

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Objet, cause et régime des nullités

George, Florence

Published in:

La réforme du droit des obligations

Publication date:

2023

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

George, F 2023, Objet, cause et régime des nullités. Dans *La réforme du droit des obligations : présentation générale des livres 1er et 5 du nouveau Code civil*. Conférence du jeune barreau de Bruxelles, Larcier , Bruxelles, p. 249-303.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

6. OBJET, CAUSE ET RÉGIME DES NULLITÉS

Florence GEORGE

Chargée de cours à l'UNamur

Chargée de cours invitée à l'UCLouvain

Avocate au barreau de Liège-Huy

SECTION 1. La nullité du contrat pour violation des règles d'ordre public et des dispositions impératives	251
SECTION 2. L'objet	256
SECTION 3. La cause	272
SECTION 4. Le régime des nullités	280

1. Introduction. Dans sa conception statique, le contrat doit répondre aux quatre conditions de validité énoncées à l'article 5.27 du Code civil à savoir :

- le consentement libre et éclairé de chaque partie¹ ;
- la capacité des parties de contracter ;
- un objet déterminable et licite ; et
- une cause licite.

Ces quatre conditions sont cumulatives et s'appliquent également aux actes juridiques unilatéraux². Elles s'apprécient au moment de la conclusion du contrat³⁻⁴. Il demeure toutefois possible, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, de prendre également en considération, lors de l'appréciation de la réunion des conditions de validité, des éléments de preuve postérieurs à la conclusion du contrat⁵.

Dans le cadre de la présente contribution, nous examinerons uniquement la validité du contrat sous l'angle de son objet et de sa cause⁶.

2. Plan. Dans un premier temps, nous reviendrons sur l'articulation des règles contenues dans les Livres 1 et 5 du Code civil relatives à la validité des actes juridiques. L'occasion nous sera donnée de définir de manière plus précise l'incidence des dispositions impératives et d'ordre public sur les actes juridiques (section 1).

1. Cette formule remplace l'expression « le consentement de la partie qui s'oblige » qui figurait à l'article 1108 de l'ancien Code civil et qui avait été largement critiquée. Le consentement *des deux parties* est en effet nécessaire. Voy. aussi S. DE REY, « Le consentement et la capacité », in R. JAFFERALI (coord.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 106.

2. Cass., 10 novembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2513, concl. proc. gén. J.-Fr. LECLERCQ ; Cass., 10 novembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2526, concl. J.-Fr. LECLERCQ. Voy. désormais l'article 5.126 qui dispose que « [c]haque acte juridique unilatéral est soumis aux règles qui lui sont propres et, dans la mesure où celles-ci n'y dérogent pas, aux règles qui s'appliquent aux contrats ainsi qu'au régime général de l'obligation ».

3. Cass., 11 avril 1991, *Pas.*, 1991, p. 726 ; Cass., 11 octobre 1991, *T.R.V.*, 1992, p. 83, note P. VAN HOOGTEN ; Cass., 24 septembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 1609 ; Cass., 12 décembre 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 1690, note R. BARBAIX ; Cass., 12 février 2015, R.G. n° C.14.0330.F, *Pas.*, 2015, p. 338.

4. Notons d'ores et déjà qu'un mécanisme correcteur de la nullité est inséré à l'article 5.57, alinéa 2, du Code civil (voy. *infra*, n° 35).

5. Cass., 11 avril 1991, *Pas.*, 1991, p. 726 ; Cass., 11 octobre 1991, *T.R.V.*, 1992, p. 83, note P. VAN HOOGTEN ; Cass., 24 septembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 1609 ; Cass., 12 février 2015, R.G. n° C.14.0330.F, *Pas.*, 2015, p. 338.

6. Pour un examen du consentement et de la capacité, voy. la contribution de T. Derval et Ch.-E. Lambert dans le présent ouvrage.

Ensuite, les exigences requises à l'endroit de l'objet du contrat seront examinées (section 2). Il en ira de même de celles afférentes à la cause (section 3).

Enfin, nous analyserons le nouveau régime des nullités (section 4).

Section 1. La nullité du contrat pour violation des règles d'ordre public et des dispositions impératives

3. Le régime instauré dans le Livre 5 du Code civil. L'article 5.57 du Code civil prévoit, en son alinéa 1^{er}, qu'« un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul ». Un mécanisme correcteur est toutefois prévu à l'alinéa 2 (*infra*, n^{os} 35 et s.).

Comme l'indiquent les travaux préparatoires, la nullité vient sanctionner un vice de validité, à savoir une violation de la loi contemporaine à la formation du contrat⁷. La nullité ne frappe dès lors le contrat qu'à travers l'examen de ses conditions de validité⁸. Partant, le contrôle de la licéité d'un contrat se réalise uniquement sous le prisme de sa cause et de son objet. La seule violation des règles d'ordre public ou impératives ne suffit pas à annuler un contrat. Un détour par la démonstration de l'illicéité de l'objet ou de la cause du contrat s'impose.

Cette approche s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour de cassation qui, à plusieurs reprises, a considéré que la seule violation d'une règle d'ordre public ou impérative n'entraînait pas *ipso facto* la nullité du contrat (*infra*, n^o 4).

4. La jurisprudence de la Cour. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation méritent à cet égard d'être épinglés.

Au cours du XX^e siècle, la Cour décide, à plusieurs reprises, que le seul fait qu'une partie soit animée à titre accessoire de mobiles contraires à l'ordre public n'entache pas la validité de la convention. Ainsi, par exemple, les libéralités entre un homme et une femme non mariés qui entretiennent ou ont entretenu des rapports sexuels ne sont pas nulles du seul fait de pareilles relations⁹.

Cette approche est confirmée par la Cour dans sa jurisprudence plus récente.

7. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n^o 55-1806/001, p. 63.

8. R. JAFFERALI, « La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés », *J.T.*, 2023, p. 35.

9. Cass., 19 janvier 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 640. Voy. aussi Cass., 14 mai 1903, *Pas.*, 1903, I, p. 216 ; Cass., 13 novembre 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 190.

Dans sa décision du 6 décembre 2013¹⁰, la Cour rejette le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 10 octobre 2011 qui avait considéré que la conclusion de conventions par une agence d'emploi privée qui ne bénéficiait pas de l'agrément exigé par l'article 6, § 1^{er}, de l'ordonnance du 26 juin 2003 n'entravait pas l'ordre public et avait refusé de les frapper de nullité absolue. Pour la Cour, « [l]a circonstance que l'exercice d'activités d'emploi sans agrément préalable soit puni de sanctions pénales n'implique pas que les conventions conclues avec une agence d'emploi privée non agréée soient frappées de nullité absolue. En considérant que "la nullité des conventions conclues par une agence non [agréée] pourrait être prononcée par le juge s'il apparaît que la règle violée ou la nature des choses le requièrent, en tenant compte de la nature de l'infraction et du but de la règle violée", que "l'objectif de l'agrément des agences d'emploi privées consiste dans le bon fonctionnement du marché du travail et la protection des travailleurs", qu'"à l'époque, la [défenderesse] répondait aux conditions pour obtenir l'agrément", qu'"elle en disposait du reste en Région flamande et en Région wallonne [...] et l'obtint en région bruxelloise", l'arrêt justifie légalement sa décision que "la conclusion par [la défenderesse] des conventions litigieuses n'a pas entravé l'ordre public" ».

La Cour s'exprime de manière encore plus explicite dans sa décision du 30 janvier 2015¹¹. Lors de la conclusion d'une convention financière, la banque n'avait pas respecté son obligation d'identification et de vérification des personnes agissant en tant que mandataires et ce en vertu de l'article 4, alors applicable, de la loi d'ordre public du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme. La Cour rejette le pourvoi qui reprochait à la juridiction d'appel de ne pas avoir retenu la nullité de la convention et décide qu'"[e]n vertu des articles 6 et 1108 du Code civil, est nulle une convention dont l'objet est illicite. 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 ». Le non-respect des formalités anti-blanchiment, bien que découlant d'une disposition d'ordre public, n'entraîne pas la nullité de la convention.

La décision du 9 septembre 2016¹² peut également venir au soutien de cette thèse. En l'espèce, un contrat d'architecture avait été conclu entre une

10. Cass., 6 décembre 2013, R.G. n° C.12.0112.F, www.juportal.be, *Pas.*, 2013, p. 2493.

11. Cass., 30 janvier 2015, R.G. n° C.14.0285.N, *R.C.J.B.*, 2017, p. 189, note L. CORNELIS.

12. Cass., 9 septembre 2016, R.G. n° C.14.0347.N, *R.A.B.G.*, 2017, p. 87 ; *Pas.*, 2016, n° 471.

personne morale et les maîtres de l'ouvrage relativement à la transformation d'une maison en un restaurant avec habitation. La personne morale qui avait conclu le contrat ne pouvait, en réalité, exécuter les obligations auxquelles elle s'était engagée ; seule une personne physique, en vertu d'une règle d'ordre public¹³, y était autorisée. D'une part, la profession d'architecte ne pouvait être exercée que par une personne physique. D'autre part, l'article 2, § 2 de la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte est d'ordre public de sorte qu'il ne peut y être dérogé. Selon la cour d'appel, la société civile n'agissant que comme intermédiaire administratif, elle ne peut dès lors commettre de fautes professionnelles. Seul l'architecte lui-même et non la société d'architectes peut être déclaré responsable pour d'éventuelles fautes professionnelles. La Cour casse la décision qui refuse de mettre à charge de la personne morale la réparation du dommage causé par sa faute. Ce faisant, elle reconnaît que la violation d'une disposition d'ordre public ne dispense pas la personne morale de son obligation de réparer le dommage résultant de la mauvaise exécution de cette convention, ce qui suppose que cette dernière soit valable.

Un arrêt du 30 septembre 2021¹⁴ vient encore corroborer cette tendance. La Cour rappelle très clairement qu'« *Jejen overeenkomst is dus slechts nietig wegens strijdigheid met de openbare orde of met dwingende wetsbepalingen wanneer zij een ongeoorloofd voorwerp of een ongeoorloofde oorzaak heeft* »¹⁵. Pour la Cour, les juges d'appel qui ont considéré que les prêts accordés par les demandeurs aux défendeurs étaient nuls en raison de la fraude commise par N.R., pour la seule raison que sa fraude était accompagnée de la commission d'infractions, sans établir que ces accords avaient un objet illicite ou étaient affectés d'une cause illicite, ne justifient pas légalement leur décision.

5. Le régime instauré dans le Livre 1^{er} du Code civil. L'adoption du Livre 1^{er} et le souhait d'y insérer une disposition analogue à l'article 2 de l'ancien Code civil a ravivé – du moins en apparence – la controverse née de l'articulation entre les articles 1131 et 1133, d'une part, et l'article 2 (anciennement 6), d'autre part, de l'ancien Code civil. Pour rappel, ce dernier prévoyait qu'« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». En dépit de ce libellé, la doctrine et la jurisprudence semblaient toutefois s'accorder pour ne reconnaître aucune portée autonome à l'article 2 en prônant davantage une lecture combinée des dispositions.

13. Le litige se pose avant la modification de la loi du 20 février 1939 par la loi du 15 février 2006.

14. Cass., 30 septembre 2021, R.G. n° C.21.0002.N, www.juportal.be.

15. Traduction libre : un contrat n'est nul pour contrariété à l'ordre public ou aux dispositions légales impératives que s'il a un objet illicite ou une cause illicite.

Le libellé de l'article 1.3 du Code civil emprunte une formulation similaire à l'article 2 précité et s'accommode dès lors très mal du dispositif retenu à l'article 5.27. Aux termes de l'article 1.3, il est en effet prévu que :

« L'acte juridique est la manifestation de volonté par laquelle une ou plusieurs personnes ont l'intention de faire naître des effets de droit.

Sauf disposition légale contraire, toute personne, physique ou morale, possède la capacité de jouissance et la capacité d'exercice.

On ne peut déroger à l'ordre public ni aux règles impératives.

Est d'ordre public la règle de droit qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose la société, telles que l'ordre économique, moral, social ou environnemental.

Est impérative la règle de droit édictée pour la protection d'une partie réputée plus faible par la loi ».

La question de la place de l'ordre public et des dispositions impératives en droit des obligations fut, en réalité, longuement discutée en commission parlementaire.

Les amendements subis par la disposition l'attestent à suffisance.

Dans sa première mouture, l'article 1.3. disposait, en son alinéa 2, qu'« [o]n ne peut déroger à l'ordre public. Ainsi tout acte juridique doit-il avoir un objet et une cause licites ».

Les travaux préparatoires précisait que « l'article 2 de l'actuel Code civil est dépourvu de portée autonome et a toujours été interprété par la jurisprudence de la Cour de cassation en combinaison avec les articles 1131 et 1133 du même Code [...]. Par conséquent, la violation de l'ordre public au moment de la conclusion du contrat ne constitue jamais, à elle seule, une cause de nullité du contrat ; la nullité ne peut résulter selon la doctrine majoritaire que de l'absence d'une des conditions de validité du contrat, par exemple en cas d'objet illicite ou de cause illicite [...]. Ces différentes solutions sont maintenues dans le projet de Livre 5 du nouveau Code civil. Ainsi, il ressort de l'article 5.57, alinéa 1^{er}, que la nullité du contrat ne peut résulter que du fait que ce contrat ne remplit pas les conditions requises pour sa validité, telles qu'elles sont énumérées à l'article 5.27, parmi lesquelles l'exigence d'un objet licite (article 5.51) et d'une cause licite (article 5.56). À l'avenir également, la seule violation de l'ordre public au moment de la conclusion du contrat ne constitue pas en soi une cause de nullité du contrat si, par ailleurs, celui-ci est doté d'un objet et d'une cause licites »¹⁶.

16. Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, pp. 12-13.

Un amendement n° 5¹⁷⁻¹⁸ fut toutefois déposé suggérant de remplacer cette formulation par la suivante : « On ne peut déroger à l'ordre public ni aux règles impératives ».

Est-ce à dire que l'adoption de cet amendement remet en cause la jurisprudence de la Cour de cassation ? Nous ne le pensons pas¹⁹.

D'une part, l'amendement visait à insérer, aux côtés de l'ordre public, la référence explicite aux dispositions impératives²⁰⁻²¹.

D'autre part, il est précisé expressément à l'endroit de cet amendement que ce dernier n'a pas vocation à modifier la jurisprudence actuelle. Ainsi, on peut lire que « [l]a jurisprudence qui a été établie sous l'article 2 de l'ancien Code civil est confirmée. Pour l'élaboration concrète et les sanctions en ce qui concerne les contrats, il est fait référence ici, par souci de brièveté, aux dispositions du Livre 5 »²², ou encore : « Premièrement, on en revient à la formulation d'origine de l'article 2 en ce sens qu'il est prévu qu'on ne peut déroger à l'ordre public. Il n'est donc plus fait référence expressément à l'objet et la cause illicite qui sont des hypothèses où il y a évidemment violation de l'ordre public. La justification de l'amendement rappelle que cet article 2 a fait l'objet d'une jurisprudence abondante à laquelle on ne touche pas »²³.

6. La notion d'ordre public. La définition de l'ordre public s'inspire de celle établie par la jurisprudence de la Cour de cassation : « [E]st d'ordre public la règle de droit qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité,

17. Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/003, p. 9.

18. Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/004, pp. 14 et s.

19. Voy. aussi en ce sens, R. JAFFERALI, « La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés », *op. cit.*, p. 36.

20. « L'amendement vise une clarification en faisant référence désormais explicitement aux règles impératives, auxquelles on ne peut pas déroger. Cela correspond à une évolution du droit des obligations apparues dans le courant du 20^e siècle. Ces règles visent à protéger la partie faible, comme par exemple le consommateur ou le travailleur. De très nombreuses lois particulières visent à protéger la partie faible. Cette reconnaissance est réitérée dans le Livre 1^{er} pour marquer symboliquement son importance » (Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/004, p. 15).

21. Nous verrons que les bonnes mœurs sont désormais englobées dans l'ordre public moral.

22. Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/003, p. 10.

23. Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/004, p. 15.

ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société »²⁴.

Les deux volets sont rappelés : « [D]'une part, les intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, qui recouvrent notamment les règles de fonctionnement de la démocratie, les règles du droit fiscal, de la sécurité sociale, du droit pénal, etc. ; d'autre part, les règles du droit privé sur lesquelles repose l'ordre de la société »²⁵. La définition est toutefois complétée. Les bases juridiques sur lesquelles repose la société sont en effet non seulement des règles de nature économique ou morale (qui incluent l'ancienne notion de bonnes mœurs), mais aussi des règles qui ont trait à la protection de l'environnement et la politique sociale²⁶. D'autres facteurs méritent désormais d'être pris en compte au regard de l'évolution de la société. « Les règles fondamentales de protection de l'environnement et de la protection sociale relèvent également de l'intérêt général et ne peuvent à ce titre admettre de dérogation par les parties. Il est précisé que l'ordre public présente un caractère évolutif et que l'énumération des bases juridiques de la société (l'ordre économique, moral, social ou environnemental) est purement exemplative »²⁷.

Section 2. L'objet

§1. La notion d'objet

7. L'objet comme condition de validité du contrat : notion polysémique. Pour que le contrat soit valablement formé, l'objet du contrat doit être possible, déterminé ou du moins déterminable et licite. Ces conditions s'apprécient au moment de la conclusion du contrat²⁸.

Loin d'être univoque, la notion d'objet peut s'envisager sous différents angles²⁹.

24. Cass., 22 juin 2020, R.G. n° C.18 0108.F, www.juportal.be.

25. Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/003, p. 11.

26. Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/004, p. 15.

27. Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/003, p. 11.

28. Cass., 28 novembre 2013, *R.G.D.C.*, 2015, 422, note T. DERVAL et L. GRAUER.

29. Voy. déjà sur ces acceptions, M. DUPONT, « Nullité absolue et nullité relative », in P. WÉRY (coord.), *La nullité des contrats*, coll. CUP, vol. 88, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 49. On notera que les dispositions de l'ancien Code civil renvoyaient tantôt à l'objet du contrat (ex. art. 1108 et 1126 à 1128 anc. C. civ.), tantôt à l'objet de l'obligation (art. 1129 et 1130 anc. C. civ.).

Le législateur a entendu clarifier ces concepts, du moins partiellement, à l'article 5.46.

Ce dernier dispose que « [t]out contrat a pour objet les obligations ou les autres effets de droit que visent les parties. Une obligation a pour objet une prestation qui peut consister à faire ou ne pas faire quelque chose, à donner quelque chose ou à garantir quelque chose.

L'obligation de donner tend au transfert d'un droit ou à la constitution d'un droit réel ».

On distingue ainsi, tout d'abord, *l'objet d'un acte juridique ou d'un contrat* en tant que conséquence juridique concrète visée par les parties contractantes. La plupart du temps, les parties concluent des contrats dans le but de faire naître des obligations entre elles³⁰. Un contrat n'a, de prime abord, d'autre objet que de créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. Les conventions ou les clauses contractuelles ne tendent toutefois pas exclusivement à créer des obligations. Les parties entendent parfois créer d'autres effets juridiques (clauses attributives de compétence, clauses exonératoires, conventions sur la preuve, clauses d'arbitrage, clauses de choix du droit applicable, clauses de subordination, etc.). L'article 5.46 le rappelle à juste titre en épinglant, au rang de l'objet du contrat, « les autres effets de droit que visent les parties »³¹. On renvoie à la distinction entre la force obligatoire de la convention et son contenu obligationnel³².

