

L'objet, la cause et la nullité

JÉRÉMIE VAN MEERBEECK

Conseiller à la cour d'appel de Bruxelles
Professeur invité à l'Université Saint-Louis-Bruxelles

Section 1. L'objet	146
Section 2. La cause	154
Section 3. La nullité	158

1. L'ancien Code civil, puisque c'est ainsi qu'il faut dorénavant l'appeler, n'était guère prolixe sur la question qui nous occupe : l'objet et la cause, qui faisaient l'objet respectivement des sections 3 et 4 du chapitre consacré à la validité des conventions dans le titre III du code, se voyaient consacrer huit articles, alors qu'aucun régime unique et cohérent n'avait été prévu en matière de nullité.

2. Comme souvent, le juriste n'avait donc d'autre choix que de se tourner vers la jurisprudence et la doctrine pour comprendre un peu mieux le régime de deux des quatre conditions jugées essentielles à tout contrat, ainsi que les conséquences susceptibles de dériver de l'absence de l'une d'entre elles. Il faut reconnaître au projet le tour de force d'avoir réussi à préserver en le codifiant cet héritage construit sur plus de deux siècles, tout en proposant quelques innovations bienvenues, voire audacieuses.

3. La présente contribution n'a pas l'ambition de faire un exposé exhaustif sur l'état du droit positif relatif aux questions traitées. Elle tend, plus modestement, à mettre en évidence tant les éléments de continuité que de nouveauté, qui sont contenus dans la loi et qui vont imposer aux praticiens et aux professeurs de droit de se familiariser avec ces profonds remaniements, qu'ils soient de fond ou de forme.

SECTION 1. L'OBJET

§ 1. Considérations générales

4. L'article 1126 de l'ancien Code civil dispose que tout contrat « a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire ». On y retrouve la distinction classique, qui remonte au droit romain, entre les obligations de *dare*, de *facere* et de *non facere* (1).

5. Le nouvel article 5.46 reprend, selon les travaux préparatoires, cette disposition « en y ajoutant quelques éléments » (2). Le premier consiste à souligner que, si les contrats visent toujours à faire naître entre parties

(1) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 29. Voy. égal. art. 1101 de l'ancien Code civil.

(2) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 52 (il s'agit de l'article 5.50 dans la première proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3709/001). Par souci de lisibilité, nous indiquerons sans autre précision la numérotation retenue dans la dernière version telle qu'elle vient d'être adoptée.

des obligations, tel n'est pas nécessairement leur objet exclusif(3). Parmi les autres effets juridiques qui peuvent être recherchés par les parties, les travaux préparatoires évoquent notamment les clauses attributives de compétence, exonératoires, d'arbitrage et de choix du droit applicable. Sont également citées les conventions par lesquelles les parties souhaitent préciser leur relation contractuelle ou, comme dans la transaction, entendent mettre un terme à une contestation qui les oppose(4). L'alinéa 1^{er} du nouveau texte précise donc qu'un contrat « a pour objet les obligations ou les autres effets de droit que visent les parties »(5).

6. On retrouve par ailleurs dans l'alinéa 2 de l'article 5.46 les trois obligations précitées, mais également les obligations qui faisaient défaut dans l'article 1126 et qui consistent à garantir quelque chose(6) : « une obligation a pour objet une prestation qui peut consister à faire ou ne pas faire quelque chose, à donner quelque chose ou à garantir quelque chose ».

7. Enfin, l'alinéa 3 de l'article 5.46 définit, à droit constant, l'obligation de *dare* comme celle qui « tend au transfert d'un droit ou à la constitution d'un droit réel »(7).

§ 2. Les exigences relatives à l'objet

8. À partir des quelques dispositions du Code civil relatives à l'objet de l'obligation, doctrine et jurisprudence avaient déterminé que celui-ci devait, sous peine de nullité, être possible, porter sur une chose dans le commerce, être déterminé ou déterminable et être licite(8).

Les dispositions suivantes du projet visent à rappeler et préciser ces exigences.

a) Un objet possible

9. L'article 5.47 rappelle le truisme selon lequel la prestation « doit être possible ». Les travaux préparatoires précisent que l'impossibilité de

(3) P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *R.T.D. civ.*, 1999, pp. 771-810.

(4) *Ibid.*

(5) Une autre formulation aurait pu être : « a pour objet les obligations et, le cas échéant, les autres effets de droit que visent les parties ».

(6) Les travaux préparatoires donnent l'exemple de l'assureur ou de la caution (proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, préc., p. 52). On se gardera donc de confondre cette catégorie d'obligations avec les obligations dites « de garantie », qui sont en réalité des obligations de résultat renforcées en ce que le débiteur ne peut écarter la présomption de faute même en invoquant une cause étrangère exonératoire.

(7) Sur les obligations de *dare*, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *op. cit.*, p. 30.

(8) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 269.

la prestation « repose sur des raisons matérielles ou sur des motifs juridiques » et qu'elle « s'apprécie au jour de la conclusion du contrat » (9). Le contrat de vente qui porte sur un objet qui a disparu lors de sa conclusion n'est donc pas valide (10).

Conformément au principe selon lequel la validité d'une convention s'apprécie au moment de sa conclusion (11), l'impossibilité d'exécution d'un contrat ne peut donc entraîner sa nullité mais, le cas échéant, déclencher par exemple le régime de la force majeure ou permettre la mise en cause de la responsabilité contractuelle du cocontractant (12).

b) Une chose dans le commerce

10. L'article 5.48 rappelle que l'objet d'une prestation « doit nécessairement être dans le commerce », ce qui constitue une simple reprise du principe qui était déjà énoncé par l'article 1128 de l'ancien Code civil et n'appelle pas de commentaires particuliers (13). Il en va de même du nouvel article 5.50 qui dispose que les « choses futures peuvent être l'objet d'une prestation » et reprend l'article 1130 de l'ancien Code civil (le terme « prestation » ayant toutefois remplacé celui d'« obligation » (14)).

(9) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, préc., p. 53.

(10) Voy. déjà l'art. 1601, al. 1^{er}, de l'ancien Code civil : « Si au moment de la vente la chose vendue était périmée en totalité, la vente serait nulle ».

(11) Cass., 24 septembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1168 ; Cass., 28 novembre 2013, *Pas.*, 2013, I, p. 2399. Ce principe est consacré dans l'article 5.27, al. 2, de la proposition de loi, après le rappel des quatre conditions classiques de validité des conventions : « Les conditions de validité sont appréciées au moment de la conclusion du contrat ».

(12) Les travaux préparatoires renvoient en outre aux articles 5.90 (résolution du contrat) et 5.100 (impossibilité d'exécution). On peut aussi citer le cas de la caducité par disparition de l'objet (voy. les art. 5.113 et 5.265 de la loi). Nous nous permettons sur ces points de renvoyer le lecteur à la contribution de Clément Legrand et Sarah Benzidi.

(13) Sur la notion de chose dans le commerce, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *op. cit.*, pp. 285 et 286. On relèvera au passage la disparition de l'article 1127 de l'ancien Code civil qui précisait que le « simple usage ou la simple possession d'une chose peut être, comme la chose même, l'objet du contrat ». Il est vrai que cette disposition, dont l'enseignement est implicitement repris dans l'article 5.46, n'avait jamais suscité l'intérêt de la doctrine et de la jurisprudence.

(14) La notion de prestation n'est pas définie par le texte mais l'article 5.1 précise son lien avec la notion d'obligation, qui est définie comme « un lien de droit en vertu duquel un créancier peut exiger en justice d'un débiteur l'exécution d'une prestation ». Un contrat a donc pour objet une obligation (à tout le moins), qui a pour objet une prestation. Celle-ci peut constituer en une abstention dans le cas de l'obligation de *non facere*.

c) Un objet déterminé ou déterminable

11. L'article 5.49 nouveau est plus intéressant : il concerne la « détermination » de l'objet et vient codifier l'enseignement relatif à l'article 1129 de l'ancien Code civil qui prévoyait que l'obligation devait avoir « pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce », la « quotité » pouvant être incertaine. L'article 5.49 dispose que la prestation « doit être déterminée, ou au moins déterminable sans qu'un nouvel accord de volontés des parties soit exigé » et précise que la « détermination de la prestation peut, en vertu de la loi, du contrat ou des usages, être confiée à une des parties ou à un tiers déterminé ou déterminable, sauf si la loi l'interdit ».

Il est en effet admis de longue date que la validité d'une convention n'est pas remise en cause par le simple fait que la prestation n'est pas déterminée si elle est néanmoins déterminable sans nouvelle intervention des parties. Dans ce cas, la nature exacte des prestations à effectuer ou le prix à payer sera laissé soit à l'appréciation d'une des parties (*partijbeslissing*), soit à un tiers et ce, sous le contrôle marginal du juge⁽¹⁵⁾. Tel est fréquemment le cas dans le cadre de contrats d'entreprise, à tout le moins pour des prestations de faible importance⁽¹⁶⁾.

d) Un objet licite

12. L'article 5.51 est consacré à l'exigence de licéité de l'objet. Il dispose que la « prestation est illicite lorsqu'elle crée ou maintient une situation qui est contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives ». À nouveau, il s'agit d'une codification de la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle l'objet de l'obligation est illicite si le contrat a pour effet de « créer ou de maintenir une situation illicite »⁽¹⁷⁾. Les travaux préparatoires évoquent le cas de la vente d'un bien mobilier en dehors des heures d'ouverture ou celui de la vente d'un bien immobilier lorsqu'une attestation prescrite par la loi manque lors de la conclusion du contrat, qui ne doivent pas nécessairement être frappés de nullité⁽¹⁸⁾. De

(15) Voy. J.-Fr. GERMAIN, « La fixation unilatérale du contenu du contrat », in J.-Fr. GERMAIN (coord.), *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, pp. 104 et 105. Cet auteur rappelle que l'exigence que l'objet de l'obligation (qui vise bien la prestation) soit déterminé ou déterminable ne concerne que les éléments essentiels du contrat (*ibid.*, p. 89).

(16) B. KOHL, *Le contrat d'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 220.

