

## Section II

# Les rapports entre la loi (impérative, supplétive) et l'autonomie de la volonté

Jean VAN ZUYLEN

*Assistant aux Facultés universitaires Saint-Louis*

### Introduction

**404. Remarques introductives.** – Dans le cadre de ces travaux consacrés aux sources du droit, il convient de ménager une place de choix à la figure contractuelle<sup>1</sup>. Fruit d'un accord de volontés, le contrat est destiné à produire un certain nombre d'effets juridiques. Si les prescriptions légales s'apparentent essentiellement à du droit imposé – surtout lorsqu'il est question de règles impératives ou d'ordre public –, le contrat, en revanche, illustre de manière symptomatique le concept de droit « négocié ». Les stipulations qui jaillissent directement de la base – des sujets de droit – sont néanmoins inéluctablement vouées à rencontrer les dispositions qui émanent d'en haut, c'est-à-dire du législateur<sup>2</sup>. La présente contribution ambitionne d'examiner les interactions entre ces deux foyers créateurs de droit. Il s'agit, en somme, d'analyser le rapport convention-loi.

À la lecture de l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, il apparaît, d'emblée, que le processus contractuel est relié à la loi : « les conventions *légalement formées* tiennent lieu de *loi* à ceux qui les ont faites »<sup>3</sup>. Cette disposition qui constitue le siège du principe *pacta sunt servanda* traduit le rôle essentiel de la loi – tantôt comme adjuvant, tantôt comme garde-fou – dans la réalisation du vœu « que nos volontés soient faites ».

---

<sup>1</sup> Cf., dans le présent ouvrage, la contribution de Catherine Delforge, « Le contrat aujourd'hui ».

<sup>2</sup> Cf., dans le présent ouvrage, la contribution de Patricia Popelier, « La loi aujourd'hui (le principe de légalité) ».

<sup>3</sup> Nous soulignons.

**405. Précisions terminologiques.** – Cette étude nous conduira à aborder les caractéristiques des normes supplétives, impératives et d'ordre public, ou, autrement dit, les différents « degrés » d'obligatorité de la loi. La notion de règle impérative présente toutefois une ambiguïté en ce sens qu'elle revêt deux acceptions distinctes. L'impérativité – au sens large – couvre toutes les dispositions auxquelles il n'est pas permis de déroger et qui font donc obstacle à l'autonomie de la volonté, par opposition aux lois supplétives qui ne sont contraignantes qu'à défaut de volonté contraire<sup>4</sup>. Il s'agit de la signification qui lui était conférée à l'origine, au départ de l'article 6 du Code civil<sup>5</sup>. Le droit impératif (au sens large) inclut donc l'ordre public et les bonnes mœurs. Cependant, l'œuvre prétorienne a progressivement confiné la notion d'impérativité dans un sens restreint qui l'oppose à l'ordre public (en sus de l'opposition avec les règles supplétives). La loi impérative protège, selon cette conception stricte, les intérêts privés de la partie « faible » tandis que l'ordre public concerne l'intérêt général.

Nous serons amenés à évoquer les deux acceptions de l'impérativité. Pour éviter toute confusion, nous indiquerons, au besoin, le sens dans lequel nous entendons ce terme.

**406. Plan de la contribution.** – Nos premiers développements seront consacrés à la recherche du fondement de la force obligatoire des conventions<sup>6</sup>. Dans la mesure où le dogme de l'autonomie de la volonté ne constitue plus une solution convaincante, nous exposerons les nouveaux jalons qui, à notre sens, soutiennent la force obligatoire du contrat. Dans cette perspective, il apparaîtra que les règles impératives au sens large s'allient aux dispositions supplétives (I). Dans un deuxième temps, notre étude se concentrera sur la distinction entre l'ordre public et le droit impératif (au sens strict). Il sera tout d'abord nécessaire de rappeler la conception classique et dichotomique de la relation entre ces deux notions, ainsi que ses répercussions en termes de sanctions : nullité absolue pour l'une, nullité relative pour l'autre. Nous constaterons que cette division trop tranchée doit être relativisée à l'aune de deux facteurs : d'une part, le juge est appelé à jouer un rôle nettement plus actif en cas de violation des règles impératives (et plus particulièrement dans

<sup>4</sup> MEEÛS (A.), « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », note sous Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 17 mars 1986, *R.C.J.B.*, 1988, p. 500, n<sup>o</sup> 3 ; VAN OEVELEN (A.), « Enkele knelpunten in het verbintenisrecht », *R.W.*, 2011-2012, p. 55, n<sup>o</sup> 3.

<sup>5</sup> « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

<sup>6</sup> Cf., plus généralement, sur la question de savoir si le contrat peut être considéré comme une source spécifique de droit, la contribution précitée de Catherine Delforge dans le présent ouvrage.

le droit de la consommation); d'autre part, la notion de renonciation (à un droit) doit faire l'objet d'une interprétation éminemment restrictive (II). Une dernière section abordera les diverses sanctions qui frappent les stipulations contractuelles contraires aux dispositions légales impératives ou d'ordre public: nullité (partielle), réduction, révision de la clause, clause réputée non écrite... L'élimination de l'illicite est protéiforme; elle doit apporter une réponse adéquate à l'endroit des manquements aux règles susmentionnées (III).

## **I. L'unité de l'ordre public, du droit impératif et du droit supplétif envisagée par le prisme de la force obligatoire des conventions ?**

L'édifice contractuel repose sur un certain nombre de piliers fondamentaux. Selon une opinion largement répandue, l'autonomie de la volonté figure au rang de ces dogmes structurant l'étude des conventions. L'on y rattache classiquement quatre autres principes, qui régissent le droit des contrats: la liberté contractuelle, la force obligatoire des conventions<sup>7</sup>, le consensualisme et la relativité des effets internes<sup>8</sup>.

Il convient, dans un premier temps, d'examiner la proposition classique selon laquelle l'autonomie de la volonté fonde la force obligatoire du contrat (A). Ces propos permettront également de reconsidérer la relation entre l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle. Si ces dernières perdent de leur vigueur, il s'agit de mettre en exergue le développement de principes plus récents (comme le principe d'exécution de bonne foi des conventions), axés autour des valeurs du juste et de l'utile, afin de proposer, dans un deuxième temps, un nouveau fondement à la force obligatoire des contrats (B). Sous cet angle, l'on constatera que les lois supplétives, impératives et d'ordre public travaillent de concert.

---

<sup>7</sup> Article 1134, al. 1<sup>er</sup>, du Code civil.

<sup>8</sup> Article 1165 du Code civil.

## A. L'impuissance de l'autonomie de la volonté à fonder la force obligatoire des conventions

**407. La conception classique : l'autonomie de la volonté comme fondement de la force obligatoire du contrat.** – L'autonomie de la volonté est souvent présentée comme la pierre angulaire du régime contractuel. Selon Pierre Van Ommeslaghe, ce principe suppose que « la libre volonté peut, en règle, dans tous les domaines, créer, modifier, transmettre ou éteindre des droits et des obligations »<sup>9</sup>. Cette formulation rappelle ce qui forme l'essence et l'originalité de la sphère contractuelle : les droits et les obligations qui résultent de la convention ont été volontairement – et librement ? – consentis. La volonté comme fondement et comme élément essentiel de la force obligatoire du contrat a longtemps été considérée comme l'un des axiomes du droit civil<sup>10</sup>. Le contrat serait l'œuvre du *mutuus consensus*, la rencontre de volontés souveraines qui, « indépendamment de la loi, en tant que source du droit unique et autonome »<sup>11</sup>, créent des effets juridiques et en déterminent le contenu. L'individu ne serait ainsi tenu que parce qu'il l'a voulu et dans la mesure où il l'a voulu<sup>12</sup>. Cette acception de l'autonomie de la volonté relève de la théorie philosophique volontariste et individualiste qui fut en vogue au XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>13</sup>. La formule d'autonomie de la volonté ne figure d'ailleurs pas dans le Code civil de 1804. Est-ce parce que le principe, ne se sentant pas contesté, n'eut pas besoin de se nommer pour s'affirmer<sup>14</sup> ? Il apparaît néanmoins que les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas consacré l'idée d'une volonté toute-puissante égale à la loi<sup>15</sup>. C'est seulement à partir de l'extrême fin du XIX<sup>e</sup> siècle que l'expression d'autonomie de la volonté fait

<sup>9</sup> VAN OMMESLAGHE (P.), *Droit des obligations*, vol. I, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 152, n° 79.

<sup>10</sup> RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, PUF, Paris, 1980, p. 71 et 72.

<sup>11</sup> GHESTIN (J.), *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., Paris, 1993, p. 27, n° 36.

<sup>12</sup> GHESTIN (J.), *ibid.*, p. 27, n° 36; WÉRY (P.), *Droit des obligations*, vol. 1, Théorie générale du contrat, Précis de la Fac. de droit de l'U.C.L., Larcier, Bruxelles, 2010, p. 108, n° 93 : « l'individu serait tenu *parce qu'il a voulu, par ce qu'il a voulu et comme il a voulu* » (souligné par l'auteur). La formule « dans la mesure où », utilisée par nous, fait écho à la définition de la volonté individuelle comme « mesure » des droits subjectifs (cf. RANOUIL (V.), *op. cit.*, 1980, p. 70 : « la volonté individuelle est la source et la mesure des droits subjectifs »).

<sup>13</sup> COIPEL (M.), *Éléments de théorie générale des contrats*, coll. « À la rencontre du droit », Kluwer-Story-Scientia, Diegem-Bruxelles, 1999, p. 26, n° 35.

<sup>14</sup> RANOUIL (V.), *op. cit.*, 1980, p. 78.

<sup>15</sup> PÉRÈS-DOURDOU (C.), *La règle supplétive*, L.G.D.J., Paris, 2004, p. 361, n° 386 : « Aussi de volonté souveraine, égale à la loi, il ne saurait être question pour les artisans du Code Napoléon [...]. L'étude des travaux préparatoires, qui ne font qu'exceptionnellement référence à la volonté, inviterait ainsi à réviser la version officielle de l'article 1134, al. 1<sup>er</sup> au profit d'une interprétation matérialiste de la nature humaine. Incapable d'une volonté suivie, l'homme n'y est qu'une mécanique d'intérêts et de penchants de sorte que la sécurité juridique exige qu'il soit "proprement ligoté", par l'autorité du droit objectif, à son engagement. »

son apparition dans la doctrine juridique. Certains auteurs l'ont invoquée en vue de réagir contre les réformes, empreintes des revendications sociales de l'époque, qui menaçaient les valeurs traditionnelles d'individualisme et de liberté; le concept d'autonomie de la volonté n'est, toutefois, utilisé par la majorité qu'afin de le cerner davantage et d'en dénoncer les excès.

**408. L'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle au cœur de la distinction entre l'ordre public, les règles impératives et le droit supplétif.** – Dans une thèse remarquable, Emmanuel Gounot formule les deux postulats fondamentaux sur lesquels repose la théorie de l'autonomie de la volonté, et dont la source relève, comme énoncé *supra*, de la philosophie volontariste: d'une part, « nul ne peut être engagé sans l'avoir voulu »<sup>16</sup> et, d'autre part, puisque « tout contrat libre est un contrat juste, quel qu'en soit par ailleurs le contenu »<sup>17</sup>, la volonté individuelle doit jouir de la liberté la plus complète<sup>18</sup>.

Les considérations qu'émet Henri de Page sur l'évolution du principe de l'autonomie de la volonté semblent s'inscrire dans la même veine. L'auteur explique que c'est *parce que l'individu est libre*<sup>19</sup> qu'il « a pour prérogative de pouvoir créer lui-même le droit dans ses relations contractuelles avec les autres individus (art. 1134) »<sup>20</sup>. Cette « autonomie » doit lui être reconnue car l'appréciation – libre – des intérêts en présence est « conforme aux intérêts de la collectivité »<sup>21</sup>. Et l'éminent auteur d'ajouter que « cette mise sur le pavois de la liberté individuelle [...], suppose d'ailleurs un autre postulat: celui de l'égalité absolue des contractants dans la discussion du contrat, seul susceptible d'assurer le jeu normal et judicieusement équilibré de l'autonomie de la volonté, créatrice de droit »<sup>22</sup>.

<sup>16</sup> GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Rousseau, Paris, 1912, p. 63; COIPEL (M.), « L'autonomie de la volonté: mythique ou en déclin? », *J.T.*, 2007, p. 331.

<sup>17</sup> GOUNOT (E.), *ibid.*, p. 76; GHESTIN (J.), *Traité de droit civil. La formation du contrat, op. cit.*, p. 27, n° 36.

<sup>18</sup> GOUNOT (E.), *ibid.*, p. 76: « en matière de contrats, les individus jouiront donc de l'autonomie la plus complète »; COIPEL (M.), *ibid.*, p. 331: « La volonté individuelle doit jouir d'une absolue liberté ». C'est nous qui soulignons.

<sup>19</sup> Nous soulignons.

<sup>20</sup> DE PAGE (H.), « Considérations sur l'évolution du principe de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle », *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, t. XXXVI, Palais des académies, Bruxelles, 1950, p. 583 (souligné par l'auteur).

<sup>21</sup> DE PAGE (H.), *ibid.*, p. 576.

<sup>22</sup> DE PAGE (H.), *ibid.*, p. 577 (souligné par l'auteur).

Les références à ces postulats, tirés de la philosophie du fondement volontaire des relations humaines, confèrent à la théorie de l'autonomie de la volonté des vertus explicatives<sup>23</sup>.

Le principe de l'autonomie de la volonté sert non seulement à expliquer et à justifier la force obligatoire du contrat, mais serait de plus à la base de plusieurs propositions fondatrices<sup>24</sup>. L'on retiendra tout d'abord celle selon laquelle « les lois de droit privé se divisent en deux groupes : les unes dominent les volontés individuelles [...], les autres, abandonnées à ces volontés, portent le nom de lois [...] supplétives »<sup>25</sup>. Par ailleurs, la liberté est posée comme valeur de principe : toute restriction à cette liberté ne peut être admise que de façon exceptionnelle<sup>26</sup>.

Il est évident que les dogmes de liberté et d'égalité des contractants ne résistent pas aux évolutions économiques et sociales : l'on remarque que, dans la réalité, les parties ne discutent pas sur un pied d'égalité et que beaucoup de stipulations contractuelles sont loin d'être librement consenties. C'est d'ailleurs ce constat qui a favorisé l'émergence des lois impératives protectrices des intérêts de la partie dite faible<sup>27</sup>. Ces législations impératives, *prenant acte du déséquilibre* entre les parties à certaines relations contractuelles, redessinent tout en nuance les potentialités de la liberté et enterrent définitivement le mythe du « tout est permis à de rares exceptions près ». La volonté n'est plus la seule apte à (s') obliger ; la théorie essuie ses premiers revers...

**409. L'autonomie de la volonté : un dogme en déclin ?** – Dans la mesure où les postulats d'égalité et de liberté s'effritent ou, du moins, sont sujets à critique<sup>28</sup>, il semble logique que la théorie de l'autonomie de la volonté, qui s'appuie sur lesdits principes, perde de ses vertus explicatives et soit dès lors impuissante à justifier la force obligatoire des conventions. Dans ces condi-

---

<sup>23</sup> COIPEL (M.), « L'autonomie de la volonté... », *op. cit.*, p. 331.

<sup>24</sup> Cf. GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé...*, *op. cit.*, p. 87 et s. Nous n'évoquons que les deux premières propositions.

<sup>25</sup> GOUNOT (E.), *ibid.*, p. 87.

<sup>26</sup> GOUNOT (E.), *ibid.*, p. 88 : « Il existe une présomption générale en faveur du deuxième groupe [à savoir les lois supplétives]. »

<sup>27</sup> DE PAGE (H.), « L'évolution du principe de l'autonomie de la volonté dans les lois des 30 avril 1951 sur les baux commerciaux et 7 juillet 1951 sur les baux à ferme », *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, t. XXXVII, Palais des académies, Bruxelles, 1951, p. 550.

<sup>28</sup> GOUNOT (E.), *op. cit.*, p. 345 et 346 : « "liberté de ma volonté", est-ce que cela ne veut pas dire : souveraineté de ma volonté d'hier sur mes actes d'hier et souveraineté de ma volonté d'aujourd'hui sur mes actes d'aujourd'hui ? De quel droit l'une empiéterait sur l'autre ? » En d'autres termes, une volonté réellement libre ne permettrait-elle pas de faire prévaloir la volonté présente, vivante sur la volonté passée et morte (GHESTIN (J.), « Réflexions sur la liberté contractuelle et l'ordre public », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 407, n° 4) ? Cet autre champ de critiques traduit les faiblesses et l'inconsistance de l'autonomie de la volonté.

tions, la théorie de l'autonomie de la volonté serait réduite, selon certains auteurs, à un « principe de droit positif synonyme de liberté contractuelle » qui ne présente plus d'intérêt particulier<sup>29</sup>. La définition de l'autonomie de la volonté proposée par Henri de Page atteste d'ailleurs ce « nivellement », en ce sens qu'elle correspond, en réalité, à la conception de la liberté contractuelle<sup>30</sup> <sup>31</sup>. L'exaltation de la volonté libre et souveraine – égale et concurrente à la loi – n'est plus tenable<sup>32</sup>. En l'état actuel du droit positif, l'autonomie de la volonté ne peut que faire pâlement écho à la liberté contractuelle : dans de justes limites, une certaine liberté – ou plutôt compétence<sup>33</sup> – est reconnue aux volontés individuelles dans l'organisation de leurs relations.