Ensuite, une autre acception de l'objet vise *l'objet d'une obligation*, qui consiste à faire quelque chose, à s'abstenir de faire quelque chose, à donner quelque chose ou à garantir quelque chose³³. Il s'agit de la prestation promise par le débiteur, *ce à quoi il s'oblige*.

30. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 52.

31. Voy. aussi J. VAN MEERBEECK, « L'objet, la cause et la nullité », in R. JAFFERALI (coord.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, *op. cit.*, p. 147.

32. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 52. Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 509 et s.

33. Cette obligation de garantie fait son entrée dans le Code civil et n'était pas employée sous l'empire du Code Napoléon. Les travaux préparatoires épinglent les exemples de l'assureur et de la caution (Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 52). Comme le souligne J. Van Meerbeek, il convient de ne pas confondre cette catégorie d'obligations avec les « obligations de garantie » qui visent des obligations de résultat renforcées (le débiteur ne peut s'exonérer en invoquant une cause étrangère exonératoire) (J. VAN MEERBEECK, « L'objet, la cause et la nullité », *op. cit.*, p. 147, note 6).

Au-delà de cette distinction, on peut également envisager l'objet comme la *chose* qui fait *l'objet de la prestation* promise bien que cette notion n'ait pas été reprise à l'article 5.46.

Nous verrons que pour chacune des exigences liées à l'objet, le législateur mentionne expressément sous quelle acception il convient d'entendre la notion.

§2. Les exigences liées à l'objet

8. Possibilité de l'objet. Le législateur requiert, à l'article 5.47, que la prestation soit possible. « Il est impossible lorsque la prestation prévue ne saurait être réalisée, que cette impossibilité repose sur des raisons matérielles ou sur des motifs juridiques »³⁴.

L'appréciation de l'impossibilité d'exécution se réalise au jour de la conclusion du contrat. La disposition demeure dès lors étrangère aux hypothèses d'impossibilité d'exécution régies par les dispositions sur la force majeure (art. 5.99 et s.) ou les sanctions de l'inexécution (art. 5.83 et s.)³⁵.

Il doit s'agir d'une impossibilité absolue, et non relative.

Lorsque l'objet est un corps certain, l'impossibilité absolue d'exécuter l'obligation peut résulter de l'inexistence de la chose.

Par exemple, l'objet est impossible dans l'hypothèse d'un contrat de bail portant sur le rez-de-chaussée d'un bâtiment qui n'existe plus. On cite encore le contrat d'assurance incendie qui porte sur un immeuble déjà ravagé par le feu au moment de l'échange des consentements ou encore le contrat qui porte sur un voyage sur la planète Mars³⁶.

On peut également concevoir des cas d'impossibilité juridique tels que l'hypothèse d'un contrat qui aurait pour objet l'importation d'un produit dont le pays d'origine interdirait l'exportation.

On distingue très clairement cette condition des hypothèses de caducité qui renvoient à une impossibilité d'exécution qui surviendrait postérieurement à la conclusion du contrat.

L'article 5.265 précise que « [l']obligation devenue impossible à exécuter en nature pour quelque cause que ce soit, même si cette inexécution est imputable au débiteur, est de plein droit caduque, sans préjudice des sanctions ouvertes au créancier ».

34. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 53.

35. J. VAN MEERBEECK, « L'objet, la cause et la nullité », *op. cit.*, p. 148.

36. M. DUPONT, « Nullité absolue et nullité relative », *op. cit.*, p. 50.

La caducité de l'obligation n'entraînera cependant pas nécessairement la caducité du contrat³⁷.

En vertu de l'article 5.113, il est en effet prévu que « [l]a caducité d'une obligation par disparition de son objet conformément à l'article 5.265 n'entraîne pas par elle-même l'extinction du contrat qui lui a donné naissance.

En ce cas, le contrat n'est éteint que dans les cas prévus à l'article 5.112 ».

Le contrat ne sera éteint que par application des causes ordinaires d'extinction énumérées à l'article 5.112³⁸.

Partant :

- soit la caducité de l'obligation résulte d'une impossibilité d'exécution non imputable au débiteur : le contrat pourra le cas échéant être dissous par l'effet de la théorie des risques, en principe de plein droit (art. 5.100³⁹) ;
- soit la caducité de l'obligation découle d'une impossibilité d'exécution imputable au débiteur, le contrat ne prendra pas fin de plein droit. Le créancier aura le choix de résoudre la convention en raison de l'inexécution commise par le débiteur (art. 5.90), ou d'exiger la poursuite du contrat en exécutant ses propres obligations moyennant une réparation réclamée au débiteur, en nature (si elle est possible) ou pécuniaire.

9. Choses dans le commerce. L'objet d'une prestation doit nécessairement être dans le commerce, telle est la formulation adoptée à l'article 5.48. Il faut entendre par choses en dehors du commerce, des choses qui ne peuvent

37. Notons que l'article 5.113 prend le contre-pied de la solution retenue par la Cour de cassation (Cass., 28 novembre 1980, *Pas.*, 1981, p. 369).

38. « Art. 5.112. Énumération

Le contrat prend fin :

1° par l'extinction des obligations auxquelles il a donné naissance conformément à l'article 5.244 ;

2° par son annulation judiciaire ou extrajudiciaire conformément à l'article 5.59 ;

3° par sa résiliation de commun accord conformément à l'article 5.70, alinéa 1^{er} ;

4° par sa résiliation unilatérale conformément aux articles 5.70, alinéa 2, 5.75 et 5.76 ;

5° par sa résolution judiciaire ou extrajudiciaire pour inexécution conformément à l'article 5.90 ;

6° par l'impossibilité définitive d'exécution conformément à l'article 5.100 ;

7° dans les autres cas prévus par la loi ».

39. « Art. 5.100. Effets sur le contrat en cas d'impossibilité définitive d'exécution de l'obligation
Lorsque l'impossibilité d'exécuter une obligation principale est totale et définitive sans être imputable au débiteur, le contrat est dissous de plein droit en sa totalité.

Lorsque l'impossibilité est partielle et définitive, sans être imputable au débiteur, la dissolution se limite à la partie du contrat qui est affectée, pour autant que le contrat soit divisible dans l'intention des parties, eu égard à sa nature et sa portée.

Dans les contrats translatifs de propriété, le transfert des risques s'opère toutefois conformément à l'article 5.80 ».

servir d'objet à un acte juridique. L'extracommercialité est, en général, relative⁴⁰ : monuments classés, animaux élevés aux hormones, stupéfiants...

On renvoie notamment en doctrine à l'être humain et aux éléments du corps humain, aux *res communes* (l'air, l'eau, etc. ; art. 3.43 nouveau C. civ.), aux choses protégées par le régime de domanialité publique dans les limites posées par l'article 3.45, alinéa 2, du Code civil, aux offices ministériels et fonctions publiques, ainsi que certains droits attachés à la personne (les droits d'usage, d'habitation, les pensions, les dommages de guerre, etc.) ou à une fonction (par ex. les traitements et pensions des agents publics), un butin de guerre, etc.⁴¹.

10. Déterminabilité de l'objet. Aux termes de l'article 5.49, il est prévu que « [l]a prestation doit être déterminée, ou au moins déterminable sans qu'un nouvel accord de volontés des parties soit exigé La détermination de la prestation peut, en vertu de la loi, du contrat ou des usages, être confiée à une des parties ou à un tiers déterminé ou déterminable, sauf si la loi l'interdit ».

L'objet du contrat doit être *déterminé* ou, à tout le moins, *déterminable*. Cette exigence vise à éviter le recours à des termes du contrat tellement généraux, vagues et abstraits qu'il serait impossible d'en identifier l'objet précis et la moindre obligation, tout en condamnant les hypothèses de détermination arbitraire de l'objet.

Conformément aux principes applicables sous l'empire du Code Napoléon, l'exigence d'un *objet déterminé* peut viser les corps certains⁴², mais également les choses de genre qui ne seront individualisées qu'au moment de leur livraison. Il suffit en réalité que l'objet soit déterminé quant à son espèce et déterminable quant à sa quotité. Seuls les éléments essentiels du contrat sont concernés⁴³.

Pour que l'objet de l'obligation soit *déterminable*, la convention doit comporter « les éléments nécessaires pour déterminer par exemple le prix ou la quantité sans nouvelle intervention des parties (notamment par le renvoi au prix d'un marché réglementé ou par la détermination par un tiers) »⁴⁴. La

40. Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., *op. cit.*, p. 285.

41. A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT, Fl. GEORGE, C. HÉLAS et P. WÉRY, *Droit des contrats spéciaux*, Liège, Kluwer, 2022, p. 121.

42. On notera, à cet égard, l'ambiguïté de l'article 1108 de l'ancien Code civil, qui exigeait un *objet certain* formant la matière de l'engagement.

43. J.-Fr. GERMAIN, « La fixation unilatérale du contenu du contrat », in J.-Fr. GERMAIN (coord.), *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, p. 80.

44. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 53.

détermination de la prestation peut être confiée à une des parties⁴⁵⁻⁴⁶ ou à un tiers déterminé ou déterminable en vertu du contrat⁴⁷, de la loi⁴⁸ ou des usages.

Ne sera en tout état de cause pas déterminable, l'objet de l'obligation qui serait laissé à l'entière discrétion d'une des parties. Se fondant sur la jurisprudence⁴⁹ et la doctrine, les travaux préparatoires du Livre 5 précisent qu'« un pouvoir de contrôle marginal du juge reste naturellement possible lorsque la détermination est confiée à un tiers ou à l'une des parties »⁵⁰.

11. Choses futures. L'article 5.50 rappelle que les choses futures peuvent être l'objet d'une prestation. L'objet ne doit pas nécessairement exister au moment de la conclusion du contrat pour autant qu'il soit déterminé ou déterminable et réponde aux autres conditions relatives à l'objet.

À titre d'exemples, on peut citer le contrat ayant pour objet un bâtiment à construire, un produit à fabriquer, une récolte future, un animal à naître... mais également le cautionnement consenti à une banque pour sûreté de « toutes sommes dues ou à devoir ».

12. Objet licite : base légale. L'article 5.51 dispose que « [l]a prestation est illicite lorsqu'elle crée ou maintient une situation qui est contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales⁵¹ impératives ».

45. Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., *op. cit.*, pp. 411-412. L'auteur illustre cette hypothèse comme suit : « Il en va notamment ainsi lorsqu'un prestataire de services, tel qu'un mandataire ou un garagiste, se voit confier une mission lui laissant une latitude assez importante quant aux devoirs à accomplir (le fait pour un avocat de devoir prendre en charge les intérêts de son client, le fait pour le garagiste de devoir remettre un véhicule en état de marche) ».

46. J.-Fr. Germain regrette que « le droit de fixation unilatérale puisse être accordé, sur la base du contrat, "aux parties" sans distinguer le créancier ou le débiteur de l'obligation concernée. Gageons néanmoins que la jurisprudence le précisera, les réserves exprimées à l'égard d'une *partijbeslissing* confiée au seul débiteur demeurant, à notre estime, parfaitement valables dans le nouveau régime » (J.-Fr. GERMAIN, « *Partijbeslissing* et objet du contrat. Une histoire belge », in R. JAFFERALI *et al.* (coord.), *Entre tradition et pragmatisme*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 396-397).

47. Voy. sur cette hypothèse, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., *op. cit.*, p. 405.

48. Art. 1592 anc. C. civ.

49. Cass., 31 octobre 2008, R.G. n° C.07 0201.N, *T.B.O.*, 2008, p. 221 ; *J.L.M.B.*, 2011, p. 72 ; Cass., 28 octobre 2016, R.G. n° C.15.0528.N ; *R.W.*, 2017-2018, p. 1135 ; *Pas.*, 2016, p. 2098.

50. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 53. Voy. aussi J.-Fr. GERMAIN, « La fixation unilatérale du contenu du contrat », *op. cit.*, pp. 104-105 ; J.-Fr. GERMAIN, « Fixation unilatérale du prix (*partijbeslissing*) et contrat d'entreprise : un mécanisme à portée générale ? », *J.T.*, 2011/29, n° 6447, pp. 607-609 ; J.-Fr. GERMAIN, « *Partijbeslissing* et objet du contrat. Une histoire belge », *op. cit.*, pp. 387-401.

51. Notons que les travaux préparatoires précisent que, sauf indication contraire, les mots « loi », « dispositions légales » et « règles », utilisés à de nombreuses reprises dans la proposition de loi (comme aux articles 5.3, 5.160, § 2, ou 5.170, § 1^{er}, al. 2), doivent être compris comme renvoyant à la loi dans le sens matériel du terme. Ceci inclut donc la loi au sens formel du terme, les normes législatives adoptées par les régions et communautés, les normes de droit international ayant un effet direct dans l'ordre juridique interne, les principes généraux du

Les définitions de l'ordre public et des dispositions impératives sont désormais consacrées aux alinéas 4 et 5 de l'article 1.3 du Code civil (*supra*, n° 6)⁵². Aux termes de ces alinéas, « [e]st d'ordre public la règle de droit qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose la société, telles que l'ordre économique, moral, social ou environnemental » tandis qu'« est impérative la règle de droit édictée pour la protection d'une partie réputée plus faible par la loi ».

L'illicéité de l'objet visée par l'article 5.51 renvoie à l'illicéité au niveau de l'objet de l'obligation, de la prestation⁵³. On songe à l'engagement de tuer quelqu'un, de se convertir à telle religion, de voter dans tel sens lors des élections, d'exercer illicitement une profession réglementée. La disposition est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation qui considère que l'exigence de licéité de l'objet porte sur la prestation et non sur l'objet de la prestation (voy. *infra*, nos 14 et s.)⁵⁴.

13. Objet licite : portée. Le législateur a entendu restreindre, au vu du nombre croissant de règles de droit impératives et d'ordre public, les motifs d'annulation. Le risque que les conventions soient trop rapidement qualifiées d'illécites était en effet significatif. Toute violation d'une disposition d'ordre public, même sanctionnée pénalement, n'entraîne pas nécessairement la nullité⁵⁵.

Une convention n'est ainsi frappée de nullité que lorsqu'elle crée ou maintient une situation qui n'est pas admissible parce qu'elle est contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives⁵⁶. On s'attache donc « à la légalité des effets de la prestation »⁵⁷.

droit, voire les règlements pour autant qu'ils soient adoptés dans le respect de la hiérarchie des normes. Ainsi, par exemple, faut-il entendre les dispositions légales impératives visées à l'article 5.51 (Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 11).

52. Pour un commentaire général du Livre 1^{er} du Code civil, voy. la contribution d'E. Dirix dans le présent ouvrage.

53. Voy. pour l'objet illicite, Cass., 30 janvier 2015, R.G. n° C.14.0285.N, *R.C.J.B.*, 2017, p. 189, note L. CORNELIS.

54. R. JAFFERALI, « La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés », *op. cit.*, p. 32. Voy. art. 5.27, al. 2, C. civ.

55. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 55.

56. Cass. (1^{re} ch.), 30 septembre 2021, R.G. n° C.21.0002.N, www.juportal.be. Voy. aussi Cass., 18 juin 2021, www.juportal.be ; Cass., 18 mars 2021, R.G. n° C.20.0261.F, www.juportal.be : « [L]a nature pécuniaire de l'engagement du débiteur n'exclut pas que cette obligation tende au maintien d'une situation ou à l'obtention d'un avantage, illicite ». Voy. aussi, Cass., 8 avril 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1720 ; Cass., 14 septembre 2000, *Pas.*, 2000, n° 470 ; Cass., 19 mai 2005, *Pas.*, 2005, n° 1065 ; Cass., 17 juin 2007, *T. Straf.*, 2008, p. 447 ; Cass., 4 octobre 2012, *R&J*, 2013, p. 235.

57. R. JAFFERALI, « La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés », *op. cit.*, p. 33.

Un examen par le juge de la *ratio legis* sera nécessaire.

La date à prendre en considération est celle de la conclusion du contrat⁵⁸. Partant, la violation d'une telle norme durant l'exécution de la convention n'entraînera pas la nullité de la convention⁵⁹.

14. Objet licite : illustrations. Les travaux préparatoires mentionnent l'exemple d'une vente en dehors des heures d'ouverture qui ne doit pas nécessairement être annulée, pas plus que la vente d'un bien immobilier lorsqu'une attestation prescrite par la loi manque lors de la conclusion du contrat⁶⁰.

Le contentieux de l'assurance nous livre également quelques illustrations.

Le contrat d'assurance incendie qui porte sur un chalet érigé en infraction par rapport aux prescriptions urbanistiques n'est pas nul pour illicéité de l'objet dès lors que l'objet du contrat consiste à couvrir notamment le risque d'incendie du chalet. Il n'a pas pour objet de créer ou maintenir une situation illégale, mais vise à couvrir un risque sur celui-ci⁶¹. La même solution s'impose pour la couverture d'un bungalow pour la construction duquel aucun permis de bâtir ou d'urbanisme n'a été délivré⁶².

Il en va de même d'un contrat d'assurance dont l'objet est de couvrir le risque d'« écoulement de mazout ou autre combustible liquide des installations de chauffage central, des conduites et “citernes” y reliées, par suite de rupture, fissure ou débordement de ces installations ». Le défaut d'autorisation relativement à une cuve à mazout n'entraîne pas la nullité du contrat d'assurance. La Cour de cassation, dans son arrêt du 14 septembre 2000, décide « qu'en considérant que “les risques provoqués par les conséquences civiles d'une infraction commise par négligence à l'encontre d'une réglementation telle celle organisant la protection du travail restent parfaitement assurables”, la cour d'appel a légalement justifié sa décision »⁶³.

Plus récemment, la Cour de cassation⁶⁴ fut encore saisie d'une affaire où un entrepreneur avait souscrit une assurance responsabilité civile professionnelle pour un chantier comportant des prestations pour lesquelles il ne disposait pas de l'agrément requis. La cour d'appel de Bruxelles refusa de

58. Cass., 28 novembre 2013, R.G. n° C.13.0233.N, *R.G.D.C.*, 2015, p. 422, note T. DERVAL et L. GRAUER.

59. Cass., 28 novembre 2013, R.G. n° C.13 0233.N, *R.G.D.C.*, 2015, p. 422, note T. DERVAL et L. GRAUER.

60. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 55.

61. Voy. pour cet exemple, l'affaire soumise Cass., 8 avril 1999, *D.A.O.R.*, 2000, p. 356, note F. MOURLON BEERNAERT ; *J.L.M.B.*, 1999, p. 1720 ; *Amén.*, 2000, p. 138, note M. DELNOY.

