

# Université Panthéon-Assas

école doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit privé  
soutenue le 12 décembre 2015

Thèse de Doctorat / décembre 2015

## La distinction des nullités relative et absolue



**Université Panthéon-Assas**

**Anne-Sophie Lebret**

Sous la direction de Nicolas Molfessis

Membres du jury :

**Monsieur Thomas GENICON**

*Professeur à l'Université de Rennes I*

**Monsieur Emmanuel JEULAND**

*Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne*

**Monsieur Hervé LÉCUYER**

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas*

**Monsieur Yves-Marie SERINET**

*Professeur à l'Université Paris-Sud*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



*À l'issue de ce travail, je tiens tout particulièrement à remercier :*

- *le professeur Molfessis pour m'avoir confié ce beau sujet et pour ses précieuses remarques tout au long de ces années,*
- *mes parents et ma sœur préférée, pour leur compréhension, leur confiance et leur soutien malgré le temps qui passait...sans oublier Aurélien et son « humour »...*
- *Néda, Morgane et Claire : merci pour votre amitié, vos encouragements, vos relectures...sans vous tout aurait été bien plus dur et cette thèse probablement restée inachevée...*
- *Mais également Maud pour ses conseils, Anna-Maria, Marie, Annabel, Michel, Jérémy et Maximin pour leurs suggestions,*
- *les étudiants qui, sans le savoir, m'ont donné le courage de poursuivre, ou, par une question sans rapport avec ce sujet, m'ont aidé à aplanir une difficulté,*
- *Greg enfin, pour les changements d'air, pour la motivation transmise, pour sa présence à mes côtés...et pour le tableau « où en est-on avec Boulitos » que j'ai finalement fini par remplir...*



**Résumé :** La distinction doctrinale des nullités relative et absolue apparaît dans notre droit au XVI<sup>e</sup> siècle. Depuis, la doctrine enseigne que de sa mise en œuvre, découle l'entier régime d'une cause de nullité.

Le caractère opératoire de cette distinction est régulièrement interrogé, voire contesté. Cette circonstance, ajoutée à celle de sa probable consécration lors de la prochaine réforme du droit des obligations, incite à éprouver la pertinence de cette distinction.

Pour assurer sa fonction d'instrument de connaissance du droit, la distinction des nullités relative et absolue doit, comme toute distinction binaire, posséder trois caractéristiques : premièrement un critère de distinction solide assurant son caractère opératoire, deuxièmement une différence de régime significative entre les deux éléments composant la distinction et conférant tout son intérêt à celle-ci, troisièmement une différence de nature entre les deux composantes, établie par le critère choisi, et justifiant la disparité de régime.

Or, à l'analyse, la distinction des nullités relative et absolue ne possède ni critère de distinction sûr, ni différence de régime incontestée, ni dualité de nature.

L'étude de la nature de la nullité nous conduira à retenir une nature unique : la nullité sera analysée comme une sanction de la légalité, qui doit être prononcée. Le plus souvent, elle le sera par le juge et revêtira alors un caractère judiciaire.

Dès lors, à l'unique nature de sanction judiciaire de la légalité il est proposé d'attacher un seul régime, autrement dit, des règles communes à toutes les causes de nullité. La nature commandant le régime, ce dernier doit être élaboré en considération de la nature de la nullité proposée. Il conviendra néanmoins de prendre également en considération les dispositions légales spécifiques à certaines causes de nullité.

**Descripteurs :** nullité - sanction – légalité - action en nullité - renonciation - confirmation - régularisation subjective - intérêt protégé - intérêt à agir - contentieux objectif.

**Summary:** The scholarly distinction of relative and absolute nullities appeared in our law during the sixteenth century. Ever since, scholarly opinion has been that the entire regime of a cause of nullity depends on the implementation of this distinction. The operational nature of this distinction is regularly questioned, and even discussed. Yet, its probable establishment by the upcoming reform of the law of obligations urges a scrutiny of this distinction's relevance. In order to fulfil its task of knowledge of the law, the distinction of relative and absolute nullities must, like every binary distinction, possess three characteristics: firstly, a solid criterion of distinction must enable it to be operational; secondly, the two parts of the distinction must correspond to two sets of significantly different rules, this difference being the heart of the distinction; and thirdly, a difference in the nature of the two parts of the distinction, established by the chosen criterion, and justifying the difference of regimes.

However, after close analysis, the distinction of relative and absolute nullities possesses neither a reliable criterion of distinction, nor an uncontested difference in the regimes, nor a duality of nature.

The study of the nullity's nature will enable us to state that nullity has a uniform nature: nullity will be analysed as a sanction of the act's legality that must be imposed. More often than not, it will be imposed by the judge and will have a judicial nature.