(17) Cass., 8 avril 1999, *J.L.M.B.*, p. 1720 ; Cass., 14 septembre 2000, *Pas.*, I, n° 470 ; Cass., 19 mai 2005, *Pas.*, I, n° 1065 ; Cass., 17 juin 2007, *T. Straf.*, 2008, p. 447 ; Cass., 4 octobre 2012, *R&J*, 2013, n°s 3-4, p. 235.

(18) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, préc., p. 54 (le texte vise les heures de « fermeture » mais il s'agit manifestement d'une erreur matérielle).

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 et 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 de son objet(19). Nous reviendrons sur ce juste équilibre que le législateur essaie de ménager entre le respect des règles d'ordre public et impératives et la sécurité juridique liée à la validité des contrats(20).

13. Aux nostalgiques de ce qui fut longtemps l'article 6 de l'ancien Code civil(21), qui s'étonneront de ne voir aucune référence aux bonnes mœurs, les travaux préparatoires rétorquent que la nécessité de respecter celles-ci n'a pas disparu mais que la notion est déjà incluse dans celle, plus large, d'ordre public(22). L'interdiction de déroger à l'ordre public était reprise dans l'article 1.3 de la proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, qui précisait que tout acte juridique doit « avoir un objet et une cause licites » afin, comme le précisait les travaux préparatoires, de souligner l'absence d'autonomie de l'ancien article 6 (devenu l'article 2) : « la violation de l'ordre public au moment de la conclusion du contrat ne constitue jamais, à elle seule, une cause de nullité du contrat ; la nullité ne peut résulter selon la doctrine majoritaire que de l'absence d'une des conditions de validité du contrat, par exemple en cas d'objet illicite ou de cause illicite »(23). Suite à un amendement récent, une formule plus large a été retenue (sans viser l'objet et la cause), complétée par une référence à l'interdiction de déroger aux dispositions impératives : « On ne peut déroger à l'ordre public ni aux règles impératives »(24).

(19) On peut toutefois se demander s'il n'en va pas différemment de l'infraction, distincte, de maintien de travaux exécutés sans permis.

(20) Voy. *infra*, § 32.

(21) Insidieusement renuméroté article 2 par une loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges.

(22) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *préc.*, p. 54.

(23) Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 12 et les réf. citées.

(24) Amendements à la proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-1805/003. L'article 5.57, qui limite l'hypothèse de la nullité d'un contrat à l'absence d'une de ses conditions de validité (donc l'objet et la cause, mais également la capacité et le consentement), n'a cependant pas été modifié par cet amendement et ses auteurs insistent sur le fait que « la jurisprudence qui a été établie sous l'article 2 de l'ancien Code civil est confirmée » (*ibid.*, p. 10 ; cf. sur ce point Cass., 30 septembre 2021, R.G. n° C.21.0002.N, www.juportal.be). On relèvera encore que le même amendement prévoit une définition de l'ordre public, inspirée de la définition classique de la Cour de cassation (elle-même empruntée à De Page) et adaptée au goût du jour : « Est d'ordre public la règle de droit qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose la société, telles que l'ordre économique, moral, *social* ou *environnemental* » (nous soulignons).

14. Enfin, le législateur profite des travaux préparatoires pour répondre à une remarque du Conseil d'État concernant la référence aux « dispositions légales impératives ». Selon ce dernier, le recours au terme « légales » n'est pas justifié dès lors qu'une disposition réglementaire ou une règle non écrite peut également revêtir un caractère impératif(25). Il s'agissait en réalité d'une remarque plus générale formulée déjà en début de projet. Dans la dernière version de la proposition de loi, il a été précisé que la référence aux termes « loi », « dispositions légales » et « règles » dans le texte devaient être compris comme renvoyant à la loi dans le sens matériel du terme, et donc comme incluant, outre les lois au sens formel du terme, les normes législatives adoptées par les régions et communautés, les normes de droit international ayant un effet direct dans l'ordre juridique interne, les principes généraux du droit mais également les règlements adoptés dans le respect de la hiérarchie des normes(26).

§ 3. Les clauses abusives

15. L'article 5.52 mérite une mention particulière dès lors qu'il introduit en droit commun une disposition interdisant les clauses abusives. Il était rédigé, dans sa première version, comme suit :

« Dans un contrat d'adhésion, est abusive et réputée non écrite toute clause qui crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties.

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

L'alinéa 1^{er} ne s'applique ni à la définition des prestations principales du contrat, ni à l'adéquation entre les prestations principales ».

Un amendement récent a cependant remplacé le premier alinéa par le texte suivant : « Toute clause non négociable et qui crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties est abusive et réputée non écrite »(27). Selon les auteurs de cet amendement, limiter l'interdiction des clauses abusives aux contrats d'adhésion ne se justifie pas alors

(25) Avis du Conseil d'État n° 63.268/2 sur l'avant-projet de loi portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 5 « Les obligations », p. 13, disponible à l'adresse suivante : www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/63268.pdf.

(26) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, préc., p. 11. Voy. égal. les pp. 54 et 55 qui renvoient à ces développements. On relèvera que le législateur s'aligne sur la formulation retenue par la Cour de cassation, qui considère comme étant illicite ce qui « est contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives » (Cass., 7 mai 2020, R.G. n° C.19.0423.N, www.juportal.be).

(27) Rapport sur la proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-1806/004.

que le recours à de tels contrats est principalement le fait d'entreprises qui imposent aux consommateurs leurs conditions générales, ce qui serait rarement le cas dans le cadre de contrats entre particuliers(28).

16. Ce texte n'était pas repris dans la première proposition de loi (29), de sorte que le Conseil d'État n'avait pu se prononcer sur ce point. Curieusement, il n'y est pas fait référence dans son second avis, rendu le 26 mars 2021, et ce, alors que son attention avait été attirée sur l'introduction de cette disposition, qui n'a pourtant rien d'anecdotique(30).

17. L'objet de la présente contribution n'est pas de traiter de façon extensive la question des clauses abusives. On se contentera donc de rappeler que ces clauses sont interdites depuis longtemps lorsqu'elles concernent les relations entre un professionnel et un consommateur (B2C) : la directive n° 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs a été transposée dans différents textes successifs, et son prescrit fait actuellement l'objet des articles VI.82 et suivants du Code de droit économique.

Plus récemment, le législateur a décidé de prévoir une réglementation similaire pour les relations entre professionnels (B2B) en adoptant la loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises(31), qui a introduit dans ce code les articles VI.91/1 et suivants. Le moins qu'on puisse dire est que la doctrine lui a réservé un accueil particulièrement tiède(32).

(28) *Ibid.*, p. 2. Relevons encore que les auteurs de l'amendement justifient leur choix terminologique par « analogie avec l'article 1171 du Code civil français » (*ibid.*, p. 3) qui utilise certes les termes de « clause non négociable » mais dont le champ d'application est, précisément, limité aux contrats d'adhésion : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ». En réalité, on peut se demander si les auteurs de l'amendement n'ont pas conféré à la définition du contrat d'adhésion une portée plus restrictive que les termes choisis dans la proposition d'origine (art. 5.10 : « Le contrat est un contrat d'adhésion lorsqu'il est rédigé préalablement et unilatéralement par une partie et que l'autre n'a pas pu avoir d'influence sur son contenu », la formule a été quelque peu modifiée dans la dernière version) et ce, d'autant plus que l'alinéa 2 de cette disposition prévoyait déjà que le « fait que certaines clauses du contrat aient fait l'objet d'une négociation individuelle n'exclut pas l'application du présent article au reste du contrat lorsque l'appréciation globale permet de conclure qu'il s'agit malgré tout d'un contrat d'adhésion ».

(29) Première proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, n° 54-3709/001, préc.

(30) Avis du Conseil d'État n° 63.947/2 du 26 mars 2021 sur la proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/002.

(31) *M.B.*, 24 mai 2019, p. 50066.

(32) R. JAFFERLI, « Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude – (Première partie) », *J.T.*, 2020/16, n° 6812, pp. 273-285 et pp. 301-316 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, « De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van

C'est donc dans un souci principalement d'égalité et de sécurité juridique que les auteurs de la proposition ont prévu un régime de droit commun qui puisse également concerner les relations entre consommateurs (C2C), quelque peu oubliées jusqu'alors. Les auteurs de la proposition de loi font un appel du pied à peine voilé au législateur afin qu'il abroge la loi du 4 avril 2019 : « Il appartiendra au législateur de décider, à la lumière de l'évaluation prévue de la loi du 4 avril 2019 et de son appréciation par la doctrine, si cette loi doit être maintenue ou si les intérêts des entreprises ne sont pas déjà suffisamment protégés par la disposition générale insérée dans le Livre 5 » (33). En attendant, il résulte de l'article 5.13 du Livre 5 que les législations particulières relatives aux relations B2C et B2B continueront à s'appliquer, de sorte que l'article 5.52 aura une portée résiduelle et concernera essentiellement les rapports entre consommateurs (34).

18. Dans l'objectif de ne pas trop restreindre la liberté contractuelle, la nouvelle disposition ne devrait s'appliquer qu'aux clauses qui ont été imposées par une partie à l'autre sans que celle-ci ait pu les négocier (les clauses « à prendre ou à laisser »). Les contrats qui ont été intégralement négociés en connaissance de cause par les parties échappent donc à son champ d'application.

19. Pour le surplus, les travaux préparatoires contiennent des lignes directrices fort utiles sur la façon d'interpréter l'article 5.52, qu'on peut résumer, à gros traits, comme suit (35) :

- Tout d'abord, l'appréciation du déséquilibre manifeste :
 - impose d'une part de réaliser une comparaison entre les droits et les obligations des parties selon que le contrat contient ou non la clause litigieuse et, d'autre part, de tenir compte de toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat, ce qui concerne notamment la nature des produits ou services faisant l'objet du contrat, les autres clauses contractuelles, l'économie

economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken », *R.W.*, 2019-2020, pp. 323 et s. et pp. 363 et s. Pour une analyse complète de cette loi en ce qui concerne les clauses abusives, voy. R. JAFFERALI et E. DE DUVE (dir.), *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019. Comparaison avec le B2C et implications pratiques*, Limal, Anthemis, 2020.

