

L'influence du motif illicite ou immoral sur la validité du contrat
(à propos de l'arrêt de la 1^{re} Chambre civile de la Cour de cassation du 7 octobre 1998)

Olivier Tournafond

La première Chambre civile a procédé il y a quelques mois à un important revirement de jurisprudence en décidant qu'« un contrat pouvait 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 »⁽¹⁾.

En l'espèce, un époux divorcé était débiteur d'une somme d'argent vis-à-vis de son ex-épouse au titre d'un emprunt qu'elle lui avait consenti quelques années auparavant ; il avait conclu avec cette dernière une convention en vertu de laquelle le remboursement de cet emprunt s'effectuerait sous la forme d'une augmentation de la pension alimentaire qu'il lui versait, ce qui permettait à l'ex-époux de déduire de son imposition des sommes qui normalement n'auraient pas été fiscalement déductibles. Autrement dit, la convention permettait, entre autre, de réaliser une fraude fiscale.

Après quelques années d'exécution, l'ex-épouse réclamait le remboursement total du prêt. Elle invoquait la nullité de la convention conclue avec son ancien mari en se fondant sur l'immoralité et l'illicéité de la cause du contrat.

Les juges du fond avaient accueilli cette demande, alors pourtant que le mobile illicite était resté personnel à l'un des contractants, en l'occurrence le mari. Contre toute attente, la première Chambre civile rejette le pourvoi formé contre cette décision par des motifs qui font de l'arrêt du 7 oct. 1998 une décision de principe.

Ainsi, comme tous les commentateurs l'ont souligné, la Cour de cassation abandonne sa position traditionnelle qui distinguait entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux.

Pendant très longtemps, en effet, la Haute juridiction considérait que dans les actes à titre gratuit le motif immoral ou illicite propre à l'auteur de la libéralité rendait la convention annulable⁽²⁾, tandis que dans les actes à titre onéreux, l'annulation ne pouvait être obtenue que si le mobile illicite était commun aux deux contractants⁽³⁾.

Cette nouvelle solution, qui dans l'ensemble a été assez bien accueillie par la doctrine⁽⁴⁾, est une nouvelle manifestation des mouvements qui animent depuis quelques années la théorie de la cause, de ce « frémissement jurisprudentiel... qui se traduit par une subjectivisation croissante de la notion »⁽⁵⁾.

Toutefois, si cette solution nouvelle paraît somme toute assez logique d'un point de vue juridique (I), elle entraîne un certain nombre d'inconvénients d'un point de vue pratique dont on ne semble pas avoir vraiment mesuré l'ampleur (II) et qui appellent des limites et des tempéraments (III).

I. Une solution logique d'un point de vue juridique

On distingue traditionnellement la cause du contrat, appelée aussi « cause subjective », de la cause de l'obligation ou « cause objective »⁽⁶⁾. La cause du contrat peut être définie comme l'ensemble des mobiles ou des motifs psychologiques qui ont amené les parties à contracter, tandis que la cause de l'obligation réside dans la prise en compte par chaque contractant de la contrepartie ou de la contreprestation qui lui est promise.

On enseigne également que la notion de cause de l'obligation permet de contrôler l'existence

de la cause au titre de l'art. 1131 c. civ., alors que la notion de cause du contrat sert à en contrôler la licéité au regard de l'art. 1133.

Mais, depuis une dizaine d'année, un certain nombre de décisions ont élargi considérablement le domaine de la cause de l'obligation en acceptant de prendre en compte, au titre de l'existence de celle-ci, le mobile déterminant entré dans le champ contractuel⁽⁷⁾ ou même le but contractuel poursuivi par les protagonistes de l'opération⁽⁸⁾.

Dès lors, en continuant à exiger en matière de cause immorale un mobile illicite commun aux deux parties pour prononcer l'annulation de l'acte, on aboutissait à confondre progressivement cause du contrat et cause de l'obligation et à vider de son contenu la première notion. Car, à partir du moment où un mobile illicite ou immoral est commun aux deux parties, cela implique qu'il est entré dans le champ contractuel et participe de la cause de l'obligation elle-même. Autant dire que cause subjective et cause objective ne font plus qu'une et que la cause du contrat perd toute autonomie.

On ajoutera que la solution ancienne qui subordonnait l'annulation d'un acte à titre onéreux à l'existence d'un mobile illicite commun était critiquée par certains auteurs en ce qu'elle limitait considérablement le rôle de la nullité pour cause immorale et constituait une prime à la ruse et à la dissimulation⁽⁹⁾.

