce que l'objectif visé par la loi soit ou puisse être atteint »²²⁹. Comment garantir, même s'il peut être remédié à l'illicéité, que celle-ci sera effectivement effacée²³⁰ ? Par exemple, dans cette affaire, comment garantir que l'autorité compétente délivrera un permis d'urbanisme alors qu'il n'existe pas de droit subjectif à l'obtention d'un tel permis²³¹ ? En outre, par l'utilisation du verbe « puisse », la Cour s'exprime en termes de potentialité et rien ne garantit que, même s'il est effectivement remédié à l'illicéité, l'objectif visé par la loi sera effectivement atteint²³².

34. Surabondance avec la prohibition de l'abus de droit. Enfin, plusieurs experts²³³ s'interrogent sur la pertinence de l'article 5.57, alinéa 2, dans la mesure où la nullité manifestement inappropriée pouvait déjà être écartée grâce à la prohibition de l'abus de droit.

²²² I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 368, n°432.

²²³ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 367, n°432.

²²⁴ I. CLAEYS et T. TANGHE, *ibidem*, p. 367 à 368, n°432.

²²⁵ Aux côtés des reculs de l'ordre public identifiés dans le chapitre 1 du présent travail.

²²⁶ L. CORNELIS, R. FELTKAMP et A. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 145, n°35 ; en ce sens également : L. CORNELIS et R. FELTKAMP, *op. cit.*, p. 536, n°4.

²²⁷ Cass. (1^{re} ch.), 7 novembre 2019, *R.G.D.C.*, 2020, p. 475, note F. Peeraer ; *J.T.*, 2020, p. 893 à 894, obs. E. de Duve.

²²⁸ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 366, n°432.

²²⁹ Cass. (1^{re} ch.), 7 novembre 2019, *R.G.D.C.*, 2020, p. 475 à 482, note F. Peeraer ; *J.T.*, 2020, p. 893, obs. E. de Duve.

²³⁰ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 366 à 367, n°432 ; L. CORNELIS, « Rien ne va plus : het normdoel », *Entre tradition et pragmatisme*, R. Jafferli, E. Van den Haute et P. Foriers (dir.), 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 247 à 248, n°11 ; F. ONCLIN, *op. cit.*, p. 728, n°10.

²³¹ F. ONCLIN, *op. cit.*, p. 728, n°10.

²³² I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 366, n°432.

²³³ Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Rapport de la première lecture, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/4, p. 118 et 122.

Nous observons effectivement une certaine symétrie entre ces deux institutions²³⁴. Tout d'abord, la prohibition de l'abus de droit et le maintien du contrat nul ont vocation à n'être appliqués qu'à la marge par le juge²³⁵. Ensuite, le critère du « but de la règle violée » figurant à l'article 5.57, alinéa 2, constitue également un des critères spécifiques permettant au juge d'apprécier l'existence d'un abus de droit. En effet, tel que nous l'avons évoqué antérieurement²³⁶, outre le critère générique de l'article 1.10, alinéa 2, du Code civil issu de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 1971²³⁷, la jurisprudence a dégagé une série non exhaustive de critères spécifiques²³⁸ parmi lesquels figure le détournement d'un droit de sa finalité²³⁹.

Toutefois, malgré cette symétrie entre la prohibition de l'abus de droit et l'article 5.57, alinéa 2, du Code civil, R. Jafferalli écrit qu'il était préférable d'adopter une disposition spécifique pour des raisons tenant à la pédagogie et à la sécurité juridique²⁴⁰.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

35. Accessoriété de la nullité. Dans le chapitre précédent, nous évoquions la perte d'autonomie de la condition de licéité. C'est ici la sanction de la nullité elle-même qui semble avoir été privée de son existence propre pour être placée au service de la norme dont elle assure la sanction de la violation. Réduite au simple rôle d'accessoire²⁴¹, l'annulation du contrat, lorsqu'elle ne permet pas d'atteindre l'objectif de la règle enfreinte, est écartée. S'il est souhaitable que la sanction de la nullité ne soit pas abusive ou disproportionnée, il convient de garder à l'esprit que le rapport entre cette volonté et la sauvegarde de l'ordre public est inversement proportionnel. Nous espérons donc que les juges appliqueront les articles 1.10 et 5.57, alinéa 2, du Code civil conformément aux souhaits du législateur : à la marge.

²³⁴ Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Rapport de la première lecture, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/4, p. 118 et 122 ; R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 37, n°38, note n°271.

²³⁵ Concernant l'article 5.57, alinéa 2, voy. *supra*, n°30 ; concernant la prohibition de l'abus de droit, voy. S. STIJNS, *op. cit.*, p. 88 à 89, n°90 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 103, n°101 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *op. cit.*, p. 321, n°464 et 465 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 86, n°31.

²³⁶ Voy. *supra*, n°25.

²³⁷ Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, *R.C.J.B.*, 1976, p. 300 à 350, note P. Van Ommeslaghe.

²³⁸ S. STIJNS, *op. cit.*, p. 89, n°91 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 105, n°104.

²³⁹ P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 146, n°114 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *op. cit.*, p. 329, n°471 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 89 à 90, n°33 ; c'est d'ailleurs ce critère qui a été retenu dans plusieurs des arrêts que nous avons cités, à cet égard, voy. *supra*, n°25.

²⁴⁰ R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 37, n°38, note n°271.

²⁴¹ Pour reprendre l'expression de R. JAPIOT, *op. cit.*, p. 167, mentionnée *supra*, n°28.

CHAPITRE 3 – LA NULLITÉ PEUT N’ÊTRE QUE PARTIELLE

36. Propos introductif. L’article 5.63, alinéa 1^{er}, du Code civil, dispose ce qui 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 ». Par ces termes, le législateur consacre la théorie de la nullité partielle²⁴². Le commentaire de l’article 5.63 précise que l’annulation peut donc se limiter à la seule clause illicite du contrat, voire à la seule partie illicite de cette clause²⁴³. L’annulation est, de la sorte, taillée sur mesure²⁴⁴ par le juge et le contrat, purgé de son illicéité, peut continuer à lier les parties.

Dans ce troisième chapitre, nous aborderons les deux formes que peut recouvrir la nullité partielle²⁴⁵ : l’annulation de la seule clause illicite (section 1) et l’annulation de la seule partie illicite de cette clause, également appelée « réduction » (section 2).

SECTION 1 – L’ANNULATION SEULEMENT PARTIELLE DU CONTRAT ENTACHÉ D’UNE ILLICÉITÉ

37. Introduction et plan. Tel que nous l’avons écrit ci-dessus, face à un contrat entaché d’une illicéité, l’article 5.63, alinéa 1^{er}, du Code civil permet au juge de se borner à n’éliminer que la seule clause²⁴⁶ illicite. Il est en effet admis depuis longtemps que l’annulation d’une clause ne doit pas nécessairement entraîner l’anéantissement du contrat dans son intégralité²⁴⁷. Nous aborderons d’abord les trois conditions requises pour n’annuler le contrat que dans la seule mesure de son illicéité (numéros 38 à 41). Ensuite, nous nous demanderons si, une fois ces conditions remplies, le juge peut toutefois décider d’écarter l’annulation de la seule clause illicite au profit de l’annulation intégrale du contrat (numéro 42).

²⁴² P. COLSON et F. GEORGE, *op. cit.*, p. 173, n°46 ; O. JANSSENS, *op. cit.*, p. 70, n°47.

²⁴³ Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 74 ; S. STIJNS et S. DE REY, *op. cit.*, p. 938, n°31 ; O. JANSSENS, *op. cit.*, p. 70, n°47.

²⁴⁴ Pour reprendre l’expression de P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 335, n°316-2.

²⁴⁵ Précisons d’emblée qu’il est des cas où le législateur prévoit expressément l’annulation de la seule clause illicite ou la réduction de cette clause. Ces hypothèses ne feront pas l’objet du présent chapitre, qui se concentrera sur la possibilité d’annuler partiellement le contrat ou de réduire une clause en dehors de toute disposition légale expresse. Concernant l’annulation de la clause illicite, voy. par exemple l’article VI.84, § 1^{er}, du Code de droit économique dont il sera question *infra*, n°41 (et voy. également, sur la question, P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 356 à 357, n°331-3 ; Y. NINANE et J.-F. GERMAIN, « Examen des mécanismes alternatifs à la nullité totale », *Les nullités en droit privé : état des lieux et perspectives*, dir. C. Delforge, Limal, Anthemis, 2017, p. 202, n°9 ; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 716 à 721, n°312). Concernant la réduction de la clause illicite, voy. par exemple l’article 5.88 du Code civil (et, sur la question, P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 368 à 369, n° 341-2 R. JAFFERALI, *La rétroactivité ...*, *op. cit.*, p. 725 à 726, n°314).

²⁴⁶ Il existe, selon P. Wéry, plusieurs formes de nullité partielle du contrat entaché d’une cause de nullité, dont l’annulation de la seule clause illicite est un cas particulier (voy. P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 355 à 357, n°331-2 à 331-3). Dans le cadre de la présente section, nous nous référerons toutefois à cette hypothèse uniquement en partant du postulat que la partie illicite du contrat correspond toujours à une ou plusieurs clauses (ou, dans le cadre de la section suivante, à une partie d’une clause).

²⁴⁷ S. STIJNS, *op. cit.*, p. 170, n°182 ; Y. NINANE et J. -F. GERMAIN, *op. cit.*, p. 199, n°5 ; F. PEERAER, « Naar een nietigheid op maat: de principiële erkenning van de (mogelijkheid tot) reductie door het Hof van Cassatie », *R. W.*, 2015, p. 1189, n°2.

38. Conditions. Les conditions requises par l'article 5.63, alinéa 1^{er}, pour permettre au juge d'amputer le contrat de sa clause illicite ont été définies par la Cour de cassation dans deux arrêts du 23 janvier²⁴⁸ et du 25 juin 2015²⁴⁹. Alors que cette dernière décision n'a trait qu'à la réduction de la clause illicite²⁵⁰, la première, à l'instar de l'article 5.63, alinéa 1^{er}, s'exprime en termes généraux²⁵¹ de sorte que les conditions qu'elle énumère – et qui ont, pour la plupart, ensuite été reprises par l'arrêt du 25 juin 2015²⁵² – ont vocation à s'appliquer aux deux formes de nullité partielle qui font l'objet du présent chapitre²⁵³. Avant de passer en revue ces conditions, il convient de se plonger dans le contexte des arrêts du 23 janvier²⁵⁴ et du 25 juin 2015²⁵⁵.

