**Repenser la théorie moderne des nullités**

**1. – Introduction.** « En l’espèce le tribunal constate que la preuve de la demande et de l’obtention d’un permis d’urbanisme ou d’une régularisation n’est pas fournie. Le tribunal, confronté à une disposition d’ordre public, n’a pas d’autre choix que celui de prononcer d’office la nullité du bail et ce en application des dispositions des art. 1131 et 1133 C. Civ. »[[1]](#footnote-1).

L’objet de la présente contribution est de démontrer que, contrairement à ce qu’affirme le juge de paix de Molenbeek-Saint-Jean (et avec lui, la doctrine et la jurisprudence largement majoritaires), le juge, confronté à une disposition d’ordre public, a un autre choix que celui de prononcer d’office la nullité d’une convention : il peut ne pas la prononcer.

Au risque de donner raison à Henri De Page lorsqu’il qualifie la théorie des nullités d’« une des plus obscures qui soient »[[2]](#footnote-2), nous tenterons de démonter un des piliers de notre théorie moderne des nullités pour la simple mais très bonne raison qu’il est susceptible de mener à des conséquences absurdes[[3]](#footnote-3).

A cette fin, nous essaierons, après avoir brièvement exposé le (double) problème posé par notre théorie des nullités (chapitre I), de répondre aux questions suivantes : quand l’ordre public est-il violé par la formation d’un contrat (chapitre II) et quand commande-t-il la sanction de la nullité (chapitre III) ?

**Chapitre I. La théorie moderne des nullités**

**2. –** A partir d’un bref rappel de quelques notions propres à la théorie moderne des nullités (section 1) nous pointerons un double problème (section 2) dont l’actualité doit nous amener à repenser cette théorie à l’aide de ses sources (section 3).

Section 1. Quelques notions

**3. – Une définition.** On peut définir la nullité d’un acte juridique comme étant la sanction qui le frappe lorsqu’une des conditions essentielles à sa validité fait défaut lors de sa formation[[4]](#footnote-4).

Ces conditions essentielles sont reprises dans les articles 6, 1108 et suivants du Code civil (en droit commun) mais également dans de nombreuses législations particulières. Le Code civil prévoit par ailleurs, pour certains contrats, des exigences de forme dont l’absence entraîne la nullité absolue.

**4. – Quatre conditions et un ordre public.** Nul n’ignore les quatre conditions visées par l’article 1108 du Code civil, qui subordonne la validité de tout contrat à l’exigence qu’il ait été conclu par des personnes qui, ayant la *capacité* pour ce faire, ont donné, à des fins licites (*cause*) un *consentement* valable portant sur un *objet* possible, licite, déterminé ou déterminable et relatif à une chose dans le commerce. L’article 6 du même code interdit de déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes moeurs.

**5. – Les contrats solennels.** En outre, certains contrats, dits « solennels » élèvent au rang de condition essentielle à leur formation une exigence de forme, le plus souvent un écrit voire un acte notarié, et ce sous peine de nullité absolue[[5]](#footnote-5). On ne s’attardera pas sur ces contrats, qui ne représentent, comme le relevait déjà De Page, qu’une « infime exception » dans le Code civil[[6]](#footnote-6).

**6. – Les législations particulières.** Enfin, et on tend à l’oublier, certaines dispositions légales impératives ou d’ordre public énoncent des conditions particulières pour la validité de la formation d’un contrat[[7]](#footnote-7). A titre d’exemple, on peut évoquer les articles 9 et 23 de la loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages, les articles 9 et 10 du Code wallon du logement ou certaines règles, toujours plus nombreuses, en matière de vente immobilière ou de contrats conclus avec l’autorité publique. Il est impossible d’en dresser une liste exhaustive, d’autant que ces régimes particuliers tendent à se multiplier. Cette circonstance, on le verra, n’est pas sans conséquence sur la question des nullités dès lors que l’adage « point de nullité sans texte » n’a pas cours en droit civil.

**7. – Nullité relative et absolue.** Si l’une de ces conditions fait défaut, le contrat est, en principe, entaché d’une cause de nullité[[8]](#footnote-8), la conséquence de la nullité étant de faire disparaître rétroactivement le contrat de l’ordonnancement juridique[[9]](#footnote-9). Encore faut-il déterminer si la nullité est relative ou absolue. Selon De Page, « telle est la *distinction* fondamentale qui gouverne toute la matière », la nullité absolue étant « celle qui se fonde sur un *motif d’ordre public*, sur une considération *d’intérêt général* » alors que la nullité relative « n’est édictée qu’en vue de protéger des intérêts privés »[[10]](#footnote-10). Afin de déterminer quelle sanction doit être retenue, il faut donc « rechercher si la prohibition a été édictée dans un but d’intérêt public ou de simple protection d’intérêts privés »[[11]](#footnote-11). Comme le relève M. Coipel, notre théorie des nullités est donc éminemment téléologique en ce qu’elle invite à se pencher sur le but que la règle poursuit[[12]](#footnote-12) : la nullité absolue sanctionne l’atteinte à la norme d’intérêt général, si elle relève de l’ordre public, et la nullité relative l’atteinte à la règle, impérative, qui protège des intérêts privés.

Il est dorénavant largement accepté que les vices de consentement, les incapacités, l’absence de cause, l’impossibilité ou l’indétermination de l’objet ne doivent être frappés que de nullité relative alors que l’objet et la cause illicites sont sanctionnés par une nullité absolue[[13]](#footnote-13), l’intérêt général étant en péril[[14]](#footnote-14). Si la question a été controversée, il est désormais admis, depuis un arrêt de la Cour de cassation du 21 octobre 1971[[15]](#footnote-15), que l’absence de consentement constitue une cause de nullité relative[[16]](#footnote-16).

Il est classiquement enseigné que plusieurs différences distinguent le régime de la nullité absolue de celui de la nullité relative :

* le titulaire du droit de critique est toute personne y ayant un intérêt, en cas de nullité absolue, mais seulement la partie protégée en cas de nullité relative,
* les nullités absolues ne sont pas susceptibles de confirmation alors que les parties à un contrat frappé de nullité relative peuvent, à certaines conditions, renoncer à l’invoquer[[17]](#footnote-17),
* le point de départ du délai de prescription de l’action en nullité est différent[[18]](#footnote-18),
* le juge doit soulever d’office la nullité absolue alors qu’il ne peut prononcer, *motu proprio*, la nullité relative[[19]](#footnote-19).

C’est tout particulièrement ce dernier point qui fera l’objet de nos critiques.

Section 2. Les problèmes

**8. – Un double problème.** Chacune des conditions de formation des contrats a suscité, depuis 1804, des controverses d’ordres divers et il ne rentre pas dans l’ambition de cette contribution de s’y plonger. Il nous semble que deux problèmes principaux imposent aujourd’hui de repenser, à droit constant, notre théorie des nullités : d’une part, la multiplication des législations particulières considérées, à tort ou à raison, comme étant d’ordre public et, d’autre part, et ce problème n’est pas neuf mais est accentué par le premier, l’automaticité (alléguée) de la sanction de la nullité absolue lorsque l’ordre public est atteint.

Parmi ces législations, certaines fixent des conditions particulières pour la formation d’un contrat. Il est impossible d’en faire ici un relevé exhaustif mais plusieurs d’entre elles émergeront tout au long de cette contribution et de cet ouvrage. D’autres législations ne fixent pas de telles conditions mais la simple circonstance que leur violation soit recherchée (cause illicite) ou obtenue (objet illicite) par la conclusion d’un contrat menace la validité de celui-ci.

**9. – La cause illicite.** Si on rejoint la doctrine quasi-unanime[[20]](#footnote-20) et la jurisprudence de la Cour de cassation[[21]](#footnote-21), qui considèrent que cette notion vise les « mobiles déterminants » qui ont poussé les parties à conclure l’acte juridique, il ne sera guère aisé de rapporter la preuve de la cause illicite. L’affectation au logement d’un bien en violation des normes minimales d’habitabilité a sans doute pour effet de créer ou maintenir une situation illicite mais cela n’implique pas nécessairement qu’une telle situation était le but recherché par les bailleurs, sauf dans le cas des marchands de sommeil[[22]](#footnote-22).

**10. – L’objet illicite.** Le contentieux le plus important susceptible de résulter de l’augmentation de ces législations tient cependant à la notion d’objet illicite, telle qu’elle est définie par la Cour de cassation depuis plusieurs années[[23]](#footnote-23). Selon la haute juridiction, une convention est frappée de nullité absolue lorsque son objet « crée ou maintient une situation illégale »[[24]](#footnote-24). Ainsi, la mise en location d’un bien qui a été construit sans permis ne crée ni ne maintient une situation illicite pour cette seule raison et il ne s’agit donc pas d’une cause d’annulabilité du contrat de bail portant sur ce bien, à tout le moins du point de vue son objet[[25]](#footnote-25). On peut toutefois se demander s’il n’en va pas différemment de l’infraction, distincte, de maintien de travaux exécutés sans permis[[26]](#footnote-26). En effet, l’obligation du bailleur de garantir la jouissance paisible du bien à son locataire lui impose de ne pas faire détruire le bien et, par conséquent, le contraint, par la conclusion du contrat, à maintenir une situation illicite[[27]](#footnote-27).

De même, lorsqu’une disposition subordonne, comme l’article 5 du Code bruxellois du logement, la mise en location de logements au respect des exigences élémentaires de salubrité, de sécurité et d’habitabilité que ce code consacre, sous peine des sanctions prévues aux articles 8 (interdiction de louer, le cas échéant accompagnée de la pose de scellés) et 10 (amendes administratives), la conclusion du contrat de bail relatif à un bien qui ne répond pas à ces exigences entraîne la violation de ces dispositions. Par ailleurs, si la vente d’un immeuble construit sans permis n’a pas nécessairement un objet illicite, il en va différemment de la vente d’un lot issu de la division d’un terrain en violation d’une disposition qui interdit de lotir un terrain sans permis préalable[[28]](#footnote-28). A suivre l’opinion majoritaire, créent également une situation illicite les contrats conclus en violation de la législation relative aux marchés publics[[29]](#footnote-29) ou à l’accès à la profession[[30]](#footnote-30).

Relevons que, dans un arrêt récent, la Cour de cassation a apporté des clarifications et nuances importantes à sa jurisprudence précitée. Elle a précisé, et c’est logique lorsqu’on parle de nullité absolue, que l’objet d’une convention n’est illicite que « si elle oblige à une prestation interdite par une loi d'ordre public ou contraire aux bonnes mœurs »[[31]](#footnote-31). Si la prestation n’est interdite que par une règle impérative, la nullité ne pourra donc être que relative[[32]](#footnote-32). Elle considère par ailleurs que, sauf dispositions légales contraires, « l’infraction à une règle d’ordre public commise lors de la naissance de la convention n’entraîne, en principe, la nullité de la convention que lorsqu’il résulte de cette infraction que l’objet de la convention est illicite ». Il ne s’agit donc plus de vérifier si l’objet d’un contrat crée ou maintient une situation illégale mais si une telle situation (plus précisément, une infraction à une règle d’ordre public) rend illicite l’objet d’une convention. Il reste à voir si cette jurisprudence se confirme et si ce renversement copernicien dans la formulation est suivi de conséquences dans l’appréciation, en droit, de l’illicéité de l’objet d’une convention.

**11. – Des conséquences absurdes ?** Si, dans de nombreux cas, la nullité absolue prononcée par le juge viendra adéquatement sanctionner le contrat conclu en violation d’une règle d’ordre public, l’automaticité d’une telle sanction peut paraître inadéquate dans certaines situations[[33]](#footnote-33). Est-il souhaitable, voire raisonnable de considérer que le juge doit, même d’office, prononcer la nullité absolue, le cas échéant dix ans après sa conclusion :

* d’un contrat de bail portant sur un bien qui ne comprenait pas, lors de sa conclusion, une sonnette individuelle[[34]](#footnote-34),
* d’une vente d’un lot lorsque le permis de lotir a été octroyé une semaine après le compromis[[35]](#footnote-35) ou, pire, lorsque le permis préalablement obtenu a été annulé par le Conseil d’Etat plusieurs années après la vente[[36]](#footnote-36),
* d’un contrat d’entreprise générale lorsque qu’il s’avère que l’entrepreneur, qui a exécuté l’intégralité des travaux à la plus grande satisfaction du maître de l’ouvrage, ne disposait pas de l’accès à la profession pour la vitrerie[[37]](#footnote-37), même s’il a acquis cet accès avant l’exécution des travaux[[38]](#footnote-38),
* d’un marché public passé alors que l’avis de marché ne contenait pas une des informations exigées par la législation applicable lorsqu’il est établi que tous les soumissionnaires potentiels en avaient été informés[[39]](#footnote-39) ?

Section 3. Les solutions

**12. -** De nombreux auteurs ont souligné les conséquences disproportionnées que peut entraîner la nullité absolue, et qui ne répondent pas nécessairement à l’objectif poursuivi par le législateur lorsqu’il adopte les législations concernées[[40]](#footnote-40). Après avoir brièvement rappelé les alternatives qui existent, nous proposerons un petit retour aux sources pour montrer que l’automaticité de la nullité absolue est une invention récente.

*§1. Les alternatives*

**13. – Les exceptions légales.** Dans certains cas, le législateur a explicitement prévu un régime de sanction qui déroge au droit commun et doit s’appliquer, selon l’adage « *lex specialis posterior derogat priori generali* »[[41]](#footnote-41). Comme le relève J.-Fr. Romain, il convient de « d’abord regarder si le régime ne se suffit pas à lui-même par les sanctions qu’il organise, de sorte que le droit commun des normes d’ordre public ou impératives, ne s’appliquerait plus, ou ne s’appliquerait plus que partiellement »[[42]](#footnote-42).