(33) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, préc., p. 56. On ne peut du reste exclure que ce soit l'adoption même de la loi du 4 avril 2019 qui a amené les auteurs du texte à inclure une disposition générale sur les clauses abusives.

(34) Mais également, dans le respect de la législation sur les marchés publics, les contrats conclus avec les autorités publiques pour autant que celles-ci échappent à la notion d'entreprise telle que définie par la Cour de justice de l'Union européenne. Sur cette question éminemment complexe et controversée, voy. les réf. citées en note 32.

(35) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, préc., pp. 58-60.

- générale du contrat (le cas échéant combiné avec un contrat lié) ou les usages qui sont d'application ;
- ne peut porter sur la définition des prestations principales du contrat ou sur leur adéquation dès lors qu'il n'appartient pas au juge, sauf abus par une des parties de la situation de faiblesse de l'autre, de remédier à une éventuelle disproportion entre leurs prestations respectives (art. 5.37 et 5.38) (36).
 - Ensuite, le juge, qui doit se contenter d'un contrôle marginal des dispositions contractuelles, ne peut remettre en cause les choix opérés par ailleurs par le législateur. Ainsi, lorsqu'une clause se contente de reprendre des dispositions légales ou réglementaires, il peut être considéré que l'équilibre des intérêts en présence a déjà été opéré par le législateur. Dans le même ordre d'idées, le régime des clauses abusives n'a pas vocation à s'appliquer lorsque le législateur a prévu un régime particulier pour certaines clauses excessives (comme les clauses indemnitaires visées à l'article 5.88 ou les clauses d'exonération de responsabilité visées à l'article 5.89).
 - Enfin, la sanction étant le réputé non écrit, la clause jugée abusive est présumée divisible du reste du contrat et sa réduction est envisageable dans les conditions fixées par l'article 5.63. Cette forme de nullité est relative dès lors qu'elle protège la partie faible (art. 5.58) et, conformément au droit commun des nullités, opère avec effet rétroactif (art. 5.62) (37).

Pour le surplus, le praticien familiarisé avec le régime des clauses abusives contenues dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs ne devrait pas se trouver trop dépaysé.

SECTION 2. LA CAUSE

§ 1. Considérations générales

20. L'ancien Code civil ne comprenait que trois dispositions consacrées spécifiquement à la cause des contrats, à savoir les articles 1131 à 1133. La nouvelle version y dédie quatre articles, en commençant par lui donner la définition qui lui faisait défaut dans le texte légal. Le législateur confirme,

(36) La notion de « prestation principale » peut susciter certaines difficultés. Pour une application récente de la notion voisine d'« objet principal » telle que visée par l'article 4 de la directive n° 93/13, voy. C.J.U.E., 10 juin 2021, *VB c. BNP*, aff. jtes C-776/19 à C-782/19, EU:C:2021:470, §§ 52 et s.

(37) Voy. *infra*, Section 3 sur la nullité en général et Section 3, § 5, sur la nullité partielle.

par ce choix, sa volonté d'opter pour le maintien de l'exigence de la cause comme condition de validité du contrat(38), « car elle s'inscrit dans une tradition bien ancrée et est utile pour la dogmatique » et que sa suppression risquerait de la faire « resurgir sous une autre forme »(39).

21. La doctrine quasi-unanime(40) et la jurisprudence de la Cour de cassation(41) considèrent de longue date que cette notion vise les « mobiles déterminants » qui ont poussé les parties à conclure l'acte juridique.

22. Dans son arrêt du 10 octobre 2000, la Cour de cassation avait consacré la thèse du mobile illicite unilatéral, selon laquelle « s'agissant de l'intérêt général, il suffit que l'une des parties ait contracté à des fins illicites », de sorte qu'il n'était « pas nécessaire que ces fins soient connues du cocontractant »(42). Récemment, la même cour a cependant précisé que la cause d'une convention était « constituée par les mobiles déterminants qui ont conduit chaque partie à conclure la convention et qui étaient connus ou auraient dû être connus de l'autre partie »(43), amenant la doctrine à se demander si celle-ci n'avait pas opéré un revirement de jurisprudence en exigeant dorénavant que la nullité d'un contrat soit subordonnée au constat que les fins illicites d'une des parties étaient connues de l'autre (ou auraient dû l'être)(44).

(38) Ce qui implique que cette exigence soit appréciée au moment de la conclusion du contrat (Cass., 24 septembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1168 ; Cass., 28 novembre 2013, *Pas.*, I, pp. 2399 et 2400).

(39) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, préc., p. 60. L'article 5.27, al. 1^{er}, reprend les quatre conditions traditionnelles de validité des contrats, y compris la cause. Comp. avec la solution retenue par le législateur français dans l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, qui a supprimé la cause comme condition de validité des contrats.

(40) I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Anvers, Intersentia, 2021, pp. 186 et s. (et les réf. citées) ; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 1, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 327-329 ; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Kluwer-E. Story-Scientia, 1999, 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.

(41) 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 » (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 ». Il est vrai que d'autres arrêts sont plus ambigus (voy. Cass., 29 avril 2011, *Pas.*, I, n° 1203 et Cass., 15 février 2016, *R.G.D.C.*, 2017, p. 36 et note L. DAUMEN, dans lequel la Cour conclut à l'existence d'une cause illicite sans vérifier les mobiles déterminants de l'employeur concerné).

(42) Cass., 10 octobre 2000, *R.C.J.B.*, 2003, p. 74, et la note précitée de P. WÉRY. Cette solution controversée a été confirmée par la suite (Cass., 7 octobre 2004, *Pas.*, I, 1513).

(43) Cass., 7 mai 2020, *R.G.D.C.*, 2021, liv. 7, p. 373.

(44) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *op. cit.*, p. 315. Le même auteur indique plus haut que les mobiles déterminants de chaque partie doivent être entrés dans le champ contractuel, et donc que l'autre partie en avait ou aurait dû en avoir connaissance (*ibid.*, p. 304). Un arrêt encore plus récent vient cependant de jeter à nouveau le trouble, la Cour de cassation estimant qu'un contrat a une cause illicite lorsque la fraude fiscale constitue au moins un des mobiles déterminants d'une des parties (Cass., 22 janvier 2021, *R.G.D.C.*, 2021, liv. 7, p. 374, et note P. WÉRY).

L'article 5.53 reprend, quasiment au mot près, cette dernière définition en indiquant que la cause « s'entend des mobiles qui ont déterminé chaque partie à conclure le contrat, dès lors qu'ils sont connus ou auraient dû l'être de l'autre partie ». Les travaux préparatoires sont toutefois plus explicites sur le sens qu'il convient de conférer à ces termes dès lors qu'ils mettent en question le caractère raisonnable de la solution consistant à « annuler une convention parce que l'une des parties a été motivée par des motifs illicites, qui sont inconnus de l'autre partie » et qu'ils assument le fait de s'écarter « de la jurisprudence actuelle qui considère que des mobiles illicites dans le chef de l'une des parties suffisent pour porter atteinte à la validité de la convention, même s'ils étaient inconnus de l'autre partie » (45). En d'autres termes, le texte proposé met explicitement un terme à la conception du mobile illicite unilatéral comme cause de nullité des actes juridiques.

23. On relèvera, à titre anecdotique, que les travaux préparatoires de la dernière proposition de loi ne répondent pas à la critique du Conseil d'État, qui avait considéré que la définition de la cause, inchangée depuis l'avant-projet, était « libellée dans des termes inadéquats » et que, eu égard au commentaire de l'article repris dans l'avant-projet, la cause aurait dû être définie comme visant les « mobiles qui ont déterminé le consentement de chaque partie au contrat, au moins connus de toutes ou qui devaient l'être, s'ils ne sont pas identiques » (46).

§ 2. Le régime de la cause

24. L'article 5.54 reprend, sous quelques adaptations, l'article 1131 de l'ancien Code civil qui dispose que l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, « ne peut avoir aucun effet ». La formulation de la nouvelle disposition est la suivante :

« Un contrat conclu sans cause est frappé de nullité relative, à moins que la loi admette qu'il puisse exister sans cause. Les parties peuvent également convenir d'abstraire le contrat de sa cause, à moins que la loi l'interdise. Un contrat sur une fausse cause n'est frappé de nullité que si l'erreur est déterminante et excusable ».

(45) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, préc., p. 61.

(46) Avis du Conseil d'État n° 63.268/2 sur l'avant-projet de loi portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 5 « Les obligations », pp. 13 et 14. Le Conseil d'État n'explique cependant pas en quoi le libellé de la définition retenue serait inadéquat. Le texte néerlandais est rédigé comme suit : « *De oorzaak bestaat uit de determinerende beweegredenen die elke partij ertoe hebben bewogen om het contract te sluiten voor zover die gekend waren of behoorden te zijn door de andere partij* ».

25. L'avant-projet de loi ne contenait pas la deuxième phrase, ce qui avait suscité une critique du Conseil d'État qui avait relevé, à juste titre, que la première formulation n'exprimait pas les nuances issues de la doctrine et de la jurisprudence selon lesquelles la possibilité d'un contrat sans cause ne se limitait pas au cas où la loi l'admettait (47). Il est dorénavant précisé explicitement que, sauf interdiction légale, les parties peuvent convenir d'abstraire le contrat de sa cause.

26. L'article 5.54 codifie par ailleurs la solution, largement admise, selon laquelle l'absence de cause (hors les exceptions qui viennent d'être évoquées) est en principe frappée de nullité relative et non absolue (48).

Le nouveau texte fait également un lien bienvenu entre le régime de l'erreur et la question de la fausse cause en précisant que la nullité n'affecte le contrat fondé sur une fausse cause que si l'erreur est déterminante et excusable.

27. Pour le surplus, on relèvera que, à la différence de l'ancien article 1131, ni la notion de cause illicite, ni les conséquences qui résultent du fait de conclure une convention en poursuivant une telle fin, ne sont reprises dans l'article 5.54 (49).