Ces deux décisions ont été rendues dans le même cadre, à savoir celui de clauses de non-concurrence contrevenant au décret d'Allarde²⁵⁶. Par souci de concision, nous nous bornerons donc à relater les faits sous-jacents à l'arrêt du 25 juin 2015²⁵⁷. Dans cette affaire, les demandeurs avaient cédé leurs parts dans une société anonyme à deux sociétés, moyennant la stipulation d'une clause de non-concurrence. Cette clause leur interdisait d'exercer une activité d'exploitation, de gestion ou de consultance en concurrence avec les activités de la société anonyme dans les trois ans suivant la date du transfert des parts, tant en Belgique qu'à l'étranger. Saisie d'un litige relatif à cette clause, la Cour d'appel de Liège avait considéré que celle-ci était nulle de nullité absolue en ce qu'elle n'était pas du tout limitée quant au territoire et pas suffisamment quant aux activités²⁵⁸.

Siégeant en audience plénière²⁵⁹, la Cour de cassation a cassé cet arrêt au motif que « Le juge peut, si une nullité partielle d'une [...] clause est possible, en limiter la nullité à la partie contraire à l'ordre public, pour autant que le maintien de la clause partiellement annulée réponde à l'intention des parties »²⁶⁰. Il découle donc de la jurisprudence de la Cour de

²⁴⁸ Cass. (1^{re} ch.), 23 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 734.

²⁴⁹ Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 727 à 734, concl. Av. gén. T. Werquin ; *R.D.C.*, 2016, p. 382 à 393, note T. Tanghe.

²⁵⁰ Pour rappel, cette forme de nullité partielle fera l'objet de la section 2 du présent chapitre.

²⁵¹ La Cour vise en effet « la partie de la convention ou de la clause » illicite, voy. Cass. (1^{re} ch.), 23 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 734.

²⁵² Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 727 à 734, concl. Av. gén. T. Werquin ; *R.D.C.*, 2016, p. 382 à 393, note T. Tanghe.

²⁵³ S. STIJNS et S. DE REY, *op. cit.*, p. 938, n°31 ; nous y reviendrons *infra*, n°44.

²⁵⁴ Cass. (1^{re} ch.), 23 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 734.

²⁵⁵ Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 727 à 734, concl. Av. gén. T. Werquin ; *R.D.C.*, 2016, p. 382 à 393, note T. Tanghe.

²⁵⁶ S. LAGASSE, « La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence », *J.T.*, 2015, p. 718 à 719 ; P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 372, n°341-5 ; le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 consacre la liberté d'entreprendre, qui a désormais pour fondement légal les articles II.3 et II.4 du Code de droit économique (S. LAGASSE, « La réduction ... », *op. cit.*, p. 718).

²⁵⁷ Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 727 à 734, concl. Av. gén. T. Werquin ; *R.D.C.*, 2016, p. 382 à 393, note T. Tanghe.

²⁵⁸ S. LAGASSE, « La réduction ... », *op. cit.*, p. 718.

²⁵⁹ Convoquée en raison de la circonstance que l'Avocat général T. Werquin invitait la chambre francophone à ne pas suivre l'arrêt du 23 janvier 2015 rendu par la chambre néerlandophone, voy. S. LAGASSE, « La réduction ... », *op. cit.*, p. 721.

²⁶⁰ Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 733, concl. Av. gén. T. Werquin ; *R.D.C.*, 2016, p. 385, note T. Tanghe ;

cassation, entérinée à l'article 5.63, alinéa 1^{er}, du Code civil, que la nullité peut se borner à ne frapper que la seule clause illicite²⁶¹ lorsque les trois conditions ci-après énumérées sont réunies²⁶².

39. (Suite) Possibilité. L'annulation de la seule clause contraire à l'ordre public doit tout d'abord être possible, ce qui implique que cette clause soit divisible²⁶³.

Il est en premier lieu nécessaire que la cause de nullité dont est entaché le contrat ne l'affecte pas dans son intégralité, à défaut de quoi le contrat devra être entièrement annulé²⁶⁴. Par exemple, dans les arrêts précités de la Cour de cassation²⁶⁵ et de la Cour d'appel de Gand²⁶⁶ relatifs à la violation de l'article 36 de l'ancien décret flamand du 22 février 1995 relatif à l'assainissement des sols, nous peinons à imaginer dans quelle mesure la cause d'illicéité dont était entaché le contrat de vente pourrait se limiter à l'une de ses clauses²⁶⁷.

Le contrat dont l'une des clauses est entachée d'une illicéité qui lui est propre doit encore pouvoir être purgé de sa clause illicite sans succomber²⁶⁸, c'est-à-dire notamment sans que l'un de ses éléments essentiels ne disparaisse²⁶⁹. Si, au contraire, la clause illicite porte sur une des obligations principales du contrat, c'est bien le contrat tout entier qui sera annulé et non

La Cour paraphrase sa décision du 23 janvier 2015 dans laquelle elle avait statué 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. » (Cass. (1^{re} ch.), 23 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 734 ; S. STIJNS et S. DE REY, *op. cit.*, p. 938, n°31). Notons que contrairement à l'arrêt du 23 janvier 2015, celui du 25 juin 2015 portait sur un contrat qui ne comportait pas de clause de divisibilité. En outre, la mention de la condition de non-interdiction par la loi ne figure pas dans l'arrêt du 25 juin 2015, comme le souligne P. WÉRY, « Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel : la nullité partielle d'une clause illicite », *R.C.J.B.*, 2016, p. 422, n°35.

²⁶¹ Ainsi que la seule fraction illicite de cette clause, tel que nous l'écrivons *infra*, n°44.

²⁶² Ces conditions sont parfois présentées différemment par les auteurs dont nous avons lu les écrits. Par exemple, I. Claeys et T. Tanghe analysent l'annulabilité partielle du contrat en suivant deux étapes (I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 371 à 372, n°436). Nous avons toutefois fait le choix d'intégrer la pensée de ces auteurs dans notre analyse.

²⁶³ S. STIJNS et S. DE REY, *op. cit.*, p. 938, n°31 ; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 173, n°183 ; P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 370, n°341-4 ; Y. NINANE et J. -F. GERMAIN, *op. cit.*, p. 199 à 200, n°6.

²⁶⁴ Y. NINANE et J. -F. GERMAIN, *op. cit.*, p. 210, n°24 ; T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding ...*, *op. cit.*, p. 178, n°163 ; il convient à cet égard de garder à l'esprit que, tel que nous l'avons écrit *supra*, n°19, la cause et l'objet du contrat sont les seuls prismes au travers desquels la condition de licéité peut entraîner la nullité absolue du contrat ou, en l'occurrence, d'une de ses clauses (T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding ...*, *op. cit.*, p. 150 à 151, n°136). Cette clause doit nécessairement être dotée d'un objet ou d'une cause propre, ce qui est possible sur pied de l'article 5.13 du Code civil (à cet égard, voy. *infra*, n°44). À défaut, la cause de nullité qui l'entache, commune au reste du contrat, contaminerait ce dernier et ne le rendrait susceptible que d'une annulation intégrale (I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 372, n°437).

²⁶⁵ Cass. (1^{re} ch.), 24 juin 2010, *R.W.*, 2010, p. 1520 à 1525, note J. del Corral.

²⁶⁶ Gand, 20 octobre 2004, *R.A.B.G.*, 2006, p. 45 à 55, note R. Slabbinck.

²⁶⁷ Dans le cadre de l'arrêt de la Cour d'appel de Gand, c'est en effet toute la vente qui avait été réalisée sous la condition suspensive de la remise d'une attestation du sol (Gand, 20 octobre 2004, *R.A.B.G.*, 2006, p. 45 à 55, note R. Slabbinck) ; cet exemple nous est fourni par I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 372, n°437 et T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding ...*, *op. cit.*, p. 167, n°152.

²⁶⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 370, n°341-4.

²⁶⁹ S. LAGASSE, « La réduction ... », *op. cit.*, p. 718 à 719.

la seule clause entachée d'une cause de nullité²⁷⁰. Dans le cas précité²⁷¹ de la viande aux hormones, il paraît par exemple impensable de n'annuler le contrat que dans la seule mesure où son objet se situe en dehors du commerce. Le transfert de la propriété de la chose vendue est en effet, aux côtés du prix, l'une des deux obligations essentielles de la vente²⁷².

40. (Suite) Conformité à l'intention des parties. Le commentaire de l'article 5.63, alinéa 1^{er}, indique que le critère déterminant est la volonté des parties²⁷³ telle qu'exprimée au moment de la conclusion du contrat²⁷⁴. La volonté de maintenir le contrat malgré l'annulation d'une de ses clauses doit donc résulter d'une analyse subjective du contrat²⁷⁵.

Cette volonté peut être expresse : les parties peuvent²⁷⁶ insérer dans le contrat une clause de divisibilité par laquelle elles stipulent que l'annulation de la clause illicite restera sans incidence sur le reste de leur contrat²⁷⁷. Cette clause ne pourra toutefois pas avoir pour effet de maintenir le contrat en vie si l'une de ses conditions de validité disparaît des suites de l'annulation²⁷⁸. En outre, l'article 5.64 du Code civil consacre la primauté de la volonté réelle des parties. Le juge devra donc annuler le contrat dans son intégralité s'il constate qu'en dépit de la clause de divisibilité, la clause annulée était déterminante dans la volonté des parties²⁷⁹. Bien entendu, les parties peuvent également insérer une clause d'indivisibilité²⁸⁰.

La volonté des parties peut également être tacite²⁸¹. La charge de la preuve de son existence repose alors sur celui qui s'en prévaut²⁸². Celui-ci peut néanmoins compter sur les commentaires de l'article 5.63, alinéa 1^{er}, et de l'article 5.114 qui instituent une présomption

²⁷⁰ P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 279, n°282.

²⁷¹ Voy. *supra*, n°8.

²⁷² E. VAN DEN HAUTE, *Contrats spéciaux*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 8 à 12 ; cet exemple nous est fourni par P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 279, n°282.

²⁷³ Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 74 ; S. STIJNS et S. DE REY, *op. cit.*, p. 938, n°31.

²⁷⁴ S. LAGASSE, « Vers un affinement de la jurisprudence en matière de nullité partielle ? », *R.G.D.C.*, 2019, p. 448, n°22.