Ainsi, l’article 2 de la loi du 20 février 1991 de la loi sur les baux de résidence principale offre au locataire l’option de choisir, lorsque le bien loué ne répond pas, lors de son entrée en jouissance, aux exigences minimales de sécurité, de salubrité et d’habitabilité entre la résolution[[43]](#footnote-43) du contrat et l’exécution de travaux de mise en conformité. Le législateur fédéral[[44]](#footnote-44) a manifesté, de la sorte, son intention de permettre une exception au droit commun des nullités en précisant, d’une part, les sanctions attachées au non-respect des normes fédérales de salubrité, d’habitabilité et de sécurité et en intégrant, d’autre part, les normes régionales en la matière dans l’article 2 précité[[45]](#footnote-45). L’éventuelle violation d’une norme régionale (généralement considérée) comme étant d’ordre public ne prive donc pas le preneur de la possibilité de se prévaloir du choix que lui offre l’article 2 de la loi sur les baux de résidence principale[[46]](#footnote-46) et ce n’est que dans l’hypothèse où il n’en invoque pas le bénéfice que le droit commun des nullités reprend son emprise. Cette option revient donc au seul locataire, et non au juge.

On peut également évoquer l’article 308, alinéa 4 du CoBAT qui prévoit, alors que les règles relatives à l’urbanisme sont généralement considérées comme étant d’ordre public, que « le tribunal *peut* annuler », à la demande des acquéreurs ou locataires, leur titre d’acquisition ou de location en cas de condamnation pénale du cocontractant qui a commis une des infractions visées à l’article 300 (notamment des travaux effectués sans permis).

Il est vrai cependant qu’il ne résulte pas toujours clairement du texte légal qu’un régime particulier qu’il a vocation – et dans quelle mesure - à exclure le régime de droit commun[[47]](#footnote-47). Si on peut considérer que le juge pénal a bien la faculté et non l’obligation de prononcer l’annulation d’un contrat conclu en violation des règles du CoBAT, sauf à vider de sa substance le texte de l’article 308, al. 4, cette disposition ne permet pas de conclure que le législateur a voulu exclure les sanctions de droit commun lorsque le juge civil est saisi.

Le législateur, transposant le droit de l’Union européenne, a été plus explicite[[48]](#footnote-48) en considérant que certains marchés publics, une fois conclus, ne pouvaient être déclarés dépourvus d’effets en dehors des hypothèses prévues par la loi[[49]](#footnote-49). Cette sanction, qui s’apparente à une annulation du contrat, est assortie de limitations importantes et le recours qui tend à l’obtenir est soumis à un délai strict. Plusieurs auteurs considèrent dès lors que le juge judiciaire ne pourrait annuler un contrat dans d’autres circonstances que celles prévues par cette législation[[50]](#footnote-50).

**14. – Les techniques prétoriennes.** Plusieurs techniques, largement acceptées, permettent d’atténuer, voire d’éviter les effets de la nullité, comme la nullité partielle, la réduction et la conversion[[51]](#footnote-51). Il est renvoyé à la contribution qui leur est consacrée[[52]](#footnote-52).

De même, lorsqu’une des parties demandent la nullité d’un contrat, il peut lui être opposé qu’elle abuse de la sorte de son droit. Il est, en effet, de jurisprudence constante que la notion d’abus de droit s’applique également lorsque le droit visé est d’ordre public ou impératif[[53]](#footnote-53).

D’autres approches ont, enfin, été tentées, comme celle proposée par la Cour d’appel de Liège suite à la suggestion de P. Van Ommeslaghe : la régularisation, même en cas de violation d’une norme d’ordre public[[54]](#footnote-54). Selon cet auteur, la règle prévue par l’article 176 du Code des sociétés, qui permet au juge de ne pas prononcer la nullité d’une société lorsqu’une régularisation de sa situation est possible mais de lui accorder un délai pour ce faire, pourrait être « étendue à toute action en nullité, pourvu que l’ordre public ne soit pas compromis »[[55]](#footnote-55). Dans un arrêt du 23 décembre 2014[[56]](#footnote-56), la Cour d’appel de Liège a ainsi autorisé les vendeurs d’un immeuble qu’ils avaient, sans permis, divisé en trois appartements, à introduire une demande de régularisation, au lieu de constater la nullité de la vente. Selon P. Wéry, cette décision est « discutable *de lege lata* » en ce qu’elle lui « semble méconnaître la règle suivant laquelle les actes entachés de nullité absolue ne sont pas susceptibles de confirmation »[[57]](#footnote-57). La motivation de la Cour d’appel de Liège nous semble cependant plus subtile – ou plus sournoise, c’est selon- dès lors que les magistrats ont jugé important de savoir s’il y avait « matière ou non à régularisation car dans l’affirmative, la question de savoir si les intimés n’abusent pas de leur droit en postulant l’annulation de la vente devra être abordée »[[58]](#footnote-58). C’est donc en réalité sous l’angle de l’abus de droit qu’ils ont envisagé la question, son appréciation exigeant, selon eux, de savoir si une régularisation était possible. Il est vrai que le résultat est, sans doute, très comparable.

**15. - Des solutions insuffisantes.** Il faut cependant reconnaître que, bien souvent, le législateur ne se préoccupe pas des conséquences civiles résultant de la violation des règles qu’il édicte. Par ailleurs, chacune des techniques précitées est soumise à des conditions strictes qui ne permettent pas toujours de remédier aux situations absurdes envisagées ci-avant (§7).

Il est évident que la piste royale consiste en une refonte législative des dispositions du Code civil relatives à la nullité des conventions. Comme le relève P. Wéry, le « fossé est énorme entre ces textes, qui accusent le poids des ans, et l’état actuel de notre droit, autrement plus riche et nuancé » de sorte qu’une « révision en profondeur du régime des nullités s’impose de toute évidence ». Il suggère au législateur de nuancer les effets de la sanction de nullité en consacrant les avancées jurisprudentielles et « d’élaborer un cadre légal pour les différentes techniques qui permettent d’assurer le sauvetage du contrat »[[59]](#footnote-59).

En attendant Godot, il nous semble qu’il est possible d’éviter les conséquences absurdes évoquées plus haut en repensant notre théorie des nullités à droit constant. En effet, on va le voir, le caractère automatique de la sanction de nullité en cas de violation d’une norme d’ordre public n’est nullement imposé par les textes et trahit la pensée de celui qui a le plus influencé notre théorie moderne des nullités, à savoir René Japiot[[60]](#footnote-60).

*§2. Le retour aux sources*

**16. - Les sources officielles.** Il est généralement enseigné que la théorie classique du 19ème siècle aurait succédé au régime confus des nullités de l’ancien droit, en procédant à une sorte d’anthropomorphisation du contrat, considéré comme un organisme vivant. Distinguant selon la gravité du vice (ou de la maladie), la doctrine aurait substitué, à la grande variété des nullités héritées du droit antérieur au Code civil, une *summa divisio* entre les actes nuls de plein droit (nullités absolues), lorsque le vice atteint une des conditions d’existence du contrat (tels le consentement, l’objet, la cause ou certaines formes solennelles), et les actes annulables (nullité relatives), lorsque le vice consiste en une imperfection de certaines conditions de formation du contrat (incapacité, vices de consentement). L’importance de l’adage « pas de nullité sans texte », qui ne tolérait pas d’exception en matière de mariage, amena la doctrine à élaborer la notion d’inexistence afin de résoudre le problème du mariage entre déments et entre personnes de même sexe, qui n’était pas frappé de nullité par le Code civil[[61]](#footnote-61). Il en résultait une triple catégorie : les nullités relatives, les nullités absolues et les inexistences, selon la gravité du vice affectant l’acte juridique[[62]](#footnote-62). Le succès de l’inexistence fut tel qu’elle finit par dépasser la matière du mariage et absorber la catégorie des nullités absolues[[63]](#footnote-63).

Grâce essentiellement à la thèse de doctorat de René Japiot, publiée en 1909, la théorie moderne des nullités aurait émergé au début du 20ème siècle, abandonnant l’image de l’acte-organisme et le critère de la gravité du vice pour le remplacer par celui de l’intérêt en jeu. Selon cette théorie, importée en Belgique par De Page, la nullité n’est plus considérée comme une réalité objective mais comme la sanction d’un vice affectant un contrat depuis sa formation et qui doit être prononcée par un juge. Logiquement, la catégorie de l’inexistence tend, dans cette conception, à disparaître[[64]](#footnote-64). C’est de Japiot que vient l’expression selon laquelle la nullité est un « droit de critique » de son titulaire, à savoir toute personne ayant un intérêt, en cas de nullité absolue, et la personne dont les intérêts sont protégés par la règle, en cas de nullité relative[[65]](#footnote-65).

**17. - Une nouvelle lecture.** Dans un article passionnant, A. Posez montre que nous héritons essentiellement cette version officielle de l’histoire du droit des nullités de la thèse de Japiot qui doit être, dans une certaine mesure, nuancée. Posez conteste tout d’abord la nouveauté de la *summa divisio* de la théorie classique, dès lors que la distinction entre nullités absolues, opérant de plein droit, et relatives, exigeant l’introduction d’une action, était devenue banale au 18ème siècle et n’aurait certainement pas, comme l’avance Japiot, été créée de toutes pièces au 19ème siècle. Il souligne ensuite que, même après l’adoption du Code civil, la doctrine continuait, comme dans l’ancien droit, à multiplier les distinctions entre nullités légales et naturelles, formelles et substantielles, textuelles et virtuelles, péremptoires et comminatoires, continues et passagères, extrinsèques et intrinsèques, d’ordre public et d’intérêts privés, de plein droit et par voie d’actions[[66]](#footnote-66).

Il combat, enfin, l’idée d’une rupture entre une théorie classique, qui diviserait les nullités selon la gravité du vice de l’acte, et la théorie moderne qui, grâce à Japiot, y aurait substitué le critère de l’intérêt protégé. Il dénonce ainsi le « Mythe de l’acte-organisme », qui constituait tout au plus une métaphore pour certains auteurs et, références à l’appui, démontre que le critère de l’intérêt protégé était déjà présent chez les auteurs du 19ème siècle, comme Demolombe, et même chez des auteurs plus anciens comme Alciat et Argenté, aux 16ème et 17ème siècles[[67]](#footnote-67) .

Ce que montrait déjà la succession des deux théories, classique et moderne, et que confirme de manière éclatante l’analyse d’A. Posez, c’est que notre régime actuel des nullités est éminemment tributaire de son évolution historique, tant doctrinale que jurisprudentielle, et qu’il ne s’impose pas en raison d’une interprétation univoque des dispositions du Code civil qui n’ont, sur ces questions complexes mais fondamentales, jamais été modifiées.

**18. – Un héritage tronqué.** Si l’influence de la thèse de Japiot sur la théorie des nullités est incontestable, elle n’a toutefois été que partielle dès lors que la postérité n’a malheureusement pas retenu l’importance qu’il attachait à la flexibilité du régime des nullités. Il insistait pourtant sur la nécessité de tenir compte, non seulement du but de la règle mais également des « considérations spéciales qui doivent intervenir, suivant la nature du domaine juridique dans lequel la nullité est appelée à jouer, (…) suivant la nature des questions à résoudre »[[68]](#footnote-68). Il ne fallait, selon lui, « envisager la nullité que comme un accessoire des règles juridiques », ne pas l’organiser « pour elle-même », mais « d’après sa nature et le but qu’il l’a fait créer » et en tenant compte du « milieu où pratiquement elle intervient »[[69]](#footnote-69).

A sa suite, le *Répertoire pratique de droit belge* rappelait que la nullité ne constituait « pas une fin en soi mais un moyen » et avançait que c’était « l’erreur fondamentale de la doctrine du XIXe siècle d’avoir perdu de vue ce caractère accessoire de la nullité et de l’avoir, par un abus de la technique juridique, organisé *pour elle-même*, sans égard pour sa fonction »[[70]](#footnote-70). Dans un article de 1962, Cl. Renard et E. Vieuxjean se ralliaient également à la thèse du juriste français. Ils écrivaient ainsi que les considérations relatives à la nature et au but de la règle sanctionnée, si elles étaient primordiales, ne devaient pas être les seules à présider à l’élaboration d’une théorie des nullités dès lors qu’il fallait également tenir compte aussi du « milieu de fait où opère la sanction ». Et de conclure : « Quelle que soit son importance, le but ne doit pas être atteint à n’importe quel prix, car le remède pourrait être pire que le mal. Il faut confronter les intérêts antagonistes, plus ou moins respectables selon les circonstances »[[71]](#footnote-71).

Force est toutefois de constater que la doctrine et la jurisprudence majoritaires récentes ont perdu de vue ce caractère flexible de la sanction de la nullité et la nécessité de l’adapter au milieu de fait dans lequel elle doit opérer. Les effets pervers d’une telle rigidité ne sont pas anodins. En effet, alors que la logique voudrait qu’on qualifie d’abord une règle comme étant d’ordre public ou impérative avant d’en tirer les conséquences sur le plan du régime des nullités, plusieurs auteurs relèvent que, souvent, « c’est la réflexion sur le régime de nullité le plus adéquat qui conduit à la qualification »[[72]](#footnote-72). Les lignes qui suivent s’inscrivent résolument en faux contre un tel système et, plus particulièrement, contre la règle selon laquelle le juge doit, même d’office, annuler la convention conclue en violation d’une règle d’ordre public.

