

strijdigheid met artikel 7 van het decreet d'Allarde, thans artikel II.3 Wetboek van economisch recht;

– in de specifieke omstandigheden, eigen aan deze zaak, het de rechter toekomt om het bedoelde niet-afwerfingsbeding en niet-concurrentiebeding te matigen tot de wettelijk toegelaten omvang indien zij zouden strijden met artikel 7 van het decreet d'Allarde;

– uit de tussen partijen gesloten overeenkomst volgt dat de rechter gehouden is om het niet-afwerfingsbeding en het niet-concurrentiebeding in voorkomend geval partieel in plaats van zonder meer volledig nietig te verklaren.

De appelrechters die, in acht genomen deze vaststellingen, waaruit blijkt dat een partiële nietigheid mogelijk was en overeenstemde met de partijbedoeling, de vordering van de eiseres tot algehele nietigverklaring van het niet-afwerfingsbeding en het niet-concurrentiebeding afwijzen op de enkele

grond dat de eiseres de algehele en niet de partiële nietigheid van deze bedingen vordert en zij zodoende *ultra petita* zouden oordelen door een partiële nietigheid uit te spreken, verantwoord hun beslissing niet naar recht.

Het onderdeel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de zaak naar het hof van beroep te Gent.

Note

Un juge actif en cas de nullité partielle?

Stéphanie Lagasse¹

I. LES RÉTROACTES

1. La société Leon Invest CVA, ci-après « Leon Invest » a introduit un pourvoi en cassation contre un arrêt rendu par la cour d'appel de Bruxelles le 28 juin 2018, lequel l'avait débouté de sa demande.

Dans ce litige au fond, Leon Invest sollicitait notamment la nullité intégrale de clauses de non-concurrence et de non-débauchage et ce, pour contrariété à l'article II.3 du Code de droit économique et à l'article 7 du décret d'Allarde. Selon celle-ci, ces clauses ne respectaient pas les limitations de temps, d'objet et d'espace et constituaient dès lors une entrave à la liberté d'entreprendre.

De l'examen des éléments propres au litige, la cour d'appel de Bruxelles commença par constater qu'en l'espèce, pro-

noncer la nullité partielle de ces clauses était possible². Rappelant la jurisprudence récente de la Cour de cassation en matière de nullité partielle³, elle constate que la demanderesse ne conteste pas en soi que les clauses litigieuses présentaient un intérêt légitime dans le cadre des relations contractuelles avec la défenderesse mais que les limitations prévues par les clauses étaient déraisonnables⁴.

Dans leurs conventions, les parties avaient par ailleurs convenu diverses clauses prévoyant notamment une renonciation à solliciter la nullité intégrale des clauses litigieuses et l'engagement de ne solliciter que la réduction à ce qu'elles avaient d'acceptable en cas de litige à cet égard⁵. Les juges d'appel, confirmant d'abord la validité de ces clauses⁶, ont

¹. Assistante à l'Université libre de Bruxelles (ULB), magistrat.

². Bruxelles, 28 juin 2018, R.G. 2014/R/1237, inédit, p. 16.

³. Cass., 23 janvier 2015, C.13.0579.N., *J.T.*, 2015, p. 734 et Cass. (plén.), 25 juin 2015, C.14.0008.F., *J.T.*, 2015, p. 727; Cass., 4 janvier 2019, C.18.0045.N., *R.G.D.C.*, 2019, p. 509. Les deux arrêts successifs de 2015 ont par ailleurs à l'époque été largement commentés: C. LEBON, « Niet concurrentiebedingen en het nut van deelbaarheidsbedingen », *N.J.W.*, 2015, pp. 914-918; P. WERY, « Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel: la nullité partielle d'une clause illicite », *R.C.J.B.*, 2016/3, pp. 387-433; M.L. WANTIEZ, « La nullité partielle d'une clause de non-concurrence », *J.T.T.*, 2015, pp. 483-486; T. TANGHE, « Gedeeltelijke vernietiging/matiging van ongeoorloofde concurrentieclausule », *R.D.C.*, 2016, pp. 382-393; S. LAGASSE, « La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence », *J.T.*, 2015, pp. 717 à 721.

⁴. Bruxelles, 28 juin 2018, R.G. 2014/AR/1237, inédit, p. 16.

⁵. Bruxelles, 28 juin 2018, R.G. 2014/AR/1237, inédit, p. 16. L'on ajoutera que ces clauses mentionnaient par ailleurs également explicitement que les parties reconnaissaient que les clauses litigieuses étaient convenues dans l'intérêt d'une des parties.

