

- les demanderesses soutiennent à tort que les effets de cette clause, qui est claire, devraient être restreints au territoire sur lequel la société Établissements L. M. déployait ses activités au jour de la cession des actions ;
- en effet, il n'appartient pas au juge qui déclare en partie illicite une clause de non-concurrence de lui donner un effet limité ;
- la clause de non-concurrence n'est dès lors pas valable et ne peut en conséquence être appliquée.

Par ces motifs absolus, l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision d'exclure toute limitation de la nullité de la clause jugée abusive.

Le moyen, en cette branche, est fondé.

Il n'y a lieu d'examiner ni la première branche du premier moyen ni le second moyen, qui ne sauraient entraîner une cassation plus étendue.

Par ces motifs, la Cour casse l'arrêt attaqué (...)

NOTE

Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel : la nullité partielle d'une clause illicite

INTRODUCTION

1. L'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2015. La décision rendue, par la Cour de cassation, le 25 juin 2015 compte, sans conteste, parmi les grands arrêts de la Haute juridiction. Une pierre importante est ainsi apportée à l'édifice de la théorie moderne des nullités des actes juridiques. Dans la foulée de son arrêt du 23 janvier 2015 (1), la Cour admet, en effet, que la nullité peut ne frapper qu'une partie de clause contractuelle, sans mettre en péril la validité du reste de celle-ci ni, *a fortiori*, la validité de la convention.

Les faits de la cause, qui opposait la Maison Victor S.P.R.L. et L & T Concept à L.M. et B.S., peuvent être résumés comme suit.

Un contrat de vente d'actions contenait une clause de non-concurrence, assortie d'une clause pénale. Aux termes de l'article 9 de la convention, intitulé «Non-concurrence» : «Le cédant accepte de n'exercer directement ou

(1) Cass., 23 janvier 2015, *Pas.*, 2015, p. 211, note 1 ; *T.B.O.*, 2015, p. 199 ; *T.R.V.*, 2015, p. 459, note B. BELLEN, «Niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten, splitsbaarheid en gerechtelijke matiging» ; *R.W.*, 2015-2016, p. 1187, note F. PEERAER, «Naar een nietigheid op maat: de principiële erkenning van de (mogelijkheid tot) reductie door het Hof van Cassatie» ; *D.A.O.R.*, 2015, p. 18, note D. MERTENS, «Het niet-concurrentiebeding: het mag ietsje meer zijn» ; *R.G.D.C.*, 2016, p. 187, note F. PEERAER, «Het Hof van Cassatie erkent en bevestigt de mogelijkheid tot reductie van nietige concurrentiebedingen in het gemene recht» ; *NjW*, 2015, p. 913, note C. LEBON ; *R.D.C.*, 2015, p. 471.

indirectement aucune activité d'exploitation, de gestion ou de consultance qui soit en concurrence avec les activités actuelles de la société. Cette clause de non-concurrence sera d'application pendant une durée de trois ans à compter de la date du transfert des parts. Elle sera d'application en Belgique et à l'étranger. En cas de violation de la présente clause de non-concurrence, le cédant sera redevable envers les cessionnaires d'une indemnité forfaitaire de 25.000 euros par infraction constatée».

Le vendeur ayant manqué à son obligation de non-concurrence, l'acheteur lui réclame le montant de l'indemnité forfaitaire, demande à laquelle le vendeur refuse d'accéder.

La cour d'appel de Liège refuse de faire droit à la clause pénale, au motif qu'elle se fonde sur la violation d'une clause de non-concurrence illicite. Pour la cour, «[p]our être valable en droit belge, une clause de non-concurrence doit être limitée dans le temps, dans l'espace et quant aux activités visées : les limitations au droit de faire concurrence doivent être raisonnables et ne pas avoir pour effet de priver un opérateur économique de la possibilité d'exercer une activité qui serait contraire à l'article 2 du décret d'Allarde des 2-17 mars 1791». Or, en l'espèce, la clause manque, pour la cour, de précision pour ce qui concerne les activités visées. La cour reproche aussi à la clause de porter sur le territoire belge et «l'étranger» sans la moindre restriction.

Aux cessionnaires qui soutiennent que les effets de la clause, qui est claire, devraient être restreints au territoire sur lequel la société Établissements L.M. déployait ses activités au jour de la cession d'actions, la cour d'appel répond qu'«il n'appartient pas au juge qui déclare en partie illicite une clause de non-concurrence de lui donner un effet limité».

N'étant pas valable, cette clause ne peut sortir le moindre effet, de sorte que la demande d'application de la clause pénale doit être rejetée.

Les demanderesses en cassation présentent deux moyens. Le premier, qui comporte deux branches, est pris de la violation :

- des articles 6, 900, 1101, 1108, 1131, 1134, 1156 à 1164, 1172 et 1660, alinéa 2, du Code civil ;
- de l'article 7 du décret des 2-17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes, et établissements de patentes, tel qu'il était en vigueur à la date de l'arrêt ;
- du principe général du droit à la liberté contractuelle (autonomie de la volonté), consacré par les articles 6, 1131 et 1134 du Code civil ;
- du principe général du droit à la liberté du commerce et de l'industrie, consacré par l'article 7 du décret des 2-17 mars 1791 précité ;
- de l'article 149 de la Constitution.

La Cour de cassation accueille le pourvoi en se fondant exclusivement sur la seconde branche du premier moyen, qui était subsidiaire.

Celle-ci était rédigée en ces termes : « Lorsque'une clause de non-concurrence est jugée illicite en raison du caractère excessif de sa durée, du type d'activités visées ou de son étendue territoriale, le juge peut en prononcer la nullité partielle et, dès lors, refuser de lui donner effet dans la mesure où elle excède tel terme, tel type d'activité ou tel territoire, si elle ne constitue pas, dans l'esprit des parties, un tout indivisible (art. 6, 900, 1101, 1108, 1131, 1134, 1156, 1172 et 1660, al. 2, C. civ.) ».

La Cour de cassation énonce, tout d'abord, les principes de droit :

« En vertu de l'article 7 du décret des 2 et 17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aide, de toutes les maîtrises et jurandes, et établissement de patentes, applicable au litige, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon.

Cette disposition, qui s'oppose à une limitation illicite de la liberté du commerce et de l'industrie, est d'ordre public.

La clause qui impose une limitation excessive de la concurrence quant à l'objet, au territoire ou à la durée est, dès lors, nulle.

Le juge peut, si une nullité partielle d'une telle clause est possible, en limiter la nullité à la partie contraire à l'ordre public, pour autant que le maintien de la clause partiellement annulée réponde à l'intention des parties ».

La Cour relève, ensuite, quatre considérations faites par le juge du fond :

- « dans la mesure où elle s'étend à l'étranger sans restriction, la clause de non-concurrence est abusive ;
- les demanderesses soutiennent à tort que les effets de cette clause, qui est claire, devraient être restreints au territoire sur lequel la société Établissements L.M. déployait ses activités au jour de la cession d'actions ;
- en effet, il n'appartient pas au juge qui déclare en partie illicite une clause de non-concurrence de lui donner un effet limité ;
- la clause de non-concurrence n'est dès lors pas valable et ne peut en conséquence être appliquée ».

Faisant application des principes de droit qu'elle a énoncés, la Cour juge que, par ces motifs absolus, l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision d'exclure toute limitation de la nullité de la clause jugée abusive. Elle estime, dès lors, qu'il n'y a pas lieu d'examiner la première branche du premier moyen ni le second moyen, qui ne sauraient entraîner une cassation plus étendue.

2. Plan de la note. Cet arrêt, que, par facilité, nous appellerons l'arrêt *Maison Victor*, est assurément une décision de principe (2).

L'arrêt est rendu par la première chambre statuant en audience plénière. Sans doute, cette procédure, qui n'est pas monnaie courante, s'explique-t-elle par le fait que l'avocat général qui concluait en l'espèce invitait la section française de la chambre à s'écarter de la solution retenue par sa section néerlandaise dans son arrêt du 23 janvier 2015. Comme le rappelle le site de la Haute juridiction, « [p]areille chambre siège dans les affaires plus fondamentales lorsque, pour l'unité de la jurisprudence, il importe de statuer avec les conseillers des deux sections de la chambre concernée ».

(2) L'importance de cet arrêt n'a pas échappé aux responsables de revues juridiques et à la doctrine, qui lui ont donné un large écho (*J.T.*, 2015, p. 727, avec les concl. de l'avocat général Th. WERQUIN ; S. LAGASSE, « La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence », *J.T.*, 2015, pp. 717 et s. ; P. DEMOLIN et C. DEKEMEXHE, « La validité de la clause de non-concurrence applicable pendant l'exécution du contrat de franchise », *J.T.*, 2015, pp. 722 et s. ; *R.G.D.C.*, 2016, p. 187, note F. PEERAER, « Het Hof van Cassatie erkent en bevestigt de mogelijkheid tot reductie van nietige concurrentiebedingen in het gemene recht » ; *R.D.C.*, 2016, p. 382, note Th. TANGHE, « Gedeeltelijke vernietiging/matiging van ongeoorloofde concurrentieclausules » ; *J.L.M.B.*, 2015, p. 1305, N.B. ; *J.T.T.*, 2015, p. 483, note M. L. WANTIEZ, « La nullité partielle d'une clause de non-concurrence », *NjW*, 2015, p. 914, note C. LEBON).

Autre preuve de l'importance de la décision : celle-ci a les honneurs du rapport annuel de la Cour (3), qui déclare trancher « une question très controversée en doctrine et [rompre] avec l'enseignement de son arrêt du 3 février 1971 » (4).

L'arrêt est particulièrement riche en enseignements. Tout d'abord, il confirme le caractère d'ordre public qui s'attache à la liberté du commerce et d'industrie (5). Il précise aussi les conditions auxquelles est soumise la licéité d'une clause de non-concurrence (6). Enfin, cette décision reconnaît au juge du fond le pouvoir de modérer les effets de la nullité à une partie de la clause illicite.

Ce troisième enseignement sera le seul qui retiendra notre attention dans le présent commentaire.

À cet égard, l'arrêt n'est pas aussi révolutionnaire qu'il pourrait y paraître de prime abord. Il s'inscrit, en effet, dans la tendance moderne que l'on observe, tant en législation qu'en jurisprudence, à assurer une certaine flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel. À l'image du législateur, les cours et tribunaux répugnent de plus en plus à la logique du « tout ou rien » pour privilégier des sanctions plus mesurées, mieux adaptées au problème dont ils sont saisis. Après avoir mis en évidence ce phénomène (I), il conviendra de mesurer la portée de l'arrêt *Maison Victor* (II).

I. — LA TENDANCE MODERNE À LA FLEXIBILITÉ DES SANCTIONS DANS LE CONTENTIEUX CONTRACTUEL

3. La flexibilité des sanctions. Lors des *XXI^{es} Journées juridiques Jean Dabin*, qui avaient pour thème la flexibilité des sanctions dans différents domaines du droit, nous avons relevé que cette souplesse s'observe aussi dans le contentieux contractuel (7).

Des difficultés de divers ordres peuvent émailler l'existence du contrat. Une partie se dit victime d'un dol ou d'une lésion qualifiée. Elle prétend que telle clause du contrat enfreint l'ordre public ou une disposition légale. Dans

(3) Rapport annuel 2015, p. 44.

(4) Rapport annuel 2015, p. 43, à propos de l'arrêt du 23 janvier 2015 précité. L'observation vaut évidemment aussi pour l'arrêt du 25 juin 2015.

(5) En ce sens, voy. aussi l'arrêt de la Cour de cassation du 23 janvier 2015 précité ainsi que Cass., 20 novembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 2709. Cette liberté était consacrée par l'article 7 du décret des 2-17 mars 1791 ; cet article a été abrogé par le Code de droit économique, qui le remplace par les articles II.3 et II.4 relatifs à la liberté d'entreprendre, eux aussi d'ordre public.

(6) À ce propos, voy. not. S. LAGASSE, « La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence », *op. cit.*, pp. 718 et s. À propos du régime juridique des clauses de non-concurrence applicables en cas de cession d'entreprise, de fonds de commerce, de branches d'activités ou d'actions, voy. not. C. GUYOT, « Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d'actifs et d'actions », *D.A.O.R.*, 2001, pp. 57 et s. ; A.T. BAART, S. THIRÉ et A. VERBIST, « Het niet-concurrentiebeding in overnameovereenkomsten: op zoek naar houvast », *Not. Fisc. M.*, 2012/4, pp. 116 et s. ; N. HALLEMEESCH, « De niet-concurrentieverbintenis bij de overdracht van een handelsactiviteit », *D.A.O.R.*, 2013, pp. 18 et s.

(7) P. WÉRY, « La flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel », in D. KAMINSKI (dir.), *La flexibilité des sanctions*, *XXI^{es} Journées juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 411 et s.

un autre ordre d'idées, un créancier soutient que son débiteur a manqué à ses obligations contractuelles et entend faire appel aux sanctions de l'inexécution (exécution en nature, dommages et intérêts, résolution du contrat...). Le contentieux que ces péripéties engendrent trouve sa source, tantôt dans des contestations qui affectent la négociation ou la conclusion du contrat, tantôt dans des manquements aux obligations qui découlent de la convention.

Contrairement à ce que suggérerait une consultation trop rapide du Code civil, le droit belge est fort éloigné du schéma binaire du «tout ou rien». Entre l'hypothèse du contrat qui, mal formé ou mal exécuté, doit purement et simplement disparaître de l'ordonnement juridique et l'hypothèse du contrat qui doit recevoir une exécution intégrale, se sont infiltrées bien d'autres sanctions aux conséquences moins drastiques.

Ce constat peut être fait tant à propos des sanctions qui ont trait à l'inexécution des obligations du contrat (A) que pour celles qui s'appliquent à un défaut dans sa formation (B).

A. — *La flexibilité des sanctions relatives au contentieux de l'inexécution contractuelle*

4. La logique du «tout ou rien» de l'article 1184 du Code civil.

L'article 1184, alinéa 2, du Code civil est bien connu : il ouvre au créancier une option entre la résolution du contrat (avec ou sans dommages et intérêts) et l'exécution (en nature ou par équivalent) de l'obligation en souffrance.

On ne doit cependant pas s'arrêter à cette seule disposition légale. Le droit positif s'est affranchi de ce schéma binaire, trop peu nuancé. Le tableau des sanctions de l'inexécution est d'une extraordinaire diversité. Comme J. Deprez l'a fort bien écrit, «c'est un signe de richesse et de raffinement d'un système juridique qui ne se contente pas de sanctions brutales, à l' "emporte-pièce", qui risqueraient de laisser sans solution le véritable problème posé par l'inexécution. La technique de la sanction est mise au service de sa finalité» (8).

Deux exemples, parmi d'autres (9), viennent à l'esprit pour illustrer le propos : la réfaction du contrat et l'essor de la fonction modératrice de la bonne foi.

5. La réduction du prix. La réfaction pour livraison insuffisante en quantité ou en qualité dans les ventes commerciales est un exemple éloquent d'une «règle d'équité» (10) qui a été forgée par la jurisprudence, en marge des solutions trop rigoureuses retenues par le Code civil.

Ses articles 1610 et 1611 énoncent les droits de l'acheteur, lorsque le vendeur manque à son obligation de délivrance : il peut, à son choix, réclamer l'exécution en nature de la prestation promise par une action en délivrance

(8) J. DEPREZ, «Rapport de droit français», in *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles*, Journées d'Istanbul, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, t. XVII, Paris, Dalloz, 1968, p. 30.

(9) Voy. les autres exemples donnés dans notre étude parue in D. KAMINSKI (dir.), *La flexibilité des sanctions*, XXI^{es} Journées juridiques Jean Dabin, op. cit., pp. 416 et s.

(10) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 534.

ou demander la résolution de la vente, le tout sans préjudice de dommages-intérêts complémentaires.

Il ne fallut guère attendre pour que la doctrine dénonçât l'inadéquation de ces sanctions dans les ventes commerciales, en particulier lorsque le vendeur se rend responsable d'une défaillance minime. Aussi l'acheteur ne peut-il refuser les marchandises fournies et exiger une livraison parfaitement conforme aux stipulations du contrat, lorsque leur quantité ou leur qualité est légèrement inférieure à ce sur quoi les parties s'étaient accordées. L'acheteur ne peut prétendre qu'à une réfaction, c'est-à-dire à une diminution du prix qui correspond à la moins-value qu'accusent les marchandises livrées par rapport à celles dont il avait passé commande(11).

La doctrine récente a pris conscience du fait que la réduction du prix en présence d'une exécution imparfaite ou incomplète est un remède moins exceptionnel qu'il y paraît(12). Il est notamment consacré par la Convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises, en son article 50(13).

6. Les sanctions de l'abus de droit. Le principe de l'exécution de bonne foi des conventions a connu, ces dernières décennies, des avancées remarquables, qui permettent au juge d'introduire une dose de flexibilité dans le choix de la sanction d'une inexécution contractuelle. La bonne foi empêche le créancier d'exercer son droit d'une manière qui s'écarte manifestement de l'usage normal qu'en eût fait un homme raisonnable placé dans les mêmes circonstances. L'exercice des sanctions les plus diverses (exécution en nature, résolution judiciaire, exception d'inexécution, clause pénale, clause résolutoire expresse, etc.) doit désormais se faire avec modération.

Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, la sanction d'un abus de droit consiste en la réduction du droit à son usage normal ou en la réparation du dommage causé par l'abus(14).

La neutralisation des conséquences de l'acte abusif introduit une dose de flexibilité dans le contentieux de l'inexécution contractuelle. Elle peut se manifester de trois manières différentes(15).

(11) *Ibid.*, pp. 533-534.

(12) P. WÉRY, «La réduction du prix dans les contrats à titre onéreux: une hypothèse loin d'être exceptionnelle», in J.-Fr. GERMAIN (dir.), *Questions spéciales en droit des contrats*, coll. Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 33 et s.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 643 et s.; S. JANSEN, *Prijsvermindering. Remedie tot bijsturing van contracten*, Anvers, Cambridge, Intersentia, 2015, 1200 p.

(13) Pour une étude de ce texte, voy. la remarquable thèse de S. JANSEN, *Prijsvermindering. Remedie tot bijsturing van contracten*, op. cit., pp. 242 et s.

(14) Voy. not. Cass., 16 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 472; Cass., 18 février 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 728; *R.D.C.*, 1988, p. 696 (note E. DIRIX, pp. 660 et s.); Cass., 11 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 898; Cass., 8 février 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 778, note A. VAN OEVELEN; Cass., 6 janvier 2011, *R.G.D.C.*, 2012, pp. 393 et s., note P. BAZIER; Cass., 15 juin 2011, C.09.0624.F, <http://jure.juridat.just.fgov.be>, concl. de l'avocat général HENKES.

(15) Sur le sujet, voy. not. P. WÉRY, «Les sanctions de l'abus de droit dans la mise en œuvre des clauses relatives à l'inexécution d'une obligation contractuelle», in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 127 et s.; P. BAZIER, «Abus de droit, *rechtsverwerking* et sanctions de l'abus de droit», note sous Cass., 1^{er} octobre 2010 et Cass., 6 janvier 2011, *R.G.D.C.*, 2012, pp. 393 et s.; S. STIJNS et Fr. AUVRAY, «Abus de droits contractuels

Le pouvoir modérateur peut, tout d'abord, se traduire par une réduction mathématique. Pareille sanction trouve son terrain d'élection dans le domaine des clauses pénales(16). C'est par ce biais aussi que le juge peut réduire les intérêts moratoires dus par le débiteur(17).