Thus, the uniform nature of judicial sanction of the act's legality must correspond to a single regime, in other words it must correspond to rules that are common to all causes of nullity. Since the nature conditions the regime, the latter must be established by taking into consideration the nature of the proposed nullity. Nevertheless, it is necessary to also take into consideration the legal provisions specific to certain causes of nullity.

**Keywords:** nullity - sanction - legality - action in nullity - renunciation - confirmation - subjective regularisation - protected interest - interest in taking a legal action - objective litigation.



## Liste des principales abréviations

al.	: alinéa.
AP	: arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation.
Arch. Phil. dr	: Archives de philosophie du droit.
art.	: article.
Bull. civ.	: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles.
C. ass.	: Code des assurances
C. civ.	: Code civil.
C. com.	: Code de commerce.
C. conso.	: Code de la consommation.
C. mon. fin.	: Code monétaire et financier.
CPI	: Code de la propriété intellectuelle.
Cass. civ. 1 <sup>ère</sup>	: arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation.
Cass. civ. 2 <sup>e</sup>	: arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation.
Cass. civ. 3 <sup>e</sup>	: arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation.
Cass. com.	: arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation.
Cass. req.	: arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation.
Cass. soc.	: arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation.
CC	: décision du Conseil constitutionnel.
CCC	: Contrats concurrence consommation.
CE	: arrêt du Conseil d'État.
Chron.	: chronique.
Coll.	: collection.
Concl.	: conclusions.
<i>Contra</i>	: contraire.
D.	: Recueil Dalloz.
Dactyl.	: Dactylographiée.
Defrénois	: Répertoire du Notariat Defrénois.
Dir.	: Direction.
Dr. et patr.	: Revue Droit et patrimoine.
Dr. fam.	: Revue Droit de la famille.
éd.	: édition.
Ex.	: exemple.
Fasc.	: Fascicule.
GAJC	: Grands arrêts de la jurisprudence civile.
Gaz. Pal.	: Gazette du Palais.

<i>Ibid.</i>	: <i>Ibidem</i> , au même endroit.
<i>In</i>	: dans.
<i>Infra</i>	: Ci-dessous.
J.-Cl. Civ.	: Juris-Classeur Code civil.
JCP	: Semaine juridique, édition générale.
JCP E	: Semaine juridique, édition entreprise.
JCP N	: Semaine juridique, édition notariale et immobilière.
JO	: Journal officiel.
JOAN	: Journal officiel de l'Assemblée Nationale.
JO Sénat	: Journal officiel du Sénat.
L.G.D.J	: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
LPA	: Les petites affiches.
n°	: numéro
not.	: notamment
Obs.	: observations.
Op. cit.	: <i>Opere citato</i> , cité précédemment.
p.	: page.
préc.	: précité.
préf.	: préface.
PUAM	: Presses universitaires d'Aix-Marseille.
Puf	: Presses universitaires de France.
Rapp.	: Rapport.
Rec. Lebon	: Recueil des décisions du Conseil d'État.
Rev. sociétés	: Revue des sociétés.
RDC	: Revue des contrats.
RJDA	: Revue de jurisprudence de droit des affaires.
RLDC	: Revue Lamy de droit civil.
RTD civ.	: Revue trimestrielle de droit civil.
RTD com.	: Revue trimestrielle de droit commercial.
S.	: Sirey.
Spéc.	: spécialement.
<i>Supra</i>	: ci-dessus.
v°	: <i>Verbo</i> , mot.
T.	: tome.
V.	: voir.
Vol.	: volume.

## Liste des ouvrages cités en forme abrégée

- AMRANI-MEKKI (S.) et STRICKLER (Y.), *Procédure civile*, Puf, coll. Thémis droit, 2014.  
- Cité : AMRANI-MEKKI (S.) et STRICKLER (Y.)
- BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, L.G.D.J, 14<sup>e</sup> éd., 2014.  
- Cité : BÉNABENT (A.)
- CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, Lexis Nexis, 8<sup>e</sup> éd., 2013.  
- Cité : CADIET (L.) et JEULAND (E.)
- CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, Puf, coll. Thémis droit privé, 3<sup>e</sup> éd., 1996.  
- Cité : CORNU (G.) et FOYER (J.)
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Droit civil – Les obligations – 1. L’acte juridique*, Sirey université, 16<sup>e</sup> éd., 2014.  
- Cité : FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.)
- GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, Les obligations - Le contrat : la formation*, L.G.D.J, coll. Traité, 2<sup>e</sup> éd., 1988.  
- Cité : GHESTIN (J.)
- GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil, La formation du contrat, T. II : L’objet et la cause – Les nullités*, L.G.D.J, 4<sup>e</sup> éd., 2013.  
- Cité : GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.)
- GUINCHARD (S.), CHAINIAS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile - droit interne et droit de l’Union européenne*, Dalloz, 32<sup>e</sup> éd., 2014.  
- Cité : GUINCHARD (S.), CHAINIAS (C.) et FERRAND (F.)
- JEULAND (E.), *Droit processuel général*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 3<sup>e</sup> éd., 2014.  
- Cité : JEULAND (E.)
- MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Les obligations*, L.G.D.J, 7<sup>e</sup> éd., 2015.  
- Cité : MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.)
- TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2013.  
- Cité : TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.)