Le déclin de l'autonomie de la volonté est difficilement contestable : celle-ci étant réduite à la portion congrue, voire appréhendée comme « un mythe à ranger au placard »<sup>34</sup>, il est vain de chercher dans la « volonté libre » le fondement de la force obligatoire du contrat<sup>35</sup>. Dans sa remarquable thèse, Emmanuel Gounot avait annoncé une piste de choix, de bon augure pour le développement plus récent du principe de bonne foi : « il faut absolument faire intervenir l'idée d'une nécessité sociale objective ou quelque principe supérieur de justice »<sup>36</sup>. Nul doute que le centre de gravité de la théorie générale des contrats penche désormais vers les principes de « l'utile » et du « juste », formalisés par Jacques Ghestin.

<sup>29</sup> COIPEL (M.), « L'autonomie de la volonté... », *op. cit.*, p. 331.

<sup>30</sup> DE PAGE (H.), *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3<sup>e</sup> éd., Bruylant, Bruxelles, 1964, p. 437, n° 462 ; l'auteur donne la définition suivante : « Par "autonomie de la volonté", on doit entendre [...] le pouvoir qu'ont les volontés particulières de régler elles-mêmes toutes les conditions et modalités de leurs engagements, de décider seules, et sans tutelle légale de la matière et de la portée de leurs conventions, en un mot, de donner à celles-ci, le contenu, l'objet qu'elles estiment convenable et qu'il leur est loisible de déterminer en toute liberté, en s'inspirant de leurs seuls intérêts respectifs, sous l'unique garantie de leurs consentements réciproques, valablement échangés. » Cf. WÉRY (P.), *Droit des obligations, op. cit.*, p. 111, note 508.

<sup>31</sup> Pierre Van Ommeslaghe ne renseigne pas la « liberté contractuelle » comme l'un des « principes fondamentaux du régime contractuel ». Le principe de liberté contractuelle se trouve toutefois englobé – voire dissous – dans les développements consacrés à l'autonomie de la volonté : dans un paragraphe dédié aux conséquences de l'autonomie de la volonté, l'éminent juriste expose que « les parties sont donc libres en principe de conclure tout contrat, de déroger aux règles des contrats nommés, d'inventer de nouvelles formes contractuelles notamment en se fondant sur le droit commun des obligations, de contracter ou de ne pas contracter, de choisir librement leur contractant [...] » (VAN OMMESLAGHE (P.), *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, p. 155, n° 81).

<sup>32</sup> GHESTIN (J.), *Traité de droit civil. La formation du contrat, op. cit.*, p. 167, n° 186.

<sup>33</sup> GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé...*, *op. cit.*, 1912, p. 458 ; GHESTIN (J.), « Réflexions sur la liberté contractuelle et l'ordre public », *op. cit.*, p. 406, n° 2.

<sup>34</sup> COIPEL (M.), « L'autonomie de la volonté... », *op. cit.*, p. 331.

<sup>35</sup> Cf. GOUNOT (E.), *ibid.*, p. 346 ; GHESTIN (J.), *Traité de droit civil. La formation du contrat, op. cit.*, p. 167, n° 186 ; COIPEL (M.), *ibid.*, p. 331.

<sup>36</sup> GOUNOT (E.), *ibid.*, p. 346.

## B. Vers une relecture du rapport convention-loi

**410. La nécessaire conciliation de «l'utile» et du «juste» en droit des contrats.** – Étant donné que l'autonomie de la volonté ne constitue pas une base suffisamment solide pour justifier la force obligatoire des conventions, il convient de trouver un fondement autrement plus convaincant. La thèse de l'utile et du juste, conceptualisée par Jacques Ghestin, revêt, à cet égard, un certain intérêt: d'après l'auteur, «le législateur, conformément au droit objectif qui le dépasse, ne devrait sanctionner le contrat que parce qu'il est *utile* et à la condition qu'il soit *juste*»<sup>37</sup>. Le libre jeu des volontés ne permet pas (toujours) l'établissement de rapports contractuels justes – dotés d'un certain équilibre<sup>38</sup> – et socialement utiles<sup>39</sup>. Certes, les «libres volontés» ne sont pas totalement hors jeu, en ce sens qu'elles constituent «le moteur du contrat»<sup>40</sup> et demeurent essentielles à la naissance de cet outil fondamental dans l'organisation des relations sociales<sup>41</sup>. Toutefois, la reconnaissance des effets juridiques produits par la convention est subordonnée à l'intervention de la loi: le législateur canalise et restreint les initiatives individuelles par une réglementation impérative là où il apparaît «qu'elle [*la liberté contractuelle*] n'ajuste pas les intérêts particuliers entre eux ou ne les coordonne pas à l'intérêt général»<sup>42</sup>.

Dans le modèle théorique prôné par Jacques Ghestin, les valeurs d'utilité sociale et de justice contractuelle s'articulent autour des notions d'ordre public de direction et d'ordre public de protection<sup>43</sup>. L'on assigne notamment au premier l'objectif d'organiser – diriger – rationnellement l'économie<sup>44</sup>; le second s'attaque aux injustices individuelles et tend à protéger les contractants en état d'infériorité. Cette dualité de l'ordre public français correspond à la distinction – en droit belge – entre l'ordre public et le droit impératif

<sup>37</sup> GHESTIN (J.), *Traité de droit civil. La formation du contrat*, op. cit., p. 203, n° 226 (nous soulignons).

<sup>38</sup> FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), *Les obligations*, vol. 1: L'acte juridique, *addendum*, Armand Colin, Paris, 1984, p. 80, n° 114.

<sup>39</sup> La libre volonté est considérée comme le meilleur moyen pour établir des relations contractuelles socialement les plus utiles, « car la loi de l'offre et de la demande répond à l'intérêt général, en assurant spontanément la prospérité et l'équilibre économique » (cf. MONTERO (E.) et DEMOULIN (M.), « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804: un régime en mouvement sous une lettre figée », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, WÉRY (P.) dir., La Chartre, Bruxelles, p. 61, n° 5).

<sup>40</sup> GHESTIN (J.), « Réflexions sur la liberté contractuelle et l'ordre public », op. cit., p. 409, n° 6.

<sup>41</sup> Cf. GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé...*, op. cit., 1912, p. 351: « Le contrat n'est qu'un *instrument* de la vie sociale, le moyen naturel de la satisfaction réciproque des besoins humains. C'est de la fonction pratique qu'il remplit dans le monde que résulte sa force obligatoire » (souligné par l'auteur).

<sup>42</sup> FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), *Les obligations*, op. cit., p. 82, n° 116.

<sup>43</sup> GHESTIN (J.), *Traité de droit civil. La formation du contrat*, op. cit., p. 254, n° 282.

<sup>44</sup> FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), *ibid.*, p. 82, n° 116; GHESTIN (J.), *ibid.*, p. 109 et s.

au sens strict. Nous reviendrons sur cette délicate distinction<sup>45</sup>. Il nous semble cependant fondamental de poser dès à présent que l'intérêt général, à l'aune duquel est appréciée la force obligatoire du contrat, ne peut guère se laisser enfermer dans une seule de ces catégories : en d'autres termes, l'intérêt général n'est *pas* l'apanage de l'ordre public (de direction) et ne doit pas s'inscrire dans une logique d'opposition à l'égard du droit impératif au sens strict (ordre public de protection) auquel est classiquement associée la protection d'intérêts privés comme finalité principale. L'intérêt général réside davantage en une variable, fruit d'arbitrages législatifs, qui *concilie* l'utilité sociale et la justice contractuelle<sup>46</sup>.

**411. Le « juste » et « l'utile » véhiculés par la règle supplétive.** – En définitive, ce sont les lois impératives, d'ordre public, *mais aussi* supplétives<sup>47</sup> qui balisent le jeu contractuel. Ce n'est qu'en respectant ces « règles du jeu »<sup>48</sup> que le déploiement des initiatives individuelles sera « validé ». Dans ce cadre, les normes impératives au sens large limitent, dans une mesure variable, les manifestations des libres volontés. Les règles supplétives autorisent, en revanche, l'expression de volontés contraires<sup>49</sup>. En d'autres termes, c'est en vertu de la qualité supplétive de la disposition légale, et dans la mesure définie par celle-ci, que les clauses dérogatoires sont dotées de force contraignante ou, pour le dire autrement, de force obligatoire<sup>50</sup>. L'effectivité de la règle supplétive tient « de l'obligation faite à l'interprète de la solliciter, c'est-à-dire de la mobiliser au soutien de son jugement et ce, y compris pour en inférer qu'il n'y a pas lieu, au cas d'espèce, de suppléer une volonté qui s'est valablement exprimée »<sup>51</sup>.

<sup>45</sup> Cf. *infra*, B.

<sup>46</sup> GHESTIN (J.), « Réflexions sur la liberté contractuelle et l'ordre public », *op. cit.*, p. 410 et 411.

<sup>47</sup> Si le législateur autorise les parties à régler elles-mêmes et de manière autonome certains aspects de leurs relations sociales et économiques, c'est qu'il estime qu'une telle solution est, dans ces circonstances, « la plus utile et la plus juste » (cf., GHESTIN (J.), *ibid.*, p. 407, n° 4).

<sup>48</sup> PÉRÈS-DOURDOU (C.), *La règle supplétive*, *op. cit.*, p. 127, n° 134 : « La loi dessine des possibles que seul le contrat actualise. » Sur la métaphore du jeu, cf. également les analyses de OST (Fr.), *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

<sup>49</sup> La distinction de l'impératif et du supplétif ne se coule pas dans une perception dichotomique de la liberté individuelle, d'une part, et de la contrainte normative, d'autre part. Les règles impératives (au sens strict) laissent également aux sujets de droit une possibilité de « prévoir autre chose », d'exprimer des initiatives individuelles : par exemple, le droit du travail admet généralement les dérogations conventionnelles qui sont favorables à la partie protégée (le travailleur). Par ailleurs, le dispositif supplétif n'est pas synonyme de liberté absolue et illimitée dès lors qu'il incarne un droit « équilibré », « normal », raisonnable (cf. PÉRÈS-DOURDOU (C.), *ibid.*, p. 441 et s.).

<sup>50</sup> Le raisonnement est également transposable, *mutatis mutandis*, pour les règles impératives au sens strict.

<sup>51</sup> PÉRÈS-DOURDOU (C.), *ibid.*, p. 140, n° 154.

La disposition supplétive présente de surcroît l'utilité d'être « l'expression axiologique des vues idéales de l'ordre juridique et notamment de la normalité contractuelle »<sup>52</sup>. L'ordre juridique est attaché aux solutions équilibrées, raisonnables et idéales véhiculées par le droit supplétif. Toute stipulation contractuelle contrariant une disposition supplétive n'est-elle pas d'ailleurs accueillie avec une certaine circonspection ? L'opposabilité des clauses dérogatoires est ainsi soumise à deux exigences : l'autre partie doit avoir eu la possibilité réelle de prendre connaissance des conditions générales et l'acceptation de celles-ci doit être certaine<sup>53</sup>. Le principe selon lequel les dérogations conventionnelles au droit commun – au droit supplétif – sont d'interprétation stricte<sup>54</sup> est également révélateur d'une certaine réserve à l'égard des stipulations contraires aux règles supplétives<sup>55</sup>.

Incarnant un modèle de valeurs auxquelles l'ordre juridique ne peut être indifférent, la loi supplétive est investie d'une « fonction directrice »<sup>56</sup> destinée à orienter les émanations de l'imagination individuelle. En ce sens, les normes supplétives et impératives au sens large « s'imbriquent et forment un ensemble cohérent »<sup>57</sup>.

**412. Le droit impératif (au sens large) comme renfort du droit supplétif.** – L'on peut soutenir, à l'instar de Cécile Pérès-Dourdou, que la réglementation impérative au sens large, « mise au service de la règle supplétive »<sup>58</sup>, est vouée à tenir en échec les pratiques contractuelles qui écartent injustement ou inutilement la solution – idéale et équilibrée – normalement consacrée par la disposition supplétive. Bon nombre d'innovations liées à l'édition de lois impératives s'appuient sur des principes ou des figures du droit commun qu'elles renforcent, précisent ou étendent dans les cas où le libre accord des volontés individuelles ne débouche pas sur un résultat utile et juste (en raison de la faiblesse d'une des parties par exemple). La prohibition

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 568, n° 583.

<sup>53</sup> MONTERO (E.) et DEMOULIN (M.), « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804... », *op. cit.*, p. 98 et 99, n° 44 ; les conditions d'opposabilité se sont affinées avec la pratique, les magistrats étant particulièrement sensibles à l'emplacement – sur l'écrit – des dispositions contractuelles dérogatoires, à la lisibilité des clauses, à la taille des caractères utilisés, etc.

<sup>54</sup> FONTAINE (M.), « Rapport de synthèse », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, GHESTIN (J.) et FONTAINE (M.) dir., L.G.D.J., Paris, 1996, p. 638, n° 33.

<sup>55</sup> Pour un autre exemple, cf. VAN OMMESLAGHE (P.), « Les relations entre le droit de la consommation et le droit commun des obligations », *D.C.C.R.*, 2009, p. 260 : les règles édictées par la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (M.B., 7 août 2002) sont supplétives de la volonté. Toutefois, en vertu de l'article 7, le juge est autorisé à réviser la clause dérogatoire et à y substituer des « conditions équitables ».

<sup>56</sup> PÉRÈS-DOURDOU (C.), *La règle supplétive, op. cit.*, p. 509 à 577.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 579, n° 594.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 579, n° 594.

des pratiques commerciales trompeuses<sup>59</sup>, agressives<sup>60</sup> ne corrobore-t-elle pas les devoirs de loyauté et de transparence déduits de la notion de bonne foi? L'obligation d'information, consacrée notamment par l'article 4 de la LPMC, est traditionnellement reliée à ce même principe de bonne foi. Le devoir d'information emprunte souvent la voie des mentions obligatoires à insérer dans le contrat : celles-ci ont pour objectif de garantir le consentement éclairé et réfléchi de la partie faible ainsi que d'attirer l'attention sur des éléments de droit ou de fait de la relation contractuelle qui peuvent se révéler utiles pour la suite de l'exécution de la convention<sup>61</sup>. Cette « résurgence du formalisme »<sup>62</sup> liée à l'obligation d'information rejaillit d'ailleurs sur l'étendue des vices de consentement. Les poches de tolérance résultant du droit commun ne peuvent, en effet, que s'amenuiser au gré de ces réglementations destinées à favoriser un consentement éclairé de la partie faible : le *dolus bonus*<sup>63</sup> est réduit, par exemple, à peau de chagrin, ce qui favorise un élargissement du dol<sup>64</sup>.

La terminologie utilisée pour stigmatiser une clause comme abusive est également révélatrice du rôle de référence – de modèle – que jouent les règles supplétives. Seront généralement qualifiées d'abusives les stipulations conventionnelles qui « excluent », « limitent »<sup>65</sup>, ou « interdisent »<sup>66</sup> le régime

<sup>59</sup> Loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *M.B.*, 12 avril 2010, articles 88 à 91. Ci-après abrégée par LPMC.

<sup>60</sup> Articles 92 à 94 de la LPMC.

<sup>61</sup> Cons. JACQUEMIN (H.), *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Larcier, Bruxelles, 2010, p. 159 à 169, n<sup>os</sup> 118 et s., et p. 181 à 188, n<sup>os</sup> 132 et s.; pour un résumé de la thèse, cf. JACQUEMIN (H.), « Le formalisme de protection de la partie faible au rapport contractuel », *Ann. dr.*, 2010, p. 3 à 42. Cf., par exemple, les articles 45 et 46 de la LPMC (contrats conclus à distance).

<sup>62</sup> MONTERO (E.) et DEMOULIN (M.), « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804... », *op. cit.*, p. 61, n<sup>o</sup> 50.

<sup>63</sup> On entend par *dolus bonus* les boniments et artifices du vendeur usuellement tolérés en matière commerciale.

<sup>64</sup> Cf., par exemple, Cass., 18 février 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 96.