En vertu de son *ius moderandi*, le juge peut aussi substituer un autre remède à la sanction réclamée par le créancier. En ne choisissant pas, parmi la palette de sanctions mises à sa disposition, celle qui, compte tenu des circonstances de l'espèce, est la plus appropriée au manquement de son cocontractant, le créancier transgresse, en d'autres termes, la bonne foi dans sa fonction modératrice. Ainsi, lorsque le créancier réclame l'exécution en nature de l'obligation, le juge écartera cette demande si elle s'avère abusive, et il y substituera une condamnation à l'exécution par équivalent — le plus souvent, sous la forme de dommages et intérêts(18), mais elle peut aussi prendre les traits d'une réparation en nature(19) —, voire une résolution du contrat(20).

Enfin, le juge peut sanctionner l'abus de droit d'une manière plus radicale : il peut priver le créancier de la possibilité d'invoquer son droit dans le cas d'espèce(21). Un créancier ne pourra, par exemple, invoquer le bénéfice d'une clause pénale ou d'une clause résolutoire expresse pour sanctionner un manquement contractuel de son débiteur, s'il appert que la mise en œuvre d'une telle clause excéderait manifestement l'usage normal qu'en ferait une personne raisonnable et prudente dans de telles circonstances.

B. — *La flexibilité des sanctions relatives à la validité du contrat*

7. La sanction de la nullité. Le contentieux de l'annulation des contrats, qui est au cœur du présent commentaire, n'échappe pas à cette tendance à l'assouplissement des sanctions.

dans l'exécution du contrat : critères et sanctions», in M. DUPONT (dir.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 299 et s.

(16) Voy. not. Mons, 21 mars 1990, *R.D.C.*, 1991, p. 23, note; Mons, 11 janvier 1995, *Rev. rég. dr.*, 1996, p. 41, note P. WÉRY; J.P. Gand (1^{er} canton), 3 avril 1998, *T.G.R.*, 1999, p. 154. Voy. aussi A. GOEGEBUER, «Schade- en strafbedingen in rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief», *R.W.*, 2001-2002, pp. 406-407.

(17) Liège, 4 décembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1732.

(18) Sur ce point, voy. P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, préface I. MOREAU-MARGRÈVE, coll. scientifique de la Faculté de Droit de Liège, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 238-239.

(19) Sur ce point, voy. *ibid.*, p. 151.

(20) Cass., 16 janvier 1986, *R.C.J.B.*, 1991, p. 4, note M. FONTAINE.

(21) Pour des applications jurisprudentielles, voy. not. Cass., 30 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, p. 185, note P.A. FORIERS; Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 244; *R.G.D.C.*, 2004, p. 396; *T. Not.*, 2001, p. 473, note C. DEWULF; *R.W.*, 2001-2002, p. 778, note A. VAN OEVELEN; Cass., 1^{er} octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2470; *R.W.*, 2011-2012, p. 142, note S. JANSSEN et S. STIJNS; *R.G.D.C.*, 2012, p. 387, note P. BAZIER; Cass., 9 mars 2009, *Larcier Cass.*, 2009, p. 106, n° 421, somm. et p. 109, n° 436, somm.; *J.T.*, 2009, p. 392, avec les concl. de l'avocat général J.-M. GENICOT; *R.G.D.C.*, 2010, p. 130, note J.-F. GERMAIN; Cass., 8 février 2010, *Pas.*, 2010, p. 402; *Larcier Cass.*, 2010, p. 94, n° 361.

Le temps est, en effet, révolu, où la nullité était destinée à anéantir le contrat dans sa totalité (22). Désormais, la nullité n'est plus considérée d'un point de vue «organiciste» (23), comme un état objectif de la convention. L'analyse nouvelle est téléologique: il incombe au juge de s'enquérir de la nature de la règle transgressée et du but que son auteur lui a assigné (24). Dans cette perspective moderne, la nullité se présente ainsi comme une sanction qui est destinée à garantir l'efficacité d'une règle de droit impératif ou d'ordre public.

Étant destinée à restaurer la légalité, la nullité doit s'adapter au but de la règle violée: elle ne doit frapper le contrat que dans la mesure nécessaire au rétablissement de la légalité. Comme on l'a fort bien écrit, «[c]ela signifie que ce qui est prohibé doit être annulé mais seulement cela. L'adage *Utile per inutile non vitiatur* exprime cette idée selon laquelle la nullité doit être restreinte à ce qui est strictement nécessaire à la suppression de l'illégalité» (25).

De cette conception plus fine de la nullité résultent d'importantes conséquences quant à l'étendue de la nullité. La nullité partielle du contrat est ainsi bien ancrée dans le paysage juridique. On illustrera ce phénomène par des exemples tirés tant de la loi que de la jurisprudence (voy. *infra*, n^{os} 9 à 15).

8. Différentes techniques permettant de restreindre les effets de la nullité. Avant toutes choses, il convient de préciser que la nullité partielle n'est qu'une technique, parmi d'autres, qui permet au juge de restreindre les effets de la nullité d'un contrat.

La doctrine distingue ainsi trois techniques: la nullité partielle, la réduction et la conversion (26).

Nous empruntons la définition de ces concepts à notre collègue R. Jafferali (27). La nullité partielle a pour objet de «limiter l'effet de la nullité aux seules obligations ou clauses entachées du vice de légalité et de maintenir pour le surplus le reste du contrat s'il peut survivre à cette amputation». La réduction «consiste quant à elle à remplacer une clause ou une obligation illégale par une clause ou une obligation légale de même nature, mais de moindre intensité». Quant à la conversion, elle agit «sur un axe "horizontal" (...) [et] consiste (...) à repartir de l'accord de volonté des parties, mais à le transformer en un nouvel acte juridique échappant aux critiques de légalité adressées à l'acte nul».

(22) Sur le sujet, voy. Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, préface A. WEILL, Paris, L.G.D.J., 1969, 511 p.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., op. cit., pp. 327 et s.; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, préface P.A. FORIERS, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 466 et s., spéc. pp. 701 et s.; Th. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Anvers, Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 133 et s.

(23) M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Story-Scientia, 1999, p. 71, qui emprunte ce terme à J. Ghestin.

(24) *Ibid.*, p. 72.

(25) J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 2, *L'objet et la cause — Les nullités*, in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 1309.

(26) Voy. not. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., pp. 702 et s.; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. I, Brugge, die Keure, 2015, pp. 141 et s.

(27) R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., p. 702.

Ces trois techniques «se recoupent plus ou moins largement et procèdent toutes de l'idée que la nullité ne doit produire ses effets que dans la mesure où elle apparaît nécessaire au rétablissement de la légalité»(28). On peut même considérer que la nullité partielle d'une clause et sa réduction sont deux expressions synonymes(29).

1. *La nullité partielle du contrat*

9. Nullité partielle d'un contrat multipartite ou d'un contrat bipartite. La nullité partielle d'un contrat est une sanction qui est bien implantée dans le paysage juridique belge. La convention se voit ainsi fractionnée, amputée de l'une de ses parties.

Une telle nullité peut se concevoir *ratione personae* pour les contrats multipartites : le juge libère une des parties de tout engagement, de sorte que la convention subsiste entre les autres parties contractantes(30). Le Code des sociétés en fournit de belles illustrations. Par exemple, son article 456, 1^o, aux termes duquel les fondateurs d'une société anonyme «sont tenus solidairement envers les intéressés, malgré toute stipulation contraire : 1^o de toute la partie du capital qui ne serait pas valablement souscrite en vertu de l'article 441 (...); ils en sont de plein droit réputés souscripteurs».

Il n'est évidemment pas possible d'envisager une telle annulation, lorsque le contrat n'a été conclu que par deux parties. En revanche, le juge peut annuler une fraction matérielle du contrat, que celle-ci consiste en une partie de son objet ou en certaines de ses clauses. Les applications sont nombreuses tant en législation qu'en jurisprudence.

10. Exemples de dispositions légales. Le Code civil comporte une disposition qui peut être analysée comme admettant la nullité partielle d'un contrat. L'article 1601, alinéa 2, envisage l'hypothèse d'une vente qui porterait sur une chose dont une partie a péri avant sa conclusion(31). Aux termes de cette disposition, «si une partie seulement de la chose était périée, il est au choix de l'acquéreur d'abandonner la vente, ou de demander la partie conservée, en faisant déterminer le prix par la ventilation». Lorsque l'acheteur opte pour la seconde branche de l'alternative, le prix est adapté en fonction, non pas de la valeur intrinsèque que conserve la portion intacte du bien, mais au prorata du prix total qui a été convenu par les parties(32). Un tel ajustement du prix de

(28) *Ibid.*

(29) En ce sens, voy. not. A. SNYERS, «De rechterlijke matiging van een niet-concurrentiebeding in een acquisitieovereenkomst», *R.D.C.*, 2016, p. 371. Voy. le revirement d'opinion de F. PEERAER, «Naar een nietigheid op maat: de principiële erkenning van de (mogelijkheid tot) reductie door het Hof van Cassatie», *op. cit.*, p. 1190, qui concède toutefois que la question n'a pas d'enjeu pratique.

(30) T. DANG VU, «De totstandkoming van meerpartijenovereenkomsten vanuit een statisch oogpunt en de toetreding van nieuwe partijen», in I. SAMOY et P. WÉRY (dir.), *Meerpartijenovereenkomsten. Contrats multipartites*, Bruxelles, la Charte, 2013, pp. 47 et s.

(31) À son sujet, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 271 et s.

(32) F. LAURENT, *Principes*, t. 24, 1887, p. 99; *Pand. b.*, t. 130, v^o Vente (en général), 1928, col. 176, n^o 663; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 4, *Les principaux contrats (première partie)*, vol. I, 4^e éd. par A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 155, note 1.

vente consécutif à l'impossibilité partielle de livrer l'objet de la vente peut être analysé comme une nullité partielle de la vente(33).

L'article 66, intitulé « Polices combinées », de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances offre une seconde illustration intéressante. Après avoir précisé qu'«[à] défaut de convention contraire, lorsque, dans un même contrat, l'assureur s'engage à diverses prestations, soit en raison des garanties promises, soit en raison des risques assurés, la cause de résiliation relative à l'une des prestations n'affecte pas le contrat dans son ensemble», le législateur ajoute, en son troisième alinéa, que «[l]a cause de nullité relative à l'une des prestations n'affecte pas le contrat dans son ensemble».

On peut enfin citer l'article 2013, alinéa 3, du Code civil, aux termes duquel «[l]e cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul ; il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale».

11. Applications de la nullité partielle en jurisprudence. Phénomène plus intéressant à relever : la jurisprudence n'hésite pas à annuler partiellement une convention, même en l'absence de disposition légale expresse.

La doctrine(34) invoque souvent l'autorité d'un arrêt de la Cour de cassation du 13 octobre 1960(35). Comme R. Jafferli l'a justement fait observer, telle ne peut être la portée de cette décision : la Cour ne s'était prononcée que sur le respect d'une règle de forme, à savoir la nécessité pour le juge du fond de motiver sa décision(36).

D'autres décisions sont, en revanche, plus pertinentes.

Tel est incontestablement le cas de l'arrêt de la Cour de cassation du 9 juin 2006(37). Celui-ci a traité aux conséquences d'une omission ou d'une inexactitude intentionnelles dans la déclaration que le preneur d'assurance doit effectuer. En l'espèce, une personne, qui avait souscrit un contrat d'assurance omnium pour son véhicule, est victime d'un vol. La compagnie d'assurance refuse de l'indemniser en reprochant au preneur une omission intentionnelle, consistant à ne pas avoir déclaré quatre sinistres antérieurs. La cour d'appel n'en condamne pas moins la compagnie à indemniser l'assuré au motif que les omissions avaient trait

(33) Sur le point de savoir si cette solution peut être étendue à d'autres contrats, par exemple un contrat de bail, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 273.

(34) Voy. not. C. CAUFFMAN, « Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité ? », note sous Cass., 23 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2007, p. 433 ; L. CORNELIS, *Algemeen theorie van de verbintenis*, Anvers, Groningen, Intersentia, 2000, p. 719.

(35) Cass., 13 octobre 1960, *Pas.*, 1961, I, p. 160, avec la note 1.

(36) R. JAFFERLI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, pp. 706-707. Voy. aussi F. PEERAER, « Naar een nietigheid op maat: de principiële erkenning van de (mogelijkheid tot) reductie door het Hof van Cassatie », *op. cit.*, p. 1189. Comme le renseigne le sommaire de l'arrêt, « n'est pas entaché de contradiction l'arrêt qui, après avoir constaté qu'une convention ayant un double objet, à savoir la cession d'un matériel et la cession d'un bail, n'est illicite qu'en ce qui concerne son second objet, ne la déclare nulle que dans la même limite ». La note 1, qui figure sous ce sommaire, précise : « Différente est la question de savoir si, en cas de convention ayant un double objet, chacun de ces objets est indépendant, en sorte que la nullité d'un des éléments de la convention n'entraîne pas celle de la convention entière ».

(37) Cass., 9 juin 2006, *Pas.*, 2006, p. 1373 ; *D.C.C.R.*, 2007/74, pp. 103 et s., note J.-L. FAGNART.

tantôt à des accidents dans lesquels sa responsabilité n'avait pas été retenue, tantôt à un sinistre sans rapport avec un vol du véhicule. L'assureur n'a donc pu être induit en erreur sur l'appréciation du risque de vol. L'article 6, alinéa 1^{er}, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, qui était applicable en l'espèce, disposait que lorsque l'omission ou l'inexactitude intentionnelles dans la déclaration que le preneur d'assurance a l'obligation d'effectuer conformément à l'article 5 de la même loi induisent l'assureur en erreur sur les éléments d'appréciation du risque, le contrat d'assurance est nul. La Cour de cassation apporte toutefois une nuance importante à cette solution en déclarant: «Il ressort de cette disposition que le contrat d'assurance n'est frappé de nullité que si l'omission ou l'inexactitude ont porté sur un élément d'appréciation du risque assuré. Lorsque, dans un même contrat, plusieurs risques sont assurés et que l'omission ou l'inexactitude n'ont eu une incidence que pour l'appréciation d'une partie d'entre eux, la nullité du contrat est limitée à l'assurance des risques pour lesquels l'assureur a été induit en erreur».

Diverses décisions rendues par des juges du fond méritent aussi de retenir l'attention. On en mentionne quatre parmi bien d'autres.

Dans son arrêt du 18 juin 2008, la cour d'appel de Bruxelles fait application de l'article 1599 du Code civil, qui prévoit la nullité relative de la vente de la chose d'autrui. La cour se borne toutefois à annuler partiellement la vente d'un appartement: elle ne doit être annulée que dans la mesure où l'espace faisant fonction de salon avait été vendu antérieurement (38).

Un autre arrêt de la même cour, du 20 novembre 2008, annule pour partie un contrat d'entreprise pour violation de l'ordre public. En l'espèce, l'entrepreneur disposait de l'accès à la profession pour certains des travaux commandés, mais pas pour d'autres. Pour la cour, «dans la mesure où il est possible de dissocier les travaux pour lesquels l'entrepreneur disposait d'un accès à la profession (travaux de menuiserie et électricité) de ceux pour lesquels il n'en disposait pas, il convient de prononcer la nullité partielle du contrat d'entreprise» (39).

Un troisième arrêt de la même juridiction mérite également d'être épinglé, même s'il prononce la nullité de la convention dans sa totalité. Dans son arrêt du 28 avril 2010, la cour annule un contrat de concession exclusive de vente qui contenait des clauses restrictives de concurrence ne remplissant pas les conditions prévues dans un règlement d'exemption par catégorie ou les conditions d'exemption individuelle prévues par l'article 101, § 3, du TFUE, au motif que ces dispositions sont indissociables de l'ensemble du contrat (40). *A contrario*, il est permis de conclure qu'une nullité partielle aurait pu être prononcée si ces clauses avaient pu être détachées du reste de la convention.

On peut enfin relever la jurisprudence relative à la dissimulation frauduleuse par les parties à un contrat de vente immobilière d'une fraction du prix, afin d'éluder en partie le paiement des droits d'enregistrement. Comme

(38) Bruxelles, 18 juin 2008, *R.G.D.C.*, 2010, p. 236, note B. VAN DEN BERGH.

(39) Bruxelles, 20 novembre 2008, *R.G.D.C.*, 2011, p. 97. Voy. aussi Civ. Tournai, 14 décembre 2004, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1302, in *Inédits du droit de la construction (deuxième partie)*. Pour un autre cas où il a été jugé, à l'inverse, que le contrat constituait un «ensemble indivisible», voy. Civ. Charleroi, 16 février 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 790.

(40) Bruxelles, 28 avril 2010, *R.D.C.*, 2011, p. 808, note P. KILESTE et C. STAUDT.

le rappelle un arrêt de la cour d'appel de Liège du 30 novembre 2006, «seule la convention qui a été conclue à l'occasion de la vente et qui consistait à s'engager à taire dans l'acte écrit de vente le prix réellement convenu est nulle et (...) en revanche tant la convention de vente "officielle" que la contre-lettre ne sont pas atteintes de nullité dès lors que le mobile déterminant consistait à transférer la propriété d'un immeuble pour un prix déterminé au sujet duquel les parties étaient d'accord et non pas à procéder à une fraude fiscale» (41).

2. *Un cas particulier de nullité partielle du contrat : la nullité de l'une de ses clauses*

12. Les hypothèses prévues par le législateur. La nullité partielle d'une convention peut consister dans la mise à néant de l'une de ses clauses. La clause est alors nulle ou plus précisément annulable (42).

Le législateur peut ainsi limiter la portée de l'annulation à la seule clause contractuelle illicite (43). Diverses dispositions légales prévoient expressément une telle sanction. Telle est, par exemple, la sanction dont le Code de droit économique frappe les clauses abusives énumérées dans la liste noire de l'article VI.83. Le Code réserve toutefois le cas où le contrat ne pourrait subsister sans la clause abusive : en pareille hypothèse, le contrat cesse d'être «contraignant». Quant à l'article 41.1 de la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route, il porte que «[s]ous réserve des dispositions de l'article 40, est nulle et de nul effet toute stipulation qui, directement ou indirectement, dérogerait aux dispositions de la présente Convention. La nullité de telles stipulations n'entraîne pas la nullité des autres dispositions du contrat».

Dans certains cas, la volonté du législateur ou le but de la loi impose de retenir la divisibilité de la convention, quand bien même aucune disposition légale ne prévoirait expressément sa nullité partielle (44). Tel est assurément le sort à réserver aux clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité ou de garantie, lorsqu'elles sont entachées d'une cause de nullité. Comme le relève R. Jafferali, «[l]e but d'une telle clause est de libérer le débiteur de toute responsabilité ; or, si tout le contrat était annulé, il serait ainsi libéré de tout engagement, de sorte que le but protecteur de la loi ne serait pas atteint» (45). Il en va de même de la clause exonératoire de la garantie des vices cachés, lorsque le vendeur connaissait le défaut : l'annulation ne frappe que la clause, car la nullité du contrat priverait l'acheteur de la garantie légale prévue par les articles 1641 et suivants du Code civil. On peut aussi songer au célèbre

(41) Liège, 30 novembre 2006, *R.G.D.C.*, 2008, p. 103, note M. DUPONT. *Contra*, mais à tort, Mons, 26 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1041, obs. critiques de B. KOHL (la cour d'appel annule la vente d'immeuble, au motif que la fraude fiscale consistant, pour les parties, à prévoir le paiement d'une partie du prix «en noir» était un des mobiles déterminants de la vente).

(42) Sur cette précision, voy. I. CLAEYS, «Ontbinding en nietigheid van overeenkomsten: rechterlijke tussenkomst altijd vereist», in I. CLAEYS (dir.), *Contractenrecht in beweging*, Malines, Kluwer, 2004, p. 192.

(43) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 327 et s. ; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, pp. 703 et s.

(44) R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, p. 719.

(45) *Ibid.*

arrêt de la Cour de cassation du 17 avril 1970(46), antérieur à la réforme des clauses pénales exorbitantes, qui considérait comme contraire à l'ordre public et donc totalement nulle la clause pénale manifestement excessive au regard du préjudice prévisible : cette nullité de la clause n'était rien d'autre qu'un cas de nullité partielle du contrat.