62. Voy. Cass., 19 mai 2005, *Arr. Cass.*, 2005, p. 1068.

63. Voy. Cass., 14 septembre 2000, *Arr. Cass.*, 2000, p. 1365.

64. Cass., 18 mars 2022, *J.L.M.B.*, 2022, p. 1844, note M. BOREQUE.

suivre l'argumentation de la compagnie d'assurance qui avait refusé d'octroyer sa garantie en se prévalant non seulement d'une omission intentionnelle au moment de la conclusion du contrat mais également du caractère illicite de l'objet du contrat. La Cour de cassation avalise sur ce dernier point le raisonnement de la cour d'appel qui considère que le contrat d'assurance n'a pas un objet illicite dès lors que la couverture du risque ne tend pas au maintien d'une situation contraire à l'ordre public ou à l'obtention d'un avantage illicite⁶⁵.

Par contre, le contrat d'assurance « dont l'objet serait l'indemnisation en cas de confiscation de drogues illégales serait jugé contraire à l'ordre public et sanctionnable, à juste titre, par une nullité absolue »⁶⁶.

Les contraintes de police en tant que mesures qui participent de la police administrative en matière de vente immobilière constituent également un terrain privilégié d'étude. La doctrine s'est en effet penchée à plusieurs reprises sur les conséquences de ces contraintes de police sur la validité de la vente immobilière⁶⁷.

En jurisprudence, la vente d'un lot issu d'une division conclue sans que l'autorisation requise n'ait été obtenue a un objet illicite⁶⁸⁻⁶⁹.

65. L'annotatrice précise qu'« [il] reste [...] toujours loisible à l'assureur d'insérer dans son contrat des clauses d'exclusion ou de déchéance de couverture, prévoyant ainsi que si l'activité exercée l'est illégalement, il refusera son intervention en cas de sinistre ». M. BOREQUE, « Objet illicite : un prolongement de la jurisprudence de la Cour de cassation aux assurances de responsabilité », *J.L.M.B.*, 2022, p. 1851.

66. Exemple cité par J. VAN MEERBEECK, « Le juge et l'ordre public. Libres propos quant à l'impact des normes régionales sur le bail à l'aune de la théorie des nullités », in N. BERNARD (dir.), *Le bail et le contrat de vente face aux réglementations régionales*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 166.

67. Fr. ONCLIN, « Polices administratives et formation de la vente : l'influence des législations de police sur la validité de la vente immobilière », in *La vente immobilière, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 51-98 ; Fr. ONCLIN, « Analyse des conséquences civiles des polices administratives sur la vente immobilière. Une étude critique de l'intervention du législateur de police dans les aspects civils de la vente », *R.G.D.C.*, 2017, pp. 297-313 ; J. VAN ZUYLEN et J. THIRY, « Police administrative en matière notariale et nullités », in C. DELFORGE et J. VAN MEERBEECK (coord.), *Les nullités en droit privé. État des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 39-89 ; Ch. AUGHUET et P.-Y. ERNEUX, « La vente d'un immeuble grevé d'une infraction à l'obligation de disposer d'un permis d'urbanisme dans la pratique notariale en Région wallonne », in Ch. AUGHUET *et al.* (dir.), *À l'origine de la responsabilité du notaire. La préparation d'un dossier de vente et de succession*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 69 et s.

68. Voy. Cass., 13 janvier 2011, *Pas.*, 2011, p. 140 ; Cass., 24 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 644. Voy. Fr. ONCLIN et C. VERCHEVAL, « Questions choisies de droit administratif en lien avec la vente d'immeubles », in *La vente immobilière*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 266-267. On dit ici que la vente est elle-même constitutive de l'infraction, l'aliénation constitue le fait générateur d'une mesure de police (J. VAN ZUYLEN et J. THIRY, « Police administrative en matière notariale et nullités », *op. cit.*, p. 51).

69. À l'aune du nouvel article 5.51 du Code civil, on peut toutefois se demander si cet enseignement reste d'actualité. En effet, ce que vise la police administrative, c'est la création illicite de logement (changement d'affectation en fait) et pas, l'acte juridique qui anticipe ou conforte une situation de fait (P.-Y. ERNEUX, « Copropriété forcée et droit administratif : quelles interactions ? », in C. MOSTIN (dir.), *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 153, n° 85).

À l'inverse, la conclusion d'un contrat de vente sans communication du certificat PEB n'a pas « d'incidence sur le statut de l'immeuble vendu au regard de la législation de police concernée [...]. Il n'y a donc ni création, ni maintien d'une situation illégale »⁷⁰.

Quant aux ventes qui portent sur des biens érigés en infraction urbanistique, l'on considère généralement que ces ventes ne sont pas nulles dès lors que les prestations promises (contrairement à l'objet de la prestation) ne présentent pas un caractère illicite⁷¹⁻⁷². Notons cependant que certains auteurs tempèrent cette licéité en précisant que la vente d'un bien immeuble dont l'infraction urbanistique n'est pas régularisable pourrait tout de même être frappée de nullité dès lors que l'objet de l'obligation de délivrance du vendeur est illicite. La vente aurait donc pour objet de créer, dans le chef de l'acquéreur, l'infraction de maintien⁷³.

En matière de contrat d'entreprise, la jurisprudence qui frappe de nullité le contrat en cas de défaut d'accès à la profession de l'entrepreneur restera vraisemblablement d'actualité⁷⁴. En s'engageant à effectuer une activité que la loi interdit, l'entrepreneur crée une situation illicite au sens de l'article 5.51 du Code civil.

En droit du bail, J. Van Meerbeeck considère que le contrat de bail portant sur un bien pour lequel le bailleur n'aurait pas procédé à l'obligation imposée par l'article 281 du CoBAT (obligation d'indiquer dans la publicité la

70. Fr. ONCLIN, « Polices administratives et formation de la vente : l'influence des législations de police sur la validité de la vente immobilière », *op. cit.*, p. 71.

71. Ch. AUGHUET et P.-Y. ERNEUX, « La vente d'un immeuble grevé d'une infraction à l'obligation de disposer d'un permis d'urbanisme dans la pratique notariale en Région wallonne », *op. cit.*, p. 77 ; J. VAN ZUYLEN et J. THIRY, « Police administrative en matière notariale et nullités », *op. cit.*, p. 47. Voy. aussi Cass., 8 avril 1999, *Pas.*, 1999, n° 199 ; Cass., 14 septembre 2000, *Pas.*, 2000, n° 470, concl. av. gén. A. HENKES ; Cass., 28 novembre 2013, R.G. n° C.13.0233.N, *R.G.D.C.*, 2015, p. 422, note T. DERVAL et L. GRAUER.

72. J. Van Zuylen et J. Thiry affirment que le maintien d'une situation illicite au sens du droit commun des obligations conventionnelles semble revêtir une portée autonome (par comparaison avec l'infraction de maintien du droit administratif) (J. VAN ZUYLEN et J. THIRY, « Police administrative en matière notariale et nullités », *op. cit.*, p. 47). On peut toutefois, comme le précisent ces auteurs, opérer une distinction avec l'hypothèse où la convention a pour objet d'ériger un bien en violation des normes urbanistiques. Dans cette dernière hypothèse, la convention aurait pour objet de créer une situation illégale qui ne préexistait pas (p. 48).

73. J. VAN ZUYLEN et J. THIRY, « Police administrative en matière notariale et nullités », *op. cit.*, p. 51 ; Ch. AUGHUET et P.-Y. ERNEUX, « La vente d'un immeuble grevé d'une infraction à l'obligation de disposer d'un permis d'urbanisme dans la pratique notariale en Région wallonne », *op. cit.*, p. 81.

74. Voy. A. LELEUX et S. VANVREKOM, « L'accès à la profession et l'accès à la profession de l'entrepreneur », in C. DELFORGE et J. VAN MEERBEECK (coord.), *Les nullités en droit privé*, *op. cit.*, pp. 91-128.

destination urbanistique licite la plus récente et la plus précise) n'a pas pour objet de créer ou maintenir une situation illicite⁷⁵.

Il en va de même de la mise en location d'un bien construit sans permis⁷⁶ ou de la conclusion d'un bail commercial portant sur un immeuble affecté d'une infraction urbanistique⁷⁷.

Par contre, l'infraction, distincte, de maintien de travaux exécutés sans permis pose question⁷⁸. Selon J. Van Meerbeeck, « l'obligation du bailleur de garantir la jouissance paisible du bien à son locataire lui impose de ne pas faire détruire le bien et, par conséquent, le contraint, par la conclusion du contrat, à maintenir une situation illicite »⁷⁹.

L'auteur précité ajoute encore que « [l]orsqu'une disposition subordonne, comme l'article 5 du Code bruxellois du logement, la mise en location de logements au respect des exigences élémentaires de salubrité, de sécurité et d'habitabilité que ce code consacre, sous peine des sanctions prévues aux articles 8 (interdiction de louer, le cas échéant accompagnée de la pose de scellés) et 10 (amendes administratives), la conclusion du contrat de bail relatif à un bien qui ne répond pas à ces exigences consacre la violation de ces dispositions. Si l'on s'en tient au "test" proposé par la Cour de cassation, il doit donc être constaté que ce contrat a pour effet de créer ou maintenir la situation illicite »⁸⁰.

On notera que, tout récemment, dans son arrêt du 1^{er} avril 2022⁸¹, la Cour de cassation rappelle qu'une convention dont l'objet est illicite est nulle, et ce peu importe qu'elle soit conclue sous condition suspensive⁸².

75. J. VAN MEERBEECK, « Le juge et l'ordre public. Libres propos quant à l'impact des normes régionales sur le bail à l'aune de la théorie des nullités », *op. cit.*, p. 166.

76. J. VAN MEERBEECK, « L'objet, la cause et la nullité », *op. cit.*, p. 150.

77. Cass., 4 octobre 2012, *Res jur. imm.*, 2013, p. 235. Voy. aussi J. VAN ZUYLEN et J. THIRY, « Police administrative en matière notariale et nullités », *op. cit.*, p. 52.

78. Voy. pour des cas particuliers d'illicéité de l'objet du bail, J. VAN ZUYLEN et J. THIRY, « Police administrative en matière notariale et nullités », *op. cit.*, pp. 54 et s.

79. J. VAN MEERBEECK, « Le juge et l'ordre public. Libres propos quant à l'impact des normes régionales sur le bail à l'aune de la théorie des nullités », *op. cit.*, p. 166. Pour J. Van Zuylen et J. Thiry, « la nullité absolue d'un bail doit être réservée aux cas où l'objet essentiel de la convention contraint de commettre ou de maintenir une infraction de sorte que le bailleur ne peut prêter son obligation de délivrance ni fournir la jouissance d'une chose sans méconnaître les règles urbanistiques » (J. VAN ZUYLEN et J. THIRY, « Police administrative en matière notariale et nullités », *op. cit.*, p. 53).

80. J. VAN MEERBEECK, « Le juge et l'ordre public. Libres propos quant à l'impact des normes régionales sur le bail à l'aune de la théorie des nullités », *op. cit.*, p. 167.

81. Cass., 1^{er} avril 2022, R.G. n° C.21.0184.F, www.juportal.be.

82. En l'espèce, une vente litigieuse portait sur deux lots situés dans deux maisons de commerce et de rapport. Cette vente avait été conclue sous la condition suspensive de l'accord inconditionnel, écrit et définitif de la commune sur la division des deux biens en deux unités (commerce et logement) dans un délai d'un an. La cour d'appel de Bruxelles considéra que la

15. Nullité relative ou absolue. Tandis que le défaut d'objet, l'objet impossible ou l'objet indéterminable ouvriront la voie à la mise en œuvre d'une nullité relative, l'illicéité de l'objet fera l'objet d'une analyse plus minutieuse. L'objet illicite pour contrariété à une disposition impérative sera frappé de nullité relative tandis que l'objet illicite pour contrariété à une disposition d'ordre public sera sanctionné de nullité absolue (art. 5.57 et 5.58)⁸³.

On notera, par rapport aux exemples précités en matière de contraintes de police, que la Cour de cassation qualifie généralement les dispositions qui ont trait à l'aménagement du territoire et à l'urbanisme de dispositions d'ordre public⁸⁴. La doctrine considère cependant l'affirmation trop générale et plaide pour une analyse au cas par cas au regard de l'intérêt protégé principalement par la norme transgressée⁸⁵. Partant, l'exigence de délivrance d'un certificat PEB revêt, par exemple, une nature impérative dès lors que la norme poursuit bien la protection d'un intérêt privé à savoir celui de l'acheteur⁸⁶. À l'inverse, les dispositions relatives à la division d'un bien (permis de lotir devenu permis d'urbanisation) relèvent de l'ordre public. De même, l'affirmation selon laquelle l'existence d'une sanction pénale attachée à la violation de la norme justifie automatiquement le caractère d'ordre public de cette dernière doit être combattue pour en revenir à un examen du critère de l'intérêt principal protégé par la règle violée⁸⁷.

division d'immeubles engendrée par cette vente requérait l'octroi préalable d'un permis d'urbanisme pour chacun des immeubles, en vertu de l'article 98, § 1^{er}, 2^o et 5^o, du Code bruxellois de l'aménagement du territoire, lequel est d'ordre public. Partant, la vente créant une situation irrégulière sur le plan urbanistique, son objet était illicite. Bien que conclue sous la condition suspensive de l'obtention de l'accord de la commune sur la division des deux biens, la vente est nulle dès lors qu'une condition suspensive n'affecte pas la naissance du contrat. Pour la Cour, la condition suspensive n'affectant pas l'existence de la convention, la convention qui crée une situation contraire à une disposition d'ordre public est nulle, fût-elle conclue sous une condition suspensive tendant à supprimer l'illicéité. Le pourvoi est rejeté dès lors que l'arrêt attaqué qui prononce la nullité de la vente ne viole aucune des dispositions visées au moyen.

83. Voy. avant la réforme, M. DUPONT, « Nullité absolue et nullité relative », *op. cit.*, p. 55.

84. Cass., 20 septembre 1979, *Pas.*, 1980, p. 97 ; Cass., 24 janvier 1985, *Pas.*, 1985, p. 606 ; Cass., 27 juin 1985, *Pas.*, 1985, p. 1381 ; Cass., 31 mai 1990, *Pas.*, 1990, p. 1112 cités par Fr. ONCLIN, « Polices administratives et formation de la vente : l'influence des législations de police sur la validité de la vente immobilière », *op. cit.*, p. 65, note 69.

85. Fr. ONCLIN, « Polices administratives et formation de la vente : l'influence des législations de police sur la validité de la vente immobilière », *op. cit.*, p. 65 ; P.-Y. ERNEUX et M. VON KUELDELGEN, « L'ancrage de l'ordre public environnemental dans le droit privé des contrats immobiliers. Typologie et portée des obligations issues du droit de l'environnement – Réflexions à propos des contours de l'autonomie de la volonté résiduelle dans le droit privé des contrats immobiliers », in X., *Entre liberté et contraintes normatives. Le défi du notaire*, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 54.

86. Fr. ONCLIN, « Polices administratives et formation de la vente : l'influence des législations de police sur la validité de la vente immobilière », *op. cit.*, p. 66.

87. *Ibid.*, p. 66.

§3. La prohibition des clauses abusives⁸⁸

16. Interdiction générale de clauses abusives. L'article 5.52 renferme désormais une disposition qui frappe de nullité en droit commun les clauses abusives. Cette disposition prévoit que « [t]oute clause non négociable et qui crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties est abusive et réputée non écrite.

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

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

17. Ratio legis. Le législateur a estimé souhaitable de prévoir dans le Livre 5 du Code civil une interdiction générale des clauses abusives. D'une part, les risques d'abus existent tout autant dans un contexte C2C que dans les rapports B2B et B2C. Partant, « [i]l serait paradoxal, et potentiellement contraire au principe constitutionnel d'égalité, que seuls les rapports C2C soient exclus de la protection de la loi, alors que la réglementation des clauses abusives couvre désormais tant les rapports B2C que les rapports B2B »⁸⁹. D'autre part, « la définition du champ d'application de la loi par référence à la notion d'entreprise est source d'insécurité juridique, compte tenu de la portée incertaine de la jurisprudence actuelle de la Cour de justice en ce qui concerne notamment l'inclusion des pouvoirs publics et des ASBL dans cette notion »⁹⁰. En toile de fond, on perçoit également une certaine volonté de remettre en cause le dispositif prévu dans la loi du 4 avril 2019 qui n'a guère recueilli jusqu'à présent les faveurs de la doctrine⁹¹.

88. Voy. aussi sur ces développements, P. COLSON et Fl. GEORGE, « Les livres 1^{er} et 5 du nouveau Code civil », in L. NICOLINI (dir.), *Le nouveau Code civil*, Limal, Anthemis, 2023, pp. 161-164.

89. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 56.

90. C.J.U.E., 17 mai 2018, *Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*, aff. C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320, *D.C.C.R.*, 2018, p. 229, note G. STRAETMANS ; *T.O.R.B.*, 2018-2019, p. 15, note H. SWENNEN ; C.J.U.E., 3 octobre 2013, *BKK Mobil c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, aff. C-59/12, ECLI:EU:C:2013:634 cités par Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 56.

91. Voy. l'extrait suivant : « Il appartiendra au législateur de décider, à la lumière de l'évaluation prévue de la loi du 4 avril 2019 et de son appréciation par la doctrine, si cette loi doit être maintenue ou si les intérêts des entreprises ne sont pas déjà suffisamment protégés par la disposition générale insérée dans le Livre 5 » (Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 56).

18. Champ d'application. Vu les dispositions déjà présentes dans le Code de droit économique, le champ d'application de la disposition demeure cependant restreint⁹².

Conformément à l'article 5.13, l'article 5.52 ne s'appliquera que sous réserve des règles particulières édictées dans le Code de droit économique et dans les lois particulières.

L'article 5.52 trouvera à s'appliquer si la clause litigieuse ne tombe pas dans le champ d'application des régimes prévus aux articles VI.82 et suivants du Code de droit économique (rapports B2C) et aux articles VI.91/1 et suivants du Code de droit économique (rapports B2B à l'exception des services financiers et des marchés publics).

Autrement dit, l'article 5.52 sera mobilisé principalement dans les rapports C2C ou dans les relations entre un particulier et l'autorité publique. Il s'appliquera par exemple aux contrats conclus entre deux consommateurs, un consommateur et l'autorité publique, entre autorités publiques, etc., sans préjudice des législations particulières (ex. législation sur les marchés publics).

19. Notion de clause non négociable. Même si, initialement, la disposition visait les clauses insérées dans les contrats d'adhésion, c'est finalement la notion de « clause non négociable » qui a été retenue par le législateur.

Un amendement n° 21 fut en effet déposé afin de remplacer la notion de « contrat d'adhésion » par celle de « clauses non négociables »⁹³.

Cette modification s'explique pour différentes raisons⁹⁴ :

- la volonté d'élargir le champ d'application car « la définition proposée de “contrat d'adhésion” dans l'article 5.10 implique une limitation trop étroite de l'application résiduelle de l'interdiction de l'utilisation de clauses abusives » ;
- la rareté des contrats d'adhésion dans les relations C2C. Ces contrats sont principalement utilisés par les entreprises ;
- le souhait de s'attaquer au cœur du problème, à savoir l'imposition des conditions contractuelles à une partie, qui sont à prendre ou à laisser et sur lesquelles elle ne peut exercer aucune influence.

