

LE JUGE ET L'ORDRE PUBLIC : LIBRES PROPOS QUANT À L'IMPACT DES NORMES RÉGIONALES SUR LE BAIL À L'AUNE DE LA THÉORIE DES NULLITÉS

Jérémie VAN MEERBEECK

Juge au tribunal de première instance de Bruxelles
et professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

SECTION I	
La théorie des nullités	157
SECTION II	
Le caractère d'ordre public des normes régionales	167
SECTION III	
Le juge confronté aux nullités	173
Conclusion	187

1. Le juge doit soulever d'office la nullité absolue d'un contrat qui porte atteinte à une règle d'ordre public. Les normes régionales en matière d'urbanisme et d'aménagement du territoire, ainsi que les normes régionales de salubrité, de sécurité et d'habitabilité sont d'ordre public.

Un contrat de bail porte atteinte à une de ces normes.

Le juge doit soulever d'office sa nullité absolue¹.

2. Le raisonnement a l'élégance et la clarté du syllogisme judiciaire que nous avons hérité du juriste italien Beccaria : « Le juge doit faire un syllogisme parfait », dont « la majeure doit être la loi générale ; la mineure, l'action conforme ou non à la loi ; la conséquence la liberté ou la peine »².

Cette clarté contraste étrangement avec la façon dont Henri De Page qualifie la théorie des nullités : « une des plus obscures qui soient »³. Le caractère artificiel du syllogisme judiciaire a déjà été maintes fois souligné. On évoque plus rarement les effets pervers de son automaticité, à tout le moins lorsqu'il est couplé à des prémisses qui ne sont bien souvent – et en bonne logique – que des postulats. Quand la logique s'impose au droit, il n'est pas rare qu'elle conduise à des solutions absurdes. La question de l'impact des normes régionales sur le contrat de bail nous en offre d'éclatants exemples. Est-il souhaitable de considérer qu'un contrat de bail est nul, de nullité absolue, lorsqu'un bien loué ne comprenait pas, lors de sa conclusion, une sonnette individuelle ? Est-il raisonnable d'annuler, avec effet rétroactif, un contrat qui a été exécuté pendant dix ans à la satisfaction des deux parties parce que le bien loué avait été construit sans permis, alors qu'un permis de régularisation a été octroyé une semaine après la conclusion du contrat ? N'est-il pas disproportionné de mettre à néant une convention de bail conclue alors que le bailleur ne disposait pas d'un permis de location s'il est démontré que le bien était, lors de la conclusion du contrat, conforme aux exigences élémentaires de sécurité, de salubrité et d'habitabilité ?

1. Voy. par exemple : « En l'espèce le tribunal constate que la preuve de la demande et de l'obtention d'un permis d'urbanisme ou d'une régularisation n'est pas fournie. Le tribunal, confronté à une disposition d'ordre public, n'a pas d'autre choix que celui de prononcer d'office la nullité du bail et ce en application des dispositions des art. 1131 et 1133 C. Civ. » (J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 12 avril 2011, *J.J.P.*, 2013/5-6, p. 283).

2. C. BECCARIA, *Des délits et des peines* (sans mention du traducteur), Paris, Éd. Guillaumin, 1870, pp. 21-22. Il s'agit souvent, en réalité, de polysyllogismes, à savoir des enchaînements de syllogismes (F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 39).

3. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 114, n° 96.

3. La présente contribution propose quelques pistes afin d'éviter au juge de devoir, en matière de bail, statuer dans un sens qui, non seulement n'est pas dans l'intérêt des parties, mais n'est, en outre, pas exigé par l'intérêt général. Après avoir brièvement rappelé les grandes lignes de la théorie des nullités et de son évolution, nous clarifierons les notions de cause et d'objet illicites, telle qu'elles sont comprises dans notre droit positif (I.). Nous suggérerons ensuite de retenir une conception plus affinée de l'ordre public, particulièrement lorsque sont en jeu les normes régionales de sécurité, d'habitabilité et de salubrité (II.). Nous proposerons enfin, avec les réserves qui s'imposent lorsque l'on touche à un sujet d'une aussi grande ampleur dans une contribution aux prétentions bien plus modestes, une conception assouplie de la théorie moderne des nullités, plus en phase avec les idées de René Japiot, à qui on en attribue la paternité⁴.

I. la théorie des nullités

I.1. De la théorie classique à la théorie moderne

4. On enseigne traditionnellement qu'au régime épars et confus des nullités dans l'ancien droit a succédé la théorie classique des nullités du XIX^e siècle, qui se serait bâtie sur une anthropomorphisation du contrat, associé à un organisme vivant. Distinguant selon la gravité du vice (un acte plus ou moins « malade »), la doctrine aurait substitué, à la grande variété des nullités héritées du droit antérieur au Code civil, une *summa divisio* entre les actes nuls de plein droit (nullités absolues), lorsque le vice atteint une des conditions d'existence du contrat (tels le consentement, l'objet, la cause ou certaines formes solennelles), et les actes annulables (nullité relatives), lorsque le vice consiste en une imperfection de certaines conditions de formation du contrat (incapacité, vices de consentement). La prégnance de l'adage « pas de nullité sans texte », qui ne tolérât pas d'exception en matière de mariage, força la doctrine à élaborer la notion d'inexistence afin de résoudre le problème du mariage entre déments et entre personnes de même sexe, qui n'était pas frappé de nullité par le Code civil⁵. Il en résultait une triple catégorie : les nullités relatives, les nullités absolues et les inexistences, selon la gravité

4. Nous n'examinerons pas les normes en matière de performance énergétique, d'une part car cette réglementation ne nous paraît pas relever de l'ordre public, d'autre part parce que, pour des raisons que nous évoquerons succinctement par la suite, l'éventuel manquement du bailleur en la matière ne constitue pas, selon nous, une cause de nullité (sous réserve de l'hypothèse, qui relève davantage du cas d'école, du vice de consentement).

5. Cl. RENARD et E. VIEUXJEAN, « Nullité, inexistence et annulabilité en Droit civil belge », *Rev. Dr. ULg*, 1962, pp. 244-250.

du vice affectant l'acte juridique⁶. Cette trouvaille eut un tel succès qu'elle dépassa rapidement la matière du mariage et finit par absorber la catégorie des nullités absolues⁷.

5. Grâce essentiellement à la thèse de doctorat de René Japiot, publiée en 1909, la théorie moderne des nullités aurait émergé au début du XX^e siècle, abandonnant l'image de l'acte-organisme et le critère de la gravité du vice pour le remplacer par celui de l'intérêt en jeu⁸. Selon cette théorie, importée en Belgique par De Page, la nullité n'est plus considérée comme une réalité objective mais comme la sanction d'un vice affectant un contrat depuis sa formation et qui doit être prononcée par un juge⁹. Logiquement, la catégorie de l'inexistence tend, dans cette conception, à disparaître¹⁰. C'est de Japiot que vient l'expression, souvent répétée¹¹, selon laquelle la nullité est un « droit de critique » de son titulaire, à savoir toute personne ayant un intérêt, en cas

6. P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 3, Bruxelles, Bruyant, 2013, p. 970 ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Paris, P.U.F., 2004, p. 396.

7. Cl. RENARD et E. VIEUXJEAN, « Nullité, inexistence et annulabilité en Droit civil belge », *op. cit.*, pp. 253-254.

8. A. Posez relève ainsi que « (p)eu de thèses dans l'histoire de la doctrine juridique française ont connu la notoriété qui s'attache encore aujourd'hui à la thèse de René Japiot » (A. POSEZ, « La théorie des nullités. Le centenaire d'une mystification », *RTD civ.*, 2011, p. 658).

9. Il est de jurisprudence constante que les conditions de validité d'un contrat s'apprécient en principe au moment de sa formation (Cass., 24 septembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1168 ; Cass., 28 novembre 2013, *Pas.*, 2013, I, pp. 2399-2400).

10. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat. Étude d'une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d'égalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 174. R. Japiot reconnaissait néanmoins « la valeur d'une idée très limitée et très stricte de l'inexistence, restreinte aux cas extrêmes » (R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1909, p. 722). À sa suite, Cl. Renard et E. Vieuxjean estiment qu'il faut reconnaître une théorie « très restreinte de l'inexistence », par exemple dans le cas d'une offre non acceptée (Cl. RENARD et E. VIEUXJEAN, « Nullité, inexistence et annulabilité en Droit civil belge », *op. cit.*, p. 261). Pour De Page, pour que le juge doive intervenir, il faut au moins qu'il y ait « apparence d'acte » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 745, n° 780). Voy. également Cass., 11 avril 1991, *Pas.*, I, p. 726 : « Attendu que, sans doute, les conditions de validité d'un contrat s'apprécient au moment de sa formation ; que, toutefois, lorsqu'une partie conteste la formation d'un contrat, le juge du fond peut, pour conclure à l'existence ou à l'inexistence de celui-ci, tenir compte d'éléments de preuve postérieurs au moment où, suivant l'autre partie, le contrat a été formé ; Attendu que, après avoir constaté que « les lieux n'ont jamais été occupés, que le bail n'a jamais été exécuté (...) ni résilié, ni résolu et que le préavis de congé n'a jamais été donné » et que la demanderesse avait remis les lieux en location et consenti un bail à un tiers, le juge du fond a pu, sans violer les dispositions visées dans cette branche du moyen, considérer, en vertu de son pouvoir d'appréciation, que le contrat de bail, opposé à la défenderesse était inexistant ».

11. Voy. notamment, Cl. RENARD et E. VIEUXJEAN, « Nullité, inexistence et annulabilité en Droit civil belge », *op. cit.*, p. 262 ; P. WÉRY, « La théorie générale du contrat », *Rép. not.*, t. IV, liv. 1/1, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 327 ; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat. Étude d'une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d'égalité*, *op. cit.*, p. 174.

de nullité absolue, et la personne dont les intérêts sont protégés par la règle, en cas de nullité relative¹².

De Page écrit ainsi que la « nullité absolue est celle qui se fonde sur un motif d'ordre public, sur une considération d'intérêt général » alors que la « nullité relative est celle qui n'est édictée qu'en vue de protéger des intérêts privés »¹³. Afin de déterminer quelle sanction doit être retenue, il faut donc « rechercher si la prohibition a été édictée dans un but d'intérêt public ou de simple protection d'intérêts privés »¹⁴. Ainsi, selon lui, l'absence d'objet ne doit être sanctionnée que par une nullité relative mais « donnent ouverture à la nullité absolue, l'objet ou la cause illicites, c'est-à-dire contraires aux lois d'ordre public ou aux bonnes mœurs, et la violation des règles de forme prescrites lorsque, de cette forme, dépend l'existence de l'acte (...) »¹⁵. À la différence des nullités relatives, précise-t-il, les nullités absolues ne sont pas susceptibles de confirmation¹⁶.

6. Cette théorie moderne est, incontestablement, celle qu'on enseigne encore de nos jours. Comme l'explique M. Coipel, la théorie moderne est téléologique en ce qu'elle invite à se pencher, non seulement sur la nature de la règle sanctionnée mais également sur le but qu'elle poursuit¹⁷. Le régime de nullité est donc bien lié à l'intérêt protégé, de sorte que la nullité absolue sanctionne l'atteinte à la norme d'intérêt général, si elle relève de l'ordre public, et la nullité relative l'atteinte à la règle, impérative, qui protège des intérêts privés. À la suite de De Page, la doctrine estime que les vices de consentement, les incapacités, l'absence de cause et d'objet ne doivent être frappés que de nullité relative alors que l'objet et la cause illicites sont sanctionnés par une nullité absolue¹⁸, l'intérêt général étant en péril¹⁹. La Cour de cassation a rappelé récemment qu'en « vertu de l'article 1131 du Code civil, l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet » et qu'une « convention ayant un objet illicite est nulle en vertu de l'article 6

12. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., pp. 284-293. Selon A. Posez, l'expression est mal trouvée : « pourquoi partir du titulaire de l'action lorsque l'on s'interroge sur la nullité d'un acte ? » (A. POSEZ, « La théorie des nullités. Le centenaire d'une mystification », op. cit., p. 655).

13. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., 1964, p. 748, n° 780 : « Telle est la distinction FONDAMENTALE qui gouverne toute la matière ».

14. *Ibid.*, p. 740, n° 775.

15. *Ibid.*, p. 748, n° 780.

16. *Ibid.*, p. 760, n° 789.

17. M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Bruxelles, Kluwer-E. Story-Scientia, 1999, p. 71.

18. P. VAN OMMESELAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, vol. 3, op. cit., p. 970 ; M. DUPONT, « Nullité absolue et nullité relative », in P. WÉRY (dir.), *La nullité des contrats*, coll. Commission Université-Palais, vol. 88, Bruxelles, Larcier, septembre 2006, p. 57.

19. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 317.

du Code civil »²⁰. Le titulaire du droit de critique est toute personne y ayant un intérêt, en cas de nullité absolue, mais seulement la partie protégée en cas de nullité relative, de sorte que le juge ne devrait soulever d'office que la première²¹. Enfin, le contrat entaché d'une cause de nullité absolue est considéré comme n'ayant jamais existé, de sorte que les parties doivent, en principe, être remises dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant sa signature²². Un tel contrat ne peut être confirmé mais seulement refait²³.