## **Plan sommaire \***

### **Première partie - Pour un abandon de la distinction des nullités relative et absolue**

Chapitre 1 - Des critères de distinction non convaincants

Chapitre 2 - Une opposition de régimes non pertinente

Chapitre 3 - Une nature unique appelant un régime unique

### **Seconde partie - Pour des règles communes à toutes les causes de nullité**

Chapitre 1 - Une détermination de droit commun des sujets de l'action

Chapitre 2 - Les obstacles objectifs à l'existence de l'action

Chapitre 3 - La confirmation de l'acte entaché de nullité

---

\* Une table des matières détaillée figure à la fin de l'ouvrage.



# Introduction

*« Au vrai, on se crée une logique d'affirmations pures, de concepts sans fondement objectif, de sentiments plutôt que de raisons, tranchons le mot de préjugés basés sur la tradition ou l'éducation inconsciente de l'esprit. Victime de sa formation même, le juriste n'aperçoit pas toujours l'irréalité de ses constructions et la vanité pratique de leurs résultats. Cependant, si, abdiquant tout parti pris technique, il voulait considérer simplement la nature objective des choses qui s'offrent à son jugement, il se convaincrerait bien vite que rien d'impérieusement logique n'anime les rapports à lui soumis, et que, dans l'application qu'il leur fait de ses conceptions, l'enchaînement de celles-ci peut être fort différent de ce qu'il suppose, sans choquer la raison et tout en satisfaisant mieux le sens pratique ».*

F. GÉNY<sup>1</sup>

1. Droit patrimonial et droit extra patrimonial, meuble et immeuble, chose fongible et chose non fongible, droit réel et droit personnel, responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, obligation de moyen et obligation de résultat, société de personnes et sociétés de capitaux, nullité relative et nullité absolue... Inutile de le nier, « distinguer est un procédé familier aux juristes »<sup>2</sup>.

Le droit se présente comme un « lieu naturel d'oppositions »<sup>3</sup>, aussi il n'est pas surprenant que les distinctions binaires y soient nombreuses<sup>4</sup>. Si le droit positif connaît des classifications tripartites<sup>5</sup>, il en consacre peu. Peut-être est-ce en raison du rejet doctrinal dont elles font l'objet ? EISENMANN, par exemple, a affirmé qu'« il n'est pas admissible de poser, en considération annoncée d'un même trait, c'est-à-dire d'un même principe de classification, une division tripartite »<sup>6</sup>.

2. Par son mécanisme, une distinction constitue un « instrument de connaissance » du droit<sup>7</sup>, un « moyen » d'ordonner une matière<sup>8</sup>, de « régler scientifiquement

---

<sup>1</sup> GÉNY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif – Essai critique*, T. I, L.G.D.J., 2<sup>nd</sup> éd., 1919, n°64.

<sup>2</sup> CARBONNIER, (J.), *Sociologie juridique*, Puf, coll. Quadrige, 2<sup>e</sup> éd., 2004, p. 228.

<sup>3</sup> VIVANT (M.), « Le plan en deux parties, ou de l'arpentage considéré comme un art », in *Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle - Études offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 973, spéc. n°13.

<sup>4</sup> Sur cette « tendance naturelle à ramener à deux le nombre d'objets considérés », v. MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), « Esprit de géométrie et esprit de finesse : la pensée en "3D" », in *Mélanges offerts à R. Gassin : Sciences pénales et sciences criminologiques*, PUAM, 2007, p. 450.

<sup>5</sup> V. par ex. la classification des crimes, délits et contraventions en droit pénal ou encore celle de la sauvegarde de justice, de la curatelle et de la tutelle en droit des personnes.

<sup>6</sup> EISENMANN (Ch.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Arch. phil. dr.*, T. XI, "La logique du droit", 1966, n°16.

