

Jacques Mestre, Professeur à l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille ; Directeur de l'Institut de droit des affaires

Quels que soient les mérites des diverses mesures qui s'efforcent aujourd'hui souvent de prévenir les vices de formation des contrats (formalisme informatif, délai de réflexion, faculté de rétractation, etc.), il est encore des contrats affectés d'un vice congénital dont le sort est soumis à l'examen des juges. Parfois, la position de ceux-ci est facilitée par la précision expresse de la loi qui a opté pour la nullité. Mais, dans d'autres cas, le législateur n'a pas pris parti, et les juges se trouvent donc dans une situation plus délicate, puisqu'il leur appartient, de façon en quelque sorte souveraine, de dire non seulement si la norme violée fait partie de l'ordre public au sens de l'article 6 du code civil mais encore si elle est d'une intensité telle qu'elle doit s'accompagner de la sanction de la nullité. Car là est bien toute la question : dans le bloc des normes impératives, il existe sans conteste des degrés qui n'appellent pas tous la sanction radicale de l'annulation globale du contrat (cf. Lamy Droit du contrat, 1999, sous la direction du professeur Bertrand Fages, 2<sup>e</sup> partie). Les juges ont donc vocation à examiner attentivement la raison d'être et les contours de la règle concernée pour déterminer leur position, et ce sous le strict contrôle qu'entend manifestement exercer la Cour de cassation comme en témoignent trois de ses récents arrêts.

Premier d'entre eux : celui rendu par *la première chambre civile le 7 octobre 1998* (Bull. civ. I, n° 290 ; D. 2000.Somm.45, obs. J.-P. Pizzio  ; D. affaires, 1998.1850 ; JCP 1999.II.10039, note S. Gervais). En l'espèce, une personne, démarchée à son domicile par une société qui lui proposait des éléments de cuisine, avait le jour même signé le bon de commande, remis un acompte en numéraire de 3 700 F et sollicité un financement pour le surplus. N'ayant pas dans les sept jours suivants exercé la faculté de rétractation que lui ouvrait l'article L. 121-15 du code de la consommation, elle assigna ultérieurement la société en nullité du contrat pour violation de l'article L. 121-16, alinéa 1<sup>er</sup>, qui interdit au professionnel d'obtenir du client démarché, avant l'expiration du délai de réflexion, directement ou indirectement, et à quelque titre que ce soit, une contrepartie ou un engagement quelconque. Seulement, ce texte n'assortit pas expressément la disposition qu'il édicte de la sanction de la nullité, à la différence par exemple de l'article L. 121-13 qui envisage pour sa part les informations dues au client démarché. Comment donc interpréter son silence ? En particulier, fallait-il s'en tenir alors aux seules sanctions pénales (un an d'emprisonnement et/ou 25 000 F d'amende) que fulmine l'article L. 121-28 pour « toute infraction aux dispositions des articles L. 121-13, L. 121-14, L. 121-15 et L. 121-16 » ? Oui, pensèrent les juges du fond (*Angers, 1<sup>re</sup> ch. A, 14 mars 1995*) ; non, leur répond la Cour de cassation par la motivation suivante : « Vu les articles L. 121-16, alinéa 1<sup>er</sup> du code de la consommation et 6 du code civil ; attendu, selon le premier texte, qu'il est interdit au professionnel d'obtenir du client démarché à son domicile, avant l'expiration du délai de réflexion, directement ou indirectement, à quelque titre que ce soit, une contrepartie ou un engagement quelconque ; qu'il résulte du second texte que la méconnaissance de cette disposition d'ordre public est sanctionnée non seulement pénalement mais encore par la nullité du contrat ».

Le message est ainsi fort clair : la nullité du contrat peut très bien être encourue dans le silence de la norme impérative violée dès lors que celle-ci a une force intérieure qui le justifie, au regard par exemple du fort souci de protection de l'un des cocontractants qui l'anime. Ce qui, au cas particulier de l'article L. 121-26, n'était guère douteux, comme le révélaient d'ailleurs certaines positions jurisprudentielles antérieures (cf. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 nov. 1994, D. 1995.Somm. 311, obs. J.-P. Pizo ), assurant le respect de l'article L. 121-16 même dans l'hypothèse où le client démarché remet immédiatement un chèque au professionnel qui ne le lui a pas demandé et où ce chèque n'est pas encaissé ; Metz, 3 déc. 1992, Contrats, conc. consom. 1993, n° 144, obs. G. Raymond, et Aix, 1<sup>er</sup> mars 1995, Rev. huissiers, 1995.1399, sanctionnant déjà la violation de ce texte par la nullité du contrat ; rapp. aussi, dans le cadre de la loi du 10 janv. 1978 sur le crédit mobilier à la consommation, Civ. 1<sup>re</sup>, 23 juin 1987, RTD civ. 1989.66, et dans celui de la loi du 28 déc. 1966 sur le démarchage en vue de proposer certains placements financiers, Civ. 1<sup>re</sup>, 4 févr. 1997, D. affaires, 1997.308).