Il était donc logique de décider, comme l'a fait la Cour de cassation dans l'arrêt du 7 oct. 1998, que le mobile illicite personnel à l'un des contractants était suffisant pour entraîner l'annulation de la convention au regard de l'art. 1133 c. civ.

L'évolution de la jurisprudence en ce domaine est d'ailleurs particulièrement significative et permet de mesurer le développement irrésistible de la théorie de la cause dont on voit le contenu s'étoffer et les contours se dilater ; car l'extension de la notion de cause de l'obligation entraîne à son tour et par contrecoup celle du concept plus général de cause du contrat ;

Ainsi, jusqu'en 1989, la Cour de cassation n'annulait un acte à titre onéreux que si le mobile illicite ou immoral était convenu entre les parties⁽¹⁰⁾. A partir de l'arrêt de 1989⁽¹¹⁾ l'exigence était moindre ; il suffisait que ce motif, personnel à l'un des contractants, ait été simplement connu de l'autre partie. Depuis 1998 enfin cette dernière condition n'est même plus exigée et la notion de cause du contrat devient entièrement subjective.

Etape par étape, on a donc le sentiment que, non seulement la cause de l'obligation s'étend progressivement sur ce qui relevait jusqu'alors de la cause du contrat, mais encore que le domaine de cette dernière, ainsi refoulé, déborde à son tour du cadre qui lui était habituellement imparti.

Cela dit, la nouvelle solution issue de l'arrêt de 1998 présente sur le plan pratique un certain nombre d'inconvénients.

II. Une solution discutable d'un point de vue pratique

La solution antérieure à l'arrêt du 7 oct. 1998, bien que critiquable sur le plan théorique, était également dictée par le souci d'assurer la sécurité juridique des actes à titre onéreux. En effet, on ne voulait pas que le contractant irréprochable puisse se voir imposer la nullité du contrat au motif que son cocontractant avait poursuivi un objectif immoral ou illicite.

Dans la grande majorité des cas, comme il était difficile de prouver que le mobile illicite était commun aux deux parties, la nullité ne pouvait donc être prononcée. Elle ne l'était, en fin de compte, que lorsque le contrat, ou les circonstances entourant sa conclusion, révélaient l'existence d'une entente frauduleuse entre les parties.

Depuis le revirement de la Haute juridiction, cette digue est rompue et l'on peut désormais redouter les effets dévastateurs d'une nullité absolue susceptible de déferler sur un grand

nombre de conventions. Car il existe une foule de contrats dans lesquels une des parties peut être déterminée par des mobiles illicites et inavouables : achat d'un immeuble en vue d'y établir des activités prohibées ou d'un véhicule destiné à accomplir quelque forfait ; acquisition d'un fonds de commerce pour y développer négoce contraire aux bonnes moeurs, etc. Désormais tous ces contrats seront potentiellement annulables, pendant trente ans et à la demande de tout intéressé, puisqu'il s'agit d'une nullité absolue.

Une telle extension risque fort d'avoir des suites fâcheuses :

- La première difficulté susceptible de se présenter est d'ordre probatoire : comment prouver l'existence du motif immoral ou illicite au moment de la formation de l'acte ? Rien n'est plus hasardeux et aléatoire que la recherche de la motivation psychologique d'un contractant. On en a une illustration en matière d'erreur sur les qualités substantielles lorsqu'il s'agit de savoir si une qualité était réellement déterminante aux yeux de l'*errans* (12).

Comme le juge, par hypothèse, ne sera plus lié par le contenu ou l'économie du contrat, il faut en conclure qu'il pourra recourir aux témoignages et présomptions avec tous les risques d'arbitraire que cela implique. On peut d'ailleurs se demander si ce rôle de nouvel inquisiteur sied au juge civil.

- La seconde difficulté est liée aux conséquences de la nullité absolue elle-même et à ses effets pervers, notamment en matière de restitutions.

Dans l'affaire du 7 oct. 1998, il n'y avait guère de problème de cet ordre, puisque l'annulation de la convention litigieuse entraînait simplement le remboursement immédiat du prêt. Mais la solution édictée par l'arrêt de 1998 étant générale, la nullité pourra atteindre tous les contrats synallagmatiques dans lesquels une des parties poursuivait un objectif illicite à l'insu de l'autre et risquera de provoquer des restitutions en cascade.

Or, on sait très bien que dans ce genre de cas la destruction rétroactive de l'acte soulève des difficultés d'autant plus inextricables qu'une longue période de temps s'est écoulée entre la conclusion de la convention litigieuse et son annulation.