<sup>65</sup> Sont ainsi abusives les clauses qui ont pour objet de « supprimer ou diminuer la garantie légale en matière de vices cachés, prévue par les articles 1641 à 1649 du Code civil, ou l'obligation légale de délivrance [...] prévue par les articles 1649bis à 1649octies du Code civil » (art. 74, 14<sup>o</sup>), d'exclure ou limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur » lorsque l'entreprise n'exerce pas correctement ses obligations (art. 74, 30<sup>o</sup>, de la LPMC). Cf. également l'article 74, 8<sup>o</sup> et 22<sup>o</sup>, de la LPMC.

<sup>66</sup> Cf. l'article 74, 7<sup>o</sup>, de la LPMC (« interdire au consommateur de demander la résolution du contrat dans le cas où l'entreprise n'exécute pas ses obligations ») et l'article 74, 16<sup>o</sup>, de la LPMC (« interdire au consommateur de penser sa dette envers l'entreprise par une créance qu'il aurait sur elle »).

(de protection) du droit commun supplétif<sup>67</sup>. Pour certaines clauses<sup>68</sup>, la loi impérative ne fait, du reste, que consolider la solution déjà acquise sur la base du droit commun<sup>69</sup>. Ce dernier devrait de plus avoir vocation à régir les effets de la convention lorsqu'une clause, taxée d'abusives, a été écartée. La Commission des clauses abusives a en effet recommandé que les droits et devoirs du consommateur soient réglés « pour les besoins de la survie du contrat, par le droit commun d'application au contrat »<sup>70</sup>.

Il est indéniable que les législations impératives appelées à protéger une partie déterminée ne constituent pas qu'une pâle copie du droit commun dans la mesure où certaines dispositions impératives se veulent plus sévères que ce dernier<sup>71</sup> et taillent de ce fait un régime spécifique parfois difficilement rattachable au droit commun<sup>72</sup>. La protection du consommateur, du locataire, de l'assuré est ainsi devenue une préoccupation majeure<sup>73</sup>. Ce constat se traduit par une abondante production de normes impératives au sens strict dont le

<sup>67</sup> Cf. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, L.G.D.J., Paris, 2000, p. 357 et 358, n° 452 : « cette idée de "réduction" s'entend nécessairement par rapport à quelque chose de donné au préalable, qui constitue la norme de référence. Ce modèle ne peut être que celui qui existerait sans la clause "réductrice", c'est-à-dire le modèle du droit commun tel qu'il découle de l'application du Code, principes supplétifs inclus. »

<sup>68</sup> En guise d'exemple (outre ceux mentionnés aux notes précédentes), cf. l'article 74, 26°, de la LPMC : sont qualifiées d'abusives les stipulations qui constatent « de manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat ».

<sup>69</sup> Le sort que réserve la LPMC aux clauses de force majeure (art. 74, 12°) ou aux clauses se rapportant au principe de l'exception d'inexécution (art. 74, 9°) traduit l'influence manifeste des règles du droit commun. La seule différence notable réside dans le fait que les parties peuvent aménager les principes supplétifs du droit commun, alors que de telles dérogations sont prohibées par la LPMC frappée du sceau de l'impérativité (cons. SIMONART (V.), « La loi du 14 juillet 1991 et le droit des obligations », in *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur*, coll. « Fac. Dr. U.L.B. », Bruylant, Bruxelles, 1994, p. 88 à 95 et en particulier les n°s 38 et 41).

<sup>70</sup> Avis n° 25 du 19 novembre 2008 disponible sur le site : [http://economie.fgov.be/fr/binaries/CCA25\\_tcm326-74403.pdf](http://economie.fgov.be/fr/binaries/CCA25_tcm326-74403.pdf). Pour une sélection des avis les plus importants de la Commission des clauses abusives, cf. PONET (B.) éd., *Commission des clauses abusives. Présentation, activité et législation*, Larcier, Bruxelles, 2010.

<sup>71</sup> Cf. notamment WÉRY (P.), *Droit des obligations, op. cit.*, p. 656 et s. (à propos du traitement par la LPMC des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité).

<sup>72</sup> VAN OMMESLAGHE (P.), « Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution ou *statu quo* », in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruylant, Bruxelles, 1994, p. 524, n° 10 ; *id.*, « Les relations entre le droit de la consommation et le droit commun des obligations », *op. cit.*, p. 245 et s. (à propos du droit de rétractation ou de renonciation).

<sup>73</sup> Cette observation s'inscrit dans le cadre de la distinction – que l'on examinera *infra*, n°s 11 et s. – entre les lois impératives au sens strict et l'ordre public. Mustapha Mekki réconcilie la partition entre intérêt général et intérêt particulier en prônant le critère d'intérêt supérieur auquel répond la finalité des législations impératives protectrices d'un cocontractant réputé plus faible (cf. MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J., Paris, 2004, p. 600 à 604, n°s 1022 et s.).

caractère «surprotecteur», dénoncé par d'aucuns<sup>74</sup>, risque de télescoper d'autres valeurs<sup>75</sup>, et d'être dès lors la source de certains effets pervers. L'on en revient à la proposition suivante : c'est en réalité la combinaison de ces différentes valeurs, ou encore la «hiérarchie» – légitimée – entre les intérêts en présence – «publics» et/ou «privés» – qui représente l'intérêt général<sup>76</sup>.

**413. «Les conventions “validement” formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites».** – Le fondement de la force obligatoire du contrat est clairement relié à cette notion d'intérêt général, au croisement de l'utile et du juste.

Dans sa thèse, Mustapha Mekki utilise la formule «d'intégration juridique du contrat dans l'intérêt général»<sup>77</sup>. L'auteur entend enrichir l'acception classique de l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil<sup>78</sup> et le sens des termes «légalement formées». La validité du contrat ne se réduit en effet pas à la seule conformité à la loi ; elle est au contraire multidimensionnelle. Outre son aspect formel, la validité est également axiologique (légitimité)<sup>79</sup> et empirique (effectivité)<sup>80</sup>. L'intégration revêt ainsi un caractère «dogmatique», en ce sens que la validité du contrat est appréciée à l'aune d'une table de valeurs incarnée par l'ordre public<sup>81</sup> dont la signification, dans l'ordre juridique français – mais le principe est également transposable en droit belge<sup>82</sup> –, implique la nécessaire conciliation des valeurs du juste («ordre public de protection») et de l'utile («ordre public de direction») <sup>83</sup>. L'on peut tirer des conclusions similaires de l'étude de Jean-Pascal Chazal. Ce dernier a analysé la signification du mot «loi» dans l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil. L'auteur entend dépasser l'assimilation de la loi à la contrainte et appréhende la «loi des cocontractants» avant tout comme un instrument permettant au juge de déterminer, dans une *juste*

<sup>74</sup> MONTERO (E.) et DEMOULIN (M.), « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804... », *op. cit.*, p. 106 et 107, n° 52 ; FONTAINE (M.), « Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 625, 651 et 652.

<sup>75</sup> FONTAINE (M.), *ibid.*, p. 624.

<sup>76</sup> MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat...*, *op. cit.*, p. 600 et 601, n° 1022.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 70, n° 82.

<sup>78</sup> « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

<sup>79</sup> MEKKI (M.), *ibid.*, p. 70 et 71, n° 82.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 70 et 71, n° 82.

<sup>81</sup> Dans la thèse de Mustapha Mekki, l'ordre public s'impose comme l'instrument privilégié pour légitimer, par référence à une table des valeurs, la hiérarchisation des intérêts en présence.

<sup>82</sup> En droit belge, l'ordre public ne constitue pas une notion autonome, indépendante qui préexiste aux dispositions légales. Notre notion d'ordre public est avant tout légaliste ; elle ne vise que *les lois* auxquelles le vocable "ordre public" est appliqué. Les validités formelle et axiologique sont dès lors vouées à se superposer (cf. MALAURIE (Ph.), *L'ordre public et le contrat*, Éd. Matot-Braine, Reims, 1953, p. 105 et 106, n° 143.

<sup>83</sup> MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat...*, *op. cit.*, p. 209 à 216 et 229 à 231.

*mesure*, les droits et obligations de chacun d'entre eux<sup>84</sup>. La liberté des parties, dans l'établissement – le choix<sup>85</sup> – de leur loi conventionnelle, est, en effet, subordonnée à la nécessité de « proportionner » – pour reprendre le terme de Domat – chaque engagement aux besoins de celui qui s'oblige<sup>86</sup>. Cette idée de proportion fait écho à l'équité (au « juste ») ainsi qu'à l'utilité sociale auxquelles est conditionnée la validité des stipulations contractuelles<sup>87</sup>.

C'est d'ailleurs dans la perspective d'aboutir à une solution conforme aux valeurs précitées (l'utile et le juste) que la cohérence du droit impératif (au sens large) et supplétif peut être démontrée : d'une part, les normes de l'ensemble de ces catégories constituent des « règles de reconnaissance » de la liberté individuelle et balisent – dans une mesure diverse – la marge de manœuvre qui lui est réservée<sup>88</sup> ; d'autre part, la disposition impérative constitue « la réintégration autoritaire de la solution supplétive »<sup>89</sup> lorsque la volonté exprimée met en péril les vues idéales exprimées par celle-ci. Loin d'être facultative, la règle supplétive est, dans ces conditions, dotée d'effectivité en ce sens qu'elle est conçue comme un modèle destiné à orienter les pratiques contractuelles<sup>90</sup>. La garantie de la normativité<sup>91</sup> portée par la disposition supplétive est attribuée au droit impératif.

L'intégration dogmatique du contrat doit cependant être complétée par une intégration « pragmatique » imposée par un contrôle de proportionnalité<sup>92</sup>. Ce dernier, répondant aux idées d'effectivité et de légitimité, permet d'introduire davantage de souplesse et de pragmatisme dans la question de la validité du contrat<sup>93</sup>. Nous constaterons que le régime des sanctions – nullité (partielle), réduction, réputé non écrit, conversion judiciaire... – est fortement touché par des considérations d'efficacité<sup>94</sup>.

<sup>84</sup> CHAZAL (J.-P.), « De la signification du mot loi dans l'article 1134, al. 1<sup>er</sup> du Code civil », *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, p. 265 et 275 (nous soulignons).

<sup>85</sup> *Lex* vient d'ailleurs de « *legere* » qui signifie « choisir » (cf. CHAZAL (J.-P.), *ibid.*, p. 274).

<sup>86</sup> Domat, cité par FORIERS (P.-A.), « L'utile et l'inutile en droit privé. Observations sans prétention », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 54, n° 18.

<sup>87</sup> CHAZAL (J.-P.), *ibid.*, p. 279.

<sup>88</sup> Étant entendu qu'au sein des règles impératives au sens large, le champ abandonné à la liberté individuelle se conçoit essentiellement – voire exclusivement – pour les règles impératives au sens strict, protectrices d'intérêts privés.

<sup>89</sup> PÉRÈS-DOURDOU (C.), *La règle supplétive*, *op. cit.*, p. 582, n° 595.

<sup>90</sup> OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 2002, p. 330.

<sup>91</sup> Cf. le pôle de la garantie normative issue de la théorie de Catherine Thibierge ; cf. à cet égard : HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *R.I.E.J.*, n° 65, 2010, p. 24 et s.

<sup>92</sup> MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat...*, *op. cit.*, p. 580 et s.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 618, n° 1047.

<sup>94</sup> Cf. *infra*, C.

Enfin, Mustapha Mekki défend une intégration pragmatique du contrat qui se veut également négociée. Soucieux de conserver ce qui forge l'essence du phénomène contractuel – l'accord de volontés –, tout en évitant le danger d'une « liberté qui oppresse », l'auteur conçoit le contrat comme ancré dans un « espace de discussion » régi par des règles procédurales<sup>95</sup>. Ces dernières, destinées à forger une « volonté libérée », s'articulent essentiellement autour du principe fédérateur de loyauté, lequel se décline en deux règles complémentaires et indissociables : la fidélité aux engagements pris et la sincérité des relations<sup>96,97</sup>.

À l'aune de la théorie de la validité des normes exposée par François Ost et Michel van de Kerchove, l'on peut donc relire les termes « légalement formées » déposés à l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil.

## II. Ordre public et droit impératif au sens strict : une distinction trop catégorique sur la base de la nature de l'intérêt protégé<sup>98</sup>

La notion de disposition légale impérative est souvent entendue dans un sens étroit, par opposition aux règles d'ordre public. Cette acception restreinte a été forgée progressivement par la Cour de cassation. Dans un arrêt du 9 décembre 1948, la Cour, inspirée par les travaux d'Henri De Page, utilise l'expression « d'ordre public proprement dit » pour viser la loi qui « touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société »<sup>99</sup> <sup>100</sup>. À côté de cet « ordre public proprement dit » gît donc un « autre ordre public » qui n'est pas « proprement dit ». Cet ordre public

<sup>95</sup> MEKKI (M.), *ibid.*, p. 759 et s.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 774 à 779.

<sup>97</sup> En prônant le principe de loyauté comme facteur de validité de la convention, on renoue avec les auteurs qui érigent le respect de la confiance légitime d'autrui au rang de fondement de la force obligatoire du contrat. Cons. COIPEL (M.), *Éléments de théorie générale des contrats*, *op. cit.*, p. 27, n° 36; VAN OMMESLAGHE (P.), *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, p. 158 et s., n° 86.

<sup>98</sup> Cette section constitue un aperçu sélectif des développements plus étoffés publiés dans le volume 129 de la CUP (*Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Anthemis, Liège, 2011) consacré aux *contrats spéciaux*.

<sup>99</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 9 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 699; Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 29 avril 2011, R.G. n° C.10.0183.N/1.

<sup>100</sup> La Cour de cassation emprunte la définition de l'ordre public proposée par Henri DE PAGE dans le premier tome de la première édition de son *Traité de droit civil* (en 1933). Cf. également DE PAGE (H.), *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., Bruylant, Bruxelles, 1962, p. 111, n° 91.

«à un degré moins accentué»<sup>101</sup>, dont les contours n'étaient pas encore bien définis en 1948, désigne(ra) les règles que l'on peut à présent qualifier de lois impératives. Ces dernières assurent la protection d'intérêts privés auxquels on oppose classiquement l'intérêt général qui est garanti par l'ordre public et les bonnes mœurs. C'est autour de la démarcation entre ces deux types d'intérêts protégés que s'est, en outre, construite la théorie des nullités. Ces différences bien tranchées méritent d'être rappelées pour être aussitôt remises en question dès lors que le critère de distinction – l'intérêt protégé – est loin d'être net (§ 1). Par ailleurs, il n'est plus soutenable d'appréhender le régime des nullités de manière dichotomique (§ 2).

### *A. Nature de l'intérêt protégé et ses conséquences en termes de nullité*

**414. Protection de l'intérêt général et nullité absolue.** – La nature de l'intérêt protégé par la règle transgressée détermine le régime de nullité applicable<sup>102</sup>. L'ordre public, garant de l'intérêt général, rime avec nullité absolue et toutes les conséquences qui en découlent.

Tout d'abord, le droit de critique, c'est-à-dire le droit de postuler en justice la nullité d'un acte juridique, est ouvert largement de manière à accroître les chances d'expurger une clause ou un contrat contraire à l'intérêt général<sup>103</sup>. Non seulement les parties contractantes, mais aussi les tiers, à condition qu'ils justifient d'un intérêt à agir<sup>104</sup>, jouissent du droit de critiquer en justice la clause ou la convention entachée de nullité absolue. En outre, le juge est investi du pouvoir, et même du devoir, de soulever d'office la nullité – le cas échéant partielle – de l'acte, quand bien même personne n'aurait contesté sa validité, lorsqu'il ressort des pièces du dossier qu'une obligation est affectée d'une cause de nullité absolue<sup>105</sup>. Le magistrat veillera cependant à respecter les droits de la défense et à rouvrir, le cas échéant, les débats afin de permettre aux parties de conclure sur ce point.

<sup>101</sup> DE HARVEN (P.), « Contribution à l'étude de la notion d'ordre public », note sous Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 9 décembre 1948, *R.C.J.B.*, 1954, p. 164, n° 5.

<sup>102</sup> WÉRY (P.), *Droit des obligations*, op. cit., p. 294, n° 326.

<sup>103</sup> Cass., 19 mai 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 1008.

<sup>104</sup> CORNELIS (L.), *Algemene theorie van de verbintenis*, Intersentia, Rechtswetenschappen, Anvers-Groningen, 2000, p. 684, n° 544: « het komt erop neer dat de eiser tot nietigverklaring aannemelijk moet maken dat hij, rechtstreeks of onrechtstreeks, een al dan niet materieel voordeel uit de nietigverklaring put ».

<sup>105</sup> WÉRY (P.), *Droit des obligations*, op. cit., p. 296, n° 327.

Par ailleurs, la nullité absolue peut être invoquée à chaque étape de la procédure, y compris pour la première fois en degré d'appel ou dans le cadre d'un recours en cassation. Cette conséquence est liée à l'*obligation* qui pèse sur le juge du fond de soulever toute violation d'une règle sanctionnée de nullité absolue<sup>106 107</sup>.