Dans cette appréciation de l'intensité de la règle transgressée, les juges pourront naturellement attacher toute son importance à l'éventuelle sanction pénale édictée par le législateur pour sa violation. L'arrêt précédent en porte, d'une certaine façon, témoignage. Mais, comme lui-même le suggère, les sphères pénale et civile ne sont pas ici du même ordre, et la « chose » pénale ne saurait, en aucune manière, avoir autorité sur la solution civile. Autrement dit, la nullité du contrat reste concevable même si aucune sanction pénale n'a été prévue par la loi et, inversement, elle peut être écartée en présence d'une sanction pénale. Si l'arrêt du 7 octobre 1998 avait pu en faire douter certains, une décision rendue quelques semaines plus tard par cette même première chambre civile (15 déc. 1998, *MJC Maison pour tous des Quatre bornes c/ Société Gestetner Services*, D. 2000.Somm.40, obs. J.-P. Pizzio ) dissipe opportunément toute équivoque.

Le 13 mai 1992, une maison des jeunes et de la culture avait conclu avec une société un contrat intitulé « Prix global copie », qui prévoyait la location d'un photocopieur pour une durée de soixante-six mois moyennant une redevance trimestrielle calculée sur la base de 37 500 copies à 0,177 F, soit 7 872,08 F toutes taxes comprises. L'entrée en vigueur de ce contrat était réputée immédiate, mais le matériel ne fut livré que le 11 juin suivant et, cinq jours plus tard, le président de la MJC dénonçait l'accord. D'où, quelques mois plus tard, un procès dans lequel la société réclama plus de 15 000 F de loyers échus et plus de 140 000 F d'indemnité contractuelle de résiliation. Or quel fut le principal moyen de défense du locataire poursuivi ? La nullité du contrat par application de l'article L. 113-3 du code de la consommation au motif que la société, en faisant apparaître dans le contrat la somme totale toutes taxes comprises, avait manqué à l'obligation d'informer le consommateur sur le prix que ce texte met à la charge du professionnel dans les termes suivants : « Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix... selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'Economie » (ici, un arrêté du 3 déc. 1987). Mais les juges du fond (*Metz, 9 mai 1996*) restèrent insensibles à l'objection en relevant notamment que le texte en question n'édicte pas la nullité du contrat pour le cas de sa violation.

D'où un pourvoi formé par la MJC qui, en particulier, a développé dans son moyen le (deuxième) grief suivant : en ne répondant pas à ses conclusions qui faisaient valoir, d'une part, que le tribunal ne pouvait à la fois constater que l'obligation était assortie de sanction pénale et retenir que l'absence de sanction civile permettait de ne pas retenir l'annulation et d'autre part, qu'un texte prévoyant une obligation dont l'inobservation est pénalement sanctionnée est d'ordre public et nécessairement sanctionné par la nullité du contrat, la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau code de procédure civile. Or la première chambre civile a opté pour le rejet dans les termes suivants : « attendu qu'ayant relevé que les dispositions en cause n'édicte aucune sanction civile, telle que la nullité du contrat, et qu'aucune nullité ne pouvait être invoquée au titre d'une indétermination du prix ou d'une altération du consentement du président de la MJC, étant spécialement constaté que les pièces versées aux débats ne révélaient pas d'agissements malhonnêtes ou de manoeuvres dolosives de la part de la société Gestetner, c'est à bon droit, que la cour d'appel, qui a par là même répondu aux conclusions invoquées par le deuxième grief du moyen, a écarté la sanction de la nullité du contrat, laquelle ne pouvait résulter du seul manquement aux exigences d'information sur les prix formulées par l'article L. 113-3 du code de la consommation ».

Cette motivation est assurément importante, et peut à notre sens se résumer ainsi : 1) la sanction pénale, si elle révèle naturellement la dimension impérative de la norme, ne peut par elle seule justifier la nullité du contrat ; 2) il faut, au prononcé de cette dernière, de sérieuses

raisons de fond que le juge doit trouver dans le contenu même de la norme et, à travers lui, dans les objectifs qu'elle poursuit.