13. Les clauses réputées non écrites. D'autres techniques d'éradication des clauses illicites se sont également développées en législation, dont celle du «réputé non écrit». Parmi bien d'autres textes, citons l'article 1762*bis* du Code civil, qui répute non écrit tout pacte commissoire exprès en matière de baux immobiliers, ou les articles 1153, alinéa 5, et 1231, § 3, du même Code, qui réputent non écrites les clauses ayant pour objet d'exclure le pouvoir, pour le juge, de réduire les clauses pénales(47).

Si certains voient dans cette expression un synonyme de la nullité judiciaire de la clause, une autre tendance lui attribue, par contre, une signification particulière. Par l'effet d'une fiction légale, la clause illicite est dépourvue de toute existence légale et se voit biffée de plein droit, sans l'intervention d'un tribunal, de la convention(48). La clause est ainsi, par la force de la loi, réputée n'avoir jamais figuré dans le contrat. Cette «bombe propre»(49) permet d'éviter les dégâts collatéraux qui seraient provoqués par l'annulation de tout le contrat. Renonçant ici à «la politique de "tout ou rien"»(50), le législateur entend protéger la partie faible de la manière la plus adéquate : par une sorte de «réfaction législative»(51) (52).

Cette technique de chirurgie juridique témoigne, elle aussi, du souci du législateur d'adapter la sanction au mal auquel il faut remédier.

14. Les clauses de divisibilité et d'indivisibilité du contrat. Il se peut que rien ne puisse être inféré de la volonté du législateur ou du but de la loi. Quelles conséquences s'attachent alors à la nullité d'une clause ? Cette nullité affecte-t-elle toute la convention ?

La réponse à cette question peut figurer dans le contrat. Les parties peuvent, en effet, avoir envisagé expressément les suites à réserver à la nullité d'une clause particulière. Dans ce cas, il suffit, en règle, de se conformer à leur volonté.

(46) Cass., 17 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 711 ; *J.T.*, 1970, p. 545 ; *R.C.J.B.*, 1972, p. 454, note I. MOREAU-MARGRÈVE.

(47) Cass., 5 mars 2007, *R.G.D.C.*, 2008, p. 559.

(48) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 329 et s. Pour d'autres analyses, voy. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, pp. 481 et s. ; Th. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, *op. cit.*, pp. 277 et s.

(49) J. KULLMANN, «Remarques sur les clauses réputées non écrites», *D.S.*, 1993, chron. XIV, p. 62.

(50) C. THIBIERGE-GUELFUCI, «Libres propos sur la transformation du droit des contrats», *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 363.

(51) H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. I, *Obligations*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 1998, p. 323.

(52) Cette analyse peut être rapprochée d'un arrêt de la Cour de cassation du 25 avril 2003 (*R.G.D.C.*, 2005, p. 42, note P. WÉRY) et, peut-être, aussi de celui du 14 janvier 2008 (*Pas.*, 2008, p. 85).

En pratique, les contrats comportent souvent une clause de divisibilité⁽⁵³⁾, précisant que la nullité de l'une des dispositions contractuelles n'entraîne pas la nullité de l'intégralité de la convention. De telles clauses sont valables, sauf, évidemment, si elles contrarient une disposition légale impérative ou d'ordre public⁽⁵⁴⁾. La portée d'une telle stipulation n'est toutefois pas absolue⁽⁵⁵⁾. D'une part, elle ne peut faire obstacle à l'annulation du contrat si celui-ci se voit, par l'annulation de telle clause déterminée, amputé de l'une de ses conditions essentielles de validité; d'autre part, le juge, qui doit donner la primauté à la volonté réelle sur la volonté déclarée des parties, pourrait estimer, en dépit de l'insertion de la clause de divisibilité, que telle clause est, en réalité, déterminante de la volonté des parties; enfin, on ne peut exclure que dans des cas exceptionnels, une partie ne puisse se prévaloir de la clause en raison de l'abus de droit qu'elle commet en faisant appel à la clause⁽⁵⁶⁾.

À l'inverse, il se peut que les parties aient inséré dans leur convention une clause d'indivisibilité: les parties ont alors entendu faire du contrat et de ses différentes clauses un tout indissociable. Se conformant à leur volonté, le juge devra lier le sort du contrat à celui de la clause litigieuse. S'il annule cette dernière, il doit réserver le même sort à la convention⁽⁵⁷⁾.

15. La nullité d'une clause en l'absence d'une clause de divisibilité ou d'indivisibilité. Qu'advient-il du contrat, lorsque celui-ci ne comporte pas une telle clause?

Le Code civil ne répond pas de manière univoque à cette question.

Aux termes de l'article 900, «[d]ans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites». Quant à l'article 1172, il porte: «Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend».

Au prix d'une interprétation très libre de ces deux textes contradictoires, la doctrine a forgé une règle commune, qui est applicable aux clauses, et non plus seulement aux conditions. Cette règle concerne aussi bien les libéralités que les actes à titre onéreux⁽⁵⁸⁾. M. von Kuegelgen la rappelle en ces termes:

(53) J. BAECK, «Nietigheidsclausules», in G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRY, B. TILLEMANS, A.-L. VERBEKE (dir.), *Contractuele clausules. Gemeenrechtelijke clausules*, vol. II, Anvers, Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 1580 et s.; Th. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, *op. cit.*, pp. 253 et s.

(54) J. BAECK, «Nietigheidsclausules», *op. cit.*, p. 1585.

(55) M. VON KUEGELGEN, «Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités», in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, pp. 574-575.

(56) J. BAECK, «Nietigheidsclausules», *op. cit.*, p. 1586.

(57) Sauf, évidemment, si cette clause d'indivisibilité va à l'encontre d'une disposition impérative ou d'ordre public qui limite la nullité à la clause illicite (W. VAN GERVEN, *Beginnselen van Belgisch privaatrecht. Algemeen deel*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, pp. 426-427). Et sous réserve aussi d'un éventuel abus de droit dans la mise en œuvre de la clause d'indivisibilité (J. BAECK, «Nietigheidsclausules», *op. cit.*, p. 1586; Th. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, *op. cit.*, p. 264).

(58) Voy. par ex. W. VAN GERVEN, *Beginnselen van Belgisch privaatrecht. Algemeen deel*, *op. cit.*, pp. 424-426; P. VAN OMMESELAGHE, «Examen de jurisprudence. Les obligations», *R.C.J.B.*, 1975, pp. 617 et s.; P. VAN OMMESELAGHE, «Examen de jurisprudence. Les obligations», *R.C.J.B.*, 1988, p. 35; B. TEYSSIE, «Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat», *D.S.*, 1976, chron. XLVIII, pp. 281-288.

«La volonté réelle des parties, interprétée souverainement en fait, constitue (...) l'élément décisif de l'étendue de l'annulation»; «il s'agira pour le juge d'examiner si la clause ou les obligations frappées de nullité ont déterminé le consentement de l'une des parties ou ne peuvent être dissociées du reste de la convention»(59).

La doctrine(60) prête souvent cette portée à un arrêt de la Cour de cassation du 27 février 1959, dont le sommaire paru à la *Pasicrisie* — qui émane du ministère public et non de la Cour — est rédigé dans les termes suivants: «lorsqu'une convention contient plusieurs stipulations qui, dans l'intention des parties, forment un tout indivisible, la nullité d'une des stipulations entraîne la nullité de la convention entière»(61). Comme R. Jafferalli le fait justement observer(62), on ne peut, en réalité, pas tirer grand-chose de l'arrêt, dans la mesure où la Cour rejette le moyen comme manquant en fait.

Plus aucun doute n'est, en revanche, permis à la lecture de son arrêt du 10 janvier 2014. La Cour y déclare: «Aux termes de l'article 1172 du Code civil, toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend. Il en résulte que, lorsqu'une convention contient plusieurs stipulations qui, dans l'intention des parties, ne forment pas un tout indivisible, la nullité d'une des stipulations n'entraîne pas automatiquement la nullité de la convention entière»(63) (64).

(59) M. VON KUEGELGEN, «Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités», *op. cit.*, p. 571. Voy. aussi H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., 1964, p. 758, n° 786; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, *op. cit.*, 1999, p. 76; F. MAUSSON et M. VON KUEGELGEN, «Réflexions sur l'indivisibilité et ses conséquences sur l'étendue de la disparition d'un acte juridique», in *Mélanges Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 452-453; R. BARBAIX, «Artikel 900 B.W. en de omvang van de nietigheid, bekeken en beoordeeld vanuit het gemene verbintenissen — en overeenkomstenrecht», *R.G.D.C.*, 2009, pp. 3 et s.

(60) C. CAUFFMAN, «Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité?», *op. cit.*, p. 437; L. CORNELIS, *Algemeen theorie van de verbintenissen*, *op. cit.*, p. 719; A. SNYERS, «De rechterlijke matiging van een niet-concurrentiebeding in een acquisitieovereenkomst», *op. cit.*, p. 370.

(61) Sommaire de Cass., 27 février 1959, *Pas.*, 1959, I, p. 653. Pour des applications de ce principe, voy. Bruxelles, 4 avril 1974, *J.T.*, 1974, p. 588; Civ. Gand, 6 février 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 1047.

(62) R. JAFFERALLI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, p. 706 (l'auteur relève toutefois, à juste titre, que l'on peut «deviner derrière cette réécriture imaginative de la décision attaquée, une inclinaison de la Cour à adhérer à la théorie de la nullité partielle»). En ce sens aussi, voy. F. PEERAER, «Naar een nietigheid op maat: de principiële erkenning van de (mogelijkheid tot) reductie door het Hof van Cassatie», *op. cit.*, p. 1189.

(63) Cass., 10 janvier 2014, *Pas.*, 2014, p. 52. Voy. déjà Bruxelles, 4 avril 1974, *J.T.*, 1974, p. 588; Civ. Gand, 6 février 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 1047. Sur ce point, voy. aussi P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 325-326; R. JAFFERALLI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, pp. 703 et s.

(64) Un autre arrêt du 28 juin 2012 (Cass., 28 juin 2012, *Pas.*, 2012, p. 1501; *T.B.M.*, 2013, p. 26, note A. FOCQUET) abondait déjà en ce sens, s'agissant de l'ampleur à réserver à la nullité, lorsqu'une clause contrevient au droit européen de la concurrence. Il s'agissait, en l'espèce, d'une entente restrictive de concurrence. Pour la Cour, «En ce qui concerne la portée de la nullité absolue de plein droit fondée sur l'article 85, alinéa 2, du Traité CE, la convention n'est nulle dans son ensemble que si les clauses qui sont inconciliables avec l'article 85, alinéa 1^{er}, du Traité CE ne peuvent être détachées de la convention elle-même. Dans le cas contraire, les conséquences de la nullité de toutes les parties de la convention ne sont pas déterminées par le droit communautaire. Selon le droit national applicable, le juge

16. Les suites de la nullité de la clause. Que peut décider le juge après avoir prononcé la nullité d'une clause ?

S'il a été saisi d'une demande en ce sens, le tribunal est amené à faire application du régime légal, qui régit le litige en l'absence de clause. Ayant, par exemple, prononcé la nullité d'une clause exonératoire de responsabilité, il accordera au créancier une réparation entière de son préjudice conformément aux articles 1149 et suivants du Code civil. Autre exemple : ayant annulé une clause de non-concurrence mise à charge du vendeur d'un fonds de commerce, il fera application des articles 1627 et 1628 du Code civil, qui imposent au vendeur de garantir son cocontractant contre toute éviction de son fait personnel(65). Dans d'autres hypothèses, il suppléera à la disposition contractuelle annulée une clause prévue par l'usage (art. 1135 et 1160 C. civ.)(66). Il pourra aussi mobiliser les potentialités du principe de l'exécution de bonne foi des conventions pour combler le vide créé par l'annulation de la clause.

Le juge ne pourrait toutefois aller au-delà et remplacer la clause qu'il annule par une clause différente qui ne serait pas prévue par l'une de ces sources ou qui ne reposerait pas sur la volonté des parties. Tel est l'enseignement qui se dégage de l'arrêt de la Cour de cassation du 23 mars 2006(67). Pour la Cour, «[l]orsque le juge constate la nullité absolue d'une clause d'un contrat, il ne peut la remplacer par une autre clause qui ne repose pas sur le consentement des parties». Aussi la Cour casse-t-elle la décision du juge du fond qui, ayant annulé la formule de révision de prix stipulée pour la première phase dans un contrat de marché public, l'avait remplacée par la formule convenue pour la seconde phase. En décidant de la sorte, le juge d'appel avait violé les articles 6, 1131 et 1134 du Code civil. La portée de cet arrêt ne doit pas être limitée aux hypothèses de nullité absolue d'une clause ; elle s'applique aussi à celles où la clause est affectée d'une cause de nullité relative(68).

II. — UN PAS SUPPLÉMENTAIRE VERS LA FLEXIBILITÉ DE LA SANCTION : LA NULLITÉ PARTIELLE D'UNE CLAUSE

17. Introduction. C'est dans ce contexte particulièrement propice à la nullité partielle du contrat que la Cour de cassation a rendu l'arrêt du 25 juin 2015, qui admet, cette fois, la nullité partielle d'une clause.

national doit apprécier la portée et les conséquences pour l'ensemble des relations contractuelles si certaines dispositions de la convention sont nulles en vertu de l'article 85, alinéa 2, du Traité CE». La Cour estime qu'en décidant de limiter la nullité à l'interdiction de vente passive, le juge d'appel a légalement justifié sa décision.

(65) M. VANSTEENBEECK, «Concurrentieclausules», in G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYIN, B. TILLEMANN, A.-L. VERBEKE (dir.), *Contractuele clausules. Gemeenrechtelijke clausules*, vol. I, Anvers, Cambridge, Intersentia, 2013, p. 917 ; D. MERTENS, «Het niet-concurrentiebeding: het mag ietsje meer zijn», *op. cit.*, n° 115, p. 20.

(66) R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, p. 722.

(67) Cass., 23 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2007, p. 422, note C. CAUFFMAN.

(68) R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, p. 722. *Contra* C. CAUFFMAN, «Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité ?», *op. cit.*, pp. 430 et s., pour qui cet arrêt ne s'appliquerait qu'aux nullités absolues, de sorte que le juge du fond conserverait «une certaine latitude (...) pour modérer des clauses qui ne seraient sanctionnées que par une nullité relative».

À l'image de diverses dispositions légales, plusieurs décisions de jurisprudence consacraient déjà cette solution ; on songe, en particulier, à l'arrêt de la Cour de cassation du 23 janvier 2015 (A).

La nullité partielle que retient la Haute juridiction ne tombe cependant pas sous le sens : des objections sérieuses, d'ordre théorique et pratique, sont invoquées contre une telle sanction. Elles ne nous paraissent toutefois pas décisives, ainsi que nous tenterons de le montrer (B). Au demeurant, la nullité partielle n'est pas admise de manière débridée : la Cour veille à l'encadrer de strictes conditions (C).

Pour clore ce commentaire, il restera à préciser la portée de cet arrêt. Son enseignement ne concerne pas uniquement les clauses de non-concurrence : il peut être étendu à la nullité d'autres stipulations contractuelles (D).

18. Une mise au point : distinction entre deux types de clauses. Avant d'aborder ces différents points, il convient de bien circonscrire les termes du débat, en distinguant deux types de clause.

Certaines dispositions contractuelles précisent que les parties s'engagent à négocier de bonne foi une nouvelle clause de non-concurrence, si celle sur laquelle elles s'étaient accordées à l'origine s'avère illicite(69). De telles dispositions n'encourent évidemment aucune objection ; il n'existe, du reste, aucune voix dissonante, en doctrine et en jurisprudence, à cet égard (70).

On ne peut en dire autant du second type de clauses, qui sont celles par lesquelles les parties entendent limiter la nullité de la clause à sa fraction qui s'avérerait illicite. Ce sont elles qui sont au cœur de la controverse que la Cour de cassation a tranchée dans son arrêt *Maison Victor*.

A. — *Les précédents légaux et jurisprudentiels*

19. La réduction du montant de la clause ou de la durée du contrat. Il arrive que le législateur préfère à la nullité intégrale de la clause la sanction de sa réduction.

a) Cette réduction peut porter sur le montant d'une clause.

Depuis la loi du 23 novembre 1998 modifiant le Code civil en ce qui concerne la clause pénale et les intérêts moratoires, les juges doivent ainsi réduire les clauses pénales qui sont manifestement excessives. L'article 1231, § 1^{er}, du Code civil substitue ainsi à la nullité de la clause — qui prévalait jusque-là dans la jurisprudence de la Cour de cassation(71) — la réduction du montant à hauteur du préjudice prévisible : le législateur impose sa réduction « lorsque cette somme excède manifestement le montant que les parties pouvaient fixer pour réparer le dommage résultant de l'inexécution de la convention ». L'article 1153, alinéa 5, du Code prévoit une sanction analogue pour les clauses pénales consistant dans le paiement d'intérêts moratoires manifestement excessifs. La nullité de la clause pénale exorbitante n'est

(69) J. BAECK, « Nietigheidsclausules », *op. cit.*, pp. 1587-1588.

(70) L'avocat général Werquin le relève aussi dans ses conclusions précédant l'arrêt annoté (www.juridat.be).

(71) Cass., 17 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 711 ; *J.T.*, 1970, p. 545 ; *R.C.J.B.*, 1972, p. 454, note I. MOREAU-MARGRÈVE.

désormais plus possible. La Cour de cassation le précise dans son arrêt du 6 décembre 2002 (72) : « le juge ne peut annuler une clause pénale au motif que son montant est supérieur à celui du dommage potentiel ». Son arrêt du 12 avril 2013 (73) confirme cette jurisprudence. On rappelle toutefois que cette sanction n'est pas applicable aux clauses pénales qui figurent dans un contrat conclu entre une entreprise et un consommateur ou dans un contrat conclu entre le titulaire d'une profession libérale et un consommateur : le Code de droit économique y retient la sanction de la nullité intégrale de la clause exorbitante (voy. *infra*, n° 36).

b) La réduction peut aussi affecter la durée d'un contrat, lorsque le législateur lui a assigné un terme extinctif maximal, par une disposition impérative ou d'ordre public.

La Cour de cassation a fait application de ce principe dans son arrêt du 15 décembre 2006, s'agissant de la durée du droit de superficie : « L'article 1^{er} de la loi du 10 janvier 1824 concernant le droit de superficie dispose que le droit de superficie est un droit réel, qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui. En vertu de l'article 4 de cette loi, le droit de superficie ne pourra être établi pour un terme excédant cinquante années, sauf la faculté de le renouveler. Il suit des dispositions légales précitées que lorsque le droit de superficie est stipulé pour une durée indéterminée, un droit réel est en réalité établi pour plus de cinquante ans. Un tel droit de superficie n'est, certes, pas nul, mais doit être réduit au délai maximal légalement fixé de cinquante ans » (74). Une telle réduction temporelle peut être appliquée à toutes les hypothèses dans lesquelles le législateur fixe une durée maximale au contrat (75).

Comme l'écrit M. l'avocat général Werquin dans ses conclusions précédant l'arrêt annoté, « [l]orsque la loi prescrit des limites que les parties ne peuvent pas dépasser, le juge peut réduire les limites conventionnelles à celles qui sont prescrites par la loi ». Telle est, du reste, la sanction que le Code civil retient expressément à l'article 1660 : après avoir déclaré que « [l]a faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq années », le législateur précise que « [s]i elle a été stipulée pour un terme plus long, elle est réduite à ce terme ».

c) La technique du réputé non écrit, que certains considèrent comme un cas de nullité, peut, elle aussi, n'affecter qu'une partie de la clause contractuelle.

L'article 1231, § 3, du Code civil en offre un bel exemple. Si une clause pénale stipule que le débiteur ne pourra en demander la réduction en justice, seule cette partie de la clause pénale sera réputée non écrite (76). Ainsi, lorsque la clause précise que le montant de l'indemnité est fixé de manière forfaitaire

(72) *J.L.M.B.*, 2003, p. 1485, obs. P. WÉRY.