Les actes entachés d'une nullité absolue ne peuvent être confirmés. En d'autres termes, les parties ne peuvent renoncer à leur droit de critique afin d'éviter l'annulation d'un acte qui blesse l'intérêt général. La seule porte de sortie offerte aux parties consiste en la réfection de l'acte litigieux : celles-ci doivent s'accorder sur une nouvelle convention qui vient, pour l'avenir, se substituer au contrat originaire frappé de nullité absolue<sup>108</sup>.

L'action personnelle en nullité absolue se prescrivait autrefois par trente ans (art. 2262 ancien du Code civil). Par une importante loi du 10 juin 1998, le législateur a porté le délai de prescription de cette action à dix ans<sup>109</sup>, à compter de la conclusion du contrat, l'alignant ainsi sur le régime de prescription applicable à l'action en nullité relative<sup>110</sup>.

Enfin, la marque de l'ordre public est portée par l'application de deux célèbres adages régissant les effets de la nullité : « *Nemo auditur suam propriam turpitudinem allegans* » et « *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* ». Le premier viserait, selon une majeure partie de la doctrine<sup>111</sup>, à interdire à l'une des parties de demander en justice l'exécution du contrat ou la résolution de ce dernier, ainsi que de se prévaloir de quelque conséquence juridique de la convention. La seconde maxime confère au juge

<sup>106</sup> DE CONINCK (J.), « De toetsing van een overeenkomst aan de openbare orde naar Belgisch en Nederlands recht », in *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, SMITS (J.) et STIJNS (S.) dir., Intersentia, Anvers-Groningen, 2005, p. 224, n° 69.

<sup>107</sup> Est toutefois frappé d'irrecevabilité le moyen qui n'a pas été soumis au juge du fond ou dont celui-ci ne s'est pas saisi de sa propre initiative, même s'il est fondé sur une disposition d'ordre public, lorsque les éléments de fait nécessaires à son appréciation ne ressortent pas de la décision attaquée ou des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard : cf. Cass., 1<sup>er</sup> juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1118 ; Cass., 19 avril 1991, *Arr. Cass.*, 1990-1991, p. 846 ; Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 8 septembre 2008, R.G. n° C.08.0026.N. La Cour suprême n'est en effet pas compétente pour sonder les faits de l'espèce, quel que soit le degré d'intensité de la norme en cause.

<sup>108</sup> DUPONT (M.), « Nullité absolue et nullité relative », in *La nullité des contrats*, WÉRY (P.) dir., CUP, vol. 88, Larcier, Bruxelles, 2006, p. 72 et 73, n° 36.

<sup>109</sup> Article 2262bis, § 1<sup>er</sup>, du Code civil inséré par la loi du 10 juin 1998, *M.B.*, 17 juillet 1998.

<sup>110</sup> Compar. avec l'article 1304, al. 1<sup>er</sup>, du Code civil ; cf. *infra*, n° 12.

<sup>111</sup> Cf. WÉRY (P.), *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 287, n° 316 et les nombreuses références citées ; DE CONINCK (J.), « De toetsing van een overeenkomst... », *op. cit.*, p. 220, n° 62.

le pouvoir de priver l'un des cocontractants, voire les deux, de leur droit à restitution<sup>112 113</sup>.

**415. Protection des intérêts privés et nullité relative.** – Les lois impératives sont destinées à protéger des intérêts particuliers et se sont imposées par « la nécessité de mieux protéger la *volonté* d'un des contractants se trouvant dans une situation d'infériorité économique ou sociale vis-à-vis de l'autre, ou, le cas échéant, des deux contractants »<sup>114</sup>.

La violation des dispositions impératives est sanctionnée de nullité relative et est dès lors soumise aux effets de ce type de nullité. Ainsi, il est traditionnellement admis que seule la partie protégée par la règle impérative peut en invoquer la violation. Selon une opinion très classique, il n'appartient pas au juge de soulever d'office la nullité de l'acte dans la mesure où une telle « protection forcée » peut s'avérer inopportune, voire embarrassante pour le cocontractant protégé<sup>115</sup>. Toutefois, un mouvement prétorien croissant invite à nuancer fortement cette analyse traditionnelle et prône, comme nous l'examinerons, un rôle actif pour le juge du fond, en adéquation avec la finalité des règles violées, à savoir des dispositions impératives protectrices des intérêts de la partie économiquement ou socialement faible.

Les réflexions quant à l'office du juge rejaillissent sur la question de savoir à quel moment du litige la nullité relative doit être invoquée. L'on enseigne traditionnellement que c'est au début du procès (*in limine litis*) que la partie protégée doit alléguer la nullité relative. Si cette règle est justifiée par le fait que le cocontractant concerné peut renoncer – de manière explicite ou implicite – à se prévaloir de la nullité ou du bénéfice de la loi, encore convient-il de préciser que l'abstention ou la passivité du titulaire du droit de critique est très souvent dictée par l'ignorance de ses droits. Dans ces conditions, Ludo Cornelis relativise fortement la doctrine selon laquelle la nullité relative doit être soulevée *in limine litis* et préconise de résoudre cette question à l'aune du rôle du juge : « comme il est requis que le juge puisse constater, pendant toute

<sup>112</sup> WÉRY (P.), *ibid.*, p. 288, n° 316.

<sup>113</sup> L'application de l'adage « *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* » à la méconnaissance d'une disposition légale impérative est controversée. Pour les auteurs qui sont opposés à une telle application, cf. KRUIJTHOF (R.), BOCKEN (H.), DE LY (F.) et DE TEMMERMAN (B.), « Overzicht van rechtsspraak (1981-1992). Verbintenissen », *T.P.R.*, 1994, p. 428, n° 164; d'autres auteurs ne voient aucune objection à son application : STIJNS (S.), *Verbintenissenrecht*, vol. I, die Keure, Bruges, 2005, p. 137; TERRYIN (E.), « Geen verzaking aan het verzakingsrecht indien de consument niet op de hoogte was van het bestaan van dit recht », note sous Gand (12<sup>e</sup> ch.), 21 février 2007, D.C.C.R., 2007, p. 290.

<sup>114</sup> DE PAGE (H.), *Traité...*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., 1962, *op. cit.*, p. 119, n° 91 (souligné par l'auteur).

<sup>115</sup> BAETEMAN (G.), « Les effets des dispositions légales impératives protégeant des intérêts privés », note sous Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 6 décembre 1956, R.C.J.B., 1960, p. 171, n° 11.

la durée de la procédure (même pour la première fois en cassation), que les parties se trouvent dans les conditions d'application de la règle impérative ou supplétive et qu'il puisse en déduire les conséquences qui s'imposent en ce qui concerne la validité de l'obligation (excepté en cas de renonciation de la partie protégée), il convient de permettre à ladite partie protégée de faire pareil»<sup>116 117</sup>.

Par ailleurs, lorsqu'une convention (ou une clause) est entachée d'une nullité relative, la partie protégée peut décider de renoncer à se prévaloir de la nullité et de confirmer l'acte affecté d'un vice dans sa formation<sup>118</sup>. Pour être valable, cette confirmation doit néanmoins répondre à un certain nombre de conditions que nous analyserons ci-dessous<sup>119</sup>.

Enfin, l'action en nullité relative pour méconnaissance d'une norme de droit impératif se prescrit par dix ans (art. 1304 du Code civil).

**416. L'ambivalence de l'intérêt général.** – Il est permis de s'interroger sur la consistance du critère sur lequel repose la dichotomie entre l'ordre public et le droit impératif. La préservation de l'intérêt général n'est, semble-t-il, pas l'apanage de l'ordre public. Comme le soutient Albert Meeùs, «il n'est manifestement pas exact de dire que les lois impératives n'ont pour but que de protéger des intérêts privés. Si le législateur organise une telle protection, c'est parce que l'intérêt général la commande pour des raisons d'équité, d'égalité entre contractants, de paix sociale, de stabilité économique»<sup>120</sup>. Ces propos mettent en lumière l'ambivalence de la notion d'intérêt général.

L'intérêt général est, selon Jacques Ghestin, «justiciable de deux définitions contradictoires entre elles, mais “indissociables”»<sup>121</sup>. L'auteur distingue *l'intérêt commun* et *l'intérêt public*. Le premier serait la traduction d'un faisceau

<sup>116</sup> CORNELIS (L.), *Algemene theorie van de verbintenis*, op. cit., p. 693, n° 552; le texte original est rédigé comme suit: «*Zoals de rechter tijdens de ganse duur van het proces (zelfs voor het eerst in cassatie) moet kunnen vaststellen dat partijen zich in de toepassingsvoorwaarden van een dwingende of wilsaanvullende rechtsregel bevinden en daaruit m.b.t. de rechtsgeldigheid van een verbintenis de passende gevolgen moet kunnen afleiden (tenzij de beschermde partij daarvan afstand heeft gedaan), moet de beschermde partij dit ook zelf kunnen doen*» (nous soulignons). En ce sens, cf. également MEEÛS (A.), «La notion de loi impérative...», op. cit., p. 520 à 522, n° 24.

<sup>117</sup> Selon l'auteur, il peut également arriver que l'une des parties n'invoque pas tout de suite la nullité dans le cadre d'une procédure judiciaire dès lors qu'elle souhaite examiner, via notamment l'intervention du juge, si d'autres solutions peuvent être envisagées dans le cadre de ce litige (CORNELIS (L.), *ibid.*, p. 693, n° 552).

<sup>118</sup> MEEÛS (A.), *ibid.*, p. 523 à 527, n°s 27 et 28.

<sup>119</sup> Cf. *infra*, n°s 17 et s.

<sup>120</sup> MEEÛS (A.), *ibid.*, p. 511, n° 15.

<sup>121</sup> GHESTIN (J.), «Réflexions sur la liberté contractuelle et l'ordre public», op. cit., p. 415, n° 12.

d'intérêts particuliers qui «s'harmonisent de façon naturelle ou rationnelle»<sup>122</sup>. Le second fait écho à un intérêt supérieur et extérieur à ces intérêts particuliers. Ce visage biface que présente la notion d'intérêt général rend compte du contenu éminemment variable que peut revêtir l'ordre public : tantôt l'idéologie dominante s'inspirera davantage de la conception de l'intérêt général comme intérêt «commun» pour reconnaître le rang d'ordre public à certaines règles protectrices de la «partie faible», tantôt elle défendra l'interprétation plus stricte de l'intérêt général en faisant prévaloir l'idée d'intérêt public transcendant les intérêts particuliers.

Anne Van Regenmortel parvient au même constat : l'on peut dégager deux tendances en ce qui concerne l'appréhension de l'ordre public. Selon une première approche, il est suffisant «qu'une disposition touche à l'intérêt général, c'est-à-dire qu'elle soit inspirée par l'intérêt général»<sup>123</sup>. La seconde approche pose des exigences plus contraignantes dès lors que pour être hissée au rang d'ordre public, la disposition en question doit viser la protection d'un intérêt général qui dépasse les purs intérêts privés<sup>124</sup>. Les auteurs partisans de cette approche réfutent toute confusion entre l'ordre public (entendu restrictivement) et les dispositions impératives, en ce sens que ces dernières protègent *principalement et immédiatement* des intérêts particuliers. En d'autres termes, si les «teintes de l'intérêt général» ne sont certes pas exclues au sein des règles impératives, elles n'y sont néanmoins pas «nettement prédominantes»<sup>125</sup>.

Les catégories aident indéniablement à structurer et ordonnancer le système juridique ; elles ne traduisent cependant pas totalement la complexité de la réalité. Affirmer que «protéger la partie faible devient [...] une préoccupation d'intérêt public»<sup>126</sup> ne consiste nullement en un oxymoron irrecevable. La

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 414 et 415, n° 12.

<sup>123</sup> VAN REGENMORTEL (A.), « Enkele bedenkingen bij de betekenis en de draagwijdte van het begrip openbare orde in het sociaal recht », *T.S.R.*, 1997, p. 18, n° 13 : « [...] dat een bepaling "het algemeen belang raakt", d.w.z. door het algemeen belang wordt ingegeven ».

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 19, n° 13 : « Het feit dat een bepaling het algemeen belang raakt, is derhalve niet voldoende indien niet blijkt dat men het algemeen belang "op zich" boven de particuliere belangen wil beschermen ».

<sup>125</sup> PUTTEMANS (A.), « L'ordre public et la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, sur l'information et la protection du consommateur », in *L'ordre public – concept et applications*, coll. « Fac. Dr. U.L.B. », Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 143, n° 4.

<sup>126</sup> MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat...*, *op. cit.*, p. 603, n° 1025. Dans un arrêt du 6 octobre 2009, la Cour de justice de l'Union européenne énonce – explicitement – que l'article 6 de la directive 93/13 (concernant les clauses abusives) doit « être considéré comme une norme équivalente aux règles nationales qui occupent, au sein de l'ordre juridique interne, le rang de normes d'ordre public » étant donné « la nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection » (cf. C.J.C.E., 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodriguez Nogueira*, C-40/08, considérant point 52). Force est de constater que cette lecture est loin de faire l'unanimité : dans ses conclusions précédant l'affaire *Mostaza Claro*, l'avocat général, sans exclure la légitimité de l'approche consistant à ériger des règles

formule dénote la nécessité d'aménager le régime des sanctions afin de conférer à la disposition légale en cause une pleine effectivité. Il nous semble dès lors particulièrement indiqué d'allier aux conséquences traditionnelles de la nullité relative certaines spécificités de la nullité absolue qui servent adéquatement la protection des intérêts privés.

## B. *L'estompement de la distinction entre la nullité relative et la nullité absolue*

La nullité relative, en cas de méconnaissance du droit impératif, emprunte certaines caractéristiques au régime de la nullité absolue. D'une part, le juge se voit investi d'un rôle nettement plus actif afin d'assurer le respect effectif de la finalité des règles dont il est le gardien (A). D'autre part, l'objectif de protection de la partie faible, inhérent à de nombreuses règles impératives, incite à réduire la possibilité de renonciation – au bénéfice de ces normes – à la portion congrue (B).

### 1. L'office du juge

**417. La position classique battue en brèche.** – Le rôle du juge varie en fonction de la cause de nullité : obligation d'annuler d'office la clause ou la convention qui blesse l'intérêt général ; interdiction de soulever *ex officio*, sans y avoir été invité par la partie protégée, la nullité d'un acte entaché d'une cause de nullité relative (par exemple, en raison d'un dol ou d'une erreur)<sup>127</sup>.

Cet enseignement dichotomique est en train de se lézarder dès lors qu'il ne résiste pas à l'office plus actif dévolu au juge, selon une partie croissante de la doctrine, en cas de violation de dispositions légales impératives.

Au terme d'une remarquable étude, Albert Meeùs préconisait déjà en 1988 d'assortir la nature impérative des dispositions légales de l'obligation – de principe – d'appliquer d'office ces règles protectrices d'intérêts privés, sanc-

---

protectrices de consommateurs au rang d'ordre public, épingle très pertinemment le risque que l'on accorde, de cette manière, « une portée *excessivement large* à une notion, à savoir celle de règle d'ordre public qui se réfère traditionnellement aux seules règles jugées d'une importance première et absolue dans un ordre juridique » (cf. Av. gén. TIZZANO (A.), concl. avant C.J.C.E., 27 avril 2006, *Elisa Maria Mostaza Claro c. Centro Movil Milenium SL*, C-168/05, n° 56).

<sup>127</sup> WÉRY (P.), « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *R.G.D.C.*, 2011, p. 151, n° 18.

tionnées de nullité relative<sup>128</sup>. Si une partie, à laquelle le législateur a entendu conférer une protection spéciale, n'invoque pas la règle qui la protège, l'on ne peut nullement en inférer automatiquement son intention de renoncer à se prévaloir du bénéfice de la réglementation impérative : selon l'auteur, l'inertie ou la « passivité » de cette personne est, en effet, le plus souvent due à l'ignorance des dispositions protectrices. Afin d'éviter que ces dernières restent lettre morte, le juge est saisi, *par la loi*, des dispositions légales impératives et est tenu de les appliquer d'office, « sauf à vérifier, au préalable, si elles n'ont pas fait l'objet d'une renonciation ou d'une confirmation valables »<sup>129</sup>. Le système prôné par Albert Meeùs vise, d'une part, à assurer une protection *effective* des lois impératives et ménager, d'autre part, un espace de renonciation pourvu que celle-ci intervienne en connaissance de cause.