Ce que corrobore un autre arrêt récent de la Cour de cassation, émanant cette fois de la chambre commerciale (20 oct. 1998, Bull. civ. IV, n° 243 ; D. affaires, 1999.70). Certes, les circonstances qui l'ont provoqué sont aujourd'hui dépassées puisque, au centre du litige, se trouvait un prêt hypothécaire qu'une banque belge dépourvue de l'agrément du Comité des établissements de crédit avait octroyé à une société française à une époque où, faute de transposition de la directive CEE 89-646 du 15 décembre 1989, cet agrément était exigé d'elle par l'article 15 de la loi bancaire du 24 janvier 1984. Mais la solution donnée conserve valeur d'exemple puisque se trouvait posée l'intemporelle question du sort des contrats passés par un professionnel dépourvu d'un agrément exigé par la loi. Or la position ici retenue est des plus fermes : nullité du prêt, avaient dit les juges du fond, mais nullité simplement relative, enfermée dans un délai de prescription quinquennale à présent expiré ; nullité d'ordre public, leur rétorque la chambre commerciale, qui échappe donc au couperet de l'article 1304 du code civil : « Vu l'article 2262 du code civil ; ... attendu qu'en statuant ainsi, alors que la nullité dont se prévalaient les époux S. (cautions de la société française) avait un caractère d'ordre public, ce qui la faisait échapper au délai de prescription retenu par le tribunal, celui-ci a violé le texte susvisé ».

Ainsi, en optant pour la nullité du contrat, la chambre commerciale entend une nouvelle fois souligner l'importance des normes légales qui, dérogeant au principe de la liberté d'entreprendre, subordonnent l'exercice de certaines professions à l'obtention d'un agrément préalable (rappr. Com. 19 nov. 1991, RTD civ. 1992.381 ; 2 nov. 1994, D. 1995.182, note T. Bonneau ; V. cependant, hostile à la nullité, Com. 15 oct. 1996, Bull. civ. IV, n° 232 ; JCP 1997.II.921, note F. Pollaud-Dulian, et plus généralement, sur les hésitations de la jurisprudence en ce domaine, voir notre article, L'activité contractuelle du professionnel en situation irrégulière, in *Liber Amicorum Benoît Savelli*, PU Aix-Marseille, 1998, p. 33 et s.). Et en faisant d'elle une nullité absolue, qui échappe à la prescription quinquennale, elle révèle aussi le souci d'intérêt général qui les anime. D'une certaine façon, sa présente décision fait donc écho à un autre arrêt important rendu également à propos de la nullité du contrat, mais cette fois par la première chambre civile, le 7 octobre 1998 (Bull. civ. I, n° 285 ; D. 1998.563, concl. J. Sainte-Rose, D. 1999.237, chron. O. Toumafond et 110, obs. P. Delebecque ; Contrats, conc. consom. 1999, n° 1, obs. L. Leveneur ; Droit et patrimoine janv. 1999.62, obs. P. Chauvel ; JCP 1998.II.10202, note M.-H. Maleville ; JCP 1999.I.114, n° 1, obs. C. Jamin).

En l'espèce, par acte sous seing privé du 17 juin 1981, un mari avait reconnu devoir à son épouse une certaine somme, remboursable avec un préavis de trois mois. Or, après leur divorce, l'ex-épouse accepta, par acte du 14 juin 1989, que le prêt lui soit remboursé sous forme d'une augmentation de la pension alimentaire que lui versait son ex-mari. Mais, finalement, elle regretta cet acte novatoire et, quatre ans plus tard, réclama à ce dernier remboursement du solde du prêt. L'ex-mari s'y étant opposé, un procès s'en suivit, dans lequel l'épouse demanderesse invoqua la nullité, pour cause illicite, du contrat modificatif de 1989, uniquement obtenu par le mari pour déduire de son revenu imposable, via l'inclusion dans la pension alimentaire, le montant du remboursement du prêt. Mais son débiteur lui répliqua alors qu'elle était inapte à se prévaloir de la cause illicite dans la mesure où elle n'en avait pas eu initialement connaissance. En d'autres termes, les juges saisis devaient à ses yeux s'en tenir à la traditionnelle jurisprudence de la Cour de cassation d'après laquelle la nullité du contrat n'est encourue que dans l'hypothèse où le motif illicite ou immoral ayant inspiré l'une des parties est connu de l'autre (Req. 1<sup>er</sup> avr. 1895, DP 1895.I.263 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 4 déc. 1956, JCP 1957.II.10008, note J. Mazeaud ; RTD civ. 1957.329, obs. H. et L. Mazeaud ; 12 juill. 1989, Bull. civ. I, n° 293, p. 194 ; Defrénois, 1990.358, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1990.468, obs. J. M.). Or, précisément, ces juges (Versailles, 23 févr. 1996) choisirent de faire preuve d'originalité en accueillant la prétention de l'épouse et, à leur tour, les magistrats de la première chambre civile ont décidé de rompre avec le passé en rejetant le pourvoi du mari en ces termes : « attendu qu'un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat ; que l'arrêt ayant retenu que l'acte du 14 juin 1989 avait une cause illicite en ce qu'il avait pour but de permettre à M. M. de déduire des sommes non fiscalement déductibles, M<sup>me</sup> G. était fondée à demander l'annulation de la convention ; qu'ainsi, la cour d'appel ... a légalement justifié sa décision ».