⁶. Les juges d'appel assimilent ces clauses à des clauses de divisibilité dont la validité est largement admise en droit belge. Voy. not.: R. JAFFERALI, *o.c.*, p. 710; P. WERY, « Nullité totale ou partielle », *Rép. not.*, t. IV, *Les obligations. La théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 447; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, t. I, Bruges, la Charte, 2013, n° 183.

estimé ne pas pouvoir s'en distancier sans méconnaître la force obligatoire des conventions⁷. En conséquence, la cour d'appel estima être *tenue*⁸ de ne prononcer qu'une nullité partielle des clauses litigieuses, en lieu et place d'une nullité totale.

Aussi, de la circonstance que Leon Invest sollicitait la nullité totale des clauses litigieuses et pas leur nullité partielle, même à titre subsidiaire, la cour d'appel de Bruxelles déclara

la demande non fondée, au risque selon elle notamment de statuer « *ultra petita* »⁹.

2. Mécontente de cette décision, Leon Invest introduit un pourvoi en cassation contenant un seul moyen: la violation par les juges d'appel du principe dispositif.

L'avocat général VANDERLINDEN a déposé des conclusions aux termes desquelles le pourvoi devait être rejeté. Celles-ci n'ont pas été suivies par la Cour de cassation.

II. LES CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

3. Dans ses conclusions, l'avocat général VANDERLINDEN commence par rappeler les conditions cumulatives auxquelles la nullité partielle d'une clause peut être admise aux termes des enseignements de la Cour de cassation: elle doit être possible, elle doit correspondre à la volonté des parties et elle ne peut être interdite par la loi¹⁰. Selon les juges d'appel, les conditions pour qu'une nullité partielle de la clause de non-concurrence et de non-débauchage soit prononcée étaient réunies¹¹, ce que l'avocat général constate également.

Examinant le moyen invoqué par Leon Invest, soit la violation du principe dispositif, il estime d'abord qu'implicitement mais certainement¹², les juges d'appel constatent que les clauses litigieuses contiennent une limitation déraisonnable. Ceci doit être souligné au regard de la motivation adoptée par la Cour pour casser la décision objet du pourvoi (*cf. infra*, n° 9).

Il poursuit en examinant la question de savoir si les juges d'appel ont légalement justifié leur décision en ne faisant pas droit à la demande de Leon Invest, laquelle se limitait à solliciter la nullité totale des clauses litigieuses. Rappelant que

le principe dispositif n'empêche pas le juge d'admettre une demande partiellement, il estime qu'il l'empêche cependant d'allouer à une partie autre chose que ce qu'elle réclame¹³. Selon lui, les juges d'appel ont dès lors correctement appliqué le principe dispositif dans la mesure où Leon Invest avait expressément exclu de solliciter la nullité partielle¹⁴.

L'avocat général en conclut dès lors que le moyen qui postule la violation du principe dispositif n'est pas recevable et que le pourvoi doit être rejeté.

4. Surabondamment, il ajoute *in fine* dans ses conclusions que si la Cour, dans son arrêt du 23 janvier 2015, admettant l'application de la nullité partielle, utilise le verbe « pouvoir » s'agissant de la faculté du juge, ce dernier ne dispose selon lui d'aucun choix à cet égard: si les conditions sont remplies pour admettre la nullité partielle d'une clause, il ne pourra prononcer la nullité totale de la clause litigieuse, au risque de méconnaître « l'équilibre contractuel » entre les parties¹⁵.

7. Bruxelles, 28 juin 2018, R.G. 2014/AR/1237, *inédit*, p. 17.

8. Et la cour utilise à cet égard les termes suivants que nous avons traduit librement: « *Uit de tussen partijen gesloten overeenkomst volgt dan ook dat de rechter gehouden is om het niet-afweringsbeding en het niet-concurrentiebeding in voorkomend geval partieel in plaats van zonder meer volledig nietig te verklaren.* » Bruxelles, 28 juin 2018, R.G. 2014/AR/1237, *inédit*, p. 17.

9. Bruxelles, 28 juin 2018, R.G. 2014/AR/1237, *inédit*, p. 18.

10. Concl. Av. gén. VANDERLINDEN, p. 2, sous Cass., 9 septembre 2019, C.18.0521.N, www.juridat.be. Sur les conditions d'application de la nullité partielle, voy. égal.: P. WERY, « Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel: la nullité partielle d'une clause illicite », *R.C.J.B.*, 2016/3, pp. 387-433; T. TANGHE, « Gedeeltelijke vernietiging/matiging van ongeoorloofde concurrentieclausule », *R.D.C.*, 2016, pp. 382-393; F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2019, pp. 553 et s.; S. LAGASSE, « La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence », *J.T.*, 2015, pp. 717 à 721.