A cette fin, il nous paraît indispensable, d’une part, d’affiner la notion, galvaudée, d’ordre public et d’en proposer une compréhension moins rigide (ch. II) et, d’autre part, de prendre au sérieux une distinction passée quelque peu inaperçue - celle entre nullités textuelles et virtuelles – pour défendre l’idée d’un pouvoir d’appréciation, dans le chef du juge, en ce qui concerne la sanction de la nullité absolue (ch. III).

**Chapitre II. Une conception affinée, voire renouvelée, de l’ordre public**

**19. -** Après avoir rappelé quelques principes relatifs à la notion d’ordre public (section 1), nous évoquerons trois pièges dans lesquels il est tentant de tomber (section 2) avant de proposer une approche plus casuistique de l’ordre public, déclinée en termes de proportionnalité (section 3).

Section 1. La notion

**20. - Un concept fondamental…** La notion d’ordre public mériterait de longs développements dont il ne nous est pas permis de rendre compte[[73]](#footnote-73). On se contentera de rappeler que, là encore, notre ordre juridique doit beaucoup à l’éminent De Page qui définissait la « loi d’ordre public » comme étant « celle qui touche *aux intérêts essentiels de l’Etat ou de la collectivité*, ou qui fixe, dans le *droit privé*, les bases juridiques fondamentales sur lesquelles repose l’ordre économique ou moral d’une société déterminée »[[74]](#footnote-74). Cette définition fut reprise presque littéralement par la Cour de cassation qui, encore aujourd’hui et depuis 1948[[75]](#footnote-75), considère qu’une loi est « d'ordre public dès lors qu'elle touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité et fixe les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société »[[76]](#footnote-76). Alors que, à l’origine, l’ordre public constituait une catégorie de norme impérative, celle-ci se définissant uniquement par opposition à la règle supplétive, il se distingue dorénavant de ces règles, qui ne protègent que des intérêts privés[[77]](#footnote-77).

Pour déterminer si une disposition est d’ordre public, De Page estimait qu’il convenait de, « chaque fois, analyser *l’esprit de l’institution*, et rechercher en quoi, ou par quoi elle est en rapport avec les *exigences essentielles de la collectivité* ou les bases fondamentales du droit privé »[[78]](#footnote-78). P. Van Ommeslaghe suggère pour sa part de « vérifier si les textes en cause sont destinés, dans l’intention du législateur, à réglementer les relations individuelles qui résultent d’un rapport juridique ou, au contraire, s’ils s’insèrent dans une politique économique ou sociale intéressant la généralité des citoyens ou certaines catégories d’entre eux »[[79]](#footnote-79).

**21. - ... mais flou.** Si ces propos doctrinaux peuvent offrir certains repères, il n’en demeure pas moins que le praticien doit, souvent, se rendre compte que l’ordre public « se sent bien plus qu’(il) ne se définit »[[80]](#footnote-80). Avec un peu de provocation et en soulignant la dimension performative de la jurisprudence, nous serions tentés de le définir comme l’ensemble des règles qualifiées telles par le juge et, surtout, par la Cour de cassation.

Section 2. Les pièges

**22. – Une application difficile. -** Le problème essentiel lié à la notion d’ordre public est qu’elle n’est pas aisée à appréhender in concreto. La tendance naturelle des juristes est de généraliser un peu vite et de simplifier un peu trop lorsqu’il s’agit de déterminer si une règle relève ou non de l’ordre public.

**23. – Une approche par règle et non par matière.** Le premier (mauvais) réflexe consiste à considérer que l’appartenance d’une matière à l’ordre public implique que ce soit le cas de chacune de ses règles[[81]](#footnote-81). Il convient donc de se méfier de postulats tels que : « (t)outes les dispositions légales relatives à l’urbanisme et à l’aménagement du territoire sont d’ordre public »[[82]](#footnote-82) ou : « la loi sur les marchés publics est d’ordre public »[[83]](#footnote-83). En ce qui concerne cette dernière affirmation, elle est largement contestée, à tout le moins nuancée, par la doctrine spécialisée[[84]](#footnote-84) et le Conseil d’Etat[[85]](#footnote-85). Si le statut d’ordre public doit en effet être reconnu aux dispositions relatives aux modes de passation des marchés publics, à tout le moins en ce qu’elles concernent le principe fondamental de la concurrence, de nombreuses règles issues de la réglementation des marchés publics ont avant tout pour objet de protéger les intérêts privés des soumissionnaires[[86]](#footnote-86).

De même, tant la doctrine que la jurisprudence ont reconnu que les normes régionales en matière de salubrité, de sécurité et d’habitabilité étaient d’ordre public[[87]](#footnote-87). La Cour de cassation a récemment confirmé que les « normes de qualité d'habitation contenues dans le Vlaamse Wooncode » étaient « d'ordre public »[[88]](#footnote-88). Dès lors que ces exigences tendent à assurer le respect de la dignité humaine protégé par l’article 23 de la Constitution, il n’est pas absurde de considérer que, envisagées ensemble, ces règles touchent aux intérêts essentiels de la collectivité et participent à fixer les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société. Cela ne signifie pas pour autant que chacune de ces règles, prise individuellement, relève de l’ordre public. Il est manifeste que, dans certains cas, la sanction de la nullité, qui prive le locataire de tout titre ou droit à occuper les lieux loués, irait à l’encontre de l’intention du législateur régional[[89]](#footnote-89), dont l’objectif est d’éviter que les logements soient insalubres, inhabitables ou qu’ils ne présentent pas la sécurité nécessaire pour être occupés sans danger[[90]](#footnote-90).

**24. – La sanction pénale : un indice, pas un test infaillible.** Le deuxième réflexe dont il faut se débarrasser est celui qui tend à qualifier une norme d’ordre public uniquement parce que sa violation est sanctionnée pénalement. Or, c’est souvent cette circonstance qui amène jurisprudence[[91]](#footnote-91) et doctrine[[92]](#footnote-92) à conclure au caractère d’ordre public de la norme considérée. De Page le relevait pourtant déjà, la déduction selon laquelle l’interdiction pénale entraîne la nullité civile « est *inexacte*, tout au moins comme *principe général* » car « (s)ouvent, le droit pénal se place, pour réprimer un fait, *à un tout autre point de vue que le droit civil* »[[93]](#footnote-93). Ces propos ont, depuis, été relayés par d’autres auteurs[[94]](#footnote-94) et, plus récemment, par la Cour de cassation qui a considéré que la circonstance que la conclusion d’un contrat en dehors de l’entreprise du vendeur « soit punie d'une amende pénale lorsque le droit de renonciation du consommateur n'y est pas énoncé dans les termes légaux n'implique pas que ce contrat soit frappé de nullité absolue »[[95]](#footnote-95).

Il convient en fait d’opérer une distinction entre la loi pénale, qui est incontestablement d’ordre public[[96]](#footnote-96), et la règle dont elle vient sanctionner la violation, qui ne l’est pas nécessairement[[97]](#footnote-97), même si « la sanction pénale sera toutefois un indice significatif du caractère d’ordre public de la norme » [[98]](#footnote-98). Il en va de même, *a fortiori*, des normes qui sont punies de sanctions administratives.

**25. - Intérêt général et ordre public : de faux amis ?** Dernier raccourci à éviter : ce n’est pas parce qu’une norme poursuit l’intérêt général qu’elle relève nécessairement de l’ordre public. La catégorie de l’intérêt général est (heureusement) beaucoup plus large que celle de l’ordre public qui, rappelons-le, vise les règles protégeant les intérêts essentiels de la collectivité et qui participent à fixer les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société. Le critère de l’intérêt général sert à opérer une distinction entre les règles impératives et d’ordre public mais ne suffit pas à qualifier toute disposition légale de règle d’ordre public. Il s’agit, en d’autres termes, d’un critère nécessaire mais pas suffisant.

On ne peut que regretter, à cet égard, la formulation adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 13 janvier 2011, qui justifie le fait que l’article 95 (ancien) du CWATUP fait obstacle à la vente par lots de biens dont la division est autorisée par un permis tant qu’il n’est pas satisfait aux obligations qu’il impose uniquement parce qu’elle est « (f)ondée sur des considérations d’intérêt général »[[99]](#footnote-99).

**Section 3. Casuistique et proportionnalité**

**26. – Une analyse au cas par cas.** On l’aura compris, l’approche suggérée n’est pas la plus confortable. Elle demande une analyse minutieuse, individualisée, des régimes applicables[[100]](#footnote-100). Récemment, le tribunal de première instance de Bruxelles a, à juste titre, considéré que « la seule présence d’une obligation dans le Code du logement ne suffit pas à conférer à celle-ci un caractère d’ordre public et son non-respect à une nullité absolue des conventions » et qu’il convenait « d’examiner, pour chaque norme prise individuellement, si elle revêt un caractère d’ordre public »[[101]](#footnote-101).

**27. – Un raisonnement en proportionnalité ?** Dans certaines matières, l’approche ne doit pas se faire uniquement norme par norme mais, comme le suggérait déjà Japiot, quoique de façon plus abstraite, en fonction de chaque situation. Le domaine des normes de logement en donne une excellente illustration. Les codes wallon et bruxellois du logement prévoient ainsi de considérer comme salubres les logements qui ne sont affectés que de défauts de minime importance et la législation flamande a prévu un système de « permis à points » aux termes duquel les différents types de vices se voient octroyer un certain nombre de points, la délivrance d’une attestation de conformité requérant, parmi d’autres conditions, l’obtention d’un score final inférieur à 15 points[[102]](#footnote-102).

Ce que montrent ces mécanismes, c’est qu’un degré minimum de gravité est requis pour qu’un logement soit interdit à la location. Il n’est pas déraisonnable de considérer qu’en dessous de ce seuil, l’ordre public n’est tout simplement pas en jeu[[103]](#footnote-103). Cette approche « de minimis » de la notion d’ordre public laisse entrevoir un raisonnement qui se décline en termes de proportionnalité et mériterait d’être approfondi, voire exporté. Le débat relatif à l’appartenance à l’ordre public des normes prévoyant, lors de la conclusion d’une vente ou d’un contrat de bail, la remise de documents attestant de la conformité d’un bien à des normes environnementales (certificat PEB, attestation du sol) ne doit-elle pas être appréhendée sous cet angle ? Le simple défaut de remise d’un document ne pourrait entraîner qu’une nullité relative (sauf régime particulier) mais une violation suffisamment grave d’une norme environnementale par l’état du bien lors de la conclusion du contrat pourrait être considérée comme comportant une atteinte à l’ordre public susceptible d’entraîner la nullité du contrat.

**Chapitre 3. L’office du juge et la nullité virtuelle**

**28. – Une fausse évidence.** Selon P. Van Ommeslaghe, la nullité absolue « doit être soulevée même d’office par le juge »[[104]](#footnote-104) et P. Wéry confirme, pour sa part, que, « lorsque la convention blesse l’ordre public ou les bonnes mœurs, le tribunal a le pouvoir, et même le devoir, d’annuler, *ex officio*, la convention, quand bien même aucune des parties ne contesterait sa validité »[[105]](#footnote-105).

Une telle obligation, dans le chef du juge, paraît largement acceptée par la doctrine civiliste actuelle[[106]](#footnote-106), M. Dupont estimant qu’elle est « de doctrine et de jurisprudence constante »[[107]](#footnote-107). Si l’unique référence jurisprudentielle citée par cet auteur est, certes, exacte[[108]](#footnote-108), ses trois références doctrinales nous paraissent, en revanche, quelque peu détournées. Sur la question de la nullité absolue, De Page écrivait seulement que « le juge *peut* la prononcer même d’*office* » [[109]](#footnote-109), tout comme Cl. Renard et E. Vieuxjean[[110]](#footnote-110) ainsi que V. Bastiaen et G. Thoreau[[111]](#footnote-111). Or, il existe, pour un juge, un monde de différence entre un pouvoir et un devoir.

Clairement, la thèse de l’obligation dans le chef du juge n’a pas toujours été présentée avec autant d’évidence. Près d’un siècle avant la thèse de Japiot, J.-B. Perrin écrivait déjà, dans son *Traité des nullités de droit, en matière civile* publié en 1816 que la nullité absolue (alors nommée « de droit public ») était « proposable non-seulement par toutes parties intéressées, mais encore par le juge qui comme gardien de l'ordre social, *peut* la proposer malgré elles »[[112]](#footnote-112).

En réalité, en vertu du principe dispositif, le juge *ne peut pas* prononcer d’office la nullité d’une convention si cela ne lui est pas demandé par les parties (section 1) de sorte que son éventuelle obligation se limite à soulever le problème que peut poser la violation par un contrat d’une norme d’ordre public. Même si cette sanction est demandée par une partie, il n’a, sauf si elle est prévue par un texte légal (nullité textuelle), pas l’obligation de la prononcer (section 2) et doit procéder à une appréciation du cas qui lui est soumis afin de déterminer si elle est bien la plus adéquate (section 3).

**Section 1. Un juge actif… mais pas trop**

**29. – Le juge actif.** En 2005, la Cour de cassation a consacré l’existence d’un principe général du droit suivant lequel le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable, de sorte qu’il a l’obligation, en respectant les droits de la défense, de relever d’office les moyens de droit dont l’application est commandée par les faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions[[113]](#footnote-113). La règle de droit ainsi visée concerne toutes les normes, qu’elles soient d’ordre public, impératives, voire même supplétives si les parties n’y ont pas dérogé.