1.2. Une mystification ?

7. Dans un article très stimulant, A. Posez revisite cette version officielle de l'histoire du droit des nullités. Il montre, de façon convaincante, que nous l'héritons essentiellement de la thèse de Japiot dont les constatations doivent être, pour le moins, relativisées. Il conteste tout d'abord la nouveauté de la *summa divisio* de la théorie classique, dès lors que la distinction entre nullités absolues, opérant de plein droit, et relatives, exigeant l'introduction d'une action, était devenue banale au XVIII^e siècle et n'a certainement pas, comme l'avance Japiot, été créée de toutes pièces au XIX^e siècle. Il souligne ensuite que, même après l'adoption du Code civil, la doctrine continuait, comme dans l'ancien droit, à multiplier les distinctions entre nullités légales et naturelles, formelles et substantielles, textuelles et virtuelles, péremptoires et comminatoires, continues et passagères, extrinsèques et intrinsèques, d'ordre public et d'intérêts privés, de plein droit et par voie d'actions²⁴. Il combat, enfin, l'idée d'une rupture entre une théorie classique, qui diviserait les nullités selon la gravité du vice de l'acte, et la théorie moderne qui, grâce à Japiot, y aurait substitué le critère de l'intérêt protégé. Il dénonce ainsi le « Mythe de l'acte-organisme », qui constituait tout au plus une métaphore pour certains auteurs et, références à l'appui, démontre que le critère de l'intérêt protégé était déjà présent chez les auteurs du XIX^e siècle, comme Demolombe, et même chez des auteurs plus anciens comme Alciat et Argenté, aux XVI^e et XVII^e siècles²⁵.

20. Cass., 28 novembre 2013, *Pas.*, 2013, I, pp. 2399-2400.

21. P. VAN OMMESSLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, vol. 1, *op. cit.*, p. 361 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 308. Contrairement à la nullité absolue, la prescription de l'action en nullité relative n'obéit pas à l'article 2262bis du Code civil mais à son article 1304 ou à d'autres délais particuliers (*idem*).

22. Le juge peut, cependant, faire application des adages « Nemo auditur propriam turpitudinem allegans » et « In pari causa turpitudinis cessat repetitio ». Sur ces adages, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 308 et s. ; P. VAN OMMESSLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 382-383.

23. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 322 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, vol. 1, *op. cit.*, p. 361.

24. A. POSEZ, « La théorie des nullités. Le centenaire d'une mystification », *op. cit.*, pp. 648-653. Il reconnaît toutefois que la notion d'inexistence a entraîné une simplification de ces distinctions en les réduisant à celle existant entre nullité (relative) et inexistence (nullité absolue).

25. *Ibid.*, pp. 653-654.

8. Ce que montrait déjà la succession des deux théories, classique et moderne, et que confirme de manière éclatante l'analyse d'A. Posez, c'est que notre régime actuel des nullités est éminemment tributaire de son évolution historique, tant doctrinale que jurisprudentielle, et qu'il ne s'impose pas en raison d'une interprétation univoque des dispositions du Code civil qui n'ont, sur ces questions complexes mais fondamentales, jamais été modifiées²⁶. En réalité, si l'influence de la thèse de Japiot sur la théorie des nullités est incontestable, elle n'a toutefois été que partielle dès lors que la postérité n'a guère retenu sa typologie élaborée²⁷ ou l'importance qu'il attachait à la flexibilité du régime des nullités. Il insistait sur la nécessité de tenir compte, non seulement du but de la règle mais également des « considérations spéciales qui doivent intervenir, suivant la nature du domaine juridique dans lequel la nullité est appelée à jouer, (...) suivant la nature des questions à résoudre »²⁸. Il ne fallait, selon lui, « envisager la nullité que comme un accessoire des règles juridiques », ne pas l'organiser « pour elle-même », mais « d'après sa nature et le but qu'il l'a fait créer »²⁹.

À sa suite, le *Répertoire pratique de droit belge* rappelait que la nullité ne constituait « pas une fin en soi mais un moyen » et avançait que c'était « l'erreur fondamentale de la doctrine du XIX^e siècle d'avoir perdu de vue ce caractère accessoire de la nullité et de l'avoir, par un abus de la technique juridique, organisé *pour elle-même*, sans égard pour sa fonction »³⁰. Dans un article de 1962, Cl. Renard et E. Vieuxjean se ralliaient également à la thèse du juriste français. Ils écrivaient ainsi que les considérations relatives à la nature et au but de la règle sanctionnée, si elles étaient primordiales, ne devaient pas être les seules à présider à l'élaboration d'une théorie des nullités dès lors qu'il fallait également tenir compte aussi du « milieu de fait où opère la sanction ». Et de conclure : « Quelle que soit son importance, le but ne doit pas être atteint à n'importe quel prix, car le remède pourrait être

26. A. Posez estime, à cet égard, que le critère de l'intérêt protégé comme élément de distinction entre nullités absolues et relatives est imprécis et inexact, et qu'il n'explique pas une partie du régime de nullité (notamment le caractère rétroactif de la nullité relative), ce qui l'amène à proposer un autre critère, à savoir la nature de l'élément vicié. Selon lui, si le vice atteint le consentement en amont, il est frappé d'une nullité relative et, s'il atteint le contrat en aval, il est frappé de nullité absolue (*ibid.*, pp. 661-662).

27. R. Japiot distinguait ainsi pas moins de neuf variétés de nullités, de la plus relative à la plus absolue (R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, *op. cit.*, pp. 536-634). Pour un résumé de sa typologie, voy. A. POSEZ, « La théorie des nullités. Le centenaire d'une mystification », *op. cit.*, pp. 649-656.

28. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, *op. cit.*, p. 176 : « Il y a des intérêts en lutte entre lesquels on ne saurait justement décider sans s'inspirer de cette direction que l'on connaît sous le nom de principe de l'équilibre des intérêts en présence ».

29. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, *op. cit.*, pp. 166-167.

30. *R.P.D.B.*, v^o « Nullité », t. IX, p. 6.

pire que le mal. Il faut confronter les intérêts antagonistes, plus ou moins respectables selon les circonstances »³¹.

9. Force est toutefois de constater que la doctrine et la jurisprudence majoritaires du XX^e siècle ont perdu de vue ces judicieuses nuances et ont, au contraire, conféré à la théorie dite « moderne » un caractère d'automaticité quasi-dogmatique. Les effets pervers d'une telle rigidité ne sont pas anodins. En effet, alors que la logique voudrait qu'on qualifie d'abord une règle comme étant d'ordre public ou impérative avant d'en tirer les conséquences sur le plan du régime des nullités, plusieurs auteurs relèvent que, souvent, « c'est la réflexion sur le régime de nullité le plus adéquat qui conduit à la qualification »³². Les lignes qui suivent s'inscrivent résolument en faux contre un tel système³³. Avant de déconstruire certains de ses postulats, il convient de rappeler l'état le plus récent du droit positif en ce qui concerne les notions de cause et d'objet illicites³⁴.

1.3. La cause et l'objet illicites

10. P. Van Ommeslaghe écrit que la « violation de l'ordre public ou des bonnes mœurs dans un contrat, et plus généralement dans un acte juridique, est sanctionnée par une nullité absolue »³⁵. Si l'article 1108 du Code civil prévoit quatre conditions qui sont essentielles pour la validité d'une convention, seuls la cause et l'objet illicites sont, dans l'état actuel de notre droit positif, frappés de nullité absolue. Notre examen se limitera donc à ces deux causes de nullité.

31. Cl. RENARD et E. VIEUXJEAN, « Nullité, inexistance et annulabilité en Droit civil belge », *op. cit.*, p. 265. Dans le même sens, et plus récemment, H. Jacquemin résume les « deux principes de base sur lesquels repose la théorie des nullités et qui conditionnent son régime : les objectifs poursuivis par la règle violée, d'une part, le milieu dans lequel opère la sanction, d'autre part » (H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 450).

32. M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, *op. cit.*, p. 62. Dans le même sens, voy. J. VAN ZUYLEN, « L'ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux », in P. WÉRY (coord.), *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, coll. Commission Université-Palais, vol. 129, Limal, Anthémis, pp. 133-134.

33. Plusieurs auteurs plaident également pour une application plus flexible de la sanction de la nullité (C. CAUFFMAN, « Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité ? », note sous Cass., 23 mars 2006, *R.J.C.B.*, p. 422 et les références citées ; M. DAMBRE, « Nietigheid huurcontract by inbreuk op kwaliteitsnormen : mogelijk, wenselijk en wat zijn de gevolgen ? », *T.B.O.*, 2012, p. 253). Il est significatif, à cet égard, de constater que la question des nullités en droit privé n'a quasiment pas été abordée lors des XXI^e journées juridiques Jean Dabin consacrées à la flexibilité des sanctions (D. KAMINSKI (dir.), *La flexibilité des sanctions*, Bruxelles, Bruylant, 2012).

34. Nous n'aborderons pas ici la nullité absolue qui est attachée à la violation de certaines formes solennelles, qui ne présente que peu d'intérêt dans le cadre du droit du bail.

35. P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, vol. 1, *op. cit.*, p. 371.

1.3.1. La cause illicite

11. L'article 1131 du Code civil dispose que l'obligation « sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet » et l'article 1133 précise que la cause illicite est celle qui est soit prohibée par la loi, soit contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

Le débat entre causalistes et anti-causalistes est connu et l'on ne s'y attarde pas. Qu'il suffise de rappeler que, en droit belge à tout le moins, une doctrine quasi-unanime considère que la notion de cause illicite vise les « mobiles déterminants » qui ont poussé les parties à conclure l'acte juridique, ce qui n'exclut pas la prise en considération de la prestation de l'autre partie mais sous l'angle de l'intention des parties et non comme élément objectif³⁶. Comme le relève O. Delogne, « le concept de licéité de l'objet s'attache plus aux effets produits par le contrat, la notion de cause illicite – entendue au sens des mobiles – visant quant à elle le but subjectif recherché par la (ou les) partie(s) au contrat »³⁷. La Cour de cassation a ainsi rappelé que, dans « un contrat synallagmatique, la cause des obligations de l'une des parties ne réside pas exclusivement dans l'ensemble des obligations de l'autre partie, mais dans celui des mobiles qui a principalement inspiré son débiteur et l'a déterminé à contracter »³⁸.

12. La violation des normes régionales en matière d'urbanisme ou d'exigences élémentaires de sécurité, de salubrité et de conformité n'est donc susceptible d'entraîner la nullité absolue d'un contrat de bail en raison de l'illicéité de sa cause que s'il est établi que les mobiles déterminants d'au moins un des cocontractants sont illicites³⁹. Le simple fait qu'un bien aménagé « sans permis d'urbanisme », voire même en violation « des normes minimales d'habitabilité », soit affecté au logement ne suffit donc pas, selon nous et contrairement à ce qu'a jugé le tribunal de première instance de Bruxelles, à démontrer que tel serait le cas⁴⁰.

36. P. VAN OMMESSLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 327-329 ; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, *op. cit.*, p. 62 ; P. WÉRY, « Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques », note sous Cass., 12 octobre 2000, *R.C.J.B.*, 2003, p. 74 et les références citées ; O. DELOGNE, « Le contrat d'assurance incendie sous le prisme de la théorie de l'objet illicite : jurisprudence récente de la Cour de cassation », *R.G.A.R.*, 2006, 14117 et les nombreuses références citées en note 29 ; M. DUPONT, « Nullité absolue et nullité relative », *op. cit.*, p. 51.

37. O. DELOGNE, « Le contrat d'assurance incendie sous le prisme de la théorie de l'objet illicite : jurisprudence récente de la Cour de cassation », *op. cit.*, 14117.

38. Cass., 14 mars 2008, *Pas.*, I, n° 708. Voy. déjà Cass., 23 juin 1977, *Pas.*, I, p. 1083 : « Attendu que, pour qu'une libéralité entre un homme et une femme qui entretiennent des relations sexuelles hors mariage soit nulle, il faut mais il suffit que l'un des mobiles déterminants des libéralités ait été de faire naître, de maintenir ou de rémunérer ces relations ».

39. Cass., 12 octobre 2000, *R.C.J.B.*, 2003, p. 74 : « 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 ».

40. Civ. Bruxelles (16^e ch.), 30 juin 2011, *J.L.M.B.*, 2012, n° 40, p. 1893.

L'affectation au logement d'un bien sans permis d'urbanisme et en violation des normes minimales d'habitabilité a sans doute pour effet de créer ou maintenir une situation illicite mais cela n'implique pas nécessairement qu'une telle situation était le but recherché par les bailleurs.