On l'a vu avec la nullité des contrats à exécution successive dont l'exécution s'était poursuivie sur plusieurs années, comme les contrats de distribution sélective (13) ; on l'a vu également en cas d'annulation de contrats translatifs de propriété comme la vente, lorsque la chose vendue est passée entre les mains de plusieurs sous-acquéreurs de bonne foi dont les droits sont rétroactivement anéantis en vertu de l'adage *nemo plus juris...* (14).

Autant dire tout de suite que désormais le contractant irréprochable non seulement pourra se voir imposer la nullité du contrat si l'autre partie était déterminée par un mobile immoral et illicite, mais encore fera les frais de cette nouvelle insécurité juridique en subissant de plein fouet les conséquences liées aux restitutions.

L'ancienne jurisprudence présentait peut-être l'inconvénient d'interdire au contractant honnête de réclamer la nullité d'un contrat immoral, mais la nouvelle l'oblige à subir une nullité qu'il n'a ni voulu, ni pu prévoir et qui risque de lui être fortement préjudiciable (15), de telle sorte que le remède nous paraît pire que le mal.

Il est urgent d'en atténuer les effets néfastes.

III. Une solution qu'il est urgent de tempérer

Le droit des obligations poursuit deux objectifs, la justice et la sécurité juridique ; un équilibre approximatif doit exister entre ces deux éléments. Si la jurisprudence antérieure sacrifiait en partie la justice et l'intérêt général, celle qui est issue de l'arrêt de 1998 compromet désormais la sécurité.

Il faut donc tenter de rétablir l'équilibre rompu.

Plusieurs remèdes existent, mais peu seront réellement efficaces.

Pour limiter l'effet dévastateur de l'annulation du contrat on songe immédiatement à l'adage *nemo auditur...* qui permet au contractant innocent, non pas de paralyser l'action en nullité, mais de faire échec aux restitutions consécutives à l'exercice de l'action. De la sorte, la nullité tournera à l'avantage de ce contractant, l'indemnisant du préjudice qu'il aura pu subir.

L'ennui est que l'adage *nemo auditur...* a finalement un domaine d'application assez restreint puisqu'il ne concerne que les contrats immoraux ou gravement illicites, mais non les contrats dont l'objet ou la cause sont affectés d'une illicéité simple¹⁶. Ce qui veut dire que, dans bon nombre de cas, le contractant irréprochable ou ses ayants cause à titre particulier (par exemple les différents sous-acquéreurs de la chose objet du contrat illicite) ne pourront échapper aux restitutions.

Ainsi, l'annulation d'une cession directe de clientèle civile ou d'un contrat faisant référence à une indexation prohibée sera-t-elle accompagnée de restitutions. On peut suggérer qu'il en ira de même lorsqu'une convention aura pour objet, comme dans l'arrêt de 1998, de faire échec à l'administration fiscale, sauf à considérer qu'il s'agit ici d'une illicéité intolérable assimilable à l'immoralité. Mais il ne semble pas que l'on en soit encore là...

Dès lors, on imagine sans peine que les plaideurs n'hésiteront pas à ergoter sur ce point désormais crucial.

Puisque l'adage *nemo auditur...* risque de s'avérer décevant, certains ont suggéré de régler la question sur le terrain de la responsabilité civile¹⁷. Le contractant fautif serait tenu d'indemniser l'autre partie des conséquences préjudiciables de la nullité et de ses suites. Pour cela encore faut-il que ce contractant soit suffisamment solvable, ce qui en pratique ne sera pas nécessairement le cas, car celui qui poursuit des objectifs illicites ou immoraux peut être tenté d'organiser son insolvabilité ou de dissimuler ses biens.

De plus, il ne faut pas perdre de vue que, par l'effet de la nullité absolue, tout intéressé pourra remettre en cause le contrat, par exemple un tiers dont les droits seraient contrariés par l'acte litigieux. Prise au dépourvu, la partie qui était animée d'un mobile illicite et qui est à l'origine de l'irrégularité ne sera peut-être pas en état de restituer et encore moins de verser des dommages-intérêts.

Le recours aux règles de la responsabilité civile est donc une protection assez théorique.

D'autres institutions peuvent également être mises à contribution pour tenir en échec dans certains cas les restitutions, en particulier lorsque des tiers sont menacés dans leurs droits. C'est ainsi que les ayants cause à titre particulier comme les sous-acquéreurs pourront invoquer à leur profit, tantôt l'art. 2279 c. civ., tantôt l'usucapion abrégée, tantôt la théorie de l'apparence.