Cette extension de l’office du juge est toutefois confrontée à une limite fondamentale : il ne peut modifier « l'objet du litige tel qu'il a été délimité par les parties »[[114]](#footnote-114) et il ne peut donc faire droit « à une autre prétention que celle dont il est saisi »[[115]](#footnote-115). Il s’agit de l’expression du principe dispositif, selon lequel il revient uniquement aux parties de déterminer l’objet du litige. En matière de nullité, cela signifie que le juge ne peut pas prononcer la nullité d’une convention si cela ne lui est pas demandé, ce qui n’implique évidemment pas qu’il ne puisse pas refuser de faire droit aux demandes fondées sur une violation de l’ordre public.

H. Motulsky, qui a inspiré la consécration de la théorie factuelle de la cause, affirmait déjà, en 1964, que lorsqu’une partie demande l’exécution d’un contrat contraire à l’ordre public sans que l’autre n’invoque sa nullité : « (…) le juge doit d’office débouter le demandeur par le motif que le contrat est frappé d’une nullité d’ordre public (…) il ne saurait, en revanche, prononcer la nullité de la convention ; car il changerait alors l’objet de la demande, ce à quoi même l’ordre public ne peut pas l’habiliter »[[116]](#footnote-116). Deux ans plus tard, Fr. Rigaux écrivait que l’obligation du juge de soulever d’office toutes les contestations d’ordre public ne vise que l’effet négatif de celui-ci (qui impose au juge d’écarter d’office tout demande, défense ou exception qui lui seraient contraires), le principe dispositif opposant « de sérieux obstacles aux initiatives du juge » sous l’angle de son effet positif (hypothèse où les « faits allégués par les parties révèlent au juge qu’un effet juridique découlant d’une loi impérative ou intéressant l’ordre public n’a pas été expressément postulé par celui qui y avait intérêt »). Dans ce cas, il faut « renverser le rapport de force » entre droit substantiel et droit judiciaire », sous peine de « faire éclater la structure du droit judiciaire »[[117]](#footnote-117). Comme le conclut J.-Fr. Van Drooghenbroeck, l’obligation du juge « sur ce point, cède le pas au principe dispositif »[[118]](#footnote-118).

Dans un arrêt du 28 septembre 2012[[119]](#footnote-119), la Cour de cassation a confirmé que le principe dispositif signifie que, lorsque les parties s’entendent pour demander en justice l’exécution d’un contrat de vente contraire à l’ordre public, le juge ne peut déclarer cette convention nulle, ordonner « d’office à un huissier de justice de transcrire au bureau de la conservation des hypothèques l’arrêt d'annulation du transfert de propriété en marge des transcriptions faites auparavant de l'acte de vente » et condamner le vendeur au remboursement du prix payé. En revanche, il ne modifie pas l’objet de la demande en rejetant celle-ci en raison de sa contrariété à l’ordre public mais il applique, tout simplement, les dispositions d’ordre public que les parties ont entendu exclure[[120]](#footnote-120).

Section 2. La distinction entre nullités virtuelles et textuelles

**30. -** Même si la nullité absolue est demandée par une partie, le juge n’a pas nécessairement l’obligation de la prononcer. A la suite de R. Japiot[[121]](#footnote-121), Cl. Renard et E. Vieuxjean se demandaient s’« il ne fallait pas, dans certains cas, protéger l’apparence de droit » et « restreindre le droit de critique ou soustraire partiellement ou même totalement l’acte vicié ou ses conséquences à l’action de la nullité ? »[[122]](#footnote-122). Plus récemment, M. Von Kuegelgen suggérait, de même, de tenir, dans certains cas, la nullité en échec par application de la théorie de l’apparenceet ce, pour des raisons de sécurité juridique et de confiance légitime[[123]](#footnote-123).

L’essentiel du pouvoir d’appréciation du juge en la matière nous paraît toutefois résulter d’une lecture renouvelée de la notion de nullité virtuelle (§1er), notamment au sein du Code civil (§2).

*§1. Les nullités virtuelles*

**31. - Une notion ancienne…** On l’a vu, dès le 19ème siècle et hormis la matière du mariage, des exceptions à la règle « pas de nullité sans texte » étaient admises. Telle est l’origine de la distinction entre les nullités textuelles et virtuelles, déjà présente chez Aubry et Rau[[124]](#footnote-124) : alors que les premières sont explicitement prévues par le texte légal, les autres sont déduites, par interprétation, à partir de celui-ci[[125]](#footnote-125). Dans son célèbre ouvrage, R. Japiot écrivait que la nullité pouvait être appliquée « même en l’absence de texte qui l’édicte, sauf (…) si elle semble trop mal adaptée au milieu où elle aurait à fonctionner : mieux vaudrait alors tolérer l’efficacité comme un moindre mal »[[126]](#footnote-126).

Cette distinction est largement admise chez nous, même si elle n’est pas toujours bien connue. Selon De Page, la nullité virtuelle résulte, à défaut de texte, « de l’esprit de la loi, en réalité du sens et de la portée de la règle, analysés par le juge en fonction de l’institution à laquelle la règle violée s’applique, et du sens et de la portée générale de notre législation »[[127]](#footnote-127). Le *Répertoire pratique de droit belge* confirmait la possibilité d’une nullité virtuelle si le but de la règle l’exigeait mais à condition qu’elle ne soit pas trop mal adaptée au milieu où elle aurait à fonctionner[[128]](#footnote-128).

Cl. Renard et E. Vieuxjean ont, par la suite, repris cette idée, en écrivant, dans des termes qui font largement écho au texte de Japiot, qu’à défaut de nullité textuelle, le juge prononce la nullité « s’il apparaît, eu égard à la gravité de l’infraction, que le but et le caractère de la règle violée ou la nature des choses requièrent, en raison, le recours à cette sanction », précisant que « l’extension de la nullité virtuelle ne connaît qu’une limite : on se gardera de l’admettre, lorsqu’elle paraît mal adaptée au milieu de fait où elle aurait à opérer ». Selon ces auteurs, en effet, « (m)ieux vaut alors tolérer l’efficacité de l’acte comme un moindre mal, sauf à user d’une autre sanction pour réprimer l’atteinte qu’il porte au droit »[[129]](#footnote-129). @@

**32. - … mais qui n’a rien perdu de son actualité.** Il est aujourd’hui communément accepté que l’adage « point de nullité sans texte » n’a pas cours en droit civil[[130]](#footnote-130). P. Van Ommeslaghe relève qu’« il a été reconnu que des nullités peuvent exister alors même que le législateur ne les a pas expressément prévues et qu’il faut dès lors analyser chaque fois le vice dont la convention est atteinte pour déterminer si ce vice doit être sanctionné par une nullité : ce sont les nullités virtuelles »[[131]](#footnote-131). J. Hansenne, pour sa part, confirme le pouvoir d’appréciation qui revient au juge en cas de nullité virtuelle : « La loi ne portant généralement pas la sanction de nullité de façon expresse, le juge a un pouvoir assez large pour apprécier si l’importance de la règle, eu égard notamment à l’esprit de la loi, mérite la sanction de la nullité. Considérant alors la nature de la règle et son but, de même que l’importance des intérêts en cause, le juge déterminera le caractère de cette nullité »[[132]](#footnote-132). En d’autres termes, la nullité virtuelle rompt le caractère automatique qui unit, traditionnellement, le constat de la violation d’une norme et la sanction de la nullité. Le juge doit, en effet, tenir compte non seulement de la nature et du but de la règle, mais également du milieu dans lequel elle doit opérer ainsi que des intérêts en cause[[133]](#footnote-133).

Comme le relève P. Wéry, la jurisprudence du fond n’est toutefois pas très abondante sur la question[[134]](#footnote-134) et un des rares arrêts de la Cour de cassation à faire une application implicite de cette distinction est celui rendu le 26 mai 2006 sur la nullité d’un contrat en raison du non respect de certaines formalités prévues par la loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages, dans lequel la cour a estimé que le non respect des formalités prévues par cette loi pouvait entraîner une nullité, à apprécier selon la gravité de l'atteinte portée aux intérêts protégés[[135]](#footnote-135). Selon P. Wéry, l’enseignement de cet arrêt **«**peut être étendu aux nullités virtuelles résultant de la transgression d’autres lois particulières impératives : le juge, qui est saisi d’une telle demande de nullité, est tenu d’apprécier la gravité de l’atteinte portée aux intérêts de la partie faible que le législateur prend sous sa protection »[[136]](#footnote-136). Nous verrons cependant pourquoi il ne nous paraît pas justifié de limiter cette extension aux lois impératives.

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

*§2. Les nullités virtuelles du Code civil*

**33. - L’ordre public et les nullités virtuelles.** L’article 6 du Code civil interdit de déroger, « par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs ». On cherche en vain, cependant, la sanction qui doit frapper la convention scélérate. Il nous paraît difficile, dès lors, de considérer que la nullité extraite de ce texte serait autre que simplement virtuelle[[137]](#footnote-137). Il sera objecté que l’atteinte à l’ordre public doit nécessairement être sanctionnée par une nullité absolue. Il s’agit cependant d’une pétition de principe et plusieurs arguments militent contre ce raccourci.

Tout d’abord, comme le relèvent plusieurs auteurs, nullité absolue et ordre public ne coïncident pas nécessairement : les règles relatives aux incapacités sont d’ordre public alors que leur sanction consiste en une nullité relative[[138]](#footnote-138). De même, certaines dispositions en droit social permettent de sauver un contrat de travail pourtant atteint d’une cause de nullité absolue[[139]](#footnote-139). En matière de marchés publics atteignant le seuil européen, le juge a, même lorsque les conditions d’application de la sanction d’absence d’effets, qui équivaut à une nullité, sont réunies, la faculté de prononcer des sanctions de « substitution » lorsqu’il constate « que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus »[[140]](#footnote-140) et ce, alors même que les dispositions violées sont d’ordre public.

Ensuite, la violation de l’ordre public par une convention n’impose pas sa nullité lorsqu’il est possible de recourir aux techniques alternatives dégagées par la jurisprudence qui, comme la conversion, permettent de la rendre licite[[141]](#footnote-141).

Enfin, on l’a vu, le juge ne sera pas tenu de prononcer la nullité d’une convention si cette sanction est demandée par une partie au contrat qui abuse manifestement de son droit de demander la nullité et ce, alors même qu’il s’agirait d’une nullité absolue[[142]](#footnote-142). Comment comprendre cette solution si la violation de l’ordre public impose, en toute circonstance, la sanction de la nullité absolue ? Ne serait-il pas curieux de considérer que le juge *doit* constater la nullité absolue à défaut de demande en ce sens (et même dans l’hypothèse où le préjudice qui en résulterait pour une partie serait sans proportion avec l'avantage obtenu par l’autre) mais *peut* refuser de déclarer la convention nulle, alors même qu’elle violerait l’ordre public, dès lors que cette demande est abusive ?

Ce que montre en tout cas la jurisprudence précitée de la Cour de cassation relative à l’abus de droit, c’est qu’un principe général du droit peut faire échec à la sanction de la nullité absolue. Or, dans les situations dénoncées plus haut, les principes de sécurité juridique et, surtout, de confiance légitime n’imposent-t-ils pas la même conclusion[[143]](#footnote-143)?

**34. – Les quatre conditions de validité des contrats.** Lorsque l’on examine les conditions de validité du contrat visées à l’article 1108 du Code civil, on constate que seules les dispositions relatives au consentement peuvent être qualifiées de nullités textuelles[[144]](#footnote-144). Il n’est toutefois pas contesté que ces nullités sont relatives dès lors qu’elles accompagnent des règles qui protègent essentiellement des intérêts privés. La partie dont les intérêts sont protégés peut donc renoncer à se prévaloir d’une telle nullité.

**35. – La cause illicite.** L’article 1131 du Code civil dispose que l’obligation sans cause ou qui repose sur une cause fausse ou illicite « ne peut avoir aucun effet ». On pourrait sans doute discuter sur la signification de ces termes mais il n’est pas déraisonnable de les interpréter comme consacrant une nullité textuelle[[145]](#footnote-145). Il faudrait encore préciser que si la cause est contraire à une loi impérative, la nullité ne sera, logiquement, que relative. L’article 1133 du Code civil, en effet, précise que la cause illicite est celle qui est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public mais également celle qui est prohibée par la loi. Quoiqu’il en soit, on pourrait considérer que le juge ne dispose pas, en cas de cause illicite, de la même marge d’appréciation qu’en cas de nullité virtuelle et qu’il doit prononcer la nullité, si une partie lui demande, ou constater celle-ci, dans le cas contraire (si la cause est illicite en raison de sa contrariété à l’ordre public).

**36. – L’objet illicite.** En revanche, si on examine les dispositions du Code civil relatives à l’objet du contrat, force est de constater qu’elles se contentent d’indiquer ce qui peut, ou non, faire l’objet d’une obligation et demeurent, pour le moins, discrètes en ce qui concerne les sanctions. La seule disposition qui peut nous être utile à cet égard est l’article 1128 qui stipule que seules « les choses qui sont dans le commerce » peuvent « être l'objet des conventions », de sorte que plusieurs auteurs y voient la base légale de l’exigence selon laquelle, pour que l’obligation soit valable, il faut que son objet soit licite[[146]](#footnote-146). Il s’agit toutefois d’une interprétation que n’impose pas le texte légal de façon indiscutable, comme le souligne implicitement P. Van Ommeslaghe lorsqu’il écrit que la validité des conventions est « subordonnée au caractère licite de leur objet et de leur cause », selon « les articles 6, 1108, 1128 (*tel qu’il est interprété*), 1131 et 1133 du Code civil »[[147]](#footnote-147). Quoiqu’il en soit, nulle trace dans l’article 1128 du Code civil de la sanction qui devrait frapper la convention portant sur un objet qui est hors commerce.