Cette analyse n'est cependant pas partagée par certains auteurs qui restent attachés à la conception classique déniaut au juge le pouvoir d'invoquer, *motu proprio*, un moyen tiré de la violation d'une disposition impérative<sup>130</sup>. L'on peut se demander si cette thèse n'est pas crossée par l'arrêt de la Cour de cassation du 14 avril 2005, consacrant la conception factuelle de la cause, et confirmé notamment par une décision du 2 avril 2010. Dans ce dernier arrêt, la Haute juridiction judiciaire consolide – par des motifs rigoureusement ciselés<sup>131</sup> – cette (r)évolution vers un office actif du juge. L'intensité du rôle de celui-ci est régie par la distinction entre les faits « spécialement invoqués au soutien des prétentions » d'une part, et les faits « simplement allégués » ou « adventices » d'autre part : dans le premier cas, le juge du fond a l'obligation d'appliquer la base légale ou la qualification juridique idoine ; la seconde hypothèse ne confère au juge qu'une faculté de dégager, des faits adventices, pareil moyen<sup>132</sup>. Pour faire le départ entre les deux types de faits, Jean-François van Drooghenbroeck préconise le critère de « l'insistance » avec laquelle le plaideur porte le fait à la connaissance de l'adversaire et du juge : « Invoquer

<sup>128</sup> MEEÛS (A.), « La notion de loi impérative... », *op. cit.*, p. 525 et s.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 527, n° 29.

<sup>130</sup> KRINGS (E.), « L'office du juge dans la direction du procès », *J.T.*, 1983, p. 513 ; VAN OMMESLAGHE (P.), *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, p. 341, n° 220.

<sup>131</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 2 avril 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1235, note VAN DROOGHENBROECK (J.-Fr.) : « Le juge est tenu d'examiner la nature juridique des prétentions formulées devant lui par les parties et, quelle que soit la qualification que celles-ci leur ont donnée, peut suppléer d'office aux motifs invoqués, dès lors qu'il n'élève aucune contestation dont les parties ont exclu l'existence, qu'il se fonde uniquement sur des faits régulièrement soumis à son appréciation et qu'il ne modifie pas l'objet de la demande. Il a en outre 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. »

<sup>132</sup> VAN DROOGHENBROECK (J.-Fr.), « Le juge et le contrat », *R.G.D.C.*, 2007, p. 602 et 603, n° 15 ; DELFORGE (C.), « Clauses abusives, office du juge et renonciation », obs. sous Liège (3<sup>e</sup> ch.), 6 février 2006, *J.L.M.B.*, 2008, p. 94 et 95, n° 4.

(spécialement) un fait, c'est "le monter en épingle". [...] En un mot, c'est en faire le socle d'un moyen. Par contre, alléguer un fait consiste uniquement à en signaler l'existence, sans le mobiliser [...]. Il ne parvient dans le débat que par voie incidente, de manière accidentelle et gratuite; sa production n'obéit à aucune finalité argumentative.»<sup>133</sup>

Cette nouvelle conception de l'office du juge ne doit nullement être cantonnée aux seules dispositions impératives dans la mesure où son application irradie l'ensemble de la matière civile, y compris les règles supplétives. Il convient de combiner l'enseignement de notre Cour suprême à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (C.J.U.E.) à la lumière de laquelle on peut constater que la figure du juge actif s'impose avec une acuité particulière dans le domaine du droit de la consommation.

#### **418. Intervention de la C.J.U.E. en droit de la consommation. –**

C'est, tout d'abord, en matière de clauses abusives que la Cour de justice a développé une jurisprudence qui confère au juge un rôle nettement plus actif<sup>134</sup>. La juridiction luxembourgeoise a encore récemment, lors de l'affaire *Pannon*<sup>135</sup>, souligné l'importance d'une protection effective des consommateurs. Et la Cour d'affirmer, en outre, qu'un tel objectif « d'intérêt public » justifie que le juge soit tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle<sup>136</sup>. La réserve suivante est néanmoins posée: « le juge national n'est [...] pas tenu [...] d'écarter l'application de la clause en cause si le consommateur, après avoir été avisé par ledit juge, entend ne pas en faire valoir le caractère abusif et non contraignant »<sup>137</sup>.

La Cour de justice a eu l'occasion d'appuyer sa jurisprudence sur l'office du juge dans un domaine distinct des clauses abusives: celui du démarchage à domicile et des contrats conclus en dehors des locaux de l'entreprise.

<sup>133</sup> VAN DROOGHENBROECK (J.-Fr.), « Une parfaite définition de l'office du juge », note sous Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 2 avril 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1241 (souligné par l'auteur).

<sup>134</sup> Cf. C.J.C.E., 27 juin 2000, *Oceano Grupo Editorial S.A. et Salvat Editores S.A. c. Rocio Murciano Quintero et consorts*, C-240/98 et C-244/98; C.J.C.E., 21 novembre 2002, *Cofidis S.A. c. Jean-Louis Fredout*, C-473/00, considérant points 32 et s.; C.J.C.E., 26 octobre 2006, *Elisa Maria Mostaza Claro c. Centro Movil Milenium SL*, C-168/05, spéc. considérant points 36 à 38.

<sup>135</sup> C.J.C.E., 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt c. Erzsébet Sustikné Gyorf*, C-243/08. Pour un commentaire de l'arrêt *Pannon*, cf. DE ZUTTER (L.), « Le juge face aux clauses abusives: à la croisée du droit des obligations et du droit judiciaire », *Ann. dr.*, 2011, p. 171 à 193.

<sup>136</sup> Arrêt *Pannon* (précité), considérant point 31; voy. également C.J.C.E., arrêt *Mostaza Claro* (précité), considérant point 38 et arrêt *Asturcom* (précité), considérant point 52.

<sup>137</sup> Arrêt *Pannon* (précité), considérant point 33.

Dans son arrêt *Martín Martín*<sup>138</sup> du 17 décembre 2009<sup>139</sup>, la Cour rappelle tout d'abord le principe selon lequel l'initiative d'un procès appartient aux parties et que, en conséquence, le juge ne saurait agir d'office que dans les cas exceptionnels où l'intérêt public requiert son intervention. Selon la Cour, le droit de rétractation a été instauré en vue d'assurer une meilleure protection du consommateur et de compenser la situation de déséquilibre résultant d'un démarchage en dehors de l'entreprise du vendeur. L'exercice effectif du droit de rétractation suppose toutefois que le consommateur soit dûment informé, conformément à l'article 4 de la directive 85/577/CE, de la prérogative qui lui est octroyée. L'obligation d'information occupe ainsi une place centrale dans l'économie générale de la directive ; elle relève, par conséquent, de l'intérêt public pouvant justifier une intervention positive du juge national<sup>140</sup>. « Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que, au cas où le consommateur n'aurait pas été dûment informé de son droit de résiliation [*lisez rétractation*], la juridiction nationale *peut* relever d'office la violation des prescriptions posées par l'article 4 de la directive »<sup>141</sup>.

Dans un second temps, la Cour de Luxembourg se penche sur les conséquences du constat que le consommateur n'a pas été informé de son droit de rétractation. À ce propos, elle répond que « l'article 4 de la directive *ne s'oppose pas* à ce qu'une juridiction nationale déclare d'office *la nullité d'un contrat* relevant du champ d'application de cette directive au motif que le consommateur n'a pas été informé de son droit de résiliation, alors même que cette nullité n'a à aucun moment été invoquée par le consommateur devant les juridictions nationales compétentes »<sup>142</sup>.

Cet arrêt suscite quelques commentaires. L'on peut saluer la démarche de la Cour de raisonner en « deux temps » : comme le laissait entendre l'avocat général dans ses conclusions, il convient de distinguer soigneusement ce que

<sup>138</sup> En l'espèce, un consommateur espagnol est condamné par une juridiction de son pays à procéder au paiement des biens qui lui ont été vendus à son domicile. La juridiction d'appel constate, sans que le consommateur ait allégué ce moyen, que le contrat est susceptible d'être déclaré nul dans la mesure où le client n'a pas été dûment informé du droit de se rétracter dans un délai de sept jours à compter de la livraison de la marchandise. Dès lors que la loi espagnole exige que le consommateur réclame l'annulation du contrat et s'oppose à ce que le juge apprécie d'office les faits et les moyens que les parties n'ont pas soulevés, la Cour d'appel de Salamanque demande à la C.J.U.E. si « l'article 4 de la directive [85/577/CEE] doit être interprété en ce sens qu'il permet à une juridiction nationale de relever d'office la violation de cette disposition et de déclarer la nullité d'un contrat relevant du champ d'application de cette directive au motif que le consommateur n'a pas été informé de son droit de résiliation, alors même que cette nullité n'a à aucun moment été invoquée par le consommateur devant les juridictions compétentes ».

<sup>139</sup> C.J.U.E., 17 décembre 2009, *Eva Martín Martín c. EDP Editores SL*, C-227/08.

<sup>140</sup> Arrêt *Martín Martín* (précité), considérant points 20 à 28.

<sup>141</sup> Considérant point 29 (nous soulignons).

<sup>142</sup> Considérant point 35 (nous soulignons).

le juge constate d'office – en l'espèce, le fait que le consommateur n'a pas été informé de son droit de « rétractation » – et les *conséquences* de cette constatation (nullité du contrat...) <sup>143</sup>. À l'aune de cette remarque, l'on peut approuver la décision de la Cour de ne pas imposer une obligation de déclarer d'office la nullité du contrat. La directive ne fixe pas une sanction déterminée <sup>144</sup>, mais confie aux États membres le soin d'adopter des « *mesures appropriées* » pour sanctionner la méconnaissance d'une obligation dont le respect est essentiel afin d'assurer la protection effective des consommateurs. Selon la Cour, la nullité peut certes être qualifiée de « mesure appropriée », mais il n'est pas exclu que d'autres dispositifs soient tout aussi aptes à atteindre le dessein assigné par l'instrument européen. Imposer l'obligation de soulever d'office la nullité revient à vider la marge d'appréciation des différents États de l'Union. Par ailleurs, « il convient de tenir compte, dans certaines circonstances, de la volonté du consommateur à ne pas voir annuler le contrat en cause » <sup>145 146</sup>.

En revanche, il est assez étonnant que la Cour n'ait confié au juge qu'une faculté (« *peut* ») de relever d'office la violation des règles de protection posées par la directive. Cette solution tranche avec celle retenue dans le domaine des clauses abusives, alors que l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection du consommateur est pareillement mise en exergue dans les deux situations. La Cour de justice s'est d'ailleurs écartée des conclusions de l'avocat général qui, sur ce point, recommandait une obligation d'agir <sup>147</sup>.

Cette structure de l'office du juge en « deux temps » nous semble de bon aloi dans la mesure où elle est susceptible de permettre à la partie protégée de renoncer, le cas échéant, à la protection, en parfaite connaissance de cause. Il convient d'examiner à présent cette délicate problématique.

<sup>143</sup> Av. gén. TRSTENJAK (V.), concl. avant C.J.C.E., 7 mai 2009, *Eva Martín Martín c. EDP Editores SL*, C-227/08, nos 72 à 74.

<sup>144</sup> À la différence de la directive 93/13/CEE (en matière de clauses abusives) qui prescrit en son article 6 que les clauses abusives « ne lient pas » les consommateurs.

<sup>145</sup> Arrêt *Martín Martín* (précité), considérant points 34 et 35. À titre de mesure susceptible d'assurer ledit niveau de protection, la Cour pointe l'exemple de la réouverture des délais permettant au consommateur de renoncer au contrat (point 35).

<sup>146</sup> La Cour admet ici aussi que le consommateur renonce, a posteriori en connaissance de cause, aux droits qui lui sont conférés. Compar. arrêt *Pannon* (précité), considérant point 33; cf. *supra*, note 134.

<sup>147</sup> Av. gén. TRSTENJAK (V.), concl. avant arrêt *Martín Martín*, *op. cit.*, n° 92: « le juge national doit cependant constater d'office si le consommateur a été informé de son droit de résilier le contrat et informer ce dernier si cela n'a pas été fait, des droits que lui accorde dans ce cas le droit national ».

## 2. La renonciation

**419. Notion.** – La renonciation au bénéfice de la loi peut se définir comme « une manifestation unilatérale de volonté par laquelle une personne abdique un droit subjectif qui lui a été octroyé par la loi »<sup>148</sup>. Le problème de la renonciation ne se pose qu'à l'égard des normes impératives. Les renonciations à des règles supplétives sont en effet toujours valables, y compris lorsqu'il s'agit d'une renonciation anticipée – c'est-à-dire une dérogation –, dans la mesure où la loi supplétive a pour objet un droit dont elle admet « la libre disposition »<sup>149</sup>. En revanche, toute renonciation est exclue en matière d'ordre public étant donné que l'intérêt général est en cause.

La renonciation doit être rapprochée de la notion de confirmation qui correspond à l'acte unilatéral par lequel une partie décide de ne pas se prévaloir de son droit de critique et renonce dès lors à demander la nullité de l'acte litigieux<sup>150</sup>. La confirmation constitue en somme une manifestation particulière de la renonciation et présente toutes les caractéristiques de cette dernière : acte unilatéral, volontaire et abdicatif. En vertu de l'article 1338 du Code civil, la confirmation peut non seulement être expresse et résulter notamment d'un écrit, mais aussi être tacite et découler de circonstances qui ne laissent planer aucun doute quant à la volonté de la partie protégée de renoncer à la nullité : l'exécution volontaire de tout ou une partie des obligations stipulées dans le contrat peut, à ce titre, valoir renonciation pour autant qu'un certain nombre de conditions soient respectées<sup>151</sup>.

**420. Conditions.** – À l'instar de tout acte juridique, la renonciation (et la confirmation) doivent répondre à des conditions de validité. Tout d'abord, seule la partie protégée par la règle peut renoncer à se prévaloir du bénéfice de celle-ci ou à invoquer la nullité de l'acte. En outre, il est requis que la volonté de renoncer soit certaine, indubitable : « la renonciation à un droit ne se présume pas et ne peut se déduire que de faits qui ne sont susceptibles d'aucune autre interprétation »<sup>152</sup>. Par ailleurs, la volonté de renoncer ne peut être viciée. Par conséquent, le vice qui a entaché l'acte ne doit plus sortir ses

<sup>148</sup> RIGAUX (Fr.), « Les renonciations au bénéfice de la loi en droit civil belge », in *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. XIII, 1959, p. 386, n° 2.

<sup>149</sup> DABIN (J.), « Autonomie de la volonté et lois impératives, ordre public et bonnes mœurs, sanction de la dérogation aux lois, en droit privé interne », *Ann. dr. sc. pol.*, 1939-1940, p. 205 et 206, n° 12.

<sup>150</sup> WÉRY (P.), *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 297, n° 328.

<sup>151</sup> Article 1338, al. 2 du Code civil; VAN OMMESLAGHE (P.), « Rechtsverwerking en afstand van recht », *T.P.R.*, 1980, p. 762, n° 18.

<sup>152</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 24 décembre 2010, R.G. n° C.09.0024.N/3; cf. également DOPPAGNE (S.), « Quelle sanction pour un congé irrégulier ? », note sous Civ. Liège (4<sup>e</sup> ch.), 2 novembre 1998, *J.J.P.*, 2000, p. 62.

effets au moment où la partie concernée renonce<sup>153</sup>. Enfin, la renonciation n'est valide que si elle a lieu en pleine connaissance de cause : l'auteur doit clairement avoir conscience de l'existence du vice à purger ou de la règle violée qu'il entend abdiquer<sup>154</sup>.

La question du moment auquel la partie protégée est autorisée à poser un acte de renonciation (a) fait couler beaucoup d'encre en doctrine. Une seule certitude : la renonciation anticipée, au moment de la conclusion du contrat, est proscrite. Pour le reste, l'on enseigne classiquement que le bénéficiaire d'un droit qui entend se dépouiller de sa prérogative ne peut y renoncer que lorsque ce droit est né<sup>155</sup> ou lui est acquis, c'est-à-dire quand cet avantage est entré définitivement dans son patrimoine juridique<sup>156</sup>. D'autres auteurs mettent en exergue une formule analogue, inspirée de la jurisprudence française, selon laquelle il est permis de renoncer aux « effets acquis de la règle »<sup>157</sup>. Sous la plume de certains commentateurs, l'on voit apparaître qu'il est possible de renoncer une fois que le litige est né<sup>158</sup>. Ces différentes expressions, qui ne se recoupent pas totalement<sup>159</sup>, tentent de traduire, bon gré mal gré, l'idée sous-jacente selon laquelle un sujet de droit ne peut valablement renoncer que lorsqu'il se trouve dans une situation qui ne nécessite plus la protection conférée par la loi : il est requis que la partie protégée soit effectivement en mesure d'apprécier les conséquences qu'un tel acte de renonciation implique<sup>160</sup>.

<sup>153</sup> TERRY (E.), « Geen verzaking aan het verzakingsrecht indien de consument niet op de hoogte was van het bestaan van dit recht », *op. cit.*, p. 286, n° 4.

<sup>154</sup> Cass., 21 septembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 837; J.P. Westerlo, 21 avril 2000, *T. Huur*, 2002, p. 62; DUPONT (M.), « Nullité absolue et nullité relative », *op. cit.*, p. 76, n° 39; WÉRY (P.), *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 297, n° 328.

<sup>155</sup> VAN WASSENHOVE (S.), « La renonciation en droit du travail », *J.T.T.*, 2007, p. 410; Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 13 décembre 2010, *N.J.W.*, 2011, p. 178 et note.