11. Bruxelles, 28 juin 2018, *inédit*, p. 17 et Concl. Av. gén. VANDERLINDEN, p. 2.

12. Traduction libre des Concl. Av. gén. VANDERLINDEN, p. 3 sous Cass., 9 septembre 2019, C.18.0521.N, www.juridat.be.

13. Traduction libre des Concl. Av. gén. VANDERLINDEN, p. 3 sous Cass., 9 septembre 2019, C.18.0521.N, www.juridat.be.

14. Traduction libre des Concl. Av. gén. VANDERLINDEN, p. 3 sous Cass., 9 septembre 2019, C.18.0521.N, www.juridat.be.

15. Traduction libre des Concl. Av. gén. VANDERLINDEN, p. 3 *in fine*, sous Cass., 9 septembre 2019, C.18.0521.N, www.juridat.be.

III. LA DÉCISION DE LA COUR

5. La Cour commence par rappeler sa jurisprudence antérieure en matière de nullité partielle¹⁶: lorsqu'une convention ou une clause est contraire à l'ordre public, le juge *peut*¹⁷, lorsqu'une nullité partielle est possible et que la loi ne l'interdit pas, limiter cette nullité à la partie de la clause ou de la convention contraire à l'ordre public, à condition que cela corresponde à l'intention des parties¹⁸.

6. Elle poursuit en rappelant que l'article 1138, 2°, du Code judiciaire interdit au juge de reconnaître aux parties plus que ce qu'elles avaient demandé et de se prononcer sur des choses qui n'ont pas été demandées¹⁹.

Enfin, la Cour indique que « *le juge qui déclare nulle partiellement cette clause ou cette convention contraire à une disposition d'ordre public, lorsque cette nullité partielle est*

possible, pas interdite par la loi et conforme à la volonté des parties, et alors que la partie demanderesse ne postule que la nullité intégrale d'une clause ou d'une convention, ne modifie pas l'objet de la demande mais n'y fait droit que partiellement »²⁰.

Elle conclut que les juges d'appel, après avoir constaté que les clauses litigieuses étaient contraires à l'ordre public mais pouvaient être réduites à ce que la loi autorise, ce qui était d'ailleurs conforme à la volonté des parties, n'ont pas justifié légalement leur décision en déclarant non fondée la demande de Leon Invest au motif que cette dernière ne postulait que la nullité intégrale de la clause et qu'ils auraient dès lors statué « *ultra petita* » en ordonnant la nullité partielle de cette clause.

IV. LES ENSEIGNEMENTS DE LA DÉCISION DE LA COUR DE CASSATION DU 9 SEPTEMBRE 2019

Cette décision de la Cour appelle selon nous trois commentaires, le premier sous l'angle de l'office du juge et les deux autres concernant la nullité partielle.

a) Sur le principe dispositif

7. Sous l'angle de l'office du juge, comme le professeur J.F. Van Drooghenbroeck le détaille encore rigoureusement dans un récent article²¹, la jurisprudence de la Cour de cassation sur le principe dispositif a connu, ses 15 dernières années, outre un revirement de jurisprudence basculant de la conception juridique de l'objet de la demande à sa concep-

tion factuelle²² (laquelle bénéficiait déjà des faveurs de la doctrine majoritaire²³), une évolution constante tendant à affirmer ainsi qu'à affiner le rôle actif du juge dans le procès civil²⁴.

Le principe dispositif interdit certes en principe au juge de procurer aux parties un résultat non sollicité et de modifier l'objet des prétentions des parties²⁵. Dans le procès civil, la doctrine majoritaire et la jurisprudence²⁶ considèrent cependant que le juge peut reconnaître une prétention partiellement alors qu'une partie en sollicite l'intégralité, sans pour autant statuer « *ultra petita* » dans la mesure où, ce faisant, il ne modifie pas l'objet de la demande.

¹⁶ Cass., 23 janvier 2015, C.13.0579.N., *J.T.*, 2015, p. 734 et Cass. (plén.), 25 juin 2015, C.14.0008.F., *J.T.*, 2015, p. 727; Cass., 4 janvier 2019, C.18.0045.N., *R.G.D.C.*, 2019, p. 509.

¹⁷ Nous soulignons car, malgré les Concl. Av. Gén. VANDERLINDEN, la Cour continue à utiliser le vocable « peut » : « *Indien een overeenkomst of een beding strijdig is met een bepaling van openbare orde en bijgevolg nietig is, kan de rechter indien een partiële nietigheid mogelijk is, de nietigheid, behalve als de wet dit verbiedt, beperken tot het met deze bepaling strijdige gedeelte van de overeenkomst of het beding, op voorwaarde dat het voortbestaan van de gedeeltelijk vernietigde overeenkomst of het gedeeltelijk vernietigde beding beantwoordt aan de partijbedoeling.* » Cass., 9 septembre 2019, C.18.0521.N., www.juridat.be, p. 3. Voy. notre appréciation à cet égard la fin de la présente note, n° 11.