²⁷⁵ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 376, n°441 ; R. Jafferalli et S. Stijns préconisent toutefois de combiner cette analyse subjective à une analyse objective, c'est-à-dire axée sur la structure du contrat (S. STIJNS, *op. cit.*, p. 173, n°183 ; R. JAFFERALI, *La rétroactivité ...*, *op. cit.*, p. 710 à 712, n°310). Sous réserve de l'arrêt Banco Santander qui sera analysé *infra*, n°46, cette analyse subjective contraste avec l'analyse objective de la Cour de justice de l'Union européenne (voy. S. LAGASSE, « Vers un affinement ... », *op. cit.*, p. 445, n°12).

²⁷⁶ Et cela leur est vivement conseillé si tel est leur souhait ; à cet égard, voy. P. WÉRY, « Une nouvelle application ... », *op. cit.*, p. 422, n°34.

²⁷⁷ F. GEORGE, *op. cit.*, p. 301, n°51 ; P. COLSON et F. GEORGE, *op. cit.*, p. 174, n°48 ; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 170, n°182 ; P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 370 à 371, n°341-4 ; Y. NINANE et J. -F. GERMAIN, *op. cit.*, p. 200 et 210, n°7 et 25.

²⁷⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 370, n°341-4, note n°194 ; Y. NINANE et J. -F. GERMAIN, *op. cit.*, p. 200, n°6 ; F. PEERAER, « Naar een nietigheid ... », *op. cit.*, p. 1192, n°6 ; R. JAFFERALI, *La rétroactivité ...*, *op. cit.*, p. 714, n°311.

²⁷⁹ P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 370, n°341-4, note n°194 ; F. PEERAER, « Naar een nietigheid ... », *op. cit.*, p. 1192, n°6 ; R. JAFFERALI, *La rétroactivité ...*, *op. cit.*, p. 714, n°311.

²⁸⁰ P. COLSON et F. GEORGE, *op. cit.*, p. 174, n°47 ; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 170, n°182 ; P. WÉRY, « Une nouvelle application ... », *op. cit.*, p. 421 à 422, n°34 ; Y. NINANE et J. -F. GERMAIN, *op. cit.*, p. 200, n°6.

²⁸¹ P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 371, n°341-4 ; F. PEERAER, « Naar een nietigheid ... », *op. cit.*, p. 1191, n°6.

²⁸² P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 371, n°341-4.

de divisibilité concernant notamment les clauses de droit applicable, de règlement des différends et de confidentialité²⁸³. L'article 5.63, alinéa 2, du Code civil consacre en outre la divisibilité de la clause réputée non écrite par la loi²⁸⁴ qui « une fois annulée, laisse subsister le reste du contrat ». P. Wéry écrit enfin que les clauses de divisibilité étant devenues de style, leur non-insertion sera de nature à conduire le juge à considérer l'indivisibilité du contrat²⁸⁵.

Dans sa recherche de la volonté tacite des parties, le juge pourra en outre s'aider de l'arrêt de la Cour de cassation du 23 novembre 2017²⁸⁶ relatif à l'annulation partielle d'un contrat entaché de dol. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a en effet précisé le contenu de la condition de conformité à la volonté des parties²⁸⁷ : « le juge est tenu d'examiner si une nullité partielle est compatible avec l'objectif poursuivi par les parties au moment de la conclusion du contrat et si elle ne porte pas atteinte aux intérêts et aux attentes légitimes des parties »²⁸⁸.

41. (Suite) Conformité à la portée et au but de la règle violée. Cette condition de conformité au but et à la portée²⁸⁹ de la règle violée fait écho à la condition d'absence d'interdiction énoncée par la Cour de cassation dans son arrêt précité du 23 janvier 2015²⁹⁰. Cette condition vient tempérer le poids de la volonté des parties²⁹¹ et le pouvoir d'appréciation du juge²⁹² en les empêchant de contrevenir au but et à la portée de la règle violée²⁹³. De deux choses l'une.

²⁸³ Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 74 et 145 ; voy. également F. GEORGE, *op. cit.*, p. 301, n°50 et 51 ; P. COLSON et F. GEORGE, *op. cit.*, p. 174, n°47.

²⁸⁴ Le réputé non écrit est, aux yeux du législateur, une forme de nullité partielle ; à cet égard, voy. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 74 à 75 ; P. COLSON et F. GEORGE, *op. cit.*, p. 174 à 175, n°48.

²⁸⁵ P. WÉRY, « Une nouvelle application ... », *op. cit.*, p. 422, n°34.

²⁸⁶ Cass. (1^{re} ch.), 23 novembre 2017, *R.G.D.C.*, 2018, p. 208 à 214, note F. Peeraer.

²⁸⁷ J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, p. 173, n°56 ; F. PEERAER, « Ook het Hof van Cassatie acht partiële nietigheid mogelijk bij bedrog », note sous Cass. (1^{re} ch.), 23 novembre 2017, *R.G.D.C.*, 2018, p. 211 à 212, n°8 à 9.

²⁸⁸ Cass. (1^{re} ch.), 23 novembre 2017, *R.G.D.C.*, 2018, p. 208, note F. Peeraer ; I. Claeys et T. Tanghe considèrent qu'il découle de cet arrêt qu'aux côtés des attentes légitimes des parties, le juge devra prendre en compte l'intérêt protégé par la règle impérative violée (I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 377, n°441 ; S. LAGASSE, « Vers un affinement ... », *op. cit.*, p. 447 à 448, n°22). Il s'agissait en effet en l'espèce d'une cause de nullité relative (voy. l'article 5.33, alinéa 2, du Code civil). Selon nous, cet enseignement peut toutefois *mutatis mutandis* être transposé aux causes de nullité absolue.

²⁸⁹ Bien que l'article 5.63, alinéa 1^{er}, ne se réfère qu'au but de la règle violée, le commentaire de cette disposition se réfère également à sa portée ; voy. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 74.

²⁹⁰ Cass. (1^{re} ch.), 23 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 734 ; « 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. » (nous soulignons).

²⁹¹ Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 74 ; F. GEORGE, *op. cit.*, p. 301, n°51 ; P. COLSON et F. GEORGE, *op. cit.*, p. 170, n°47 ; Y. NINANE et J. -F. GERMAIN, *op. cit.*, p. 200, n°6 ; C. CAUFFMAN, « Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité ? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 23 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2007, p. 433, n°14.

²⁹² En ce sens, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 371, n°341-4.

²⁹³ Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 74.

En premier lieu, lorsque le législateur sanctionne une clause illicite d'une certaine manière, sa volonté ne peut être méconnue²⁹⁴. L'article VI.84, § 1^{er}, du Code de droit économique est, à cet égard, doublement intéressant²⁹⁵. D'une part, il dispose en son alinéa 2 que « Le contrat reste contraignant pour les parties s'il peut subsister sans les clauses abusives ». Il en résulte que la nullité de la seule clause abusive est, lorsqu'elle est possible, obligatoire et que demeure sans incidence l'insertion, par les parties, d'une clause d'indivisibilité²⁹⁶. D'autre part, l'alinéa 1^{er} de cet article frappe de nullité toute clause abusive. A la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne²⁹⁷, cette disposition prive le juge de son pouvoir de réduction²⁹⁸. Nous reviendrons sur ce point ultérieurement²⁹⁹.

En second lieu, lorsque le législateur ne s'est pas clairement exprimé concernant l'étendue de la nullité, il convient pour le juge de rechercher le but de la règle violée et de vérifier si celui-ci peut être atteint par l'annulation de la seule clause illicite³⁰⁰. Ce sera par exemple le cas lorsque l'annulation intégrale préjudicierait davantage la partie protégée par la norme enfreinte que l'annulation partielle du contrat³⁰¹. Par exemple, le locataire lié par un contrat de bail illicite sera davantage préjudicié par l'annulation intégrale dudit contrat que par celle de sa seule clause contraire à l'ordre public³⁰². Ce sera également le cas lorsque la règle violée ne poursuit pas un objectif dissuasif³⁰³. Par exemple, dans les arrêts précités du 23 janvier³⁰⁴

²⁹⁴ Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 74 ; P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 371, n°341-4 ; Y. NINANE et J. -F. GERMAIN, *op. cit.*, p. 211, n°26 ; F. PEERAER, « Naar een nietigheid ... », *op. cit.*, p. 1190 à 1191, n°5 ; en ce sens également, voy. R. JAFFERALI, *La rétroactivité ...*, *op. cit.*, p. 716, n°311.

²⁹⁵ Cet exemple nous est fourni par Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 74 ; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 171, n°182 ; P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 371, n°341-4 ; T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding ...*, *op. cit.*, p. 165, n°180.

²⁹⁶ Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 74 ; J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, p. 174, n°57.

²⁹⁷ Ci-après : « C.J.U.E ».

²⁹⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 371, n°341-4.

²⁹⁹ Voy. *infra*, n°46.

³⁰⁰ F. PEERAER, « Naar een nietigheid ... », *op. cit.*, p. 1191, n°5 ; Y. NINANE et J. -F. GERMAIN, *op. cit.*, p. 211, n°26 ; en ce sens également, voy. T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding ...*, *op. cit.*, p. 167 à 168, n°152 ; R. JAFFERALI, *La rétroactivité ...*, *op. cit.*, p. 716, n°311.

³⁰¹ C. CAUFFMAN, *op. cit.*, p. 428, n°1 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 378, n°441 ; même si la protection d'une partie réputée plus faible par la loi est caractéristique des règles impératives (voy. *supra*, n°2), ce critère reste pertinent en matière de nullité absolue. En effet, les normes qui intéressent l'ordre public peuvent, accessoirement, poursuivre un objectif de protection d'une partie plus faible (R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 37, n°39).

³⁰² I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen ...*, *op. cit.*, p. 378, n°441.

³⁰³ F. PEERAER, « Naar een nietigheid ... », *op. cit.*, p. 1191, n°5 ; sur le critère de la fonction dissuasive de la loi violée, voy. également R. JAFFERALI, *La rétroactivité ...*, *op. cit.*, p. 731, n°316. Sur la pertinence de ce critère, voy. *infra*, n°46 et F. PEERAER, « Het volledige verbod op herziening van onrechtmatige bedingen: de botte bijl van het Hof van Justitie? », note sous C.J., arrêt *Banco Español de Crédito SA c. Calderón Camino*, 14 juin 2012, C-618/10, EU:C:2012:349, R.G.D.C., 2013, p. 328 à 330, n°21 à 24.

³⁰⁴ Cass. (1^{re} ch.), 23 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 734.

et du 25 juin 2015³⁰⁵, la prohibition, par le Décret d'Allarde, des clauses de non-concurrence excessive n'avait pas une finalité dissuasive de sorte que la nullité partielle était possible³⁰⁶.