Tel était pourtant le cas dans l'espèce dont avait à connaître le tribunal dès lors que les bailleurs avaient, en connaissance de cause, transformé les lieux de façon à étendre la surface habitable et loué un bien ne répondant manifestement pas aux normes minimales d'habitabilité à des personnes particulièrement vulnérables⁴¹. La décision du tribunal de déclarer le contrat nul en raison de l'illicéité de sa cause nous semble, ainsi, trouver une justification adéquate dans les motifs ultérieurs du jugement, relatifs à la restitution des prestations fournies. Le tribunal y fustige le comportement des bailleurs qui « non seulement (...) n'ont pas respecté le permis d'urbanisme délivré le 12 mars 1997, mais (...) ont effectué des travaux sans permis et ont donné en location des lieux transformés de manière illicite et, en outre, non conformes aux normes minimales d'habitabilité, au détriment de personnes particulièrement vulnérables (une mère élevant seule quatre enfants dont trois sont à l'école primaire) »⁴².

13. À défaut de pouvoir établir, *in concreto*, le caractère illicite des mobiles déterminants d'une des parties au contrat, le débat se situera, le plus souvent, sur le terrain de l'objet du contrat ou, plutôt, des obligations qu'il contient.

1.3.2. L'objet illicite

14. À partir des quelques dispositions du Code civil relatives à l'objet de l'obligation, doctrine et jurisprudence ont déterminé que celui-ci devait, sous peine de nullité, être possible, licite, déterminé ou déterminable et porter sur une chose dans le commerce⁴³. La complexité de la notion d'objet est trop souvent sous-estimée. Il est largement admis, mais pas nécessairement bien connu, qu'une triple distinction peut être opérée entre l'objet du contrat, de l'obligation et de la prestation. L'objet du contrat consiste en la création, la modification, la transmission ou l'extinction d'une ou plusieurs obligations. L'objet de l'obligation, nous rappelle l'article 1126 du Code civil en visant à tort le contrat, peut être « une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire ». La distinction entre l'objet du contrat et l'objet de l'obligation est, le plus souvent, d'intérêt purement académique mais elle est précieuse pour comprendre que, en théorie, une obligation privée d'objet pourrait être frappée de nullité sans que le contrat

41. Dans le même ordre d'idées, les contrats conclus par les marchands de sommeil pourront aisément être annulés en raison de l'illicéité de leur cause.

42. Civ. Bruxelles (16^e ch.), 30 juin 2011, *J.L.M.B.*, 2012, n° 40, p. 1893.

43. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 269.

ne le soit automatiquement (même si ce sera, le plus souvent, le cas). Enfin, l'objet de la prestation est la chose elle-même⁴⁴.

15. Demeure la question de savoir si, lorsqu'on évoque l'illicéité de l'objet, on se réfère à celui de la prestation ou de l'obligation. La Cour de cassation a, ces dernières années, rendu plusieurs arrêts intéressants, relatifs à la validité de contrats d'assurance portant sur des biens présentant un caractère illicite. Après avoir rappelé que « l'objet d'une obligation est la prestation promise par le débiteur » et que cet objet doit être licite, la Cour de cassation a, dans un premier arrêt, constaté que l'objet d'un contrat d'assurance était la couverture d'un risque déterminé moyennant un prix et que, en l'espèce, les parties avaient conclu un contrat d'assurance dont l'objet était de couvrir le risque d'incendie d'un immeuble construit sans permis de bâtir. Selon la Cour, à défaut de constater qu'un tel objet « crée ou maintient une situation illégale », la décision dont appel n'avait pu conclure à la nullité de ce contrat d'assurance⁴⁵. Elle a confirmé cette solution dans des affaires concernant un contrat d'assurance relative à la couverture de l'écoulement de mazout⁴⁶ ou d'un bungalow pour lequel aucun permis de bâtir ou d'urbanisme n'avait été délivré⁴⁷.

O. Delogne conclut de ces arrêts que, en matière d'assurance, « l'illicéité de l'objet 'matériel' de l'obligation ne rejaillit donc pas sur la validité du contrat, ou plus précisément, sur la validité de l'objet de l'obligation née du contrat » et que, en d'autres termes, « lorsqu'on évoque la licéité de l'objet du contrat, il ne peut s'agir que de 'choses' qui sont dans le commerce, c'est-à-dire, 'donner, faire ou ne pas faire quelque chose qui n'est pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs' »⁴⁸. Une telle conclusion nous paraît quelque peu expéditive. Nul doute que les auteurs du Code civil pensaient à l'objet de la prestation lorsqu'ils ont rédigé l'article 1128 du Code civil⁴⁹. Dans un arrêt du 10 décembre 1998, la Cour de cassation a ainsi cassé une

44. M. DUPONT, « Nullité absolue et nullité relative », *op. cit.*, p. 49 ; O. DELOGNE, « Le contrat d'assurance incendie sous le prisme de la théorie de l'objet illicite : jurisprudence récente de la Cour de cassation », *op. cit.*, 14117.

45. Cass., 8 avril 1999, *J.L.M.B.*, p. 1720 ; *D.A.O.R.*, 2000, p. 357. On ne peut suivre F. Mourlon Beernaert lorsqu'il déduit de cet arrêt que la Cour de cassation « semble inviter les juges (...) à combiner les notions d'objet et de cause pour apprécier la violation de l'ordre public » (F. MOURLON BEERNAERT, « La théorie de l'objet illicite à la lumière de la théorie (moderne) de la cause », note sous Cass., 8 avril 1999, *D.A.O.R.*, 2000, p. 361).

46. Cass., 14 septembre 2000, *Pas.*, I, n° 470.

47. Cass., 19 mai 2005, *Pas.*, I, n° 1065.

48. O. DELOGNE, « Le contrat d'assurance incendie sous le prisme de la théorie de l'objet illicite : jurisprudence récente de la Cour de cassation », *op. cit.*, 14117. Dans le même sens, l'avocat général Henkes avait conclu, avant un de ces trois arrêts, « que si le principal — l'engagement — est licite, mais que l'accessoire — le bien matériel — est illicite, le contrat est légalement valide » (Conclusions av. gén. HENKES avant Cass., 14 septembre 2000, *Pas.*, I, p. 1341).

49. Voy. notamment M. DUPONT, « Nullité absolue et nullité relative », *op. cit.*, p. 51 : « L'objet de la prestation doit également être licite. L'article 1128 du Code civil précise à cet égard que les choses hors commerce ne peuvent faire l'objet des conventions ».

décision qui avait considéré qu'un taureau déclaré impropre à la consommation était dans le commerce⁵⁰. De même, il n'est pas sérieusement contestable qu'un contrat d'assurance dont l'objet serait l'indemnisation en cas de confiscation de drogues illégales serait jugé contraire à l'ordre public et sanctionnable, à juste titre, par une nullité absolue⁵¹. Or, dans les deux cas, le caractère illicite résulte bien de l'objet matériel de la prestation et non de l'objet de l'obligation.

16. Les arrêts nous paraissent toutefois consacrer un critère intéressant pour déterminer le caractère illicite de l'objet de l'obligation : il faut vérifier si le contrat a pour « effet » de « créer ou de maintenir une situation illicite ». Seule une obligation qui a un tel effet est donc susceptible d'annulation. Appliqué au bail, ce test permet d'exclure du régime de la nullité la violation, par le bailleur, de ses obligations lorsque la conclusion du contrat n'a pas, en tant que telle, pour effet de créer ou maintenir une situation illicite.

Ainsi, l'article 281 du Code bruxellois de l'aménagement du territoire (CoBAT) impose à toute personne qui met un bien immobilier en location d'indiquer « sans équivoque, dans la publicité y relative la destination urbanistique licite la plus récente et la plus précise de ce bien ». Les articles 300 et 306 de ce code sanctionnent pénalement le non respect de cette obligation. Il faudrait se garder d'en conclure que le contrat de bail portant sur un bien pour lequel le bailleur n'aurait pas procédé à ladite publicité devrait être frappé de nullité. Ce n'est, en effet, pas la conclusion du contrat de bail qui crée ou maintient une situation illicite mais, uniquement, la violation de cette obligation par le bailleur à un stade précontractuel⁵².

De même, la mise en location d'un bien qui a été construit sans permis ne crée ni ne maintient une situation illicite pour cette seule raison. Il ne s'agit donc pas d'une cause d'annulabilité du contrat de bail portant sur ce bien, à tout le moins du point de vue son objet⁵³. Il en va différemment de

50. Cass., 10 décembre 1998, *Pas.*, I, p. 1204.

51. Dans le premier des trois arrêts, le demandeur en cassation expliquait, dans le même ordre d'idées : « pour les mêmes raisons que l'assurance contre la confiscation par les douaniers de marchandises transportées en contrebande serait radicalement nulle, on conçoit parfaitement que l'assurance contre la démolition ordonnée par la commune d'un immeuble construit sans permis de bâtir serait radicalement nulle... mais pas l'assurance contre l'incendie ; qu'à cet égard, nul ne met en cause la licéité de l'assurance des conséquences dommageables tant pour soi-même que pour autrui d'un accident de la circulation – par exemple la réparation des dommages matériels au véhicule de l'assuré lui-même –, résultant d'une infraction pénale – par exemple un excès de vitesse – commise par l'assuré conducteur du véhicule (...) » (*J.L.M.B.*, p. 1720).

52. Il nous semble que l'obligation, pour le bailleur, de remettre un certificat de performance énergétique au locataire est du même ordre, de sorte que, sauf l'hypothèse de l'erreur substantielle ou du dol, elle ne peut pas entraîner la nullité du contrat.

53. La Cour de cassation de France a, en ce sens, jugé que les « infractions commises à la législation sur l'urbanisme ne peuvent par elles-mêmes ni frapper l'immeuble d'une inaliénabilité

l'infraction, distincte, de maintien de travaux exécutés sans permis⁵⁴. En effet, l'obligation du bailleur de garantir la jouissance paisible du bien à son locataire lui impose de ne pas faire détruire le bien et, par conséquent, le contraint, par la conclusion du contrat, à maintenir une situation illicite⁵⁵.

Lorsqu'une disposition subordonne, comme l'article 5 du Code bruxellois du logement, la mise en location de logements au respect des exigences élémentaires de salubrité, de sécurité et d'habitabilité que ce code consacre, sous peine des sanctions prévues aux articles 8 (interdiction de louer, le cas échéant accompagnée de la pose de scellés) et 10 (amendes administratives), la conclusion du contrat de bail relatif à un bien qui ne répond pas à ces exigences consacre la violation de ces dispositions. Si l'on s'en tient au « test » proposé par la Cour de cassation, il doit donc être constaté que ce contrat a pour effet de créer ou maintenir la situation illicite. Sans se prononcer, à ce stade sur le régime de nullité qui doit dès lors être appliqué, le contrat (en réalité, l'obligation du bailleur) est, dans ce cas, annulable.

II. Le caractère d'ordre public des normes régionales

II.1. La notion d'ordre public

17. La notion d'ordre public a, incontestablement, fait couler beaucoup d'encre et il ne rentre pas dans le cadre de cette contribution d'y faire justice⁵⁶. On se contentera de rappeler que, là encore, notre ordre juridique doit beaucoup à l'éminent De Page qui, en 1933 déjà, définissait la « loi d'ordre public » comme étant « celle qui touche *aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité*, ou qui fixe, dans le *droit privé*, les bases juridiques fondamentales sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral d'une société déterminée »⁵⁷. Cette définition fut reprise quasiment mot pour mot par la Cour de cassation qui, encore aujourd'hui et depuis 1948⁵⁸, considère qu'une loi est « d'ordre public dès lors qu'elle touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité et fixe les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre

légale, ni entraîner la nullité des conventions dont cet immeuble est l'objet » (Cass. civ. (3^e ch.), 15 juin 1982, *Bull. civ.*, III, n° 155, p. 112).

54. Voy. notamment l'article 300 du CoBAT : « Constitue une infraction le fait : (...) 2° de poursuivre des actes et de maintenir des travaux exécutés sans permis ou au-delà de la durée de validité du permis ou encore après l'annulation de celui-ci ».

55. En ce sens, voy. D. DEOM, « Les baux et le droit de l'urbanisme », in *Baux et actualité législative et jurisprudentielle*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 65.

56. Sur la question, voy. notamment J.-Fr. ROMAIN *et al.*, *L'ordre public. Concept et applications*, Les conférences du Centre de droit privé et de droit économique, vol. 3, coll. de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 1995.

57. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, 1962, p. 111, n° 91.

58. Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, I, p. 699.

économique ou moral de la société »⁵⁹. Alors que, à l'origine, l'ordre public constituait une catégorie de norme impérative, celle-ci se définissant uniquement par opposition à la règle supplétive, il se distingue dorénavant de ces règles, qui ne protègent que des intérêts privés⁶⁰.

Pour déterminer si une disposition est d'ordre public, De Page estimait qu'il convenait de, « chaque fois, analyser *l'esprit de l'institution*, et rechercher en quoi, ou par quoi elle est en rapport avec les *exigences essentielles de la collectivité* ou les bases fondamentales du droit privé »⁶¹. P. Van Ommeslaghe suggère pour sa part de « vérifier si les textes en cause sont destinés, dans l'intention du législateur, à réglementer les relations individuelles qui résultent d'un rapport juridique ou, au contraire, s'ils s'insèrent dans une politique économique ou sociale intéressant la généralité des citoyens ou certaines catégories d'entre eux »⁶².