92. Voy. O. JANSSENS, « La formation du contrat : conditions de validité et régime de la nullité », in A. CATALDO et Fl. GEORGE (coord.), *Droit des obligations. Le nouveau Livre 5 du Code civil*, Limal, Anthemis, 2022, p. 67 qui souligne que même si l'article 5.52 ne comporte aucune limitation au niveau de son champ d'application personnel, les règles particulières prévues par le Code de droit économique et les lois particulières primeront.

93. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/005, pp. 2 et s.

94. Voy. sur ces raisons, Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/005, pp. 2 et s.

La notion de « clause non négociable » renvoie donc à l'idée que la clause a été imposée par une des parties à l'autre (« à prendre ou à laisser ») sans que cette dernière n'ait eu la possibilité de négocier son contenu. Notons que « la seule circonstance qu'un contrat n'a pas été négocié n'implique pas nécessairement qu'il a été imposé à l'autre partie sans possibilité d'en influencer le contenu. Il convient de vérifier, *in concreto*, si une telle possibilité d'influence existait, compte tenu notamment du rapport de force économique entre les parties, même si cette possibilité n'a pas été exercée en l'espèce »⁹⁵.

20. Caractère manifestement abusif. Pour apprécier le caractère abusif d'une clause, il convient d'examiner l'existence éventuelle d'un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties. Pour retenir l'existence d'un tel déséquilibre, l'on comparera, d'une part, les droits et les obligations des parties dans le cas où le contrat contient la clause litigieuse avec, d'autre part, les droits et les obligations des parties dans le cas où le contrat ne contient pas une telle clause⁹⁶.

Il est précisé dans les travaux préparatoires que « la clause qui ne ferait que refléter des dispositions légales ou réglementaires ne peut pas être considérée comme abusive, car l'auteur de ces règles est censé avoir déjà veillé à adopter des règles équilibrées »⁹⁷.

Le terme « manifeste » vise « à limiter l'intervention du juge à un contrôle marginal »⁹⁸. Seuls les déséquilibres évidents pourront être frappés de nullité. L'appréciation du déséquilibre manifeste tiendra compte de toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat (à savoir, et à titre non exhaustif, la nature des produits ou services qui font l'objet du contrat, les autres clauses du contrat, l'économie générale du contrat, d'un contrat lié ou des usages applicables...) ⁹⁹.

Les travaux préparatoires mettent les juges en garde de « ne pas transposer automatiquement la liste des clauses abusives existant en matière de B2C »¹⁰⁰.

95. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 58.

96. *Ibid.*

97. *Ibid.*

98. *Ibid.*

99. *Ibid.*, pp. 58-59.

100. « En effet, cette liste a été établie dans le contexte très particulier d'une relation entre un professionnel et un consommateur. Or, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, les consommateurs "se trouvent dans une position d'infériorité par rapport à des professionnels, en ce qu'ils doivent être réputés comme étant moins informés, économiquement plus faibles et juridiquement moins expérimentés que leurs cocontractants" (C.J.U.E., 7 novembre 2019, *Profi Credit Polska*, C-419/18, ECLI:EU:C:2019:930, point 46 et réf. citée). Un tel déséquilibre entre les parties ne se retrouve pas nécessairement dans un contexte C2C. En effet, dans ces derniers cas, il se peut parfaitement que les deux consommateurs se trouvent dans un rapport de force

21. Exclusion des prestations principales pour l'appréciation du déséquilibre manifeste. Conformément à l'alinéa 3 de l'article 5.52, l'appréciation du déséquilibre manifeste ne peut porter, ni sur la définition des prestations principales du contrat (ou de la prestation principale lorsqu'il n'y en a qu'une), ni sur l'adéquation entre les prestations principales.

Le juge ne sera admis à censurer une éventuelle disproportion entre les prestations des parties qu'en cas d'abus de circonstances dûment démontré (art. 5.37). Il en va de la cohérence avec l'article 5.38 qui prévoit que « [l]e déséquilibre entre les prestations des parties n'est une cause de nullité que dans les cas prévus par la loi ».

22. Sanction. La clause abusive est réputée non écrite. Ce réputé non écrit – dont on peut regretter le maintien qui pourrait être source de confusion vu les controverses nées sur son acception – constitue une forme de nullité partielle (art. 5.63, al. 2). On lui appliquera donc le régime des nullités.

Le réputé non écrit a pour conséquence que la clause abusive est présumée divisible du reste du contrat. Ce dernier demeurera contraignant pour les parties s'il peut subsister sans la clause abusive. Une réduction de la clause abusive (en vertu de la nullité partielle) dans la mesure où elle est valable demeure donc envisageable¹⁰¹.

Cette nullité est relative et opère avec effet rétroactif. Si une clause abusive est annulée, les règles supplétives auxquelles la clause avait dérogé redeviennent applicables.

23. Articulation avec les autres régimes. L'article 5.52 n'a pas vocation à « se substituer aux règles édictées par ailleurs par le législateur pour contrôler les clauses excessives, pour lesquelles il [le législateur] a déjà effectué une pondération des intérêts en présence. Ainsi, les clauses indemnitaires excessives font déjà l'objet de critères et de sanctions spécifiques prévus à l'article 5.88 ; le régime des clauses abusives n'a dès lors pas lieu d'être appliqué dans ce cas. Il en va de même des clauses d'exonération de responsabilité excessives, réglées à l'article 5.89 »¹⁰². Les articles 5.88 et 5.89 ne pourront céder la place à l'article 5.52 ou se combiner avec lui.

équilibré. Pour les mêmes motifs, la jurisprudence de la Cour de justice sur l'interprétation de la directive n° 93/13 n'est pas transposable en tant que telle au texte proposé » (Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 59).

101. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 59.

102. *Ibid.*, p. 58.

Section 3. La cause

24. Maintien et notion de cause. Le législateur, malgré certaines critiques formulées à l'endroit de la cause¹⁰³, prend le parti de maintenir cette condition.

Les travaux préparatoires du Livre 5 précisent les raisons qui ont présidé à ce choix : « Certains codes modernes ont totalement abandonné le concept de “cause”. Tel est notamment le cas du Code civil néerlandais (1992), bien que l'on retrouve ce concept dans la notion de “portée” de l'acte juridique (article 3:40 du NBW), qui vise notamment les motifs connus de l'autre partie. La récente réforme française du droit des obligations a également abandonné ce concept. Les auteurs sont toutefois d'avis que la notion de cause doit être maintenue, car elle s'inscrit dans une tradition bien ancrée et est utile pour la dogmatique (il suffit de penser à la distinction classique entre les obligations abstraites et les obligations causales) (H. DE PAGE, *L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé*, Bruxelles, 1957). En outre, l'on peut craindre que la suppression de cette notion ne la fasse, quand même, resurgir sous une autre forme »¹⁰⁴.

Le législateur tranche par ailleurs la controverse entre les deux conceptions de la cause – objective¹⁰⁵ et subjective¹⁰⁶ – en faveur de la seconde. La cause s'entend, conformément à l'article 5.53, « des mobiles qui ont déterminé les parties à conclure le contrat, dès lors qu'ils sont connus ou auraient dû l'être de l'autre partie ».

L'exigence de cause s'apprécie, à l'instar des autres conditions de validité, au moment de la formation de la convention¹⁰⁷.

103. La notion de cause consacrée par le Code civil a longtemps fait débat. D'éminents auteurs anticausalistes, tels que Dabin, Planiol, Huc, ou Laurent, ont même dénoncé son inutilité. En dépit de ces critiques, la Cour de cassation a rappelé, à plusieurs reprises, que la validité d'un acte juridique, qu'il soit unilatéral ou bilatéral, est subordonnée à l'existence d'une cause (voy., not., Cass., 13 novembre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, p. 326, note P. VAN OMMESLAGHE).

104. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 60-61.

105. La conception objective de la cause est issue de la théorie classique de la cause, développée par Domat et Pothier. Il s'agit d'envisager la cause comme un concept stéréotypé, abstrait, toujours le même selon la catégorie de contrat envisagée. Dans les contrats réels (le gage avant la réforme, le dépôt, le prêt à usage, etc.), la cause renvoie à la chose qui a été remise par l'autre partie. Dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de chacune des parties trouve sa cause dans la contrepartie due par son cocontractant. Enfin, dans les contrats à titre gratuit et plus particulièrement la donation, la cause de l'obligation sera l'intention libérale, l'*animus donandi* de celui qui s'oblige (S. NUDELHOLC, « L'obligation sans cause, l'obligation sur une fausse cause, et l'erreur sur le mobile déterminant », in *Mélanges John Krikpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 712).

106. Cass., 14 mars 2008, *Pas.*, 2008, n° 181 ; *R.C.J.B.*, 2011, p. 329, note S. NUDELHOLC.

107. Cass., 12 décembre 2008, R.G. n° C.06 0322.N, *J.T.*, 2010, p. 335, note DELNOY ; *R.C.J.B.*, 2011, 329, note NUDELHOLC ; *R.G.D.C.*, 2009, 236, note MASSCHELEIN.

25. Notion de cause : les mobiles déterminants. La cause s'entend des mobiles qui ont déterminé chaque partie à conclure le contrat¹⁰⁸.

Tout mobile ne saurait en effet être pris en compte, sous peine de menacer la sécurité juridique : seuls les mobiles déterminants peuvent constituer la cause du contrat, à l'exclusion des mobiles accessoires.

Dans les contrats synallagmatiques, les mobiles déterminants consistent communément dans les engagements pris par l'autre partie. Dans les contrats à titre gratuit, il s'agit généralement de l'intention libérale.

26. Notion de cause : les mobiles entrés dans le champ contractuel. Ces mobiles ne seront toutefois retenus que dans la mesure où ils sont entrés dans le champ contractuel. Il est exigé par l'article 5.53 qu'ils soient « connus ou [aient] dû l'être de l'autre partie ».

Les motifs doivent donc être « communs ». Le législateur l'expose très clairement : « Cela signifie que les motifs déterminants d'une partie ne sont pertinents juridiquement que s'ils étaient connus ou auraient dû l'être de l'autre partie. Les motifs doivent faire partie de ce que les auteurs français appellent avec justesse “le champ contractuel” »¹⁰⁹.

On enseigne qu'entrent normalement dans le champ contractuel, « les buts et mobiles déterminants qui s'expliquent par les caractéristiques normales et par les utilisations usuelles de l'objet », « les objectifs normalement poursuivis par la conclusion de telle ou telle espèce de convention » (par ex. pour se déplacer d'un lieu à l'autre facilement)¹¹⁰. En outre, un objectif spécifique et personnel ayant déterminé l'une des parties à contracter peut également entrer dans le champ contractuel, à condition que ce mobile soit connu ou ne puisse être ignoré par l'autre partie et ait été accepté, au moins tacitement, comme élément du contrat (ex. acheter une voiture pour faire des courses spécifiques ou pour l'exposer)¹¹¹.

L'enjeu d'une telle exigence (appartenance des motifs au « champ contractuel ») gît principalement dans l'appréciation de la licéité de la cause¹¹². On peut en effet se demander s'il est opportun d'annuler une convention parce

108. Voy. la jurisprudence reprenant cette définition Cass., 14 mars 2008, R.G. n° C.05.0380.F, *Pas.*, 2008, p. 708 ; *R.W.*, 2010-2011, 21.

109. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 60.

110. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., *op. cit.*, p. 304. Voy. P. VAN OMMESLAGHE, « Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne », note sous Cass., 13 novembre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, pp. 355-356.

111. P. VAN OMMESLAGHE, « Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne », *op. cit.*, pp. 356-357.

112. Elle joue également un rôle au niveau de l'erreur sur la cause (art. 5.54, al. 2), voy. *infra*, n° 29.

que l'une des parties a été motivée par des motifs illicites, qui sont inconnus de l'autre partie, ou au contraire si le motif illicite doit être commun. La seconde solution est privilégiée.

Cette solution s'écarte de la jurisprudence actuelle qui considère que des mobiles illicites dans le chef de l'une des parties suffisent pour porter atteinte à la validité de la convention, même s'ils étaient inconnus de l'autre partie¹¹³. Un arrêt du 7 mai 2020¹¹⁴ semblait revenir sur cet enseignement et ne pas se satisfaire du seul mobile unilatéral : « La cause d'une convention se compose des motifs déterminants qui ont amené chaque partie à conclure la convention et qui étaient connus ou devaient être connus de l'autre partie ». L'arrêt du 22 janvier 2021¹¹⁵ a toutefois apporté une réponse différente. Pour la Cour, « [u]n contrat a une cause illicite lorsque la fraude fiscale est au moins l'un des motifs déterminants de l'une des parties ». Avec la réforme, la thèse du mobile illicite unilatéral comme cause de nullité est expressément abandonnée¹¹⁶.

Il existe néanmoins deux exceptions au caractère commun des mobiles¹¹⁷. La première concerne les actes juridiques unilatéraux. Un legs est ainsi annulable en raison des mobiles illicites poursuivis par le testateur, et ce bien que ces derniers soient ignorés du légataire¹¹⁸. La seconde renvoie aux libéralités de manière générale. Le mobile illicite du donateur suffit à faire annuler la donation. En ce qui concerne cette dernière catégorie d'exceptions, les travaux préparatoires semblent vouloir laisser intacte la jurisprudence en la matière. Certains auteurs y voient là une dérogation légale tacite¹¹⁹. En d'autres termes, dans ces deux hypothèses, un acte pourrait être frappé de nullité sur la base d'un motif illicite unilatéral.

27. Cause non exprimée. L'article 5.55 instaure une présomption selon laquelle une cause valable est à la base de l'obligation, même lorsque celle-ci ne ressort pas de l'écrit qui constate cette obligation : « Un contrat n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée ». Cette présomption est néanmoins réfragable comme le soulignait déjà, sous l'empire du Code Napoléon, la Cour de cassation : « Lorsque la cause n'est pas exprimée dans

113. Cass., 12 octobre 2000, *R.C.J.B.*, 2003, p. 74 ; Cass., 7 octobre 2004, R.G. n° C.03.0144.F, *Pas.*, 2004, p. 1513. Pour un approfondissement, P. WÉRY, « Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques », note sous Cass., 12 octobre 2000, *R.C.J.B.*, 2003, p. 74.

114. Cass., 7 mai 2020, *NjW*, 2020, p. 500, note M. MEIRLAEN.

115. Cass., 22 janvier 2021, *R.G.D.C.*, 2021, p. 374, note P. WÉRY.

116. J. VAN MEERBEECK, « L'objet, la cause et la nullité », *op. cit.*, p. 156.

117. Voy. R. JAFFERALI, « La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés », *op. cit.*, p. 35.

118. S. NUDELHOLC, « L'obligation sans cause, l'obligation sur une fausse cause, et l'erreur sur le mobile déterminant », *op. cit.*, p. 715, note 24.

119. R. JAFFERALI, « La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés », *op. cit.*, p. 35.

la convention et que son existence est contestée, il appartient au juge du fond de rechercher s'il en existe néanmoins une, le débiteur qui formule cette contestation ayant la charge de prouver l'absence de cause »¹²⁰.

Il suffit en réalité que la cause existe sans qu'elle doive être exprimée dans le contrat. Cette règle présente une grande utilité en termes probatoires. Aucune preuve n'incombe au créancier. Si le débiteur conteste l'existence ou le caractère licite de la cause, il lui incombera d'en rapporter la preuve¹²¹. Cette preuve négative s'avère souvent difficile à apporter.

28. Absence de cause. L'article 5.54 dispose : « Un contrat conclu sans cause est frappé de nullité relative, à moins que la loi admette qu'il puisse exister sans cause. Les parties peuvent également convenir d'abstraire le contrat de sa cause, à moins que la loi l'interdise. Un contrat sur une fausse cause n'est frappé de nullité que si l'erreur est déterminante et excusable ».

La disposition traite de plusieurs hypothèses distinctes : l'absence de cause, la fausse cause et le contrat détaché de sa cause. Les conséquences juridiques qu'emporte chacune de ces qualifications diffèrent.

Comme nous l'avons vu, tout acte doit en principe être pourvu d'une cause¹²². En l'absence de cause, l'acte juridique est frappé de nullité à moins que la loi ou le contrat n'admette qu'il puisse exister sans cause. L'exception vise par exemple les obligations abstraites¹²³ ou une abstraction voulue par les parties.

L'absence de cause peut en réalité renvoyer à plusieurs hypothèses. Tout d'abord, un contrat peut être dépourvu de cause lorsque l'obligation qu'il fait naître n'a pas de raison d'être, c'est-à-dire n'est fondée sur aucun mobile déterminant ou sur aucune contrepartie.

La cour du travail de Mons, dans son arrêt du 24 avril 2002, décide que l'objet de la clause d'essai est de permettre à l'employeur d'apprécier si le travailleur convient à la fonction exercée. Une clause d'essai insérée dans le troisième contrat conclu entre les mêmes parties pour la même fonction doit être déclarée nulle par défaut de cause¹²⁴.

On peut aussi imaginer l'exemple d'une convention où une partie s'engage à payer un prix moyennant le transfert de propriété d'un bien indéterminable. Dans cette hypothèse, les deux parties disposeront d'une action en nullité.

120. Cass., 10 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1782.

121. Cass., 27 février 2003, *R.W.*, 2004-2005, p. 975.

122. Cass., 13 novembre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, pp. 355-356.

123. Les obligations abstraites se sont notamment fort développées dans le commerce international sous la forme de garanties à première demande, crédits documentaires, lettres de change...

124. C. trav. Mons, 24 avril 2002, *R.R.D.*, 2003, p. 204.

L'une pourra envisager d'annuler la convention en invoquant l'absence de cause tandis que l'autre pourra arguer de l'absence d'objet déterminable.

Ensuite, l'absence de cause peut résulter d'une erreur sur la cause qui est régie au second alinéa de l'article 5.54 (voy. *infra*, n° 29).

De même, l'absence de cause peut constituer le résultat d'une crainte qui a amené une personne à s'engager (vice de violence, par ex.), laquelle renvoie à la théorie des vices de consentement¹²⁵.

Enfin, l'absence de cause peut résulter de l'absence d'une caractéristique essentielle à la catégorie de contrat visée. On parle alors de cause catégorique. Le plus souvent, l'absence de cause catégorique peut être rectifiée par la requalification du contrat, si l'accord des parties réunit les caractéristiques d'un autre type de contrat.

L'absence de cause ne se confond évidemment pas avec la situation où aucune cause n'est exprimée dans l'acte (voy. *supra*, n° 27).