<sup>7</sup> BERGEL (J.-L.), « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.*, 1984, 225, spéc. p. 272.

<sup>8</sup> MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), « Réflexions sur la distinction », in *Mélanges Christian Mouly*, T. I, Litec, 1998, p. 53 et s., spéc. n°26.

et par avance les conflits d'intérêts»<sup>9</sup>. Elle participe à ce qu'un « magma confus » devienne « une source claire »<sup>10</sup>, puisque de la mise en œuvre d'un critère résulte la qualification, c'est-à-dire le rattachement à l'une des deux catégories de la distinction afin d'en déduire le régime juridique. En conséquence, pour qu'une distinction binaire remplisse les fonctions qui lui sont assignées, elle doit posséder trois caractéristiques. D'abord, un critère de distinction solide assurant son caractère opératoire. Ensuite, une différence de régime significative entre les deux composantes de la distinction et conférant tout son intérêt à celle-ci. Enfin, une différence de nature entre ces dernières, établie par le critère choisi, et justifiant la disparité de régime<sup>11</sup>.

Mais si les distinctions binaires présentent plusieurs vertus, elles ne sont pas pour autant sans défauts. Il leur est généralement reproché soit la difficulté de mettre en œuvre ou d'arrêter leur critère de distinction, soit leur manque de souplesse, leur relativité. Le caractère binaire de ces distinctions induit directement ces défauts puisqu'il implique la perte « du sens de la nuance »<sup>12</sup>. Ne faut-il pas alors s'interroger sur la pertinence d'une distinction binaire, dont l'objet est de déterminer le régime juridique d'une cause de nullité, c'est-à-dire de trancher une difficulté concrète, de solutionner un litige ? N'a-t-on pas déjà souligné que si l'abandon de nuances « peut n'être pas trop gênant à un certain niveau d'abstraction, il l'est beaucoup plus lorsque l'on se situe dans un univers proche de la réalité concrète, ou même dans cette réalité, et qu'il ne s'agit plus de décrire, mais de décider : or, s'agissant du juriste, ce sera souvent le cas »<sup>13</sup> ?

Ces défauts expliquent pourquoi bien des distinctions ont fait – et font encore ! – couler beaucoup d'encre. Les nombreux écrits consacrés à la distinction des nullités relative et absolue la placent probablement sur le podium des distinctions ayant le plus fait l'objet de discussions doctrinales<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> PIMONT (S.), « Peut-on réduire le droit en théories générales », *RTD civ.* 2009, 419.

<sup>10</sup> L'expression est empruntée au Doyen CARBONNIER, « Préface », in *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. XVIII.

<sup>11</sup> BERGEL (J.-L.), art. préc., spéc. p. 258 : « Il faut alors poser en principe que toute identité de nature implique une identité de régime et que toute différence de nature implique une différence de régime ».

<sup>12</sup> Mme MATHIEU-IZORCHE, dans « le raisonnement juridique », montre que si dans un univers artificiel les classements binaires s'effectuent généralement sans difficulté, il n'en est pas de même « dans des univers plus proches de la réalité concrète, généralement plus complexes », où l'opération de classement en deux catégories « s'effectue au prix de l'abandon de certaines nuances ». De ce fait, les classes résultant de la division opérée sont floues. Cette auteur relève que « de nombreux classements opérés par les juristes correspondent à ce type de situation : ils lui sont imposés par la nécessité de schématiser l'univers dans lequel il opère ». Or « ce qui aura été gagné en simplification sera perdu en fidélité de la représentation par rapport à la réalité, et la finesse des perceptions n'y trouve pas son compte » (MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), *Le raisonnement juridique*, Puf, 2001, p. 52 et s.).

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> V. LIBCHABER (R.), obs. sous Cass. com., 23 oct. 2007, *Deffrénois 2007*, art. 38697, n°74, p. 1729 : « [...] jusqu'à prétendre reconstruire la théorie des nullités. Il faudra sans doute s'y résoudre : deux cents ans après la

3. Le terme nullité apparaît au XII<sup>e</sup> siècle<sup>15</sup>. Il provient du latin médiéval *nullitas*<sup>16</sup>, qui prend lui-même ses racines dans le latin antique *nullus* signifiant « aucun, nul »<sup>17</sup>. Le latin antique ne connaissait « aucune expression pour désigner de la façon la plus générale, la nullité »<sup>18</sup>. D'ailleurs le terme *nullitas* n'apparaît pas dans les *Pandectes*. On le trouve uniquement, des siècles plus tard, sous la plume des commentateurs des œuvres de Justinien<sup>19</sup>. À titre d'illustration, on peut lire dans les *Institutes* : « *et ea quae statim ab initio non jure fiunt, irrita sint* »<sup>20</sup>, passage traduit par : « on peut dire aussi que les testaments qui dans leur principe ne sont pas faits suivant les lois sont nuls »<sup>21</sup>. Il reste que si le terme nullité n'était pas utilisé dans les *Institutes*, l'idée d'inefficacité qui lui est aujourd'hui attachée y transparaissait déjà<sup>22</sup>.