18. Si ces propos doctrinaux peuvent offrir certains repères, il n'en demeure pas moins que le praticien doit, souvent, se rendre compte que l'ordre public « se sent bien plus qu'(il) ne se définit »⁶³. En réalité, il s'agit d'un outil très complexe à manier, qui exige un examen attentif des règles que l'on est tenté d'y intégrer et dans lequel le principe de proportionnalité peut, nous le verrons, avoir son rôle à jouer.

II.2. Les normes régionales

19. En matière d'ordre public comme pour les nullités, il faut donc se méfier des généralisations simplistes et des conclusions hâtives. Tel est notamment le cas de cette décision du juge de paix d'Ixelles, qui affirme que « (t)outes les dispositions légales relatives à l'urbanisme et à l'aménagement du territoire sont d'ordre public »⁶⁴. Commentant cette décision cantonale, M. Delnoy estime également que « l'ensemble des dispositions législatives ou réglementaires relevant de la police de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme sont d'ordre public », ce qu'il justifie notamment par le fait que la violation

59. Voy. notamment Cass., 10 mars 1994, *Pas.*, I, n° 114 ; 13 décembre 2002, *Pas.*, I, n° 671.

60. Sur la question, voy. J. VAN ZUYLEN, « L'ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux », *op. cit.*, p. 93.

61. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *op. cit.*, 1962, p. 111, n° 91.

62. P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, vol. 1, *op. cit.*, p. 366.

63. Conclusions proc. gén. TERLINDEN avant Cass., 12 mai 1922, *Pas.*, I, p. 296.

64. J.P. Ixelles (2^e cant.), 22 avril 1998, *Act. jur. baux*, 1999, p. 108. Voy. également Cass., 19 septembre 2002, *Pas.*, I, p. 1687 : « Attendu que les dispositions du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine du 14 mai 1984 dont l'arrêt fait application sont d'ordre public ».

des obligations les plus importantes en la matière est érigée en infraction pénale⁶⁵.

De même, tant la doctrine⁶⁶ que la jurisprudence⁶⁷ ont reconnu que les normes régionales en matière de salubrité, de sécurité et d'habitabilité étaient d'ordre public, souvent en raison des sanctions pénales qui, à l'exception de la législation bruxelloise, en punissent la violation⁶⁸. La Cour de cassation a récemment confirmé que les « normes de qualité d'habitation contenues dans le Vlaamse Wooncode » étaient « d'ordre public »⁶⁹.

20. À cet égard, il faut d'emblée tordre le cou au postulat selon lequel toute norme dont la violation est punie d'une sanction pénale relève nécessairement de la notion, en droit civil, d'ordre public. De Page le relevait déjà, la déduction selon laquelle l'interdiction pénale entraîne la nullité civile « est *inexacte*, tout au moins comme *principe général* » car « (s)ouvent, le droit pénal se place, pour réprimer un fait, à un tout autre point de vue que le droit civil »⁷⁰. Ces propos ont, depuis, été relayés par d'autres auteurs⁷¹. En réalité, il convient d'opérer une distinction entre la loi pénale, qui est

65. M. DELNOY, « Licéité des baux au regard de la police de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme », *Act. jur. baux*, 1999, p. 98. Dans le même sens, le tribunal de première instance de Bruxelles évoque la violation « de règles d'urbanisme sanctionnées pénalement et dont le caractère d'ordre public n'est dès lors pas contestable » (Civ. Bruxelles (16^e ch.), 30 juin 2011, *J.L.M.B.*, 2012, n° 40, p. 1892).

66. L. THOLOMÉ, « Les effets sur le plan civil de l'absence d'un permis de location », obs. sous J.P. Wavre, 30 décembre 1999, *Échos log.*, 2000, p. 93 ; N. BERNARD, « Conséquences civiles et administratives du défaut de permis de location », *Amén.*, 2005, pp. 97 et s. ; T. VANDROMME, « De gevolgen van woningkwaliteitsgebreken op de huurovereenkomst : een poging tot synthese and verduidelijking », *R.W.*, 2014, p. 204 ; M. DAMBRE, « Nietigheid huurcontract by inbreuk op kwaliteitsnormen : mogelijk, wenselijk en wat zijn de gevolgen ? », *op. cit.*, p. 253 et les références citées.

67. Voy. notamment J.P. Tournai, 4 septembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 513 ; J.P. Namur (1^{er} cant.), 4 septembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, pp. 1870-1873 et les références citées ; Civ. Gand, 13 juin 2008, *J.J.P.*, 2010, p. 338. Voy. également l'abondante jurisprudence citée dans Y. MERCHIERS, « Le bail de résidence principale », *Rép. not.*, t. VIII, liv. 3, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 55 ; N. BERNARD, « La loi du 25 avril 2007 et les nouvelles dispositions en matière de bail à loyer », *J.T.*, 2007, p. 517 ; T. VANDROMME, « De gevolgen van woningkwaliteitsgebreken op de huurovereenkomst : een poging tot synthese and verduidelijking », *op. cit.*, p. 204.

68. N. BERNARD, « La validité du contrat de bail portant sur un bien dépourvu de certificat de performance énergétique ? Une comparaison avec les règles de salubrité », *R.G.D.C.*, 2012, p. 364. 69. Cass., 10 mai 2012, *Pas.*, I, p. 1059.

70. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, 1964, pp. 749-750, n° 780 et les exemples cités (la loi pénale poursuit l'usurier et pas l'usure, le délit habituel ne permet pas de conclure à l'illicéité d'un fait isolé, etc.).

71. Voy. notamment P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, vol. 3, *op. cit.*, p. 968 et les exemples cités en matière de droit du travail ; J. VAN ZUYLEN, « L'ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux », *op. cit.*, pp. 101 et 108 et les références citées (notamment R. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingwijzen van de arbeidsovereenkomst : nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, pp. 324-325). En droit français, voy. M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 393.

incontestablement d'ordre public⁷², et la règle qu'elle vient sanctionner, qui ne l'est pas nécessairement⁷³. Il en va de même, *a fortiori*, des normes qui sont punies de sanctions administratives.

21. Il convient également de souligner que l'appartenance d'une matière à l'ordre public n'implique pas que ce soit le cas de chacune de ses règles⁷⁴. Récemment, le tribunal de première instance de Bruxelles a confirmé que « la seule présence d'une obligation dans le Code du logement ne suffit pas à conférer à celle-ci un caractère d'ordre public et son non-respect à une nullité absolue des conventions » et qu'il convenait « d'examiner, pour chaque norme prise individuellement, si elle revêt un caractère d'ordre public »⁷⁵.

En matière de normes de sécurité, de salubrité et d'habitabilité, en effet, l'objectif des législateurs régionaux est d'éviter que les logements soient insalubres, inhabitables ou qu'ils ne présentent pas la sécurité nécessaire pour être occupés sans danger. Dès lors que ces exigences tendent à assurer le respect de la dignité humaine protégé par l'article 23 de la Constitution, il n'est pas absurde de considérer que, envisagées ensemble, ces règles touchent aux intérêts essentiels de la collectivité et participent à fixer les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société⁷⁶.

Cela ne signifie pas pour autant que chacune de ces règles, prise individuellement, relève de l'ordre public. Il est manifeste que, dans certains cas, la sanction de la nullité, qui prive le locataire de tout titre ou droit à occuper les

72. Cass., 6 septembre 2006, *Pas.*, I, n° 1639.

73. En ce sens, voy. I. CLAEYS, « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », in *Sancties en nietigheden*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 293, n° 35 : « Er is immers een onderscheid tussen de strafwet zelf die van openbare orde is, en de strafrechtelijk gesanctioneerde rechtsregel die van louter dwingend recht kan zijn ».

74. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, *op. cit.*, 1962, p. 118 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, vol. 1, p. 300 ; P. VAN OMMESELAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 365-366.

75. Civ. Bruxelles (75^e ch.), 23 décembre 2014, R.G. n° 2012/4812/A, inédit.

76. L'article 2 de la loi du 20 février 1991 sur les baux de résidence principale, qui impose le respect de normes élémentaires de salubrité, de sécurité et d'habitabilité, est considéré comme étant une règle impérative, ainsi que, par extension, les règles fédérales auxquelles cette disposition renvoie. Dès son adoption, en 1991, P.-A. Foriers se demandait déjà s'il n'était pas « choquant que l'article 2 soit simplement impératif » et si l'ordre public n'était « pas intéressé par le respect de la dignité humaine et par la sécurité et la salubrité des logements ? » (P.-A. FORIERS, « État du bien loué et bail à la rénovation, loyer et charges, garantie locative, cession et sous-location et transmission du bien loué », in *La nouvelle réglementation des baux à loyer*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 80). Selon le Juge de paix de Grâce-Hollogne, il ne fait pas de doute que cette disposition est d'ordre public en ce qu'elle contribue « à assurer l'impératif du respect de la dignité humaine qui se déduit notamment des articles 22 et 23 de la Constitution » (J.P. Grâce-Hollogne, 11 juillet 2000, *J.J.P.*, 2003, p. 60).

lieux loués, irait à l'encontre de l'intention du législateur régional⁷⁷. Plusieurs dispositifs des réglementations régionales témoignent du fait que ce dernier a admis que toute infraction à ces exigences élémentaires ne rendait pas le logement inoccupable. L'article 19, alinéa 1^{er} de l'arrêté wallon du 30 août 2007 prévoit ainsi qu'est considéré comme salubre, le « logement présentant un ou plusieurs manquements aux critères minimaux de salubrité définis aux articles 8 à 16 du présent arrêté dans le cas où le ou les manquements relevés par l'enquêteur sont de minime importance et ne peuvent être supprimés que moyennant la mise en œuvre de travaux disproportionnés par rapport à l'objectif à atteindre ».

Dans le même sens, l'article 7, § 3 du nouveau Code bruxellois du logement a prévu un dispositif de « non conforme non fermé » qui « permet de réputer en bon état un bien qui ne souffre que de défauts légers »⁷⁸. En substance, lorsque le Service d'inspection régionale a ordonné la réalisation de travaux pour un logement qui ne répond pas aux exigences de sécurité, de salubrité et d'équipement visées à l'article 4 du Code et que ces travaux n'ont pas été réalisés, le fonctionnaire dirigeant du Service d'inspection régionale peut, « en fonction du nombre, de la nature et de la gravité des défauts subsistants », soit notifier au bailleur l'interdiction de continuer à mettre le logement en location, soit, « si les manquements relevés par l'enquêteur sont de minime importance et ne peuvent être supprimés que moyennant la mise en œuvre de travaux disproportionnés par rapport à l'objectif à atteindre, réputer le logement conforme aux exigences déterminées à l'article 4 »⁷⁹.

Enfin, le Code flamand du logement a donné compétence au Gouvernement flamand pour déterminer les critères et la procédure permettant d'établir la conformité d'une habitation avec les exigences et normes de sécurité, de salubrité et de qualité d'habitat (art. 5, § 4). L'exécutif a ainsi prévu un subtil système de « permis à points »⁸⁰ aux termes duquel les différents types de vices se voient octroyer un certain nombre de points, la délivrance d'une

77. En ce sens, voy. Y. MERCHERS, « Bail de résidence principale », *op. cit.*, n° 55 ; M. DAMBRE, « Hoe nuttig is nietig ? Bedenkingen bij de nietigverklaring van een huurcontract wegens een inbreuk op gewestelijke kwaliteitsnormen », *J.J.P.*, 2008/3-4, p. 119.

78. N. BERNARD, « Règles régionales de salubrité, logement social et droit au logement : développements récents », in B. KOHL (dir.), *Actualités en droit du bail*, coll. Commission Université-Palais, vol. 147, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 298.

79. La disposition précise que le Gouvernement doit déterminer quels critères de sécurité, de salubrité et d'équipement ne sauraient, en cas de non-respect, donner lieu à cette décision « de conforme non fermé », mais cette liste n'a toujours pas été adoptée. On ne manquera pas de souligner la similarité des termes utilisés avec ceux du Code wallon.

80. N. BERNARD, « Règles régionales de salubrité, logement social et droit au logement : développements récents », *op. cit.*, p. 278.

attestation de conformité requérant, parmi d'autres conditions, l'obtention d'un score final inférieur à 15 points⁸¹.

Ce que montrent le « permis à points » flamand ou les mécanismes wallon et bruxellois, c'est qu'un degré minimum de gravité est requis pour qu'un logement soit interdit à la location. Il n'est pas déraisonnable de considérer qu'en dessous de ce seuil, l'ordre public n'est tout simplement pas en jeu et qu'il n'y a donc pas lieu de punir par une sanction aussi radicale que la nullité le contrat qui porte sur un tel bien⁸². Cette approche « de minimis » de la notion d'ordre public laisse entrevoir un raisonnement qui se décline en termes de proportionnalité⁸³.