¹⁸ Traduction libre de Cass., 9 septembre 2019, C.18.0521.N., www.juridat.be, pp. 2-3.

¹⁹ Cass., 9 septembre 2019, C.18.0521.N., www.juridat.be, p. 3.

²⁰ Nous soulignons, traduction libre de Cass., 9 septembre 2019, C.18.0521.N., www.juridat.be, p. 3.

²¹ J.F. VAN DROOGHENBROECK, « L'objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur » (note sous Cass. 9 mars 2018), *R.C.J.B.*, 2020, pp. 9-45.

²² Cass. (plén.), 23 octobre 2006, S.05.0010.F., *Pas.*, 2006, Concl. proc. gén. J. F. LECLERCQ, p. 2112.

²³ Voy. entre autres: S. STJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers, Maklu, 1994, pp. 313-316; J. VAN COMPERNOLLE, « Le juge et le fondement du litige », *R.C.J.B.*, 1982, p. 18; S. CNUDE, « Tussengeschieden voortvloeiend uit de wijziging van de partijen en hun aanspraken », in *Bestendig handboek burgerlijk procesrecht*, Anvers, Kluwer, 2000, pp. 5-6; D. MOUGENOT, « Actualités en matière d'office du juge. Quelques réflexions d'un magistrat », *R.R.D.*, 2009, p. 28.

²⁴ J.F. VAN DROOGHENBROECK, « L'objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur » (note sous Cass. 9 mars 2018), *R.C.J.B.*, 2020, p. 27. Nous nous permettons de renvoyer le lecteur vers cet article pour une analyse rigoureuse et détaillée de cette évolution et des jalons du rôle actif du juge.

²⁵ Art. 1138, 2°, C. jud. G. DE LEVAL, *Droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 30 et s.

²⁶ Voy. not.: B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 362; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 482, p. 1065; C. RIGALLE-DMETZ, *La résolution partielle du contrat*, Paris, Dalloz, n° 204, p. 121; Cass., 16 novembre 2009, C.09.0256.N., *Pas.*, 2009, I, p. 2660 et Concl. Av. gén. MORTIER; Cass., 14 novembre 2006, P.06.0896.N., www.juridat.be; Cass., 14 décembre 2017, C.16.0296.N., *Pas.*, 2017, I, p. 2466.

Cette position était ainsi déjà soutenue par le professeur Jafferli en matière de résolution. Selon lui, le juge amené à statuer sur une demande de résolution d'une convention peut se limiter à n'en ordonner que la résolution partielle, et ce sans violer l'article 1138, 2°, du Code judiciaire et statuer « *ultra petita* » dès lors que, ce faisant, il se borne à statuer sur l'objet de la demande²⁷. La doctrine²⁸ et certaines décisions de la Cour de cassation semblaient par ailleurs déjà confirmer cette thèse²⁹.

Deux récentes décisions de la Cour de cassation³⁰, consacrant pour reprendre les termes du professeur Van Drooghenbroeck, « *la conception factuelle et purement a-juridique de l'objet (de la demande)* »³¹ ont encore affiné le rôle actif du juge dans le procès civil, lequel est tenu, ou à tout le moins en droit³², de rechercher quel est le résultat factuel recherché par les parties³³. Or, comme le soutenait déjà le professeur Jafferli, en accordant une résolution partielle alors qu'une résolution pure et simple lui est demandée, le juge ne modifie pas l'objet de la demande, seuls l'effet en est limité.

S'agissant de la décision du 9 septembre 2019, l'avocat général VANDERLINDEN, dans ses conclusions, indiquait d'ailleurs également que reconnaître partiellement l'objet d'une demande ne violait pas le principe dispositif³⁴. La Cour ne suivit pas le raisonnement de l'avocat général VANDERLINDEN selon lequel, de la circonstance que Leon Invest excluait expressément la nullité partielle, les juges d'appel auraient, en l'accordant, alloué à cette partie autre chose que ce qu'elle sollicitait et auraient dès lors, selon lui, violé le principe dispositif³⁵.