42. Faculté ou devoir ? Une fois ces conditions réunies, le juge est-il tenu d'écarter l'annulation intégrale du contrat au profit de l'élimination de la seule clause illicite ? L'utilisation du verbe « peut » par la Cour de cassation³⁰⁷ sème le doute dans la doctrine³⁰⁸ et l'article 5.63, alinéa 1^{er}, ne semble pas être de nature à le dissiper. En effet, alors que S. Lagasse considère que l'annulation partielle du contrat reste soumise au pouvoir d'appréciation du juge³⁰⁹, J. Van Meerbeeck et F. George estiment que le juge est tenu de n'annuler que partiellement le contrat³¹⁰. Nous nous en remettons donc à la jurisprudence pour trancher cette controverse.

SECTION 2 – LA RÉDUCTION DE LA CLAUSE ILLICITE

43. Plan. Tel qu'annoncé ci-dessus, la présente section sera dédiée à la réduction de la clause illicite. Dans un premier temps, nous tracerons les contours de cette notion et aborderons les conditions requises pour son application (numéro 44). Nous traiterons ensuite des réticences initiales de la Cour de cassation à son égard (numéro 45). Enfin, nous étudierons la jurisprudence de la C.J.U.E. relative aux clauses abusives (numéro 46).

44. Notion de réduction. Renvois. Pour appréhender la notion de réduction, le point de départ réside dans l'article 5.13, alinéa 1^{er}, du Code civil. Il découle de cette disposition que le premier chapitre du Livre 5, en ce compris le régime des nullités, s'applique tant aux contrats pris dans leur ensemble qu'à leurs clauses considérées individuellement³¹¹. Le régime de l'annulation seulement partielle du contrat développé dans la section précédente peut donc être appliqué au sein d'une seule et même clause afin de n'en éliminer que la seule fraction illicite ; c'est ce que l'on appelle la réduction³¹². Selon R. Jafferalli, la distinction entre ces deux formes de nullité partielle résulte en effet du niveau d'analyse auquel on se place – le contrat ou la clause

³⁰⁵ Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 727 à 734, concl. Av. gén. T. Werquin ; *R.D.C.*, 2016, p. 382 à 393, note T. Tanghe.

³⁰⁶ F. PEERAER, « Naar een nietigheid ... », *op. cit.*, p. 1191, n°5.

³⁰⁷ Cass. (1^{re} ch.), 23 novembre 2017, *R.G.D.C.*, 2018, p. 208, note F. Peeraer ; Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 733, concl. Av. gén. T. Werquin ; *R.D.C.*, 2016, p. 385, note T. Tanghe ; Cass. (1^{re} ch.), 23 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 734.

³⁰⁸ La manière dont sont rédigés les arrêts du 23 janvier et du 25 juin 2015 fait dire à P. Wéry et S. Lagasse que l'annulation intégrale demeure la sanction de principe et que, par conséquent, l'élimination de la seule clause illicite n'est qu'une faculté soumise au libre arbitre du juge (P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 371, n°341-4 ; S. LAGASSE, « La réduction ... », *op. cit.*, p. 720). Avant le prononcé de ces arrêts, R. Jafferalli plaidait en faveur du contraire de sorte que la sanction – en l'occurrence, la réduction – soit aussi prévisible que possible (R. JAFFERALLI, *La rétroactivité ...*, *op. cit.*, p. 728 à 729, n°316).

³⁰⁹ S. LAGASSE, « Un juge plus actif en cas de nullité partielle », note sous Cass. (3^e ch.), 9 septembre 2019, *R.D.C.*, 2020, p. 519, n°11.

³¹⁰ F. GEORGE, *op. cit.*, p. 302, n°53 ; J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, p. 175, n°59.

³¹¹ L'article 5.13, alinéa 1^{er}, du Code civil, dispose que « Le présent chapitre contient les règles générales qui s'appliquent à tous les contrats, en ce compris les contrats multipartites, et aux clauses contractuelles, à moins que la loi s'y oppose. » ; voy. également Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 23 et R. JAFFERALLI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 25, n°12.

³¹² Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 23.

– et n’emporte pas de différence majeure³¹³, voire ne présente qu’un intérêt académique³¹⁴. En d’autres termes, aux yeux du législateur, la réduction consiste en une annulation partielle de la clause illicite³¹⁵.

Avant la réforme, certains auteurs distinguaient toutefois la nullité partielle de la clause illicite de sa réduction³¹⁶. Ils prêtaient à la réduction un effet davantage intellectuel³¹⁷ : remplacer la clause illicite par une clause moins intense³¹⁸. Par exemple, dans son arrêt du 5 juin 1978, la Cour de cassation a admis que soit réduite une clause d’essai contenue dans un contrat de travail à la durée maximale autorisée par la loi³¹⁹. Selon eux, la nullité partielle de la clause illicite résidait quant à elle dans la suppression de certains mots, mécanisme connu en droit anglais sous l’appellation de *blue pencil test*³²⁰. Dans son arrêt du 17 janvier 1994, la Cour de cassation a ainsi admis que soit supprimé le seul terme « masculin » d’une convention collective de travail qui avait pour effet de créer une discrimination entre hommes et femmes³²¹.

Malgré cette distinction, il était admis que la réduction n’était en réalité qu’une forme de nullité partielle³²² voire qu’il s’agissait en réalité d’expressions synonymes³²³. Il découle de ce qui précède que, tel que nous l’avons écrit ci-dessus³²⁴, les conditions énoncées à propos de l’annulation partielle du contrat entaché d’une illicéité sont applicables, *mutatis mutandis*, à la réduction d’une clause illicite³²⁵.

45. Réticences initiales de la Cour de cassation. Malgré l’assimilation actuelle de ces deux régimes de nullité partielle, la Cour de cassation, dans un premier temps, s’est montrée hostile vis-à-vis de la sanction de la réduction de la clause illicite. La doctrine en veut pour preuve

³¹³ En ce sens, R. JAFFERALI, *La rétroactivité ...*, *op. cit.*, p. 726 à 727, n°315 ; voy. également P. WÉRY, « Une nouvelle application ... », *op. cit.*, p. 412 à 413, n°26 ; Y. NINANE et J. -F. GERMAIN, *op. cit.*, p. 198-199, n°4.

³¹⁴ C. CAUFFMAN, *op. cit.*, p. 432, n°11 ; l’auteur englobe également la conversion dans sa remarque.

³¹⁵ Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°1806/1, p. 23 et 74.

³¹⁶ S. STIJNS, *op. cit.*, p. 171, n°182 ; P. WÉRY, « Une nouvelle application ... », *op. cit.*, p. 394, n°8 ; T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding ...*, *op. cit.*, p. 182 à 184 et 186 à 187, n°168 et 172 ; R. JAFFERALI, *La rétroactivité ...*, *op. cit.*, p. 702, n°306 ; C. CAUFFMAN, *op. cit.*, p. 434, n°16.

³¹⁷ C. CAUFFMAN, *op. cit.*, p. 434, n°16.

³¹⁸ S. STIJNS, *op. cit.*, p. 171, n°182 ; P. WÉRY, « Une nouvelle application ... », *op. cit.*, p. 394, n°8 ; R. JAFFERALI, *La rétroactivité ...*, *op. cit.*, p. 702, n°306.

³¹⁹ Cass. (3^e ch. ch.), 5 juin 1978, *J.T.*, 1978, p. 179, trouvé grâce à Y. NINANE et J. -F. GERMAIN, *op. cit.*, p. 203, n°13 et T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding ...*, *op. cit.*, p. 182, n°168.

³²⁰ Satisfait au « test du crayon bleu » la clause dont les mots problématiques peuvent être gommés sans qu’il faille modifier ou déplacer certains mots ; à cet égard, voy. Y. NINANE et J. -F. GERMAIN, *op. cit.*, p. 203, n°12 ; T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding ...*, *op. cit.*, p. 184, n°169.

³²¹ Cass. (1^{re} ch.), 17 janvier 1994, *Chr. D. S.*, 1994, p. 76 à 77, note J. Jacquain ; trouvé grâce à T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding ...*, *op. cit.*, p. 183, n°168 ; la revue précitée mentionne erronément le 27 janvier 1994 comme étant la date de l’arrêt.

³²² C. CAUFFMAN, *op. cit.*, p. 431, n°11.

³²³ P. WÉRY, « Une nouvelle application ... », *op. cit.*, p. 394, n°8.

³²⁴ Voy. *supra*, n°38.

³²⁵ Pour rappel, la Cour de cassation avait déjà appliqué ces conditions à la réduction de la clause illicite dans Cass. (1^{re} ch.), 23 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 734 ; Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 733, concl. Av. gén. T. Werquin ; *R.D.C.*, 2016, p. 385, note T. Tanghe.

l'arrêt du 3 février 1971³²⁶ rendu, à l'instar des arrêts précités du 23 janvier³²⁷ et du 25 juin 2015³²⁸, en matière de clauses de non-concurrence³²⁹. La Haute Cour avait toutefois accepté de réduire des clauses illicites à plusieurs reprises entre 1971 et 2015³³⁰.

Dans le cadre de l'arrêt du 3 février 1971³³¹, le conseil de prud'hommes d'appel de Bruxelles devait statuer sur la validité d'une clause de non-concurrence dans un contrat de travail. La clause interdisait au salarié de travailler dans les agglomérations de cinq villes du Royaume. Le conseil a considéré que la clause était illicite dans la mesure où elle s'étendait à ces cinq villes, mais qu'elle était valable pour la partie de l'agglomération bruxelloise où le travailleur exerçait effectivement son activité. La Cour de cassation a cassé cette décision au motif qu'« il n'appartient pas au juge de donner un effet limité à une clause de non-concurrence qu'il estime en partie illicite »³³².

C'est en se fondant sur cette décision que l'Avocat général T. Werquin, dans ses conclusions précédant l'arrêt du 25 juin 2015³³³, avait enjoint la première chambre francophone de la Cour de cassation à ne pas suivre la décision du 23 janvier 2015³³⁴ de son homologue néerlandophone³³⁵. Nous savons toutefois désormais le sort que la Haute Cour a réservé au souhait de son avocat général.

46. La jurisprudence de la C.J.U.E. en matière de clauses abusives. Conformément aux développements qui précèdent, la réduction d'une clause illicite est désormais admise tant par la Cour de cassation que par le législateur. La jurisprudence de la C.J.U.E. ne réserve cependant pas le même traitement aux clauses abusives contenues dans les contrats de consommation³³⁶. Sur base d'une interprétation de l'article 6, § 1^{er}, de la

³²⁶ Cass. (3^e ch.), 3 février 1971, *J.T.T.*, 1971, p. 187 à 188.