22. Même si les rapports d'inspection et les décisions adoptés par l'autorité administrative sur la base de défauts existant lors de la conclusion du bail ne lient pas le juge dans son appréciation du respect des exigences élémentaires de sécurité, de salubrité et d'habitabilité⁸⁴, ils constituent cependant, de toute évidence, des présomptions dont le juge tiendra compte dans son appréciation. En réalité, les normes régionales sont à ce point détaillées et minutieuses que seule une minorité de logements répond à toutes les exigences qu'elles contiennent⁸⁵. Dans les hypothèses, nombreuses, où l'autorité régionale accorde un délai au bailleur pour effectuer des travaux de mise en conformité du bien loué, et ne décrète donc pas une interdiction immédiate d'occupation, on pourrait également se demander si le contrat qui porte sur un tel bien est contraire à l'ordre public (et donc annulable) ou si la situation ne devrait pas s'analyser, aux termes du délai d'exécution des

81. Voy. les articles 3, alinéa 2 et 6 de l'arrêté du Gouvernement flamand flamand du 12 juillet 2013 portant les normes de qualité et de sécurité pour habitations (*M.B.*, 1^{er} août 2013).

82. Dans le même sens, voy. M. DAMBRE, « Hoe nuttig is nietig ? Bedenkingen bij de nietigverklaring van een huurcontract wegens een inbreuk op gewestelijke kwaliteitsnormen », *op. cit.*, p. 121. L'auteur estime, de même, que la nullité ne devrait être couplée qu'à l'obtention des 15 points prévus par le Code flamand du logement.

83. Dans un sens comparable, N. Bernard plaide pour une sanction adaptée à la gravité du manquement qui n'aille pas au-delà de ce qu'exige la situation à protéger, la nullité absolue étant réservée aux violations les plus flagrantes des normes les plus essentielles : « Du "sur mesure", en somme, plutôt que du "prêt à porter" » (N. BERNARD, « La validité du contrat de bail portant sur un bien dépourvu de certificat de performance énergétique ? Une comparaison avec les règles de salubrité », *op. cit.*, p. 370).

84. Voy. notamment Civ. Bruxelles (75^e ch.), 17 octobre 2013, R.G. n° 2011/11425/A, inédit ; J.P. Thuin, 6 février 2012, *J.J.P.*, 2012, p. 447.

85. En 2012, à Bruxelles, 555 plaintes ont été introduites. La Direction de l'Inspection régionale du logement a notifié 381 mises en demeure de mise en conformité (laissant un délai de 8 mois au bailleur pour s'exécuter), prononcé 150 interdictions après expiration du délai et 108 interdictions immédiates. Il convient de préciser que certaines de ces mises en demeure ou interdictions ont pu être prononcées dans le cadre des procédures, distinctes, d'octroi d'une attestation de conformité (35 visites en 2012), d'un certificat de conformité (99 demandes introduites en 2012) ou d'une attestation de contrôle de conformité (144 attestations délivrées sur 233 demandes introduites). Voy. le Rapport annuel 2013 de l'Aministration de l'aménagement du territoire et du logement, pp. 144-146.

travaux, à l'aune d'une éventuelle perte juridique du bien en cas de décision d'inhabitabilité.

III. Le juge confronté aux nullités

23. L'office du juge a considérablement évolué ces dernières années, notamment avec la consécration de la théorie factuelle de la cause et de l'objet de la demande (et non du contrat !). Après avoir succinctement rappelé cette évolution (III.1.), qui se traduit par une augmentation des responsabilités qui incombent au juge, nous examinerons dans quelle mesure il jouit, ou devrait jouir, d'un pouvoir d'appréciation en matière de nullités (III.2.). Nous évoquerons enfin un tempérament, limité mais réel, à ce pouvoir d'appréciation (III.3.).

III.1. L'office du juge

24. La Cour de cassation a consacré l'existence d'un principe général du droit suivant lequel le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable, de sorte qu'il a l'obligation, en respectant les droits de la défense, de relever d'office les moyens de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions⁸⁶. La règle de droit ainsi visée concerne toutes les normes, qu'elles soient d'ordre public, impératives, voire même supplétives si les parties n'y ont pas dérogé. De ce point de vue, l'ordre public a, sans aucun doute, perdu quelque peu de sa spécificité⁸⁷.

Il demeure pertinent lorsque les parties ont entendu, par un accord procédural, lier le juge sur un point en droit ou en fait auquel elles entendent limiter les débats. La Cour de cassation a rappelé en 2012 qu'un « tel accord n'empêche toutefois pas que le juge, respectant les droits de défense, souleve l'application de dispositions d'ordre public, fussent-elles contraires à

86. Voy. notamment Cass., 14 avril 2005, *J.T.*, 2005, p. 659, note J. VAN COMPERNOLLE ; *J.L.M.B.*, 2005, p. 856, note G. DE LEVAL ; Cass., 9 mai 2008, *J.T.*, 2008, p. 721 ; Cass., 4 mars 2013, *Pas.*, I, n° 526. Cette obligation se transforme en faculté en ce qui concerne les faits « adventices » du dossier ou « simplement allégués » (sur la question, voy. notamment J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Chronique de l'office du juge », note sous Cass., 13 mars 2013, *J.L.M.B.*, 2013, n° 25, p. 1307).

87. En 1988, A. Meeus plaidait pour que le juge puisse soulever d'office les lois impératives (A. MEEUS, « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », *R.C.J.B.*, 1988, p. 511, n° 15). La possibilité pour le juge de soulever d'office des lois impératives résultait déjà, en réalité, de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la recevabilité des moyens nouveaux soulevés devant elle (sur la question, voy. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction – Iura dicit Curia*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2004, pp. 423 et s.).

l'accord sur la procédure »⁸⁸. Lorsque les parties s'entendent pour demander en justice l'exécution du contrat, le juge ne modifie pas l'objet de la demande en rejetant celle-ci en raison de sa contrariété à l'ordre public mais il applique, tout simplement, les dispositions d'ordre public que les parties ont entendu exclure.

En revanche, le juge ne peut, modifier « l'objet du litige tel qu'il a été délimité par les parties ». En effet, l'obligation du juge « sur ce point, cède le pas au principe dispositif »⁸⁹. Viole donc « le principe de l'autonomie des parties au procès » le juge qui ne se limite pas à « constater » la nullité de la convention et à rejeter les actions tendant à son exécution, mais « déclare » une convention nulle, ordonne « d'office à un huissier de justice de transcrire au bureau de la conservation des hypothèques l'arrêt d'annulation du transfert de propriété en marge des transcriptions faites auparavant de l'acte de vente » et condamne le vendeur au remboursement du prix payé⁹⁰.

III.2. Le pouvoir d'appréciation du juge en matière de nullités

25. La question qui se pose dans la matière des nullités n'est pas tant de savoir si le juge doit soulever d'office la règle de droit qui est applicable aux faits spécialement invoqués (ce principe n'est plus contesté et s'étend aux normes impératives, voire supplétives⁹¹) mais bien de savoir s'il doit, le cas

88. Cass., 28 septembre 2012, *J.T.*, 2013, p. 497 ; *T.B.B.R.*, 2013, p. 235, note T. TANGHE.

89. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction – Iura dicit Curia, op. cit.*, p. 423. H. Motulsky écrivait déjà, il y a cinquante ans, que lorsqu'une partie demande l'exécution d'un contrat contraire à l'ordre public sans que l'autre n'invoque sa nullité : « (...) le juge doit d'office débouter le demandeur par le motif que le contrat est frappé d'une nullité d'ordre public (...) il ne saurait, en revanche, prononcer la nullité de la convention ; car il changerait alors l'objet de la demande, ce à quoi même l'ordre public ne peut pas l'habiliter » (H. MOTULSKY, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *Chron. Dalloz*, 1964, p. 244). Fr. Rigaux écrivait, pour sa part, que l'obligation du juge de soulever d'office toutes les contestations d'ordre public ne vise que l'effet négatif de celui-ci (qui impose au juge d'écarter d'office tout demande, défense ou exception qui lui seraient contraires), le principe dispositif opposant « de sérieux obstacles aux initiatives du juge » sous l'angle de son effet positif (hypothèse où les « faits allégués par les parties révèlent au juge qu'un effet juridique découlant d'une loi impérative ou intéressant l'ordre public n'a pas été expressément postulé par celui qui y avait intérêt »). Dans ce cas, il faut « renverser le rapport de force » entre droit substantiel et droit judiciaire », sous peine de « faire éclater la structure du droit judiciaire » (*La nature du contrôle de la Cour de cassation, op. cit.*, pp. 54-58).

90. Cass., 28 septembre 2012, *J.T.*, 2013, p. 497 ; *T.B.B.R.*, 2013, p. 235, note T. TANGHE. *Contra*, voy. P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, vol. 3, *op. cit.*, p. 961 : « On admet, selon l'analyse actuelle, que le juge doit normalement prononcer la nullité en cas de contestation ». Selon cet auteur, il est donc inutile de distinguer entre constat et prononciation de la nullité.

91. On relèvera d'ailleurs que l'arrêt qui a consacré la théorie factuelle de la cause concernait précisément une affaire dans laquelle le juge n'avait pas soulevé d'office le fondement juridique constitué par les vices de consentement de droit commun que sont l'erreur, le dol ou la lésion

échéant d'office, constater la nullité d'un contrat qui porterait atteinte à une norme d'ordre public.

Une telle obligation, dans le chef du juge, paraît largement acceptée aujourd'hui. P. Van Ommeslaghe estime ainsi que la nullité absolue « doit être soulevée même d'office par le juge »⁹². P. Wéry écrit, pour sa part, que, « lorsque la convention blesse l'ordre public ou les bonnes mœurs, le tribunal a le pouvoir, et même le devoir, d'annuler, *ex officio*, la convention, quand bien même aucune des parties ne contesterait sa validité »⁹³.

M. Dupont estime, pour sa part, que cette obligation du juge de prononcer d'office la nullité de l'acte entaché d'une cause de nullité absolue est « de doctrine et de jurisprudence constante »⁹⁴. Si l'unique référence jurisprudentielle faite par cet auteur est, certes, exacte⁹⁵, les trois références doctrinales nous paraissent, en revanche, quelque peu détournées. Sur la question de la nullité absolue, De Page écrivait seulement que « le juge *peut* la prononcer même d'office »⁹⁶, tout comme Cl. Renard et E. Vieuxjean⁹⁷ ainsi que V. Bastiaen et G. Thoreau⁹⁸. La thèse de l'obligation dans le chef du juge n'a donc, manifestement, pas toujours été présentée avec autant d'évidence⁹⁹. Or, il existe un monde de différence entre un pouvoir et un devoir.

qualifiée, vices qui ne peuvent donner lieu qu'à une nullité relative (Cass., 14 avril 2005, *J.T.*, 2005, p. 659, note J. VAN COMPERNOLLE ; *J.L.M.B.*, 2005, p. 856, note G. DE LEVAL).

92. P. VAN OMMEFLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 362 et 371.

93. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 319. Dans le même sens, voy. T. TANGHE, « De rechter kan een overeenkomst niet ambtshalve vernietigen », note sous Cass., 28 septembre 2012, *T.B.B.R.*, 2013, p. 236 ; T. VANDROMME, « De gevolgen van woningkwaliteitsgebreken op de huurovereenkomst : een poging tot synthese and verduidelijking », *op. cit.*, p. 205 ; E. VAN DEN HAUTE et R. HARDY, « Le juge doit-il soulever d'office la nullité relative d'un contrat, d'une clause contractuelle ou d'un acte ? », in *Liber Amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 601.

94. M. DUPONT, « Nullité absolue et nullité relative », *op. cit.*, p. 59.

95. Liège, 3 février 1999, *R.G.D.C.*, 2001, p. 559 : « Si le juge est tenu de prononcer la nullité d'un contrat contraire à l'ordre public ou, a tout le moins, d'en refuser l'exécution, soit à la demande d'une partie, soit d'office, il conserve, au niveau des restitutions éventuelles et à propos de l'application de l'adage in pari causa turpitudinis cessat repetitio, un véritable pouvoir d'appréciation ».

96. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, p. 761, n° 789.

97. Cl. RENARD et E. VIEUXJEAN, « Nullité, inexistance et annulabilité en Droit civil belge », *op. cit.*, p. 280 : « la nullité absolue d'ordre public *peut* être invoquée par le ministère public, représentant de la société, et le juge peut la prononcer d'office » (nous soulignons).

98. V. BASTIAEN et G. THOREAU, « Les nullités en droit civil », in *Les nullités en droit belge. Sanction du vice et conséquences*, Actes du colloque organisé le 7 juin 1991 par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège, Liège, Éd. Jeune Barreau, 1991, p. 80.

99. Plus récemment, voy. H. JACQUEMIN, « La nullité comme sanction de l'inobservation du formalisme contractuel », in *La nullité des contrats*, coll. Commission Université-Palais, vol. 88, Bruxelles, De Boeck-Larcier, 2006, p. 119. Il écrit, en ce qui concerne la nullité absolue : « Le juge peut également prononcer la nullité d'office ». En France, voy. M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 396 (« (...) lorsque la nullité touche à l'ordre public, le juge a le pouvoir de la soulever d'office (...) »).

26. Une partie de la doctrine suggère déjà une approche plus nuancée que celle de l'automatisme de la nullité absolue. À la suite de R. Japiot¹⁰⁰, Cl. Renard et E. Vieuxjean se demandaient s'« il ne fallait pas, dans certains cas, protéger l'apparence de droit » et « restreindre le droit de critique ou soustraire partiellement ou même totalement l'acte vicié ou ses conséquences à l'action de la nullité ? »¹⁰¹. Plus récemment, M. Von Kuegelgen suggérait de tenir, dans certains cas, la nullité en échec par application de la théorie de l'apparence et ce, pour des raisons de sécurité juridique et de confiance légitime¹⁰².