(73) *Pas.*, 2013, p. 865.

(74) Cass., 15 décembre 2006, *R.W.*, 2007-2008, p. 104, note M. MUYLLE. Voy. aussi Cass., 3 décembre 2015, C.15.0210.N, www.juridat.be.

(75) R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., p. 734.

(76) Cass., 5 mars 2007, *R.G.D.C.*, 2008, p. 559.

et irréductible, il faut considérer que la clause pénale subsiste, mais amputée de ce dernier adjectif.

20. La nullité partielle d'une clause en jurisprudence. L'élimination d'une partie de clause ne doit pas nécessairement résulter d'une disposition légale. À l'examen de la jurisprudence(77), il apparaît, en effet, que les juges se reconnaissent le pouvoir d'annuler une fraction de clause, même en l'absence de texte légal(78).

L'arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 1999 est à cet égard particulièrement intéressant à analyser(79). L'affaire concernait l'indemnité forfaitaire prévue par un contrat de travail pour violation d'une clause de non-concurrence. Le contrat du représentant de commerce stipulait une indemnité supérieure au maximum légal. Le juge du fond avait réduit cette indemnité à ce maximum. Le travailleur se pourvut en cassation, estimant que le juge d'appel aurait dû annuler totalement l'indemnité forfaitaire et imposer à l'employeur d'établir son dommage. Prenant appui sur l'article 6 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, la Cour rejette le pourvoi et décide que «le juge est tenu de déclarer nulle la clause prévoyant une somme supérieure à trois mois de rémunération à titre d'indemnité forfaitaire en cas de non-respect par le travailleur de la clause de non-concurrence dans la mesure où cette clause prévoit un montant supérieur au montant légalement autorisé».

Un autre arrêt de la Cour, en date du 27 janvier 1994, mérite aussi de retenir l'attention. En l'espèce, une convention collective du travail contenait une disposition qui enfreignait le principe d'égalité de traitement entre les travailleurs salariés masculins et féminins (art. 130 de la loi du 4 août 1978 de réorientation économique). En l'espèce, la cour du travail de Bruxelles avait décidé que «seul le mot masculin figurant dans l'Annexe V à la convention collective du 23 mai 1980 doit être déclaré nul (...); que cette nullité ne s'étend dès lors pas à l'intégralité de la disposition accordant l'indemnité de fin de carrière, que cette disposition s'est valablement insérée dans les contrats d'emploi des agents masculins et que son bénéfice doit à présent être étendu aux agents féminins». Le pourvoi contestait le pouvoir, pour le juge, de sanctionner cette discrimination par la seule suppression de l'adjectif «masculin». La Cour de cassation rejeta le pourvoi en ces termes : «cette nullité, qui tend uniquement à rendre inefficace toute disposition contenant une discrimination fondée sur le sexe, ne peut avoir d'autre effet que celui d'assurer un traitement égal aux travailleurs lésés par une telle discrimination; qu'elle ne peut atteindre les droits des travailleurs qui ne sont pas lésés par cette discrimination; que, dès lors, elle ne frappe pas nécessairement la disposition entière»(80).

(77) Sur cette jurisprudence, voy. Th. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, *op. cit.*, pp. 282 et s.

(78) I. Claeys («Verbintenissenrecht. Een selectie van recente cassatierechtspraak», *op. cit.*, p. 7) cite aussi Cass., 12 octobre 2007, *NjW*, 2008, p. 120, note G.J., «Onrechtmatig beding in verzekeringsovereenkomst» (à propos de l'application de l'article 31 de la loi du 14 juillet 1991, qui impose au juge de prononcer la nullité lorsque la clause crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations du vendeur et du consommateur).

(79) *Pas.*, 1999, I, n° 561; *R.W.*, 2000-2001, p. 812.

(80) Cass., 27 janvier 1994, *Soc. Kron.*, 1994, p. 75, obs. J. JACQMAIN.

Certains juges du fond se sont aussi engagés dans cette voie. Ainsi le juge de paix de Kraainem a-t-il annulé partiellement la clause qui stipulait que «[l']abonné est responsable pour tout dommage causé aux matériaux utilisés même en cas de force majeure». La clause fut déclarée nulle dans la mesure où elle prévoyait la responsabilité de l'abonné pour les préjudices résultant d'un cas de force majeure(81). Le tribunal civil de Bruges a, pour sa part, eu à connaître de la validité d'une police d'assurance dont une clause subordonnait la garantie à la reconstruction ou à la reconstitution d'un bâtiment pour un usage identique en Belgique : la clause fut annulée pour la partie qui prescrivait que le nouveau bâtiment devait être affecté au même usage en Belgique(82).

21. Un arrêt annonciateur de la décision commentée: l'arrêt de la Cour de cassation du 23 janvier 2015. La décision antérieure à l'arrêt commenté qui est la plus remarquable est, sans conteste, celle que la chambre néerlandophone de la Cour de cassation a rendue, le 23 janvier 2015(83).

Cet arrêt aussi est repris dans le rapport annuel de la Cour(84), dans lequel on trouve une brève relation des faits de la cause.

L'affaire avait trait à une clause de non-concurrence qui figurait dans un contrat de cession d'une branche d'activités par une société travaillant dans la production et la vente de systèmes de protection solaire en tissu textile. Les cessionnaires s'étaient engagés à n'exercer aucune activité concurrente à celle que le cédant s'était réservée(85), durant une période de dix-sept ans. L'article 10 de la convention stipulait que : «les dispositions qui seraient entachées de nullité ou qui ne seraient pas valables restent obligatoires pour la partie qui est légalement autorisée»(86).

Quelques années plus tard, la société cédante et son gérant intentèrent une action qui tendait à la cessation d'activités qui, selon eux, contrevenaient à l'obligation de non-concurrence.

Les juges d'appel rejetèrent la demande, en considérant qu'«une clause de non-concurrence pour une durée de dix-sept ans est “particulièrement

(81) J.P. Kraainem, 2 août 1984, *T. Agr. R.*, 1987, p. 226.

(82) Civ. Bruges, 9 octobre 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 1325 (à propos de cette décision, voy. Th. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, *op. cit.*, p. 183).

(83) Cass., 23 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 727, avec les concl. de l'avocat général Th. WERQUIN; S. LAGASSE, «La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence», *op. cit.*, pp. 717 et s.; P. DEMOLIN et C. DEKEMEXHE, «La validité de la clause de non-concurrence applicable pendant l'exécution du contrat de franchise», *op. cit.*, pp. 722 et s.; *R.G.D.C.*, 2016, p. 187, note F. PEERAER, «Het Hof van Cassatie erkent en bevestigt de mogelijkheid tot reductie van nietige concurrentiebedingen in het gemene recht»; *R.D.C.*, 2016, p. 382, note Th. TANGHE, «Gedeeltelijke vernietiging/matiging van ongeoorloofde concurrentieclausules»; *J.L.M.B.*, 2015, p. 1305, N.B.; *J.T.T.*, 2015, p. 483, note M. L. WANTIEZ, «La nullité partielle d'une clause de non-concurrence»; *NjW*, 2015, p. 914, note C. LEBON.

(84) Rapport annuel 2015, p. 43.

(85) Cette particularité de la clause de non-concurrence est perdue de vue dans certains commentaires doctrinaux, qui affirment que la clause de non-concurrence pesait sur le cédant.

(86) Traduction libre proposée par S. Lagasse («La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence», *op. cit.*, p. 718) de la clause suivante : «Bepalingen die door nietigheid aangetast of ongeldig zouden zijn, blijven bindend voor het gedeelte ervan dat wettelijk toegelaten is».

longue”, qu’une telle clause est contraire à la liberté du commerce et de l’industrie, qu’elle est nulle, que “la nullité est absolue et que la clause ne peut être modérée” » (87).

La Cour de cassation accueille le pourvoi aux motifs suivants :

« 1. En vertu de l’article 7 du décret d’Allarde des 2-17 mars 1791, tel qu’il est applicable en l’espèce, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d’exercer telle profession, art ou métier qu’elle trouvera bon.

2. Cette disposition, qui s’oppose à une limitation illicite de la liberté du commerce et de l’industrie, est d’ordre public. La clause qui impose une limitation déraisonnable de la concurrence quant à l’objet, au territoire ou à la durée, est, dès lors, nulle.

3. Si une convention ou une clause est contraire à une disposition d’ordre public et qu’elle est, dès lors, nulle, le juge peut, si une nullité partielle est possible, limiter la nullité, sauf interdiction de la loi, à la partie de la convention ou de la clause contraire à cette disposition à condition que la poursuite de l’existence de la convention ou de la clause partiellement annulée réponde à l’intention des parties ».

Pour la Haute juridiction, les juges d’appel n’ont pas légalement justifié leur décision en ne donnant, par les motifs précités, aucune suite à la demande tendant à limiter la nullité de la clause de non-concurrence au dépassement de la durée autorisée.

L’enseignement qui peut être tiré de cet arrêt est double.

Dans la droite ligne de sa jurisprudence antérieure, la Cour autorise les juges du fond à annuler partiellement une convention illicite. Sur ce plan, l’arrêt n’est guère novateur. L’arrêt du 23 janvier 2015 n’en reste pas moins intéressant, car la Cour précise les conditions auxquelles une telle limitation de la nullité peut être décidée.

Le second enseignement de l’arrêt est plus important. La Cour de cassation fait, en effet, œuvre novatrice, lorsqu’elle autorise les juges du fond à limiter la nullité d’une clause illicite. La Cour n’a pas suivi l’avocat général A. Van Ingelgem dans ses conclusions, qui, pour sa part, concluait au rejet du pourvoi. Le site de la Cour de cassation donne le motif sur lequel repose la position du ministère public : « une clause qui impose une limitation déraisonnable sur la base de conditions cumulatives énumérées auparavant en matière de concurrence, est entachée de nullité absolue, et (...) la clause de modération qui veut malgré tout y accorder des conséquences juridiques dans la mesure où il est fait obstacle à la déclaration de nullité d’une telle clause nulle en raison de sa modération dans les limites légales, ne peut y déroger et doit entraîner les mêmes conséquences, dès lors que, eu égard au contenu et à l’économie de l’acte, il existe un lien indissociable avec la partie entachée d’une nullité (absolue) » (88). L’analyse de l’avocat général A. Van Ingelgem, qui s’appuie expressément sur un arrêt de la Cour de cassation du 3 février

(87) Constatations figurant dans l’arrêt de la Cour de cassation.

(88) Voy. aussi la note 1 sous cet arrêt à la *Pas.*, 2015, p. 211.

1971 (89) (*infra*, n° 28), est loin d'être isolée. Elle reflète l'opinion qui prévalait jusque-là tant en jurisprudence qu'en doctrine (90) (91).

Il est temps, à présent, de se prononcer sur le bien-fondé de la solution retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt commenté.

B. — *L'opportunité de la nullité partielle d'une clause illicite :
une question de politique juridique*

22. Deux logiques différentes. Deux logiques s'affrontent, lorsque l'on s'enquiert de l'ampleur à assigner à la nullité d'une clause : d'une part, la solution radicale du « tout ou rien » et, d'autre part, celle, plus mesurée, du « ni plus ni moins » (92), nécessitant « l'emploi d'une paire de ciseaux » (93).

Les partisans des deux thèses font valoir un certain nombre d'arguments (1 et 2).

1. *Les arguments opposés à la nullité partielle de la clause*

23. Les conclusions du ministère public. Dans ses conclusions fouillées précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2015, M. l'avocat général Werquin rejette catégoriquement le pouvoir pour le juge, en l'absence d'une disposition légale l'y habilitant, d'annuler partiellement une clause contraire à l'ordre public.

C'est avec force que le haut magistrat critique la solution retenue par la Cour dans son arrêt du 23 janvier 2015 : « La Cour met, à tort, sur le même plan le sort à réserver à une convention dont un article est nul pour contrariété à l'ordre public, et le sort à réserver à une clause dont une des modalités d'application est contraire à l'ordre public. Or, dans la première hypothèse, l'article déclaré nul car contraire à l'ordre public est censé n'avoir jamais existé ; le juge ne peut pas le faire renaître ; le juge n'a jamais été autorisé à réduire, c'est-à-dire amender l'article illicite de manière à le rendre licite ; alors que la Cour met sur le même plan la convention dont un article est nul pour contrariété à l'ordre public, et une clause, dont une des modalités de sa mise en œuvre est contraire à l'ordre public, elle ne transpose pas la solution applicable à la première hypothèse puisqu'elle permet au juge de maintenir

(89) Cass., 3 février 1971, *Pas.*, 1971, p. 511.

(90) Pour un état de la question, voy. M. VANSTEENBEECK, « Concurrentieclausules », *op. cit.*, pp. 915 et s. En jurisprudence, voy. not. Anvers, 13 septembre 1979, *R.W.*, 1979-1980, col. 2008, note H. SWENNEN ; Bruxelles, 19 octobre 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 393 ; Liège, 13 décembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1468 ; Gand, 25 mai 2005, *D.A.O.R.*, 2005, p. 334 ; Gand, 19 mars 2012, *T.R.V.*, 2014, p. 614, note ; Comm. Gand, 17 octobre 1996, *T.G.R.*, 1997, p. 26 ; Comm. Hasselt, 5 mai 2004, *Limb. Rechtsl.*, 2007, p. 144, note H. VAN GOMPEL ; Comm. Hasselt, 30 janvier 2008, *T.R.V.*, 2011, p. 313, note B. BELLEN ; Comm. Hasselt, 12 décembre 2011, *T.R.V.*, 2014, p. 623, note B. BELLEN et I. SCHOCKAERT ; Sent. arbitrale, 1^{er} septembre 2007, *T.R.V.*, 2011, p. 315, note B. BELLEN.

(91) La nullité de la clause de non-concurrence ne s'étendait toutefois pas à toute la convention, car elle n'est que l'accessoire du contrat (Bruxelles, 18 février 1972, *Pas.*, 1972, II, p. 90).

(92) Expressions empruntées à Th. TANGHE, « Gedeeltelijke vernietiging/matiging van ongoorloofde concurrentieclausules », *op. cit.*, pp. 386 et s.

(93) Selon la formule imagée de Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, *op. cit.*, p. 210.

la clause contraire à l'ordre public en réduisant à ce qui est licite la modalité d'application d'où naissait la contrariété. Ce faisant, la Cour perd de vue l'article 6 du Code civil qui frappe de nullité absolue la clause ou un de ses éléments constitutifs contraire à l'ordre public; contrairement à ce qu'elle affirme, la loi interdit au juge d'amender une clause frappée de nullité absolue pour contrariété à l'ordre public; en faisant référence à la volonté des parties, elle reconnaît, sans fondement juridique, la prééminence de la loi des parties sur la loi elle-même alors que l'autonomie de la volonté dérive de celle-ci et lui est subordonnée. La convention des parties ne peut supplanter la loi. Seule une convention qui comporte une clause par laquelle les parties s'engagent à amender elles-mêmes une disposition contractuelle frappée de nullité absolue par le juge est licite».

Différents arguments sont avancés à l'appui de cette opinion.

Grâce à ses conséquences drastiques, la nullité intégrale a des vertus plus dissuasives que la nullité partielle. D'une manière imagée, l'on peut dire que l'ordre public doit être mordant et qu'il ne peut être édenté, sous peine de favoriser une logique de «*risk free*» (94). Pour M. l'avocat général Werquin, «[a]ccepter cette réduction ou ce remplacement peut conduire une partie à insérer dans le contrat des clauses dont les conditions sont illicites pour la raison qu'elle n'aurait de toute façon rien d'autre à craindre que la réduction de la clause. Si le cocontractant agissait en justice, il ne pourrait obtenir que la réduction de la clause. Si la clause illicite entraînait la nullité complète de la clause, une partie choisirait plutôt une clause licite, afin de s'assurer de son effectivité».

Au demeurant, estime le haut magistrat, autoriser le juge à sanctionner d'une nullité partielle la clause illicite méconnaîtrait le principe de la séparation des pouvoirs. «C'est le législateur lui-même qui doit définir, au nom de l'ordre public, sa politique des nullités en recherchant la sanction la plus efficace à la dénonciation de l'illicite. Il incombe à la loi d'accorder au juge le pouvoir exceptionnel de substituer une disposition régulière à celle qu'il annule, remodelant ainsi la clause. Il peut estimer préférable de modifier le contenu de la clause plutôt que de la faire disparaître, notamment par une simple réduction de l'excès, même si le risque est d'encourager une des deux parties à pratiquer l'illicite dans son seul intérêt. Lorsqu'une stipulation contractuelle est contraire à l'ordre public, seule la loi peut accorder au juge le pouvoir de réduire ou de remplacer la stipulation entachée de nullité absolue de sorte que la clause de non-concurrence puisse sortir ses effets dans les relations entre parties. Une intervention légale qui prévoirait la réduction d'une clause illicite en partie devrait alors faire de la réduction non un droit, mais une possibilité dont le juge pourrait faire usage quand il considérerait approprié de le faire vu les circonstances de la cause et le but de la règle enfreinte». M. l'avocat général Werquin illustre son raisonnement par le précédent relatif aux clauses pénales manifestement excessives: avant l'entrée en vigueur de la loi du 23 novembre, la Cour de cassation censurait systématiquement les décisions de juges du fond qui réduisaient de telles clauses. Pour la Cour, de telles clauses devaient être qualifiées de peines privées, interdites et nulles de

(94) Sur cette logique, voy. Th. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, op. cit., p. 191.

nullité absolue en vertu de l'article 6 du Code civil. Il a fallu une intervention du législateur, pour consacrer dans le Code le pouvoir modérateur des clauses pénales exorbitantes (art. 1231, § 1^{er}, et 1153, al. 5, C. civ.).

À ces arguments on peut ajouter la difficulté pour un juge de déterminer ce qui est acceptable au regard des exigences de l'ordre public.

2. *Les arguments favorables à la nullité partielle d'une clause illicite*

24. Introduction. Sans nier la valeur des arguments avancés par les adversaires de la nullité partielle d'une clause, il nous semble que la balance doit plutôt pencher en faveur des arguments favorables à cette sanction. La plupart des commentateurs des arrêts du 23 janvier et du 25 juin 2015 approuvent, du reste, la solution retenue par la Cour (95).

Ces arguments sont nombreux et de divers ordres.

25. Un préalable: la notion de clause. S'interroger sur la possibilité pour un juge d'annuler une fraction de clause nécessite que l'on s'accorde, au préalable, sur la notion même de clause.

La doctrine ne s'y est guère intéressée, considérant sans doute celle-ci comme allant de soi. Rien n'est cependant moins vrai.

Dans sa remarquable thèse de doctorat, qui reste un ouvrage de référence, Ph. Simler met en exergue les deux acceptions que peut recevoir la notion de « clause »: l'une qu'il qualifie de purement matérielle et l'autre, de subjective. « Dans une acception purement matérielle, la plus communément admise, une clause est une partie d'un acte juridique constituant une unité en soi, distincte des autres parties de l'acte. Un contrat de vente, par exemple, sera fait de la juxtaposition des clauses suivantes: détermination de l'objet de la vente, fixation du prix, éventuellement détermination des modes, lieux et délais de paiement, subordination à une condition, etc. (...) Mais la réalité n'est pas aussi simple. Il faut admettre, par exemple, qu'une proposition subordonnée, un membre de phrase, un mot, ou au contraire un ensemble de phrases, un paragraphe tout entier du texte, constituent des clauses. Ainsi, on glisse imperceptiblement de cette acception purement matérielle et objective vers une définition plutôt subjective de la notion de clause. Dans cette acception subjective, on considérera comme des clauses les éléments d'un acte juridique qui présentent une individualité non plus matérielle, mais intellectuelle. Peu importe la forme grammaticale, le style de l'écrit qui constitue le support matériel de l'acte, pourvu qu'il renferme, d'une façon ou d'une autre, les différents éléments qui en constituent les clauses » (96).