La jurisprudence de la Cour de cassation témoigne de sa difficulté à justifier, sur la base des dispositions qui lui sont spécifiquement consacrées, que l’illicéité de l’objet doive être sanctionnée par une nullité absolue, à défaut de disposer de l’équivalent de l’article 1131 du Code civil : « En vertu de l’article 1131 du Code civil, l’obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. Une convention ayant un objet illicite est nulle en vertu de l’article 6 du Code civil »[[148]](#footnote-148). Or, on l’a vu, pas plus que l’article 1128, l’interdiction comminée par l’article 6 du Code civil n’énonce la sanction qui doit lui être attachée, de sorte que ces dispositions ne peuvent être interprétées autrement que, le cas échéant, comme consacrant une nullité virtuelle.

F. Mourlon Beernaert relève du reste que les auteurs du Code civil n’avaient pas en vue de poser la licéité de l’objet comme condition de validité des conventions[[149]](#footnote-149). Outre l’argument de texte et l’explication historique, une telle différence avec la cause illicite nous paraît se justifier dans la conception subjectiviste qui parcourt notre ordre juridique, que ce soit en droit pénal ou en droit civil. Comme la faute pénale, la faute extracontractuelle requiert tant un élément objectif, soit un acte objectivement illicite, que subjectif, à savoir l’imputabilité de cet acte à son auteur[[150]](#footnote-150). Il n’est pas déraisonnable, dans ce cadre, de justifier la différence opérée, au niveau de la sanction du contrat, entre le cocontractant qui a conclu à des fins illicites et celui qui a, le cas échéant de façon involontaire, créé ou maintenu une situation illicite par son engagement contractuel.

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

Section 3. L’office du juge

**37. - Un raisonnement en deux temps.** Le raisonnement proposé revient à découpler la question de la violation, lors de la formation d’une convention, de l’ordre public[[151]](#footnote-151) du caractère automatique de la sanction de nullité absolue. Alors que la première doit être soulevée d’office par le juge, dans le respect des droits de la défense[[152]](#footnote-152), la sanction de nullité ne devrait être retenue qu’après l’examen précité de la pertinence d’une telle sanction, eu égard aux circonstances concrètes de la cause[[153]](#footnote-153).

Afin de déterminer le caractère annulable du contrat, le juge doit, en effet, se placer au moment de la formation du contrat mais, lorsqu’il décide s’il doit constater la nullité de contrat ou, à la demande d’une partie ou d’un tiers, en prononcer la nullité, il doit prendre en considération la situation au moment où il statue et se demander si cette sanction a encore du sens. En d’autres termes, l’intérêt général impose-t-il encore et toujours de faire disparaître, rétroactivement, cette convention de l’ordre juridique ou de la priver de tout effet ? Il est fort possible que, lorsque l’objectif du législateur a été atteint d’une autre façon que celle imposée par la loi ou que la situation a été régularisée après la formation du contrat mais avant son exécution, ce ne soit pas le cas. Ainsi, en présence d’un contrat d’entrepris conclu par un entrepreneur n’ayant pas l’accès à la profession, le juge pourrait, sans mettre à mal l’ordre public, considérer que la nullité n’est pas une sanction adéquate lorsque l’accès a été obtenu avant l’exécution des travaux.

**38. -** R. Japiot défendait déjà l’idée intéressante d’une « mobilité de l’ordre public ». Selon lui, « toutes les nullités, après avoir été d’ordre public au sens de l’article 6, sont susceptibles de perdre plus ou moins complètement ce caractère et de tolérer des confirmations », de sorte que « la nullité sera d’ordre public au sens de l’article 6, pendant la période et dans la mesure où l’exigera le but de la nullité »[[154]](#footnote-154). Tel pourrait être le cas en raison notamment de « changements intervenus dans le milieu », qu’ils soient d’ordre juridique ou factuel. Dans ce cas, l’intérêt général « exigera que la nullité soit considérée comme étant d’ordre social jusqu’à l’événement d’un fait nouveau tel que l’acte, s’il eût été passé après ce fait nouveau, sans autre modification de ses éléments, eût été valable »[[155]](#footnote-155). A sa suite, d’autres auteurs estiment qu’il peut arriver que « l’intérêt général cesse de commander l’annulation de sorte qu’une confirmation peut alors intervenir »[[156]](#footnote-156) ou que « le but d’intérêt général qui s’opposerait à sa couverture aurait disparu »[[157]](#footnote-157). N’est-il pas envisageable de considérer que tel puisse être le cas lorsqu’une régularisation, juridique ou factuelle, est intervenue en temps utile ?

Il est regrettable, à cet égard, que la Cour d’appel de Liège n’ait pas, lorsqu’elle a conclu à la nullité du compromis de vente d’un lot issu de la division d’un terrain en violation d’une disposition qui, dans sa version applicable lors du compromis, interdisait de lotir un terrain sans permis préalable, tenu compte du fait que cette obligation avait, postérieurement au compromis, été supprimée par le législateur wallon[[158]](#footnote-158).

**39. -** Dans certains cas, du reste, l’intérêt général non seulement n’impose pas la sanction de la nullité mais pourrait, au contraire, s’y opposer. La matière des contrats publics illustre parfaitement cette problématique dès lors qu’on peut aisément imaginer que le principe de continuité des services publics ne puisse s’accommoder de la disparition immédiate et rétroactive d’un contrat alors que les prestations sont en cours d’exécution ou attendues d’urgence[[159]](#footnote-159). On l’a vu, en matière de marchés publics, le juge a, dans certains cas, la faculté de prononcer des sanctions de substitution à la nullité du contrat lorsqu’il constate « que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus »[[160]](#footnote-160). Dès lors que ces situations impliqueront généralement un acte de l’autorité publique, le juge ne perdra toutefois pas de vue l’obligation que lui impose l’article 159 de la Constitution[[161]](#footnote-161).

Conclusion

**40. -** S’exprimant sur l’identification des nullités virtuelles, De Page écrivait : « Tout est, ici, question de discernement, de doigté, de ‘cas d’espèce’ »[[162]](#footnote-162). Ces termes suffiraient presque à conclure cette contribution.

Résumons-nous. Même confronté à une convention portant atteinte à une disposition d’ordre public ou, plus généralement, à l’ordre public, le juge n’a pas, sauf lorsque la sanction de nullité est prévue explicitement par le législateur, l’obligation de constater la nullité de cette convention ou, à la demande d’une partie, de la déclarer nulle. Il se peut en effet que, en raison de la spécificité du régime légal et des circonstances concrètes de la cause, cette sanction se révèle inadéquate au regard de l’objectif de l’objectif de la règle violée et du milieu de fait dans lequel doit intervenir la sanction.

L’exercice casuistique que nous recommandons n’aura-t-il pas pour conséquence de créer une insécurité juridique insoutenable ? Il comporte, cela va de soi, une part d’imprévisibilité. Il ne faudrait toutefois pas renverser les termes du problème. C’est la sanction de la nullité qui, par son caractère radical, est de nature à bouleverser les attentes légitimes des cocontractants et des tiers, surtout lorsqu’elle intervient plusieurs années après la formation d’un contrat.

Elle peut évidemment s’avérer nécessaire lorsque, à la date où le juge statue, l’ordre public commande toujours de purger l’ordre juridique de la convention scélérate. Dans certains cas, cependant, elle peut mener à des conséquences absurdes, pour ne pas dire surréalistes. Il serait regrettable qu’un justiciable conclue, à la lecture d’une décision judiciaire, qu’au pays du surréalisme, les juristes sont rois.

1. J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 12 avril 2011, *J.J.P.*, 2013/5-6, p. 283. [↑](#footnote-ref-1)
2. H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 114, n°96. [↑](#footnote-ref-2)
3. La présente contribution reprend et prolonge des réflexions amorcées dans une contribution consacrée au contrat de bail (« 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 *Le bail et le contrat de vente face aux réglementations régionales (urbanisme, salubrité, PEB)*, N. Bernard (dir.), Bruxelles, la Charte, 2015, pp. 157-187). [↑](#footnote-ref-3)
4. P. Van Ommeslaghe définit la nullité comme un « mode d’extinction des conventions qui sanctionne un vice affectant de manière essentielle la formation de la convention » (*Traité de droit civil belge (De Page)*, Bruxelles, Bruylant, 2013, t. II, vol. 2, p. 959). Il est de jurisprudence constante que les conditions de validité d'un contrat s’apprécient en principe au moment de sa formation (Cass., 24 septembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1168 ; Cass., 28 novembre 2013, *Pas*., 2013, I, pp. 2399-2400). [↑](#footnote-ref-4)
5. Voy. notamment les articles 931 (donation) et 1250, 2° (subrogation conventionnelle consentie par le débiteur) du Code civil. Sur la question, voy. P. Wéry, « La théorie générale du contrat », *Rép. not*., Tome IV, Les obligations, Livre 1/1, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 63 et, de façon plus approfondie, H. Jacquemin, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010. En ce qui concerne la donation, la portée de l’article 931 du Code civil est d’autant plus restreinte que le don manuel de biens meubles entre vifs lui échappe (Cass., 12 septembre 2014, *Pas*., I, liv. 9, n°1854). [↑](#footnote-ref-5)
6. H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, t. II, p. 420. [↑](#footnote-ref-6)
7. *Ibid*.*,* t. II, p. 758, n°785. Il évoquait notamment les règles prévoyant les formalités imposées par la loi aux actes passés par les représentants légaux des incapables (p. 741, n°775). Voy. également R. Hardy, « Le juge doit-il soulever d’office la nullité relative d’un contrat, d’une clause contractuelle ou d’un acte ? » in *Liber Amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 601 ; P. Van Ommeslaghe, *Traité de droit civil belge (De Page)*, *op. cit.*, t. II, vol. 2, p. 964. [↑](#footnote-ref-7)
8. P. Wéry, « La régularisation d’un contrat entaché d’une cause de nullité », note sous Liège (14e ch.), 23 décembre 2014, *J.L.M.B.*, 2016, p. 295. [↑](#footnote-ref-8)
9. De nombreux tempéraments à ce principe existent toutefois, qui feront l’objet d’autres contributions dans cet ouvrage (notamment celle de G. Fruy et N. Vandenberghe, qui examine spécifiquement les effets de la nullité). [↑](#footnote-ref-9)
10. H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 748, n°780. [↑](#footnote-ref-10)
11. *Ibidem*, p. 740, n°775. [↑](#footnote-ref-11)
12. M. Coipel, *Eléments de théorie générale des contrats*, Kluwer-E. Story-Scientia, 1999, p. 71. [↑](#footnote-ref-12)
13. P. Van Ommeslaghe, *Traité de droit civil belge (De Page)*, *op. cit.*, p. 970 ; M. Dupont, « Nullité absolue et nullité relative », in *La nullité des contrats*, P. Wéry (dir.), Bruxelles, Larcier, CUP, vol. 88, 2006, p. 57. [↑](#footnote-ref-13)
14. P. Wéry, *Droit des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2011, vol. 1, p. 317. [↑](#footnote-ref-14)
15. Cass. 21 octobre 1971, *Pas*., 1972, p. 174 ; *R.C.J.B*., 1972, p. 415 et note Fr. Rigaux. [↑](#footnote-ref-15)
16. P. Harmel, « Vente – Théorie générale », *Rép. not.*, Tome VII, La vente, Livre 1, Bruxelles, Larcier, 1985, n°487 ; M. Dupont, « Nullité absolue et nullité relative », *op. cit.*, p. 57 ; P. Wéry, « La théorie générale du contrat », *Rép. not*., Tome IV, Les obligations, Livre 1/1, Bruxelles, Larcier, 2010, n°325. Voy. cependant les conclusions de l’Avocat général Génicot rendues avant un arrêt du 5 mars 2012 dans lesquelles il semble considérer que « la nature de l'irrégularité sanctionnant le contrat subséquent à l’acte détachable annulé » n’est pas un vice mais une absence de consentement, qui doit être frappée de nullité absolue (*MCPOoO*, 2012/01, p. 63 et s.). La Cour de cassation l’a suivi mais la motivation de l’arrêt ne permet pas de déterminer si la nullité visée est relative ou absolue. P. Goffaux et M. Lucas défendent l’idée selon laquelle l’absence de consentement de l’autorité publique doit entraîner la nullité absolue du contrat concerné (« Des effets sur le contrat de l’annulation par le Conseil d’État de la décision d’attribuer un marché public », *A.P.T*., 1998, t. I, p. 64). [↑](#footnote-ref-16)
17. H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 760, n°789. En cas de nullité absolue, le contrat ne peut qu’être refait (P. Wéry, *Droit des obligations*, *op. cit.*, vol. 1, p. 322 ; P. Van Ommeslaghe, *Traité de droit civil belge (De Page)*, *op. cit.*, vol. 1, p. 361). [↑](#footnote-ref-17)
18. Sur la prescription de l’action en nullité, voy. ci-après la contribution de Mme Regout. [↑](#footnote-ref-18)
19. P. Van Ommeslaghe, *Traité de droit civil belge (De Page)*, *op. cit.*, vol. 1, p. 361 ; P. Wéry, *Droit des obligations*, *op. cit.*, vol. 1, p. 308 (plus nuancé en ce qui concerne les nullités relatives). [↑](#footnote-ref-19)
20. P. Van Ommeslaghe, *Traité de droit civil belge (De Page)*, *op. cit.*, vol. 1, pp. 327-329 ; M. Coipel, *Eléments de théorie générale des contrats*, Kluwer-E. Story-Scientia, 1999, p. 62 ; P. Wéry, « Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques », note sous Cass., 12 octobre 2000, *R.C.J.B*., 2003, p. 74 et les références citées ; O. Delogne, « Le contrat d'assurance incendie sous le prisme de la théorie de l'objet illicite : jurisprudence récente de la cour de cassation », *R.G.A.R*., 2006, 14117 et les nombreuses références citées en note 29 ; M. Dupont, « Nullité absolue et nullité relative », *op. cit.*, p. 51. [↑](#footnote-ref-20)
21. La Cour de cassation a ainsi rappelé que, dans « un contrat synallagmatique, la cause des obligations de l'une des parties ne réside pas exclusivement dans l'ensemble des obligations de l'autre partie, mais dans celui des mobiles qui a principalement inspiré son débiteur et l'a déterminé à contracter » (Cass., 14 mars 2008, *Pas*., I, n°708). Voy. déjà Cass., 23 juin 1977, *Pas*., I, p. 1083 : « Attendu que, pour qu’une libéralité entre un homme et une femme qui entretiennent des relations sexuelles hors mariage soit nulle, il faut mais il suffit que l'un des mobiles déterminants des libéralités ait été de faire naître, de maintenir ou de rémunérer ces relations ». Il est vrai que d’autres arrêts sont plus ambigus (voy. Cass., 29 avril 2011, *Pas*., I, n°1203 et, plus récemment, Cass., 15 février 2016, RG n°C.14.0448.F/16, dans lequel la Cour conclut à l’existence d’une cause illicite sans vérifier les mobiles déterminants de l’employeur concerné). [↑](#footnote-ref-21)
22. Sur ce point, voy. ci-après la contribution de N. Bernard et L. Debroux (§18). [↑](#footnote-ref-22)
23. Sur la notion d’objet, voy. 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. 164 et s. ainsi que la contribution de J. Van Zuylen et J. Thiry dans le présent ouvrage (§§9-10). [↑](#footnote-ref-23)
24. Cass., 8 avril 1999, *J.L.M.B*., p. 1720 ; *D.A.O.R*., 2000, p. 357 ; Cass., 14 septembre 2000, *Pas*., I, n°470 ; Cass., 19 mai 2005, *Pas*., I, n°1065 ; Cass., 17 juin 2007, *T. Straf*., 2008, p. 447 ; Cass., 4 octobre 2012, *R&J*, 2013/3-4, p. 235. [↑](#footnote-ref-24)
25. La Cour de cassation de France a, en ce sens, jugé que les « infractions commises à la législation sur l’urbanisme ne peuvent par elles-mêmes ni frapper l’immeuble d’une inaliénabilité légale, ni entraîner la nullité des conventions dont cet immeuble est l’objet » (Cass. civ. 3ème ch., 15 juin 1982, *Bull. civ*. III, no 155, p. 112). [↑](#footnote-ref-25)
26. Voy. notamment l’article 300 du Code bruxellois de l’aménagement du territoire (ci-après, le CoBAT). [↑](#footnote-ref-26)
27. En ce sens, voy. D. Deom, « Les baux et le droit de l’urbanisme », in *Baux et actualité législative et jurisprudentielle*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 65. *Contra*, voy. les références citées par J. Van Zuylen et J. Thiry dans leur contribution (§16). Voy. également un curieux arrêt prononcé le 4 octobre 2012 par la Cour de cassation (*R&J*, 2013/3-4, pp. 235-243), dans lequel la cour a estimé qu’il ne se déduisait « ni des faits spécialement invoqués par le demandeur dans ses dernières conclusions reproduites au moyen ni des faits constatés par le jugement attaqué que, lors de la conclusion du bail, l’objet de l’obligation des défendeurs de mettre le bien loué à la disposition du demandeur pour y exploiter un dancing (…) tendait à créer ou à maintenir une situation illégale » alors que, par les motifs reproduits au moyen, la décision entreprise constatait que dans la commune intention des parties, les lieux loués devaient être « exploités en dancing » ou « à usage de cabaret chantant », que les bailleurs avaient déclaré que cette affectation était nécessaire pour « rentabiliser [leurs] investissements », que, « dès la conclusion de la convention de bail, il n’y avait pas de permis de bâtir et [qu’] il est manifesté que cette situation était de nature à aboutir d’une façon ou d’une autre à ce qu’un terme doive être mis à l’exploitation commerciale du locataire ». [↑](#footnote-ref-27)
28. Cass. (1re ch.), 24 février 2011, *R.C.J.B.*, 2014, p. 5 et note B. Kohl et F. Onclin, p. 13. Sur les problèmes suscités par la vente d’un immeuble construit en violation des règles urbanistiques, voy. la contribution de J. Van Zuylen et J. Thiry. [↑](#footnote-ref-28)
29. Voy. ci-après, §A COMPLETER. [↑](#footnote-ref-29)
30. A tout le moins dans le secteur de la construction. Jurisprudence et doctrine majoritaires considèrent que ces règles sont d’ordre public (Voy. M. Dupont, « Professions réglementées et sanctions judiciaires et civiles », *J.T*., 2015, liv. 6615, p. 631 et les réf. citées). Pour une appréciation critique de cette qualification, voy. la contribution d’A. Leleux et S. Vanvrekom ci-après. [↑](#footnote-ref-30)
31. Cass., 30 janvier 2015, *Pas*., 2015/1, p. 252. [↑](#footnote-ref-31)
32. Dans le même sens, voy. P. Wéry, *Droit des obligations*, *op. cit.*, vol. 1, p. 317. [↑](#footnote-ref-32)
33. Pour une appréciation plus critique, voy. la contribution de F. Peeraer et S. Stijns ci-après, qui doutent de l’opportunité de prononcer la nullité lorsque les prestations ont déjà été exécutées et qu’elles ne peuvent facilement être restituées (§§24-25). [↑](#footnote-ref-33)
34. Article 5, §9 de l’arrêté du 4 septembre 2003 du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale déterminant les exigences élémentaires en matière de sécurité, de salubrité et d'équipement des logements (*M.B.*,