<sup>156</sup> VAN OMMESLAGHE (P.), « Rechtsverwerking en afstand van recht », *op. cit.*, p. 750, n° 10.

<sup>157</sup> DEMUYNCK (I.), *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, thèse de doctorat, Gand, 1999-2000, p. 709 et 723.

<sup>158</sup> STIJNS (S.), *Verbintissenrecht*, *op. cit.*, p. 40; SCHAMP (J.) et VAN DEN ABEELE (M.), « La nouvelle réglementation des clauses abusives : champ d'application et problèmes de droit transitoire », *J.T.*, 1992, p. 588.

<sup>159</sup> Cons. COUTURIER (G.), *La confirmation des actes nuls*, L.G.D.J., Paris, 1972, p. 255 à 258; GRAMMATIKAS (G.), *Théorie générale de la renonciation en droit civil*, L.G.D.J., Paris, 1971, p. 130 à 134. Ces auteurs se montrent assez critiques à l'endroit du critère du « droit acquis » et prônent une solution qui exclut la renonciation durant toute la période où une « protection renforcée » est nécessaire.

<sup>160</sup> DIEUX (X.), « Le contrat : instrument et objet de dirigisme ? », in *Les obligations contractuelles*, Éditions du Jeune Barreau, Bruxelles, p. 272, n° 8; VAN OMMESLAGHE (P.), « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) – les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 98, n° 38. Selon ces auteurs, la règle selon laquelle la renonciation ne pourrait avoir lieu qu'au moment de la naissance d'une contestation concernant l'acte en cause est trop absolue : il faut en revanche vérifier à partir de quand la partie protégée a bénéficié de la protection voulue par le législateur.

Certaines de ces formulations prêtent le flanc à la critique. Ludo Cornelis s'oppose ainsi vigoureusement au critère de la « naissance du litige ». N'autoriser la renonciation qu'au moment où une contestation relative au droit protégé est née revient à ôter à cette institution toute utilité pratique dans la mesure où la partie protégée ne voudra jamais renoncer à la protection<sup>161</sup>. Il convient de faire la lumière sur la notion de litige ou de contestation<sup>162</sup>. Si la critique est fondée en ce sens que le critère en cause réduit le mécanisme de la renonciation à la portion congrue, l'on peut toutefois se demander si une telle restriction n'est pas de bon aloi dans certains domaines. Assurément, la prudence est de mise car la question est délicate.

**421. Vers une acception restrictive de la renonciation ?** – L'on a vu que l'exécution volontaire, par la partie protégée, de tout ou partie de ses obligations peut induire une renonciation dans la mesure où elle a lieu en connaissance de cause. Dans une décision du 11 décembre 2006<sup>163</sup>, le Tribunal de première instance de Bruxelles a fait application de ce principe dans une affaire concernant une indemnité de emploi, stipulée dans un crédit d'investissement, et qui vise à indemniser le créancier du préjudice qu'il encourt ou est susceptible de subir en cas de remboursement anticipé. Cette indemnité, aujourd'hui rebaptisée *funding loss*, est régie par l'article 1907bis du Code civil<sup>164</sup>. En l'espèce, la juridiction a considéré que par le paiement, effectué sans réserve, de l'indemnité de emploi supérieure au plafond édicté par l'article 1907bis du Code civil, le client (l'A.S.B.L. K) a confirmé, tacitement mais certainement, la nullité de la clause litigieuse dès lors qu'il était avisé de ce que ladite indemnité avait été fixée selon la technique du « *funding loss* ». Ce jugement a été critiqué par Christine Biquet-Matthieu : cette dernière rappelle, à juste titre, que la renonciation au bénéfice d'une règle impérative ne peut avoir lieu qu'*a posteriori* lorsque les motifs de la protection ont cessé. Et l'auteur de se demander « si, pour être valable, la renonciation au bénéfice de

<sup>161</sup> CORNELIS (L.), *Algemene theorie van de verbintenis*, op. cit., p. 697, n° 554 : « Een dergelijke betwisting impliceert overigens dat de beschermde niet van de bescherming wil afzien, zodat er eigenlijk geen ruimte voor een bevestiging is. »

<sup>162</sup> Nous exposerons par la suite que les termes « litige » et « contestation » ne sont pas des synonymes : le deuxième est en effet plus restrictif que le premier (cf. *infra*, n° 18). Notons que, dans plusieurs arrêts, la Cour de cassation utilise le critère de la naissance d'une *contestation* pour en tirer des conséquences au niveau de la renonciation : cf. Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 11 janvier 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 542 ; Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 2 février 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 529.

<sup>163</sup> Civ. Bruxelles (76<sup>e</sup> ch.), 11 décembre 2006, R.G.D.C., 2007, p. 630, note BIQUET-MATHIEU (Chr.), « L'article 1907bis limite l'indemnité de emploi à six mois d'intérêts en cas de remboursement anticipé ».

<sup>164</sup> « Lors du remboursement total ou partiel d'un prêt à intérêt, il ne peut en aucun cas être réclamé au débiteur, indépendamment du capital remboursé et des intérêts échus, une *indemnité de emploi d'un montant supérieur à six mois d'intérêts* calculés sur la somme remboursée au taux fixé par la convention » (nous soulignons).

la disposition ne devrait pas avoir seulement lieu après que le remboursement anticipé soit intervenu »<sup>165</sup>.

Le recours au critère de la « naissance du litige » aurait pu, selon nous, corroborer la solution préconisée par le commentateur précité. En examinant le déroulement des faits, l'on constate que, par lettre du 31 juillet 2003, l'A.S.B.L. K sollicite le détail du calcul des indemnités exposant que celui-ci a dû être fait selon la technique du *funding loss* et que, *de prime abord*, le montant lui semble exagéré. Sans attendre les explications complémentaires qu'elle a sollicitées, elle effectue, dès le 5 août 2003, le paiement de l'indemnité de renvoi sans émettre de réserve. L'institution de crédit communique le détail du calcul de ladite indemnité par un courrier daté du 5 septembre. Par deux lettres, du 15 octobre et du 20 novembre 2003, l'A.S.B.L. K, qui entre-temps a consulté un avocat, manifeste explicitement sa désapprobation quant au montant global de l'indemnité qui lui a été infligé. Le 16 janvier 2004, l'institution de crédit fait savoir qu'elle maintient sa position. Quelques mois plus tard, l'A.S.B.L. K introduit une citation en justice.

À la lumière de ces précisions factuelles, pourrait-on affirmer que le paiement de l'indemnité de renvoi a eu lieu après la naissance de la contestation? L'on admet que le litige ou la contestation existe « dès que les parties sont en désaccord », peu importe que la procédure ait déjà été entamée<sup>166</sup>. *In casu*, l'on peut postuler que la contestation est véritablement née le 16 janvier 2004, lorsque l'institution de crédit exprime clairement qu'elle ne cédera pas aux revendications de l'A.S.B.L. K, tandis que celle-ci a ouvertement formulé ses prétentions par les lettres d'octobre et novembre 2003. Il ne nous semble pas fondé de considérer que le litige est né à compter du courrier du 15 octobre 2003 qui est libellé en ces termes: « suite à un récent contact téléphonique avec le responsable de votre service, notre avocate, Me Ines Wouters, nous a fait savoir que Ing pourrait rembourser les indemnités si nous en formulions la demande par écrit. Tel est l'objet de la présente lettre ». À cette époque, il était encore permis à l'emprunteur

<sup>165</sup> BIQUET-MATHIEU (Chr.), « L'article 1907bis limite l'indemnité de renvoi à six mois d'intérêts en cas de remboursement anticipé », *op. cit.*, p. 634, n° 7.

<sup>166</sup> VANKERCKHOVE (J.) dir., « Le louage de chose. Les baux en général », *Les Nouvelles, Droit civil*, t. VI, vol. I, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 776 et 777; MOREAU (P.), *L'homologation judiciaire des conventions. Essai d'une théorie générale*, Larcier, Bruxelles, 2008, p. 44, n° 14. Ce dernier précise que les termes « litige » et « contestation » impliquent tous deux « une prétention et une résistance mais se distinguent par les formes de résistance ». La notion – plus large – de litige recueille les faveurs de la doctrine moderne dès lors qu'elle ne requiert pas « une dénégation formelle » ou, en d'autres termes, des réactions « positives », « actives », mais se satisfait de l'inertie à laquelle peut donner lieu l'affirmation d'une prétention déterminée (*ibid.*, p. 44 et 45).

de croire en l'attitude favorable de la banque. Il est vrai que si l'on se réfère à une signification large de la notion de litige<sup>167</sup>, notre point de vue est contestable. Néanmoins, il semble qu'en tout état de cause, le litige n'est pas encore né au moment du paiement. Par ailleurs, l'on pourrait certes reprocher à l'A.S.B.L. K quelque imprudence – et encore! –: celle d'avoir payé précipitamment, sans attendre les informations sollicitées. Cette « légèreté » ne peut cependant pas concourir à priver la partie protégée du bénéfice de la protection légale. À vrai dire, le comportement du crédit illustre l'adage populaire: « on paie d'abord, on conteste ensuite ». L'enfer est décidément pavé de bonnes intentions!

En outre, une correcte appréhension de la « naissance du litige » – ou plutôt la naissance de la « contestation » – peut jouer un rôle quant à la question de savoir si la partie protégée a renoncé en connaissance de cause. Si au moment du paiement, le crédit savait que l'indemnité de remplacement avait été calculée selon la méthode du « *funding loss* », il y a fort à parier qu'il ne connaissait pas, à cette époque, l'existence de l'article 1907*bis* du Code civil qui limite ladite indemnité à six mois d'intérêts<sup>168</sup>. Ce sont sans doute les conseils avisés de son avocate, laquelle est intervenue, selon le relevé des faits, après le remboursement anticipé, qui ont permis de pallier cette lacune.

Le critère de la naissance du litige – ou, à tout le moins, celui de la naissance d'une contestation – semble induire une réduction de l'espace consacré à la renonciation. Les développements tenus ci-dessus corroborent la pertinente remarque de Ludo Cornelis. Prenons l'hypothèse du paiement de tout ou partie de ses obligations: peut-on en inférer une volonté de renoncer? Il conviendra de se demander si, avant de poursuivre l'exécution du contrat, le débiteur a manifesté son « désaccord », sa « désapprobation » par rapport à un aspect de la convention. Dans l'affirmative, l'on peut considérer qu'un litige est né. Par conséquent, le paiement effectué par après – encore faut-il soigneusement vérifier qu'il ait bien lieu en connaissance de la règle protectrice – peut valoir renonciation, sauf si, bien entendu, ledit paiement est lui-même assorti de réserves. Force est de constater que bien souvent les contestations naissent après l'exécution des obligations litigieuses. La porte de la renonciation est-elle fermée? Nous estimons que le juge doit jouer à cet égard un rôle de premier plan.

<sup>167</sup> Cf., en matière de contrat de transaction, TILLEMANS (B.), « Bicentenaire du Code civil (1804-2004) – Des transactions », *J.T.*, 2004, p. 336: « La notion de litige a été progressivement interprétée de façon plus souple et plus extensive par la jurisprudence et la doctrine. [...] [!] suffit que les parties aient des prétentions contraires sur un élément de fait ou une question juridique. »

<sup>168</sup> BIQUET-MATHIEU (Chr.), « L'article 1907*bis* limite l'indemnité de rempli... », *op. cit.*, p. 634, n° 7.

**422. Renonciation et rôle du juge.** – «La renonciation aux dispositions légales impératives qui n'appartiennent pas à l'ordre public ne peut être acceptée qu'avec grande prudence [...]: les renonciations devront, par conséquent, être interprétées de manière assez restrictive.»<sup>169</sup> Il ne saurait être question de renonciation tant que la partie protégée (consommateur...) n'a pas connaissance de la protection qui lui est accordée par la loi. Un tel danger peut être évité si l'on conjugue la renonciation à l'obligation, incombant au juge, d'intervenir d'office<sup>170</sup>. Gustaaf Baeteman s'oppose à ce que le juge «soulève d'office la nullité» de la clause litigieuse dans la mesure où la passivité de la partie protégée peut être dictée par le souci de ses propres intérêts: le cocontractant en question peut estimer que l'exécution de la convention lui procure plus d'avantages que son annulation<sup>171</sup>. L'on ne peut en effet soumettre le consommateur, le locataire... à une «protection forcée». Pour éviter cet écueil, il convient d'adhérer à un office – actif – du juge, rythmé en deux temps. Concrètement, le juge intervient d'office pour soulever la *violation* de la règle protectrice en cause: tel un messenger, le magistrat livre à la partie idoine les règles du jeu manquantes. Cette première étape étant franchie, il est parfaitement possible que la personne protégée décide de ne pas se prévaloir de la protection légale: le juge doit en tenir compte dès lors que la renonciation a certainement lieu en «connaissance de cause». C'est dans cette mesure que les arrêts *Pannon* et *Martín Martín* entrouvrent la porte à la renonciation<sup>172</sup>. Enfin, si une volonté de renonciation n'a pas été exprimée, le juge appliquera les *conséquences de la violation* en question (nullité, réduction...).

Notre propos s'écarte quelque peu de la fine analyse d'Albert Meeùs: ce dernier prescrivait au juge «d'appliquer d'office la disposition légale impérative», à la condition de vérifier *au préalable* si cette disposition n'a pas fait l'objet d'une renonciation valable de la partie intéressée<sup>173</sup>. Notre conception préconise d'accorder un espace à la faculté de renonciation après que le juge aura informé, s'il échet, la personne concernée de la protection qui

<sup>169</sup> VANDEPUTTE (R.), *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, Larcier, Bruxelles, 1977, p. 35: «De verzaking aan dwingende wetsbepalingen die niet behoren tot de openbare orde, slechts met grote voorzichtigheid kan aangenomen worden [...]: verzakingen zullen derhalve vrij restrictief worden opgevat» (souligné par l'auteur).

<sup>170</sup> DEMUYNCK (I.), *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, *op. cit.*, p. 724.

<sup>171</sup> BAETEMAN (G.), «Les effets des dispositions légales impératives protégeant des intérêts privés», *op. cit.*, p. 171, n° 11.

<sup>172</sup> Arrêt *Pannon* (précité), considérant point 33: «dans l'exercice de cette obligation, le juge national n'est toutefois pas tenu, en vertu de la directive, d'écarter l'application de la clause en cause si le consommateur, après avoir été avisé par ledit juge, entend ne pas en faire valoir le caractère abusif et non contraignant»; arrêt *Martín Martín* (précité), considérant point 35.

<sup>173</sup> MEEÛS (A.), «La notion de loi impérative...», *op. cit.*, p. 524, n° 27.

lui est conférée par la loi... L'on peut, selon nous, y voir une garantie que la renonciation aura lieu en connaissance de cause.

Il convient néanmoins de ne pas occulter le risque que certains sujets de droit profitent de leur position de « partie faible » pour postuler la nullité de l'acte – et ne pas renoncer à la protection – alors qu'ils ont adopté auparavant un comportement incompatible avec l'exercice de cette action en nullité. Il est toutefois possible de traiter ces situations à l'aune de la théorie de l'abus de droit<sup>174</sup>. Par ailleurs, l'on ne peut qu'inviter le juge à utiliser habilement la vaste palette des sanctions de manière à contourner toute velléité d'instrumentalisation de la sanction par la partie « faible ».

### III. De l'(in)efficacité de la sanction à la sanction de l'inefficacité

Au nom de l'efficacité de la sanction au regard du but de la règle concernée, les distinctions tranchées entre les régimes des nullités – absolue et relative – doivent être fortement relativisées. Sous couvert de ce même objectif, l'œuvre prétorienne a déployé des trésors d'ingéniosité pour étoffer l'éventail des sanctions en cas de violation de règles impératives et d'ordre public. Il convient, tout d'abord, d'exposer les sanctions nécessitant l'intervention du juge et d'examiner dans quelle mesure elles sont – mais, surtout, devraient être – affinées (§ 1). Nous réfléchissons, ensuite, à l'opportunité de voir émerger une sanction non judiciaire en nous penchant plus particulièrement sur le mécanisme du « réputé non écrit » (§ 2).

#### A. Les sanctions judiciaires permettant le sauvetage du contrat

**423. La nullité partielle et ses déclinaisons.** – Il est actuellement acquis que la sanction – judiciaire – de nullité<sup>175</sup> ne peut toucher qu'une partie de l'acte juridique litigieux. La « nullité partielle » présente la singularité de maintenir la convention moyennant toutefois la suppression de l'élément illi-

---

<sup>174</sup> Liège (7<sup>e</sup> ch.), 29 janvier 2001, *J.T.*, 2001, p. 571 : « Attendu que la nullité prévue par l'article 88, dernier alinéa [de la LPCC] vise à assurer la protection du consommateur; qu'aussi longtemps que le contrat sort ses effets, celui-ci peut, sauf abus, se prévaloir de cette disposition. » Cf. Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 24 juin 2010, R.G. n° C.09.0065.N : la Cour laisse entendre que le droit de critique peut être constitutif d'abus de droit même si, dans le cas qui lui était soumis, un tel abus n'a pas été constaté.