C'est en effet dans l'article 5.56 qu'on retrouve la notion de cause illicite, qui reprend en l'adaptant l'article 1133 de l'ancien Code civil (50), tout en supprimant la référence aux bonnes mœurs qui, on l'a vu, sont considérées comme étant incluses dans la notion plus large d'ordre public : « La cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives ».

Quant à la sanction qui frappe la convention dont la cause est illicite, il faut se référer aux articles 5.57 et 5.58 dont il résulte que la cause contraire à l'ordre public entraîne une nullité absolue alors que la cause qui viole une disposition légale impérative s'expose à la nullité relative (51).

28. Enfin, l'article 5.55 reprend intégralement l'article 1132 de l'ancien Code civil, en confirmant qu'un contrat « n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée ».

(47) Avis du Conseil d'État n° 63.268/2 sur l'avant-projet de loi portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 5 « Les obligations », p. 14.

(48) Sur cette distinction, voy. *infra*, §§ 33 et s.

(49) Voy. récemment Cass., 7 mai 2020, *R.G.D.C.*, 2021, liv. 7, p. 373 : « Une convention dont la cause est illicite est nulle et ne peut avoir aucun effet ».

(50) « La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ».

(51) Ces dispositions sont analysées *infra*, Section 3.

Les travaux préparatoires justifient le maintien de cette disposition par le caractère utile et bienvenu de la règle de preuve qu'elle contient (à tout le moins de façon implicite)(52) : le contrat est présumé reposer sur une cause valable, de sorte que c'est à la partie qui remet en cause cette validité d'en apporter la preuve(53).

SECTION 3. LA NULLITÉ

29. Comme déjà indiqué, le nouveau Livre 5 consacre toute une section (la sous-section 3) au régime de la nullité. Il faut se réjouir de cette innovation, qui faisait cruellement défaut au Code napoléonien et a amené la doctrine à construire un tel régime à partir de quelques dispositions éparées et de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Précisons d'emblée que les travaux préparatoires expliquent le choix de ne pas prévoir de régime relatif à la conversion des actes nuls, « celle-ci pouvant déjà être réalisée par le biais de l'article 5.68 relatif à la requalification du contrat »(54). Il y a quelques années, quelques auteurs concluaient (prudemment) leur étude consacrée au mécanisme de la conversion en ce sens « que, dans l'état actuel de notre droit, la conversion ne pourrait être appliquée que dans les hypothèses où soit la loi, soit la convention l'aurait expressément prévue »(55). Plus radical, R. Jafferalli estime que, hormis le cas où la conversion des actes nuls est prévue par la loi, l'admission générale en droit belge de la théorie de la conversion serait « à la fois inutile et dangereuse »(56). Il est clair en tout cas que le législateur a choisi de préserver sur ce point la volonté des parties et donc la liberté contractuelle.

30. Après avoir émis quelques considérations générales (§ 1), nous examinerons la distinction entre nullité absolue et relative et les questions qui s'y rapportent (§ 2), la mise en œuvre de la nullité (§ 3), les effets de l'annulation (§ 4) et les nullités partielles (§ 5).

(52) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, préc., p. 62.

(53) Cass., 10 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1782. La Cour précise que, en cas de contestation, il appartient néanmoins au juge de rechercher s'il existe bien une cause.

(54) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, préc., p. 75.

(55) Y. NINANE et J.-Fr. GERMAIN, « Examen des mécanismes alternatifs à la nullité totale : nullité partielle, réduction et conversion », in C. DELFORGE et J. VAN MEERBEECK (coord.), *Les nullités en droit privé : état des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2017, p. 219.

(56) R. JAFFERALLI, *La rétroactivité dans le contrat. Étude d'une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d'égalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 751.

§ 1. Considérations générales

31. À tout seigneur, tout honneur : l'article 5.57 consacre, après avoir rappelé le principe largement admis selon lequel le « contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul », une des nouveautés les plus audacieuses de la réforme en son alinéa 2.

Revenons un instant sur le premier alinéa : si la solution n'est pas nouvelle, elle est néanmoins heureuse d'un point de vue terminologique en ce qu'elle limite à un terme unique (« nullité ») la sanction de vices qui, dans l'ancien Code civil, revêtaient parfois la forme de la « rescision » (57). Comme le relèvent les travaux préparatoires, la distinction historique entre nullité et rescision a en effet perdu toute raison d'être actuellement (58).

32. Le second alinéa de l'article 5.57 mérite d'être cité *in extenso* : « Toutefois, le contrat demeure valable dans les cas prévus par la loi ou lorsqu'il résulte des circonstances que la sanction de la nullité ne serait manifestement pas appropriée, eu égard au but de la règle violée » (59). Cette innovation fait suite à un appel de la doctrine (60), parfois entendu par la jurisprudence (61), d'éviter la sanction automatique de la nullité lorsque celle-ci ne serait pas proportionnée par rapport à son objectif, voire mènerait à des résultats absurdes. Tel est évidemment le cas lorsque le législateur a décidé de prévoir une autre sanction, jugée plus adéquate (62). Il se peut cependant aussi que, en raison des circonstances particulières d'une affaire, la sanction (naturelle) de la nullité risque de s'avérer « manifestement » inappropriée, « eu égard au but de la règle violée ». On peut en effet se demander quel est le sens d'annuler avec effet

(57) Pour n'en citer qu'un exemple, l'article 1674 disposait que « si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value ». On peut aussi citer les articles 887, 891, 892, 1117, 1234, 1304, 1305, 1338, 1681, 1682, 1683, 1685 et 1706 de l'ancien Code civil.

(58) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, préc., p. 62.

(59) La formulation initiale de l'avant-projet a été remaniée à la suggestion du Conseil d'État (avis du Conseil d'État n° 63.268/2 sur l'avant-projet de loi portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 5 « Les obligations », p. 14).

(60) Outre les références citées dans les travaux préparatoires (proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, préc., pp. 63 et 64), voy. C. DELFORGE et J. VAN MEERBEECK (coord.), *Les nullités en droit privé : état des lieux et perspectives*, op. cit.

(61) Voy. not. Cass., 7 novembre 2019, *J.T.*, 2020, p. 893 et note E. DE DUVE ; *R.G.D.C.*, 2020, p. 475, note Fr. PEERAER : « 2. Sauf si la loi s'y oppose, la convention est maintenue s'il est ou peut être remédié à son illicéité de manière à ce que l'objectif visé par la loi soit ou puisse être atteint ».

(62) Les travaux préparatoires citent l'inopposabilité en cas d'action paulienne, les dommages-intérêts en cas de dol incident ou encore la réduction de l'obligation en présence d'une clause indemnitaire manifestement déraisonnable (proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, préc., p. 64).

rétroactif un contrat exécuté pendant de nombreuses années à la satisfaction des deux parties parce que le bien loué aurait été construit sans permis, la situation ayant été régularisée une semaine après la conclusion du contrat (63), ou un contrat d'entreprise au motif que l'entrepreneur ne disposait pas, lors de la conclusion du contrat, des accès à la profession pourtant acquis avant le début de l'exécution des travaux (64).

Les travaux préparatoires soulignent cependant à juste titre que l'écartement de la nullité doit rester exceptionnel, comme il résulte de l'utilisation du terme « manifestement » (65). En effet, la nullité reste la sanction naturelle de la violation d'une des conditions de validité d'un contrat. Relevons encore que, selon les auteurs du projet, le fait de déterminer dans quel cas la nullité doit être écartée impose d'interpréter l'article 5.57 et qu'il s'agit donc d'une question de droit soumise au contrôle de la Cour de cassation (66). On ne peut cependant exclure que cette dernière estime que cela relève du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond de sorte que son contrôle en la matière ne serait que marginal.

§ 2. La distinction entre nullité absolue et relative

33. L'article 5.58 n'avait pas non plus d'équivalent dans l'ancien Code civil mais il ne fait que codifier la célèbre distinction entre nullité absolue et nullité relative, qui constitue selon De Page, « la *distinction fondamentale* qui gouverne toute la matière » (67). Selon l'éminent juriste, 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 » (68). 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. Par ailleurs, le point de départ du délai de prescription de l'action en nullité est, à l'heure actuelle, différent selon le type de nullité qui est concerné.

(63) Comme indiqué ci-avant (§ 12), la conclusion d'un tel contrat ne crée pas ni ne maintient une situation illicite du point de vue de l'infraction de construction sans permis mais on peut se demander si elle n'a pas pour objet de maintenir l'infraction, distincte, de maintien de travaux exécutés sans permis dès lors que le bailleur s'engage à fournir la jouissance d'un bien que l'ordre public lui impose de détruire ou à tout le moins de régulariser.

(64) Pour d'autres exemples, voy. J. VAN MEERBEECK, « Repenser la théorie des nullités », in C. DELFORGE et J. VAN MEERBEECK (coord.), *Les nullités en droit privé : état des lieux et perspectives*, op. cit., pp. 13 et 14.

(65) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, préc., p. 64.

(66) *Ibid.*, p. 65.

(67) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 748, n° 780.

(68) *Ibid.*

En outre, un tel contrat ne peut être confirmé mais seulement refait alors que les parties à un contrat frappé de nullité relative peuvent, à certaines conditions, le confirmer et donc renoncer à invoquer la nullité. Enfin, il était classiquement enseigné que le juge devait soulever d'office la nullité absolue alors qu'il ne pouvait prononcer, *motu proprio*, la nullité relative (69).

Le projet reprend certains éléments de différence entre les deux types de nullité, à savoir les intérêts protégés et les titulaires du droit de critique (a), le régime de prescription (b) et la possibilité de la confirmation (c). La question, complexe, de l'office de juge en matière de nullités relatives et absolues est laissée aux spécialistes du droit judiciaire (d).

a) Les intérêts protégés et le titulaire du droit de critique

34. L'article 5.58 du nouveau texte dispose :

« La nullité est absolue lorsque la règle violée est d'ordre public, ayant ainsi pour objet principal la sauvegarde de l'intérêt général. Toute personne justifiant d'un intérêt peut s'en prévaloir.