    19 septembre 2003). [↑](#footnote-ref-34)
35. Voy. notamment l’article 89, §1er, alinéa 1er, ancien du Code wallon de l’aménagement du territoire, de l’urbanisme et du patrimoine. [↑](#footnote-ref-35)
36. Il ne s’agit pas d’un cas d’école : voy. Cass., 6 février 2009, *Pas*., I, liv. 2, n°358, dans lequel la Cour met à néant l’arrêt qui rejette une demande d’annulation d’un contrat de vente, les juges d’appel ayant méconnu « l'autorité de chose jugée erga omnes et l'effet rétroactif » de la décision d'annulation, par le Conseil d’Etat du permis de lotir. [↑](#footnote-ref-36)
37. Article 1er, 1°, e) de l’arrêté royal du 29 janvier 2007 relatif à la capacité professionnelle pour l'exercice des activités indépendantes dans les métiers de la construction et de l'électrotechnique, ainsi que de l'entreprise générale (*M.B*., 27 février 2007). [↑](#footnote-ref-37)
38. Voy. ci-après la contribution de S. Vanvrekom et A. Leleux. [↑](#footnote-ref-38)
39. Voy. notamment l’article 4 de l’arrêté du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics (*M.B*., 26 janvier 1996). [↑](#footnote-ref-39)
40. Voy. notamment, dans cet ouvrage, les contributions de J. Van Zuylen et J. Thiry, de N. Bernard et L. Debroux et de F. Peeraer et S. Stijns. [↑](#footnote-ref-40)
41. Qui ne constitue certes pas un principe général de droit (Cass., 8 juin 2000, *Pas*., I, n°349). [↑](#footnote-ref-41)
42. J.-Fr. Romain, « Le principe Accessorium sequitur principale, les accessoires juridiques immobiliers sous la forme de certificats 1 et le droit de la vente (obligation de délivrance documentaire) », *Revue pratique de l’immobilier*, 2/2012, p. 39. En ce qui concerne le régime particulier des sociétés, voy. ci-après la contribution de G. De Pierpont et de H. Culot. [↑](#footnote-ref-42)
43. Le texte parle, de façon impropre, de résiliation. [↑](#footnote-ref-43)
44. Il devrait bientôt être suivi par les législateurs wallon et bruxellois (voy. ci-après la contribution de N. Bernard et L. Debroux, §§28-29). [↑](#footnote-ref-44)
45. Dans le même sens, voy. M. Dambre, « Hoe nuttig is nietig? Bedenkingen bij de nietigverklaring van een huurcontract wegens een inbreuk op gewestelijke kwaliteitsnormen », *J.J.P.*, 2008/3-4, p. 122. La Cour constitutionnelle a également considéré que le Code du logement wallon, en ce qu’il ne prévoit que des sanctions de nature administrative et pénale, ne règle « que les rapports entre le bailleur et l'autorité publique » et il ne peut « en être déduit que l'article 2, alinéa 4, de la loi du 20 février 1991 aurait été modifié, fût-ce implicitement, par le législateur décrétal wallon » (C. const., 14 mai 2003, *J.T.,* 2003, pp. 681-682, point B.3). [↑](#footnote-ref-45)
46. Voy., en ce sens, J.P. Etterbeek, 22 juin 2009, *J.J.P.,* 2011, p. 397 (et la note critique de V. Defraiteur). [↑](#footnote-ref-46)
47. Dans un arrêt du 25 mars 2011, la Cour de cassation a admis qu’il puisse être renoncé à une nullité prévue par le décret flamand en matière d’attestation du sol, qu’elle a qualifiée de relative, en dehors des formalités prévues par le législateur (*Pas.*, 2011, p. 891). [↑](#footnote-ref-47)
48. Il l’était encore davantage dans la loi précédente (voy. M. Vanderstraeten, « Ordre et désordre publics : le sort du contrat conclu en violation des règles d’attribution des marchés publics », in *Chronique des Marchés Publics 2015-2016*, Bruxelles, EBP Consulting, 2016, p. 925). [↑](#footnote-ref-48)
49. Voy. notamment les articles 21 et 30, alinéa 3 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services (*M.B*., 21 juin 2013). Sur les éventuels problèmes de constitutionnalité posés par ces dispositions, voy. E. Thibaut, « La protection juridictionnelle dans le contentieux des marchés publics », in *La réforme des marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 270-271. [↑](#footnote-ref-49)
50. Sur la question, voy. M. Vanderstraeten, « Déclaration d'absence d'effets versus sécurité juridique des contrats : un équilibre européen », *J.T*., 2015/8, n° 6594, pp. 200-203 et les références citées. Dans un arrêt Fastweb du 11 septembre 2014, la Cour de justice a considéré que l’article 2 quinquies, paragraphe 4, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l’application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux exclut qu’un marché passé sans publication préalable d’un avis de marché au Journal officiel de l’Union européenne alors que cela n’était pas autorisé en vertu de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, cette disposition exclut que ce marché soit déclaré dépourvu d’effets lorsque les conditions énoncées à ladite disposition sont remplies (EU:C:2014:2194). [↑](#footnote-ref-50)
51. Voy. également les autres techniques évoquées par P. Wéry, notamment la confimation des nullités relatives, la réfection et la théorie des nullités virtuelles sur laquelle nous reviendons (« La régularisation d’un contrat entaché d’une cause de nullité », note sous Liège, 23 décembre 2014, *J.L.M.B.*, 2016, pp. 298-300). [↑](#footnote-ref-51)
52. Sur ces techniques, voy. la contribution de J.-F. Germain et Y. Ninane. Voy. également la solution proposée par F. Peeraer et S. Stijns dans leur contribution. [↑](#footnote-ref-52)
53. Cass., 22 septembre 2008, *Pas*., 2008, n°491 ; Cass., 2 avril 2015, *Pas*., 2015/4, p. 908. [↑](#footnote-ref-53)
54. P. Wéry la définit comme la technique consistant « à valider un acte affecté d’une cause de nullité en lui apportant l’élément qui lui manque », le contrat se trouvant « ainsi purgé, à l’égard de tous, du défaut qui affecte sa validité » (« La régularisation d’un contrat entaché d’une cause de nullité », *op. cit.*, p. 296). [↑](#footnote-ref-54)
55. P. Van Ommeslaghe, *Traité de droit civil belge (De Page)*, *op. cit.*, t. II, vol. 3, p. 981. [↑](#footnote-ref-55)
56. Liège (14e ch.), 23 décembre 2014, *J.L.M.B.*, 2016, p. 292 et note P. Wéry. [↑](#footnote-ref-56)
57. P. Wéry, « La régularisation d’un contrat entaché d’une cause de nullité », *op. cit.*, p. 298. [↑](#footnote-ref-57)
58. Liège (14e ch.), 23 décembre 2014, *J.L.M.B.*, 2016, p. 292 et note P. Wéry. [↑](#footnote-ref-58)
59. P. Wéry, « La régularisation d’un contrat entaché d’une cause de nullité », *op. cit.*, p. 300. [↑](#footnote-ref-59)
60. A. Posez relève ainsi que « (p)eu de thèses dans l’histoire de la doctrine juridique française ont connu la notoriété qui s’attache encore aujourd’hui à la thèse de René Japiot » (« La théorie des nullités. Le centenaire d’une mystification », *R.T.D.civ*., 2011, p. 658). [↑](#footnote-ref-60)
61. Cl. Renard et E. Vieuxjean, « Nullité, inexistence et annulabilité en Droit civil belge », *Rev. Fac. Dr. Liège*, 1962, pp. 244-250. [↑](#footnote-ref-61)
62. P. Van Ommeslaghe, *Traité de droit civil belge (De Page)*, *op. cit.*, vol. 2, p. 970 ; M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, Paris, P.U.F., 2004, p. 396. [↑](#footnote-ref-62)
63. Cl. Renard et E. Vieuxjean, « Nullité, inexistence et annulabilité en Droit civil belge », *op. cit.*, pp. 253-254. [↑](#footnote-ref-63)
64. R. Jafferali, *La rétroactivité dans le contrat. Etude d’une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d’égalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 174. [↑](#footnote-ref-64)
65. R. Japiot, *Des nullités en matière d’actes juridiques. Essai d’une théorie nouvelle*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1909, pp. 284-293. [↑](#footnote-ref-65)
66. A. Posez, « La théorie des nullités. Le centenaire d’une mystification », *op. cit.*, pp. 648-653. [↑](#footnote-ref-66)
67. *Ibidem*, pp. 653-654. [↑](#footnote-ref-67)
68. R. Japiot, *Des nullités en matière d’actes juridiques. Essai d’une théorie nouvelle*, *op. cit.*, p. 176. [↑](#footnote-ref-68)
69. *Ibid*., pp. 13 et 166-167. [↑](#footnote-ref-69)
70. *R.P.D.B*., t. IX, v° nullité, p. 6. [↑](#footnote-ref-70)
71. Cl. Renard et E. Vieuxjean, « Nullité, inexistence et annulabilité en Droit civil belge », *op. cit.*, p. 265. Dans le même sens, et plus récemment, H. Jacquemin résume les « deux principes de base sur lesquels repose la théorie des nullités et qui conditionnent son régime : les objectifs poursuivis par la règle violée, d’une part, le milieu dans lequel opère la sanction, d’autre part » (*Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 450). [↑](#footnote-ref-71)
72. M. Coipel, *Eléments de théorie générale des contrats*, *op. cit.*, p. 62. Dans le même sens, voy. J. Van Zuylen, « L’ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux », in *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, P. Wéry (coord.), Anthémis, C.U.P., vol. n°129, pp. 133-134. [↑](#footnote-ref-72)
73. Sur la question, voy. notamment J.-Fr. Romain et al., *L’ordre public. Concept et applications*, Les conférences du Centre de Droit Privé et de Droit Économique, Volume 3. Collection de la Faculté de Droit de l’Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 1995. [↑](#footnote-ref-73)
74. H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, t. I, p. 111, n°91. [↑](#footnote-ref-74)
75. Cass., 9 décembre 1948, *Pas*., I, p. 699. [↑](#footnote-ref-75)
76. Voy. notamment Cass., 10 mars 1994, *Pas*., I, n°114 ; 13 décembre 2002, *Pas*., I, n° 671 ; Cass., 29 novembre 2007, *Pas*., I, liv. 11, n°2154 ; Cass., 29 avril 2011, *Pas*., I, n°1203 ; Cass., 10 septembre 2015, *T.B.O.*, 2016, liv. 2, p. 131 ; [↑](#footnote-ref-76)
77. Sur la question, voy. J. Van Zuylen, « L’ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux », *op. cit.*, p. 93. [↑](#footnote-ref-77)
78. H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, t. I, p. 111, n°91. [↑](#footnote-ref-78)
79. P. Van Ommeslaghe, *Traité de droit civil belge (De Page)*, *op. cit.*, vol. 1, p. 366. [↑](#footnote-ref-79)
80. Conclusions du procureur général Terlinden avant Cass., 12 mai 1922, *Pas*., I, p. 296. [↑](#footnote-ref-80)
81. H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil*, *op. cit.,* t. I, p. 118 ; P. Wéry, *Droit des obligations*, *op. cit.*, vol. 1, p. 300 ; P. Van Ommeslaghe, *Traité de droit civil belge (De Page)*, *op. cit.*, vol. 1, pp. 365-366. [↑](#footnote-ref-81)