³²⁷ Cass. (1^{re} ch.), 23 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 734.

³²⁸ Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 727 à 734, concl. Av. gén. T. Werquin ; *R.D.C.*, 2016, p. 382 à 393, note T. Tanghe.

³²⁹ P. WÉRY, « Une nouvelle application ... », *op. cit.*, p. 414 à 445, n°28 ; S. LAGASSE, « La réduction ... », *op. cit.*, p. 718 à 719 ; T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding ...*, *op. cit.*, p. 189, n°74 ; R. JAFFERALI, *La rétroactivité ...*, *op. cit.*, p. 726 à 727, n°315 ; la Cour de cassation a néanmoins admis la réduction de plusieurs clauses entre 1971 et 2015, voy. Y. NINANE et J. -F. GERMAIN, *op. cit.*, p. 199, n°5 ; R. JAFFERALI, *La rétroactivité ...*, *op. cit.*, p. 732 à 734, n°318 ; C. CAUFFMAN, *op. cit.*, p. 435, n°17.

³³⁰ Y. NINANE et J. -F. GERMAIN, *op. cit.*, p. 203, n°13.

³³¹ Cass. (3^e ch.), 3 février 1971, *J.T.T.*, 1971, p. 187 à 188.

³³² Cass. (3^e ch.), 3 février 1971, *J.T.T.*, 1971, p. 188.

³³³ Av. gén. T. WERQUIN, concl. préc. Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 72

³³⁴ Cass. (1^{re} ch.), 23 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 734.

³³⁵ Y. NINANE et J. -F. GERMAIN, *op. cit.*, p. 209, n°21.

³³⁶ En revanche, nous avons vu ci-dessus que la Cour de Luxembourg oblige le juge à se borner à n'écarter que la clause abusive tout en épargnant le reste du contrat si celui-ci peut subsister sans elle. Cela découle de l'article 6, § 1^{er}, de la directive 93/13/CEE qui dispose 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 nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives ». Cette disposition est transposée dans notre droit interne par l'article VI.84, § 1^{er}, du Code de droit économique où le législateur belge a opté pour la sanction de la nullité. Le législateur européen s'est en effet exprimé en termes neutres en employant l'expression « ne lient pas » ; à cet égard, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations ...*, p. 361 à 362, n°335.

directive 93/13/CE³³⁷, la C.J.U.E limite en effet le pouvoir modérateur du juge en lui interdisant de réduire les clauses abusives. Cela découle d'une série d'arrêts dont les lignes qui suivent présenteront les enseignements.

Avant d'entamer l'analyse de ces décisions, il convient de préciser que le présent numéro procède d'une certaine distorsion dans l'acception de la notion d'ordre public que nous avons choisie dans l'introduction du présent travail³³⁸. La Cour de cassation considère en effet que les dispositions relatives aux clauses abusives sont simplement impératives³³⁹. Le présent numéro demeure toutefois pertinent en ce qu'aux yeux de la C.J.U.E, en application d'un principe d'équivalence³⁴⁰, l'article 6 de la directive 93/13/CE « doit être considéré comme une norme équivalente aux règles nationales qui occupent, au sein de l'ordre juridique interne, le rang de normes d'ordre public »³⁴¹. Il en découle que bien que simplement impératives, les dispositions prohibant les clauses abusives présentent certaines caractéristiques habituellement propres aux seules normes intéressant l'ordre public³⁴².

Le premier arrêt rendu par la Cour de justice en la matière est celui du 14 juin 2012, en cause de Banco Español de Crédito³⁴³. Dans cette affaire, le juge *a quo* avait interrogé la Cour sur la compatibilité, à l'article 6, § 1^{er}, précité, d'une disposition de droit interne permettant au juge de compléter le contrat en révisant le contenu d'une clause abusive – en l'occurrence, une clause d'intérêts moratoires s'élevant à 29 % l'an – lorsqu'il en constate la nullité³⁴⁴. La C.J.U.E. a répondu à cette question préjudicielle par la négative : si l'article 6, § 1^{er}, impose au juge d'écarter la clause abusive afin que celle-ci ne produise pas d'effets contraignants vis-à-vis du consommateur, elle ne l'autorise toutefois pas à en modifier le contenu³⁴⁵. La Cour a confirmé cette approche dans son arrêt Jahani³⁴⁶ du 30 mai 2013. Dans cette affaire, la Cour a dit pour droit qu'après avoir établi le caractère abusif d'une clause pénale s'élevant à 1 % le mois, le

³³⁷ Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs, *J.O.C.E.*, L 95, 21 avril 1993, article 6, § 1^{er}.

³³⁸ Voy. *supra*, n°2.

³³⁹ Cass. (1^{re} ch.) 26 mai 2005, *R.G.D.C.*, 2007, p. 55.

³⁴⁰ C. BIQUET, *op. cit.*, p. 254, n°15 ; L. VAN BUNNEN, « L'office du juge stimulé par le droit européen », note sous C.J., arrêt *Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito c. Jahani BVR*, 30 mai 2013, C-488/11, EU:C:2013:341, *R.C.J.B.*, 2015, p. 160.

³⁴¹ C.J., arrêt *Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito c. Jahani BVR*, 30 mai 2013, C-488/11, EU:C:2013:341, points 38 à 44, *R.C.J.B.*, 2015, p. 142 à 143, note L. Van Bunnan.

³⁴² Notamment en ce qui concerne l'office du juge ; voy. C. BIQUET, *op. cit.*, p. 251 à 252, n°11 ; L. VAN BUNNEN, *op. cit.*, p. 160 ; concernant l'office du juge, il convient toutefois désormais de nuancer la distinction entre règles impératives et d'ordre public. En effet, en application de l'adage *jura novit curia*, le juge peut soulever d'office les causes de nullité, que celle-ci soit relative ou absolue. À cet égard, voy. R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 38, n°39, note n°285. Il existe toutefois toujours d'autres distinctions entre la nullité absolue et la nullité relative, à cet égard, voy. *supra*, n°2, et R. JAFFERALI, « La réforme ... », *op. cit.*, p. 37 à 38, n°39 ; J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, p. 160 à 161, n°33.

³⁴³ C.J., arrêt *Banco Español de Crédito SA c. Calderón Camino*, 14 juin 2012, C-618/10, EU:C:2012:349, *R.G.D.C.*, 2013, p. 317 à 331, note F. Peeraer.

³⁴⁴ C.J., arrêt *Banco Español de Crédito SA c. Calderón Camino*, 14 juin 2012, C-618/10, EU:C:2012:349, point 58, *R.G.D.C.*, 2013, p. 319, note F. Peeraer.

³⁴⁵ C.J., arrêt *Banco Español de Crédito SA c. Calderón Camino*, 14 juin 2012, C-618/10, EU:C:2012:349, point 65, *R.G.D.C.*, 2013, p. 319, note F. Peeraer.

³⁴⁶ C.J., arrêt *Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito c. Jahani BVR*, 30 mai 2013, C-488/11, EU:C:2013:341, *R.C.J.B.*, 2015, p. 133 à 163, note L. Van Bunnan.

juge devait se borner à l'écartier sans être habilité à réduire le montant de la pénalité mise à charge du consommateur³⁴⁷.

Tant dans l'arrêt *Banco Español de Credito*³⁴⁸ que dans l'arrêt *Jahani*³⁴⁹, la Cour de Luxembourg a estimé que permettre au juge de réviser la clause abusive au lieu d'anéantir intégralement ses effets contraignants ôterait à la directive 93/13/CEE son caractère dissuasif³⁵⁰. En se livrant à une minutieuse analyse juridico-économique, F. Peeraer nuance toutefois cet argument³⁵¹. Selon l'auteur, même l'annulation intégrale d'une clause abusive n'a pas toujours d'effet dissuasif, dans la mesure où cet effet dépend notamment de la probabilité qu'elle soit effectivement appliquée. En suivant ce raisonnement, la réduction hautement probable d'une clause abusive est davantage dissuasive que son annulation intégrale, mais très incertaine³⁵².

En 2014, la C.J.U.E. a nuancé la portée des arrêts précités dans son arrêt *Kásler*³⁵³. Dans cette affaire, l'annulation d'une clause abusive contenue dans un contrat de crédit hypothécaire empêchait ce contrat de subsister. La juridiction *a quo* a donc interrogé la Cour sur la possibilité de pallier l'annulation de ladite clause en lui substituant une disposition de droit national à caractère supplétif³⁵⁴. La Cour a dit pour droit qu'en dépit de sa jurisprudence antérieure, l'article 6, § 1^{er}, de la directive précitée ne s'opposait pas « à ce que le juge national, en application de principes du droit des contrats, supprime la clause abusive en lui substituant une disposition de droit national à caractère supplétif »³⁵⁵.

³⁴⁷ C.J., arrêt *Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito c. Jahani BVR*, 30 mai 2013, C-488/11, EU:C:2013:341, R.C.J.B., 2015, p. 133 à 163, note L. Van Bunnem.

³⁴⁸ C.J., arrêt *Banco Español de Crédito SA c. Calderón Camino*, 14 juin 2012, C-618/10, EU:C:2012:349, R.G.D.C., 2013, p. 317 à 331, note F. Peeraer.

³⁴⁹ C.J., arrêt *Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito c. Jahani BVR*, 30 mai 2013, C-488/11, EU:C:2013:341, R.C.J.B., 2015, p. 133 à 163, note L. Van Bunnem.

³⁵⁰ C.J., arrêt *Banco Español de Crédito SA c. Calderón Camino*, 14 juin 2012, C-618/10, EU:C:2012:349, point 69, R.G.D.C., 2013, p. 319, note F. Peeraer ; C.J., arrêt *Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito c. Jahani BVR*, 30 mai 2013, C-488/11, EU:C:2013:341, point 58, R.C.J.B., 2015, p. 146 à 147, note L. Van Bunnem. S. LAGASSE, « Vers un affinement ... », *op. cit.*, p. 441, n°9 ; voy. également, concernant l'arrêt *Kásler* abordé ci-dessous, C.J., arrêt *Kásler et Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt*, 30 avril 2014, C-26/13, EU:C:2014:282, point 79, R.G.D.C., 2015, p. 152, note S. Geiregat.

³⁵¹ F. PEERAER, « Het volledige verbod ... », *op. cit.*, p. 328 à 330, n°21 à 24.

³⁵² F. PEERAER, « Het volledige verbod ... », *op. cit.*, p. 329, n°23.