La pratique regorge ainsi de « clauses à résonances multiples » (97).

Prenons la clause suivante, extrêmement fréquente: « En cas de non-paiement de la facture à l'échéance, le vendeur peut résoudre de plein droit et sans mise en demeure préalable la vente et obtenir, à titre de dommages et intérêts forfaitaires, un montant correspondant à 20 % de la facture ». Si l'on s'en

(95) Voy. outre les auteurs cités en note 2 de ce commentaire, Th. TANGHE dans sa thèse de doctorat, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, op. cit.

(96) Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, op. cit., p. 8.

(97) M. COPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, op. cit., 1999, p. 150.

tient à l'acception matérielle, il faut considérer que l'on n'est là qu'en présence d'une seule clause. En revanche, si l'on adopte la définition subjective de la clause, cette phrase, qui a un triple objet, doit, en réalité, être décomposée en trois clauses. D'une part, elle autorise la résolution extrajudiciaire du contrat par décision unilatérale du vendeur et, à ce titre, constitue une clause résolutoire expresse. D'autre part, elle déroge à l'article 1139 du Code civil et constitue ainsi une clause de dispense de mise en demeure. Enfin, sa finale prévoit une clause pénale relative aux dommages et intérêts complémentaires à la résolution.

Le même exercice peut être proposé pour une clause exonératoire de responsabilité. Prenons la clause suivante: «Le débiteur s'exonère de sa responsabilité pour toutes ses fautes personnelles, en ce compris sa faute intentionnelle, ainsi que pour toutes les fautes de ses agents d'exécution». Alors que l'acception matérielle n'y verra qu'une seule clause, la définition subjective de cette clause y discernera au moins six clauses: 1° une clause exonérant le débiteur de ses fautes légères; 2° une clause l'exonérant de sa faute lourde; 3° une clause le dégageant des suites de sa faute intentionnelle; 4° une clause le libérant de sa responsabilité contractuelle du fait d'autrui en raison des fautes légères de ses agents d'exécution; 5° une clause l'exonérant de cette même responsabilité en raison de la faute lourde de ceux-ci; 6° une clause l'exonérant de sa responsabilité du fait d'autrui en raison d'un dol de ses agents d'exécution.

Si l'on souscrit à la définition matérielle de la clause, la question de la nullité partielle se posera souvent. Par contre, si l'on adhère à la définition subjective de la clause, la problématique de la nullité partielle ne sera, en réalité, la plupart du temps, rien d'autre qu'un cas classique de nullité d'une clause. Annuler la clause pénale dans l'exemple donné ci-dessus n'est, en effet, pas un exemple de nullité partielle, puisque les autres clauses que sont le pacte comissoire exprès et la clause de dispense de mise en demeure sont distinctes de la clause pénale. On en dira de même de l'annulation de la clause qui exonèrerait le débiteur de son dol personnel, puisque les autres clauses ne sont pas affectées par la nullité(98).

Nos préférences vont à l'acception subjective de la clause(99). Telle est d'ailleurs la position que la Cour de cassation a retenue à propos de l'article 1231, § 3, du Code civil, aux termes duquel «[t]oute clause contraire est réputée non écrite»(100). Le législateur entend par là interdire les clauses par lesquelles les parties priveraient le juge du pouvoir de réduire une clause pénale manifestement excessive (art. 1231, § 1^{er}, C. civ.) ou d'adapter une clause pénale lacunaire en cas d'exécution partielle de l'obligation (art. 1231, § 2, C. civ.). La clause pénale, qui prévoirait que «le débiteur devra, en cas d'inexécution fautive, un certain montant fixé de manière forfaitaire et irréductible», comporte, en réalité, deux clauses: d'une part, une clause pénale et

(98) Sous réserve de l'hypothèse où le contrat serait un contrat de consommation. En ce cas, il est interdit à l'entreprise de s'exonérer de sa responsabilité du fait d'autrui en raison d'un dol ou d'une faute lourde de ses préposés, mandataires et, selon nous, aussi de ses agents d'exécution.

(99) En ce sens, voy. Th. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, op. cit., pp. 180 et s.; F. PEERAER, «Naar een nietigheid op maat: de principiële erkenning van de (mogelijkheid tot) reductie door het Hof van Cassatie», op. cit., p. 1190.

(100) Cass., 5 mars 2007, *R.G.D.C.*, 2008, p. 559.

d'autre part, une clause qui écarte le pouvoir modérateur du juge. L'adjectif «irréductible» constitue en soi une telle clause, même si ce terme apparaît formellement à l'intérieur d'une clause pénale. Aussi la clause pénale n'est-elle pas réputée non écrite dans son intégralité: elle subsiste, mais amputée de la clause illicite — en l'espèce, le terme «irréductible».

Pour définir la nullité partielle, Ph. Simler propose de retenir une notion différente de celle de clause: un «terme moins précis et moins formaliste, mais plus souple» à savoir celui d'«éléments» d'un acte juridique(101).

26. Une autre conception de la nullité: la nécessité d'adapter la sanction à l'illicéité. La thèse fondamentale de Japiot(102) et l'étude des professeurs C. Renard et E. Vieujean(103) marquent un tournant important dans la théorie des nullités.

Selon une formule devenue célèbre dont la paternité revient à Japiot, «[l]a nullité est une sanction qui doit s'adapter au but de la règle dont elle tend à assurer l'observation et au milieu où pratiquement elle intervient»(104). Partant de ce postulat, la doctrine préconise, dès lors, un système de sanctions qui soient taillées «sur-mesure» en fonction du défaut à combattre. Dans son *Algemeen deel*, paru en 1968, le professeur W. van Gerven rompait ainsi une lance en ce sens en dénonçant les conséquences excessives qui s'attachent à la nullité intégrale du contrat(105).

Ce courant doctrinal a gagné en ampleur, dans notre pays, avec la publication, ces dernières années, de plusieurs thèses de doctorat, qui, toutes, militent en faveur de la nullité partielle d'une clause(106).

On songe, tout d'abord, à l'ouvrage de Th. Tanghe, intitulé *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*(107).

Cette solution est aussi défendue incidemment dans des thèses de doctorat consacrées à d'autres sujets. Ainsi M. De Man, qui a rédigé une remarquable étude sur le terme de droit, s'attarde-t-il sur les sanctions des engagements perpétuels; il plaide pour une réduction de ceux-ci(108). C'est le cas aussi de K. Andries, dans son étude des contrats de confidentialité(109).

Enfin, dans sa très riche thèse de doctorat consacrée à la rétroactivité dans le contrat, R. Jafferali relève fort justement: «il n'existe pas de différence déterminante entre le mécanisme consistant à limiter l'étendue de la nullité à une obligation ou à une clause déterminée et le fait, à un niveau encore plus bas, de limiter l'étendue de la nullité à la partie d'une clause ou

(101) Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, op. cit., pp. 8-9.

(102) R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, thèse, Paris, A. Rousseau, 1909, 940 p.

(103) C. RENARD et E. VIEUJEAN, «Nullité, inexistence et annulabilité en droit civil belge», *Ann. dr. Liège*, 1962, pp. 243 et s.

(104) R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, cité par Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, op. cit., p. 28.

(105) W. VAN GERVEN, «Algemeen deel», in *Beginnselen van Belgisch privaatrecht. Algemeen deel*, op. cit., pp. 416 et s.

(106) Voy. aussi L. CORNELIS, *Algemeen theorie van de verbintenissen*, op. cit., p. 719.

(107) T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, op. cit.

(108) M. DE MAN, *De verbintenissenrechtelijke tijdsbepaling*, Brugge, die Keure, 2013, pp. 213 et s.

(109) K. ANDRIES, *Geheimhoudingsovereenkomsten*, Brugge, die Keure, 2011, pp. 419 et s.

d'une obligation qui peut seule être qualifiée d'illicite, pour autant bien sûr que cette partie puisse être considérée comme détachable du reste du contrat. La réduction qui en résulte peut donc, tout comme la nullité partielle, se fonder sur des exigences de proportionnalité de la sanction. Dès lors, on peut considérer que la réduction n'est rien d'autre qu'une application, au niveau des clauses du contrat, des principes de la nullité partielle déjà dégagés en ce qui concerne le contrat lui-même» (110).

Fondamentalement, annuler une partie de clause, ce n'est rien d'autre qu'annuler une partie du contrat. Dès lors que la nullité partielle du contrat s'est vu conférer droit de cité, il devient, à notre sens, difficile de s'opposer à ce que l'on admette aussi la nullité partielle d'une clause.

27. La nullité partielle préserve mieux l'équilibre contractuel. Les partisans de la nullité partielle insistent sur la nécessité de préserver, autant que possible, l'équilibre contractuel (111). À ce titre, la nullité partielle de la clause participe de la *favor contractus*, ou, plus précisément en l'espèce, de la *favor clausulae*.

Annuler purement et simplement la clause de non-concurrence peut placer le créancier de cette obligation dans une situation particulièrement défavorable.

Lorsque la clause est à charge du vendeur d'une société ou d'un fonds de commerce, l'annulation de la clause ne prête pas trop à conséquence. La garantie d'éviction du fait personnel, qui pèse sur tout vendeur (art. 1628 C. civ.), impose, en effet, à celui-ci de ne pas troubler la jouissance paisible de la chose vendue. Il appartiendra au juge, après avoir annulé la clause, de déterminer les contours de l'obligation légale de non-concurrence.

Une telle obligation légale de garantie n'existe toutefois pas en toute hypothèse.

Tel était précisément le cas dans l'affaire qui est à l'origine de l'arrêt *Maison Victor*. La vente portait sur la cession d'actions d'une société. Un vendeur d'actions ou de parts de société ne peut voir ses activités professionnelles limitées à l'égard de l'acheteur, puisque, d'un point de vue strictement juridique, la vente ne porte pas sur la société. Telle est, du moins, l'opinion qui prévaut en doctrine et en jurisprudence (112). Selon certains, toutefois, le principe de l'exécution de bonne foi des conventions ou la référence que l'article 1135 du Code civil fait à l'équité pourrait imposer une obligation implicite de non-concurrence (113); cette opinion, qui est parfaitement défendable, eu égard à l'expansion que connaît la fonction complétive de la bonne foi, est néanmoins minoritaire.

Comme on peut le voir dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 23 janvier 2015, la clause de non-concurrence peut aussi peser sur le cessionnaire. Les dispositions du Code civil relatives au contrat de vente ne prévoient aucune

(110) R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., pp. 726-727.

(111) Th. TANGHE, «Gedeeltelijke vernietiging/matiging van ongeoorloofde concurrentieclausules», op. cit., p. 391.

(112) Voy. par ex. Comm. Hasselt, 5 mai 2004, *Limb. Rechtsl.*, 2007, p. 144, note H. VAN GOMPEL; Gand, 25 mai 2005, *D.A.O.R.*, 2005, p. 334.

(113) A.T. BAART, S. THIRÉ et A. VERBIST, «Het niet-concurrentiebeding in overnameovereenkomsten: op zoek naar houvast», op. cit., pp. 120-121; D. MERTENS, «Het niet-concurrentiebeding: het mag ietsje meer zijn», op. cit., n° 115, p. 21.

obligation de non-concurrence à charge de l'acheteur. Il est donc nécessaire, pour le vendeur, de solliciter, ici aussi, les potentialités du principe de l'exécution de bonne foi des conventions. Dans l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence, les chances de succès de ce raisonnement sont toutefois limitées.

Même lorsqu'une disposition légale peut prendre le relais de la clause de non-concurrence qui a été annulée (par exemple, la garantie légale d'éviction du fait personnel qui pèse sur le vendeur d'un fonds de commerce), l'équilibre contractuel est compromis. Il ne faut, en effet, pas perdre de vue que l'annulation de la clause emporte aussi celle des clauses qui lui sont accessoires. On songe, en particulier, à la clause pénale qui était destinée à sanctionner la violation de l'obligation de non-concurrence(114). La nullité partielle de la clause de non-concurrence ne devrait, en revanche, pas entraîner l'annulation de la clause pénale(115).

28. La portée limitée de l'arrêt du 3 février 1971. Comme elle le précise dans son rapport annuel, la Cour de cassation entend, avec son arrêt du 25 juin 2015, «[rompre] avec l'enseignement de son arrêt du 3 février 1971»(116).

Dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt *Ingenito c. Copax*, le conseil de prud'hommes d'appel de Bruxelles, chambre pour ouvriers, avait dû se prononcer sur la licéité d'une clause de non-concurrence qui était inscrite dans un contrat de travail. Pour le conseil, la clause était illicite en tant qu'elle étendait l'interdiction aux agglomérations des villes d'Anvers, Liège, Charleroi, Gand et Knokke. Il considéra toutefois que «cette clause demeure néanmoins valable dans la mesure où elle concerne la partie de l'agglomération bruxelloise dans laquelle (le travailleur) a effectivement exercé son activité». La Cour de cassation censura la décision au motif qu'«il n'appartient pas au juge de donner un effet limité à une clause de non-concurrence qu'il estime en partie illicite»(117).

Cet arrêt, qui avait trait à une clause de non-concurrence dans un contrat de travail, a connu un succès considérable tant en doctrine qu'en jurisprudence, qui lui reconnaissent une portée plus large, s'étendant à toute autre clause de non-concurrence. Du reste, le ministère public se fondait sur cette décision, tant dans ses conclusions qui précédaient l'arrêt du 23 janvier 2015 que dans celles rendues à propos de l'arrêt *Maison Victor*.

On a sans doute accordé trop d'importance à cet arrêt, que le professeur R. Jafferali n'hésite pas à qualifier de «tout à fait isolé»(118). La Cour n'a, en

(114) A.T. BAART, S. THIRÉ et A. VERBIST, «Het niet-concurrentiebeding in overnameovereenkomsten: op zoek naar houvast», *op. cit.*, p. 125; N. HALLEMEESCH, «De niet-concurrentieverbintenis bij de overdracht van een handelsactiviteit», *op. cit.*, p. 33.

(115) La clause pénale est toutefois susceptible d'un contrôle fondé soit sur l'article 1231, § 1^{er}, du Code civil, si son montant est manifestement excessif au regard du préjudice prévisible, soit sur la prohibition de l'abus de droit.

(116) Rapport annuel 2015, p. 43.

(117) Cass., 3 février 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 151. Arrêt rendu sur les conclusions contraires du ministère public pour qui la clause de non-concurrence affectant le contrat liant les parties était licite (note 1, p. 153). Voy. aussi les réf. citées en note 1, p. 152.

(118) R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, p. 726.

effet, plus eu l'occasion, avant ses deux arrêts de 2015, de se prononcer sur le sujet (119) (120).

29. L'exemple des droits étrangers. En conférant droit de cité à la nullité partielle de la clause, la Cour de cassation aligne sa jurisprudence sur celle que l'on observe notamment en droit français et en droit anglais (121).

Cette sanction est admise de longue date, en doctrine française. Dans sa thèse fondamentale consacrée à la nullité des actes juridiques, parue en 1969, Ph. Simler dénonçait déjà la jurisprudence traditionnelle qui frappait de nullité intégrale les clauses de non-concurrence excessives: «cette nullité affecte non pas seulement la partie qui est excessive et qui se trouve au-delà du point de rupture, mais également celle qui se trouve en-deçà de ce point et qui, isolée, aurait été valable. Il y a là quelque chose de choquant et d'arbitraire dans cette solution» (122). Plus récemment, J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet passent en revue, dans leur traité consacré à la formation du contrat, les différentes techniques d'élimination directe des effets irréguliers du contrat» (123). Ils s'attardent en particulier sur l'élimination des effets illicites des clauses de non-concurrence, des clauses de responsabilité des gérants succursalistes et des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

La jurisprudence française abonde en ce sens depuis de nombreuses années. Deux décisions, parmi bien d'autres, l'attestent. Dans un arrêt du 18 janvier 1937, la Cour de cassation française a ainsi décidé qu'«une clause de non-responsabilité n'est pas nulle, dans son intégralité, par cela seul qu'elle est rédigée en termes trop généraux; qu'il appartient alors au juge de distinguer, suivant les conséquences juridiques à en tirer, ce qu'elle avait de licite et ce qu'elle contenait d'inopérant comme contraire à l'ordre public» (124). Et concernant les clauses de non-concurrence figurant dans un contrat de travail, la Cour a décidé, dans un arrêt du 21 octobre 1960, qu'«une clause de non-concurrence est, en principe, licite et qu'elle ne doit être annulée que dans la mesure où elle porte atteinte à la liberté du travail en raison de son étendue dans le temps et dans l'espace et quant à la nature de l'activité de l'intéressé» (125).

(119) Aussi nous paraît-il excessif de parler d'une «jurisprudence constante de la Cour de cassation» (P. DEMOLIN et C. DEKEMEXHE, «La validité de la clause de non-concurrence applicable pendant l'exécution du contrat de franchise», *op. cit.*, p. 726) sur la question.

(120) On ajoute parfois que la Cour n'aurait pu, en 1971, prendre une autre décision, au motif que l'article 24^{quater} de la loi du 10 mars 1900 relative au contrat de travail disposait que dans les contrats où la rémunération annuelle n'excède pas 150.000 francs, la clause de non-concurrence doit être réputée inexistante: la clause illicite étant, au vœu du législateur, réputée ne pas exister, il ne pouvait être au pouvoir du juge du fond de l'annuler en partie. C'est toutefois perdre de vue que l'article 17 de la loi du 21 novembre 1969, qui a inséré cet article 24^{quater} dans la loi du 10 mars 1900, n'est entré en vigueur que le 19 janvier 1970 (ce que rappelle la note 1 sous l'arrêt du 3 février 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 152).

(121) Sur ce point, voy. les développements de C. CAUFFMAN, «Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité?», *op. cit.*, pp. 441 et s.

(122) Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, *op. cit.*, p. 261.

(123) J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 2, *L'objet et la cause — Les nullités*, *op. cit.*, pp. 1379 et s.

(124) Cass. Fr. (civ.), 18 janvier 1937, *D.H.*, 1937, p. 113, obs. Voy. aussi Cass. Fr. (civ.), 12 mai et 21 juillet 1930, 11 février 1931, *Dall.*, 1932, I, pp. 5 et s., avec la note G. RIPERT.

(125) Cass. Fr. (soc.), 21 octobre 1960, *J.C.P. (éd. G.)*, 1960, II, p. 76, obs. Voy. aussi Cass. Fr. (soc.), 18 septembre 2002, *Dall.*, 2002, p. 3229, note Y. SERRA.

Le droit anglais connaît, pour sa part, la technique du «*blue pencil test*». Celle-ci est définie dans le *Black's Law Dictionary* en ces termes : «*A judicial standard for deciding whether to invalidate the whole contract or only the offending words. Under this standard, only the offending words are invalidated if it would be possible to delete them simply by running a blue pencil through them, as opposed to changing, adding, or rearranging words*» (126). Ce test a trouvé une belle illustration dans la célèbre affaire *Goldsoll/Goldman*, qui concernait une clause de non-concurrence impliquant une interdiction de vendre des bijoux vrais ou contrefaits dans un rayon géographique extrêmement large. Les juges ont décidé de rayer de la clause les termes «vrais ou» ainsi que divers termes qui circonscrivaient le territoire sur lequel la clause était applicable (127).

30. Le recul de l'ordre public dans la jurisprudence. Cet arrêt s'inscrit aussi dans une autre tendance que l'on observe dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Les conséquences qui s'attachent à l'ordre public sont moins redoutables qu'autrefois. Elles doivent parfois céder devant d'autres préoccupations, comme l'attestent les illustrations suivantes.