82. J.P. Ixelles (2ème canton), 22 avril 1998, *Act. Jur. Baux*, 1999, p. 108. La Cour de cassation paraît plus prudente lorsqu’elle affirme que « les dispositions du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine du 14 mai 1984 *dont l'arrêt fait application* sont d'ordre public » (Cass., 19 septembre 2002, *Pas*., I, p. 1687, nous soulignons). P.-Y. Erneux, et M. von Kuegelgen estiment pour leur part que les obligations d’information issues du droit de l’urbanisme sont impératives et ne relèvent pas de l’ordre public (« La singularité de la vente immobilière à l'aune des contraintes issues du droit administratif ou vers un indispensable retour aux sources du droit des contrats », *Jurim Pratique*, 2014/2, p. 213). [↑](#footnote-ref-82)
83. Bruxelles, 23 novembre 2011, *T.B.P*., 2012, p. 563 et note F. Vandendriessche et L. Martens. Voy. également les références citées dans K. Wauters et Th. Cambier, « Illégalité de l’acte détachable : quels sont les effets une fois le contrat conclu ? », in *Le temps et le droit Hommage au professeur Closset-Marchal*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 619-620 ; M. Vanderstraeten, « Ordre et désordre publics : le sort du contrat conclu en violation des règles d’attribution des marchés publics », *op. cit.*, p. 936. Un arrêt du 29 juin 2012 pourrait suggérer que cette position est partagée par la Cour de cassation mais, par son caractère peu explicite, cette conclusion ne peut être émise qu’avec réserve (voy. Cass., 29 juin 2012, *A.P.T*., 2013, p. 120 et note B. Lombaert). [↑](#footnote-ref-83)
84. F. Belleflamme, « L’annulation de la décision d’attribution d’un contrat administratif et ses conséquences civiles », *A.P.T.*, 2011, p. 269, note 49 ; F. Vandendriessche et L. Martens, « Kan iedere overeenkomst gesloten in strijd met de wetgeving overheidsopdrachten dan toch nietig worden verklaard ? », note sous Bruxelles, 23 novembre 2011, *T.B.P*., 2012, livr. 9, pp. 565-570 ; M. Vanderstraeten, « Ordre et désordre publics : le sort du contrat conclu en violation des règles d’attribution des marchés publics », *op. cit*., p. 936, note 2112 in fine ; voy. également les références citées par B. Lombaert, « La réglementation des marchés publics : ‘loi d'ordre public’ en cassation ? », *A.P.T*., 2013/1, p. 124. [↑](#footnote-ref-84)
85. Voy. notamment C.E., arrêt n°200.246 du 29 janvier 2010 et les arrêts cités par K. Wauters et Th. Cambier, « Illégalité de l’acte détachable : quels sont les effets une fois le contrat conclu ? », *op. cit.*, note 55. Selon ces auteurs, cependant, il n’est pas certain que la notion d’ordre public en droit administratif et en droit civil se recoupent totalement (*Ibid*., p. 619). [↑](#footnote-ref-85)
86. A titre d’exemple, l’article 3 de l’arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics (*M.B*., 18 octobre 1996) prévoyait une liste de dispositions auxquelles il pouvait être dérogé dans le cahier spécial des charges. [↑](#footnote-ref-86)
87. Voy. les références citées ci-après dans la contribution de N. Bernard et L. Debroux (§14). [↑](#footnote-ref-87)
88. Cass., 10 mai 2012, *Pas*., I, p. 1059. [↑](#footnote-ref-88)
89. En ce sens, voy. M. Dambre, « Hoe nuttig is nietig? Bedenkingen bij de nietigverklaring van een huurcontract wegens een inbreuk op gewestelijke kwaliteitsnormen », *op. cit.*, p. 119. [↑](#footnote-ref-89)
90. Sur cette question, voy. la contribution de N. Bernard et L. Debroux (§8). Voy. également ci-après, §27. [↑](#footnote-ref-90)
91. J.P. Ixelles (2ème canton), 22 avril 1998, *Act. Jur. Baux*, 1999, p. 108 ; civ. Bruxelles (16ème chambre), 30 juin 2011, *J.L.M.B*., 2012/40, p. 1892. [↑](#footnote-ref-91)
92. M. Delnoy, « Licéité des baux au regard de la police de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme », *Act. jur. baux*, 1999, p. 98. Voy. également les références citées par N. Bernard, « La validité du contrat de bail portant sur un bien dépourvu de certificat de performance énergétique? Une comparaison avec les règles de salubrité », *R.G.D.C*., 2012, p. 364. [↑](#footnote-ref-92)
93. H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, t. II, pp. 749-750, n°780 et les exemples cités (la loi pénale poursuit l’usurier et pas l’usure, le délit habituel n’entraîne pas l’illicéité d’un fait isolé, etc.). [↑](#footnote-ref-93)
94. Voy. notamment P. Van Ommeslaghe, *Traité de droit civil belge (De Page)*, *op. cit.*, vol. 3, p. 968 et les exemples cités en matière de droit du travail ; J. Van Zuylen, « L’ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux », *op. cit.*, pp. 101 et 108 et les références citées. [↑](#footnote-ref-94)
95. Cass., 22 janvier 2016, RG n°14.0410.F/3, www.juridat.be. [↑](#footnote-ref-95)
96. Cass., 6 septembre 2006, *Pas*., I, n°1639. [↑](#footnote-ref-96)
97. En ce sens, voy. I. Claeys, « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », in *Sancties en nietigheden*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 293, n°35 : « Er is immers een onderscheid tussen de strafwet zelf die van openbare orde is, en de strafrechtelijk gesanctioneerde rechtsregel die van louter dwingend recht kan zijn ». [↑](#footnote-ref-97)
98. J.-Fr. Romain, « Le principe Accessorium sequitur principale, les accessoires juridiques immobiliers sous la forme de certificats 1 et le droit de la vente (obligation de délivrance documentaire) », *op. cit.*, p. 36. [↑](#footnote-ref-98)
99. Cass. (1re ch.), 13 janvier 2011, *Pas.*, 2011, p. 140, n° 31. [↑](#footnote-ref-99)
100. Dans le même sens, voy. J.-Fr. Romain, « Le principe Accessorium sequitur principale, les accessoires juridiques immobiliers sous la forme de certificats 1 et le droit de la vente (obligation de délivrance documentaire) », *op. cit.*, pp. 40-41 : « Il y aura lieu d’analyser chaque espèce, chaque contexte, pour dégager une sanction proportionnée à la situation ». [↑](#footnote-ref-100)
101. Civ. Bruxelles (75ème ch.), 23 décembre 2014, RG 2012/4812/A (inédit). [↑](#footnote-ref-101)
102. Ces mécanismes sont expliqués plus en détail dans la contribution de N. Bernard et L. Debroux (§8). [↑](#footnote-ref-102)
103. Dans un sens comparable mais en matière de disposition impérative, la Cour de cassation a considéré que le non-respect de certaines formalités prévues par la loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages « *peut* entraîner une nullité relative que le juge *apprécie* selon la *gravité de l'atteinte*» portée aux intérêts du voyageur (Cass., 26 mai 2006, *R.G.D.C*., 2007, p. 479 (nous soulignons)). [↑](#footnote-ref-103)
104. P. Van Ommeslaghe, *Traité de droit civil belge (De Page)*, *op. cit.*, vol. 1, pp. 362 et 371. [↑](#footnote-ref-104)
105. P. Wéry, *Droit des obligations*, *op. cit.*, vol. 1, p. 319. [↑](#footnote-ref-105)
106. Dans le même sens, voy. M. von Kuegelgen, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », in *Les obligations contractuelles*, P.-A. Foriers (dir.), Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, p. 609 ; T. Tanghe, « De rechter kan een overeenkomst niet ambtshalve vernietigen », note sous Cass., 28 septembre 2012, *T.B.B.R*., 2013, p. 236 ; R. Hardy, « Le juge doit-il soulever d’office la nullité relative d’un contrat, d’une clause contractuelle ou d’un acte ? », *op. cit.*, p. 601 ; K. Wauters et Th. Cambier, « Illégalité de l’acte détachable: quels sont les effets une fois le contrat conclu ? », *op. cit.*, p. 616 ; A. Delvaux et B. De Cocqueau, « L’ordre public en droit de la construction: un concept aux multiples ramifications », *Droit de la construction*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016, p. 16. [↑](#footnote-ref-106)
107. M. Dupont, « Nullité absolue et nullité relative », *op. cit.*, p. 59. [↑](#footnote-ref-107)
108. Liège, 3 février 1999, *R.G.D.C*., 2001, p. 559 : « Si le juge est tenu de prononcer la nullité d'un contrat contraire à l'ordre public ou, à tout le moins, d'en refuser l'exécution, soit à la demande d'une partie, soit d'office, il conserve, au niveau des restitutions éventuelles et à propos de l'application de l'adage in pari causa turpitudinis cessat repetitio, un véritable pouvoir d'appréciation ». La nuance apportée par la Cour d’appel est importante du point de vue du respect du principe dispositif (cfr. ci-après, §29). [↑](#footnote-ref-108)
109. H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, t. II, p. 761, n°789. [↑](#footnote-ref-109)
110. Cl. Renard et E. Vieuxjean, « Nullité, inexistence et annulabilité en Droit civil belge », *op. cit.*, p. 280. [↑](#footnote-ref-110)
111. V. Bastiaen et G. Thoreau, « Les nullités en droit civil », in *Les nullités en droit belge. Sanction du vice et conséquences*, Actes du colloque organisé le 7 juin 1991 par la Conférence Libre du Jeune Barreau de Liège, Liège, éd. Jeune barreau, 1991, p. 80. [↑](#footnote-ref-111)
112. J.-B. Perrin, *Traité des nullités de droit, en matière civile*, Lons-Le-Saunier, Imprimerie De Gauthier Neveu, 1816, p. 53. Plus récemment, voy. H. Jacquemin, « La nullité comme sanction de l’inobservation du formalisme contractuel », in *La nullité des contrats*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2006, CUP, n°88, p. 119. En France, voy. M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 396 (« (…) lorsque la nullité touche à l’ordre public, le juge a le pouvoir de la soulever d’office (…) »). [↑](#footnote-ref-112)
113. Voy. notamment Cass., 14 avril 2005, *J.T*., 2005, p. 659 et note J. Van Compernolle ; *J.L.M.B*., 2005, p. 856 et note G. de Leval ; Cass., 9 mai 2008, *J.T*., 2008, p. 721 ; Cass., 4 mars 2013, *Pas*., I, n°526. Cette obligation se transforme en faculté en ce qui concerne les faits « adventices » du dossier ou « simplement allégués » (sur la question, voy. notamment J.-Fr. Van Drooghenbroeck, « Chronique de l'office du juge », note sous Cass., 13 mars 2013, *J.L.M.B*., 25/2013, p. 1307). [↑](#footnote-ref-113)
114. Cass., 28 septembre 2012, *J.T*., 2013, p. 497. [↑](#footnote-ref-114)
115. Cass., 8 janvier 2014, *J.T*., 2015, p. 447. [↑](#footnote-ref-115)
116. H. Motulsky, « La cause de la demande dans la délimitation de l’office du juge », *Chron. Dalloz*, 1964, p. 244. [↑](#footnote-ref-116)
117. Fr. Rigaux, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, pp. 54-58. [↑](#footnote-ref-117)
118. J.-Fr. van Drooghenbroeck, *Cassation et juridiction - Iura dicit Curia*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2004, p. 423. [↑](#footnote-ref-118)
119. Cass., 28 septembre 2012, *J.T*., 2013, p. 497 ; *T.B.B.R*., 2013, p. 235 et note T. Tanghe. [↑](#footnote-ref-119)