³⁵³ C.J., arrêt *Kásler et Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt*, 30 avril 2014, C-26/13, EU:C:2014:282, R.G.D.C., 2015, p. 144 à 163, note S. Geiregat ; R.D.C., 2015, p. 683 à 700, note F. Peeraer.

³⁵⁴ C.J., arrêt *Kásler et Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt*, 30 avril 2014, C-26/13, EU:C:2014:282, point 76, R.G.D.C., 2015, p. 152, note S. Geiregat ; R.D.C., 2015, p. 691, note F. Peeraer ; cette pratique est également de mise en droit belge, à cet égard, voy. 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. arrêt *Banco Santander SA c. Mahamadou Demba, Mercedes Godoy Bonet et Rafael Ramón Escobedo Cortés c. Banco de Sabadell SA*, 7 août 2018, C-96/16, C-94/17, ECLI:EU:C:2018:643, *Rev. Dr. ULiège*, 2019, p. 446, n°9.

³⁵⁵ C.J., arrêt *Kásler et Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt*, 30 avril 2014, C-26/13, EU:C:2014:282, point 80, R.G.D.C., 2015, p. 152, note S. Geiregat ; R.D.C., 2015, p. 692, note F. Peeraer.

La C.J.U.E. semble toutefois davantage s’être émue des circonstances de la cause que d’avoir voulu faire table rase de ses arrêts *Banco Español de Crédito*³⁵⁶ et *Jahani*³⁵⁷. En effet, l’arrêt *Kásler*³⁵⁸ semble avoir été motivé par la conséquence désastreuse qu’aurait eue l’annulation intégrale du contrat, à savoir que les montants que les consommateurs avaient empruntés seraient devenus immédiatement exigibles³⁵⁹. La Cour a notamment confirmé la portée de l’arrêt *Kásler*³⁶⁰ dans son arrêt *Abanca corporacion Bancaria et Bankia* du 26 mars 2019³⁶¹. Dans son arrêt *Banco Santander*³⁶², la Cour a précisé sa jurisprudence en statuant que le droit supplétif national ne pouvait être appliqué que s’il est plus favorable pour le consommateur que l’annulation de la clause illicite³⁶³.

Malgré la nuance apportée par ces dernières décisions, la jurisprudence européenne continue donc à prendre le contrepied de la jurisprudence de la Cour de cassation et, désormais, de l’article 5.63, alinéa 1^{er}, qui admettent tant l’annulation de la seule clause illicite du contrat que la réduction³⁶⁴.

Toutefois, la rigueur de la jurisprudence de la Cour de justice pourrait être tempérée en appréhendant la notion de clause non pas matériellement, mais intellectuellement. La première approche consiste à tracer les contours des différentes clauses du contrat en analysant sa structure ; les clauses étant souvent réparties en différents paragraphes ou alinéas³⁶⁵. La seconde approche consiste en revanche à isoler les différentes clauses du contrat

³⁵⁶ C.J., arrêt *Banco Español de Crédito SA c. Calderón Camino*, 14 juin 2012, C-618/10, EU:C:2012:349, R.G.D.C., 2013, p. 317 à 331, note F. Peeraer.

³⁵⁷ C.J., arrêt *Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito c. Jahani BVR*, 30 mai 2013, C-488/11, EU:C:2013:341, R.C.J.B., 2015, p. 133 à 163, note L. Van Bunnem.

³⁵⁸ C.J., arrêt *Kásler et Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt*, 30 avril 2014, C-26/13, EU:C:2014:282, R.G.D.C., 2015, p. 144 à 163, note S. Geiregat ; R.D.C., 2015, p. 683 à 700, note F. Peeraer.

³⁵⁹ L. DAUMEN, *op. cit.*, p. 446 à 447, n°9 ; S. GEIREGAT, « Verfijning van de transparantievereiste en duiding van de rol van aanvullend nationaal recht in het EU-recht inzake oneerlijke bedingen », note sous C.J., arrêt *Kásler et Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt*, 30 avril 2014, C-26/13, EU:C:2014:282, R.G.D.C., 2015, p. 155, n°8 ; F. PEERAER, « De inhoud van het transparantiegebod en de mogelijkheid tot aanvulling van intransparante kernbedingen in richtlijn nr. 93/13 », note sous C.J., arrêt *Kásler et Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt*, 30 avril 2014, C-26/13, EU:C:2014:282, R.D.C., 2015, p. 698 ; S. LAGASSE, « Vers un affinement ... », *op. cit.*, p. 441, n°9. La Cour a confirmé cela dans son arrêt du 8 décembre 2022 en disant pour droit que « La possibilité exceptionnelle de substituer à une clause abusive annulée une disposition nationale à caractère supplétif est limitée aux hypothèses dans lesquelles la suppression de cette clause abusive obligerait le juge national à invalider le contrat en cause dans son ensemble, exposant par là le consommateur à des conséquences particulièrement préjudiciables, de telle sorte que ce dernier en serait pénalisé » ; C.J., arrêt *VB c. GUPFINGER Einrichtungsstudio GmbH*, 8 décembre 2022, C-625/21, ECLI:EU:C:2022:971, point 29, trouvé grâce à F. GEORGE, *op. cit.*, p. 300, n°50, note n°235.

³⁶⁰ C.J., arrêt *Kásler et Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt*, 30 avril 2014, C-26/13, EU:C:2014:282, R.G.D.C., 2015, p. 144 à 163, note S. Geiregat ; R.D.C., 2015, p. 683 à 700, note F. Peeraer.

³⁶¹ C.J., arrêt *Abanca corporacion Bancaria et Bankia*, 26 mars 2019, C-70/17 et C-179/17, ECLI:EU:C:2019:250 ; S. LAGASSE, « Vers un affinement ... », *op. cit.*, p. 444 à 445, n°12.

³⁶² C.J. arrêt *Banco Santander SA c. Mahamadou Demba, Mercedes Godoy Bonet et Rafael Ramón Escobedo Cortés c. Banco de Sabadell SA*, 7 août 2018, C-96/16, C-94/17, ECLI:EU:C:2018:643, point 74, *Rev. Dr. ULiège*, 2019, p. 434 à 435, note L. Daumen.

³⁶³ L. DAUMEN, *op. cit.*, p. 446, n°9.

³⁶⁴ S. LAGASSE, « Vers un affinement ... », *op. cit.*, p. 445, n°12.

³⁶⁵ T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding ...*, *op. cit.*, p. 181, n°166 ; en ce sens également, voy. L. DAUMEN, *op. cit.*, p. 442 à 445, n°8.

en analysant leur objet et leur fonction afin de déterminer si elles peuvent être mises en œuvre individuellement³⁶⁶. De la sorte, une clause matérielle pourrait en réalité contenir deux clauses intellectuelles et vice-versa³⁶⁷.

Sans l'avouer, dans son arrêt *Banco Santander*³⁶⁸, la Cour de justice a elle-même indirectement procédé à la réduction d'une clause en isolant intellectuellement la partie abusive d'une clause matérielle pour l'annuler, tout en épargnant le reste de la clause. En effet, dans cette affaire, la Cour a estimé que la clause d'intérêts moratoires qui portait les intérêts ordinaires de 8,50 % à 18,50 % en cas de retard de paiement était en réalité constituée de deux clauses. Selon elle, une première clause, parfaitement valable, prévoyait que les intérêts ordinaires continuaient à courir et une seconde, abusive, prévoyait que leur taux était majoré de 10 points. En prétendant annuler la seule clause intellectuelle abusive, la Cour de justice a en réalité réduit la clause matérielle³⁶⁹.

CONCLUSION DU CHAPITRE 3

47. Une nullité aux dommages collatéraux limités. Selon nous, il est moins question, dans ce troisième chapitre, d'un recul de l'ordre public en soi que d'un affaiblissement de ses effets néfastes uniquement. En effet, la nullité partielle, conditionnée par le respect des conditions énoncées ci-dessus³⁷⁰, permet de ne frapper le contrat que dans la seule mesure de son illicéité. Lorsque la clause illicite ou la fraction de cette clause est éliminée, la violation de l'ordre public est réparée et le contrat peut continuer à lier les parties. La nullité partielle blesse de la sorte la liberté contractuelle dans une moindre mesure. Elle permet également de limiter les pertes de temps et d'argent engendrées par l'annulation intégrale³⁷¹. En somme, la nullité partielle est une sanction sur mesure qui permet au juge d'assurer l'équilibre entre la sauvegarde de l'ordre public et le respect de la volonté des parties.

³⁶⁶ T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding ...*, op. cit., p. 181, n°166 ; en ce sens également, voy. L. DAUMEN, op. cit., p. 442 à 445, n°8.

³⁶⁷ Pour concrétiser notre propos, voici une illustration librement inspirée d'un exemple fictif proposé par T. Tanghe (T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding ...*, op. cit., p. 185, n°170). Dans son arrêt du 13 décembre 2004 (Liège, 13 décembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1468 à 1471), la Cour d'appel de Liège avait à connaître d'une clause *matérielle* rédigée comme suit : « Il est défendu à l'agent commercial, pendant la durée de ce contrat et pendant six mois après qu'il y ait été mis fin, d'intervenir dans la vente ou dans la fabrication d'articles qui peuvent directement concurrencer ceux vendus ou fabriqués par le principal [...] ». Conformément à l'état du droit alors applicable (voy. *supra*, n°45), la cour d'appel a considéré que cette clause *matérielle* était entièrement nulle car elle ne concernait pas exclusivement le type d'activités dont l'agent commercial était chargé, à savoir la vente. Nous pouvons considérer cette clause *matérielle* comme étant en réalité constituée de deux clauses *intellectuelles*, la première interdisant à l'agent d'intervenir dans la vente d'articles qui peuvent directement concurrencer ceux vendus ou fabriqués par le principal, la seconde lui interdisant d'intervenir dans la fabrication de tels biens. Sous cet angle, la cour d'appel aurait pu annuler la seconde clause tout en laissant intacte la première. Le même résultat aurait pu être obtenu si les parties avaient scindé la clause *matérielle* en deux clauses *intellectuelles*.

³⁶⁸ C.J. arrêt *Banco Santander SA c. Mahamadou Demba, Mercedes Godoy Bonet et Rafael Ramón Escobedo Cortés c. Banco de Sabadell SA*, 7 août 2018, C-96/16, C-94/17, ECLI:EU:C:2018:643, *Rev. Dr. ULiège*, 2019, p. 429 à 462, note L. Daumen.

³⁶⁹ L. DAUMEN, op. cit., p. 451 à 452, n°15.