29. Examen de la fausse cause. Le second alinéa vise à rapprocher la problématique de la fausse cause de la doctrine relative à l'erreur¹²⁶. Dans la conception subjective et uniforme de la cause, l'erreur sur la cause et l'erreur sur la substance présentent en effet un lien de parenté certain¹²⁷. Dans la théorie des vices du consentement, l'erreur sur la substance est celle qui porte sur « tout élément qui a déterminé principalement la partie à contracter de telle sorte que sans cet élément, le contrat n'aurait pas été conclu »¹²⁸. L'erreur sur la substance supposerait donc, selon certains auteurs, une erreur sur un motif déterminant de la convention, donc sur sa cause. Néanmoins, la notion d'erreur sur la cause est plus large que celle d'erreur-vice de consentement, puisqu'elle ne porte pas nécessairement sur la substance de la chose, mais peut également concerner des motifs extérieurs à l'objet du contrat.

Cet alignement était parfaitement souhaitable. La doctrine avait déjà souligné les accointances entre les deux hypothèses. R. Jafferalli affirmait que « [l]'erreur sur la substance et la fausse cause sont à ce point rapprochées qu'il me paraît difficilement justifiable que l'une soit soumise à la condition d'excusabilité tandis que l'autre non »¹²⁹ ; « dès lors que la fausse cause couvre un domaine au moins aussi étendu que l'erreur sur la substance, il est

125. Pour une étude des vices de consentement à l'aune du nouveau Livre 5, voy. not. la contribution de T. Derval et Ch.-E. Lambert dans le présent ouvrage.

126. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 62.

127. R. JAFFERALLI, « L'ignorance des règles contractuelles », in A. CATALDO et A. PÜTZ (coord.), *De quoi le contrat est-il le nom ?*, Limal, Anthemis, 2017, p. 38.

128. Cass., 3 mars 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 811.

129. R. JAFFERALLI, « L'ignorance des règles contractuelles », *op. cit.*, p. 38.

donc logique de limiter pareillement son application en exigeant que l'erreur commise soit excusable »¹³⁰.

L'erreur sur la cause¹³¹, à savoir l'erreur sur les motifs, ne constitue une cause de nullité que pour autant que ceux-ci soient déterminants du consentement et soient entrés dans le champ contractuel.

Pourrait ainsi faire l'objet d'une annulation pour fausse cause, la donation faite par des parents dans la croyance d'aider exclusivement le fils alors que la soumission du régime matrimonial du fils au droit néerlandais permettait à l'épouse de ce dernier d'en bénéficier, pour autant que le caractère excusable de l'erreur soit établi¹³². De même, les contrats conclus dans le seul but de pouvoir faire bénéficier l'une des parties d'un régime fiscal favorable, au moyen d'opérations tout à fait légales, sans que le résultat ne soit atteint pourraient être frappés de nullité pour fausse cause¹³³. La donation-partage mue par le souci de bénéficier d'un régime fiscal favorable qui, en réalité, ne trouve pas à s'appliquer à défaut de réunir l'ensemble des conditions, pourrait également être annulée.

30. Licéité de la cause. En vertu de l'article 5.56, la cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives. Pour être admis comme motif d'annulation, le mobile illicite doit être entré dans le champ contractuel. Partant, « le contrat affecté d'un mobile illicite unilatéral (légitimement) ignoré du cocontractant est donc valable, sans préjudice des éventuelles sanctions dont dispose la partie innocente si son cocontractant a commis une faute précontractuelle ou méconnaît ensuite ouvertement la loi dans l'exécution du contrat »¹³⁴. La licéité de la cause s'apprécie au moment de la conclusion du contrat¹³⁵.

L'article 5.56 doit dès lors se lire en combinaison avec l'article 1.3, en ses alinéas 4 et 5, lesquels définissent les notions d'ordre public et de dispositions impératives.

On rappellera que la notion de *bonnes mœurs* – qui constitue en quelque sorte la facette morale de l'ordre public – est intégrée dans la notion d'ordre public. Elle vise « un ensemble de règles d'ordre moral, faites d'habitudes

130. R. JAFFERALI, « L'ignorance des règles contractuelles », *op. cit.*, p. 39.

131. *Ibid.*, p. 36

132. Il s'agit en réalité d'un exemple tiré des faits d'un litige ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 14 janvier 2013, *Pas.*, 2013, n° 23.

133. S. NUDELHOLC, « L'obligation sans cause, l'obligation sur une fausse cause, et l'erreur sur le mobile déterminant », *op. cit.*, p. 724 qui renvoie à deux décisions issues de la jurisprudence française.

134. R. JAFFERALI, « La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés », *op. cit.*, p. 35.

135. Cass., 28 novembre 2013, R.G. n° C.13.0233.N, *R.G.D.C.*, 2015, p. 477. Voy. art. 5.27, al. 2, C. civ.

et de traditions, formant corps avec la mentalité d'un peuple, et suffisamment générales pour être indépendantes de toute religion ou de toute secte déterminée »¹³⁶.

La cause illicite est sanctionnée de nullité absolue ou de nullité relative en application des articles 5.57 et 5.58 selon que la disposition violée est d'ordre public ou impérative.

Par exemple, la mise en location de biens en vue d'inciter à la prostitution sera frappée de nullité absolue pour autant que les motifs déterminants soient communs. À l'inverse, la conclusion d'une convention en vue de contourner des dispositions impératives du droit du travail sera frappée de nullité relative.

31. Risque de confusion. L'illicéité ne se confond pas avec le caractère équivalent ou non des prestations : une disproportion entre les prestations n'implique pas que l'obligation soit sans cause ou ait une cause illicite¹³⁷. Cette problématique est abordée ailleurs, notamment par le changement de circonstances¹³⁸, les vices de consentement et la théorie de l'abus de circonstances¹³⁹.

32. Distinction avec les hypothèses de caducité. À l'instar de ce que nous avons vu pour l'objet, que se passe-t-il lorsque la cause, alors même qu'elle existe lors de la conclusion du contrat, disparaît postérieurement à la formation de celui-ci ? C'est la question d'une éventuelle caducité (de l'obligation et, le cas échéant, du contrat) par *disparition de sa cause*. Sur ce point, le législateur ne prévoit pas de disposition similaire à l'article 5.265 qui traite de la caducité de l'obligation par disparition de son objet.

Comme l'indique R. Jafferli : « Quant à la caducité par disparition de la cause, elle est fermement condamnée par les travaux préparatoires »¹⁴⁰.

La simple disparition du mobile déterminant purement subjectif, postérieurement à la conclusion du contrat, ne saurait, en réalité, entraîner la caducité du contrat. La disparition du mobile déterminant n'emportant aucune impossibilité d'exécution en nature, il n'y a pas de raison qu'elle entraîne la dissolution du rapport contractuel, à moins que les parties n'en aient convenu autrement. La solution s'impose pour des raisons de sécurité juridique évidentes.

136. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 109.

137. Cass., 25 avril 1977, *R.W.*, 1977-1978, p. 169.

138. Sur cette notion, voy. not. la contribution de P. A. Foriers dans le présent ouvrage.

139. Sur les vices de consentement, en ce compris l'abus de circonstances, voy. la contribution de T. Derval et Ch.-E. Lambert dans le présent ouvrage.

140. R. JAFFERLI, « La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés », *op. cit.*, p. 54.

Il n'est toutefois pas évident de se prononcer sur l'incidence exacte du Livre 5 sur la jurisprudence de la Cour de cassation. Pour rappel, par un arrêt du 21 janvier 2000, la Cour de cassation avait précisé que « l'existence de la cause doit être appréciée au moment de la formation de l'acte dont elle constitue une condition de validité et sa disparition ultérieure demeure, en règle, sans effet sur la validité de l'acte »¹⁴¹. Les termes « en règle » suggéraient qu'en certaines circonstances, la disparition de la cause, postérieurement à la formation du contrat, pouvait entraîner la caducité de celui-ci.

Partant, certains cas exceptionnels de caducité avaient été reconnus par la Haute juridiction. Le législateur y fait en effet référence, à l'occasion de l'adoption du Livre 5, pour dénoncer le caractère hésitant de cette jurisprudence sans la condamner explicitement. Il évite, par contre et à juste titre, expressément de faire de la disparition de la cause une cause d'extinction autonome¹⁴².

On se contentera de rappeler à cet égard, qu'après avoir admis la caducité d'une donation entre vifs par disparition de sa cause dans sa conception subjective dans un arrêt du 16 novembre 1989¹⁴³, la Cour, par un arrêt du 21 janvier 2000, a entendu limiter la caducité aux seules libéralités testamentaires¹⁴⁴. La Cour précise que « lorsque par l'effet d'un événement indépendant de la volonté du disposant, la raison déterminante de la libéralité testamentaire vient à défaillir ou à disparaître, le juge du fond peut constater la caducité de cette libéralité si, d'après les termes de cette disposition ou l'interprétation de la volonté de son auteur, il est impossible de la séparer des circonstances qui l'ont amenée et sans lesquelles elle n'aurait pas de raison d'être ». La Cour exige par ailleurs que la cause ait disparu *avant le décès du testateur*. Si cette disparition survient après le décès, elle demeure sans effet¹⁴⁵.

La caducité d'un acte juridique par disparition de la cause semblait donc confinée, avant l'entrée en vigueur du Livre 5, au seul domaine des libéralités testamentaires (à la condition que la cause ait disparu avant le décès

141. *Pas.*, 2000, I, p. 165 ; *R.C.J.B.*, 2004, p. 77, note J.-Fr. ROMAIN ; *R.W.*, 2000-2001, p. 1016, note J. NEUTS ; *Rev. not.*, 2000, p. 336, note D. STERCKX ; *J.T.*, 2000, p. 573, note P. A. FORIERS.

142. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 140.

143. *Pas.*, 1990, I, p. 331 ; *Ann. dr. Liège*, 1990, p. 334, note P. DELNOY ; *R.C.J.B.*, 1993, p. 73, note S. NUDELHOLE ; *R.G.D.C.*, 1990, p. 294, note L. RAUCENT.

144. Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 165 ; *R.C.J.B.*, 2004, p. 77, note J.-Fr. ROMAIN ; *R.W.*, 2000-2001, p. 1016, note J. NEUTS ; *Rev. not.*, 2000, p. 336, note D. STERCKX ; *J.T.*, 2000, p. 573, note P. A. FORIERS.

145. Cette jurisprudence a notamment été confirmée par un arrêt du 12 décembre 2008 (Cass., 12 décembre 2008, *R.G.D.C.*, 2009, p. 236, note M. MASSCHELEIN).

du testateur) ainsi que, suite à un arrêt du 6 mars 2014, aux clauses de tontine¹⁴⁶.

L'arrêt récent du 16 janvier 2023¹⁴⁷ ne permet malheureusement pas de vider toutes les controverses subsistantes.

Section 4. Le régime des nullités¹⁴⁸

33. Théorie des nullités : aperçu. Lorsque les conditions susmentionnées relatives à l'objet ou à la cause du contrat ne sont pas réunies, le contrat est susceptible d'être annulé. Il est renvoyé au nouveau régime des nullités.

146. Voy. sur l'hypothèse de la caducité d'une clause de tontine en raison de la disparition des mobiles déterminants, d'ordre affectif, ayant animé les parties lors de la conclusion du contrat, l'arrêt du 6 mars 2014. La Cour de cassation y affirme que « la cause de la convention qui se situe "dans les liens affectifs entre les copartageants et qui a pour but la gestion commune du bien et la garantie des droits de chacun après le décès de l'un d'entre eux" "perd sa raison d'être" lorsque ces liens sont rompus, de sorte que la clause de tontine est sans effet et qu'une "indivision ordinaire" naît ainsi entre les parties [...] » (Cass., 6 mars 2014, *J.T.*, 2015, p. 617, note V. WYART ; *R.G.D.C.*, 2014, p. 261, note F. PEERAER ; *R.G.D.C.*, 2014, p. 487, note L. SAUVEUR ; *R.C.J.B.*, 2015, p. 383, note D. STERCKX et L. STERCKX ; *R.W.*, 2013-2014, p. 1625, note D. MICHELIS). Comme le souligne V. Wyart, « la Cour a emprunté la voie qui repose davantage sur l'équité que sur une interprétation stricte de sa jurisprudence antérieure estimant qu'un couple, lorsqu'il se sépare devrait pouvoir reprendre sa complète liberté et briser toutes les attaches, nées de ce rapport d'affection que les partenaires ont pu nouer, à la faveur de leur sentiment amoureux, durant leur vie commune » (V. WYART, « De la clause de tontine à la liberté du partage », note sous Cass., 6 mars 2014, *J.T.*, 2015, p. 621). La portée de cet arrêt ne semble pas pouvoir être généralisée au regard notamment de l'arrêt récent du 16 janvier 2023 (voy. note 147).

147. Cass., 16 janvier 2023, R.G. n° C.20.0353.F, avec les conclusions en ce sens du M.P., www.juportal.be. Dans cet arrêt, la Cour refuse de voir dans une indivision volontaire dont la cause a disparu postérieurement, une indivision ordinaire soumise à l'article 815 de l'ancien Code civil. La Cour rappelle que « [l]'existence d'une cause au sens des articles 1108 et 1131 de l'ancien Code civil doit être appréciée au moment de la formation de l'acte dont elle constitue une condition de validité et sa disparition ultérieure demeure, en règle, sans effet sur la validité de l'acte. L'article 815 de ce code, dont l'alinéa 1^{er} dispose que nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et que le partage peut être toujours provoqué, nonobstant prohibitions et conventions contraires, ne s'applique pas à l'indivision volontaire à titre principal ». Cet arrêt casse la décision de la cour d'appel de Mons qui avait considéré que « l'indivision litigieuse s'analyse en une indivision volontaire », que « les acquisitions conjointes [et] l'acte d'échange [qui l'ont fait naître] s'inscrivent [...] dans le contexte de l'exploitation du centre sportif [...] initiée par les parents des parties et à laquelle se sont jointes [celles-ci], faisant ainsi librement leur ce projet commun », et que « ce projet commun d'exploitation de même [...] que l'*affectio familiae* qui existait entre les parties constituent la cause de l'indivision volontaire » et qui décide que « cette indivision volontaire "est devenue une indivision ordinaire soumise à l'article 815 du Code civil" » « Au motif que "cette cause a disparu du fait de la mésentente grave et persistante entre les parties, celles-ci ne partageant plus aujourd'hui ce projet commun" ».

148. Voy. aussi sur ces développements, P. COLSON et Fl. GEORGE, « Les livres 1^{er} et 5 du Code civil », *op. cit.*, pp. 170-178.

Un régime complet des nullités figure en effet désormais aux articles 5.57 à 5.63. La nullité est entendue au sens large, de manière générique, puisqu'elle inclut désormais la notion de rescision. Le législateur considère en effet qu'« en droit positif, il n'existe plus de différence substantielle entre la nullité et la rescision. Cette distinction, d'origine historique, a donc perdu aujourd'hui son sens »¹⁴⁹.

Sept articles traitent successivement, de manière détaillée, des causes de nullité (*infra*, n° 34), de la classification des nullités et de la *summa divisio* entre nullités relative et absolue (*infra*, n° 38), de la mise en œuvre des nullités (*infra*, n° 40), de la prescription (*infra*, n° 41), de la confirmation (*infra*, n°s 42 et s.), des effets (*infra*, n° 46) et de la nullité partielle (*infra*, n° 50).

Ce nouveau régime entend instaurer une nullité efficace et proportionnelle¹⁵⁰. Par exemple, tandis que sa mise en œuvre est allégée (*cf.* le principe d'efficacité), la nullité partielle est désormais codifiée (*cf.* le principe de proportionnalité).

§1. Les causes de nullité et leur classification

34. Causes de nullité : définition et champ d'application. Les causes de nullité du contrat sont énoncées à l'alinéa 1^{er} de l'article 5.57 : « Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul ». La nullité constitue la sanction ordinaire d'un vice de validité au sens d'une « violation contemporaine à la formation du contrat »¹⁵¹.

Conformément à l'article 5.63, cette sanction s'applique tant au contrat lui-même qu'à certaines obligations ou certaines clauses du contrat.

La validité du contrat n'est appréciée qu'au regard des quatre conditions de validité énoncées à l'article 5.27 (consentement, capacité, objet et cause).

Partant, la licéité du contrat par rapport à l'ordre public et aux dispositions impératives ne se réalise que par le prisme de l'objet et de la cause¹⁵². La simple violation, au sein du contrat, d'une disposition impérative ou d'ordre

149. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 63.

150. S. STIJNS et S. DE REY, « Het nieuwe verbintenissenrecht in Boek 5 BW – Deel I », *R.W.*, 2022-2023, 24, pp. 937-939.

151. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 63.

152. Voy. sur les discussions intervenues au Parlement sur ce point, Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 12 et Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/004, pp. 114 et s.

public, n'entraîne pas sa nullité. Ce n'est que si l'objet du contrat ou sa cause sont illicites que le contrat pourra être annulé (voy. *supra*, nos 3 et s.).

35. Assouplissement à la sévérité de la nullité : les deux hypothèses de maintien du contrat. Le législateur a entendu s'assurer que la nullité demeure proportionnée à l'objectif poursuivi, à savoir le respect de la norme violée¹⁵³.

L'alinéa 2 prévoit en effet que le contrat reste valable « dans les cas prévus par la loi ou lorsqu'il résulte des circonstances que la sanction de la nullité ne serait manifestement pas appropriée, eu égard au but de la règle violée ».

D'une part, le législateur peut décider de prévoir une autre sanction plus adéquate que la nullité, et ce même au stade de la validité du contrat. On vise, par exemple, l'inopposabilité en cas d'action paulienne, les dommages-intérêts en cas de dol incident, la réduction de l'obligation en cas de clause indemnitaire manifestement déraisonnable, la possibilité d'adapter le contrat en cas d'abus de circonstances¹⁵⁴.

D'autre part, même si aucune disposition législative ne déroge à la sanction de la nullité, cette dernière peut être écartée « au profit d'une autre sanction plus appropriée » et permet même dans certains cas « éviter l'application de toute sanction »¹⁵⁵. L'insertion dans le Livre 5 de cette possibilité de maintenir le contrat valable constitue une véritable innovation. Cette dernière fait écho à l'émergence d'une doctrine et d'une jurisprudence qui déploraient « l'application systématique de la nullité dans des matières touchant certes à l'ordre public, mais où le prononcé de cette sanction aurait des conséquences drastiques contraires aux intentions du législateur »¹⁵⁶. L'écartement de la

153. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 63 et s. qui citent R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Paris, Rousseau, 1909, pp. 166 et s. ; C. CAUFFMAN, « Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en matière de nullité ? », note sous Cass., 23 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2007, n° 1, p. 428 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers-Groningen, Intersentia, 2000, n° 575, pp. 728 et s. ; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Story-Scientia, n° 92, p. 72 ; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 240, pp. 513 et s. ; F. PEERAER, « Nietigheid op maat: proportionaliteit en werkzaamheid bij partiële nietigheid, reductie en conversie », *T.P.R.*, 2016, pp. 179 et s. ; F. PEERAER et S. STIJNS, « De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid ? », *R.G.D.C.*, 2017, pp. 374-398 ; Cl. RENARD et E. VIEUJEAN, « Nullité, anulabilité et inexistence en droit civil belge », *Ann. dr. Liège*, 1962, pp. 264 et s. ; S. STIJNS, « La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'inexécution ou de vice de formation », in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, nos 61 et s., pp. 402 et s.

154. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 64.

155. *Ibid.*

156. *Ibid.*

nullité pourra, par exemple, se faire au bénéfice d'autres sanctions telles que la responsabilité précontractuelle prévue à l'article 5.17¹⁵⁷.

La disposition s'inspire du § 134 du BGB. La régularisation des actes nuls admise dans certains cas particuliers dans le Code Napoléon (voy. art. 1681 anc. C. civ.) n'a pas été consacrée dans une disposition spécifique du Livre 5.

36. Assouplissement à la sévérité de la nullité : caractère exceptionnel et critère d'appréciation aux mains des juges. Dans les hypothèses où la loi ne prévoit pas une autre sanction, la prise en compte du but et de la portée de la norme permettra au juge, lorsque la violation a été régularisée et que la norme violée ne commande pas d'appliquer la sanction de la nullité, de l'écartier¹⁵⁸. L'utilisation du terme « manifestement » confirme le caractère exceptionnel de cette faculté. La nullité demeure la sanction naturelle d'une violation des conditions de validité du contrat. Le choix d'écartier ou non la sanction de la nullité, « s'agissant d'une question d'interprétation de la norme violée, constitue une question de droit soumise au contrôle de la Cour de cassation »¹⁵⁹. Pour J. Van Meerbeek, l'on ne peut cependant exclure que la Haute juridiction considère « que cela relève du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond de sorte que son contrôle en la matière ne serait que marginal »¹⁶⁰.

Pour les critères à mobiliser dans le chef des juges, le législateur renvoie à l'article II. – 7:302(3) DCFR (*Draft Common frame of reference*) ou à l'article 3.3.1, 3), PICC (*Unidroit Principles of International Commercial Contracts*).

Le premier, l'article II. 7:302, dispose que :

« (2) *Where the mandatory rule does not expressly prescribe the effects of an infringement on the validity of a contract, a court may: (a) declare the contract to be valid ; (b) avoid the contract, with retrospective effect, in whole or in part ; or (c) modify the contract or its effects*

(3) *A decision reached under paragraph (2) should be an appropriate and proportional response to the infringement, having regard to all relevant circumstances, including: (a) the purpose of the rule which has been infringed ; (b) the category of persons for whose protection the rule exists ; (c) any sanction that may be imposed under the rule infringed ; (d) the seriousness of*

157. Sur la responsabilité précontractuelle dans le nouveau Livre 5, voy. not. la contribution de R. Jafferli dans le présent ouvrage.

158. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 65.

159. *Ibid.*

160. J. VAN MEERBEECK, « L'objet, la cause et la nullité », *op. cit.*, p. 160.

the infringement ; (e) whether the infringement was intentional ; and (f) the closeness of the relationship between the infringement and the contract »¹⁶¹.

Le second prévoit que :

« 2) Lorsque la règle impérative ne prescrit pas expressément les effets de sa violation sur le contrat, les parties peuvent exercer les moyens fondés sur l'inexécution du contrat qui sont raisonnables dans les circonstances. 3) Pour déterminer ce qui est raisonnable, il sera tenu compte, notamment : a) du but de la règle violée ; b) de la catégorie de personnes que la règle entend protéger ; c) de toute sanction qui pourrait être imposée en vertu de la règle violée ; d) de la gravité de la violation ; e) du fait que la violation était connue ou aurait dû être connue de l'une des parties ou des deux ; f) du fait que l'exécution du contrat requiert la violation ; et g) des attentes raisonnables des parties ».

On retrouve, parmi ces deux dispositions, les critères pertinents suivants : le but de la règle violée, les personnes protégées par la règle, la gravité de la violation, son caractère intentionnel...

37. Assouplissement à la sévérité de la nullité : illustrations. Les juges pourront s'inspirer des décisions déjà rendues en la matière¹⁶² :

- infractions urbanistiques régularisables – contrat d'entreprise portant sur un immeuble sans permis¹⁶³ ;
- non-respect des règles de forme imposées en matière de contrat d'organisation et d'intermédiaire de voyages¹⁶⁴ ;
- violation des normes régionales sur le bail¹⁶⁵ ;
- violation de la loi anti-blanchiment¹⁶⁶ ;

161. Traduction : « (2) À défaut de prescription expresse de la règle impérative violée quant à la validité du contrat, le tribunal peut : (a) déclarer le contrat valide, (b) annuler le contrat, avec effet rétroactif, en tout ou en partie, (c) ou modifier le contrat ou ses effets.

(3) La décision prise en application du paragraphe (2) doit être une réponse appropriée et proportionnée à la violation, eu égard à toutes les circonstances pertinentes, y compris : (a) le but de la règle violée, (b) la catégorie de personnes que la règle entend protéger, (c) toute sanction qui pourrait être imposée en vertu de la règle violée, (d) la gravité de la violation, (e) le caractère intentionnel ou non de la violation, (f) et le rapport plus ou moins étroit entre la violation et le contrat ».

162. Voy. les références citées dans Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 65.

163. Cass., 7 novembre 2019, R.G. n° C.19.0061.N, *R.G.D.C.*, 2020, p. 475, note F. PEERAER ; Liège, 23 décembre 2014, *J.L.M.B.*, 2016, p. 292, obs. P. WÉRY.

164. Cass., 26 mai 2006, *R.G.D.C.*, 2007, p. 476, note P. WÉRY.

165. J. VAN MEERBEECK, « Le juge et l'ordre public. Libres propos quant à l'impact des normes régionales sur le bail à l'aune de la théorie des nullités », *op. cit.*, pp. 156 et s.

166. Cass., 30 janvier 2015, *D.B.F.*, 2015, p. 260, note L. CORNELIS ; *R.C.J.B.*, 2017, p. 189, note L. CORNELIS.

- absence de mise en concurrence dans une concession de service public mais absence de tout concurrent intéressé¹⁶⁷ ;
- adoption d'une loi nouvelle qui abroge une cause de nullité applicable antérieurement¹⁶⁸ ;
- violation des règles sur la qualité du logement en matière de bail d'habitation¹⁶⁹.

Comme le soulignent les travaux préparatoires du Livre 5, s'agissant de l'interprétation de la norme violée, cette question de droit sera soumise au contrôle de la Cour de cassation.

38. Classification des nullités : maintien de la *summa divisio* classique. L'article 5.58, intitulé « classification des nullités », dispose que « [l]a nullité est absolue lorsque la règle violée est d'ordre public, ayant ainsi pour objet principal la sauvegarde de l'intérêt général. Toute personne justifiant d'un intérêt peut s'en prévaloir.

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

La distinction entre, d'une part, les nullités relatives et, d'autre part, les nullités absolues est maintenue.

La nullité relative sanctionne la violation d'une disposition impérative et a pour objet principal la protection d'un intérêt privé, tandis que la nullité absolue frappe la violation d'une disposition d'ordre public et assure principalement la sauvegarde de l'intérêt général¹⁷⁰. L'utilisation de l'adjectif « principal » souligne que la poursuite de la sauvegarde de l'ordre privé n'empêche pas de poursuivre indirectement une politique d'intérêt général et *vice versa*. Le critère de distinction est désormais davantage précisé¹⁷¹.

Ainsi, par exemple, selon le caractère impératif ou d'ordre public de la disposition violée, l'illicéité de l'objet ou de la cause sera frappée de nullité relative ou absolue.

167. Cass., 22 janvier 2021, *E&D*, 2021, p. 260.

168. Cass., 22 novembre 2021, *A.P.T.*, 2022, p. 390.

169. Cass., 6 janvier 2022, *Huur*, 2022, p. 164.

170. Voy. sur la distinction entre ordre public et dispositions impératives, J. VAN ZUYLEN, « L'ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux », in *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, Liège, Anthemis, 2011, n° 7, p. 97 ; P. WÉRY, « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *R.G.D.C.*, 2011, n° 14, p. 149.

171. « Les travaux préparatoires ont cependant justifié le maintien de la précision précitée (légèrement remaniée dès lors qu'il est dorénavant fait référence à l'objet "principal") par le fait "qu'elle donne une indication précieuse quant au critère de distinction à appliquer" » (J. VAN MEERBECK, « L'objet, la cause et la nullité », *op. cit.*, p. 162).

La *nullité relative* répond au régime juridique suivant.

Tout d'abord, elle ne peut être invoquée que par la personne protégée¹⁷², raison pour laquelle, en principe, seul le cocontractant protégé est admis à agir en nullité relative.

Ensuite, le contrat entaché d'une cause de nullité relative peut être confirmé (voy. *infra*, n^{os} 42 et s.).

Enfin, le point de départ du délai de prescription correspond au moment où le titulaire de l'action peut renoncer à invoquer la nullité (*infra*, n^o 41).

Constituent notamment des causes de nullité relative :

- l'absence de consentement d'une partie au contrat (art. 5.31 C. civ.) ;
- le vice de consentement (erreur au sens de l'art. 5.34, dol, violence, abus de circonstances) ;
- l'absence du caractère déterminable de l'objet (art. 5.49)¹⁷³ ;
- l'exigence d'une cause (art. 5.54).

Le régime de la *nullité absolue* se présente, quant à lui, comme suit :

Tout d'abord, la nullité absolue peut être invoquée par toute personne ayant un intérêt (art. 17 C. jud.). Les tiers au contrat sont dès lors admis à agir en nullité.

Ensuite, la confirmation d'un contrat entaché d'une cause de nullité absolue est interdite. « Un contrat atteint d'une cause de nullité absolue ne peut être que refait dans le respect de la loi, pour autant que cela soit possible »¹⁷⁴.

Enfin, le point de départ du délai de l'action en nullité absolue correspond au moment où le demandeur à l'action a eu connaissance de la cause de nullité.

172. Le choix du singulier n'empêche pas que la disposition puisse avoir pour objet plusieurs personnes. Par exemple, chacun des vendeurs peut se prévaloir de la lésion de plus de 7/12 en vertu de l'article 1685 de l'ancien Code civil. Un tiers habilité par la loi est aussi admis à invoquer la nullité (art. 493, § 3, al. 1^{er}, première phrase et art. 499/13, al. 2, anc. C. civ.) (Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n^o 55-1806/001, p. 66).

173. Notons que, comme l'indiquent les travaux préparatoires, « en cas d'indétermination de l'objet, la confirmation du contrat (article 5.64) ne suffira pas à permettre au créancier d'en poursuivre l'exécution par le débiteur. Cette particularité est due à la notion même d'obligation (article 5.1) qui suppose l'existence d'une prestation dont l'exécution peut être exigée du débiteur » (Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n^o 55-1806/001, p. 67).

174. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n^o 55-1806/001, p. 72.

39. La question de l'office du juge. L'office du juge en matière de nullité n'a pas été codifié. Cette absence s'explique par le fait qu'il s'agit de règles qui relèvent du droit judiciaire.

Les travaux préparatoires rappellent cependant, en les synthétisant, les principes applicables. Ainsi, « en vertu du principe *jura novit curia*, le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable »¹⁷⁵.

- Il « a l'*obligation*, en respectant les droits de la défense, de relever d'office les moyens de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions »¹⁷⁶.
- Il dispose cependant de la *faculté* de les relever d'office lorsque l'application de la règle de droit est fondée sur des faits qui « n'ont pas été spécialement invoqués par les parties »¹⁷⁷.

Les deux formes de nullité sont régies par ces règles, ce qui amenuise progressivement la distinction (voy. *supra*, n° 38).

L'arrêt récent du 4 septembre 2020¹⁷⁸ paraît avoir quelque peu nuancé les règles inspirées en la matière du respect du principe dispositif. Prenant le contre-pied de sa jurisprudence antérieure¹⁷⁹, la Cour de cassation décide que « le juge qui soulève d'office la nullité de la convention en raison de sa contrariété à l'ordre public peut, après réouverture des débats, déclarer la convention nulle et ordonner la restitution de ce qui a été obtenu en vertu de celle-ci, même si la nullité n'a été poursuivie par aucune des parties. Toutefois, il ne peut statuer sur l'étendue de ces restitutions sans soumettre cette question à la contradiction des parties ». Elle ajoute que « le juge d'appel qui, dans ces circonstances, ne s'est pas borné à constater la nullité de la convention, à rejeter les demandes tendant à son exécution et à appliquer les conséquences de la nullité en considérant qu'il faut replacer les parties dans la situation qui serait la leur si la convention n'avait jamais été conclue, mais a également jugé

175. Cass., 14 avril 2005, *Pas.*, 2005, p. 862, concl. P. DE KOSTER ; *J.L.M.B.*, 2005, p. 856, obs. G. DE LEVAL ; *J.T.*, 2006, p. 659, obs. J. VAN COMPERNOLLE.

176. Cass., 14 avril 2005, *Pas.*, 2005, p. 862, concl. P. DE KOSTER ; *J.L.M.B.*, 2005, p. 856, obs. G. DE LEVAL ; *J.T.*, 2006, p. 659, obs. J. VAN COMPERNOLLE.

177. Cass., 2 avril 2010, *Pas.*, 2010, p. 1102 ; *J.L.M.B.*, 2010, p. 1235, note J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK ; Cass., 13 mars 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1306, obs. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK.

178. Cass., 4 septembre 2020, *R.W.*, 2020-2021, liv. 41, p. 1624 et note L. CORNELIS ; *J.T.*, 2022, p. 652.

179. Cass., 28 septembre 2012, *J.T.*, 2013, p. 497. En l'espèce, les parties s'étaient entendues pour demander en justice l'exécution d'un contrat de vente contraire à l'ordre public. Pour la Cour, le juge ne pouvait prononcer la nullité de la convention et ordonner « d'office à un huissier de justice de transcrire au bureau de la conservation des hypothèques l'arrêt d'annulation du transfert de propriété en marge des transcriptions faites auparavant de l'acte de vente » et condamner le vendeur au remboursement du prix payé. Voy. aussi Cass., 8 janvier 2014, *J.T.*, 2015, p. 447.

qu'il y a lieu d'opérer la restitution par équivalent, ce qui entraîne l'obligation d'établir une compensation sur la base des principes de l'enrichissement sans cause, et qui a, sur ce fondement, condamné la demanderesse à payer un montant de 18.253,39 EUR sans soumettre l'étendue de la restitution à la contradiction, a méconnu le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense et violé l'article 1138, 2^o, du Code judiciaire »¹⁸⁰.

Comme le synthétise J. Van Meerbeeck, le juge sera donc amené « dans le respect des droits de la défense, [à] dénoncer d'office l'existence d'une cause de nullité absolue et, le cas échéant (donc si l'application de cette exception est commandée par les faits spécialement invoqués par le défendeur au soutien de sa défense), l'existence d'une cause de nullité relative ». L'auteur souligne qu'une question reste toujours en suspens : « Faut-il considérer que, également dans le cas de l'exception de nullité, le juge pourrait faire application de l'article 5.57 évoqué ci-avant et conclure que la sanction de nullité n'est manifestement pas appropriée ? »¹⁸¹.

§2. La mise en œuvre des nullités

40. Mise en œuvre de la nullité : absence d'effet de plein droit. La sanction de la nullité n'opère pas de plein droit¹⁸². Cela signifie que tant que le contrat, bien qu'entaché d'une cause de nullité, n'a pas été annulé, il demeure valable (ou, à tout le moins, il produit les mêmes effets). À strictement parler, le contrat n'est pas en soi nul mais annulable. La terminologie « nullité » a toutefois été préférée à celle, moins usitée en pratique, d'« annulabilité »¹⁸³.

On distingue désormais trois manières de mettre en œuvre et d'aboutir à la nullité du contrat : l'annulation amiable, l'annulation judiciaire et l'annulation par voie de notification.

Tout d'abord, comme l'indique l'alinéa 2 de l'article 5.59¹⁸⁴, la nullité peut être soit amiable soit judiciaire pour autant que la cause de nullité existe véritablement.

180. Voy. sur cet arrêt, C. BOTMAN, « L'office du juge face au contrat entaché d'une cause de nullité (absolue) et aux restitutions », *J.T.*, 2022, pp. 641-648 ainsi que J. VAN MEERBEECK, « L'objet, la cause et la nullité », *op. cit.*, pp. 167-169.

181. J. VAN MEERBEECK, « L'objet, la cause et la nullité », *op. cit.*, p. 165.

182. Ce principe a été reconnu à maintes reprises par la Cour de cassation (Cass., 21 mai 2007, *Pas.*, 2007, p. 955, « Le contrat perdue tant que l'annulation, qui produit des effets *ex tunc*, n'est pas prononcée en justice » ; Cass., 23 novembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 305).

183. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 68.

184. « Art. 5.59. Mise en œuvre de la nullité

Jusqu'à son annulation, le contrat entaché d'une cause de nullité produit les mêmes effets qu'un contrat valable.

L'annulation judiciaire, qui constitue « le mode ordinaire d'annulation des contrats », requiert comme son nom l'indique une décision de justice qui reconnaît l'existence de la nullité¹⁸⁵. Cette nullité sera prononcée soit à la demande d'une partie au procès, soit parce qu'elle a été soulevée d'office par le juge. Elle peut résulter d'une exception opposée par le défendeur à une demande en justice.

La possibilité d'annuler amiablement un contrat est également reconnue. Il n'est cependant pas exclu que la loi s'oppose ou soumette la nullité amiable à des conditions¹⁸⁶. Si la cause de nullité n'existe pas, une nullité amiable pourrait être requalifiée en résiliation de commun accord.

Un troisième mode de mise en œuvre de la nullité est intégré à l'alinéa 3. Il s'agit d'une nouveauté de la réforme qui répond favorablement à l'appel de la doctrine¹⁸⁷. La nullité peut être mise en œuvre par voie de notification. Cette dernière notification entraîne l'annulation du contrat pour autant que la cause de nullité invoquée existe. Elle « rend dès lors superflue toute action en justice si cette annulation ou ses conséquences ne sont pas contestées »¹⁸⁸.

Cette dernière possibilité répond à un véritable besoin pratique. Il était en effet devenu, au regard notamment de l'arriéré judiciaire, déraisonnable d'attendre l'issue d'une procédure pour permettre à une partie au contrat d'être délié de celui-ci. Contraindre une personne à poursuivre l'exécution d'un contrat affecté d'une cause de nullité dans l'attente d'une décision à intervenir heurtait le bon sens, et ce en dépit du caractère rétroactif de la nullité. À partir du moment où la mise en œuvre d'autres sanctions telles que la résolution ou la réduction du prix devenait possible par voie extrajudiciaire, la logique voulait qu'il en fût de même pour la nullité. Pour toutes ces raisons, il a semblé opportun au législateur « de permettre au titulaire

L'annulation résulte d'une décision de justice qui admet l'existence de la cause de nullité ou d'un accord des parties. Cet accord est nul si la cause de nullité qu'il mentionne n'existe pas.

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

185. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 68.

186. Par exemple, l'article 14 de la loi sur les baux à ferme prévoit que : « Les parties peuvent mettre fin au bail en cours à condition que leur accord soit constaté par un acte authentique ou par une déclaration faite devant le juge de paix, sur son interpellation ».

187. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, n° 234, pp. 490 et s. ; S. STIJS, « La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'inexécution ou de vice de formation », *op. cit.*, n° 68, pp. 410 et s. ; P. WÉRY, « La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise ? », note sous Cass., 2 mai 2002, *R.C.J.B.*, 2004, n° 32, pp. 345 et s., lesquels auteurs sont également cités par les travaux préparatoires.

188. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 69.

de la nullité d'invoquer celle-ci de manière extrajudiciaire par la voie d'une notification aux autres parties au contrat »¹⁸⁹.

L'alinéa 3 prévoit que la notification doit être adressée par écrit à l'ensemble des parties au contrat, aux risques et périls de celui qui l'invoque.

L'exigence de notification écrite se comprend aisément. Dans les hypothèses où la nullité du contrat entraîne une obligation de mention marginale (art. 3.33 C. civ.), la notification se réalisera en principe par voie d'exploit d'huissier¹⁹⁰⁻¹⁹¹ en vue d'en assurer la transcription. Aucune sanction spécifique n'est prévue en cas de non-respect de ce formalisme¹⁹².

L'obligation de notifier la nullité à l'ensemble des parties ne heurte pas le principe de l'article 5.63 du Code civil qui traite des effets du contrat. Les effets de l'annulation par voie de notification sont en effet limités aux « obligations ou aux clauses entachés de nullité si elles sont divisibles du reste du contrat »¹⁹³. Bien qu'adressée à toutes les autres parties au contrat, la notification n'entraîne pas forcément la nullité de la convention à l'égard de l'ensemble de ces parties.

Les effets de la nullité sont limités aux obligations et clauses entachées de nullité, et ce pour autant qu'elles soient divisibles du reste du contrat. Il est dès lors conseillé de bien préciser dans la notification les effets de cette nullité (limitation par ex. à certaines clauses)¹⁹⁴.

L'expression selon laquelle la nullité par voie de notification se réalise « aux risques et périls » de la partie dont elle émane signifie que cette nullité peut être contestée en justice par la partie à laquelle elle a été notifiée. Il appartiendra au juge, dans le cadre de son contrôle *ex post*, de vérifier si le contrat a été annulé sans fondement. Dans l'affirmative, le juge devra constater que la notification était inefficace et, par voie de conséquence, reconnaître que le contrat n'a jamais pris fin, à tout le moins en vertu d'une cause de nullité¹⁹⁵. Lorsque la partie qui a notifié la nullité a cessé d'exécuter le contrat, il

189. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 69.

190. On peut se demander si le recours aux minutes des notaires ne serait pas également envisageable. C'est l'acte juridique reçu par le notaire en minute qui fera alors l'objet d'une mention marginale.

191. On notera que dans les travaux préparatoires, la référence à la transcription entrainera en réalité une mention marginale (Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 69).

192. La seule sanction prévue vise l'absence de cause de nullité.

193. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 69.

194. R. JAFFERALI, « La réforme du droit des contrats. Principales nouveautés », *op. cit.*, p. 39.

195. J. Van Meerbeek s'interroge sur la portée des travaux préparatoires qui précisent que si la notification est contestée en justice et que le juge conclut à l'inexistence de la cause

n'est pas exclu que son cocontractant puisse se prévaloir d'un manquement grave dans son chef pour solliciter la résolution du contrat à ses torts.

Deux hypothèses sont, en réalité, envisageables au niveau de la saisine du juge.

D'une part, le juge peut être saisi par la partie à laquelle la nullité a été notifiée, cette dernière contestant l'existence d'une cause de nullité.

D'autre part, la partie qui s'est prévalu de la nullité peut très bien souhaiter saisir le juge « pour faire confirmer l'annulation du contrat ». Une telle hypothèse se rencontre, par exemple, lorsque l'on pressent une contestation de part adverse ou encore en vue de trancher toute contestation relative aux conséquences de la nullité, par exemple le sort des restitutions¹⁹⁶.

La nullité par voie de notification souffre toutefois une exception lorsque le contrat est constaté par acte authentique (acte notarié, jugement d'homologation...). Le législateur la justifie « à la fois par l'idée que la personne qui confère l'authenticité au contrat (telle qu'un notaire ou un juge) est tenue d'en vérifier au préalable la validité et par le souci de ne pas compromettre la force exécutoire de l'acte authentique »¹⁹⁷. L'annulation amiable et l'annulation judiciaire restent cependant possibles¹⁹⁸.

Par exemple, il n'est pas possible d'annuler par voie de notification une vente immobilière constatée par acte authentique, un crédit hypothécaire ou une convention de superficie constatée par acte authentique.

de nullité, le juge « pourra constater que la notification était inefficace et que le contrat n'a jamais pris fin de ce chef » (Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 70). L'auteur se demande si le juge « dispose bien d'une faculté en la matière et si la conclusion que le contrat n'a pas pris fin ne constitue pas une obligation dans son chef s'il considère que la cause de nullité n'existe pas. Il conviendra également de vérifier comment combiner cette disposition avec l'article 5.57 déjà évoqué. Il est en effet possible que le juge constate l'existence d'une cause de nullité mais estime que la sanction de la nullité ne serait manifestement pas appropriée. Le seul constat de l'existence d'une cause de nullité doit-il l'amener à juger la notification "efficace" ou bien le caractère manifestement inapproprié de la sanction l'autorise-t-il, voire l'oblige-t-il, à conclure à son inefficacité ? Il faudra attendre le point de vue de la pratique et, sans doute, un arrêt de la Cour de cassation voire de la Cour constitutionnelle pour apporter une réponse définitive à cette question mais on peut d'ores et déjà se demander s'il ne serait pas discriminatoire de priver le juge de ce nouvel outil et ce, à la discrétion de celui qui entend dénoncer la nullité d'une convention » (J. VAN MEERBEECK, « L'objet, la cause et la nullité », *op. cit.*, pp. 171-172).

196. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 69.

197. *Ibid.*

198. J. VAN MEERBEECK, « L'objet, la cause et la nullité », *op. cit.*, p. 171.

§3. La prescription

41. Double délai : 5 et 20 ans. Le régime de la prescription de la nullité est remanié. L'article 5.60 dispose désormais que « [l]a nullité par voie d'action ou de notification se prescrit par cinq ans à partir du jour qui suit celui où son titulaire a connaissance de la cause de nullité et, dans le cas d'une nullité relative, peut valablement renoncer à l'invoquer. Ainsi, il faut, selon le cas, que l'incapacité, le vice de consentement ou la raison d'être de la protection prévue par la règle impérative violée ait cessé. La nullité se prescrit en tout cas par vingt ans à partir du jour qui suit celui où le contrat a été conclu. L'exception de nullité ne se prescrit pas ».

L'action en nullité, tant relative qu'absolue, est donc soumise au double délai de 5 et 20 ans que l'on connaît en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle (art. 2262*bis*, § 1^{er}, al. 2 et 3, anc. C. civ.). L'objectif poursuivi par le législateur est d'aligner les deux prescriptions.

Ce faisant, l'on évite les situations malheureuses où, alors même que l'action en nullité n'est pas prescrite, celle qui consiste à réclamer des dommages et intérêts complémentaires sur un fondement délictuel l'est. De même, de manière désormais plus cohérente, les actions en nullité en cas de dol principal et les actions en réparation en cas de dol incident sont soumises aux mêmes délais.

Le délai de 5 ans commence à courir à compter du jour « qui suit celui où son titulaire a connaissance de la cause de nullité ». Pour les actions en nullité relative, une autre condition est ajoutée. La personne protégée doit encore pouvoir valablement renoncer à l'invoquer. Dans la négative, le délai ne commence pas à courir. Le législateur précise les trois hypothèses envisageables. Selon le cas, il est nécessaire que « l'incapacité, le vice de consentement ou la raison d'être de la protection prévue par la règle impérative violée ait cessé ». Le délai de 5 ans, en tant que délai de prescription, est soumis aux causes de suspension et d'interruption prévues dans l'ancien Code civil (art. 2242 à 2259).

Le délai de 20 ans court « à partir du jour qui suit celui où le contrat a été conclu ». Ce délai est inséré dans un objectif de sécurité juridique.

Il conviendra de lire cette disposition, dans les relations entre une entreprise et consommateur, en conformité avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, la Cour de justice considère que la directive 93/13 s'oppose à ce qu'une demande introduite par le consommateur aux fins de la constatation du caractère abusif d'une clause contractuelle soit « soumise à un quelconque délai de prescription »¹⁹⁹.

199. C.J.U.E., 10 juin 2021, *VB c. BNP*, aff. jtes C-776/19 à C-782/19, EU:C:2021:470. Voy. sur ce point, J. VAN MEERBEECK, « L'objet, la cause et la nullité », *op. cit.*, p. 164.

L'adage latin *Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excepiendum*, déjà reconnu en jurisprudence²⁰⁰, est codifié. L'exception de nullité pourra être opposée sans limite de temps, même si l'action en nullité est prescrite²⁰¹. Ce moyen de défense opère aussi avec effet rétroactif²⁰². Une question reste encore en suspens et n'a pas été tranchée par le législateur : l'exception de nullité doit-elle subir un sort différent – et être soumise au délai de prescription de l'action en nullité – lorsque le contrat a reçu un commencement d'exécution²⁰³ ? Une partie de la doctrine subordonne en effet le droit de soulever l'exception à l'inexécution totale de l'acte nul²⁰⁴⁻²⁰⁵. Notons que, d'un point de vue pratique, si le contrat a été intégralement exécuté, l'exception ne sera plus soulevée²⁰⁶. Il n'y aura en effet pas d'action en exécution d'un contrat à laquelle on pourrait opposer la nullité de ce dernier²⁰⁷. L'exception ne pourra, en tout état de cause, pas être soulevée en présence d'un cas de nullité relative, par celui qui a renoncé à se prévaloir de sa nullité²⁰⁸.

§4. La confirmation

42. Confirmation : définition et champ d'application. L'article 5.61 traite de la confirmation. Aux termes de cet article, il est prévu que « [l]e contrat atteint d'une cause de nullité relative peut être confirmé expressément ou tacitement par la personne protégée.

La confirmation suppose que la personne protégée ait connaissance de la cause de nullité et puisse valablement renoncer à l'invoquer. Ainsi, il faut,

200. Cass., 22 octobre 1987, *R.C.J.B.*, 1991, p. 258, note F. GLANSDORFF.

201. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 70-71.

202. R. JAFFERALI, « La formation dynamique et la nullité du contrat », VanHam & VanHam, séminaire du 20 octobre 2022, p. 26 avec la note 188.

203. *Ibid.*, p. 26. Voy. sur cette condition, E. DE DUVE, « Le régime des nullités des clauses abusives entre entreprises », in R. JAFFERALI et E. DE DUVE (coord.), *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019*, Limal, Anthemis, 2020, p. 185.

204. Voy. M. REGOUT, « La prescription de l'action en nullité », in C. DELFORGE et J. VAN MEERBEECK (coord.), *Les nullités en droit privé, op. cit.*, p. 316 ; C. EYBEN, « Quels délais pour la prescription ? Rapport belge », in P. JOURDAIN et P. WÉRY (dir.), *La prescription extinctive. Étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 76.

205. On ajoute même que l'acte nul ne doit pas avoir été exécuté avant que la prescription ne soit écoulée (M. MARCHANDISE, *Traité de droit civil belge*, t. IV, *La prescription*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 105).

206. E. DE DUVE, « Le régime des nullités des clauses abusives entre entreprises », *op. cit.*, p. 186 avec les références.

207. *Ibid.*

208. J. VAN MEERBEECK, « L'objet, la cause et la nullité », *op. cit.*, p. 165.

selon le cas, que l'incapacité, le vice de consentement ou la raison d'être de la protection prévue par la règle impérative violée ait cessé.

Elle emporte renonciation à invoquer la nullité, sans préjudice du droit des tiers habilités à se prévaloir de la nullité.

Le contrat atteint d'une cause de nullité absolue ne peut être confirmé ; il ne peut être refait que dans le respect de la loi ».

La confirmation consiste en la renonciation, dans le chef de la personne protégée, à invoquer la *nullité relative du contrat*.

L'alinéa 4 de la disposition exclut toute possibilité de confirmation dans les contrats atteints d'une cause de nullité absolue. En présence d'un contrat frappé de nullité absolue, plusieurs options existent pour les parties contractantes. Soit elles considèrent que l'article 5.57, alinéa 2, du Code civil pourra trouver à s'appliquer, soit elles décident de conclure un nouveau contrat dans le respect de la loi.

43. Confirmation : conditions de fond. Au rang des conditions, on exige, à l'instar de toute renonciation, que la confirmation soit réalisée en connaissance de cause²⁰⁹. L'auteur de la renonciation doit également être en mesure de pouvoir renoncer à son action en nullité. Ainsi, selon les hypothèses de nullité (incapacité, vice de consentement...), l'auteur devra disposer de la capacité juridique, ne plus être sous l'emprise d'un vice de consentement, et avoir pu bénéficier de la protection prévue par la loi²¹⁰.

44. Confirmation : conditions de forme. Conformément au principe du consensualisme, la confirmation peut être expresse ou tacite²¹¹. La confirmation tacite doit toutefois être certaine. On appliquera l'article 1.12 qui prévoit, dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour de cassation, que « la renonciation à un droit ne se présume pas. Elle ne peut se déduire que de faits ou d'actes qui ne sont pas susceptibles d'une autre interprétation ».

La confirmation expresse ne devra répondre à aucune formalité spécifique et sera prouvée par tout mode de preuve étant donné qu'elle constitue un acte juridique unilatéral (art. 8.10, al. 1^{er}).

On parlera, par exemple, de confirmation tacite lorsque la personne protégée exécute volontairement l'acte entaché de nullité.

209. Voy. sur la renonciation unilatérale l'article 5.253 intitulé « Renonciation unilatérale » qui dispose que « [l]e créancier peut, par sa seule volonté, renoncer à son droit de créance.

La renonciation ne se présume pas ».

210. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 72.

211. *Ibid.* Voy. l'article 5.28, applicable conformément à l'article 5.126.

45. Effets de la confirmation. Comme l'indiquent les travaux préparatoires du Livre 5, « la confirmation emporte renonciation pour l'avenir à invoquer la cause de nullité. Elle vaut sans préjudice du droit des tiers, en ce sens que s'il existe d'autres personnes protégées par la règle violée, elles demeurent libres d'agir en nullité ou de confirmer »²¹².

§5. Les effets de la nullité

46. Effets de l'annulation : privation d'effets *erga omnes* avec effet rétroactif. Les effets de l'annulation sont exposés à l'article 5.62 : « L'annulation du contrat prive celui-ci d'effets depuis la date de sa conclusion. Les prestations fournies en vertu de celui-ci donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 5.115 à 5.124 ».

Conformément à l'alinéa 1^{er}, la nullité prive le contrat d'effets depuis la date de sa conclusion. Elle opère avec effet rétroactif (voy. sur les obligations de restitution prévues à l'alinéa 2, *infra*, n° 49).

Le contrat est donc dissous depuis la date de sa conclusion (et non celle de son annulation).

L'annulation vise, d'une part, les effets personnels et, d'autre part, les effets réels du contrat.

Partant, les droits de créance et les obligations nés du contrat (effets personnels) se trouvent privés d'effets. Il n'est plus possible d'en solliciter l'exécution, ni une quelconque autre sanction²¹³.

De même, « sur le plan réel, la nullité prive d'effets le transfert, la constitution, la modification ou l'extinction de droits réels prévus par le contrat et ce *erga omnes* »²¹⁴. Le tiers ayant acquis un droit réel sur la base d'un contrat déclaré nul, sera privé de son droit réel sur la chose en application de l'adage *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*²¹⁵.

Par exemple, comme le précisent les travaux préparatoires du Livre 5, en cas d'annulation d'une vente, si l'acheteur a dans l'intervalle disposé de la chose au profit d'un sous-acquéreur, celui-ci se trouve également privé de son droit sur la chose.

212. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 72.

213. *Ibid.*, p. 73.

214. *Ibid.*

215. Voy. sur cet adage, E. BIJNENS, A. DESPRET et A. VANDENDRIES, « *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* », in J. VAN MEERBEECK et Y. NINANE (coord.), *Les principes généraux du droit privé*, Limal, Anthemis, 2023, pp. 561-607.

47. Mécanisme de protection des tiers. L'effet rétroactif de la nullité et son incidence sur le plan des droits réels prévalent, sans préjudice des mécanismes de protection des tiers tels que l'article 3.28 du Code civil.

Cet article 3.28 dispose que « § 1^{er}. *Celui qui acquiert, à titre onéreux, de bonne foi, d'une personne qui ne pouvait en disposer un droit réel sur un meuble devient titulaire de ce droit, dès son entrée en possession paisible et non-équivoque.*

Néanmoins, le titulaire d'un droit réel qui a perdu ou auquel a été volé un meuble peut le revendiquer contre le possesseur visé à l'alinéa 1^{er} pendant un délai préfix de trois ans à compter du jour de la perte ou du vol ; ce droit de revendication n'existe pas pour les instruments légaux de paiement.

§ 2. Celui qui acquiert, à titre onéreux, de bonne foi, d'une personne qui ne pouvait en disposer un droit réel sur une créance devient titulaire de ce droit dès la notification au débiteur cédé ».

Cela signifie qu'en présence d'un contrat translatif de droit réel réalisé à titre onéreux (par ex., une vente) et portant sur un meuble, le tiers acquéreur pourra, s'il est de bonne foi, opposer au *verus dominus* l'effet acquisitif de la possession conformément à l'article 3.28.

On notera qu'en matière immobilière, il n'existe pas de mécanisme protecteur similaire à l'article 3.28 du Code civil. Les formalités relatives à la publicité foncière²¹⁶ joueront un rôle limité. Aucune protection contre l'effet rétroactif de la nullité en matière immobilière n'est en effet conférée aux tiers de bonne foi sous réserve de l'application de l'article 3.34, alinéa 2, qui prévoit que « [l']anéantissement rétroactif d'un droit réel ne produit pas d'effet à l'égard des aliénations et actes de disposition portant sur ce droit réel consentis en faveur de tiers de bonne foi, après l'introduction de l'action,

216. Voy. l'article 3.30 qui prévoit une obligation de transcription pour les actes juridiques suivants :

1° les actes entre vifs à titre gratuit ou onéreux, constitutifs, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, autres que les privilèges et hypothèques, y compris les actes authentiques visés aux articles 3.85, § 1^{er}, et 3.98, § 4, ainsi que les modifications y apportées ;

2° les actes de renonciation à de tels droits ;

3° les actes constatant l'acquisition légale d'un droit réel immobilier, notamment ceux énoncés à l'article 3.26 et les jugements établissant l'existence d'une servitude légale visé à l'article 3.136 ;

4° les contrats visés à l'article 3.75, alinéa 2 ;

5° les actes qui accordent un droit de préférence, un droit de préemption ou un droit d'option sur un droit réel immobilier ;

6° les baux excédant neuf années ou à vie ou contenant quittance d'au moins trois années de loyer ;

7° les actes d'hérédité constatant qu'une personne a acquis un droit réel immobilier pour cause de mort ;

8° les jugements ou arrêts passés en force de chose jugée, tenant lieu de titre pour un des actes énumérés aux 1° à 7°.

mais avant la mention marginale de la demande, ou à défaut, celle du jugement »²¹⁷. Ce nouvel effet du défaut de mention marginale déroge au principe « *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* »²¹⁸.