On sait que la nullité d'un contrat doit, en principe, opérer avec un effet rétroactif, avec pour conséquence que si le contrat a déjà été exécuté, les parties sont tenues de restitutions réciproques. L'adage «*In pari causa turpitudinis cessat repetitio*» permet toutefois au juge de tenir en échec le jeu normal de ces restitutions, lorsqu'un contrat entaché d'illicéité est annulé. La portée de la maxime (128) a été définie par la Cour de cassation, dans un arrêt du 24 septembre 1976 (129) : «le juge a (...) la faculté de rejeter la répétition, soit parce qu'il considère que l'avantage ainsi reconnu à l'un des contractants compromettrait le rôle préventif de la sanction de nullité absolue prévue à l'article 1131 du Code civil, soit parce qu'il estime que l'ordre social exige que l'un des contractants soit plus sévèrement frappé; (...) il n'est toutefois pas tenu de le faire, parce que l'adage *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* n'est pas une norme obligatoire» (130).

(126) *Black's Law Dictionary*, 9^e éd., 2009, cité par Th. TANGHE, «Gedeeltelijke vernietiging/matiging van ongeoorloofde concurrentieclausules», *op. cit.*, pp. 386 et s.

(127) Sur cette affaire, voy. Th. TANGHE, «Gedeeltelijke vernietiging/matiging van ongeoorloofde concurrentieclausules», *op. cit.*, p. 389.

(128) Sur cette maxime, voy. V. BASTIAEN et G. THOREAU, «Les nullités en droit civil. Rappel des principes généraux, aperçu des causes dans la jurisprudence récente, régime juridique de l'action, étendue de l'annulation et restitutions», in *Les nullités en droit belge. Sanction du vice et conséquences*, Liège, Éditions du Jeune Barreau, 1990, pp. 108 et s.; I. CLAEYS, «*Nemo auditur in in pari causa*: enkele twistpunten», note sous Cass., 5 septembre 1996, *R. Cass.*, 1997, pp. 218 et s.; M. VON KUEGELGEN, «Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités», *op. cit.*, pp. 615 et s.; W. GELDHOF, «*In pari causa*: een waardevol adagium», *R.G.D.C.*, 2001, pp. 514 et s.; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, pp. 616 et s.

(129) Cass., 24 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 101; *J.T.*, 1977, p. 471; *R.W.*, 1976-1977, col. 2269, note; *Rev. not. b.*, 1977, p. 602. Cet arrêt confirme un arrêt antérieur du 8 décembre 1966 rendu par la Cour en audience plénière (*Pas.*, 1967, I, p. 434, précédé des concl. du procureur général R. HAYOIT DE TERMICOURT; *R.C.J.B.*, 1967, p. 5, note J. DABIN). Voy. aussi, en jurisprudence du fond, Mons, 9 septembre 1975, *Rec. gén. enr. not.*, 1978, n° 22239, obs.; Bruxelles, 7 mai 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 871; Bruxelles, 9 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1017; Liège, 3 février 1999, *R.G.D.C.*, 2001, p. 559; Anvers, 15 février 1999, *R.W.*, 2001-2002, p. 166; Anvers, 31 janvier 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 892.

(130) Jurisprudence confirmée dans un arrêt du 15 février 2016 (www.juridat.be).

La définition de l'illicéité de l'objet a été affinée et restreinte. Il ne suffit, en effet, pas que l'objet concret du contrat — tel immeuble, par exemple — enfreigne une législation d'ordre public pour que la convention doive être annulée(131). La question a ainsi été posée à la Cour de savoir si l'objet du contrat d'assurance-incendie est illicite du seul fait qu'il vise à garantir un bien qui a été construit sans autorisation administrative. Dans son arrêt du 8 avril 1999, la Cour déclare que «l'objet d'une obligation est la prestation promise par le débiteur; que celui du contrat d'assurance est la couverture d'un risque déterminé moyennant un prix; que cet objet doit être licite». Le juge du fond avait déclaré le contrat nul sur la base du seul constat que «la chose sur laquelle porte la prestation promise, en l'occurrence l'immeuble assuré, a été érigé sans permis d'urbanisme». La Cour de cassation censure cette décision au motif que l'arrêt attaqué «n'énonce pas qu'un tel objet crée ou maintient une situation illégale»(132) (133). Dans un arrêt du 15 juin 2007, la Cour de cassation a confirmé cette jurisprudence dans une affaire portant sur la location d'un complexe immobilier destiné à la prostitution(134).

Dans son arrêt du 30 janvier 2015, la Haute juridiction apporte une autre précision, qui vient limiter la nullité de la convention pour illicéité de son objet : «L'objet d'une convention est illicite si elle oblige à une prestation interdite par une loi d'ordre public ou contraire aux bonnes mœurs. Sauf dispositions légales contraires, l'infraction à une règle d'ordre public commise lors de la naissance de la convention n'entraîne, en principe, la nullité de la convention que lorsqu'il résulte de cette infraction que l'objet de la convention est illicite»(135).

Dans un autre registre, la Cour considère, depuis un arrêt du 22 septembre 2008, qu'«[i]l peut y avoir abus de droit, même si le droit visé est d'ordre

(131) Cass., 8 avril 1999, *Pas.*, 1999, p. 487; *J.L.M.B.*, 1999, p. 1720; *D.A.O.R.*, 2000, p. 356, note F. MOURLON BEERNAERT, «La théorie de l'objet illicite à la lumière de la théorie (moderne) de la cause»; *R.D.C.*, 1999, p. 855, commenté pp. 840 et s. par I. CLAES, «Geen bouwvergunning, verlies van elke rechtsbescherming?». Cette jurisprudence a été confirmée par la suite (Cass., 14 septembre 2000, *Pas.*, 2000, p. 1338, avec les concl. de l'avocat général HENKES; *R.D.C.*, 2001, p. 161; Cass., 19 mai 2005, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14124; *J.T.*, 2005, p. 553).

(132) Sur la question, voy. 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, n° 14117; B. DUBUISSON, «Actualités législatives et jurisprudentielles dans les assurances de choses et de frais», in C. PARIS et B. DUBUISSON (dir.), *Actualités en droit des assurances*, coll. CUP, vol. 106, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 134 et s.

(133) Pour une autre application, voy. Bruxelles, 30 octobre 2007, *R.W.*, 2009-2010, p. 844, note (vente d'un véhicule qui ne répond pas aux prescriptions techniques prévues par l'article 3 de l'arrêté royal du 15 mars 1968).

(134) Pour la Cour, «[e]n ce qu'il énonce qu'il n'est pas contesté que des chambres étaient destinées dès leur aménagement à l'exploitation de la prostitution en vitrine, qu'elles ont été également mises à la disposition de prostituées à cet effet, que l'enrichissement au moyen de l'exploitation de la prostitution d'autrui — même si aucun fait punissable n'est commis — est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs et que le contrat de bail qui concerne la mise en location d'un immeuble en vue de l'exploitation de la prostitution en vitrine a un objet illicite, l'arrêt attaqué a constaté que le contrat a été conclu dans l'intention de créer et de maintenir une situation contraire à l'ordre public» (Cass., 17 juin 2007, *T. Straf.*, 2008, p. 447, note B. KETELS et G. VERMEULEN (traduction par C. BIQUET-MATHIEU, in *Chron. Droit à l'usage du Notariat*, 2011, p. 23)).

(135) Cass., 30 janvier 2015, *Dr. banc. fin.*, 2015, p. 260, note L. CORNELIS.

public ou impératif»(136). Le juge du fond a donc le pouvoir d'apprécier le caractère légitime ou abusif de l'action du créancier fondée sur une disposition légale, même si celle-ci n'est pas supplétive de volonté(137). Le principe général interdisant l'abus de droit permet aussi de tenir en échec une action en nullité qui est fondée sur la violation par le contrat d'une disposition impérative ou d'ordre public : tel est l'enseignement qui se dégage implicitement de l'arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 2010, qui concerne l'action en nullité ouverte en cas de violation de l'article 36 du décret du Conseil flamand du 22 février 1995 relatif à l'assainissement du sol(138).

Enfin, dans un ordre d'idées voisin(139), l'arrêt de la Cour de cassation du 3 décembre 2010 mérite aussi de retenir l'attention(140). Il concerne le sort à réserver à la cession de créance consentie à titre fiduciaire. C'est la technique de la conversion qui est, cette fois, mobilisée(141). La Cour admet la possibilité pour le juge de convertir un contrat de manière à en assurer l'opposabilité aux tiers : «Le principe de l'égalité des créanciers et les articles 7 et 8 de la loi hypothécaire dérogent nécessairement aux articles 1134, 1135 et 1165 du Code civil, de sorte qu'une sûreté réelle non prévue par la loi est inopposable aux créanciers en concours (...) Une convention de cession de créance à titre de sûreté ne peut, dès lors, jamais apporter plus aux créanciers en concours qu'un droit de gage sur cette créance, de sorte que le cessionnaire de la créance ne peut pas exercer plus de droits que ceux dont dispose un détenteur de gage».

31. Une nouvelle manifestation du pouvoir créateur de la jurisprudence. Reste l'objection tirée du principe de la séparation des pouvoirs.

Il est vrai qu'idéalement, le pouvoir pour le juge de prononcer la nullité partielle d'une clause devrait résulter d'une disposition légale. L'audace de la Cour, qui admet la nullité partielle d'une clause en l'absence de disposition légale, est toutefois loin d'être exceptionnelle. La plupart des textes du Code civil relatifs au droit des obligations ont fêté leur bicentenaire. Si ces disposi-

(136) Cass., 22 septembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 1999 ; Cass., 2 avril 2015, C.14.0281.F, www.juridat.be.

(137) Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 2 avril 2015 précité, il s'agit de l'article 634, première phrase, du Code des sociétés, qui autorise tout intéressé à demander au tribunal la dissolution de la société anonyme, lorsque son actif net est réduit à un montant inférieur à 61.500 euros.

(138) «Il ressort de l'article 36 précité du décret que le pouvoir décréétal voulait que, déjà au stade de l'acte sous seing privé, le contenu de l'attestation du sol soit repris dans l'acte de vente. Le pouvoir décréétal n'a pas eu uniquement l'intention de protéger l'acquéreur contre l'achat inconscient de terrains pollués, mais visait également à le protéger contre tout dommage résultant d'une communication tardive. Le pouvoir décréétal a prévu expressément que l'acquéreur puisse constater la renonciation à la demande de nullité dans l'acte authentique ce qui implique que l'acquéreur ne peut y être obligé et qu'il peut, en principe, réclamer la nullité de l'acte sous seing privé sans que cela constitue un abus. La circonstance que le vendeur délivre l'attestation requise par le décret après la signature de l'acte sous seing privé et avant la passation de l'acte authentique n'a dès lors *pas nécessairement* pour conséquence que l'acquéreur abuse de son droit de réclamer la nullité du contrat sous seing privé, même si l'attestation délivrée indique une absence de pollution» (nous soulignons).

(139) Voisin, car il s'agissait d'une question d'inopposabilité d'une convention.

(140) Cass., 3 décembre 2010, *R.G.D.C.*, 2011, p. 497, note F. GEORGES.

(141) À son propos, voy. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, pp. 735 et s.

tions ont pu résister à l'épreuve du temps, elles doivent cet exploit au travail d'interprétation imaginative et créatrice de la jurisprudence et de la doctrine, qui ont œuvré à la modernisation du Code.

Les précédents d'un tel pouvoir créateur de la jurisprudence sont innombrables en droit des obligations. C'est à elle que l'on doit, par exemple, la distinction entre les obligations de résultat et de moyens, une distinction qui a été induite de la comparaison des articles 1137 et 1147(142). C'est la Cour de cassation qui a aussi dégagé différents principes généraux du droit tels que celui de l'exception d'inexécution dans tout rapport synallagmatique(143), celui de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui(144), celui de la prohibition de l'abus de droit(145) ou encore celui de la mise en demeure comme préalable à la mise en œuvre d'une sanction de l'inexécution(146).

C'est aussi à la Cour de cassation et à la doctrine que l'on est redevable des principaux éléments de la théorie moderne des nullités. On songe à la distinction entre les hypothèses de nullité relative et de nullité absolue ainsi qu'aux conséquences qui s'y attachent (possibilité ou non de confirmation de l'acte annulable; titularité du droit de critique...)(147). On pense surtout, pour notre propos, au pouvoir qui est reconnu au juge du fond d'annuler une clause, si elle peut être détachée du reste de la convention (voy. *supra*, n° 15).

Le droit des obligations étant devenu largement jurisprudentiel, l'argument tiré de la séparation des pouvoirs perd, du coup, de sa pertinence. En prenant de telles initiatives, la Cour de cassation fait, en quelque sorte, office de « législateur de réserve ». Il n'en reste pas moins que la situation actuelle est loin d'être idéale: le droit belge des obligations devient de moins en moins lisible pour les justiciables, qui seraient en droit de trouver dans le Code la solution au problème qui se pose à eux. Aussi peut-on espérer qu'à l'occasion de la réforme du Code civil voulue par le ministre de la Justice(148), le législateur élabore un

(142) Cass., 3 mai 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 1081; *Entr. et dr.*, 1985, p. 132, concl. du procureur général E. KRINGS et obs.; *R.W.*, 1984-1985, col. 1987; Cass., 18 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1068.

(143) Voy. not. Cass., 14 mars 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 652; *J.T.*, 1992, p. 77; *R.W.*, 1993-1994, p. 1276; Cass., 2 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 977; Cass., 6 novembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 455; Cass., 22 avril 2002, *Pas.*, 2002, p. 970.

(144) Cass., 27 février 2003, *Pas.*, 2003, p. 422; *R.G.D.C.*, 2004, p. 410; Cass., 4 février 2010, *R.D.C.*, 2010, p. 498.

(145) Voy. not. Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55; *J.T.*, 1985, p. 56, note S. DUFRÈNE; *R.C.J.B.*, 1986, p. 282, note J.-L. FAGNART; *R.D.C.*, 1984, p. 276, note W. RAUWS; *R.W.*, 1983-1984, col. 1480, note; *R.G.A.R.*, 1985, n° 10945; *J.T.T.*, 1984, p. 57; *R.D.S.*, 1983, p. 486; Cass., 20 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 337; Cass., 18 février 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 728; Cass., 19 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 212; *J.T.*, 1990, p. 101; *R.W.*, 1989-1990, p. 1254; Cass., 1^{er} février 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 158; Cass., 9 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 392.

(146) Cass., 9 avril 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 767, note F.D.

(147) Sur ce point, voy. not. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., op. cit., pp. 318 et s.

(148) « D'importantes parties du droit civil sont devenues obsolètes et source de confusion. Diverses profondes modifications au Code civil, qui visent à en faire un code moderne et transparent, sont en préparation. À cet effet, six groupes de travail composés d'experts en la matière ont été mis en place. Ces groupes de travail se penchent respectivement sur une réforme en profondeur du droit des contrats, du droit de la preuve, du droit de la responsabilité, du droit des affaires, du prêt et des garanties personnelles », peut-on

régime d'ensemble des sanctions applicables à un défaut dans la conclusion du contrat et qu'une place soit réservée à une telle nullité partielle d'une clause.

C. — *Les conditions de la nullité partielle*

32. Deux hypothèses. Pour cerner l'exacte portée de l'arrêt de la Cour de cassation, il importe de distinguer deux hypothèses : d'une part, celle dans laquelle le législateur habilite le juge à annuler partiellement la clause illicite ; d'autre part, celle dans laquelle aucun texte de loi ne lui confère un tel pouvoir.

Divers textes prévoient l'annulation partielle d'une clause ou, ce qui revient au même, sa réduction. Cette première hypothèse ne pose pas de problème particulier : il suffit au juge de faire application du pouvoir modérateur que lui confère le législateur. Il ne pourrait, d'ailleurs, plus retenir la sanction de la nullité intégrale (voy. *infra*, n° 36).

La seconde hypothèse est plus délicate. Elle est celle dont la Cour de cassation a eu à connaître dans l'arrêt présentement annoté : le juge annule en partie une clause illicite, alors qu'aucun texte de loi particulier ne l'investit expressément de ce pouvoir. La Cour reconnaît au juge un tel pouvoir, tout en veillant à l'encadrer strictement. Il fallait, en effet, éviter d'ouvrir, avec cette jurisprudence, la boîte de Pandore.

Dans un arrêt finement ciselé, la Cour subordonne la nullité partielle d'une clause à trois conditions :

- la division de la clause doit être possible ;
- la survie d'une partie de la clause doit avoir été voulue par les parties ;
- la partition de la clause ne doit pas se faire au mépris d'une disposition impérative ou d'ordre public (voy. *infra*, n°s 33 à 36).

Enfin, quand bien même toutes ces conditions seraient-elle réunies, le juge conservera, semble-t-il, le pouvoir d'apprécier l'opportunité d'une nullité partielle, eu égard aux circonstances de l'espèce (voy. *infra*, n° 37).

33. Première condition : la nullité partielle doit être possible. La nullité partielle d'une clause ne peut se concevoir que s'il est possible de détacher la fraction illicite de la clause du reste de celle-ci.

Est-il, en d'autres termes, possible que la clause survive si elle est amputée d'une de ses parties ?

Prenons l'hypothèse du pacte comissoire exprès combiné à une clause pénale relative aux dommages et intérêts complémentaires. La nullité de la seule clause résolutoire est inconcevable : elle doit nécessairement s'étendre

lire dans la note de politique générale du ministre (p. 44 de la note de politique générale du 10 novembre 2015, présentée à la Chambre des représentants (www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/1428/54K1428008.pdf)). Sur la nécessité d'une réforme du droit des obligations, voy. S. VAN LOOCK, « De hervorming van het Franse verbintenissenrecht : Le jour de gloire est-il arrivé ? », *R. W.*, 2014-2015, pp. 1562 et s. ; P. WÉRY, « Mutations et défis du droit belge des obligations », *Rev. Dr. ULg*, 2015, pp. 203 et s. ; E. DIRIX et P. WÉRY, « Tijd voor een hercodificatie van het Burgerlijk Wetboek », *R. W.*, 2015-2016, p. 2 ; E. DIRIX et P. WÉRY, « Pour une modernisation du Code civil », *J. T.*, 2015, pp. 625 et s. ; S. STIJNS, « Faut-il réformer le Code civil ? Réponses et méthodologie pour le droit des obligations contractuelles et extra-contractuelles : les obligations contractuelles », *J. T.*, 2016, pp. 305 et s.

à l'indemnité forfaitaire. Pour la pertinence de cet exemple, il faut toutefois partir du postulat, qui est discutable (voy. *supra*, n° 25), que le pacte résolutoire et la clause pénale ne forment qu'une seule et même clause.

34. Deuxième condition : le maintien de la clause partiellement annulée doit être conforme à l'intention commune des parties. Le pouvoir du juge ne peut transgresser une limite : celle que constitue la volonté commune des parties. En d'autres termes, le juge doit pouvoir déduire de l'analyse du contrat que les parties ont voulu que la clause survive, malgré l'amputation d'une de ses fractions.

Les rapports entre le principe de l'autonomie des parties et l'ordre public se présentent ainsi de manière assez paradoxale. S'il n'est pas permis aux parties de prévoir une clause qui transgresse l'ordre public (art. 6 C. civ.), elles peuvent, en revanche, lier le juge en prévoyant que la nullité de cette clause se limitera à sa partie illicite.

Comme l'écrit excellemment R. Jafferli, «[i]l faut éviter que, par le biais de la réduction, le juge ne mette en place un accord qui ne soit plus soutenu par la volonté des parties — un accord auquel, en d'autres termes, les parties n'auraient jamais pu adhérer»(149). «Avant de recourir à la réduction, il incombe donc au juge de s'assurer que la partie de la clause qu'il s'apprête à amputer est bien séparable, dans la volonté des parties et/ou dans l'économie du contrat, du reste de la clause ; à défaut, c'est toute la clause, voire, en cas d'indivisibilité de celle-ci avec le reste de la convention, tout le contrat qu'il lui faut annuler».

a) Cette volonté commune des parties peut être expresse et résulter de la présence dans le contrat d'une clause(150).