³⁷⁰ Voy. *supra*, n°38 ; ces conditions permettent d'assurer un certain équilibre en prenant notamment en compte l'éventuel caractère dissuasif de la norme violée ou le caractère proportionné de l'annulation partielle.

³⁷¹ T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding ...*, op. cit., p. 130, n°141.

CONCLUSION GÉNÉRALE

48. Une question d'équilibre. Nous avons, tout au long de ce travail, observé un recul de l'ordre public en tant que cause d'annulation du contrat ou, à tout le moins, une altération de sa vigueur. Le cocontractant qui souhaite obtenir la nullité d'un contrat entaché d'une cause d'illicéité se heurtera en effet aux trois filtres qui ont respectivement fait l'objet de nos différents chapitres.

En premier lieu, il lui faudra démontrer que l'illicéité peut être appréhendée sous le prisme de l'objet ou de la cause, respectivement entendus dans leur acception restrictive de la prestation promise et des mobiles déterminants communs. Une fois cet obstacle surmonté, il lui faudra encore démontrer que la nullité sert le but de la norme violée, sous peine que celle-ci lui soit refusée sur pied de la prohibition de l'abus de droit ou en raison de son caractère manifestement inapproprié. Une fois cette deuxième entrave contournée, le cocontractant devra enfin établir l'indivisibilité de la partie illicite du contrat, notamment à l'aune de l'intention des parties et du but de la norme violée. À défaut, la nullité ne sera que partielle.

En filigrane de cette approche, entrent en collision la sauvegarde de l'intérêt général d'une part et, d'autre part, celle des intérêts particuliers, sous les bannières respectives de l'ordre public et de la liberté contractuelle. La Cour de cassation et le législateur de 2023 proposent une nouvelle mise en balance de ces intérêts en déplaçant le curseur vers une protection accrue des intérêts privés, au détriment de l'intérêt de tous. Ce changement de paradigme est motivé par une vision plus moderne et équilibrée de la nullité ainsi que par la volonté d'éviter que celle-ci ne soit instrumentalisée.

Ces intentions sont bonnes. L'enfer en est toutefois pavé. Nous espérons donc que les juges appliqueront les mécanismes abordés dans le cadre de ce travail avec prudence et que le recul de l'ordre public, dont nous avons tâché de rendre compte, n'aboutira pas à sa ruine.

BIBLIOGRAPHIE

LEGISLATION

Législation internationale

Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs, *J.O.C.E.*, L 95, 21 avril 1993, article 6, § 1^{er}.

Draft Common Frame of Reference, article II. – 7:302 (3).

Unidroit Principles of International Commercial Contracts, article 3.3.1 (3).

Législation nationale

Loi du 28 avril 2022 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022, art. 64.

Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 1805/1, p. 12 à 30.

Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, amendements, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 1805/3, p. 10.

Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 1806/1, p. 23 à 155.

Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Rapport de la première lecture, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 1806/4, p. 14 à 122.

Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Discussion générale, *Doc.*, Ch., 2020-2021, séance du 21 avril 2022, n°11-4, p. 25.

Proposition de loi portant le Livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, commentaire des articles, *Doc.*, Ch., 2022-2023, n°3213/1, p. 39.

JURISPRUDENCE

Jurisprudence européenne

C.J., arrêt *Banco Español de Crédito SA c. Calderón Camino*, 14 juin 2012, C-618/10, EU:C:2012:349, *R.G.D.C.*, 2013, p. 317 à 331, note F. Peeraer.

C.J., arrêt *Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito c. Jahani BVR*, 30 mai 2013, C-488/11, EU:C:2013:341, *R.C.J.B.*, 2015, p. 133 à 163, note L. Van Bunnem.

C.J., arrêt *Kásler et Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt*, 30 avril 2014, C-26/13, EU:C:2014:282, *R.G.D.C.*, 2015, p. 144 à 163, note S. Geiregat ; *R.D.C.*, 2015, p. 683 à 700, note F. Peeraer.

C.J. arrêt *Banco Santander SA c. Mahamadou Demba, Mercedes Godoy Bonet et Rafael Ramón Escobedo Cortés c. Banco de Sabadell SA*, 7 août 2018, C-96/16, C-94/17, ECLI:EU:C:2018:643, *Rev. Dr. ULiège*, 2019, p. 429 à 462, note L. Daumen.

C.J., arrêt *Abanca corporacion Bancaria et Bankia*, 26 mars 2019, C-70/17 et C-179/17, ECLI:EU:C:2019:250.

C.J., arrêt *VB c. GUPFINGER Einrichtungsstudio GmbH*, 8 décembre 2022, C-625/21, ECLI:EU:C:2022:971.

Jurisprudence nationale

Cass. (1^{re} ch.), 13 novembre 1953, *R.C.J.B.*, p. 5 à 21, note J. Dabin

Cass. (3^e ch.), 3 février 1971, *J.T.T.*, 1971, p. 187 à 188.

Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, *R.C.J.B.*, 1976, p. 300 à 350, note P. Van Ommeslaghe.

Cass. (3^e ch. ch.), 5 juin 1978, *J.T.*, 1978, p. 179,

Cass. (1^{re} ch.) 23 mai 1991, *R.C.J.B.*, 1992, p. 179 à 183, note J. Hansenne

Cass. (1^{re} ch.), 17 janvier 1994, *Chr. D.S.*, 1994, p. 76 à 77, note J. Jacquain

Cass. (1^{re} ch.), 10 décembre 1998, *R.G.D.C.*, 2000, p. 65 à 66.

Cass. (1^{re} ch.), 12 octobre 2000, *R.C.J.B.*, 2003, p. 74 à 115, note P. Wéry.

Cass. (1^{re} ch.), 10 juin 2004, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2005, p. 114 à 115.

Cass. (1^{re} ch.), 7 octobre 2004, *R.G.D.C.*, 2005, p. 60 à 65.

Cass. (1^{re} ch.), 19 mai 2005, *R.G.A.R.*, 2006, p. 14117 à 14125, note O. Delogne.

Cass. (1^{re} ch.) 26 mai 2005, *R.G.D.C.*, 2007, p. 55.

Cass. (1^{re} ch.), 9 septembre 2005, *R.G.D.C.*, 2007, p. 432 à 435, note M. Dupont.

Cass. (1^{re} ch.), 22 mars 2007, *T.F.R.*, p. 646 à 650, note A. Claes.

Cass., 15 juin 2007, *T. Straf.*, 2008, p. 447 à 457, note B. Ketels en G. Vermeulen.

Cass. (3^e ch.), 22 septembre 2008, *R.W.*, 2010, p. 1345.

Cass. (1^{re} ch.), 24 juin 2010, *R.W.*, 2010, p. 1520 à 1525, note J. del Corral.

Cass. (3^e ch.), 13 janvier 2014, *Rev. dr. santé*, 2014, p. 222, note K. Cierkens, B. Rousseau et C. Stengel.

Cass. (1^{re} ch.), 23 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 734.

Cass. (1^{re} ch.), 30 janvier 2015, *Dr. Banc. Fin.*, 2015, p. 260 à 270, note L. Cornelis ; *R.C.J.B.*, 2017, p. 190 à 226, note L. Cornelis.

Cass. (1^{re} ch.), 2 avril 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 250 à 257, note R. Aydogdu.

Cass. (1^{re} c.), 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 727 à 734, concl. Av. gén. T. Werquin ; *R.D.C.*, 2016, p. 382 à 393, note T. Tanghe.

Cass. (1^{re} ch.), 23 novembre 2017, *R.G.D.C.*, 2018, p. 208 à 214, note F. Peeraer.

Cass. (1^{re} ch.), 27 septembre 2018, *J.T.*, 2019, p. 528 à 531, note E. de Duve.

Cass. (1^{re} ch.), 7 novembre 2019, *J.T.*, 2020, p. 893, obs. E. de Duve ; *R.G.D.C.*, 2020, p. 475 à 482, note F. Peeraer.

Cass. (1^{re} ch.), 7 mai 2020, *N.J.W.*, 2020, p. 501, note M. Meirlaen ; *R.G.D.C.*, 2021, p. 373.

Cass. (1^{re} ch.), 22 janvier 2021, *R.G.D.C.*, 2021, p. 374 à 377, note P. Wéry ; *R.W.*, 2021-2022, p. 459 à 463, note M. Meirlaen ; *R.A.B.G.*, 2022, p. 573 à 581, note T. Sas.

Cass. (1^{re} ch.), 22 janvier 2021, *R.W.*, 2021-2022, note D. Willems, p. 998 à 1005.

Cass. (1^{re} ch.), 12 février 2021, *T.B.O.*, 2021, p. 182 à 186, note C. De Koninck.

Cass. (1^{re} ch.), 30 septembre 2021, *R.W.*, 2021-2022, p. 1516 à 1521, note A. Keukeleire.

Cass. (1^{re} ch.), 22 octobre 2021, *J.L.M.B.*, 2022, p. 106 à 107 ; *R.D.C.*, 2022, p. 404 à 408, note J. Van de Voorde.

Cass. (1^{re} ch.), 22 novembre 2021, *R.W.*, 2022, p. 623 à 630, note T. Vancoppenolle

Cass. (1^{re} ch.), 6 janvier 2022, *R.G.D.C.*, 2022, p. 437 à 444, note N. Bernard

Cass. (1^{re} ch.), 18 mars 2022, *J.L.M.B.*, 2022, p. 1846, obs. M. Borecque.

Liège, 22 novembre 1979, *J.L.*, 1980, p. 1.

Gand, 20 octobre 2004, *R.A.B.G.*, 2006, p. 45 à 55, note R. Slabbinck.

Liège, 13 décembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1468 à 1471.

Anvers, 20 mars 2008, *N.J.W.*, p. 739 à 740, note B. Schoenaerts

Liège, 12 mai 2016, *D.A.-O.R.*, 2017, p. 61 à 64.

Av. gén. T. WERQUIN, concl. préc. Cass. (1^{re} c.), 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 72.

Av. gén. R. MORTIER, concl. préc., Cass. (1^{re} ch.), 22 janvier 2021, *R.W.*, 2021-2022, note D. Willems, p. 1477 à 1480.

DOCTRINE

BIQUET, C., « Retour sur la distinction entre dispositions impératives et d'ordre public et sur l'incidence de la reconnaissance de dette et des paiements dans le régime général de la prescription », *Rev. Dr. ULiège*, 2018, p. 251 à 263.