Mais la protection qui en résulte est très inégale suivant les circonstances, car les conditions qui permettent de s'abriter derrière ces règles ne sont pas toujours remplies. Seule la théorie de l'apparence est dotée d'un effet général, mais elle vient récemment d'être mise à mal par un arrêt de la Chambre commerciale¹⁸.

De toute manière, ces règles ne protègent pas le contractant lui-même, mais uniquement les tiers.

Comme on peut le constater, dans l'état actuel du droit positif, il n'y a pas vraiment de moyens de protéger efficacement le contractant innocent confronté à une action en nullité absolue ; à moins d'étendre le domaine de l'adage *nemo auditur...* à l'exercice de l'action elle-même, comme l'ont proposé plusieurs auteurs, autrement dit en privant le contractant coupable du droit d'invoquer la nullité¹⁹.

Cette solution éviterait au moins que la partie qui est à l'origine de l'irrégularité ne puisse se dégager cyniquement du contrat en invoquant le vice de l'acte (20).

Une autre possibilité serait d'admettre plus largement l'adage *nemo auditur...* pour faire échec aux restitutions même lorsqu'il y a simple illicéité. Mais du coup la sanction pourra paraître exagérément sévère pour l'auteur de l'irrégularité.

Toutes ces suggestions ne protègent le contractant innocent que de manière partielle et ne sont pas dépourvues d'inconvénients.

Elles sont d'ailleurs anciennes et leur influence sur la jurisprudence a été faible jusqu'alors. Connaîtront-elles une nouvelle jeunesse avec le revirement de 1998 ? Tout dépendra finalement des difficultés nouvelles que la jurisprudence devra résoudre et de l'ampleur de la déstabilisation que risque de subir le droit des contrats.

En tout cas il est sûr que cette décision pourrait amener à reconsidérer sérieusement le régime de l'action en nullité et il n'est pas certain que la Cour de cassation ait été bien inspirée de rompre avec une solution, peut-être illogique, mais pragmatique et en définitive assez commode.

Mots clés :

CONTRAT ET OBLIGATIONS * Cause * Cause illicite ou immorale * Cocontractant * Connaissance

(1) Cass. 1re civ., 7 oct. 1998, D. 1998, Jur. p. 563, concl. J. Sainte-Rose ; D. 1999, Somm. p. 110, obs. P. Delebecque ; JCP 1999, I, 114, § 1 s., obs. C. Jamin, et 1999, II, 10202, note M.-H. Maleville ; Defrénois 1998, p. 1408, n° 138, obs. D. Mazeaud.

(2) Cass. civ., 2 janv. 1907, D. 1907, 1, p. 137, note Colin ; S. 1911, 1, p. 585, note Wahl.

(3) Cass. 1re civ., 12 juill. 1989, Bull. civ. I, n° 239 ; D. 1991, Somm. p. 320, obs. J.-L. Aubert.

(4) V. toutefois les réserves émises par D. Mazeaud ainsi que P. Delebecque (*op. cit., supra*, note 1).

(5) D. Mazeaud, obs. sous Cass. 1re civ., 1er juill. 1997, D. 1998, Somm. p. 110.

(6) Cette distinction a été consacrée par la Cour de cassation dans l'arrêt précité du 12 juill. 1989 (*V. supra*, note 3).

(7) T. mixte com. Basse-Terre, 17 mars 1993, D. 1993, Jur. p. 449, note P. Diener ; RTD civ. 1994, p. 95, obs. J. Mestre ; P. Diener, A propos d'une prétendue absence de cause, D. 1994, chron. p. 347 ; Cass. 1re civ., 10 mai 1995, JCP 1996, I, n° 3914, § 1 s., obs. M. Fabre-Magnan ; également, quoique de manière implicite, Cass. com., 22 oct. 1996, *Chronopost*, JCP 1997, II, n° 22881, note D. Cohen ; D. 1997, Jur. p. 121, note A. Sériaux, Somm. p. 175, obs. P. Delebecque, Chron. p. 145, par C. Larroumet.