Les parties peuvent ainsi s'être accordées sur une clause de divisibilité : la nullité d'une clause est alors limitée à sa fraction illicite sans s'étendre au reste de la clause ni *a fortiori* à la convention(151). Il ne faut toutefois pas exagérer la portée d'une telle clause de divisibilité(152). D'une part, elle ne peut faire obstacle à la nullité de la clause, voire de la convention, si celles-ci se voient, par l'annulation d'une partie de la clause, amputée de l'une de leurs conditions essentielles de validité ; d'autre part, le juge, qui doit donner la primauté à la volonté réelle sur la volonté déclarée des parties, pourrait estimer, en dépit de l'insertion de la clause de divisibilité, que l'élément illicite de la clause est, en réalité, déterminant de la volonté des parties.

À l'inverse, les parties peuvent avoir prévu une clause d'indivisibilité. Par application de celle-ci, les clauses du contrat sont alors inséparables les unes

(149) R. JAFFERLI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, p. 732.

(150) Il est hors de doute que la clause qui imposerait aux parties de s'accorder sur une nouvelle clause, dans l'éventualité où une clause contractuelle serait déclarée illicite et annulée par un juge, est valable.

(151) Solution que certains auteurs défendaient déjà avant les arrêts de la Cour de cassation du 23 janvier et du 25 juin 2015. Voy. ainsi N. HALLEMEESCH, «De niet-concurrentieverbintenissen bij de overdracht van een handelsactiviteit», *op. cit.*, p. 33.

(152) M. VON KUEGELGEN, «Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités», *op. cit.*, pp. 574-575 ; S. LAGASSE, «La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence», *op. cit.*, pp. 719 et s.

des autres, de sorte que la nullité de l'une d'elles emporte la nullité de toute la convention.

À l'attention des rédacteurs de clauses, il convient de souligner que les clauses de divisibilité que l'on rencontre souvent en pratique devront idéalement être affinées. Il ne suffira plus aux parties d'indiquer que la nullité d'une clause est sans incidence sur le reste du contrat. Elles auront intérêt, afin d'éviter tout problème d'interprétation à cet égard, à prévoir que cette divisibilité s'applique aussi à l'intérieur d'une clause (153). Pour exprimer une telle volonté, les parties ne sont pas tenues de prévoir explicitement cette divisibilité pour la clause de non-concurrence: elles peuvent se contenter d'une clause de divisibilité générale, qui trouve potentiellement à s'appliquer à la nullité partielle de toute clause de la convention (154). Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 25 juin 2015, on trouvait un exemple d'une telle clause, qui permettait de limiter la nullité d'une clause de non-concurrence à la partie qui était illicite: «les dispositions qui seraient entachées de nullité ou qui ne seraient pas valables restent obligatoires pour la partie qui est légalement autorisée».

b) Si les parties ont tout intérêt à jouer la carte de la sécurité en insérant dans la convention une telle clause de divisibilité, cette précaution n'est toutefois pas absolument indispensable. La volonté des parties de limiter la nullité à une partie de clause peut être tacite (155). L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 23 janvier 2015 a, du reste, été prononcé dans une affaire où, si l'on s'en tient à l'exposé des faits qu'en donne la Cour, les parties n'avaient pas prévu de clause de divisibilité.

C'est à la partie qui demande au juge de limiter la nullité de la clause qu'incombe la difficile charge de la preuve: il lui appartient d'établir l'intention commune des parties de maintenir la clause même annulée en partie (156).

Une volonté tacite des parties ne peut être admise à la légère: si le juge a la moindre hésitation sur ce point, il doit conclure à la nullité intégrale de la clause. Tel devrait souvent être le cas. La clause de divisibilité étant presque devenue de style, le juge sera, sans doute, enclin à considérer que si le contrat ne la prévoit pas, les parties ont envisagé chacune de ses clauses comme un tout insécable.

35. Troisième condition: la nullité partielle ne doit pas être interdite par le législateur. L'arrêt du 23 janvier 2015 contient une précision qui est absente de la décision commentée: le juge ne peut décider une nullité

(153) A. SNYERS, «De rechterlijke matiging van een niet-concurrentiebeding in een acquisitieovereenkomst», *op. cit.*, p. 374, note 61.

(154) D. MERTENS, «Het niet-concurrentiebeding: het mag ietsje meer zijn», *op. cit.*, n° 115, p. 22.

(155) F. PEERAER, «Het Hof van Cassatie erkent en bevestigt de mogelijkheid tot reductie van nietige concurrentiebedingen in het gemene recht», *op. cit.*, pp. 196-197; A. SNYERS, «De rechterlijke matiging van een niet-concurrentiebeding in een acquisitieovereenkomst», *op. cit.*, p. 374; Th. TANGHE, «Gedeeltelijke vernietiging/matiging van ongeoorloofde concurrentieclausules», *op. cit.*, p. 392. *Contra* P. DEMOLIN et C. DEKEMEXHE, «La validité de la clause de non-concurrence applicable pendant l'exécution du contrat de franchise», *op. cit.*, p. 726.

(156) M. L. WANTIEZ, «La nullité partielle d'une clause de non-concurrence», *op. cit.*, p. 485.

partielle de la clause, lorsque le législateur interdit pareille sanction. Cette condition va, il est vrai, de soi.

Ainsi, lorsque la loi prévoit la nullité intégrale de la clause illicite, le juge ne peut y substituer la sanction d'une nullité partielle. Il ne peut y avoir, en ce cas, de demi-mesure.

Ainsi le Code de droit économique dispose-t-il que les clauses abusives qui sont stipulées dans un contrat conclu avec un consommateur sont nulles et interdites (art. VI.83 et 84). Cette sanction résulte de la transposition de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. La Cour de justice de l'Union européenne écarte explicitement toute possibilité pour les juges nationaux d'adapter la clause afin de la mettre en conformité avec les exigences de la loi. Dans son arrêt du 14 juin 2012, la Cour considère qu'un juge national ne peut réviser une clause abusive car «cette faculté contribuerait à éliminer l'effet dissuasif exercé sur les professionnels par la pure et simple non-application à l'égard du consommateur de telles clauses abusives (...), dans la mesure où ceux-ci demeureraient tentés d'utiliser lesdites clauses, en sachant que, même si celles-ci devaient être invalidées, le contrat pourrait néanmoins être complété, dans la mesure nécessaire, par le juge national, de sorte à garantir ainsi l'intérêt desdits professionnels» (157).

Le même raisonnement doit prévaloir, lorsque le législateur dispose qu'une clause est réputée non écrite (158). La clause étant réputée ne pas exister, on ne voit pas comment un juge pourrait modérer celle-ci.

36. Troisième condition (Suite). *Quid* des clauses de non-concurrence réglementées par le législateur ? Certaines clauses de non-concurrence sont encadrées par le législateur, qui les soumet à des conditions strictes de validité. Qu'advient-il lorsque la convention des parties méconnaît l'une ou plusieurs d'entre elles ?

Dans aucune des hypothèses que connaît le droit belge, le législateur n'indique expressément la sanction qu'encourt la clause de non-concurrence illicite : aucune trace, dans les termes de la loi, d'une nullité totale de la clause ou de réduction de celle-ci à concurrence de ce qui est licite. Il faut donc s'enquérir de l'objectif qui est poursuivi par le législateur.

a) La loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail encadre les clauses de non-concurrence qui seraient mises à charge d'un ouvrier. L'article 65, § 1^{er}, définit celles-ci : «Par la clause de non-concurrence, on entend celle par laquelle l'ouvrier s'interdit, lors de son départ de l'entreprise, d'exercer des activités similaires, soit en exploitant une entreprise personnelle, soit en s'engageant chez un employeur concurrent, ayant ainsi la possibilité de porter préjudice à l'entreprise qu'il a quittée en utilisant, pour lui-même ou

(157) C.J.U.E., 14 juin 2012, *Banco Español de crédito*, C-618/10, point 69. Sur les sanctions des clauses abusives et la jurisprudence de la Cour de justice, voy. N. VANDENBERGHE, «Les clauses abusives et leurs sanctions», in C. VERDURE (dir.), *Contrats et protection des consommateurs*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 47 et s.

(158) Sur les particularités qui, selon nous, doivent être attachées au «réputé non écrit», voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., op. cit., pp. 329 et s.

au profit d'un concurrent, les connaissances particulières à l'entreprise qu'il a acquises dans celle-ci, en matière industrielle ou commerciale». Après avoir disposé que la clause est réputée inexistante pour les contrats dont la rémunération annuelle n'excède pas un certain montant, le législateur précise que «[l]a validité de toute clause de non-concurrence est en outre subordonnée aux conditions suivantes: 1° elle doit se rapporter à des activités similaires; 2° elle doit être géographiquement limitée aux lieux où l'ouvrier peut faire une concurrence réelle à l'employeur, en considérant la nature de l'entreprise et son rayon d'action. Elle ne peut en aucun cas s'étendre au-delà du territoire national; 3° elle ne peut excéder douze mois à partir du jour où les relations de travail ont pris fin; 4° elle doit prévoir le paiement d'une indemnité compensatoire unique et de caractère forfaitaire par l'employeur, sauf si ce dernier renonce dans un délai de quinze jours à partir du moment de la cessation du contrat à l'application effective de la clause de non-concurrence» (art. 65, § 2). L'article 86, § 1^{er}, déclare cette disposition applicable au contrat de travail d'un employé. Quant à l'article 104, il régit les clauses de non-concurrence dans les contrats de travail conclus par un représentant de commerce: « Dans les contrats où la rémunération annuelle est supérieure à ce montant, la validité de toute clause de non-concurrence est subordonnée à la triple condition qu'elle se rapporte à des activités similaires, qu'elle n'excède pas douze mois et qu'elle se limite au territoire sur lequel le représentant de commerce exerce son activité» (159).

La rédaction de ces textes (« La validité de toute clause (...) est (...) subordonnée aux conditions (...)») et le souci de protéger le travailleur salarié militent en faveur de la nullité totale de la clause illicite, sans possibilité pour le juge de la réduire (160) (161).

En revanche, les clauses de non-concurrence qui sortent des champs d'application de ces dispositions doivent, si elles sont illicites, être sanctionnées conformément à la nouvelle jurisprudence. On songe à la clause de non-concurrence applicable en cours d'exécution du contrat de travail ou à celle sur laquelle les parties s'accorderaient après la cessation du contrat (162).

(159) À ce propos, voy. not. Ph. LECLERCQ, « La clause de non-concurrence du représentant de commerce », in Ch. E. CLESSE et S. GILSON (coord.), *La concurrence loyale et déloyale du travailleur*, coll. du Jeune Barreau de Charleroi, Limal, Anthemis, pp. 53 et s., spéc. pp. 66 et s., pour la nullité totale de la clause.

(160) M. VANSTEENBEECK, « Concurrentieclausules », *op. cit.*, pp. 950 et s., avec les nombreuses réf. citées en note 511; M. L. WANTIEZ, « La nullité partielle d'une clause de non-concurrence », *op. cit.*, pp. 485 et s.; F. PEERAER, « Het Hof van Cassatie erkent en bevestigt de mogelijkheid tot reductie van nietige concurrentiebedingen in het gemene recht », *op. cit.*, p. 194, note 55; F. PEERAER, « Naar een nietigheid op maat: de principiële erkenning van de (mogelijkheid tot) reductie door het Hof van Cassatie », *op. cit.*, pp. 1190-1191; A. SNYERS, « De rechterlijke matiging van een niet-concurrentiebeding in een acquisitieovereenkomst », *op. cit.*, p. 373, note 56. Voy. surtout l'excellente étude de Q. CORDIER, « La nullité-réduction des clauses de non-concurrence: perspectives en droit du travail », *Revue droit social*, 2016 (sous révision).

(161) Il en va de même pour les clauses de non-concurrence réglementées par des conventions collectives du travail (M. L. WANTIEZ, « La nullité partielle d'une clause de non-concurrence », *op. cit.*, pp. 485 et s.).

(162) M. VANSTEENBEECK, « Concurrentieclausules », *op. cit.*, p. 928.

b) L'article X.22 du Code de droit économique encadre les clauses de non-concurrence dans les contrats d'agence commerciale. Si le législateur autorise les parties à prévoir une telle clause à charge de l'agent, il précise toutefois, à l'alinéa 2 de ce texte, qu'«[u]ne clause de non-concurrence n'est valable que si :

1° elle a été stipulée par écrit ;

2° elle concerne le type d'affaires dont l'agent était chargé ;

3° elle ne vise que le secteur géographique ou le groupe de personnes et le secteur géographique confiés à l'agent ;

4° elle n'excède pas six mois après la cessation du contrat ».

Cette disposition, qui transpose la directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, est diversement interprétée.

Pour certains, la méconnaissance de l'une de ces conditions est nécessairement sanctionnée par la nullité intégrale de la clause (163). L'arrêt de la Cour de cassation du 3 février 1971 est souvent invoqué à l'appui de cette thèse (voy. *supra*, n° 28).

Prenant appui sur l'article 20, § 4, de la directive, d'autres plaident, en revanche, pour une nullité partielle (164) ; on peut, en effet, y lire que «[l]e présent article n'affecte pas les dispositions de droit national qui apportent d'autres restrictions à la validité ou à l'applicabilité des clauses de non-concurrence ou qui prévoient que les tribunaux peuvent diminuer les obligations des parties découlant d'un tel accord ». Ceux-ci pourront désormais se prévaloir aussi de l'autorité des arrêts de la Cour de cassation des 23 janvier et 25 juin 2015, pour investir les juges belges d'un tel pouvoir de modération. C'est, du reste, pour une telle transposition de la directive qu'ont opté les législateurs hollandais et luxembourgeois (165).

Une chose est, en tous cas, certaine : la nouvelle jurisprudence de la Cour s'applique aux clauses de non-concurrence qui ne tombent pas dans le champ d'application de l'article X.22 (166).

c) L'article 5, § 3, du règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dispose que «[p]ar dérogation au paragraphe 1, point b), l'exemption prévue à l'article 2 s'applique à toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer,

(163) *Ibid.*, p. 957.

(164) Voy. not. P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence commerciale*, coll. Les Dossiers du J.T., vol. 65, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 165-166 ; J. NINANE, « La clause de non-concurrence », in C. DELFORGE (dir.), *Le contrat d'agence commerciale : qualification et clauses particulières*, Bruges, Vanden Boele, 2008, n° 43.

(165) D. MERTENS, « Het niet-concurrentiebeding: het mag ietsje meer zijn », *op. cit.*, n° 115, p. 22, qui cite l'article 7.443 du Code civil hollandais et les articles 26-27 de la loi luxembourgeoise du 3 juin 1994.

(166) Sur ces hypothèses, voy. M. VANSTEENBEECK, « Concurrentieclausules », *op. cit.*, pp. 952 et s.

d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services, lorsque les conditions suivantes sont remplies :

a) l'obligation concerne des biens ou des services en concurrence avec les biens ou services contractuels ;

b) l'obligation est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée du contrat ;

c) l'obligation est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur ;

d) la durée de l'obligation est limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord ».

Ce texte régit, par exemple, une clause de non-concurrence postcontractuelle qui figurerait dans un contrat de franchise. Si les parties lui ont assigné une durée supérieure à une année, le juge pourra, si les différentes conditions fixées par la Cour de cassation sont réunies, la réduire à la durée légalement autorisée par le règlement (167).

37. La signification du verbe « peut » : faculté ou devoir ? Faut-il ajouter aux trois conditions précitées un pouvoir discrétionnaire dont jouirait le juge de choisir entre la nullité totale et la nullité partielle de la clause ?

La question doit être posée, puisque la Cour de cassation considère que « le juge *peut* (...) en limiter la nullité à la partie contraire à l'ordre public » (« *de rechter kan...* »). L'ambiguïté du verbe « peut » est bien connue. Exprime-t-il le pouvoir et le devoir pour le juge d'annuler en partie la clause ? Ou traduit-il une simple faculté pour lui, qui l'autoriserait à choisir, à sa discrétion, entre la nullité totale de la clause et sa nullité partielle ? La question n'est pas inédite. Elle s'est déjà posée à maintes reprises à propos de diverses dispositions du Code civil. Ainsi s'agissant de l'article 1144, s'est-on demandé si le juge est tenu d'accéder à la demande de remplacement que lui adresse le créancier : ce texte est-il d'application facultative ou obligatoire pour le juge ? Après avoir, en un premier temps, opté pour la première interprétation (168), la doctrine et la jurisprudence considèrent désormais que le créancier a le droit d'obtenir le remplacement du débiteur qu'il réclame (169), sous réserve d'une éventuelle impossibilité ou d'un éventuel abus de droit (170). On s'est aussi posé la question à propos des hypothèses de réduction des clauses pénales prévues à l'article 1231 du Code civil. Certains auteurs voient dans ces pouvoirs de réduction de simples facultés pour le juge : le juge pourrait décider de ne pas

(167) S. LAGASSE, « La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence », *op. cit.*, p. 721.

(168) Voy. not. Cass., 2 juillet 1874, *Pas.*, 1874, I, p. 244 et les concl. de l'avocat général MESDACH DE TER KIELE ; aussi Bruxelles, 26 avril 1875, *Pas.*, 1875, II, p. 282 ; Bruxelles, 17 janvier 1951, *Rev. prat. not.*, 1951, p. 236 ; J.P. Hollogne-aux-Pierres, 30 juin 1920, *J.L.*, 1920, p. 208.

(169) Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 80 ; Cass., 14 avril 1994, *Act. dr.*, 1996, p. 23, avec la note P. WÉRY, « Le principe de l'exécution en nature et son application à l'article 1144 du Code civil ».

(170) P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, *op. cit.*, pp. 340 et 341.

réduire une clause pénale manifestement excessive(171), tout comme il pourrait décider, en cas d'exécution partielle d'une obligation, de ne pas réduire une clause pénale prévue uniquement pour un cas d'inexécution totale(172). L'opinion inverse nous paraît plus soutenable(173).

La structure des arrêts du 23 janvier et du 25 juin 2015 nous incite à penser que la nullité intégrale de la clause reste la solution de principe. La Cour commence, en effet, par rappeler que la clause de non-concurrence illicite est nulle. Et ce n'est que dans un second temps qu'elle précise que «le juge peut, si une nullité partielle est possible, limiter...». Une telle présentation milite plutôt en faveur du caractère exceptionnel de la nullité partielle et donc en faveur de son caractère facultatif pour le juge(174). Dans son commentaire de l'arrêt du 23 mars 2006(175), C. Cauffman plaide déjà en faveur d'un tel système faisant «de la réduction non pas un droit, mais une possibilité dont le juge pourrait faire usage quand il considérerait approprié de le faire vu les circonstances de la cause et le but de la règle enfreinte»(176).

Sans doute, la Cour entend-elle ainsi préserver la fonction dissuasive de la nullité en agitant l'épouvantail d'une nullité totale de la clause, qu'il serait toujours loisible au juge du fond de prononcer. À juste titre, R. Jafferalli fait part de ses réticences à cet égard, estimant que «la sanction doit au contraire répondre à de hautes exigences de prévisibilité»(177). Il ajoute que «quelques précautions prises dans la rédaction d'un contrat peuvent aisément aboutir à un résultat équivalant à la réduction sans que celle-ci ne soit, techniquement, prononcée»(178). Il suffit, par exemple, de prévoir dans le contrat une clause formulée à titre subsidiaire ou de scinder une clause en une pluralité de petites clauses(179).

38. Les conséquences de la nullité partielle. Si toutes les conditions sont réunies, le juge limitera la nullité de la clause à la partie qui est illicite.

(171) L. Cornelis y voit la manifestation d'une compétence discrétionnaire que reçoit le juge: quand bien même aurait-il constaté le caractère manifestement excessif de la clause, le tribunal pourrait décider d'appliquer intégralement la stipulation contractuelle (L. CORNELIS, «Lief zijn voor verbintenissenrecht (over het virtuele strafbeding)», *R.D.C.*, 2000, p. 14. En ce sens aussi, voy. I. MOREAU-MARGRÈVE, «Variations sur un thème récurrent: la clause pénale», in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 204).