Or, en tant qu'inefficacité<sup>23</sup>, la nullité se rapproche de la caducité<sup>24</sup>, mais également de l'inopposabilité<sup>25</sup>, ou encore de la déchéance<sup>26</sup>, notions avec lesquelles elle ne doit cependant pas être confondue.

promulgation du Code civil, cent ans après la rénovation des modernes, la question n'a pas trouvé l'apaisement auquel elle devrait parvenir ».

Et les nombreux écrits, à compter du XX<sup>e</sup> siècle, sur la question, v. not. DROGOUL (F.), *Essai d'une théorie générale des nullités*, Th. Aix-en-Provence, 1902 ; JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Thèse Dijon, éd. Arthur Rousseau, 1909 ; LUTZESCO (G.), *Essai sur la nullité des actes juridiques à caractère patrimonial (Étude de droit civil français)*, thèse Paris, Sirey, 1938 ; GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Les conflits de lois en matière de nullités*, Dalloz, 1967 ; GUGGENHEIM (D.), *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé – Essai d'une théorie générale*, L.G.D.J., Paris, 1970 ; GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. G. Ghestin, L.G.D.J., 1992 ; GAUDET (S.), « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse », *McGill Law Journal*, 1995, p. 291 et s. ; CUMYN (M.), *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, préf. J. Ghestin, L.G.D.J., 2002 ; SADI (D.), *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, préf. F. Labarthe, Mare&Martin, 2015 ; v. égal. GROSCLAUDE (L.), *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, Th. dactyl. Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), 1997 ; BERTHIAU (D.), *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. J.-L. Souriaux, L.G.D.J., 1999 ; MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat*, préf. J. Ghestin, L.G.D.J., 2004.

<sup>15</sup> BAUTIER (A.-M.) et DUCHET-SUCHAUX (M.), « Des néologismes en latin médiéval : approche statistique et répartition linguistique », *ALMA* 44-45, E. J. Brill, Leiden, 1985, p. 53.

<sup>16</sup> ROBERT (P.), *Le grand Robert de la langue française*, 2<sup>e</sup> éd., par A. Rey, T. VI : Lim-Oz, 1985, v<sup>o</sup> nullité.

<sup>17</sup> GAFFIOT (F.), *Dictionnaire Latin-Français*, Hachette, p. 1044.

<sup>18</sup> RENARD (G.), « L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au moyen-âge », *Nouvelle revue historique de droit français*, 1903, p. 214. V. spéc. la note de bas de page n<sup>o</sup>1 où l'auteur évoque les différents termes et expressions évoquant l'idée de nullité.

<sup>19</sup> V. par ex. VOET (J.), *Commentarius ad Pandectas*, T. I, Cologne, 1757, p. 14.

<sup>20</sup> Les *Institutes*, Livre II, titre XVII, §.5.

<sup>21</sup> HULOT (H.), *Les Institutes de l'empereur Justinien*, Metz : Behmer et Lamort éditeurs, 1806, p. 100.

<sup>22</sup> V. égal. le passage des *Institutes* énonçant : « « *Praeterea testamentum facere non possunt impuberes : quia nullum eorum animi iudicium est. Item furiosi : quia mente carent. Nec ad rem pertinet, si impubes, postea pubes : aut furiosus, postea compos mentis factus fuerit, et decesserit* » (Les *institutes*, Livre II, Titre XIII, §.1). Ce passage a été traduit par : « Il y a encore d'autres personnes qui ne peuvent pas faire de testament, tels sont les impubères, parce qu'ils n'ont point de jugement ; les fous, parce qu'ils ne jouissent pas du bon sens. Le testament d'un impubère ou d'un fou ne vaudra pas davantage, quoiqu'ils soient morts, l'un après avoir atteint la puberté, l'autre après avoir recouvré son bon sens » (HULOT (H.), *op. cit.*, p. 87).

<sup>23</sup> CORNU (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, Puf, coll. Quadrige, 9<sup>e</sup> éd., 2011, v<sup>o</sup> nullité

<sup>24</sup> V. CHAABAN (R.), *La caducité des actes juridiques - Étude de droit civil*, préf. Y. Lequette, L.G.D.J., 2005 ; GARRON (F.), *La caducité du contrat : étude de droit privé*, PUAM, 2000 ; BUFFELAN-LANORE (Y.), *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, préf. P. Hébraud, L.G.D.J., 1963.