Dans le même ordre d'idées, D. Déom invite le juge, avant de prononcer d'office la nullité, à vérifier si une infraction urbanistique ne concerne pas qu'un aspect accessoire ou partiel du bien, auquel cas une telle sanction ne s'imposerait pas nécessairement¹⁰³. Il pourrait en aller ainsi, par exemple, lorsque seule l'annexe d'un bien donné en location a été construite sans permis.

27. L'essentiel du pouvoir d'appréciation du juge en la matière nous paraît toutefois résulter d'une lecture renouvelée de la notion de nullité virtuelle. On l'a vu, dès le XIX^e siècle et hormis la matière du mariage, des exceptions à la règle « pas de nullité sans texte » étaient admises. Telle est l'explication de la distinction entre les nullités textuelles et virtuelles, déjà présente chez Aubry et Rau¹⁰⁴ : alors que les premières sont explicitement prévues par le texte légal, les autres sont déduites, par interprétation, à partir de celui-ci¹⁰⁵. Dans son célèbre ouvrage, R. Japiot écrivait que la nullité pouvait être appliquée « même en l'absence de texte qui l'édicte, sauf (...) si elle semble trop mal adaptée au milieu où elle aurait à fonctionner : mieux vaudrait alors tolérer l'efficacité comme un moindre mal »¹⁰⁶.

Cette distinction est largement admise chez nous, même si elle n'est pas toujours bien connue. Selon De Page, la nullité virtuelle résulte, à défaut de texte, « de l'esprit de la loi, en réalité du sens et de la portée de la règle,

100. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., pp. 168-177.

101. Cl. RENARD et E. VIEUXJEAN, « Nullité, inexistance et annulabilité en Droit civil belge », op. cit., p. 265. Voy. déjà, dans le même sens, le *Répertoire pratique de droit belge* (op. cit., p. 19).

102. M. VON KUEGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », in P.-A. FORIERS (dir.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, p. 610.

103. D. DEOM, « Les baux et le droit de l'urbanisme », op. cit., p. 67.

104. Cl. RENARD et E. VIEUXJEAN, « Nullité, inexistance et annulabilité en Droit civil belge », op. cit., pp. 253-254.

105. C'est en ce sens que H. Jacquemin préfère parler de nullité « prétorienne » plutôt que « virtuelle » (H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 449).

106. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 41.

analysés par le juge en fonction de l'institution à laquelle la règle violée s'applique, et du sens et de la portée générale de notre législation »¹⁰⁷. Le *Répertoire pratique de droit belge* confirmait la possibilité d'une nullité virtuelle si le but de la règle l'exigeait mais à condition qu'elle ne soit pas trop mal adaptée au milieu où elle aurait à fonctionner¹⁰⁸.

Cl. Renard et E. Vieuxjean ont, par la suite, repris cette idée, en écrivant, dans des termes qui font largement écho au texte de Japiot, qu'à défaut de nullité textuelle, le juge prononce la nullité « s'il apparaît, eu égard à la gravité de l'infraction, que le but et le caractère de la règle violée ou la nature des choses requièrent, en raison, le recours à cette sanction », précisant que « l'extension de la nullité virtuelle ne connaît qu'une limite : on se gardera de l'admettre, lorsqu'elle paraît mal adaptée au milieu de fait où elle aurait à opérer ». Selon ces auteurs, en effet, « (m)ieux vaut alors tolérer l'efficacité de l'acte comme un moindre mal, sauf à user d'une autre sanction pour réprimer l'atteinte qu'il porte au droit »¹⁰⁹.

Il est aujourd'hui communément accepté que l'adage « point de nullité sans texte » n'a pas cours en droit civil¹¹⁰. P. Van Ommeslaghe relève qu'« il a été reconnu que des nullités peuvent exister alors même que le législateur ne les a pas expressément prévues et qu'il faut dès lors analyser chaque fois le vice dont la convention est atteinte pour déterminer si ce vice doit être sanctionné par une nullité : ce sont les nullités virtuelles »¹¹¹. J. Hansenne, pour sa part, confirme le pouvoir d'appréciation qui revient au juge en cas de nullité virtuelle : « La loi ne portant généralement pas la sanction de nullité de façon expresse, le juge a un pouvoir assez large pour apprécier si l'importance de la règle, eu égard notamment à l'esprit de la loi, mérite la sanction de la nullité. Considérant alors la nature de la règle et son but, de même que l'importance des intérêts en cause, le juge déterminera le caractère de cette nullité »¹¹². En d'autres termes, la nullité virtuelle rompt le caractère automatique qui unit, traditionnellement, le constat de la violation d'une norme d'ordre public (ou impérative) et la sanction de la nullité. Le juge doit, en effet, tenir compte

107. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, 1964, p. 758, n° 785.

108. *R.P.D.B.*, v° « Nullité », p. 6.

109. Cl. RENARD et E. VIEUXJEAN, « Nullité, inexistance et annulabilité en Droit civil belge », *op. cit.*, p. 268 : « Il en sera ainsi notamment, (...) quand les parties ont négligé l'accomplissement de formalités substantielles, c'est-à-dire indispensables à la réalisation des fins que le législateur s'est proposé d'atteindre ».

110. V. BASTIAEN et G. THOREAU, « Les nullités en droit civil », *op. cit.*, p. 37. Cet adage conserve toute son actualité en droit judiciaire ou en droit pénal.

111. P. VAN OMMEFLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, vol. 3, *op. cit.*, pp. 966-967.

112. J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, Diegem, Kluwer, 2000, p. 341. Dans le même sens, voy. M. VON KUEGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », *op. cit.*, p. 609. Cet auteur limite toutefois, sans s'en expliquer, le pouvoir d'appréciation du juge aux règles protégeant des intérêts privés. Si la règle concerne l'ordre public, écrit-elle, « la sanction doit être soulevée d'office et ne peut par ailleurs (...) faire l'objet de confirmation » (*idem*).

non seulement de la nature et du but de la règle, mais également du milieu dans lequel elle doit opérer ainsi que des intérêts en cause.

Comme le relève P. Wéry, la jurisprudence du fond n'est toutefois pas très abondante sur la question¹¹³. La Cour de cassation, dans un arrêt du 26 mai 2006, a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles qui avait conclu, un peu vite, à la nullité d'un contrat en raison du non respect de certaines formalités prévues par la loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages. Selon la haute juridiction, en effet, les formalités prévues par ces dispositions tendent à protéger les intérêts du voyageur et leur « non-respect *peut* entraîner une nullité relative que le juge *apprécie* selon la *gravité de l'atteinte* portée à ces intérêts »¹¹⁴. La référence à la gravité de l'atteinte à l'intérêt protégé rappelle l'ancien critère pris de la gravité du vice mais, surtout, évoque à nouveau une appréciation en termes de proportionnalité.

28. Curieusement, le fait que plusieurs règles du Code civil relatives à la formation des contrats ne précisent pas la sanction qui résulte de leur violation n'a guère retenu l'attention doctrinale. La question n'est, pourtant, pas anodine dès lors que, en l'absence de nullité textuelle, le juge dispose d'un réel pouvoir d'appréciation en ce qui concerne la sanction qu'il convient d'adopter.

Certes, l'article 6 du Code civil interdit de déroger, « par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». On cherche en vain, cependant, la sanction qui doit frapper la convention scélérate. Il nous paraît difficile, dès lors, de considérer que la nullité extraite de ce texte serait autre que simplement virtuelle¹¹⁵. Il sera objecté que l'atteinte à l'ordre public doit nécessairement être sanctionnée par une nullité absolue. Il s'agit cependant d'une pétition de principe et la matière du bail témoigne à suffisance des conséquences absurdes qu'elle peut engendrer¹¹⁶.

113. P. WÉRY, « La nullité des contrats d'organisation de voyages et d'intermédiaire de voyages pour méconnaissance des formalités légales », note sous Cass., 26 mai 2006, *R.G.D.C.*, 2007, p. 482.

114. Cass., 26 mai 2006, *R.G.D.C.*, 2007, p. 479 (nous soulignons).

115. En ce sens, voy. M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 393 (nous soulignons) : « Au contraire, dans un système de nullités virtuelles, les juges peuvent annuler un acte même sans texte exprès en ce sens. En droit des contrats, des dispositions comme l'article 6 du Code civil sont si larges qu'elles *permettent* aux juges de prononcer la nullité d'un contrat même sans texte spécifique. Les juges ne sont à l'inverse liés que si un texte spécial prévoit expressément la nullité du contrat conclu en contravention de certaines dispositions (...) ».

116. En outre, plusieurs auteurs relèvent que nullité absolue et ordre public ne coïncident pas nécessairement (A. POSEZ, « La théorie des nullités. Le centenaire d'une mystification », *op. cit.*, p. 667 ; V. BASTIAEN et G. THOREAU, « Les nullités en droit civil », *op. cit.*, p. 78). Ces auteurs citent ainsi les règles relatives aux incapacités qui sont d'ordre public alors que leur sanction consiste en une nullité relative. On relèvera par ailleurs que la violation de l'ordre public par

Lorsque l'on examine les conditions de validité du contrat (à l'exception de celle, qui ne nous intéresse pas ici, de la capacité), on constate que seules les dispositions relatives au consentement et à la cause peuvent être qualifiées de nullités textuelles.

L'article 1110, alinéa 1^{er} du Code civil dispose que l'erreur « n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet » et l'article 1116, alinéa 1^{er} que le « dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté ». Si les nullités que ces dispositions consacrent sont, indubitablement, textuelles, il n'est toutefois pas contesté qu'elles sont relatives dès lors qu'elles accompagnent des règles qui protègent essentiellement des intérêts privés. La partie dont les intérêts sont protégés peut donc renoncer à se prévaloir d'une telle nullité.

L'article 1131 du Code civil dispose que l'obligation sans cause ou qui repose sur une cause fausse ou illicite « ne peut avoir aucun effet ». On pourrait sans doute ergoter sur la signification de ces termes mais il n'est pas déraisonnable de les interpréter comme consacrant une nullité textuelle. Il faudrait encore préciser que si la cause est contraire à une loi impérative, la nullité ne sera, logiquement, que relative. L'article 1133 du Code civil, en effet, précise que la cause illicite est celle qui est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public mais également celle qui est prohibée par la loi. Quoiqu'il en soit, il résulte des considérations qui précèdent que le juge ne dispose pas, en cas de cause illicite, de la même marge d'appréciation qu'en cas de nullité virtuelle et qu'il doit prononcer la nullité, si une partie lui demande, ou constater celle-ci, dans le cas contraire (si la cause est illicite en raison de sa contrariété à l'ordre public)¹¹⁷.

En revanche, si on examine les dispositions du Code civil relatives à l'objet du contrat, force est de constater qu'elles se contentent d'indiquer ce qui peut, ou non, faire l'objet d'une obligation et demeurent, pour le moins, discrètes en ce qui concerne les sanctions. La seule disposition qui peut nous être utile à cet égard est l'article 1128 qui stipule que seules « les choses qui sont dans le commerce » peuvent « être l'objet des conventions ». Plusieurs

une convention n'impose pas sa nullité lorsqu'il est possible de la requalifier de façon à la rendre licite (Cass., 25 septembre 2000, *Pas.*, I, p. 491).

117. En réalité, une action en justice qui tendrait à l'exécution d'un contrat de bail dont la cause est illicite pourrait être arrêtée au stade de la recevabilité. Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a rappelé que, en vertu de l'article 17 du Code judiciaire, une action en justice ne peut être admise si le demandeur n'a pas un intérêt légitime pour la former, ce qui est le cas lorsque cette action tend au maintien d'une situation illicite ou à l'obtention d'un avantage illicite. Elle en a conclu qu'une action en justice qui tend à l'exécution d'une convention dont la cause est illicite ou à l'indemnisation du dommage du fait de sa résiliation, est irrecevable (Cass., 14 décembre 2012, *Pas.*, I, n° 2500).

auteurs y voient la base légale de l'exigence selon laquelle, pour que l'obligation soit valable, il faut que son objet soit licite¹¹⁸. Il s'agit toutefois d'une interprétation que n'impose pas le texte légal de façon indiscutable, comme le souligne implicitement P. Van Ommeslaghe lorsqu'il écrit que la validité des conventions est « subordonnée au caractère licite de leur objet et de leur cause », selon « les articles 6, 1108, 1128 (*tel qu'il est interprété*), 1131 et 1133 du Code civil »¹¹⁹. Nulle trace dans l'article 1128 du Code civil de la sanction qui devrait frapper la convention portant sur un objet qui est hors commerce.