(172) Voy. les auteurs cités dans notre note «L'adaptation judiciaire de la clause pénale, en cas d'exécution partielle de l'obligation» sous Cass., 10 avril 1997, *R.C.J.B.*, 1998, p. 647, note 131.

(173) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 704 et 710. Pour ce qui est de l'article 1231, § 1^{er}, C. civ., voy. aussi Cass., 22 octobre 2004, *J.T.*, 2005, p. 679. Pour ce qui est de l'article 1231, § 2, C. civ., voy. aussi P. WÉRY, «L'adaptation judiciaire de la clause pénale, en cas d'exécution partielle de l'obligation», *op. cit.*, pp. 647-651.

(174) En ce sens, voy. aussi S. LAGASSE, «La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence», *op. cit.*, p. 720.

(175) Cass., 23 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2007, p. 422, note C. CAUFFMAN.

(176) C. CAUFFMAN, «Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité?», *op. cit.*, p. 435.

(177) R. JAFFERALLI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, p. 729.

(178) *Ibid.*

(179) *Ibid.*, pp. 729-730.

L'autre fraction de la clause qui est conforme à l'ordre public demeurera d'application.

Prenons l'exemple d'une clause de non-concurrence qui contiendrait une limitation excessive de la concurrence. Selon le grief qui entache la clause, le juge réduira, soit son objet, soit son territoire, soit sa durée (180). La limitation de la nullité de la clause peut porter sur plusieurs de ses composantes.

Quelles conséquences s'attachent à la décision du juge d'annuler partiellement une clause de non-concurrence ? Supposons, par exemple, que, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de cassation commenté, le juge de renvoi décide de réduire le champ d'application de la clause au territoire belge. La clause de non-concurrence n'ayant pas été anéantie, la clause pénale qui sanctionne les infractions à l'obligation de non-concurrence subsiste.

Si la contravention à l'obligation de non-concurrence est localisée sur le territoire belge, le vendeur des actions est tenu d'indemniser son cocontractant. La clause pénale est due, sous réserve, d'une part, d'une éventuelle réduction de son montant si celui-ci est manifestement excessif par rapport au préjudice prévisible (art. 1231, § 1^{er}, C. civ.) et, d'autre part, d'un éventuel abus de droit dans la mise en œuvre de la clause.

En revanche, si la violation de l'obligation de non-concurrence se situe à l'étranger, la clause pénale n'est pas due. Il n'y a, en effet, pas de manquement contractuel qui puisse être reproché au cédant, puisque la partie de la clause de non-concurrence relative à une telle activité a été annulée.

D. — *Les développements de l'arrêt :*
la nullité partielle appliquée à d'autres clauses

39. Des arrêts de principe. Les arrêts de la Cour de cassation du 23 janvier et du 25 juin 2015 ont été prononcés dans un cadre précis : la validité de clauses de non-concurrence qui ne sont pas réglementées par le législateur et qui contreviennent au décret d'Allarde.

La portée de ces décisions, qui sont rédigées en termes généraux, est toutefois plus étendue.

Ainsi les clauses de non-concurrence qui sont encadrées par le législateur peuvent-elles être modérées, si elles excèdent les limites que celui-ci a prescrites. Encore faut-il s'assurer que la limitation de la nullité à la partie illicite de la clause ne contrevient pas à la volonté du législateur (voy. *supra*, n° 35). Ainsi la modération des clauses de non-concurrence réglementées par la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail est-elle exclue (voy. *supra*, n° 36, a). Le doute est, en revanche, permis, s'agissant des clauses stipulées dans les contrats d'agence commerciale (voy. *supra*, n° 36, b).

La jurisprudence de la Cour peut, par ailleurs, être appliquée à d'autres clauses que celles imposant une obligation de non-concurrence (181). Elle peut avoir notamment des incidences sur la sanction des baux de trop longue durée et des engagements perpétuels (voy. *infra*, n°s 39 et 40). Elle peut aussi s'appli-

(180) A. SNYERS, « De rechterlijke matiging van een niet-concurrentiebeding in een acquisitieovereenkomst », *op. cit.*, p. 373.

(181) *Ibid.*

quer aux clauses d'inaliénabilité et aux clauses exonératoires de responsabilité (voy. *infra*, n^{os} 41 et 42). Encore le juge doit-il, à chaque fois, s'assurer que les différentes conditions requises pour une nullité partielle sont toutes réunies. Il doit notamment s'enquérir de la volonté des parties de laisser survivre la clause, voire la convention, en dépit de l'amputation de sa partie illicite.

Tant l'arrêt du 23 janvier que celui du 25 juin 2015 avaient trait à la violation d'une disposition d'ordre public. Rationnellement, rien ne nous paraît s'opposer à ce que la nullité partielle puisse également être appliquée, lorsqu'une clause porte atteinte à une disposition légale impérative (182).

40. La durée du bail qui excède 99 ans. La jurisprudence de la Cour devrait, à notre avis, avoir des incidences sur la sanction d'un contrat de bail dont la durée excède 99 ans.

Un ancien décret des 18-29 décembre 1790 relatif au rachat des rentes foncières, qui est toujours en vigueur, dispose, en son article 1^{er}: «Il est défendu de ne plus à l'avenir créer aucune redevance foncière non remboursable, sans préjudice des baux à rentes ou emphytéoses, et non perpétuels, qui seront exécutés pour toute leur durée, et pourront être faits à l'avenir pour quatre-vingt dix-neuf ans et au-dessous, ainsi que les baux à vie, même sur plusieurs têtes, à la charge qu'elles n'excéderont pas le nombre de trois» (183).

Selon la doctrine majoritaire (184), les baux qui excèdent 99 ans sont entachés d'une cause de nullité absolue, sans qu'il soit au pouvoir du juge d'en réduire la durée. Les deux arrêts de la Cour de cassation française qui sont souvent cités (185) peuvent toutefois difficilement être invoqués à l'appui de cette solution.

Dans celui du 20 mars 1929, l'on peut certes lire que «l'interdiction faite (...) au bailleur de concéder au preneur la jouissance perpétuelle de son immeuble est fondée sur des raisons qui tiennent tant à l'organisation de la propriété qu'à des intérêts d'économie générale; que, par suite, les conventions particulières conclues au mépris de cette interdiction d'ordre public sont frappées de nullité absolue; (...) d'autre part, que l'annulation de l'une des clauses d'un contrat à titre onéreux entraîne, en principe, la nullité totale du contrat, qui, du fait de la suppression de l'un de ses éléments, cesserait de répondre à la volonté des parties; qu'aucune disposition spéciale de la loi ne fait exception à cette règle générale en ce qui concerne le contrat de bail assorti de la clause illicite de perpétuité». La Cour ajoute toutefois, avec prudence, que «même si les juges du fond avaient le pouvoir de supprimer d'un contrat, maintenu en son surplus, une seule clause illicite, qui, à raison de son caractère acces-

(182) En ce sens aussi, voy. *ibid.*, p. 371; F. PEERAER, «Naar een nietigheid op maat: de principiële erkenning van de (mogelijkheid tot) reductie door het Hof van Cassatie», *op. cit.*, p. 1190.

(183) *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'État*, t. I, 2^e éd., Paris, Guyot, 1834, p. 105.

(184) Voy. not. H. DE PAGE, *Traité*, t. IV, 1972, p. 506; B. LOUVEAUX, *Le droit du bail*, Bruxelles, De Boeck, 1993, p. 15; Y. MERCHERS, «Le bail en général», in *Rép. Not.*, t. II.7, Bruxelles, Larcier, 1979, p. 257; L. HERVE, «La durée du bail», in *Le droit commun du bail*, Bruxelles, la Charte, 2006, p. 380.

(185) Cass. Fr. (civ.), 20 mars 1929, *D.P.*, 1930, I, p. 13, note critique P. VOIRIN; Cass. Fr. (civ.), 22 novembre 1932, *D.H.*, 1933, p. 51, obs.

soire, paraîtrait pouvoir disparaître sans que l'économie de la convention en fût atteinte, l'arrêt attaqué serait encore dépourvu de base légale, à défaut de toute appréciation y portée sur le caractère secondaire ou, au contraire, essentiel, que la clause illicite pouvait avoir dans l'esprit des parties».

Le second arrêt est encore moins convaincant. Sous le visa de l'article 1^{er}, titre I, du décret des 18-29 décembre 1790, la Cour déclare que «ce texte limite à 99 ans la durée maximum des baux même emphytéotiques et que sa disposition est applicable, à plus forte raison, aux baux ordinaires; que la durée d'un bail, quand il a été conclu pour un nombre d'années excédant 99 ans, doit être ramenée à la limite extrême permise par la loi, que si les parties ont fait dépendre la cessation de la location d'un événement indéterminé dans le temps, le contrat prend fin dès qu'il s'est écoulé 99 ans sans que l'événement se soit réalisé».

Quoi qu'il en soit de la pertinence de ces deux décisions, elles nous paraissent devoir désormais s'effacer devant la jurisprudence de notre Cour de cassation: la durée du bail doit être réduite au maximum légal qu'autorise le décret (186).

41. La sanction des engagements perpétuels. Selon une doctrine et une jurisprudence constantes, les engagements perpétuels sont prohibés. De telles obligations contreviennent, en effet, au principe de la liberté individuelle et à celui de la libre concurrence (187).

La prohibition des engagements perpétuels constitue un principe général du droit (188). Celui-ci peut se déduire d'un certain nombre de textes légaux particuliers. L'article 1780 du Code civil, qui figure dans la section relative au louage des domestiques et ouvriers, constitue assurément une des applications les plus marquantes de ce principe: «On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée». Ce principe général s'applique à tout contrat (189). Il régit aussi les clauses contenant les obligations les plus diverses (190).

Un engagement perpétuel enfreint l'ordre public.

Lorsqu'un doute existe sur l'intention des parties de conférer à l'engagement un tel caractère, le juge peut, par application de l'article 1157 du Code civil, interpréter leur volonté de manière à y discerner un engagement à durée indéterminée (191). Le spectre de la nullité est alors écarté. Mais chaque partie dispose de cet attribut caractéristique de tout contrat ou obligation à durée indéterminée qu'est le droit de résiliation unilatérale (192).

(186) En ce sens aussi, voy. déjà Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, op. cit., pp. 243 et s.

(187) F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Anvers, Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 468 et s.; M. DE MAN, *De verbinteniserichtelijke tijdsbepaling*, op. cit., pp. 114 et s.

(188) M. DE MAN, *De verbinteniserichtelijke tijdsbepaling*, op. cit., pp. 121 et s.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. II, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 329 et s.

(189) Contrats de mandat ou d'entreprise, par exemple (M. DE MAN, *De verbinteniserichtelijke tijdsbepaling*, op. cit., pp. 154 et s.).

(190) Clauses de non-concurrence ou d'inaliénabilité, par exemple (*ibid.*, pp. 167 et s.).

(191) *Ibid.*, pp. 194 et s.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. II, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, op. cit., p. 330.

(192) F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, op. cit., pp. 461 et s.

Lorsque l'intention des parties de conférer à l'engagement un caractère perpétuel ne souffre aucun doute, la nullité est, en revanche, inéluctable. L'engagement est alors entaché d'une cause de nullité absolue(193). Selon l'opinion traditionnelle, il en résulte la nullité intégrale de l'engagement.

Dans sa thèse de doctorat consacrée au terme de droit, M. De Man rompt une lance en faveur d'une réduction de la durée de l'engagement, qui s'harmonise le mieux avec l'intention commune des parties(194). Ce raisonnement peut notamment être appliqué aux clauses de confidentialité, lorsqu'elles contiennent des engagements perpétuels(195).

42. Les clauses d'inaliénabilité. Les clauses d'inaliénabilité sont autorisées pourvu qu'elles soient temporaires et qu'elles reposent sur un motif sérieux et légitime(196). Ces restrictions sont commandées par le principe général de la libre circulation des biens.

Les clauses qui sont illimitées dans le temps ou qui ont une durée excessive sont, partant, interdites. Contraires à l'ordre public, elles sont, selon l'opinion dominante, entachées d'une cause de nullité absolue et totale. Certains auteurs jugent cette sanction disproportionnée et militent en faveur d'une modération de la clause(197). Dans sa thèse déjà citée, Ph. Simler préconisait cette solution en distinguant deux hypothèses. Si le grief qu'encourt la clause porte sur l'illicéité de son motif, il va de soi que la nullité doit être pleine et entière. En revanche, « si la clause n'est annulée que parce que sa durée est illimitée ou excessive, même lorsqu'un motif légitime est parfaitement avéré, la nullité intégrale est beaucoup plus malaisée à justifier. En effet, il faut admettre que la même clause, stipulée dans les mêmes circonstances avec une durée suffisamment restreinte, aurait été valable. Le problème du seuil de rupture se pose à nouveau. La meilleure solution ne serait-elle pas, dans ce cas également, la réduction de la durée de l'inaliénabilité à une limite raisonnable ? »(198).

La nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation permet, nous semble-t-il, de conférer droit de cité à une telle nullité partielle : si toutes les conditions posées par la Cour sont réunies, le juge du fond devra réduire la durée de la clause.

43. Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Après avoir énoncé les hypothèses dans lesquelles l'exonération ou la limitation conventionnelle de responsabilité est interdite, la doctrine a coutume de dire que, dans de tels cas, la clause est nulle. Les arrêts de la Cour de cassa-

(193) Doctrine et jurisprudence constantes que rappelle M. DE MAN, *De verbinteniserrehtelijke tijdsbepaling*, op. cit., pp. 197 et s.

(194) M. DE MAN, *De verbinteniserrehtelijke tijdsbepaling*, op. cit., pp. 215 et s. Déjà en ce sens, voy. Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, op. cit., pp. 242 et s.

(195) K. ANDRIES, *Geheimhoudingsovereenkomsten*, op. cit., p. 432.

(196) A. DELIÈGE, « Inaliénabilité », in *Rép. Not.*, t. II.7, op. cit., pp. 21 et s. ; B. TILLEMANS, *Overeenkomsten*, t. 2, *Bijzondere overeenkomsten. A. Verkoop*, vol. 1, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, Anvers, Story-Scientia, 2001, pp. 427 et s.

(197) B. TILLEMANS, *Overeenkomsten*, t. 2, *Bijzondere overeenkomsten. A. Verkoop*, vol. 1, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, op. cit., p. 439 ; M. DE MAN, *De verbinteniserrehtelijke tijdsbepaling*, op. cit., pp. 214-215 avec les réf. citées en note 1145.

(198) Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, op. cit., p. 267.

tion du 23 janvier et du 25 juin 2015 amènent à se poser la question suivante : s'agit-il d'une nullité intégrale de la clause ou peut-on admettre que la nullité n'affecte qu'une partie de celle-ci ?

Partons de l'exemple suivant. Une clause prévoit que le débiteur s'exonère de sa responsabilité pour toute faute, en ce compris ses fautes lourdes et intentionnelles, ainsi que pour celles de ses préposés (199).

Si cette clause relève du régime de droit commun des clauses exonératoires de responsabilité — il s'agit d'un contrat entre deux professionnels —, elle encourt la critique dans la mesure où elle permet au débiteur de s'exonérer de son dol. Si elle figure dans un contrat de consommation, les critiques qui peuvent être adressées à cette clause sont plus nombreuses. Le Code de droit économique déclare nulle et interdite la clause qui libère l'entreprise de sa responsabilité pour sa faute lourde ou pour sa faute intentionnelle ainsi que pour les mêmes fautes qui seraient le fait de ses préposés (art. VI.83, 13°).

Supposons que l'entreprise se rende responsable d'une faute lourde envers un consommateur. Le juge doit-il annuler la clause dans sa totalité ou pourrait-il ne l'annuler que dans la seule mesure où elle libère l'entreprise de sa faute lourde ?

La question ne présentera, la plupart du temps, qu'un intérêt théorique. Souvent, la clause exonératoire ne sera appelée à jouer qu'une seule fois dans les rapports entre parties, de sorte que le débiteur n'aura plus à en invoquer le bénéfice par la suite. La question revêt, en revanche, un intérêt pratique tout particulier, lorsque le contrat s'inscrit dans la durée et que d'autres manquements contractuels pourraient encore être reprochés au débiteur.

Si la clause est annulée dans son intégralité, l'entreprise ne pourra plus s'en prévaloir, quand bien même ne commettrait-elle, à l'avenir, qu'une faute légère. En revanche, si le juge dispose du pouvoir d'annuler partiellement la clause, l'entreprise pourra encore bénéficier de la clause si la faute dont elle est l'auteur peut être qualifiée de légère (200). On notera que si l'on souscrit à la définition subjective de la notion de clause, qui nous paraît préférable (voy. *supra*, n° 25), la question de la nullité partielle de la clause exonératoire est un faux problème. Le juge devra discerner dans l'exemple ci-dessus, non pas une seule clause, mais une pluralité de clauses exonératoires (201). Conceptuellement, la nullité sera totale en ce sens qu'elle affectera la petite clause exonératoire qui entend libérer l'entreprise de sa faute lourde.

(199) On suppose ici que cette clause peut être détachée du reste de la convention, ce qui est souvent le cas. Si cette clause s'avère indissociable de la convention, la nullité s'étend à tout le contrat (O. VANDEN BERGHE et M. HOSTENS, « Exoneratieclausules », in G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRY, B. TILLEMANS, A.-L. VERBEKE (dir.), *Contractuele clausules. Gemeenrechtelijke clausules*, vol. II, *op. cit.*, p. 1362). Voy. aussi L. CORNELIS, « Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation », note sous Cass., 22 mars 1979, *R.C.J.B.*, 1981, p. 209, pour qui la sanction d'une clause exonératoire de responsabilité illicite ne doit pas se limiter à son annulation : elle devrait, en principe, être plus radicale et consister dans la nullité de toute la convention.

(200) O. VANDEN BERGHE et M. HOSTENS, « Exoneratieclausules », *op. cit.*, p. 1362.

(201) Th. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, *op. cit.*, p. 185 ; F. PEERAER, « Naar een nietigheid op maat: de principiële erkenning van de (mogelijkheid tot) reductie door het Hof van Cassatie », *op. cit.*, p. 1190.

CONCLUSION

44. En reconnaissant au juge du fond le pouvoir d'annuler partiellement une clause illicite, la Cour de cassation apporte une nouvelle contribution importante à la théorie des nullités. L'arrêt du 25 juin 2015, qui est une décision de principe, s'inscrit dans la tendance moderne que l'on relève, tant dans la législation qu'en jurisprudence, à privilégier la flexibilité de la sanction à une excessive rigueur de celle-ci (voy. *supra*, n^{os} 3 et s.).

Pas plus que le contrat, la clause contractuelle ne constitue un bloc monolithique insécable. Le juge doit pouvoir la tronçonner afin de l'expurger de sa partie illicite.

La nullité partielle d'une clause est toutefois subordonnée à des conditions, qui sont autant de balises pour le juge. Il ne peut prononcer une telle sanction que si la nullité partielle est possible et qu'elle ne transgresse ni la volonté du législateur ni l'intention commune des parties (voy. *supra*, n^{os} 32 à 37).

La portée de cet arrêt dépasse le cadre étroit des clauses de non-concurrence non réglementées. Elle doit s'appliquer au contrôle de toute clause illicite, sous la réserve importante toutefois que cette extension ne contrevienne pas à une disposition légale et qu'elle soit voulue par les parties (voy. *supra*, n^{os} 39 et s.).

Cette jurisprudence pourrait inspirer le législateur qui sera appelé, à l'initiative du ministre de la Justice, à réformer le droit des obligations. C'est, au demeurant, tout le régime des nullités et des autres sanctions applicables à un défaut dans la formation du contrat qui devrait être repensé en profondeur (202).

PATRICK WÉRY

PROFESSEUR ORDINAIRE
À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

(202) Voy. aussi nos réflexions à propos de la régularisation d'un contrat annulable, note sous Liège, 23 décembre 2014, *J.L.M.B.*, 2016, pp. 295 et s.