La Cour a en effet estimé que le juge qui déclarerait partiellement nulle une clause dont une partie sollicite la nullité intégrale, ne modifie pas l'objet de la demande mais n'y fait droit que partiellement³⁶. Cette décision de la Cour nous semble ainsi conforme à sa jurisprudence antérieure: pour autant que le juge du fond ne modifie pas l'objet de la

demande, il ne statue pas « *ultra petita* »³⁷. Lorsqu'une partie sollicite l'anéantissement d'une clause litigieuse de manière rétroactive, si seule la nullité partielle lui est accordée, l'effet est également l'anéantissement rétroactif mais limité à la partie illicite de la clause³⁸. Ce faisant, le juge ne modifie pas l'objet de la demande, ni le résultat factuel recherché par les parties: il ne l'accorde que partiellement.

b) Sur le rôle du juge face à une clause illicite susceptible de nullité partielle

8. Avec l'avènement de la jurisprudence de la Cour de cassation admettant la nullité partielle, de nombreuses questions ont été soulevées quant au rôle du juge en cas de clause susceptible de nullité partielle: le juge du fond est-il autorisé à adapter d'initiative la clause nulle partiellement? Quel est le rôle du juge lorsqu'une partie ne sollicite pas cette nullité partielle? Par ailleurs, le juge est-il tenu de l'ordonner ou s'agit-il seulement d'une faculté, quelle est l'étendue de son office à cet égard?

Certaines décisions de la Cour de cassation avaient déjà permis d'apporter quelques réponses à ces questions.

Ainsi, s'agissant de l'adaptation d'une clause nulle partiellement, un arrêt de la Cour de cassation du 4 janvier 2019 avait permis de valider l'adaptation par le juge d'une clause litigieuse nulle, cet arrêt rejetant le moyen pris de la violation de l'article 1134 du Code civil par les juges d'appel au motif que, constatant l'impossibilité de renégocier le contrat vu le décès de l'une des parties, les juges d'appel avaient réduit la clause à ce qu'elle contenait de légalement admissible³⁹. L'arrêt du 23 novembre 2017 précisait également que le juge, décidant de faire application d'une nullité partielle était tenu d'examiner si, en l'espèce, elle était compatible avec les objectifs des parties au moment de la conclusion du contrat, mais qu'il devait également veiller à ne pas porter atteinte aux attentes légitimes de la partie qui ne sollicite pas

27. R. JAFFERLI, *La rétroactivité dans le contrat*, o.c., n° 482, p. 1065.

28. Outre le professeur Jafferli, voy. not.: T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 272, nr. 268.

29. Cass., 16 novembre 2009, C.09.0256.N, *Pas.*, 2009, I, p. 2660 et Concl. Av. gén. MORTIER; Cass., 14 novembre 2006, P.06.0896.N, www.juridat.be; Cass., 28 septembre 2012, C.12.0049.N, *Larc. Cass.*, 2013, p. 14; Cass., 14 décembre 2017, C.16.0296.N, *Pas.*, 2017, I, p. 2466.

30. Cass., 14 décembre 2017, *Pas.*, 2017, I, p. 2466; Cass., 9 mars 2018, *R.G.D.C.*, 2019, pp. 239-240 et note de S. GOLDMAN et R. JAFFERLI, « La perte d'une chance à la croisée des chemins. Evolutions et applications jurisprudentielles », *R.G.D.C.*, 2019, pp. 191-211.

31. J.F. VAN DROOGHENBROECK, « L'objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur » (note sous Cass. 9 mars 2018), *R.C.J.B.*, 2020, p. 27.

32. Voy. à cet égard les développements de J.F. VAN DROOGHENBROECK, « L'objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur » (note sous Cass., 9 mars 2018), *R.C.J.B.*, 2020, p. 35, sur la question de savoir s'il s'agit d'une obligation ou non pour le juge.

33. Cass., 14 décembre 2017, C.16.0296.N, *Pas.*, 2017, I, p. 2466; Cass., 9 mars 2018, C.17.0295.F, *R.G.D.C.*, 2019, pp. 239-240.

34. Concl. Av. gén. VANDERLINDEN, p. 3 sous Cass., 9 septembre 2019, C.18.0521.N, www.juridat.be.

35. Traduction libre des Concl. Av. gén. VANDERLINDEN, p. 3 sous Cass., 9 septembre 2019, C.18.0521.N, www.juridat.be.

36. Ce faisant, elle confirme non seulement sa jurisprudence antérieure à cet égard.

Voy. en ce sens Cass., 16 novembre 2009, C.09.0256.N, *Pas.*, 2009, I, p. 2660 et Cass., 14 novembre 2006, P.06.0896.N, www.juridat.be.