Un arrêt de la Cour de cassation du 29 avril 2011 témoigne de la difficulté d'extraire la sanction de nullité des dispositions du Code civil relatives à l'objet, en ce qu'il opère un glissement discutable de l'objet vers la cause illicite. Après avoir rappelé qu'en « vertu de l'article 6 du Code civil, on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » et que « suivant les articles 1131 et 1133 du même code, les obligations ne peuvent avoir aucun effet quand leur *cause* est prohibée par la loi, ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public », la Cour a décidé que les juges d'appel avaient pu considérer que le contrat d'agence violant une loi d'ordre public avait « un *objet* illicite » et qu'ils avaient « ainsi justifié légalement leur décision que ledit contrat doit être déclaré nul »¹²⁰.

Une telle décision pourrait faire l'affaire des anti-causalistes, qui considèrent que la cause s'identifie, dans un contrat synallagmatique, à la contre-prestation du cocontractant, donc à l'objet des obligations de ce dernier. Cette interprétation a toutefois été démentie dans un arrêt plus récent du 28 novembre 2013, dans lequel la Cour de cassation a clairement marqué la différence entre cause et objet : « En vertu de l'article 1131 du Code civil, l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. Une convention ayant un objet illicite est nulle en vertu de l'article 6 du Code civil »¹²¹. Si cette formulation a le mérite de la clarté, elle révèle cependant l'inconfort de la Cour de cassation, qui ne bénéficie pas de la nullité textuelle de l'article 1131 du Code civil pour sanctionner l'objet illicite de l'obligation. Or, on l'a vu, pas plus que celle de l'article 1128, l'interdiction comminée par l'article 6 du Code civil n'énonce

118. O. DELOGNE, « Le contrat d'assurance incendie sous le prisme de la théorie de l'objet illicite : jurisprudence récente de la Cour de cassation », *op. cit.*, n° 14117 et les références citées ; M. DUPONT, « Nullité absolue et nullité relative », *op. cit.*, p. 49. Voy. toutefois l'arrêt de la Cour de cassation du 28 novembre 2013 ci-après.

119. P. VAN OMMEFLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, vol. 1, *op. cit.*, p. 357 (nous soulignons).

120. Cass., 29 avril 2011, *Pas.*, I, n° 1203 (nous soulignons).

121. Cass., 28 novembre 2013, *Pas.*, 2013, I, pp. 2399-2400.

la sanction qui doit lui être attachée, de sorte que ces dispositions ne peuvent être interprétées autrement que, le cas échéant, comme consacrant une nullité virtuelle.

Il nous paraît par conséquent que, contrairement à ce qu'affirme la Cour de cassation et à ce qui est largement enseigné par la doctrine et relayé par la jurisprudence, l'objet illicite ne doit pas nécessairement entraîner la nullité de la convention mais que le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation en la matière.

F. Mourlon Beernaert relève du reste que les auteurs du Code civil n'avaient pas en vue de poser la licéité de l'objet comme condition de validité des conventions¹²². Outre l'argument de texte et l'explication historique, une telle différence avec la cause illicite nous paraît se justifier dans la conception subjectiviste qui parcourt notre ordre juridique, que ce soit en droit pénal ou en droit civil. Comme la faute pénale, la faute extracontractuelle requiert tant un élément objectif, soit un acte objectivement illicite, que subjectif, à savoir l'imputabilité de cet acte à son auteur¹²³. Il n'est pas déraisonnable, dans ce cadre, de justifier la différence opérée, au niveau de la sanction du contrat, entre le cocontractant qui a conclu à des fins illicites et celui qui a, de façon involontaire, créé ou maintenu une situation illicite par son engagement contractuel¹²⁴.

29. Confronté à une cause de nullité de l'obligation en raison de l'illicéité de son objet, le juge doit, donc, opérer en deux temps. Il doit d'abord déterminer, pour reprendre les termes de Cl. Renard et E. Vieuxjean, « si l'infraction est suffisamment grave et la règle violée suffisamment importante pour justifier l'annulation de l'acte ». Cela signifie qu'il doit déterminer si la norme violée relève de l'ordre public ou est simplement impérative et, par conséquent, si le contrat de bail est annulable en raison de l'illicéité de son objet. Dans un second temps, « il doit encore définir le régime de la nullité, eu égard au but et à la nature de la norme enfreinte et compte tenu du milieu de fait où doit

122. F. MOURLON BEERNAERT, « La théorie de l'objet illicite à la lumière de la théorie (moderne) de la cause », *op. cit.*, p. 362.

123. Cass., 31 janvier 1944, *Pas.*, 1944, I, p. 178 ; Cass., 3 octobre 1994, *Pas.*, I, p. 788 ; X. THUNIS, « Théorie générale de la faute », in *Responsabilités, traité pratique et théorique*, 2000-2006, liv. 20bis, p. 5, n° 1 ; B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », obs. sous Cass., 26 juin 1998, *R.C.J.B.*, 2001, p. 33, n° 7 ; Th. LÉONARD, « Faute extra-contractuelle et juridictions commerciales : principes et plaidoyer pour un retour à une vision unitaire de la faute », *R.D.C.*, 2013, p. 958.

124. T. Vandromme suggère, *de lege ferenda*, l'introduction d'un élément moral dans l'appréciation des nullités. Seul le bailleur qui met un bien non conforme aux exigences élémentaires de salubrité, de sécurité et d'habitabilité de façon intentionnelle ou négligente se verrait sanctionné par la nullité du bail (T. VANDROMME, « De gevolgen van woningkwaliteitsgebreken op de huurovereenkomst : een poging tot synthese and verduidelijking », *op. cit.*, pp. 211-212).

opérer la sanction »¹²⁵. Il ne peut donc faire abstraction du régime très spécifique du contrat de bail et, de façon plus générale, des enjeux et difficultés propres au droit du logement ainsi qu'aux intérêts des parties et des tiers¹²⁶.

Un tel raisonnement revient donc à découpler la question de la violation de la disposition d'ordre public du caractère automatique de la sanction de nullité absolue. Alors que la première doit être soulevée d'office par le juge, dans le respect des droits de la défense¹²⁷, la sanction de nullité ne devrait être retenue qu'après l'examen précité de la pertinence d'une telle sanction, eu égard au but et à la nature de la règle, au milieu dans lequel la sanction est amenée à opérer et aux intérêts en cause. On rappellera à cet égard que la notion d'abus de droit s'applique également lorsque le droit visé est d'ordre public ou impératif¹²⁸.

30. Transposé à la matière du bail, le juge se verrait donc investi, sauf en cas de nullité textuelle, d'un véritable pouvoir d'appréciation quant à la sanction à apporter à une violation, par l'objet du contrat, d'une norme régionale d'urbanisme ou de qualité du logement. La solution n'est pas différente si l'on considère que ces normes constituent, à côté des quatre conditions de validité du contrat et du non respect d'exigences de forme substantielles ou prescrites à peine de nullité, une troisième source de nullité, à savoir des « dispositions essentielles à la validité de la formation du contrat »¹²⁹. En effet, sous réserve d'une exception¹³⁰, les normes régionales qui font l'objet de notre étude ne prévoient pas la sanction de la nullité du contrat en cas de non respect de leurs dispositions. C'est, du reste, ce qui avait permis à la Cour constitutionnelle de considérer que l'exigence d'un permis de location imposée par le Code wallon du logement ne posait pas de problème de répartition

125. Cl. RENARD et E. VIEUXJEAN, « Nullité, inexistence et annulabilité en Droit civil belge », *op. cit.*, p. 284.

126. V. BASTIAEN et G. THOREAU, « Les nullités en droit civil », *op. cit.*, p. 57 : « La première question n'est donc pas de savoir si telle disposition est d'ordre public ou impérative, mais quel est, au moment où la question est posée, le but fondamental poursuivi par le législateur et quelle est en conséquence la sanction adéquate ».

127. Pour une proposition similaire, mais en ce qui concerne les règles de droit impératif, voy. J. VAN ZUYLEN, « L'ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux », *op. cit.*, p. 129.

128. Cass., 22 septembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 491. Voy. également : M. VON KUEGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », *op. cit.*, p. 610 : « que la sanction soit ou non expressément prévue par un texte, le juge conserve en principe le pouvoir d'apprécier si l'exercice de son droit par le demandeur à l'action n'est pas affecté d'un abus ».

129. P. VAN OMMESELAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, vol. 3, *op. cit.*, p. 964.

130. L'article 308, alinéa 4 du CoBAT prévoit, à titre de sanction du non-respect des règles d'urbanisme, que « (à) la demande des acquéreurs ou des locataires, le tribunal peut annuler aux frais du condamné, le titre d'acquisition ou de location, sans préjudice du droit à l'indemnisation à charge du coupable ».

de compétences au regard de l'article 2 de la loi du 20 février 1991¹³¹. Il s'agit donc, comme pour l'objet de l'obligation, de nullités virtuelles.

Par exemple, il nous paraît que l'absence de permis de location lors de la conclusion d'un contrat de bail, bien qu'elle soit imposée par les articles 9 et 10 du Code wallon du logement, ne doit pas nécessairement être sanctionnée par la nullité du contrat de bail¹³². Si on peut, le cas échéant, envisager une sorte de présomption de non conformité du bien aux normes élémentaires de sécurité, de salubrité et d'habitabilité, cette présomption devrait être considérée à tout le moins comme étant réfragable. Le bailleur pourrait alors démontrer que le bien était, en réalité, conforme à ces exigences de sorte que, même s'il est incontestable que la conclusion du contrat a créé une situation illicite (la mise en location d'un logement sans permis), la sanction de la nullité ne serait pas, en l'espèce, opportune¹³³.

De même, en présence d'un contrat de bail qui porterait sur un immeuble construit sans permis (le maintien de tels travaux constituant une infraction), le juge pourrait déterminer que la nullité n'est pas une sanction adéquate dans l'hypothèse où la situation urbanistique aurait, entretemps, été régularisée.

31. Cet exemple nous amène à examiner brièvement un des derniers bastions du régime des nullités absolues, à savoir l'impossibilité de confirmer une telle nullité. La confirmation est un « *acte de volonté en vertu duquel on renonce au droit de demander la nullité d'un acte irrégulier* »¹³⁴. Il s'agit donc d'une manifestation particulière de la renonciation qui, comme celle-ci, s'analyse en un acte unilatéral, volontaire et abdicatif¹³⁵. Pour qu'il y ait confirmation, l'auteur ne doit plus être sous l'empire du vice affectant l'obligation

131. Elle a, en effet, constaté que le Code du logement, en ce qu'il ne prévoyait que des sanctions de nature administrative et pénale, ne réglait « que les rapports entre le bailleur et l'autorité publique et qu'il ne pouvait en être déduit que l'article 2, alinéa 4, de la loi du 20 février 1991 aurait été modifié, fût-ce implicitement, par le législateur décrétoal wallon » (B.3). Sans doute, poursuit la Cour, « le juge de paix devra-t-il apprécier si l'absence de permis est de nature, soit à entraîner la nullité du bail, soit à vicier le consentement du preneur, soit à justifier la résiliation (sic) du bail, soit encore à fonder la condamnation du bailleur à satisfaire aux exigences du Code wallon », mais « il s'agit là d'une application des règles du droit des obligations et de la législation sur le bail de résidence principale et non d'une application du décret » (C. const., 14 mai 2003, J.T., 2003, pp. 681-682, point B.3).

132. *Contra*, J.P. Tournai, 4 septembre 2001, J.L.M.B., 2002, p. 513.

133. Dans le même sens, plusieurs auteurs s'accordent sur le fait que, si une décision administrative d'inhabitabilité n'a toujours pas été levée alors que le bien a, entretemps, été remis aux normes, le contrat signé n'est pas nul car c'est la situation de fait qui doit primer (voy. M. DAMBRE, « Hoe nuttig is nietig ? Bedenkingen bij de nietigverklaring van een huurcontract wegens een inbreuk op gewestelijke kwaliteitsnormen », *op. cit.*, p. 121 ; T. VANDROMME, « De gevolgen van woningkwaliteitsgebreken op de huurovereenkomst : een poging tot synthese and verduidelijking », *op. cit.*, p. 206).

134. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, p. 764, n° 794.

135. J. VAN ZUYLEN, « L'ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux », *op. cit.*, p. 118.

confirmée, il doit agir en connaissance de cause et sa volonté de confirmer doit être certaine¹³⁶. Il est largement admis que les nullités absolues ne sont pas susceptibles de confirmation¹³⁷, celle-ci n'étant permise que pour les nullités relatives.

Il conviendrait de réfléchir au caractère radical de cette interdiction, qui n'est, à nouveau, pas imposée par les textes. R. Japiot, qu'on associe à la consécration de la théorie moderne des nullités, écrivait déjà que « toutes les nullités comportant attribution de droits de critique, elles sont toutes susceptibles de confirmation, parce que tout individu peut en principe librement disposer de ses droits »¹³⁸. Certes, il reconnaissait qu'il en allait différemment en cas de contrariété à l'ordre public mais il défendait l'idée intéressante d'une « mobilité de l'ordre public ». Selon lui, « toutes les nullités, après avoir été d'ordre public au sens de l'article 6, sont susceptibles de perdre plus ou moins complètement ce caractère et de tolérer des confirmations », de sorte que « la nullité sera d'ordre public au sens de l'article 6, *pendant la période et dans la mesure où l'exigera le but de la nullité* »¹³⁹. Tel pourrait être le cas en raison notamment de « changements intervenus dans le milieu », qu'ils soient d'ordre juridique ou factuel. Dans ce cas, l'intérêt général « exigera que la nullité soit considérée comme étant d'ordre social jusqu'à l'événement d'un fait nouveau tel que l'acte, *s'il eût été passé après ce fait nouveau, sans autre modification de ses éléments, eût été valable* »¹⁴⁰.