La nullité est relative lorsque la règle violée est impérative, ayant ainsi pour objet principal la sauvegarde d'un intérêt privé. Seule la personne protégée peut s'en prévaloir ».

35. Quant aux intérêts protégés, dans la formulation de l'avant-projet, il était indiqué que la règle d'ordre public avait « principalement pour objet la sauvegarde de l'intérêt général » alors que la règle impérative avait « principalement pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé ». Le Conseil d'État avait considéré que cette précision relevait « du commentaire » et n'avait « pas sa place dans une disposition légale ». Plus spécifiquement, la section législation estimait qu'il existait des cas de nullité relative autres que ceux ainsi visés, comme celui du contrat conclu en l'absence de consentement ou sans cause (art. 5.31 et 5.54) ou la règle relative à la déterminabilité de l'objet (art. 5.49). Il proposait donc de supprimer cette précision et, pour les nullités relatives, de remplacer les termes : « ayant principalement pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé. Seule la personne protégée peut s'en prévaloir » par ceux-ci : « et, outre les cas où une telle nullité est prévue par la loi, lorsque la violation de la règle, eu égard

(69) Sur ces différences entre les deux régimes, voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., p. 760, n^{os} 789 et s. ; P. VAN OMMELAGHE, *Traité de droit civil belge*, vol. 1, op. cit., p. 361 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, op. cit., pp. 308-322.

à l'objet de celle-ci, implique une nullité relative. Seule la personne que cette règle tend à protéger peut s'en prévaloir » (70).

Les travaux préparatoires ont cependant justifié le maintien de la précision précitée (légèrement remaniée dès lors qu'il est dorénavant fait référence à l'objet « principal ») par le fait « qu'elle donne une indication précieuse quant au critère de distinction à appliquer » (71). Quant à la référence à la règle impérative, il est précisé que les exemples de règles donnés par le Conseil d'État constituent « bien des règles impératives dont la méconnaissance est sanctionnée par une nullité relative, bien que celle-ci puisse à certains égards être soumise à un régime particulier » (72). La section de législation est ainsi poliment invitée à revoir ses classiques en matière de droit des obligations.

36. En ce qui concerne le titulaire du droit de critique, les travaux préparatoires confirment fort opportunément que la référence au singulier à « la » personne protégée n'implique pas qu'une disposition légale ne pourrait pas protéger plusieurs personnes, y compris les deux cocontractants ou qu'un tiers au contrat ne puisse s'en prévaloir s'il est habilité par la loi à défendre les intérêts de la personne protégée (73).

b) La prescription

37. L'article 5.60 régit la question de la prescription de l'action en nullité.

Dans le régime actuel, il convient de distinguer entre les nullités relatives (soumises à l'article 1304 de l'ancien Code civil) et les nullités absolues (relevant du droit commun de la prescription des actions personnelles, régi par l'article 2262*bis* du même code). Suite à l'entrée en vigueur de la loi du 10 juin 1998, le délai de prescription était, certes, de dix ans dans les deux cas mais le régime différait cependant à certains égards.

En effet, alors que l'application de l'article 2262*bis* à la matière contractuelle avait pour conséquence de fixer le point de départ du délai décennal

(70) Avis du Conseil d'État n° 63.268/2 sur l'avant-projet de loi portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 5 « Les obligations », p. 15.

(71) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, préc., p. 67. Le mot « principalement » se justifiait par le fait que les règles d'ordre public peuvent poursuivre indirectement la protection des personnes privées tout comme des règles impératives peuvent poursuivre indirectement une politique économique d'intérêt général.

(72) *Ibid.*

(73) *Ibid.*, p. 65.

à la date de conclusion du contrat, l'article 1304 prévoyait un régime particulier pour certaines nullités relatives. Ainsi, l'article 1304, alinéa 2, précisait que le délai ne commençait à courir « dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé et dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts ».

Cette solution, qui se justifiait par la volonté d'éviter que la personne protégée ne soit privée de la possibilité d'intenter une action en nullité alors qu'elle serait toujours victime du vice visé, pouvait cependant mener à certaines incongruités, comme le fait que l'action en nullité en raison d'un dol principal (visée par l'art. 1304, al. 2) et l'action en réparation du dommage en cas de dol incident, voire principal (régie par l'art. 2262*bis*, § 1^{er}, al. 2 et 3) étaient soumises à des délais répondant à des régimes de prescription différents⁽⁷⁴⁾. Tout aussi interpellant, l'application de l'article 1304, alinéa 2, avait pour conséquence que l'action en nullité concernée (donc protégeant des intérêts privés) était susceptible de se prescrire moins vite qu'une action fondée sur une nullité absolue (donc protégeant l'intérêt général)⁽⁷⁵⁾.

38. Ces différences de traitement, qui ne sont pas forcément aisées à justifier, n'ont pas, à notre connaissance, été soumises à la Cour constitutionnelle. Les auteurs du texte ont fait le choix de mettre un terme à ces situations en alignant le régime de la prescription des actions en nullité (en ce compris la nullité par voie de notification) sur celui applicable à la responsabilité extracontractuelle. La nouvelle disposition prévoit ainsi que la nullité par voie d'action ou de notification « se prescrit par cinq ans à partir du jour qui suit celui où son titulaire a connaissance de la cause de nullité et, dans le cas d'une nullité relative, peut valablement renoncer à l'invoquer ». Elle précise qu'il « faut, selon le cas, que l'incapacité, le vice de consentement ou la raison d'être de la protection prévue par la règle impérative violée ait cessé ». Cette solution, indiquent les travaux préparatoires, « ne fait que généraliser les hypothèses visées à l'actuel article 1304 du Code civil »⁽⁷⁶⁾.

(74) Cass., 2 octobre 2009, *Pas.*, I, n° 547.

(75) M. REGOUT, « La prescription de l'action en nullité », in C. DELFORGE et J. VAN MEERBEECK (coord.), *Les nullités en droit privé : état des lieux et perspectives*, *op. cit.*, pp. 311 et 312.

(76) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, préc., p. 71 : « Ainsi, comme auparavant, la nullité pour vice de consentement ne commencera à se prescrire qu'à partir du moment où la victime ne se trouve plus sous l'empire du vice et la nullité pour incapacité ne commencera à se prescrire que lorsque l'incapacité aura cessé. Dans les autres cas, la disposition implique que la prescription ne peut commencer à courir tant que le titulaire du droit de critique n'a pu bénéficier de la protection prévue par le législateur ».

Pour des motifs de sécurité juridique, le législateur a cependant prévu, à l'instar de la solution applicable aux actions en responsabilité extra-contractuelle, que la nullité « se prescrit en tout cas par vingt ans à partir du jour qui suit celui où le contrat a été conclu » (77).

Le nouveau régime s'applique donc tant aux nullités relatives qu'aux nullités absolues (78). On relèvera cependant la nécessité de vérifier dans quelle mesure les règles belges sont compatibles avec le droit de l'Union. Ainsi, dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, la Cour de justice considère que la directive 93/13 précitée s'oppose à ce qu'une demande introduite par le consommateur aux fins de la constatation du caractère abusif d'une clause contractuelle soit « soumise à un quelconque délai de prescription » (79).

39. Enfin, en disposant que l'exception de nullité ne se prescrit pas, l'alinéa 2 de l'article 5.60 vient consacrer une règle admise de longue date et qui provenait de l'adage romain *Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excepiendum* (80). Tant la question de la justification que du fondement de cette règle ont longtemps nourri l'imagination de la doctrine (81) et il faut reconnaître que l'incertitude entourant son statut n'était pas de nature à favoriser la sécurité juridique. On ne peut donc que se réjouir de cette reconnaissance légale, qui facilitera certainement le travail des avocats à la Cour de cassation. Les travaux préparatoires indiquent encore que, en application de cet alinéa, « si une partie agit en exécution sur la base du contrat après l'expiration du délai de l'action en nullité, le défendeur, de même que le juge, pourront en principe encore soulever l'exception de nullité sans limite de temps pour s'opposer à l'action » (82).

40. On peut par ailleurs raisonnablement considérer que les conditions d'application de l'adage, telles qu'elles étaient admises, demeurent inchangées. Ainsi, l'exception ne peut être soulevée que par une partie qui aurait pu, sans le délai de prescription, introduire une action en nullité

(77) Comp. avec l'art. 2262bis, § 1^{er}, al. 3 : « Les actions visées à l'alinéa 2 se prescrivent en tout cas par vingt ans à partir du jour qui suit celui où s'est produit le fait qui a provoqué le dommage ».

(78) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, préc., p. 71.

(79) C.J.U.E., 10 juin 2021, *VB c. BNP*, aff. jtes C-776/19 à C-782/19, EU:C:2021:470, §§ 35 et 38. Un délai national de prescription peut toutefois être opposé à l'action du consommateur qui tend à obtenir la restitution de sommes indûment versées, à condition que soient respectés les principes d'équivalence et d'effectivité (§ 39).

(80) Dans le même arrêt que celui cité dans la note précédente, la Cour de justice a rappelé que la directive 93/13 imposait que le consommateur puisse soulever à tout moment le caractère abusif d'une clause contractuelle en tant que moyen de défense (*ibid.*, § 38).

(81) M. REGOUT, « La prescription de l'action en nullité », *op. cit.*, pp. 315-317 et les réf. citées.

(82) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, préc., p. 71.

contre l'acte concerné et uniquement afin de se défendre contre l'action visant à obtenir l'exécution de l'acte litigieux. De même, l'exception ne peut être invoquée lorsque le contrat nul a été entièrement exécuté ou, en cas de nullité relative, par celui qui a confirmé l'acte ou a renoncé à se prévaloir de sa nullité (83).