Ainsi, prend fin l'une des jurisprudences les plus contestées de la Cour de cassation, qui avait presque pour seul mérite... de faire l'unanimité de la communauté universitaire ! Après beaucoup d'autres, et notamment le doyen Weill dans un article demeuré célèbre (Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l'action en nullité, *Mélanges Marty*, 1978, p. 1169), nous l'avions nous-mêmes dénoncée dans cette Revue (1990.470) en des termes qui résument aujourd'hui encore notre sentiment : « l'exigence d'une cause licite, qui veut avant tout satisfaire l'intérêt général en assurant la conformité de la convention à l'ordre public, perd beaucoup de sa portée car les annulations sur son fondement seront difficiles et donc rares ; qui plus est, la solution retenue n'est même pas satisfaisante sous l'angle des intérêts particuliers lorsque le demandeur en nullité n'est pas celui qui connaissait le motif illicite mais celui qui l'ignorait : loin de protéger le cocontractant irréprochable, l'exigence d'un motif illicite connu des deux se retourne contre lui ». La Cour de cassation a donc évolué dans l'évidente intention de faciliter l'éradication des atteintes à l'ordre public et aux bonnes moeurs ; sachons l'en féliciter.

Evolution également, mais avec sans doute une plus grande diversité de réactions, dans un arrêt rendu par cette même première chambre civile le 3 février 1999 (La lettre de Droit et Patrimoine, 23 mars 1999.1). En l'espèce, quelques mois avant de décéder et de laisser ainsi son épouse et un enfant qu'il avait adopté, un mari avait, par testament authentique, d'une part, révoqué toute donation entre époux et exhérité son conjoint et, d'autre part, gratifié une « M<sup>me</sup> V. » d'une somme de 500 000 F. Le fils adoptif soutint alors que la cause de cette disposition testamentaire était contraire aux bonnes moeurs, et les juges du fond (Paris, 20 nov. 1995) lui donnèrent satisfaction en observant que celle-ci « n'avait été prise que pour poursuivre et maintenir une liaison encore très récente ». Or la Cour de cassation a exercé sa censure sous le double visa des articles 1131 et 1133 du code civil, et en précisant dans un attendu de principe que « n'est pas contraire aux bonnes moeurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire ».

L'évolution est évidemment considérable puisque, jusqu'à présent, étaient nulles pour contrariété aux bonnes moeurs, et en l'absence même de tout adultère, les libéralités entre concubins ayant pour but la formation, la poursuite ou encore la reprise des relations illégitimes (cf. Req. 8 juin 1926, DP 1927.I.113, note R. Savatier ; Civ. 1<sup>re</sup>, 2 déc. 1981, D. 1982.IR.474, obs. D. Martin ; 8 nov. 1982, Bull. civ. I, n° 321), et que seules échappaient à l'annulation celles inspirées par le souci d'assurer l'avenir d'une concubine préalablement délaissée (cf. Paris, 19 nov. 1974, JCP 1976.II.18412, note H. Synvet ; Paris, 28 mai 1976, Gaz. Pal. 1976.II.772, note H. M. et A. F.). Aujourd'hui, tout paraît donc permis... au moins sur le terrain purement juridique : la libéralité d'adieu, mais aussi celle qui facilite l'adultère (et qui elle-même dit d'une certaine façon adieu, mais cette fois à l'épouse légitime !). Les moeurs ont ainsi singulièrement évolué ; reste à savoir si ce sont les bonnes...

#### Mots clés :

CONTRAT ET OBLIGATIONS \* Nullité \* Ordre public \* Bonnes moeurs \* Loi pénale