37. Voy. égal. en ce sens R. JAFFERLI, *La rétroactivité dans le contrat*, o.c., p. 722.

38. Cass., 4 janvier 2019, *R.G.D.C.*, 2019, p. 509 et Concl. Av. gén. VAN INGELGEM. Voy. égal. en ce sens: R. JAFFERLI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 722, lequel estimait déjà que toute faculté d'adaptation d'une clause par le juge n'était pas impossible, cette faculté existant déjà pour d'autres mécanismes tels que l'abus de droit notamment. Voy. égal. Anvers, 3 juin 2020, publié dans le présent numéro de la présente revue.

cette nullité partielle⁴⁰. La chambre néerlandaise de la Cour de cassation semblait introduire une obligation, pour le juge, d'examiner s'il ne porte pas atteinte aux attentes légitimes d'une des parties en décidant d'une nullité partielle⁴¹.

Aucune décision n'avait cependant encore eu trait à l'office du juge lorsqu'une partie ne sollicite que la nullité intégrale d'une clause, alors qu'une nullité partielle semblait possible.

9. On commencera par relever qu'il semble *a priori* peu surprenant que, dans son arrêt du 9 septembre 2019, la Cour de cassation ait estimé que les juges d'appel n'avaient pu légalement décider de débouter Leon Invest de sa demande au motif que, selon eux, seule une nullité partielle était possible au regard des circonstances propres au litige. En effet, l'avocat général VANDERLINDEN le soulignait d'ailleurs dans ses conclusions: « *implicitement mais certainement*⁴², les juges d'appel constatent que les clauses litigieuses contiennent une limitation déraisonnable ». Ces clauses étaient donc bien contraires à l'ordre public, selon le raisonnement tenu par les juges d'appel et devaient être déclarées nulles. Aussi, il lui appartenait soit de considérer que les clauses litigieuses étaient nulles dans leur intégralité vu leur contrariété à la liberté d'entreprendre, soit, vu les circonstances du litige, de ne les déclarer que partiellement nulles au regard de l'existence, dans les conventions, de clauses emportant pour les parties, la renonciation à se prévaloir d'une nullité intégrale mais, comme le relève la Cour de cassation, les juges d'appel ne pouvaient pas constater d'une part qu'il leur appartenait, vu les circonstances propres au litige, d'annuler partiellement les clauses litigieuses et d'autre part, d'écarter la demande de nullité intégrale formulée par Leon Invest au motif que cette dernière ne sollicitait que la nullité intégrale des clauses litigieuses. Ce faisant, les juges d'appel laissaient en effet subsister des clauses dont ils reconnaissaient l'illégalité et dont la nullité relève de surcroît de l'ordre public.

Au regard de ce qui précède, il est sans doute quelque peu prématuré de clamer qu'en vertu de cet arrêt, le juge du fond peut, lorsque l'une des parties exclut *expressément* de solliciter la nullité partielle, ce qui rappelons-le était le cas en l'espèce⁴³, décider d'accorder une nullité partielle, même s'il ne modifie pas l'objet de la demande, en ne l'accordant que partiellement.

10. En l'espèce, il nous semble cependant qu'il y a peu d'arguments empêchant le juge de faire droit à cette nullité partielle et ce, même si l'une des parties l'excluait expressément.

Premièrement, au moment de la conclusion du contrat, cette nullité partielle était la volonté des parties: celles-ci avaient convenu entre elles diverses clauses prévoyant qu'en cas de litige quant à la validité des clauses de non-concurrence et de non-débauchage, les parties renonçaient à se prévaloir d'une nullité intégrale et s'engageait à les réduire à ce que la loi autorisait⁴⁴.

Or, comme le relève la Cour de cassation dans son arrêt du 23 novembre 2017, « *le juge est tenu d'examiner si une nullité partielle est compatible avec l'objectif poursuivi par les parties au moment de la conclusion du contrat et si elle ne porte pas atteinte aux intérêts et aux attentes légitimes des parties* »⁴⁵. Par ailleurs, conformément à sa jurisprudence contenue dans une décision du 12 février 2015, si la validité d'une clause s'apprécie au jour de la conclusion du contrat, le juge peut avoir égard à des éléments postérieurs afin d'établir quelle était la volonté des parties au jour de la conclusion du contrat⁴⁶. Or, en l'espèce, la cour d'appel de Bruxelles constatait que Leon Invest n'invoquait pas que les clauses litigieuses aient été convenues sans intérêt légitime, mais qu'elles étaient déraisonnables⁴⁷. Comme le relevait la cour d'appel, le juge ne peut méconnaître la force obligatoire des conventions⁴⁸: elle était donc bien tenue de faire application

⁴⁰ Cass., 23 novembre 2017, C.17.0389.N, *R.G.D.C.*, 2018, p. 208.