<sup>25</sup> BASTIAN (D.), *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Paris, 1929.

4. Tout d'abord, la nullité se différencie de la caducité<sup>27</sup>. Si la cause de nullité existe au jour de la formation de l'acte, la cause de la caducité apparaît postérieurement<sup>28</sup>. En effet, la caducité constitue « l'état de non-valeur auquel se trouve réduit un acte initialement valable du fait que la condition à laquelle était suspendue sa pleine efficacité vient à manquer par l'effet d'un événement postérieur, que cet anéantissement s'opère de plein droit du seul fait de la défaillance de la condition [...] ou à titre de sanction d'une négligence »<sup>29</sup>. À cette première hypothèse, il convient d'en ajouter une seconde, la disparition, lors de l'exécution du contrat, de l'un de ses éléments constitutifs<sup>30</sup>.

Ensuite, l'effet *erga omnes* de la nullité permet de la distinguer de l'inopposabilité<sup>31</sup>, c'est-à-dire de « l'inefficacité d'un acte à l'égard d'un tiers permettant à ce tiers de méconnaître l'existence de l'acte et d'en ignorer les effets qui tient [...] à la circonstance que l'acte manque de l'une des conditions de sa pleine efficacité et de son intégration à l'ordre juridique »<sup>32</sup>. En effet, contrairement à l'acte dont la nullité est prononcée, l'acte inopposable demeure pleinement valable *inter partes*. Il est seulement dépourvu d'effets à l'égard d'un tiers<sup>33</sup>.

Enfin, la nullité diffère de la déchéance, cette « sanction à la mode »<sup>34</sup>, en jurisprudence et en doctrine, qui se définit comme « la perte d'un droit, d'une fonction, d'une qualité ou d'un bénéfice, encourue à titre de sanction, pour cause d'indignité, d'incapacité, de fraude, d'incurie, ... »<sup>35</sup>. La jurisprudence a clairement reconnu l'identité propre de la déchéance en droit du crédit. La Cour de cassation a précisé que « la déchéance du droit aux

<sup>26</sup> LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits – Contribution à l'étude des sanctions civiles*, préf. A. Ghozi, Éditions Panthéon-Assas, 2007, n°6 et s. ; SAUTEL (O.), « Sur la déchéance en droit privé (Contribution à la théorie de la permanence de la cause) », *D.* 1999, ch., p. 487.

<sup>27</sup> Comme l'idée de nullité, la caducité naît en droit romain avec les lois caducaires, autrement dit les lois *Julia et Papia Poppaea* rendues sous Auguste. Sur ce point, v. CHAABAN (R.), *op. cit.*, n°2 et s.

<sup>28</sup> BUFFELAN-LANORE (Y.), *op. cit.*, p. 115-116 ; CHAABAN (R.), *op. cit.*, n°37.

<sup>29</sup> CORNU (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° caducité.

<sup>30</sup> V. Part. 1186 al. 1<sup>er</sup> du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats. Sur la caducité, v. WICKER (G.) et BOUCARD (H.), « Les sanctions relatives à la formation du contrat », *JCP* 2015, supplément au n°21, p. 32, spéc., n°23

<sup>31</sup> BASTIAN (D.), *op. cit.*, p. 355 : « La nullité, qu'elle soit relative ou absolue, fait tomber l'acte *erga omnes*, sanction brutale que la jurisprudence et la doctrine se sont ingénérées à adoucir. L'inopposabilité, au contraire, laisse subsister dans la mesure du possible, et respecte les effets qu'il produit *inter partes* tout en mettant les tiers à l'abri de ceux qui peuvent leur préjudicier ».

<sup>32</sup> CORNU (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° inopposabilité.

<sup>33</sup> L'inopposabilité ne fait l'objet d'aucune définition dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations rendu public en février 2015. V. WICKER (G.) et BOUCARD (H.), art. préc., n°22

<sup>34</sup> DELEBECQUE (Ph.), « Incidences de la loi du 31 décembre 1989 sur le cautionnement », *D.* 1990, chron., p. 255 ; v. égal. LUXEMBOURG (F.), *op. cit.*, n°6 et s. L'auteur relève que l'emploi de la déchéance a été croissant dans les domaines les plus divers.

<sup>35</sup> CORNU (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° déchéance.

intérêts, qui ne sanctionne pas une condition de formation du contrat, n'est pas une nullité et est soumise à la prescription de l'article L. 110-4 du Code de commerce »<sup>36</sup>. En doctrine, il a également été souligné que la nullité totale se distinguait de la déchéance au regard de son fondement, de son objet et de sa finalité<sup>37</sup>. Ainsi, par exemple, à la différence de la déchéance la nullité totale anéantit le lien contractuel.