(8) Cass. 1re civ., 3 juill. 1996, D. 1997, Jur. p. 500, note P. Reigné ; 1er juill. 1997, D. 1998, Jur. p. 32, note L. Aynès, Somm. p. 110, obs. D. Mazeaud, préc. Avec ce courant jurisprudentiel tout à fait remarquable et d'ailleurs encouragé par certains auteurs (P. Reigné, La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français, thèse, Paris II, 1993), « ... la notion de cause, classiquement entendue dans un rôle insignifiant qui lui ôte toute utilité en termes de protection, acquiert ainsi une véritable dimension économique et se mue insensiblement en instrument de contrôle de l'intérêt du contrat en considération duquel le contractant s'était engagé » (D. Mazeaud, *op. cit., supra*, note 5, citant J. Mestre). Il est vrai que ce mouvement rencontre des résistances dans certains domaines ; ainsi lorsqu'un contrat de prêt a été conclu pour financer une acquisition, la Cour de cassation continue à considérer

que la cause de l'obligation de l'emprunteur réside dans la mise à disposition des fonds (Cass. com., 5 mars 1996, D. 1996, Somm. p. 327, obs. R. Libchaber ; D. 1997, Somm. p. 343, obs. O. Tournafond¹⁵ ; plus récemment Cass. 1re civ., 16 févr. 1999, D. 1999, IR p. 76¹⁶ ; mais cette solution est sérieusement menacée par l'arrêt précité du 1er juill. 1997.

(9) Flour et Aubert, Les obligations - L'acte juridique, A. Colin, 1996, n° 276.

(10) Cass. civ., 4 déc. 1956, JCP 1957, II, n° 10008, note J. Mazeaud.

(11) V. *supra*, note 3.

(12) On songe immédiatement à l'affaire du *Poussin* : Cass. 1re civ., 22 févr. 1978, D. 1978, Jur. p. 601, note P. Malinvaud, et 13 déc. 1983, JCP 1984, II, n° 20186, concl. Gulphe.

(13) On sait que les difficultés, parfois inextricables, liées à l'annulation des contrats de distribution pour indétermination du prix sont en partie à l'origine du revirement de jurisprudence intervenu en la matière avec les arrêts de l'assemblée plénière du 1er déc. 1995, D. 1996, Jur. p. 13, concl. Jeol, note L. Aynès¹⁷ (V. en particulier sur ce point L. Vogel, Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution, D. 1995, Doctr. p. 155, en particulier n° 15 s.¹⁸).

(14) L'annulation pour erreur vice du consentement de ventes d'objets d'art fournit des exemples d'imbroglios juridiques liés à la question des restitutions ; ainsi Cass. 1re civ., 25 mai 1992, *Fragonard II*, JCP 1992, I, n° 3608, obs. M. Billiau ; D. 1993, Somm. p. 235, obs. O. Tournafond¹⁹.

(15) V. C. Jamin, obs. préc., note 1.

(16) Malaurie et Aynès, Droit civil, Les obligations, Cujas, 1998, n° 592 ; Terré, Simler et Lequette, Droit civil, Les obligations, Précis Dalloz, 1996, n° 404 ; Flour et Aubert, n° 378 ; Cass. 1re civ., 27 nov. 1984, Bull. civ. I, n° 319 ; Cass. com., 20 janv. 1987, JCP 1988, II, n° 20987, note G. Goubeaux.

(17) C. Jamin, D. Mazeaud, obs. préc. (*supra*, note 1). M. Mazeaud juge d'ailleurs la question « bien théorique » ; elle n'est pourtant pas plus théorique que celle du prononcé de la nullité elle-même pour cause immorale ou illicite. Tant que l'on exigeait pour annuler le contrat que le mobile illicite soit commun aux deux contractants, la nullité était en fait rarement encourue et n'atteignait que des contrats assimilables à de véritables concerts frauduleux ; à cette époque, la question des restitutions était effectivement assez théorique. Il n'en va plus de même depuis l'arrêt de 1998, compte tenu de l'extension prévisible des cas de nullité ; le problème des restitutions risquera alors de se poser sur une beaucoup plus grande échelle.

(18) Cass. com., 3 févr. 1998, D. 1999, Jur. p. 185, note A. Bénabent, et Somm. p. 70, obs. A. Honorat, qui refuse de faire jouer la théorie de l'apparence au bénéfice des sous-acquéreurs de bonne foi en matière de procédures collectives²⁰.

(19) Flour et Aubert, préc., n° 276, *in fine*, et n° 377 ainsi que les auteurs cités en note.

(20) Cette situation particulièrement choquante n'est malheureusement pas exceptionnelle. On a vu, par exemple, la Cour de cassation prononcer la nullité de ventes d'immeuble à construire à la demande de vendeurs/promoteurs qui avaient eux-mêmes violé les dispositions d'ordre public du secteur du logement au motif qu'il s'agissait d'une nullité absolue : Cass. 3e civ., 5 déc. 1978, RD imm. 1979, p. 222, obs. P. Jestaz ; 17 juill. 1996, JCP 1996, IV, n° 2184.