⁴¹ Cette position de la Cour rejoignait selon nous la tendance croissante, surtout au nord du pays, de développer une théorie de la confiance légitime et, en cas d'examen de l'intention des parties, de tenir compte des attentes légitimes des parties. X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995; S. STIJNS et I. SAMOY, « La confiance légitime en droit des obligations », in S. STIJNS et P. WERY (dirs.), *Les sources d'obligations extracontractuelles*, Bruxelles, la Charte, 2007, pp. 47 et s. Voy. égal. Cass., 30 juin 2016, *Larc. Cass.*, 2017/3, p. 68; Cass., 26 septembre 2016, *Larc. Cass.*, 2017/4, p. 94. Il convient de noter que la Cour de cassation, dans son arrêt du 22 février 2018, refuse de faire de l'apparence, fondée sur le principe de cette théorie de la confiance légitime, un principe général de droit. Cass. 22 février 2018, C.17.0302.N, *www.cass.be*, *R.G.D.C.*, 2019, p. 38 et la note de B. WEYTS et N. PORTUGAELS, « Dansen op een slappe koord voor de verzekeraar: over het onbestaande algemeen rechtbeginsel van de leer van het schijnmandaat en de verzekeringstussenpersoon als schijnvertegenwoordiger », *R.G.D.C.*, 2019, pp. 39-43. En pratique, comme nous l'indiquons déjà lors d'un commentaire de cette décision, nous nous interrogeons sur la plus-value du critère des attentes légitimes à celui de l'intention des parties dès lors qu'*in fine*, elles font partie intégrante de l'intention des parties. Voy. à cet égard, R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 711; S. LAGASSE, « Vers un affinement de la jurisprudence en matière de nullité partielle? », *R.G.D.C.*, 2019, p. 448.

⁴² Traduction libre des Concl. Av. gén. VANDERLINDEN, p. 3 sous Cass., 9 septembre 2019, C.18.0521.N, *www.juridat.be*.

⁴³ L'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 28 juin 2018 précise en effet que LEON INVEST, dans ses conclusions, excluait la possibilité de solliciter une nullité partielle. Bruxelles, 28 juin 2018, R.G. 2014/AR/1237, *inédit*, p. 18.

⁴⁴ Bruxelles, 28 juin 2018, R.G. 2014/AR/1237, *inédit*, p. 16.

⁴⁵ Nous soulignons. Cass., 23 novembre 2017, C.17.0389.N, *R.G.D.C.*, 2018, p. 208.

⁴⁶ Cass., 12 février 2015, C.14.0330.F, *Pas.*, 2015, I, n° 105.

⁴⁷ Bruxelles, 28 juin 2018, R.G. 2014/AR/1237, *inédit*, p. 16.

⁴⁸ T. TANGHE, « Gedeeltelijke vernietiging/matiging van ongeoorloofde concurrentieclausule », *R.D.C.*, 2016, p. 392; P. WERY, *Droit des obligations*, I, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 363; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 168 et s.

de la nullité partielle. Dès lors que, dans sa décision du 9 septembre 2019, la Cour de cassation confirme avec certitude qu'en statuant partiellement sur la demande de nullité formulée par le demandeur, le juge ne statue pas « *ultra petita* », la circonstance que l'une des parties décide, unilatéralement, et en contrariété avec les conventions conclues et la commune intention des parties exprimée jusqu'alors, d'exclure toute faculté de nullité partielle, n'est selon nous pas de nature à empêcher le juge d'y faire droit. La situation aurait par contre été toute autre si, d'un commun accord, toutes les parties au litige avaient estimé devoir renoncer à se prévaloir de cette nullité partielle, liant ainsi le juge par une forme d'accord procédural⁴⁹.

c) Sur la faculté ou l'obligation pour le juge de prononcer une nullité partielle

11. Dans sa jurisprudence relative à l'admission de la théorie de la nullité partielle, la Cour de cassation a toujours utilisé le vocable « peut » semblant de manière constante désigner une faculté pour le juge d'ordonner une nullité partielle et non une obligation⁵⁰. Selon certains auteurs, le juge ne disposerait toutefois pas de marge d'appréciation et serait tenu de l'appliquer⁵¹: l'application d'une sanction moins contraignante étant selon eux nécessairement plus conforme à l'intention des parties.

L'avocat général VANDERLINDEN terminait, surabondamment, ses conclusions en indiquant à cet égard que: « *Afin d'être complet, je tenais à souligner que l'utilisation par la Cour du vocable 'peut' dans sa décision du 23 janvier 2015 ne signifie pas que le juge au fond, si les trois conditions susmentionnées sont remplies, peut librement décider*

d'accorder la nullité intégrale. Cette nullité porterait une trop grande atteinte à l'équilibre contractuel par rapport à ce qui est nécessaire. Si les conditions sont remplies, le juge doit ordonner la nullité partielle. Il ne peut à cet égard exercer aucun choix. »⁵².