41. Enfin, le pouvoir – voire le devoir – du juge de soulever l'exception de nullité doit selon nous s'apprécier au regard des règles applicables en matière d'office du juge rappelées ci-après (84) : il devra donc, dans le respect des droits de la défense, dénoncer d'office l'existence d'une cause de nullité absolue et, le cas échéant (donc si l'application de cette exception est commandée par les faits spécialement invoqués par le défendeur au soutien de sa défense), l'existence d'une cause de nullité relative. Faut-il considérer que, également dans le cas de l'exception de nullité, le juge pourrait faire application de l'article 5.57 évoqué ci-avant et conclure que la sanction de nullité n'est manifestement pas appropriée ? La question reste ouverte à ce stade.

c) La confirmation

42. L'article 5.61, relatif à la confirmation des contrats frappés de nullité, remplace les articles 1115 (85), 1311 (86), 1338 (87) et 1339 (88) de l'ancien Code civil.

L'alinéa 1^{er} dispose que la confirmation d'un contrat frappé de nullité relative peut être expresse ou tacite et ce, conformément au principe du consensualisme consacré par l'article 5.28 (« Le contrat se forme par le seul accord de volonté des parties ») qui s'étend aux actes juridiques unilatéraux en vertu de l'article 5.126.

(83) M. REGOUT, « La prescription de l'action en nullité », *op. cit.*, pp. 317-320 et les réf. citées.

(84) Voy. *infra*, §§ 46 et s.

(85) « Un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de violence, si, depuis que la violence a cessé, ce contrat a été approuvé, soit expressément, soit tacitement, soit en laissant passer le temps de la restitution fixé par la loi ».

(86) « Il n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il l'a ratifié en majorité, soit que cet engagement fût nul en sa forme, soit qu'il fût seulement sujet à restitution ».

(87) « L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision, n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée. À défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée. [...] ».

(88) « Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs ; nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale ».

43. Étant une renonciation à un droit, la confirmation doit être faite en connaissance de cause par une personne ayant la capacité juridique et n'étant plus dans la situation qui a justifié sa protection. L'avant-projet avait exprimé cette triple condition en ces termes : « La confirmation doit intervenir en connaissance de cause à un moment où son auteur a la capacité juridique et est en mesure d'agir librement ».

Pour le Conseil d'État, l'exigence d'une confirmation « en connaissance de cause » était « mal formulée » et les termes « en mesure d'agir librement » générateurs d'insécurité juridique⁽⁸⁹⁾. Il suggérait par conséquent la formulation suivante : « La confirmation ne peut intervenir que si son auteur a eu préalablement connaissance de la cause de nullité du contrat. Si cette cause de nullité tient à l'incapacité juridique d'une partie, la confirmation par celle-ci dudit acte ne peut en outre intervenir qu'après la fin de l'incapacité ».

La dernière version du texte prend en compte les remarques de la section de législation mais propose une formulation quelque peu différente, qui est plus complète et doit être approuvée :

« La confirmation suppose que la personne protégée ait connaissance de la cause de nullité et puisse valablement renoncer à l'invoquer. Ainsi, il faut, selon le cas, que l'incapacité, le vice de consentement ou la raison d'être de la protection prévue par la règle impérative violée ait cessé ».

44. Le troisième alinéa de l'article 5.61 précise la conséquence de la confirmation, à savoir qu'elle « emporte renonciation à invoquer la nullité » et le fait qu'elle ne porte pas préjudice aux droits des tiers qui pourraient se prévaloir de la nullité (« sans préjudice du droit des tiers habilités à se prévaloir de la nullité »)⁽⁹⁰⁾.

45. Enfin, le dernier alinéa rappelle que seuls les contrats frappés de nullité relative sont susceptibles d'être confirmés et que le contrat « atteint d'une cause de nullité absolue » ne peut être confirmé et ne peut « être refait que dans le respect de la loi ». Pour le Conseil d'État, « il va de soi qu'un contrat ne pourrait être "refait" que dans le respect de la loi » de sorte que la deuxième partie de la phrase pouvait être omise⁽⁹¹⁾. Les

⁽⁸⁹⁾ Avis du Conseil d'État n° 63.268/2 sur l'avant-projet de loi portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 5 « Les obligations », p. 16.

⁽⁹⁰⁾ La première version visait les « droits des tiers » sans autre précision et le Conseil d'État avait estimé que cette référence était « imprécise, inadéquate et génératrice d'insécurité juridique » dès lors que l'intention de l'auteur de l'avant-projet était de viser uniquement les autres titulaires de l'action en nullité (*ibid.*, p. 16).

⁽⁹¹⁾ *Ibid.*, p. 16.

auteurs de la proposition ont cependant choisi de garder la formulation de l'avant-projet et ce, « dans un but pédagogique » (92).

d) L'office du juge

46. Les travaux préparatoires justifient le fait que l'office du juge en matière de nullités relatives et absolues n'a pas été codifié par le fait que celui-ci relève « du droit judiciaire commun ». Eu égard à l'évolution de l'office actif du juge, ils relèvent toutefois que « l'opposition entre nullité absolue et nullité relative s'est atténuée » dès lors que les deux formes de nullité doivent à certaines conditions « être soulevées d'office par le juge, à moins que le contrat n'ait été valablement confirmé » (93).

47. On peut brièvement rappeler que, en 2005, 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 prétentions (94). 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.

Cette extension de l'office du juge est toutefois confrontée à une limite fondamentale : il ne peut modifier « l'objet du litige tel qu'il a été délimité par les parties » (95) et il ne peut donc faire droit « à une autre prétention que celle dont il est saisi » (96). Il s'agit de l'expression du principe dispositif, selon lequel il revient uniquement aux parties de déterminer l'objet du litige.

48. En matière de nullité, cela signifiait que le juge ne pouvait pas prononcer la nullité d'une convention si cela ne lui était pas demandé, ce qui n'impliquait évidemment pas qu'il ne puisse pas refuser de faire droit aux demandes fondées sur une violation de l'ordre public. Dans un

(92) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, préc., p. 72.

(93) *Ibid.*, pp. 66 et 67.

(94) Voy. not. Cass., 14 avril 2005, *J.T.*, 2005, p. 659 et note J. VAN COMPERNOLLE ; *J.L.M.B.*, 2005, p. 856 et 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. not. 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).

(95) Cass., 28 septembre 2012, *J.T.*, 2013, p. 497.

(96) Cass., 8 janvier 2014, *J.T.*, 2015, p. 447.

arrêt du 28 septembre 2012, la Cour de cassation avait ainsi confirmé que le principe dispositif signifiait que, lorsque les parties s'entendaient pour demander en justice l'exécution d'un contrat de vente contraire à l'ordre public, le juge ne pouvait déclarer cette convention nulle, ordonner « 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 condamner le vendeur au remboursement du prix payé(97). En revanche, il ne modifiait pas l'objet de la demande en rejetant celle-ci en raison de sa contrariété à l'ordre public mais il appliquait, tout simplement, les dispositions d'ordre public que les parties avaient entendu exclure(98).

Deux arrêts récents de la Cour de cassation viennent toutefois relativiser cette solution. Ainsi, dans un arrêt du 1^{er} février 2019, elle a considéré que l'annulation d'une convention « oblige, en règle, chacune des parties à restituer les prestations reçues en vertu de la convention annulée » et a cassé l'arrêt qui avait prononcé la nullité de conventions de crédit « sans en régler les effets » parce que la banque n'avait pas intenté d'action en restitution(99). Il faut toutefois préciser que la banque avait soutenu dans ses conclusions que « l'annulation "aurait" en principe pour effet de rétablir les parties dans leurs droits initiaux et ne "dispenserait" pas [les défendeurs] de rembourser le capital emprunté » et que les défendeurs faisaient valoir, de leur côté, que l'obligation de restitution devait être limitée « au maximum à la moitié du montant nominal du prêt ». Il n'est donc pas certain que la solution aurait été identique en l'absence de toute demande de restitution, même maladroitement formulée, dans les écrits de procédure des parties(100). Encore plus récemment, la Cour semble être allée plus loin en affirmant que le juge qui a soulevé d'office la question de la nullité d'une convention conclue en violation de l'ordre public *peut*, après réouverture des débats, prononcer cette nullité et même ordonner la restitution de ce qui avait reçu en vertu de la convention, à condition toutefois d'avoir donné l'occasion aux parties de s'exprimer sur la question(101). Dans cet arrêt, la Cour a cassé la décision entreprise car les juges d'appel n'avaient

(97) Cass., 28 septembre 2012, *J.T.*, 2013, p. 497 ; *T.B.B.R.*, 2013, p. 235 et note T. TANGHE.

(98) *Ibid.*

(99) Cass., 1^{er} février 2019, R.G. n° C.18.0350.N, www.juportal.be.

(100) C'est en ce sens que, citant cet arrêt, J.-Fr. Van Drooghenbroeck écrit que « le juge devra, au-delà des qualifications juridiques impropres suggérées par le demandeur, chercher à identifier les fins concrètement poursuivies par son action » (J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « L'objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur », note sous Cass., 9 mars 2018, *R.C.J.B.*, 2020, p. 28, note 76).

(101) Cass., 4 septembre 2020, *R.W.*, 2020-2021, liv. 41, p. 1624 et note L. CORNELIS. On constatera le recours au mot « peut » (*mag* en néerlandais).

pas soumis la question de la restitution à la contradiction des parties. Il faut cependant relever que l'arrêt est cassé pour violation non seulement des droits de la défense mais également de l'article 1138, 2°, du Code judiciaire, qui renvoie au principe dispositif. En effet, après réouverture des débats, les parties n'avaient pas invoqué la nullité mais avaient conclu l'une à l'exécution par équivalent de la convention, et l'autre au paiement d'une facture fondée sur ce contrat. Faut-il en conclure que, si la question des restitutions avait été soumise à la contradiction des parties et que celles-ci n'avaient pas demandé cette restitution, les juges d'appel n'auraient pas eu le droit de l'ordonner sous peine de violer le principe dispositif(102) ?

L'évolution, ces dernières années, de la jurisprudence de la Cour vers une conception factuelle de l'objet de la demande semble indiquer que le juge saisi (à tort) d'une demande en *résolution* d'un contrat motivée par le vice affectant une de ses conditions de validité pourrait, voire devrait requalifier cette demande, dans le respect des droits de la défense, en demande de *nullité* de ladite convention et ce, même si la disposition violée n'est pas d'ordre public mais simplement impérative(103).