5. Seule la nullité a fait l'objet d'une distinction binaire. La distinction des nullités relative et absolue est vraisemblablement née au XVI<sup>e</sup> siècle. On sait en effet, qu'à la fin de l'Ancien Régime, le royaume de France est divisé : le sud est régi par le droit dit écrit, c'est-à-dire le droit romain tel qu'il résulte des compilations justiniennes redécouvertes au XII<sup>e</sup> siècle, tandis que le nord est soumis au droit coutumier. Les romanistes médiévaux « expliquent les différentes voies [de nullité] et opèrent des distinctions, mais n'aboutissent à aucune espèce de systématisation »<sup>38</sup>. Dès lors, il n'est pas possible de trouver en pays de droit écrit les traces d'une distinction binaire des nullités. L'existence – ou non – d'une telle distinction en pays de droit coutumier est plus délicate à déterminer en raison de la multiplicité des coutumes qui l'ont morcelé<sup>39</sup>. Plusieurs auteurs, cherchant à démontrer la continuité de la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité, reconnaissent que cette distinction « échappe à la presque totalité des auteurs des provinces du Nord »<sup>40</sup>. Il est donc possible d'attribuer à D'ARGENTRÉ les prémisses de la distinction des nullités relative et absolue<sup>41</sup>. Au sein de son commentaire de la coutume de Bretagne, il distingue les nullités dont la cause a trait à l'État, de celles qui relèvent de l'intérêt des particuliers. La formalisation de cette distinction s'achèvera avec les travaux des auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle. L'absence de théorie des nullités au sein du Code civil, ajoutée à la présence de plusieurs dispositions particulières régissant le régime de certaines causes de nullité, incitera la doctrine, à compter des années 1830, à théoriser la matière des nullités. C'est la naissance de la théorie dite classique des nullités.

<sup>36</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 avril 2013, n°12-14377, *Bull. civ. I*, n°88 ; *RTD civ.* 2014, 374, obs. BARBIER (H.) ; *Gaz. Pal.* 2013, n°192, p. 18, obs. PIEDELIÈVRE (S.) ; *RTD com.* 2013, 564, obs. LEGEAIS (D.). V. déjà : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juil. 2003, n°01-11153, *Bull. civ. I*, n°170 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mars 1997, n°95-04159, *Bull. civ. I*, n°97 ; *Defrénois* 1997. 1131, obs. PIEDELIÈVRE (S.) ; *CCC* 1997, comm. 87, obs. RAYMOND (G.).

<sup>37</sup> LUXEMBOURG (F.), *op. cit.*, n°539 et s.

<sup>38</sup> AUGUSTIN (J.-M.), « L'adage : Voies de nullité n'ont point lieu », in *La théorie des nullités – Études réunies par M. Boudot et P. Vecchi*, Université de Poitiers, Collection de la faculté de droit et de sciences sociales, L.G.D.J., 2008, p. 53. *Contra*, DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, Economica, Coll. Corpus histoire du droit dirigée par A. Rigaudière, 2<sup>e</sup> éd., 2012, p. 521 et s.

<sup>39</sup> CARBASSE (J.-M.), *Manuel d'introduction historique au droit*, Puf, coll. Droit fondamental, 6<sup>e</sup> éd mise à jour, 2015, n°79

<sup>40</sup> PIZE (J.), *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, thèse Lyon, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, 1897, p. 41 ; HARTEMANN (E.), *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, thèse Nancy, Typographie de G. Crépin-Leblond, 1889, n°122.

<sup>41</sup> D'ARGENTRÉ (B.), *Commentarii in consuetudines ducatus britanniae*, Nantes : P. Dorioy imprimeur du Roi, 3<sup>e</sup> éd., 1621, art. 266, col. 1008.

6. La plupart des auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle concevaient la nullité comme un état de l'acte juridique<sup>42</sup>. L'acte pouvait être atteint d'un vice moindre – il était alors annulable – ou d'un vice grave, l'acte était en conséquence nul ou inexistant. De la qualification découlait le régime de la nullité. En présence d'un acte annulable, seules certaines personnes pouvaient saisir le juge dans un délai déterminé. Elles avaient également la faculté de confirmer l'acte entaché d'une cause de nullité<sup>43</sup>. En revanche, lorsque l'acte était nul, le recours au juge n'était pas nécessaire<sup>44</sup>. Tout intéressé pouvait soulever la nullité, mais personne n'avait le pouvoir de confirmer l'acte<sup>45</sup>. La mise en œuvre du critère de distinction – la gravité du vice –, permettait de qualifier une cause de nullité, c'est-à-dire de la rattacher à une catégorie – acte nul ou acte annulable – afin d'en déduire son régime. Cette distinction permettait en effet de répondre simultanément aux trois questions : qui peut se prévaloir de la nullité ? Dans quel délai ? La confirmation de l'acte est-elle possible ?