<sup>175</sup> L'on préfère dès lors le terme d'annulabilité : en effet, tant que le juge n'anéantit pas l'acte litigieux, ce dernier bénéficie d'une « présomption de licéité ».

cite qu'elle contient<sup>176</sup>. La doctrine associe à cette sanction d'autres procédés connexes : la réduction<sup>177</sup>, la conversion<sup>178</sup>, la révision de la stipulation entachée d'un vice dans sa formation. Toutes ces techniques contribuent à affiner l'impact de l'illicite afin d'éviter l'écueil d'une nullité totale qui s'avère bien souvent inefficace et contre-productive compte tenu du dessein assigné aux dispositions légales violées. La frontière entre ces différents outils semble pour le moins floue<sup>179</sup>. Mustapha Mekki rejette d'ailleurs ces – trop – subtiles distinctions et plaide pour une conception unitaire de la notion de nullité partielle<sup>180</sup>. Après tout, ces dénominations diverses répondent au même objectif : le rétablissement de la légalité.

Il découle de la jurisprudence de notre Cour de cassation<sup>181</sup> que le juge ne peut, à moins d'y être habilité légalement<sup>182</sup>, remplacer une clause nulle par une autre clause qu'il estime plus appropriée mais qui ne repose pas sur le consentement des parties. Cette règle vise tant les clauses affectées de nullité

<sup>176</sup> SIMLER (Ph.), *La nullité partielle des actes juridiques*, L.G.D.J., Paris, 1969, p. 210 : l'auteur recourt à la métaphore de la « paire de ciseaux » pour caractériser la nullité partielle : « l'acte est amputé d'une partie plus ou moins grande de lui-même : d'une phrase, d'un paragraphe, parfois d'un mot seulement [...] ».

<sup>177</sup> La réduction consisterait, en revanche, en une opération plus subtile en ce sens qu'elle débouche sur le « remplacement » d'une quantité, d'un chiffre, par une autre quantité, par un autre chiffre (SIMLER (Ph.), *ibid.*, p. 210).

<sup>178</sup> La conversion apparaît davantage comme un « dérivé qualitatif » de la nullité partielle (SERINET (Y.-M.), « Le juge et l'illicéité du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, COLLART DUTILLEUL (Fr.) et COULON (C.) dir., Economica, Paris, p. 90, n° 8). L'acte irrégulier sera reconstruit en un acte régulier, le cas échéant sous une autre qualification, à condition que le produit de la conversion réalise le plus précisément possible les conséquences juridiques recherchées par les cocontractants lors de la conclusion de l'acte illicite (RONSE (J.), « Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen », *T.P.R.*, 1965, p. 202 : « Conversie is het omzetten van een door de partijen gewilde maar nietige rechtshandeling, in een andere geldige rechtshandeling dit het doel dat de partijen bij het aangaan van de nietige rechtshandeling beoogden, zij het gedeeltelijk, toch zo goed mogelijk verwezenlijkt »). Hormis les cas où la conversion est validée légalement (conversion légale), la doctrine se montre plutôt réticente à l'idée qu'un juge puisse, *in fine*, imposer aux parties un contenu obligationnel différent de celui qui était convenu (cf. CORNELIS (L.), *Algemene theorie van de verbintenis*, *op. cit.*, p. 725 et 732). À propos de la conversion légale, cf. RONSE (J.), *ibid.*, p. 202 et s. ; JACQUEMIN (H.), *Le formalisme contractuel...*, *op. cit.*, p. 255 et s. : « À titre de sanction, la conversion légale consiste à modifier les obligations résultant de l'acte juridique litigieux (généralement un contrat), conformément aux dispositions légales impératives applicables en l'espèce » ; cons. également DURANT (I.), « Les exceptions au bail de neuf ans », in *Le bail de résidence principale*, BENOIT (G.) et al. dir., La Charte, Bruxelles, 2006, p. 207 et 208, n° 7 ; VAN OMMESLAGHE (P.), *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, p. 962 à 965.

<sup>179</sup> RONSE (J.), *ibid.*, p. 208.

<sup>180</sup> MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat...*, *op. cit.*, p. 587 et 588 ; CAUFFMAN (C.), « Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité », note sous Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 23 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2007, p. 431 et 432, n° 11.

<sup>181</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 23 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2007, note CAUFFMAN (C.), p. 423.

<sup>182</sup> De nombreuses dispositions légales octroient au juge le pouvoir de modérer une clause exorbitante : cf. les exemples cités par WÉRY (P.), *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 312, n° 342.

absolue que celles qui sont entachées de nullité relative<sup>183</sup>. Il convient toutefois de nuancer cet enseignement dans la mesure où les stipulations contraires au droit impératif seront souvent remplacées par la disposition légale violée. De même, le « vide » résultant de l'annulation d'une clause blessant l'ordre public sera bien souvent comblé par l'application du droit supplétif ou les clauses d'usage<sup>184</sup>. Dans ces conditions, le juge est régulièrement conduit à retoucher – à corriger – une disposition contractuelle illicite afin de la rendre conforme à la loi. Par exemple, lorsque l'indemnité forfaitaire d'une clause de non-concurrence est supérieure à trois mois de rémunération, le juge en réduit le montant au maximum légalement autorisé<sup>185</sup>. L'on peut trouver une autre illustration de ces « retouches » – légalement sous-tendues – dans un arrêt de la Cour du travail de Liège. En l'espèce, la juridiction a prolongé la durée de la clause d'essai pour l'aligner sur le minimum légal (soit un mois)<sup>186</sup>.

**424. L'étendue de l'éradication de l'illicite.** – Lorsqu'un acte juridique est entaché d'une cause de nullité surgit généralement la question de savoir si le vice contamine tout le contrat et nécessite dès lors l'anéantissement intégral de l'acte ou s'il convient, en revanche, de sauver la convention en éradiquant uniquement les éléments illicites (nullité partielle). Un premier critère, dégagé par la Cour de cassation dans un arrêt du 27 février 1959, consiste à se référer à la volonté commune des parties en examinant, à cette aune, si la ou les stipulations frappées d'illicéité peuvent être détachées du reste de la convention<sup>187</sup>.

La volonté des parties, recherchée en application des techniques d'interprétation du droit commun, ne suffit pas à déterminer le caractère (in)divisible des dispositions en cause ; elle se voit en effet supplantée par l'intention du législateur<sup>188</sup> et le dessein d'une sanction efficace, adaptée au but de la règle violée. Il incombe au juge de prononcer la nullité partielle lorsqu'il apparaît

<sup>183</sup> En ce sens : VAN OMMESLAGHE (P.), *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, p. 965, n° 644.

<sup>184</sup> CAUFFMAN (C.), « Vers un endiguement... », *op. cit.*, p. 440, n° 26 ; VAN OMMESLAGHE (P.), *ibid.*, p. 965, n° 644 ; cf. *supra*, n° 9.

<sup>185</sup> Cass., 25 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 561.

<sup>186</sup> Cour trav. Liège (8<sup>e</sup> ch.), 16 décembre 2004, inédit, R.G. n° 31971/03.

<sup>187</sup> « Lorsqu'une convention contient plusieurs stipulations qui, dans l'intention des parties, forment un tout indivisible, la nullité d'une des stipulations entraîne la nullité de la convention entière » : sommaire de Cass., 27 février 1959, *Pas.*, 1959, I, p. 653 ; *adde* : Cass., 13 octobre 1960, *Pas.*, 1961, I, p. 160. Sur ces arrêts, cons. CLAEYS (I.), « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », in *Sancties en nietigheden*, Larcier, Bruxelles, 2003, p. 306 à 308.

<sup>188</sup> CAUFFMAN (C.), « Vers un endiguement... », *op. cit.*, p. 433, n° 14 : « l'intention du législateur instituant la nullité prévaut cependant sur la volonté des parties » ; l'auteur se réfère à l'arrêt suivant : Cass., 15 mai 2001, *Pas.*, 2001, p. 858. Cf. également CLAEYS (I.), *ibid.*, p. 308, note 179.

conforme à la volonté du législateur de préserver le contrat tout en rayant de ce dernier la clause illicite<sup>189</sup>.

La nullité partielle signifie que le juge se cantonne à supprimer une clause ou une partie de l'acte juridique. Il convient d'appréhender la notion de clause dans son acception intellectuelle et non matérielle<sup>190</sup>. En d'autres termes, la clause renvoie à une « sorte d'entité interne, intellectuellement détachable de l'opération juridique principale et du contrat »<sup>191</sup>. Il faut dès lors admettre que la nullité peut être limitée à la suppression d'un mot, d'une proposition subordonnée ou encore d'un fragment de phrase<sup>192</sup>. Ces diverses entités peuvent en effet constituer autant de « clauses » (au sens intellectuel) qui, elles-mêmes, font partie d'autres clauses, à l'instar du jeu des poupées russes<sup>193</sup>. Certains auteurs pointent toutefois le risque que ces ablations chirurgicales touchent « n'importe quel élément de la clause, n'importe lequel de ses effets [...] »<sup>194</sup>, sans que l'on y décèle pour autant une individualité intellectuelle au sens strict<sup>195</sup>. À force de généraliser le mécanisme, on pourrait bien glisser vers une sanction de révision axée plutôt sur la « mise en conformité » de la convention que sur l'anéantissement pur et simple de l'illicite<sup>196</sup>.

**425. La proportionnalité de la sanction.** – Les modalités d'extraction de l'illicite – et de restauration de la légalité – doivent répondre à l'objectif principal d'efficacité de la sanction. Le développement de la nullité partielle

<sup>189</sup> Tel est, notamment, le cas en matière de clauses abusives où la nullité partielle est d'ailleurs expressément prévue par la loi : cf. article 75, § 1<sup>er</sup>, al. 2, de la LPMC. Cf. CAUFFMAN (C.), *ibid.*, p. 433, n° 14 ; CLAEYS (I.), *ibid.*, p. 309 et s.

<sup>190</sup> Pour reprendre l'expression de Philippe Simler (*La nullité partielle des actes juridiques*, *op. cit.*, p. 8, n° 8).

<sup>191</sup> GENICON (Th.), « De la nullité partielle à la clause réputée partiellement non écrite », *Revue des contrats*, 2010, p. 1199 et s.

<sup>192</sup> SIMLER (Ph.), *La nullité partielle des actes juridiques*, *op. cit.*, p. 8, n° 8.

<sup>193</sup> Pour des illustrations, cf. CAUFFMAN (C.), *ibid.*, p. 433 et 434, n° 15 ; CLAEYS (I.), *ibid.*, p. 311, n° 63 : l'auteur propose, par exemple, que dans le cas d'une clause d'exonération de responsabilité pour dol, la nullité soit cantonnée au seul dol en maintenant les autres hypothèses – licites – d'exonération. Cf. également Cass., 12 octobre 2007, *R.C.J.B.*, 2008, p. 527, note KIRKPATRICK (J.).

<sup>194</sup> GENICON (Th.), *ibid.*, p. 1199 et s.

<sup>195</sup> Le fait que certains commentateurs utilisent l'expression de « nullité partielle de la clause » est révélateur de ce risque (cf. WÉRY (P.), *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 304, n° 334 : « il se peut qu'une clause ne soit annulée qu'en partie »).

<sup>196</sup> GENICON (Th.), *ibid.*, p. 1199 et s. : « La généralisation de l'anéantissement partiel désigne par prétériorité ce que l'on se refuse un peu à voir : le maintien d'un contrat retouché et qui n'est donc plus tout à fait le même. Il est très arrangeant pour le moment de n'y voir qu'une variante de la nullité, car cela conduit à présenter de façon monolithique et sans rupture la sanction de la formation du contrat [...] alors qu'en vérité, c'est peut-être d'une reconstruction de la matière autour de deux sanctions dont il est question : la nullité d'un côté et la mise en conformité du contrat de l'autre » ; compar. ΜΕΚΚΙ (M.), *L'intérêt général et le contrat...*, *op. cit.*, p. 588, n° 1000.

s'inscrit dans une logique de «sauvetage du contrat». La partie protégée est ainsi invitée à dénoncer l'illicite, sans craindre de perdre le bénéfice du reste de la convention. La technique dissuade, de surcroît, la partie forte d'insérer dans le contrat une clause illégale. Ce dernier avantage perd nettement de sa vigueur lorsque les techniques – chirurgicales – d'élimination de l'illicite aboutissent, en fin de compte, à la préservation de la clause, laquelle est généralement défavorable à la partie faible protégée par la loi. Il convient même de redouter un retour de flamme, en ce sens que «l'effet prophylactique ne se produit plus car le contractant fort a tout intérêt à “tenter sa chance” en glissant une modalité illicite dans la clause puisque, de toute façon, il ne sera pas privé de son bénéfice»<sup>197</sup>. Cet effet pervers peut toutefois être contré si l'on confère au juge le pouvoir de moduler librement la portée de la sanction au gré des enjeux : tantôt la perspective de protéger une partie déterminée et d'assurer efficacement la prévention de toute autre illécitité lui dictera d'anéantir complètement la clause litigieuse, tantôt la délicate conciliation d'intérêts opposés se délectera de la stricte retouche des éléments illicites<sup>198</sup>.

Il nous semble dès lors indiqué d'octroyer au juge un certain pouvoir d'appréciation dans la détermination de la sanction. Le magistrat disposerait ainsi de la flexibilité nécessaire en vue de servir le plus adéquatement possible la volonté du législateur. Il serait, par ailleurs, en mesure d'enrayer les risques d'abus et d'instrumentalisation de la sanction par l'une ou l'autre partie. En somme, on invite le juge à exercer ses prérogatives de manière à formuler une sanction proportionnée : celle-ci doit être nécessaire et adaptée au but de la règle violée. Le principe de proportionnalité fait en outre écho à l'indispensable conciliation – hiérarchisation – des intérêts en présence<sup>199</sup>. Lorsqu'une règle principalement protectrice d'une partie faible est violée, il est essentiel d'apporter une solution adaptée – sur mesure –, sans verser dans une «surprotection» contre-productive. Une telle dérive obérerait les autres intérêts indirectement concernés par la norme transgressée<sup>200</sup>.

<sup>197</sup> GENICON (Th.), *ibid.*, p. 1199 et s.

<sup>198</sup> CAUFFMAN (C.), « Vers un endiguement... », *op. cit.*, p. 435, n° 18; SERINET (Y.-M.), « Le juge et l'illicéité du contrat », *op. cit.*, p. 92 à 94.

<sup>199</sup> Cf. *supra*, n°s 7 et 10.

<sup>200</sup> La question de la proportionnalité des sanctions a fait l'objet d'une analyse approfondie par Hervé Jacquemin. Dans sa thèse consacrée au formalisme contractuel (*Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible, op. cit.*), l'auteur épingle deux sources distinctes de sanctions : d'une part, celles qui sont prescrites par les législations protectrices de la partie faible ; d'autre part, celles qui résultent de la théorie générale des contrats. Au départ de cette dualité s'est construite une distinction de traitement – appuyée par la jurisprudence de la Cour de cassation – au niveau du régime de la sanction (*ibid.*, p. 425 et s.). La violation d'une règle de forme qui n'est pas assortie d'une sanction spécifique déterminée par la loi relève de la théorie générale des contrats. Elle est soumise à une « nullité prétoirienne » dont les contours ont été dessinés dans un important arrêt de la Cour de cassation du 26 mai

## B. Le réputé non écrit

**426. Un « concept autonome » distinct de la nullité partielle ?** – La formule « réputé non écrit » a connu un engouement sans pareil ces dernières années au point de figurer dans bon nombre de dispositions légales<sup>201</sup>. Une question divise la doctrine : cette expression particulière cache-t-elle une sanction spécifique distincte de la nullité par voie judiciaire ou doit-on considérer que le législateur ne recourt à cette expression qu'en vue de modaliser les effets de la sanction classique de l'annulabilité (voie judiciaire). La doctrine dominante a considéré tout un temps cette expression comme un synonyme de la nullité partielle<sup>202</sup>.