§ 3. La mise en œuvre de la nullité

49. L'article 5.59 est relatif à la mise en œuvre de la nullité.

Son alinéa 1^{er} dispose que, jusqu'à son annulation, le contrat entaché d'une cause de nullité produit les mêmes effets qu'un contrat valable. Il s'agit de la consécration du principe selon lequel un tel contrat n'est pas nul de plein droit mais seulement annulable. L'article 1117 de l'ancien Code civil disposait déjà que la convention « contractée par erreur, violence ou dol » n'était « point nulle de plein droit » mais donnait « seulement lieu à une action en nullité ou en rescision ».

50. La voie classique pour obtenir l'annulation est évidemment l'action en justice (pour autant qu'elle soit fondée)(104) mais l'alinéa 2 de

(102) La Cour semble exclure cette solution pour la nullité elle-même : elle peut être prononcée même si elle n'a pas été demandée après la réouverture des débats ordonnée d'office par le juge.

(103) J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « L'objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur », *op. cit.*, p. 27. Il ne pourrait cependant, précise cet auteur, agir de la sorte s'il est saisi d'une demande en résiliation (qui opère *ex nunc* et non *ex tunc* comme dans le cas de la résolution ou de l'annulation), sauf à violer le principe dispositif (*ibid.*). Sur cette question subtile, voy. égal. T. WERQUIN, « Office du juge et objet de la demande », in R. JAFFERALI *et al.* (dir.), *Entre tradition et pragmatisme*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 1709-1733.

(104) On relèvera, à la suite des travaux préparatoires, que la nullité peut également être soulevée d'office par le juge (à certaines conditions) ou admise par ce dernier lorsque le défendeur à l'action oppose la nullité du contrat qui fonde l'action du demandeur (proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, préc., p. 68). Sur l'imprescriptibilité de l'exception de prescription, voy. *supra*, § 39.

l'article 5.59 précise que celle-ci peut également résulter d'un accord des parties. À cet égard, le Conseil d'État avait relevé que, dans le commentaire de l'avant-projet, il était indiqué que l'annulation amiable supposait l'existence de la cause de nullité, à défaut de quoi elle devrait être requalifiée en résiliation de commun accord. Il suggérait à juste titre, dans un « souci de sécurité juridique et de clarté », que cela soit précisé dans le texte légal (105). La dernière version du texte prévoit donc que l'accord des parties est « nul si la cause de nullité qu'il mentionne n'existe pas ». La nullité de cette convention résulte donc de l'absence de nullité du contrat originaire. Les travaux préparatoires rappellent également qu'il est possible que la loi s'oppose à une annulation amiable ou la soumette à certaines conditions (106).

51. Enfin, l'alinéa 3 introduit une autre nouveauté, à savoir la possibilité de mettre en œuvre la nullité par la voie d'une notification écrite par toute partie habilitée à agir en nullité :

« À moins que le contrat soit constaté par un acte authentique, l'annulation résulte également d'une notification écrite que toute personne habilitée à se prévaloir de la nullité adresse, à ses risques et périls, aux parties au contrat. Cette notification est inefficace si la cause de nullité qu'elle mentionne n'existe pas » (107).

Selon les travaux préparatoires, il paraît « déraisonnable » lorsque le contrat est entaché d'une cause de nullité « d'imposer à la partie habilitée à s'en prévaloir d'attendre l'issue d'une procédure judiciaire avant de pouvoir se délier du contrat », d'autant qu'en pratique elle cessera généralement de l'exécuter. En outre, il serait « paradoxal » d'admettre la résolution extrajudiciaire consacrée par l'article 5.93 du Livre 5 (108) mais de

(105) Avis du Conseil d'État n° 63.268/2 sur l'avant-projet de loi portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 5 « Les obligations », p. 15.

(106) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, préc., p. 68 (citant l'exemple de l'art. 14 de la loi sur les baux à ferme).

(107) Cette version diffère légèrement de la version de l'avant-projet. Bien que les travaux préparatoires indiquent que le texte « a été revu en s'inspirant de la formulation suggérée par le Conseil d'État » (proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, préc., pp. 66 et 67), force est de constater que l'influence de ce dernier a été toute relative. Selon le Conseil d'État, qui jugeait l'alinéa 3 « mal rédigé et, comme il l'est, générateur d'insécurité juridique », il convenait d'écrire : « À moins que le contrat ne soit constaté par un acte authentique, toute partie à un contrat à laquelle une action en nullité est ouverte peut, à ses risques et périls, notifier par écrit aux autres parties qu'elle tient le contrat pour nul, en indiquant la cause de cette nullité. La même possibilité est offerte à tout tiers auquel une action en nullité est ouverte ; en ce cas, la notification est adressée à toutes les parties au contrat. Dans tous les cas, la notification est sans effet si la cause de nullité invoquée s'avère ne pas exister » (avis du Conseil d'État n° 63.268/2 sur l'avant-projet de loi portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 5 « Les obligations », p. 16).

(108) La résolution unilatérale avait déjà été admise par la Cour de cassation dans un arrêt du 23 mai 2019 (R.G.D.C., 2019, p. 474).

refuser l'annulation extrajudiciaire « alors que la cause de nullité atteint plus radicalement l'existence du contrat qu'une inexécution commise au cours de l'existence de celui-ci » (109).

52. Cette option a été exclue pour les actes authentiques d'une part en raison du contrôle de validité qu'est censé opérer celui qui confère son authenticité au contrat et, d'autre part, afin de ne pas compromettre la force exécutoire de tels actes (110). Il va sans dire que l'annulation amiable ou judiciaire de ces actes reste parfaitement possible.

53. Le texte légal exige l'écrit pour la notification de l'annulation extrajudiciaire mais ne précise pas la conséquence en cas de non-respect de ce formalisme. La seule sanction qui est prévue est celle de l'inefficacité de la notification si la cause de nullité n'existe pas, ce qui sera généralement constaté par un juge en cas de contestation en justice de cette notification. À cet égard, le Conseil d'État avait suggéré de retenir l'expression « sans effet » dès lors que, selon lui, la notion d'inefficacité était dépourvue de « consistance juridique propre » (111). Il n'a cependant pas été suivi, les auteurs de la proposition répliquant, références à l'appui, que le terme « inefficace » a « un sens technique et est emprunté à la doctrine moderne » (112). Comme le confirment les travaux préparatoires, la notification de la nullité « entraîne véritablement l'annulation du contrat pour autant que la cause de nullité invoquée existe et rend dès lors superflue toute action en justice si cette annulation ou ses conséquences ne sont pas contestées » (113). En revanche, si la notification est contestée en justice et que le juge conclut à l'inexistence de la cause de nullité, il « pourra constater que la notification était inefficace et que le contrat n'a jamais pris fin de ce chef » (114).

On peut cependant se demander si le juge dispose bien d'une faculté en la matière et si la conclusion que le contrat n'a pas pris fin ne constitue pas une obligation dans son chef s'il considère que la cause de nullité n'existe pas. Il conviendra également de vérifier comment combiner cette disposition avec l'article 5.57 déjà évoqué (115). Il est en effet possible que

(109) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, préc., pp. 68 et 69. Et de préciser, logiquement, que la divisibilité éventuelle de la nullité (art. 5.63, sur lequel nous reviendrons) s'applique également à l'annulation par notification.

(110) *Ibid.*, p. 70.

(111) Avis du Conseil d'État n° 63.268/2 sur l'avant-projet de loi portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 5 « Les obligations », p. 15.

(112) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, préc., p. 70.

(113) *Ibid.*

(114) *Ibid.*, p. 69.

(115) Voy. *supra*, §§ 31 et s.

le juge constate l'existence d'une cause de nullité mais estime que la sanction de la nullité ne serait manifestement pas appropriée. Le seul constat de l'existence d'une cause de nullité doit-il l'amener à juger la notification « efficace » ou bien le caractère manifestement inapproprié de la sanction l'autorise-t-il, voire l'oblige-t-il, à conclure à son inefficacité ? Il faudra attendre le point de vue de la pratique et, sans doute, un arrêt de la Cour de cassation voire de la Cour constitutionnelle pour apporter une réponse définitive à cette question mais on peut d'ores et déjà se demander s'il ne serait pas discriminatoire de priver le juge de ce nouvel outil et ce, à la discrétion de celui qui entend dénoncer la nullité d'une convention.

§ 4. Les effets de l'annulation (renvoi)

54. L'article 5.62 est relatif aux effets de l'annulation et rappelle, précisément, que le contrat annulé se voit privé d'effets depuis la date de sa conclusion (116). Ce principe, dont le législateur peut s'écarter dans des cas particuliers (117), concerne aussi bien les effets personnels que les effets réels du contrat (118).

L'alinéa 2 précise que les prestations fournies en vertu du contrat donnent lieu à restitution dans les conditions prévues par le régime de droit commun, aux articles 5.115 à 5.124 (119).

§ 5. Les nullités partielles

55. *Last but not least*, l'article 5.63 aborde la question sensible de la nullité partielle, qui n'était pas traitée par l'ancien Code civil.

56. On se souviendra que, par deux arrêts de principe, la Cour de cassation avait admis en 2015 la possibilité d'une nullité partielle des clauses de non-concurrence (120), à condition qu'elle soit possible, qu'elle réponde à l'intention des parties et qu'elle ne soit pas interdite par la loi (121).

(116) Selon les travaux préparatoires, cette disposition « remplace les articles 6 et 1131 du Code civil » (*ibid.*, p. 72). On rappellera cependant que l'article 5.54 a également vocation à remplacer l'article 1131 (voy. *supra*, § 24).

(117) Les travaux préparatoires évoquent l'article 1038 de l'ancien Code civil qui dispose que toute aliénation d'une chose léguée par testament emporte révocation de ce testament et ce, même si cette aliénation est entachée de nullité et que l'objet est « rentré dans la main du testateur ».

(118) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *préc.*, p. 73.

(119) On renvoie sur ce point à la contribution de Sarah Benzidi et Clément Legrand.