Dans l'arrêt du 9 septembre 2019, la Cour de cassation continue à indiquer qu'il s'agit d'une faculté pour le juge: « *Lorsqu'une convention ou une clause est contraire à une disposition d'ordre public et donc nulle, le juge peut limiter cette nullité (...)* »⁵³.

La Cour semble maintenir qu'il s'agit bien d'une faculté pour le juge et non d'un devoir alors que l'avocat général semblait l'inviter à se prononcer à cet égard. Le maintien de cette position est heureux: il s'agit en effet d'œuvrer avec prudence lorsque l'on invite le juge à s'immiscer dans des intérêts privés, comme le souligne également le professeur Wéry⁵⁴: si le juge peut déduire de manière certaine que la nullité partielle était conforme à la volonté des parties, il sera en effet tenu de l'appliquer, celui-ci ne pouvant se substituer aux parties. Par contre, il nous semble que le contraindre à appliquer la nullité partielle au motif qu'elle serait nécessairement conforme à la volonté des parties serait préjuger trop rapidement de la volonté de celles-ci. L'on ajoutera que la proposition de loi du 3 avril 2019 portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil prévoit par ailleurs d'inscrire la nullité partielle en son article 5.66 et que les auteurs de cette réforme maintiennent qu'il s'agit d'une faculté conditionnée notamment à la divisibilité du contrat dans l'intention des parties⁵⁵. Les auteurs de la proposition citent ainsi l'exemple de la clause abusive contenue dans un contrat conclu avec un consommateur laquelle sera nécessairement nulle intégralement⁵⁶.

V. CONCLUSION

12. Bien que n'ayant fait l'objet que de peu de commentaires à ce jour⁵⁷, l'arrêt de la Cour de cassation du 9 septembre 2019 permet toutefois comme nous l'avons vu ci-avant de préciser le rôle du juge confronté à une nullité partielle. Le principal enseignement est certainement que la Cour confirme que le juge qui octroie une nullité partielle en lieu et

place d'une nullité intégrale ne modifie pas l'objet de la demande et ne statue donc pas « *ultra petita* ». Cette jurisprudence de la Cour conforme à sa jurisprudence antérieure confirme pour autant que de besoin le rôle actif du juge dans le procès civil mais, également, dans l'application de la sanction de la nullité partielle.

⁴⁹. Voy. à cet égard G. DE LEVAL, *Droit judiciaire*, t. II, o.c., p. 36.

⁵⁰. Cass., 23 janvier 2015, C.13.0579.N, *J.T.*, 2015, p. 734 et Cass. (plén.), 25 juin 2015, C.14.0008.F, *J.T.*, 2015, p. 727; Cass., 4 janvier 2019, C.18.0045.N, *R.G.D.C.*, 2019, p. 509.

⁵¹. F. PEERAER, « Ook het Hof van cassatie acht partiële nietigheid mogelijk bij bedrog », *R.G.D.C.*, 2018, p. 213; T. TANGHE, « Gedeeltelijke vernietiging/matiging van ongeoorloofde concurrentieclausule », *R.D.C.*, 2016, pp. 382-393.

⁵². Traduction libre des Concl. Av. gén. VANDERLINDEN, p. 3 sous Cass., 9 septembre 2019, C.18.0521.N, www.juridat.be.

⁵³. Cass., 9 septembre 2019, C.18.0521.N, www.juridat.be, p. 3.

⁵⁴. P. WERY, « La régularisation du contrat entaché de nullité », *J.L.M.B.*, 2016, p. 297; S. LAGASSE, « La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence », *J.T.*, 2015, p. 720.

⁵⁵. Proposition de loi du 3 avril 2019 portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2014(...), n° 3709/001.

⁵⁶. Cette position est conforme à la jurisprudence actuelle de la Cour de justice de l'Union européenne: C.J.U.E., 14 juin 2012, C-618/10, *Banco Espanol de Credito*, pt. 69; C.J.U.E., 30 mai 2013, C-488-11, *Jahani*, pt. 61; C.J.U.E., 30 avril 2014, C-26-13, *Kasler*, pt. 86. Voy. égal. notre commentaire à cet égard: S. LAGASSE, « Vers un affinement de la jurisprudence en matière de nullité partielle? », *R.G.D.C.*, 2019, p. 442.

⁵⁷. J. VAN ZUYLEN, « *A maiori ad minus*: une application en matière de clauses illicites », *Les Pages 2019*, n° 63.