BRIEGLEB, A. et LAMBERT, C.-E., « La condition et le terme », *Le nouveau droit des obligations*, B. Kohl et P. Wéry (dir.), Anthémis, Liège, 2022, p. 336 à 337.

BRÖDERMANN, E., *UNIDROIT principles of international commercial contracts : an article-by-article commentary*, Wolters Kluwer, 2018, p. 104.

CAUFFMAN, C., « Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité ? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 23 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2007, p. 428 à 435.

CLAEYS, I. et TANGHE, T., « Nabeschouwing - Wetsvoorstel verbintenissen: anticiperend toepassen of interpreteren? », *R.W.*, 2020-2021, p. 1478 à 1480.

CLAEYS, I. et TANGHE, T., *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, 2^e éd., Mortsel, Intersentia, 2022, p. 223.

CLAEYS, I. et TANGHE, T., *Nieuw algemeen contractenrecht*, 3^e éd., Mortsel, Intersentia, 2023, p. 82 à 510.

CLOSSET-MARCHAL, G., « Les accords procéduraux et le procès civil », *R.G.D.C.*, 2012, p. 128.

COLSON, P. et GEORGE, F., « Les livres 1^{er} et 5 du Code civil », *Le nouveau Code civil*, L. Nicolini (dir.), Limal, Anthemis, 2023, p. 168 à 178.

CORNELIS, L. et FELTKAMP, R., « Editoriaal : Boeken 1 en 5 van het nieuwe BW : meer van hetzelfde voor rechtspersonen en vennootschappen ? », *T.R.V.-R.P.S.*, 2021, p. 536.

CORNELIS, L., « Rien ne va plus : het normdoel », *Entre tradition et pragmatisme*, R. Jafferalli, E. Van den Haute et P. -A. Friers (dir.), 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 234 à 248.

CORNELIS, L., « Mal aimé, mal armé : l'ordre public en droit privé », note sous Cass. (1^{re} ch.), 30 janvier 2015, *R.C.J.B.*, 2017, p. 203 à 212.

CORNELIS, L., « Rechtspraak en nieuw BW : vooruitlopen en teruggrijpen zijn aan de wetgevers voorbehouden », *R.W.*, 2020-2021, p. 1437 à 1438.

CORNELIS, L., FELTKAMP, R. et FRANÇOIS, A., « Le droit privé au service d'une société durable : rêve ou réalité démocratique ? », *R.D.C.*, 2021, p. 128 à 147.

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. arrêt *Banco Santander SA c. Mahamadou Demba, Mercedes Godoy Bonet et Rafael Ramón Escobedo Cortés c. Banco de Sabadell SA*, 7 août 2018, C-96/16, C-94/17, ECLI:EU:C:2018:643, *Rev. Dr. ULiège*, 2019, p. 442 à 452.

de DUVE, E., « De la nullité des conventions : suite », obs. sous Cass. (1^{re} ch.), *J.T.*, 2020, p. 893.

DELOGNE, O., « Le contrat d'assurance incendie sous le prisme de la théorie de l'objet illicite : jurisprudence récente de la cour de cassation », note sous Cass. (1^{re} ch.), 19 mai 2005, *R.G.A.R.*, 2006, p. 14117.

DEPREZ, B. et VAN LOMMEL, J., « Contracteren over bouwmisdrijven, de ene ongeoorloofde overeenkomst is de andere niet », note sous Cass. (1^{re} ch.), 7 mai 2020, *T. Not.*, 2022, p. 616 à 615.

DIRIX, E., « Antwoord op de kanttekening van Ludo Cornelis », *R.W.*, 2020-2021, p. 1439 à 1440.

DIRIX, E., « Rechtspraak en Nieuw BW: vooruitlopen en teruggrijpen », *R.W.*, 2020-2021, p. 1158 à 1160.

FORIERS, P. -A., « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », note sous Cass. (1^{re} ch.), 30 janvier 1992 *R.C.J.B.*, 1994, p. 213, n° 17.

GEIREGAT, S., « Verfijning van de transparantievereiste en duiding van de rol van aanvullend nationaal recht in het EU-recht inzake oneerlijke bedingen », note sous C.J., arrêt *Kásler et Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt*, 30 avril 2014, C-26/13, EU:C:2014:282, *R.G.D.C.*, 2015, p. 155.

GEORGE, F., « Objet, cause et régime des nullités », *La réforme du droit des obligations. Présentation générale des Livres 1^{er} et 5 du nouveau Code civil*, T. Derval, R. Jafferli et B. Kohl (dir.), Bruxelles, Larcier, 2023, p. 256 à 303.

JAFFERLI, R., « La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés », *J.T.*, 2023, p. 23 à 51.

JAFFERLI, R., *La rétroactivité dans le contrat*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 702 à 734.

JANSSENS, O., « La formation statique du contrat : conditions de validité et régime de la nullité », *Le nouveau droit des obligations*, B. Kohl et P. Wéry (dir.), Anthémis, Liège, 2022, p. 60 à 71.

JAPIOT, R., *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, thèse de doctorat, Paris, 1909, p. 166 et 167.

LAGASSE, S., « La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence », *J.T.*, 2015, p. 718 à 721.

LAGASSE, S., « Un juge plus actif en cas de nullité partielle », note sous Cass. (3^e ch.), 9 septembre 2019, *R.D.C.*, 2020, p. 519.

LAGASSE, S., « Vers un affinement de la jurisprudence en matière de nullité partielle ? », *R.G.D.C.*, 2019, p. 441 à 448.

LENAERTS, A., « *Fraus omnia corrumpit en in pari causa turpitudinis cessat repetitio* : correctiemechanismen op de restitutieverplichtingen van partijen na vernietiging van een contract », *R.G.D.C.*, 2022, p. 424.

MARCHANDISE, M., *La prescription*, Coll. Traité de droit civil belge, t. 4, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 310.

NINANE, Y. et GERMAIN, J.-F., « Examen des mécanismes alternatifs à la nullité totale », *Les nullités en droit privé : état des lieux et perspectives*, dir. C. Delforge, Limal, Anthemis, 2017, p. 198 à 211.

ONCLIN, F., « La régularisation des infractions d'urbanisme comme obstacle à la nullité de la vente (sur plan) », note sous Cass. (1^{re} ch.) 7 novembre 2019, *Rev. not.*, 2020, p. 725 à 728.

PEERAER, F., « De inhoud van het transparantiegebod en de mogelijkheid tot aanvulling van intransparante kernbedingen in richtlijn nr. 93/13 », note sous C.J., arrêt *Kásler et Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt*, 30 avril 2014, C-26/13, EU:C:2014:282, *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., arrêt *Banco Español de Crédito SA c. Calderón Camino*, 14 juin 2012, C-618/10, EU:C:2012:349, *R.G.D.C.*, 2013, p. 328 à 330.

PEERAER, F., « Naar een nietigheid op maat: de principiële erkenning van de (mogelijkheid tot) reductie door het Hof van Cassatie », *R.W.*, 2015, p. 1189 à 1192.

PEERAER, F., « Ook bij bouwovertreding kan koop uitwerking krijgen: de gedachte van maatwerk achter nietigheid eens te meer toegepast », note sous Cass., 7 novembre 2019, *R.G.D.C.*, p. 477.

PEERAER, F., « Ook het Hof van Cassatie acht partiële nietigheid mogelijk bij bedrog », note sous Cass. (1^{re} ch.), 23 novembre 2017, *R.G.D.C.*, 2018, p. 211 à 212.

SAS, T., « Een nietige overeenkomst als collateral damage van fiscale fraude », note sous Cass. (1^{re} ch.), 22 janvier 2021, *R.A.B.G.*, 2022, p. 577 à 579.

STIJNS, S. et DE REY, S., « Het nieuwe verbintenissenrecht in Boek 5 BW – Deel I », *R.W.*, 2022-2023, p. 936 à 937.

STIJNS, S., *Leerboek verbintenissenrecht - Boek 1*, Bruges, die Keure, 2022, p. 88 à 173.

TANGHE, T., « Is een overeenkomst wegens schending van de openbare orde of dwingende wetsbepalingen slechts nietig als zij een ongeoorloofd voorwerp of ongeoorloofde oorzaak

heeft ? En weigering van restitutie na vernietiging op grond van *Fraus omnia corrumpit* ? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 30 septembre 2021, *R.D.C.-T.B.H.*, 2022, p. 383.

TANGHE, T., *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Mortsel, Intersentia, 2015, p. 130 à 189.

VAN BUNNEN, L., « L'office du juge stimulé par le droit européen », note sous C.J., arrêt *Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito c. Jahani BVR*, 30 mai 2013, C-488/11, EU:C:2013:341, *R.C.J.B.*, 2015, p. 160.

VAN DAMME, N., « Le point sur le sort de l'assurance se rapportant à une activité ou une situation illicite », *For. Ass.*, 2022, p. 177 à 178.

VAN DE VOORDE, J., « Kan het openbaar belang in rekening worden genomen bij rechtsmisbruik ? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 22 octobre 2021, *R.D.C.*, 2022, p. 416 à 420.

VAN DEN HAUTE, E. *Contrats spéciaux*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 8 à 12.

VAN MEERBEECK, J., « L'objet, la cause et la nullité », *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Jafferli, R. (dir.), Bruxelles, Larcier, 2022, p. 147 à 175.

VAN OMMESLAGHE, P., *Les obligations*, vol. 1 : *Sources des obligations (deuxième partie)*, Coll. Traité de droit civil belge, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 74 à 381.

VANSWEEVELT, T. et WEYTS, B., *Handboek Verbintenissenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2019, p. 129 à 339.

von BAR, C., CLIVE, E. et SCHULTE-NÖLKE, H., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law : Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, Sellier, 2009, p. 539.

WÉRY, P., « Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques », note sous Cass. (1^{re} ch.), 12 octobre 2000, *R.C.J.B.*, 2003, p. 93 à 114.

WÉRY, P., « Le mobile illicite unilatéral est cause de nullité du contrat », note sous Cass. (1^{re} ch.), 22 janvier 2021, *R.G.D.C.*, 2021, p. 377.

WÉRY, P., « Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel : la nullité partielle d'une clause illicite », *R.C.J.B.*, 2016, p. 394 à 422.

WÉRY, P., « Vue d'ensemble sur les livres 1er "Dispositions générales" et 5 "Les obligations" du Code civil », *Le nouveau droit des obligations*, B. Kohl et P. Wéry (dir.), Anthémis, Liège, 2022, p. 36 et 37, n° 28

WÉRY, P., *Droit des obligations*, vol. 1 : *Théorie générale du contrat*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 145 à 371.