(120) Cass., 23 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 734 ; Cass. (aud. plén.), 25 juin 2015, *R.C.J.B.*, 2016, n° 3, pp. 379-387.

(121) Y. NINANE et J.-Fr. GERMAIN, « Examen des mécanismes alternatifs à la nullité totale : nullité partielle, réduction et conversion », *op. cit.*, pp. 210 et s.

Dans un arrêt du 23 novembre 2017, la Cour de cassation a confirmé une telle possibilité pour des nullités relatives (vice de consentement) tout en précisant, d'une part, que dans ce cas la demande devait être formée par la partie lésée, et d'autre part que la nullité partielle devait être compatible avec l'objectif poursuivi par les parties « au moment de la conclusion du contrat » et ne pas porter « atteinte aux intérêts et aux attentes légitimes des parties » (122).

Il faut encore évoquer le cas particulier des clauses abusives dans les contrats conclus par des professionnels avec les consommateurs dès lors que leur régime dépend fortement de la jurisprudence de la Cour de justice. Dans un arrêt du 14 juin 2012, la juridiction luxembourgeoise avait en effet jugé que la directive 93/13 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ne pourrait, sous peine d'atténuer le caractère dissuasif de la nullité, s'interpréter « comme permettant au juge national, dans le cas où il constate l'existence d'une clause abusive dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, de réviser le contenu de ladite clause au lieu d'en écarter simplement l'application à l'égard de ce dernier » (123). Cette solution a été confirmée par la suite (124), la Cour ayant toutefois précisé qu'il en allait différemment en cas d'opposition du consommateur à l'écartement de la clause (125) et que la directive ne s'opposait pas à ce que le juge national substitue à une telle clause une disposition de droit national à caractère supplétif, à la double condition que le contrat ne puisse survivre à la suppression de la clause litigieuse et que l'annulation du contrat dans son ensemble expose le consommateur à des conséquences particulièrement préjudiciables (126). Si, conformément au droit interne, la « persistance du contrat est juridiquement possible », celui-ci doit alors « subsister, en principe,

(122) Cass., 23 novembre 2017, *R.G.D.C.*, 2018, p. 208.

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

(124) C.J.U.E., 30 mai 2013, *Jahani*, aff. C-488-11, pt 60 ; C.J.U.E., 30 avril 2014, *Kasler*, aff. C-26-13, pt 77 ; C.J.U.E., 26 mars 2019, *Abanca Corporación Bancaria et Bankia*, aff. C-70/17 et C-179/17, EU:C:2019:250, pts 52-55 ; C.J.U.E., ord., 4 février 2021, *CDT*, aff. C-321/20, EU:C:2021:98, pt 42.

(125) C.J.U.E., 26 mars 2019, *Abanca Corporación Bancaria et Bankia*, aff. C-70/17 et C-179/17, préc., pt 52 ; C.J.U.E., 27 janvier 2021, *Dexia*, aff. C-229/19 et C-289/19, EU:C:2021:68, pt 62 ; C.J.U.E., ord., 4 février 2021, *CDT*, aff. C-321/20, préc., pt 45.

(126) C.J.U.E., 26 mars 2019, *Abanca Corporación Bancaria et Bankia*, aff. C-70/17 et C-179/17, préc., pt 56 ; C.J.U.E., 7 novembre 2019, *NMBS c. Kanyeba*, aff. C-349/18 à C-351/18, EU:C:2019:936 ; C.J.U.E. (GC), 3 mars 2020, *Gómez del Moral Guasch*, aff. C-125/18, EU:C:2020:138. S'il n'existe aucune disposition de droit national à caractère supplétif, « le juge national doit prendre, en tenant compte de l'ensemble de son droit interne, toutes les mesures nécessaires afin de protéger le consommateur des conséquences particulièrement préjudiciables que l'annulation dudit contrat pourrait provoquer » (C.J.U.E., 25 novembre 2020, *Banca B*, aff. C-269/19, EU:C:2020:954).

sans aucune autre modification que celle résultant de la suppression des clauses abusives » (127).

57. L'alinéa 1^{er} de l'article 5.63 nouveau dispose que, lorsque « la cause de nullité n'affecte qu'une partie du contrat, l'annulation se limite à cette partie pour autant que le contrat soit divisible, eu égard à l'intention des parties ainsi qu'au but de la règle violée ». Comme le précisent les travaux préparatoires, l'annulation peut se limiter à certaines clauses du contrat voire certaines parties d'une clause (divisibilité matérielle) ou même aux rapports de droit entre certaines parties dans les contrats multipartites (divisibilité personnelle), le critère déterminant étant « celui de la divisibilité du contrat dans l'intention des parties » qui ne peut toutefois « aller à l'encontre du but et de la portée de la règle violée » (128).

À titre d'exemple d'intention des parties qui pourrait aller à l'encontre du but et de la portée de la règle, les auteurs de la proposition citent le cas où celles-ci auraient inséré dans leur contrat une clause d'indivisibilité, susceptible d'être en conflit avec l'article VI.84, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, du Code de droit économique qui dispose que, en cas d'annulation d'une clause abusive, le contrat reste contraignant pour les parties s'il peut subsister sans les clauses abusives (129).

Plus généralement, on peut également considérer que la question de la divisibilité des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs devra s'apprécier en tenant compte « du but et de la portée de la règle violée » tels que définis par la Cour de justice de l'Union européenne et tels que résumés ci-avant.

58. Il est également fait référence, dans les travaux préparatoires, à l'article 5.114, alinéa 1^{er}, qui dispose que la « fin du contrat n'affecte pas les obligations et les clauses qui, eu égard à l'intention des parties et à la cause d'extinction, sont destinées à rester applicables ». Il est logiquement précisé à cet égard que les clauses de droit applicable et de règlement des différends sont présumées divisibles du reste du contrat de sorte que, en cas d'annulation de celui-ci, elles doivent lui survivre (130).

59. À nouveau, on peut se demander quel sera l'office du juge en la matière. Le juge peut-il soulever d'office la possibilité d'annuler

(127) C.J.U.E., 27 janvier 2021, *Dexia*, aff. C-229/19 et C-289/19, préc., pt 62 ; C.J.U.E., ord., 4 février 2021, *CDT*, aff. C-321/20, préc., pt 45.

(128) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, préc., p. 74.

(129) *Ibid.*

(130) *Ibid.*

partiellement une clause ? A-t-il la faculté ou l'obligation de recourir à la nullité partielle ?

En ce qui concerne la première question, la Cour de cassation a récemment décidé que le juge qui annule partiellement un contrat ou une clause contraire à une disposition d'ordre public, lorsque cette nullité partielle est possible, n'est pas interdite par la loi et correspond à l'intention des parties, alors que seule la nullité totale avait été postulée, ne modifie pas l'objet de la demande mais n'y fait que partiellement droit (131).

Quant à la seconde question, S. Lagasse conclut de l'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation que, en recourant au vocable « peut » de manière constante, celle-ci considère que le juge dispose bien d'une faculté et non d'une obligation (132). Le même auteur ajoute que les auteurs de la réforme du Livre 5 « maintiennent qu'il s'agit d'une faculté conditionnée notamment à la divisibilité du contrat dans l'intention des parties » (133). Il nous paraît cependant difficile de lire une telle conclusion dans les travaux préparatoires qui, au contraire, restent très discrets sur la question de l'office du juge. On rappellera à cet égard que, dans le commentaire de l'article 5.58, il était clairement indiqué que l'office du juge en matière de nullité n'avait pas été codifié dès lors qu'il relevait « du droit judiciaire commun » (134).

Cela étant précisé, l'analyse de cet auteur doit s'apprécier au regard de la position qu'elle adopte sur le sujet. Selon elle, en effet, « si le juge peut déduire de manière certaine que la nullité partielle était conforme à la volonté des parties, il sera en effet tenu de l'appliquer, celui-ci ne pouvant se substituer aux parties » mais « le contraindre à appliquer la nullité partielle au motif qu'elle serait nécessairement conforme à la volonté des parties serait préjuger trop rapidement de la volonté de celles-ci » (135). Il est clair que, formulé de la sorte, l'office du juge paraît adéquatement résumé au regard de l'article 5.63 et, en réalité, n'est pas contraire à la position adoptée par l'avocat général Vanderlinden dans ses conclusions précédant l'arrêt du 9 septembre 2019. Il n'existe en effet aucune présomption de volonté des parties d'autoriser la nullité partielle. Par contre, si la nullité d'une clause est demandée, que celle-ci est divisible eu égard

(131) Cass. 9 septembre 2019, *R.D.C.-T.B.H.*, 2020, n° 4, pp. 513 et 514 et note S. LAGASSE.

(132) S. LAGASSE, « Un juge actif en cas de nullité partielle ? », note sous Cass., 9 septembre 2019, *R.D.C.-T.B.H.*, 2020, n° 4, p. 519 (*contra*, voy. concl. av. gén. VANDERLINDEN sous le même arrêt).

(133) *Ibid.*, p. 519.

(134) Voy. *supra*, § 46.

(135) S. LAGASSE, « Un juge actif en cas de nullité partielle ? », *op. cit.*, p. 519.

à l'intention des parties et que cette intention est compatible avec le but et la portée de la règle violée, il nous paraît que le juge aura l'obligation de ne l'annuler que partiellement.

60. L'article 5.63, alinéa 2, dispose que la « clause réputée non écrite par la loi, une fois annulée, laisse subsister le reste du contrat ». En principe, en effet, le recours par le législateur au réputé non écrit permet de conclure qu'il a entendu admettre la divisibilité de la clause concernée. Les travaux préparatoires expliquent par ailleurs le choix de ne pas adopter un régime autonome de nullité de plein droit des clauses réputées non écrites, eu égard à la jurisprudence de la Cour de justice qui ne paraît pas l'imposer et compte tenu « des possibilités d'annulation extrajudiciaire » déjà évoquées plus haut (136). Il en résulte que, sous réserve de l'annulation par notification, une clause réputée non écrite produira ses effets jusqu'à son annulation par une décision judiciaire.

(136) *Ibid.*