Une autre interprétation, favorable à l'autonomie du réputé non écrit, s'est toutefois développée dans une partie de la doctrine française. L'expression désignerait une sanction spécifique, distincte de la nullité, par laquelle le législateur dénie à la clause toute existence en purgeant la convention

---

2006 (D.C.C.R., 2007, p. 196, note WÉRY (P.)). La Haute juridiction judiciaire a décidé que la sanction de nullité ne revêtait, dans cette hypothèse, nullement un caractère automatique : le juge du fond ne doit la prononcer que s'il est établi, *in concreto*, que « les conséquences résultant de la méconnaissance des formes sont telles que le consentement de la partie faible n'a pas été donné en pleine connaissance de cause » (JACQUEMIN (H.), *Le formalisme contractuel...*, *op. cit.*, p. 452, n° 333 ; Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 26 mai 2006, D.C.C.R., 2007, p. 196, note WÉRY (P.)). La Cour de cassation tient toutefois un autre raisonnement lorsque la loi prévoit expressément la sanction applicable à la méconnaissance d'une règle de forme. Dans un arrêt du 7 décembre 2006, rendu en matière de crédit à la consommation, la juridiction suprême pose en effet le principe de l'application automatique de la sanction – prévue par la loi – dès que les contraintes de forme n'ont pas été scrupuleusement respectées (Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 7 décembre 2006, *J.J.P.*, 2007, p. 410, note DE PATOUL (F.)). Le contractant de la partie protégée ne peut, par conséquent, échapper à la sanction – et sauver le contrat en cas d'annulation – en démontrant que l'objectif poursuivi par les formes a toutefois été atteint. Dans la mesure où le formalisme ne doit être envisagé que comme un moyen permettant d'atteindre une fin déterminée, il convient d'approuver l'arrêt du 26 mai 2006. En décider autrement reviendrait à succomber à l'adage « *summum ius, summa iniuria* ».

<sup>201</sup> À titre d'exemples : articles 900, 1762bis, 1231, § 3, et 1153, al. 5, du Code civil ; articles 29 à 32 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, *M.B.*, 9 juillet 1991 ; article 7 *in fine* de la loi du 2 août 2002 relative à la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales, *M.B.*, 7 août 2002 ; article 13, al. 1<sup>er</sup>, de la loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction, *M.B.*, 11 septembre 1971 (loi *Breyne*).

<sup>202</sup> Cf. WÉRY (P.), « Nullité, inexistence et réputé non écrit », in *La nullité des contrats*, WÉRY (P.) dir., CUP, vol. 88, Larcier, Bruxelles, 2006, p. 21, n° 9 ; CLAEYS (I.), « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », *op. cit.*, p. 286 et 287, n° 26.

de celle-ci<sup>203</sup>. La clause est ainsi, par le jeu d'une fiction juridique, réputée n'avoir jamais figuré dans le contrat<sup>204 205</sup>.

Dans sa thèse consacrée à « la clause réputée non écrite », Sophie Gaudemet met en exergue les deux traits fondamentaux de cette nouvelle expression. Il s'agit d'une sanction qui opère d'elle-même, de plein droit, sans intervention préalable du juge. Par ailleurs, le réputé non écrit est un procédé qui, *par essence*, contribue à sauvegarder le contrat (purgé de la clause illicite)<sup>206</sup>.

#### **427. Une ouverture au réputé non écrit comme sanction autonome? –**

La thèse de l'autonomie du réputé non écrit en est encore à ses balbutiements ; elle n'a pas encore acquis toutes ses lettres de noblesse en Belgique. Certains auteurs tentent toutefois de lui ménager une place de choix au rang des sanctions des clauses illicites et en préconisent l'application lorsqu'elle répond à la volonté du législateur<sup>207</sup>.

Appréhendé comme notion autonome, le réputé non écrit présente des caractéristiques propres qui le distinguent de la sanction de nullité. Il apparaît, tout d'abord, que le juge se borne à constater une situation de droit préexistante, à l'inverse du jugement de nullité qui s'assimile à une décision constitutive d'une situation nouvelle. Le réputé non écrit échappe, de plus, à toute prescription extinctive puisque la clause est censée n'avoir jamais figuré dans la convention. Par identité des motifs, cette sanction originale permet de faire l'économie des difficultés liées à la titularité du droit de critique : toute personne peut, en effet, faire état du caractère non écrit de l'acte illicite et le juge peut soulever d'office que la clause a été rayée du contrat par l'effet de

<sup>203</sup> STIJNS (S.), « La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'inexécution ou de vice de formation », in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Éditions du Jeune Barreau, Bruxelles, 2008, p. 420, n° 75.

<sup>204</sup> VON KUEGELGEN (M.), « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », in *Les obligations contractuelles*, Éditions du Jeune Barreau, Bruxelles, 2000, p. 573, n° 6.

<sup>205</sup> Ludo Cornelis souscrit également à la thèse favorable à l'autonomie du réputé non écrit : ladite sanction constituerait, selon cet auteur, une application de la théorie de l'inexistence (CORNELIS (L.), *Algemene theorie van de verbintenis*, *op. cit.*, p. 678). Si le réputé non écrit présente certains rapprochements avec l'ancien concept d'inexistence, il ne s'y identifie cependant pas. La notion d'inexistence vise, en effet, à traduire l'état d'un acte juridique qui, privé de l'un de ses éléments essentiels, n'a pas pu, par la force des choses, accéder à la vie juridique (WÉRY (P.), « Nullité, inexistence et réputé non écrit », *op. cit.*, p. 22, n° 10).

<sup>206</sup> GAUDEMET (S.), *La clause réputée non écrite*, Economica, Paris, 2006, p. 58 à 80. Certes, la nullité partielle permet, elle aussi, de maintenir la convention, mais ce n'est qu'au titre d'une modalisation des effets de la nullité, cette dernière visant en principe à anéantir l'acte juridique. Le point de départ de la nullité diffère dès lors de celui du réputé non écrit (*ibid.*, p. 72, n° 128).

<sup>207</sup> Cf. WÉRY (P.), *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 308 et 309, n° 339.

la loi. Enfin, il semble que toute renonciation au caractère non écrit de la clause soit inconcevable<sup>208</sup>.

L'arrêt de la Cour de cassation du 25 avril 2003<sup>209</sup>, a suscité de vives réactions doctrinales dans la mesure où il touche au caractère judiciaire de la nullité et bouleverse les conséquences juridiques bien établies qui sont attachées à cette institution. En l'espèce, la Cour de cassation, passant outre le caractère judiciaire et limité dans le temps de la nullité d'une disposition contractuelle, se fonde directement sur l'article 6 de la loi sur les baux commerciaux pour accorder au bailleur la révision du loyer (quel que soit le contenu d'une clause contraire dont la nullité est prescrite).

L'arrêt du 25 avril 2003 est surprenant à différents égards. La Cour de cassation tire du caractère impératif de la loi sur les baux commerciaux un certain nombre de conclusions – novatrices – quant au sort à réserver à la clause illicite : alors qu'il aurait classiquement fallu postuler la nullité, dans la limite du délai de prescription, de la disposition contractuelle litigieuse, la Cour admet une solution qui tranche sérieusement avec les caractéristiques essentielles de la nullité, à savoir le caractère judiciaire et limité dans le temps. La position de la Cour est d'autant plus audacieuse qu'elle écarte la nécessité d'une action en nullité alors que d'une part, les travaux préparatoires de la loi sur les baux commerciaux semblent préconiser la sanction de nullité et que, d'autre part, la loi n'utilise pas d'expression telle que « réputée non écrite » ou « inexistante ». C'est le demandeur en cassation qui, dans son pourvoi, a finement fait état de cette sanction<sup>210</sup>.

Toujours est-il que cette importante décision semble déboucher sur la reconnaissance, par la Cour, d'une autre sanction – ou d'un « nouveau traitement » – des dispositions contractuelles qui ne sont pas conformes aux règles impératives<sup>211</sup>.

<sup>208</sup> La clause réputée non écrite est, en effet, censée n'avoir jamais intégré le champ contractuel. L'on ne saurait conférer une existence réelle à une stipulation contractuelle qui n'a qu'une vie fictive (COTTE-REAU (V.), cité par WÉRY (P.), « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 154, n° 25).

<sup>209</sup> Cass., 25 avril 2003, *Pas.*, 2003, p. 877 ; *R.G.D.C.*, 2005, p. 42, note WÉRY (P.) ; cf. également la version néerlandaise de l'arrêt sur *juridat* (plus complète que la version française). Pour une analyse de l'arrêt, cons. : CLAEYS (I.), « Ontbinding en nietigheid van overeenkomsten : rechtelijke tussenkomst altijd vereist ? », in *Contractenrecht in beweging*, Kluwer, Malines, 2004, p. 190 à 195 ; STIJNS (S.), « La dissolution du contrat... », *op. cit.*, p. 423 à 425 ; WÉRY (P.), « Nullité, inexistence et réputé non écrit », *op. cit.*, p. 29 à 32.

<sup>210</sup> WÉRY (P.), « L'essor du droit impératif... », *op. cit.*, p. 155, n° 27.

<sup>211</sup> CLAEYS (I.), *ibid.*, p. 195, n° 397 : « Zal het [hof] een objectief en redelijk verantwoord criterium moeten aanreiken om uit te maken in welke gevallen een schending van een regel van dwingend recht tot de nieuwsoortige sanctie (welke?) aanleiding geeft en in welke gevallen ze wel een rechterlijke tussenkomst vereist opdat met een andersluidend contractueel beding geen rekening zou zijn te houden. » Traduction libre : la Cour devra utiliser un critère objectif et raisonnablement justifié pour décider que

Cette « nouvelle sanction » désigne-t-elle le réputé non écrit ? La prudence est de mise. Le critère de l'efficacité de la sanction par rapport au but de la règle incite toutefois à promouvoir une sanction originale. Nul doute que le réputé non écrit présente des atouts de taille : la stipulation illicite est, *ab initio*, sans nécessité de recours judiciaire, privée de tout effet ou, en d'autres termes, elle est « inefficace ».

## Conclusion

**428.** « La volonté sans la loi est inefficace » : il serait certes réducteur de prétendre synthétiser notre contribution par cette formule ramassée. Cette dernière nous semble cependant constituer un bon angle d'attaque pour tirer quelques conclusions de notre réflexion.

L'expression met tout d'abord en exergue le rapport entre l'autonomie de la volonté et la loi. Les vertus de l'imagination individuelle ne produisent véritablement des effets de droit que dans la mesure où la loi – l'ordre juridique – le prévoit<sup>212</sup>. Les règles supplétives, impératives et d'ordre public posent, dans ce cadre, les balises de la sanction légale – dans les deux sens du terme : approbation des stipulations en cas de conformité aux valeurs du juste et de l'utile ; censure des dispositions contractuelles lorsque les prescriptions légales ne sont pas respectées.

La « loi » à laquelle on identifie la convention – principe de la « convention-loi » – ne se réduit pas à la contrainte ; destinée à déterminer, dans une *juste mesure*, les droits et obligations des parties, elle renferme une exigence axiologique (pôle de légitimité) qui conditionne la force obligatoire du contrat : « Les conventions sont obligatoires non parce qu'elles ont été voulues, mais parce qu'elles sont justes ou présumées telles »<sup>213</sup>. Les dispositions supplétives, conçues comme des modèles voués à orienter les pratiques conventionnelles (effectivité), incarnent la loi contractuelle idéale ; elles permettent, en outre, de par leur qualité supplétive, de reconnaître (Hart) une force obligatoire à des stipulations contraires dès lors qu'il est estimé juste et utile d'abandonner telle ou telle matière à la liberté contractuelle. Les règles impératives (au sens large) présentent, quant à elles, l'intérêt d'imposer une solution équilibrée

---

la violation d'une règle de droit impératif donne lieu à une nouvelle sanction (laquelle?) et pour déterminer les cas dans lesquels une intervention judiciaire sera finalement exigée afin d'écarter une clause contraire.

<sup>212</sup> JESTAZ (Ph.), *Les sources du droit*, Dalloz, Paris, 2005, p. 82 : « L'acte juridique, bien que volontaire, ne produit des effets de droit que dans la seule mesure où l'ordre juridique le veut lui-même. »

<sup>213</sup> CHAZAL (J.-P.), « De la signification du mot loi dans l'article 1134, al. 1<sup>er</sup> du Code civil », *op. cit.*, p. 282.

– proportionnée –, aux confins du juste et de l'utile, qui ne pourrait que rarement être atteinte si on laissait les parties s'accorder « librement ». L'arme de l'impérativité peut, en ce sens, être conçue comme la garantie que les vues idéales portées, le cas échéant, par les dispositions supplétives ne seront pas écartées par un accord de volontés.

Par ailleurs, les procédés d'éradication de l'illicite ne traduisent-ils pas la finalité de priver les clauses litigieuses de leur force obligatoire en sorte que ces dernières ne « lient pas »<sup>214</sup> l'autre partie contractante ? Sanction et force obligatoire ne seraient dès lors que les deux facettes d'une même pièce. La corrélation entre ces deux aspects peut être corroborée par le fait que la volonté des parties est, des deux côtés, supplantée par la loi. L'autonomie de la volonté ne constitue plus, en effet, une base suffisamment solide pour justifier la force obligatoire des contrats ; il convient, à cet égard, de se référer à l'intérêt général, défini comme le vecteur de l'utilité sociale et de la justice contractuelle. De même, pour déterminer l'étendue de l'illicite qu'il devra gommer, le juge se soucie peu de la volonté des parties dès lors qu'il attache une importance prépondérante à l'intention du législateur<sup>215</sup>. L'emprise de la loi est à son paroxysme dans le cas du réputé non écrit puisque la clause est, *ab initio*, sans nécessité d'intervention d'un juge, rayée de la convention ; en d'autres termes, la stipulation en cause est, par la force de la loi, « inefficace »<sup>216</sup>.

En outre, nous avons épinglé, au stade de la recherche d'un nouveau fondement de la force obligatoire des conventions, une certaine unité entre les lois supplétives, impératives et d'ordre public. L'alliance est d'autant plus forte entre ces deux dernières que l'intérêt général, à l'aune de laquelle est appréciée la force obligatoire du contrat, est le fruit de la conciliation des intérêts – privés, communs, publics – qui sont protégés par la réglementation impérative au sens large. Nous avons, à cet égard, noté que le critère de l'intérêt protégé, sur lequel repose la reconnaissance d'une règle d'ordre

<sup>214</sup> Plusieurs directives européennes recourent à l'expression « ne lient pas » pour sanctionner les clauses illicites. Cf. : l'article 6 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.C.E.*, n° L 95, 21 avril 1993 ; l'article 7 de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *J.O.C.E.*, n° L 171, 7 juillet 1999. Certains auteurs pointent de fortes similitudes entre les caractéristiques du « réputé non écrit » et les conséquences qui sont attribuées à la sanction européenne « ne lient pas » : cf. WÉRY (P.), « L'essor du droit impératif... », *op. cit.*, p. 152 et 153 ; STIJNS (S.), « De beëindiging van verbintenissen : recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval », in *Verbintenissenrecht*, coll. « Themis », die Keure, Bruges, 2010, p. 50, n° 39.

<sup>215</sup> Cf. *supra*, n° 21.

<sup>216</sup> Cf. STIJNS (S.), « La dissolution du contrat... », *op. cit.*, p. 419, n° 73.

public ou de droit impératif (au sens strict), manque de consistance en ce sens que la protection d'intérêts privés est indissociable de la sauvegarde de l'intérêt général<sup>217</sup>. Si la suppression de l'illicite reflète la méconnaissance de ce qui fonde la force obligatoire des conventions, il convient dès lors de se demander si le régime des sanctions ne doit pas, lui aussi, se départir d'une distinction entre le droit impératif au sens strict et l'ordre public. En d'autres termes, l'opposition entre la nullité relative et la nullité absolue est-elle toujours fondée lorsqu'il s'agit de sanctionner une clause frappée d'illicéité?

En l'état actuel, la délimitation entre nullité absolue et relative s'est fortement estompée au niveau de l'office du juge<sup>218</sup>. En outre, sans fermer complètement la porte à la renonciation, nous en préconisons une application restrictive dans une logique de protection de la partie faible. Le mécanisme du réputé non écrit fait assurément figure de renouveau au sein de l'arsenal des sanctions. Il revêt des avantages de taille (caractère non judiciaire, imprescriptible) et transcende le clivage ordre public et droit impératif. Toutefois, les caractéristiques du réputé non écrit (dans son acception autonome) ne peuvent, à notre sens, être intégrées trait pour trait en droit belge. Pour ne mentionner qu'un exemple, l'impossibilité totale de renonciation déduite de la théorie du réputé non écrit semble peu compatible avec la position adoptée par la Cour de justice dans les affaires *Martín Martín* et *Pannon*. Il nous paraît néanmoins judicieux de s'inspirer des ressources de ce nouveau procédé afin de transfigurer le système des sanctions et lui donner les moyens d'être à la hauteur de ses ambitions : apporter une solution efficace au regard de la finalité de la règle transgressée.

C'est animé par ce dessein que le juge choisira la sanction idoine et un cortège de conséquences adaptées au cas d'espèce, qu'il déterminera l'ampleur de la suppression de l'illicite, qu'il endiguera, le cas échéant, les abus d'une des parties ; il veillera, en somme, à œuvrer de manière juste et utile. Un vœu pieux ? Gageons que la pratique évolue en ce sens.

---

<sup>217</sup> Cf. *supra*, n° 13.

<sup>218</sup> L. DE ZUTTER, « Le juge face aux clauses abusives : à la croisée du droit des obligations et du droit judiciaire », *op. cit.*, p. 192, n° 22.