On peut toutefois se demander quel sera l'impact de l'arrêt du 22 janvier 2021 de la Cour de cassation²¹⁹ sur les nouvelles dispositions.

Dans cet arrêt, la Cour estime que « [s]i le titre de celui qui a consenti l'hypothèque est anéanti avec effet rétroactif, l'hypothèque disparaît également, sous réserve de la protection des tiers qui ont acquis, de bonne foi et à titre onéreux, des droits réels limités. L'anéantissement du titre ne porte donc pas atteinte aux droits hypothécaires du tiers qui a acquis ses droits de celui dont le titre a été cédé et qui pouvait avoir la confiance légitime d'avoir traité avec le véritable titulaire ».

Il nous semble que le législateur a volontairement décidé de s'écarter de la jurisprudence de la Cour de cassation en ne consacrant pas délibérément la théorie de l'apparence²²⁰⁻²²¹.

48. Exceptions à l'effet rétroactif. Le principe de l'effet rétroactif de la nullité souffre des exceptions.

On épingle, dans les travaux préparatoires du Livre 5, l'article 1038 de l'ancien Code civil, remplacé par l'article 4.217, qui considère que l'aliénation d'une chose léguée par testament emporte révocation de ce testament même si cette aliénation est entachée de nullité.

49. Obligations de restitution nées de l'annulation du contrat. L'annulation rétroactive du contrat fait naître dans le chef des parties des obligations de restitutions réciproques (art. 5.62, al. 2).

217. Voy. sur cette question et les articles 3.15 et 3.34, S. BOUFLETTE et A. SALVÉ, « Chapitre 1 – Les principes généraux du droit des biens (Titre I^{er} du nouveau livre 3 du Code civil) et le droit transitoire de la réforme du 4 février 2020 », in N. BERNARD et V. DEFRAITEUR, *Le droit des biens au jour de l'entrée en vigueur de la réforme*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 32-54.

218. E. BIJNENS, A. DESPRET et A. VANDENDRIES, « *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* », *op. cit.*, pp. 595-596.

219. Cass., 22 janvier 2021, *Jurimpratique*, 2020, p. 51, note G. CARNOY et V. LIBION ; *Not. Fisc. M.*, 2021, p. 87, note V. SAGAERT ; *R.W.*, 2020-2021, p. 1335, note B. VERHEYE ; *R.G.D.C.*, 2022, p. 285, note M. E. STORME et R. JANSEN ; *R.D.C.*, 2021, p. 249 et p. 784, note M. VAN DE LOOVERBOSCH ; *T.B.O.*, 2021, p. 37 et p. 178.

220. Voy. en ce sens, R. JAFFERALI, « La formation dynamique et la nullité du contrat », *op. cit.*, p. 29.

221. P. WÉRY, « Du poids des mots en droit : une application aux causes de dissolution du contrat », in A. CATALDO, B. FOSSÉPREZ et Fl. GEORGE (coord.), *Liber amicorum Xavier Thunis*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 89, n° 7.

Ces restitutions sont réglées par les articles 5.115 à 5.124 qui instaurent un régime uniforme applicable à la nullité, mais également à d'autres hypothèses²²².

On retrouve, au sein du régime des restitutions, les règles qui régissent le moment où naît le droit aux restitutions, l'acception qu'il convient de donner à la bonne foi, l'ordre des restitutions, la forme des restitutions, les conséquences de la perte de la chose à restituer, l'application en cette matière de la théorie des impenses, la restitution des fruits et produits, le refus de restitution à la partie coupable et la protection des incapables.

Parmi ces règles, figure la consécration, à l'article 5.123, de l'adage *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*. Cette disposition concerne « exclusivement les restitutions consécutives à l'annulation des contrats »²²³. Elle offre au juge la faculté de refuser « en tout ou en partie, la restitution due à la partie coupable d'une violation intentionnelle de l'ordre public lors de la conclusion du contrat ».

Les travaux préparatoires précisent que « [l]a disposition requiert une violation intentionnelle de l'ordre public commise lors de la conclusion du contrat. Elle ne se limite donc pas aux hypothèses de cause illicite (art. 5.56) mais peut s'appliquer, par exemple, en cas d'objet illicite (art. 5.51). En revanche, une méconnaissance de l'ordre public commise au cours de l'exécution du contrat ne permet pas d'appliquer la disposition en projet. Seul l'ordre public au sens strict est pris en considération, à l'exclusion des règles impératives²²⁴ »²²⁵.

Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation et pourra se fonder sur toutes les circonstances de la cause et se référer au degré de culpabilité plus ou moins grand de la ou des parties auxquelles la sanction est appliquée²²⁶.

222. Pour une étude des restitutions au regard du nouveau Livre 5, voy. la contribution de J. Baeck dans le présent ouvrage.

223. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 155.

224. Avant la réforme, l'application de l'adage en présence d'une violation de dispositions impératives faisait débat en doctrine (voy. P. WÉRY, « La théorie générale du contrat », *Rép. not.*, t. IV, l. 1/1, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 490, n° 349).

225. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 155. Voy. sur cet adage, P. WÉRY, « La théorie générale du contrat », *op. cit.*, n° 349.

226. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 155. Voy. aussi pour les critères dont le juge peut tenir compte, Cass., 24 septembre 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 101 (« 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 »).

De même, l'article 5.124 traite de l'obligation de restitution qui pèse sur l'incapable lorsque le contrat qu'il a conclu est frappé de nullité. La disposition qui vise à protéger l'incapable prévoit que ce dernier ne sera « tenu à restitution que dans la mesure où il a retiré un profit des prestations reçues en vertu du contrat nul »²²⁷. Il conviendra pour le juge de vérifier si la chose à restituer n'a pas concrètement enrichi le patrimoine de l'incapable²²⁸.

Ce régime commun trouvera à s'appliquer sous réserve des dérogations prévues par ces mêmes dispositions.

Les restitutions portent, conformément au prescrit de l'article 5.62, sur toutes les prestations fournies en vertu du contrat. La formulation large vise à « inclure aussi les prestations fournies sans qu'elles constituent l'exécution d'une obligation contractuelle (par exemple, la remise de la chose requise pour la formation d'un contrat réel) »²²⁹.

§6. La nullité partielle

50. Consécration de la théorie des nullités partielles. L'article 5.63 consacre la théorie des nullités partielles²³⁰. La nullité ne frappe pas nécessairement l'entière du contrat. La nullité peut n'affecter qu'une partie du contrat de sorte que le contrat reste valable.

L'article 5.63 porte en effet que « [l]orsque la cause de nullité n'affecte qu'une partie du contrat, l'annulation se limite à cette partie pour autant que le contrat soit divisible, eu égard à l'intention des parties ainsi qu'au but de la règle violée.

227. L'exemple que nous livrent les travaux préparatoires est le suivant : « [L]e mineur qui vend l'un de ses biens sans l'autorisation de son représentant légal et gaspille ensuite le prix de la vente en vaines dépenses pourra, après annulation de la vente, obtenir la restitution du bien. Il sera en revanche dispensé d'en restituer le prix, celui-ci n'ayant pas effectivement enrichi son patrimoine » (Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 156).

228. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 156.

229. *Ibid.*, p. 73.

230. Voy. sur les nullités partielles, C. LEBON, « Niet concurrentiebedingen en het nut van deelbaarheidsbedingen », *NjW*, 2015, pp. 914-918 ; P. WÉRY, « Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel : la nullité partielle d'une clause illicite », *R.C.J.B.*, 2016/3, pp. 387-433 ; M. L. WANTIEZ, « La nullité partielle d'une clause de non-concurrence », *J.T.T.*, 2015, pp. 483-486 ; T. TANGHE, « Gedeeltelijke vernietiging/matiging van ongeoorloofde concurrentieclausule », *R.D.C.*, 2016, pp. 382-393 ; S. LAGASSE, « La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence », *J.T.*, 2015, pp. 717-721 ; S. LAGASSE, « Vers un affinement de la jurisprudence en matière de nullité partielle ? », *R.G.D.C.*, 2019, pp. 439-449.

La clause réputée non écrite par la loi, une fois annulée, laisse subsister le reste du contrat ».

Partant, la nullité pourra affecter soit une ou plusieurs clauses du contrat (divisibilité matérielle), soit certaines parties d'une clause (réduction de la clause à sa portion légale²³¹), soit encore, dans un contrat multipartite, les rapports de droit entre certaines personnes (divisibilité personnelle).

Les auteurs de la réforme consacrent les enseignements de la Cour de cassation développés en 2015 en matière de clause de non-concurrence²³².

Cette admission de la nullité partielle fut également reconnue dans un arrêt du 23 novembre 2017²³³ en présence d'une convention affectée d'un dol. Pour la Cour, « [s]i le consentement de l'une des parties est vicié par le dol, alors lorsque le dol porte sur une partie du contrat et qu'une nullité partielle du contrat est possible, le tribunal peut, à la demande de la partie lésée, limiter la nullité à cette partie du contrat, dans la mesure où le maintien du contrat partiellement annulé correspond à l'intention des parties. Ce faisant, le tribunal doit examiner si la nullité partielle est compatible avec le but recherché par les parties lors de la conclusion du contrat et si elle ne porte pas atteinte aux intérêts et attentes légitimes des parties »²³⁴⁻²³⁵.

231. R. JAFFERALI, « La formation dynamique et la nullité du contrat », *op. cit.*, p. 30. Voy. l'article 5.13 qui prévoit que « [l]e présent chapitre contient les règles générales qui s'appliquent à tous les contrats, en ce compris les contrats multipartites, et aux clauses contractuelles, à moins que la loi s'y oppose ».

232. Voy. Cass., 23 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 734 ; *R.W.*, 2015-2016, p. 1188, note F. PEERAER ; Cass. (plén.), 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 727.

233. Cass., 23 novembre 2017, R.G. n° C.17.0389.N, www.juportal.be, *R.G.D.C.*, 2018, note F. PEERAER.

234. Traduction libre.

235. On rappellera, dans les relations B2C soumises aux dispositions sur les clauses abusives du Code de droit économique, l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui empêche le juge national « dans le cas où il constate l'existence d'une clause abusive dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, de réviser le contenu de ladite clause au lieu d'en écarter simplement l'application à l'égard de ce dernier » (C.J.U.E., 14 juin 2012, *Banco Espanol de Credito*, aff. C-618/10, *R.G.D.C.*, 2013, p. 317, note F. PEERAER ; C.J.U.E., 30 mai 2013, *Jahani*, aff. C-488-11, *R.D.C.*, 2014, p. 619, note F. PEERAER ; C.J.U.E., 30 avril 2014, *Kasler*, aff. C-26-13 ; C.J.U.E., 26 mars 2019, *Abanca Corporación Bancaria et Bankia*, aff. C-70/17 et C-179/17, EU:C:2019:250 ; C.J.U.E., ord., 4 février 2021, *CDT*, aff. C-321/20, EU:C:2021:98. Dans un arrêt du 8 décembre 2022, la Cour précise que la possibilité de substituer à une clause abusive annulée une disposition nationale à caractère supplétif est limitée aux hypothèses dans lesquelles la suppression de cette clause abusive obligerait le juge national à invalider le contrat en cause dans son ensemble, exposant par là le consommateur à des conséquences particulièrement préjudiciables, de telle sorte que ce dernier en serait pénalisé (C.J.U.E., 8 décembre 2022, *VB c. GUPFINGER Einrichtungsstudio GmbH*, aff. C-625/21. Voy. aussi C.J.U.E., 27 janvier 2021, *Dexia Nederland BV c. XXX et Z*, aff. C-229/19, ECLI:EU:C:2021:68 et C.J.U.E., 3 octobre 2019, aff. C-260/18, ECLI:EU:C:2019:819). Voy. cependant les réserves dans les hypothèses où le consommateur s'oppose à l'écartement de la clause (C.J.U.E., 26 mars 2019, *Abanca Corporación Bancaria*

Notons que l'article 5.114, alinéa 1^{er}, prévoit expressément que la « fin du contrat n'affecte pas les obligations et les clauses qui, eu égard à l'intention des parties et à la cause d'extinction, sont destinées à rester applicables ». Partant, les clauses de droit applicable et de règlement des différends, présumées divisibles du reste du contrat, survivront à l'annulation du contrat.

51. Critère de divisibilité du contrat dans l'intention des parties. Le critère à prendre en considération pour déterminer ce qui est frappé par la nullité (autrement dit, pour opter entre la nullité totale et la nullité partielle) est celui de la divisibilité du contrat dans l'intention des parties.

L'on examinera, tout d'abord, si une clause d'indivisibilité ou de divisibilité figure dans le contrat, sous réserve d'une violation du but de la règle.

À défaut, « [l]a démarche peut sans doute consister à se poser la question de savoir si, confrontées immédiatement après sa conclusion à la cause de nullité, les parties auraient (raisonnablement) préféré se contenter des clauses valables, ou renoncer entièrement à l'opération »²³⁶.

Les clauses de droit applicable et de règlement des différends (clause d'élection de for, clause d'arbitrage, clause de conciliation ou de médiation, etc.) sont en principe, et sur la base de la volonté présumée des parties et de leur nature, divisibles du reste du contrat²³⁷.

Des balises sont toutefois prévues dès lors que l'intention des parties ne peut se heurter au but et à la portée de la règle violée. En d'autres termes, le but de la règle violée l'emportera toujours sur l'intention des parties. « Ainsi, même lorsque les parties ont inséré dans leur contrat une clause d'indivisibilité, l'insertion d'une clause abusive dans un contrat de consommation n'entraîne que l'annulation de cette clause et laisse subsister le reste du contrat (art. VI.84, § 1^{er}, al. 2, CDE) »²³⁸.

52. Réputé non écrit (voy. *supra*, n° 22). La sanction du réputé non écrit a suscité de nombreuses controverses²³⁹. La notion est désormais clarifiée. Lorsque le législateur utilise la sanction du « réputé non-écrit », il entend consacrer la divisibilité de la clause et la soumettre au régime des nullités partielles. Les parties devront dès lors mettre en œuvre cette nullité par l'un des modes prévus par le législateur, en ce compris la nullité extrajudiciaire.

et Bankia, aff. C-70/17 et C-179/17, EU:C:2019:250 ; C.J.U.E., 27 janvier 2021, *Dexia*, aff. C-229/19 et C-289/19, EU:C:2021:68 ; C.J.U.E., ord., 4 février 2021, *CDT*, aff. C-321/20, EU:C:2021:98).

236. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, n° 312, p. 719.

237. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 74.

238. *Ibid.*

239. Voy. P. WÉRY, « Nullité, inexistance et réputé non écrit », in P. Wéry (coord.), *La nullité des contrats*, *op. cit.*, pp. 7-32.

La clause produit ses effets jusqu'à son annulation conformément au régime des nullités, sous la seule réserve des règles relatives à la divisibilité.

Il n'existe donc pas de sanction autonome du « réputé non-écrit » qui consacrerait une forme de nullité de plein droit²⁴⁰, pas plus que de règle générale concernant la conversion des actes nuls²⁴¹. On peut évidemment se demander s'il n'eût pas été plus simple de recourir à la notion de nullité pour éviter toute confusion.

53. L'office du juge et la nullité partielle. La question de l'office du juge n'est pas réglée par le législateur. On peut en effet légitimement se demander si le juge est tenu ou s'il dispose de la faculté de soulever d'office le recours à la nullité partielle.

Dans son arrêt du 9 septembre 2019²⁴², la Cour de cassation apporte une première réponse. Pour la Cour, les juges d'appel qui considèrent, au regard des circonstances du cas d'espèce, qu'une nullité partielle est possible et correspond à l'intention de la partie, mais rejettent la demande en nullité totale aux motifs que ce faisant ils statueraient *ultra petita* ne justifient pas leur décision en droit. Le juge est dès lors admis à faire partiellement droit à la demande de nullité totale sans modifier l'objet de la demande et violer l'interdiction de statuer *ultra petita*.

Reste évidemment à trancher la question de la faculté ou de l'obligation qui s'impose au juge. Tandis que S. Lagasse rompt une lance en faveur de la faculté²⁴³, J. Van Meerbeeck fait montre de certaines réticences. Pour l'auteur, « il n'existe en effet aucune présomption de volonté des parties d'autoriser la nullité partielle. Par contre, si la nullité d'une clause est demandée, que celle-ci est divisible eu égard à l'intention des parties et que cette intention est compatible avec le but et la portée de la règle violée, il nous paraît que le juge aura l'obligation de ne l'annuler que partiellement »²⁴⁴.

54. Conclusions. L'adoption du Livre 5 crée un nouvel équilibre entre l'autonomie de la volonté et le rôle du juge²⁴⁵. Les parties disposent désormais de

240. Les travaux préparatoires précisent que « même dans le domaine des clauses abusives, le dernier état de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ne paraît pas imposer la nullité de plein droit comme sanction : voy. à ce propos C.J.U.E., 1^{er} octobre 2015, *ERSTE Bank Hungary*, C-32/14, ECLI:EU:C:2015:637, point 63 » (Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 74-75).

241. Le législateur renvoie sur ce point à l'article 5.68 qui concerne la requalification.

242. Cass., 9 septembre 2019, *R.D.C.*, 2020, n° 4, pp. 513 et 514 et note S. LAGASSE.

243. S. LAGASSE, « Un juge actif en cas de nullité partielle ? », note sous Cass., 9 septembre 2019, *R.D.C.*, 2020, n° 4, p. 519.

244. J. VAN MEERBEECK, « L'objet, la cause et la nullité », *op. cit.*, pp. 175-176.

245. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 7.

la possibilité de mettre en œuvre la nullité par voie de notification tandis que le juge joue un rôle important de contrôle et de gardien de l'intérêt général et des intérêts particuliers des parties faibles²⁴⁶. Le recours à cette voie extrajudiciaire permettra sans aucun doute d'obvier aux problèmes pratiques rencontrés et notamment à la lenteur et la lourdeur d'une procédure judiciaire.

Cette ouverture plus large à la mise en œuvre de la nullité est néanmoins contrebalancée par un dispositif qui limite à bon escient les hypothèses de nullité tant en amont – via le prisme des causes de nullité – qu'en aval – via le mécanisme correcteur de l'alinéa 2 de l'article 5.57 du Code. On perçoit, en toile de fond, la volonté claire du législateur d'éviter, tant que faire se peut, la sanction drastique de la nullité.

La définition de l'objet illicite adoptée par la Cour de cassation et désormais ancrée dans l'article 5.51, de même que l'exigence de caractère commun des motifs illicites contribueront sans aucun doute à restreindre également les hypothèses de nullité. La consécration de la nullité partielle devrait par ailleurs offrir aux parties la possibilité de solliciter un remède plus idoine et proportionné.

Des avancées qui méritent donc d'être saluées.

246. *Ibid.*