À sa suite, d'autres auteurs estiment qu'il peut arriver que « l'intérêt général cesse de commander l'annulation de sorte qu'une confirmation peut alors intervenir »¹⁴¹ ou que « le but d'intérêt général qui s'opposerait à sa couverture aurait disparu »¹⁴². N'est-il pas envisageable de considérer que tel puisse être le cas lorsqu'une régularisation, juridique ou factuelle, est

136. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat. Étude d'une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d'égalité*, op. cit., p. 172.

137. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, op. cit., p. 760, n° 789 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, op. cit., p. 322 ; P. VAN OMMESELAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, vol. 1, op. cit., p. 361 ; J. VAN ZUYLEN, « L'ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux », op. cit., p. 118.

138. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., p. 716. Selon M. Fabre-Magnan, « En vertu de la théorie moderne, si la distinction entre nullité absolue et relative est maintenue, leurs régimes respectifs sont moins rigides : il serait ainsi théoriquement possible de confirmer un acte atteint de nullité absolue, c'est-à-dire de le réparer, ce que n'autorisait pas la théorie classique » (M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, op. cit., p. 397).

139. *Ibid.*, p. 749.

140. *Ibid.*, pp. 760-763.

141. V. BASTIAEN et G. THOREAU, « Les nullités en droit civil », op. cit., p. 89 et les références citées. Dans leur ouvrage sur la formation du contrat, J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet rappellent la thèse de René Japiot mais hésitent toutefois à s'y rallier (*La formation du contrat*, t. II, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 2013, pp. 1158 et s.).

142. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat. Étude d'une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d'égalité*, op. cit., p. 170 et les références citées.

intervenue, de sorte que le bien loué est devenu conforme aux normes régionales ? Une telle solution, qui ne permet certes pas de garantir les droits (souvent virtuels) des tiers, présente l'avantage de ne pas devoir recourir au mécanisme, quelque peu artificiel, de la réfection¹⁴³.

III.3. L'option du locataire dans le bail de résidence principale

32. Les lignes qui précèdent font, incontestablement, la part belle au pouvoir du juge. Il existe cependant un tempérament important à cette marge d'appréciation lorsque, dans le cadre d'un bail de résidence principale, les normes régionales de sécurité, de salubrité et d'habitabilité sont en jeu.

L'article 2 de la loi du 20 février 1991 de la loi sur les baux de résidence principale offre en effet au locataire l'option de choisir, lorsque le bien loué ne répond pas, lors de son entrée en jouissance, à ces exigences minimales, entre la résolution¹⁴⁴ du contrat et l'exécution de travaux de mise en conformité.

33. Si l'on s'en tient à la conception rigide des nullités, il pourrait être considéré que le caractère d'ordre public des dispositions régionales couplé à l'obligation, dans le chef du juge, de soulever d'office la nullité absolue aurait pour effet de vider de sa substance l'option offerte par l'article 2 de la loi du 20 février 1991¹⁴⁵.

Y. Merchiers invite le juge à être « circonspect pour prononcer une nullité d'office si le preneur ne la requiert pas, et très certainement si le preneur exige l'exécution des travaux nécessaires à mettre le bien en conformité non seulement avec la norme fédérale, mais également avec une norme régionale, par application de l'article 2 de la loi sur le bail de résidence principale »¹⁴⁶. L. Tholomé et C.-E. de Frésart estiment, pour leur part, « que la sanction

143. Sur ce mécanisme, voy. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat. Étude d'une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d'égalité*, *op. cit.*, pp. 168 et s.

144. Le texte parle, de façon impropre, de résiliation.

145. En ce sens, voy. T. VANDROMME, « De gevolgen van woningkwaliteitsgebreken op de huurovereenkomst : een poging tot synthese and verduidelijking », *op. cit.*, p. 206 (« (...) het sanctiemecanisme van art. 2 Woninghuurwet niet toegepast zal kunnen worden »). Comme le relève N. Bernard, « l'option assurément « humaine » (résolution judiciaire ou, au choix, maintien dans les lieux avec exécution en nature) aménagée par le législateur fédéral au bénéfice du locataire confronté à un problème de salubrité pourrait bien, si l'on suit jusqu'au bout la logique de l'intégration du donné régional dans la législation sur les baux de résidence principale, ne plus trouver à s'appliquer, ce qui constituerait une régression certaine (du point de vue de la protection des locataires notamment) » (N. BERNARD, « Règles régionales de salubrité, logement social et droit au logement : développements récents », *op. cit.*, pp. 267-355). Le problème réside surtout dans la privation, pour le locataire, de la possibilité de demander l'exécution de travaux dès lors que nullité et résolution auront souvent, au bout du compte, les mêmes conséquences (les juges ayant tendance à reconnaître une indemnité d'occupation en cas de nullité, souvent évaluée par rapport au montant des loyers).

146. Y. MERCHIER, « Bail de résidence principale », *op. cit.*, n° 55.

de la nullité ne doit pas toujours être appliquée dans la mesure où l'objectif poursuivi par la loi peut être atteint autrement, notamment via le régime des sanctions instauré par l'article 2 de la loi ou par le droit commun »¹⁴⁷. Selon le Tribunal de première instance de Bruxelles, la jurisprudence « fait régulièrement application de cette *faculté* laissée au juge de prononcer la nullité du bail lorsque le bien loué est frappé par un arrêté d'inhabitabilité pour infraction à la norme régionale d'ordre public »¹⁴⁸.

Un tel pouvoir d'appréciation semble, à première vue, ne pouvoir se justifier qu'à condition d'adopter notre thèse et être incompatible avec la conception traditionnelle des nullités. En réalité, le problème doit être examiné sous l'angle de l'adage « *lex specialis posterior derogat priori generali* »¹⁴⁹. Le législateur fédéral a, en effet, manifesté son intention de faire une exception au droit commun des nullités en précisant, d'une part, les sanctions attachées au non-respect des normes fédérales de salubrité, d'habitabilité et de sécurité (dans sa loi du 13 avril 1997) et en intégrant, d'autre part, les normes régionales en la matière dans l'article 2 de la loi du 20 février 1991 (dans sa loi du 25 avril 2007)¹⁵⁰.

34. L'éventuelle violation d'une norme régionale ne prive donc pas le preneur de la possibilité de se prévaloir du choix que lui offre l'article 2 de la loi sur les baux de résidence principale¹⁵¹ et ce n'est que dans l'hypothèse où il n'en invoque pas le bénéfice que le droit commun des nullités reprend son emprise. Cette option revient donc au seul locataire, et non au juge¹⁵².

147. L. THOLOMÉ et C.-É. DE FRÉSART, « L'état du bien loué et le bail de rénovation », in *La défédéralisation du bail d'habitation : quel(s) levier(s) pour les Régions*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 42. Ils considèrent qu'il « n'est pas souhaitable d'enclencher la nullité en présence de manquements mineurs, auxquels pourraient (plus ou moins) aisément remédier des travaux ».

148. Civ. Bruxelles (75^e ch.), 2 mai 2014, R.G. n° 2011/7266/A, inédit.

149. Qui ne constitue certes pas un principe général de droit (Cass., 8 juin 2000, *Pas.*, I, n° 349).

150. Dans le même sens, voy. Corr. Louvain, 19 janvier 2011, *J.J.P.*, 2012, p. 187 ; M. DAMBRE, « Hoe nuttig is nietig ? Bedenkingen bij de nietigverklaring van een huurcontract wegens een inbreuk op gewestelijke kwaliteitsnormen », *op. cit.*, p. 122 ; M. DAMBRE, « Nietigheid huurcontract by inbreuk op kwaliteitsnormen : mogelijk, wenselijk en wat zijn de gevolgen ? », *op. cit.*, p. 254. On l'a vu, la Cour constitutionnelle a également considéré que le Code du logement wallon, en ce qu'il ne prévoit que des sanctions de nature administrative et pénale, ne règle « que les rapports entre le bailleur et l'autorité publique » et il ne peut « en être déduit que l'article 2, alinéa 4, de la loi du 20 février 1991 aurait été modifié, fût-ce implicitement, par le législateur décentralisé » (C. const., 14 mai 2003, *J.T.*, 2003, pp. 681-682, point B.3).

151. Voy. en ce sens, J.P. Etterbeek, 22 juin 2009, *J.J.P.*, 2011, p. 397, note critique V. DEFRAITEUR. Le juge de paix a pris en considération la demande de « résiliation » du preneur alors qu'il était manifeste que des normes régionales avaient été violées.

152. À condition toutefois que, si le locataire opte pour les travaux, ceux-ci soient susceptibles de permettre la mise en conformité du bien aux normes.

Conclusion

35. Dans un ouvrage fort intéressant consacré à la casuistique, A.R. Jonsen et S. Toulmin relèvent que les problèmes les plus épineux en termes de raisonnement moral surgissent en cas de rencontre de deux principes incompatibles, ou lorsque les bases d'un principe sont ébranlées par l'apparition d'un nouveau cas de figure, rendu possible par des transformations sociales ou des innovations techniques¹⁵³.

La question de l'impact des normes régionales sur le bail fait intervenir deux logiques : d'une part, celle du droit des obligations et, d'autre part, celle des règles de droit public qui s'imposent au propriétaire d'un bâtiment ou régissent « les rapports entre le bailleur et l'autorité publique »¹⁵⁴. Le développement de ces dernières a entraîné la multiplication corrélative de situations de fait qui viennent mettre à l'épreuve la théorie moderne des nullités.

Il est, en effet, incontestable que ces normes régionales intéressent l'ordre public. Doit-on pour autant conclure que tous les contrats de bail qui portent sur des biens violant l'une ou l'autre de leurs dispositions, soit la grande majorité des immeubles du parc locatif, doivent être frappés de nullité absolue ? La jurisprudence n'atteste pas, heureusement, des conséquences désastreuses d'un tel raisonnement. Deux raisons permettent d'expliquer cette situation. D'une part, le contenu de ces normes régionales demeure largement méconnu des praticiens. D'autre part, le juge pourra souvent se retrancher devant l'absence de preuve que le défaut de conformité existait lors de la conclusion du contrat¹⁵⁵ et fonder sa décision sur le plan des obligations contractuelles des parties en cours de bail ou de la théorie des risques. Il convient toutefois d'admettre que, juridiquement et intellectuellement, ce constat n'est guère satisfaisant.

Nous avons tenté de démontrer que le caractère absurde du raisonnement précité n'avait toutefois rien d'inéluctable et qu'une relecture, tantôt affinée, tantôt audacieuse, de notre régime des nullités pouvait permettre de redonner du sens à une sanction dont il ne faut pas oublier que son but « est d'assurer la réalisation des fins de la règle violée » en tenant compte de « la nature des intérêts qu'elle vise à protéger »¹⁵⁶. Il s'agit, en réalité,

153. A.R. JONSEN et S. TOULMIN, *The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning*, Berkeley, University of California Press, 1988, pp. 307-318.

154. Pour reprendre les termes de la Cour constitutionnelle en ce qui concerne les exigences élémentaires de sécurité, salubrité et d'habitabilité (C. const., 14 mai 2003, *J.T.*, 2003, pp. 681-682, point B.3).

155. Une telle conclusion s'avérera plus difficile en l'absence d'état des lieux, en raison de la présomption, certes réfragable, que prévoit l'article 1731 du Code civil.

156. V. BASTIAEN et G. THOREAU, « Les nullités en droit civil », *op. cit.*, 1991, pp. 76-77. M. Dambre estime que la théorie moderne de la nullité exige du juge de la mesure et de

uniquement de revenir à l'esprit de la théorie moderne des nullités, derrière laquelle R. Jafferali pensait deviner « une révolution scientifique à l'oeuvre, qui place désormais les notions d'intérêt et de proportionnalité au coeur du régime de la nullité et implique le passage d'une approche conceptuelle à un raisonnement de type plus fonctionnel »¹⁵⁷.

Il serait sans doute préférable que le législateur clarifie les règles applicables aux nullités. En matière de bail, la balle est, désormais, dans le camp des parlements régionaux.

prendre en compte, outre le but de la règle, les données de la cause, les attentes et les intérêts des parties et des tiers (M. DAMBRE, « Hoe nuttig is nietig ? Bedenkingen bij de nietigverklaring van een huurcontract wegens een inbreuk op gewestelijke kwaliteitsnormen », *op. cit.*, p. 121). C. Cauffman plaide pour qu'on « accorde au juge le pouvoir de remplacer la nullité par une sanction moins drastique et plus appropriée aux données de la cause, aux exigences et intérêts des parties comme des tiers, à la nature et la teneur de la règle enfreinte et à la manière selon laquelle celle-ci agit sur les relations juridiques concernées » (C. CAUFFMAN, « Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité ? », *op. cit.*, p. 422).

157. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat. Étude d'une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d'égalité*, *op. cit.*, p. 174.