120. Cass., 28 septembre 2012, *J.T*., 2013, p. 497 ; *T.B.B.R*., 2013, p. 235 et note T. Tanghe. Voy. déjà Cass., 21 juin 2001, *Arr. Cass*., 2001, p. 1254 (la Cour de cassation casse un arrêt qui annule un mariage alors que cela n’avait été demandé ni par les parties, ni par le ministère public : « Attendu qu'en annulant le mariage contracté par les demandeurs, les juges d'appel modifient l'objet de la demande et, par conséquent, violent le principe général du droit relatif à l'autonomie des parties au procès »). Voy. le commentaire approbateur de J.-Fr. Van Drooghenbroeck (« L’office juridictionnel du juge belge », in *L’office du juge. Etude de droit comparé*, C. Chainais, B. Hess, A. Saletti et J.-Fr. van Drooghenrboeck (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2017, à paraître). [↑](#footnote-ref-120)
121. R. Japiot, *Des nullités en matière d’actes juridiques. Essai d’une théorie nouvelle*, *op. cit.*, pp. 168-177. [↑](#footnote-ref-121)
122. Cl. Renard et E. Vieuxjean, « Nullité, inexistence et annulabilité en Droit civil belge », *op. cit.*, p. 265. Voy. déjà, dans le même sens, le *Répertoire pratique de droit belge* (*op. cit*., p. 19). [↑](#footnote-ref-122)
123. M. von Kuegelgen, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », *op. cit.*, p. 610. [↑](#footnote-ref-123)
124. Cl. Renard et E. Vieuxjean, « Nullité, inexistence et annulabilité en Droit civil belge », *op. cit.*, pp. 253-254. [↑](#footnote-ref-124)
125. C’est en ce sens que H. Jacquemin préfère parler de nullité « prétorienne » plutôt que « virtuelle » (*Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, *op. cit.*, p. 449). [↑](#footnote-ref-125)
126. R. Japiot, *Des nullités en matière d’actes juridiques. Essai d’une théorie nouvelle*, *op. cit.*, p. 41. [↑](#footnote-ref-126)
127. H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.,* t. II, p. 758, n°785. [↑](#footnote-ref-127)
128. *R.P.D.B*. v° nullité, p. 6. [↑](#footnote-ref-128)
129. Cl. Renard et E. Vieuxjean, « Nullité, inexistence et annulabilité en Droit civil belge », *op. cit.*, p. 268. [↑](#footnote-ref-129)
130. V. Bastiaen et G. Thoreau, « Les nullités en droit civil », *op. cit.*, p. 37. Cet adage conserve toute son actualité en droit judiciaire ou en droit pénal. [↑](#footnote-ref-130)
131. P. Van Ommeslaghe, *Traité de droit civil belge (De Page)*, *op. cit.*, vol. 3, pp. 966-967. [↑](#footnote-ref-131)
132. J. Hansenne, *Introduction au droit privé*, Kluwer, 2000, p. 341. Dans le même sens, voy. M. von Kuegelgen, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », *op. cit.*, p. 609. Cet auteur limite toutefois, sans s’en expliquer, le pouvoir d’appréciation du juge aux règles protégeant des intérêts privés. Voy. ci-après, §33. [↑](#footnote-ref-132)
133. Dans le même sens, voy. R. Japiot, *Des nullités en matière d’actes juridiques. Essai d’une théorie nouvelle*, *op. cit.*, p. 176 : « Il y a des intérêts en lutte entre lesquels on ne saurait justement décider sans s’inspirer de cette direction que l’on connaît sous le nom de principe de l’équilibre des intérêts en présence ». [↑](#footnote-ref-133)
134. P. Wéry, « La nullité des contrats d’organisation de voyages et d’intermédiaire de voyages pour méconnaissance des formalités légales », note sous Cass., 26 mai 2006, *R.G.D.C*., 2007, p. 482. [↑](#footnote-ref-134)
135. Voy. ci-avant, note 103. Sur cette question, voy. également la contribution de F. Peeraer et S. Stijns ci-après. [↑](#footnote-ref-135)
136. P. Wéry, « La régularisation d’un contrat entaché d’une cause de nullité », note sous Liège (14e ch.), 23 décembre 2014, *J.L.M.B.*, 2016, pp. 298-300. [↑](#footnote-ref-136)
137. En ce sens, voy. M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 393 : « Au contraire, dans un système de nullités virtuelles, les juges *peuvent* annuler un acte même sans texte exprès en ce sens. En droit des contrats, des dispositions comme l’article 6 du Code civil sont *si larges* qu’elles *permettent* aux juges de prononcer la nullité d’un contrat même sans texte spécifique. Les juges ne sont *à l’inverse liés* que si un texte spécial prévoit expressément la nullité du contrat conclu en contravention de certaines dispositions (…) » (nous soulignons). Voy. également J. Hansenne, *Introduction au droit privé*, *op. cit.*, pp. 341-342 qui estime que le pouvoir du juge d’apprécier si l’importance de la règle mérite la sanction de la nullité ne dépend pas du « caractère absolu ou relatif de la nullité ». [↑](#footnote-ref-137)
138. A. Posez, « La théorie des nullités. Le centenaire d’une mystification », *op. cit.*, p. 667 ; V. Bastiaen et G. Thoreau, « Les nullités en droit civil », *op. cit.*, p. 78. [↑](#footnote-ref-138)
139. Voy. notamment les articles 4 de la loi du 27 juin 1969 relative à la sécurité sociale des travailleurs et 14 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail qui interdisent, dans certaines circonstances, aux employeurs de se prévaloir de la nullité (même absolue) du contrat de travail. [↑](#footnote-ref-139)
140. Voy. les articles 20 et 22 de la loi précitée du 17 juin 2013 (ci-avant, note 48). [↑](#footnote-ref-140)
141. En ce qui concerne ces alternatives à la nullité, voy. ci-après la contribution de J.-Fr. Germain et Y. Ninane. [↑](#footnote-ref-141)
142. Voy. ci-avant, §14. [↑](#footnote-ref-142)
143. Nous avons, récemment, plaidé pour la consécration d’un principe général de confiance légitime en droit des obligations contractuelles (« Relation et confiance légitime ou la face cachée du contrat », *R.I.E.J*., 2016, vol. 76, pp. 97-118). [↑](#footnote-ref-143)
144. Voy. les articles 1110, 1111, 1113 et 1116 du Code civil. [↑](#footnote-ref-144)
145. Observons que les termes utilisés évoquent la sanction de l’inefficacité que F. Peeraer et S. Stijns appellent de leurs vœux dans leur contribution (sans viser, il est vrai, cette disposition). [↑](#footnote-ref-145)
146. O. Delogne, « Le contrat d'assurance incendie sous le prisme de la théorie de l'objet illicite : jurisprudence récente de la cour de cassation », *op. cit.*, n°14117 et les références citées ; M. Dupont, « Nullité absolue et nullité relative », *op. cit.*, p. 49. [↑](#footnote-ref-146)
147. P. Van Ommeslaghe, *Traité de droit civil belge (De Page)*, *op. cit.*, vol. 1, p. 357. [↑](#footnote-ref-147)
148. Cass., 28 novembre 2013, *Pas*., 2013, I, pp. 2399-2400. Voy. également Cass., 15 février 2016, RG n°C.14.0448.F/16, www. juridat.be. [↑](#footnote-ref-148)
149. F. Mourlon Beernaert, « La théorie de l'objet illicite à la lumière de la théorie (moderne) de la cause », note sous Cass., 8 avril 1999, *D.A.O.R*., 2000, p. 362. [↑](#footnote-ref-149)
150. Cass., 31 janvier 1944, *Pas*., 1944, I, p. 178 ; Cass., 3 octobre 1994, *Pas*., I, p. 788 ; B. Dubuisson, « Faute, illégalité et erreur d’appréciation en droit de la responsabilité civile », obs. sous Cass., 26 juin 1998, *R.C.J.B*., 2001, p. 33, n°7 ; Th. Léonard, « Faute extra-contractuelle et juridictions commerciales: principes et plaidoyer pour un retour à une vision unitaire de la faute », *R.D.C*., 2013, p. 958. [↑](#footnote-ref-150)
151. Selon le raisonnement proposé dans le chapitre II. [↑](#footnote-ref-151)
152. Pour une proposition similaire, mais en ce qui concerne les règles de droit impératif, voy. J. Van Zuylen, « L’ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux », *op. cit.*, p. 129. Sans pouvoir développer ce point pourtant important, il convient de souligner que plusieurs auteurs, auxquels nous nous rallions, défendent l’idée selon laquelle le juge pourrait, voire devrait (si l’application de ce moyen est commandée par les faits spécialement invoqués par une des parties au soutien de ses prétentions) soulever une cause de nullité relative sauf renonciation expresse ou certaine de la partie protégée à s’en prévaloir (voy. P. Wéry, *Droit des obligations*, *op. cit.*, vol. 1, p. 320 et les références citées ; R. Hardy, « Le juge doit-il soulever d’office la nullité relative d’un contrat, d’une clause contractuelle ou d’un acte ? », *op. cit.*, p. 601). Tel est déjà certainement le cas dans le domaine de la protection des consommateurs à la suite de la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne. [↑](#footnote-ref-152)
153. Pour une analyse plus approfondie des éléments auxquels le juge doit avoir égard, voy. la contribution de F. Peeraer et de S. Stijns ci-après (§§14-18). La volonté des parties de renoncer à se prévaloir de la nullité pourrait également être prise en considération, même si on enseigne traditionnellement que la nullité absolue ne peut être confirmée. [↑](#footnote-ref-153)
154. R. Japiot, *Des nullités en matière d’actes juridiques. Essai d’une théorie nouvelle*, *op. cit.*, p. 749. [↑](#footnote-ref-154)
155. *Ibidem*, pp. 760-763. Il est vrai qu’on s’éloigne ici de la règle énoncée par Caton : « Ce qui est nul dans son principe ne peut devenir valable par le laps de temps » (J.-B. Perrin, *Traité des nullités de droit, en matière civile*, *op. cit.*, p. 145 : « Les infractions à l'ordre public étant fort dangereuses et laissant toujours des traces, on n'a pas dû laisser au temps seul la puissance de couvrir le vice »). [↑](#footnote-ref-155)
156. V. Bastiaen et G. Thoreau, « Les nullités en droit civil », *op. cit.*, p. 89 et les références citées. Dans leur ouvrage sur la formation du contrat, J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet rappellent la thèse de René Japiot mais hésitent toutefois à s’y rallier (*La formation du contrat,* t. 2, Paris, L.G.D.J ., 2013, 4ème éd., p. 1158 et s.). [↑](#footnote-ref-156)
157. R. Jafferali, *La rétroactivité dans le contrat. Etude d’une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d’égalité*, *op. cit.*, p. 170 et les références citées. [↑](#footnote-ref-157)
158. Liège, 12 mai 2009, attaqué mais sans succès devant la Cour de cassation (Cass. (1re ch.), 24 février 2011, *R.C.J.B.*, 2014, p. 5). [↑](#footnote-ref-158)
159. Voy. notamment K. Wauters et Th. Cambier, « Illégalité de l’acte détachable : quels sont les effets une fois le contrat conclu ? », *op. cit.*, p. 618 : « L’éventuelle balance d’intérêts entre les exigences du service public et l’annulation du contrat devrait s’inscrire dans le cadre de la théorie civile des nullités ». [↑](#footnote-ref-159)
160. Voy. ci-avant, §13. Il ne s’agit pas d’une nullité *stricto sensu* mais d’une déclaration d’absence d’effets qui peut y être assimilée. [↑](#footnote-ref-160)
161. Le problème ne se posera pas en cas de réfection rétroactive d’un acte administratif illégal (sur la question, voy. F. Belleflamme, « L’annulation de la décision d’attribution d’un contrat administratif et ses conséquences civiles », *op. cit.*, p. 264). [↑](#footnote-ref-161)
162. H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, t. II, p. 758, n°785. [↑](#footnote-ref-162)