Au XIX<sup>e</sup> siècle apparaît également l'inexistence<sup>46</sup>. Si aujourd'hui l'inexistence est distinguée, dans une certaine mesure<sup>47</sup>, de la nullité absolue<sup>48</sup>, il n'en a pas toujours été ainsi<sup>49</sup>. L'inexistence a, durant le siècle de l'exégèse, supplanté la nullité absolue dans le domaine de la nullité des conventions. La plupart des auteurs retenaient en effet une distinction binaire, dont la terminologie variait. Pour désigner la catégorie que l'on dénomme communément aujourd'hui « nullité absolue »<sup>50</sup>, certains employaient le terme d'inexistence<sup>51</sup>,

<sup>42</sup> V. *infra* n°19 et s.

<sup>43</sup> V. *infra* n°123 et s.

<sup>44</sup> Les auteurs considéraient que le recours au juge était inutile mais concédaient que le principe « nul ne peut se faire justice à lui-même » impliquait de saisir le juge en cas de désaccord sur l'inexistence de l'acte. Dans cette hypothèse, le juge ne prononçait pas la nullité, mais la constatait.

<sup>45</sup> V. *infra* n°123 et s.

<sup>46</sup> V. *infra* n°40.

<sup>47</sup> V. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 21 mai 2014, n°13-16591 ; RDC 2014, 605, obs. GENICON (T.) ; AMRANI-MEKKI (S.) et MEKKI (M.), chronique de droit des contrats, janvier 2014 – janvier 2015, *D.* 2015, 529. La Cour de cassation ne revient pas sur la terminologie employée par les juges du fond (il est « fait grief à l'arrêt de constater l'inexistence de l'acte de cession de parts sociales »), mais soumet l'action en constatation d'inexistence à la prescription de droit commun. *Adde*, POSEZ (A.), *L'inexistence du contrat*, th. dactyl. Paris 2, 2010, n°13. L'auteur assigne à l'inexistence le régime de la nullité absolue.

<sup>48</sup> V. ADIDA-CANAC (H.), « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », in *La vérité, Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation*, La documentation française, p. 105 ; WITZ (C.), « La consécration de l'inexistence par plusieurs instruments d'uniformisation du droit », in *Études offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 729 ; HAGE-CHAHINE (F.), « Le rationnel et l'empirique dans la notion d'inexistence en matière d'actes juridiques », in *Le monde du droit – Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 529 ;

<sup>49</sup> V. POSEZ (A.), *op. cit.*, n°2. *Adde*, l'art. 137 de l'avant-projet de Code européen des contrats élaboré par l'Académie des privatistes européens, (Publié à : *Gaz. Pal.* 2003, n°54, p. 14).

<sup>50</sup> V not. FAGES (B.), *Les obligations*, L.G.D.J., 5<sup>e</sup> éd., 2015, n°194 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), n°325 ; TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), n°86-87.

<sup>51</sup> AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, T. I, Strasbourg : F. Lagier Libraire éditeur, 1839, n°37 ; BOURGEON (Ph.), *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques en droit romain et en droit français*, Thèse Dijon, Imprimerie R. Aubry, 1885, n°136 ; HARTEMANN (E.), *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, thèse Nancy, Typographie de G. Crépin-Leblond, 1889, n°2 ; PIZE (J.), *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et*

les expressions d'acte nul<sup>52</sup>, ou encore de nullité radicale<sup>53</sup>. Peu d'auteurs adoptaient, dans ce domaine, une classification ternaire – inexistence, annulabilité absolue et annulabilité relative<sup>54</sup>. Il en allait cependant autrement dans le domaine des nullités du mariage où le législateur avait imposé le recours au juge. Afin de rendre leur doctrine compatible avec cette exigence légale<sup>55</sup>, les auteurs n'ont eu d'autres choix que de recourir à une classification ternaire. Ils ont toutefois assigné à la nullité absolue le même régime, sous réserve du recours au juge, que celui, selon les terminologies, de l'acte inexistant, de l'acte nul ou de la nullité radicale<sup>56</sup>. Autrement dit, c'est par opportunité que l'inexistence a été distinguée de la nullité absolue dans le domaine des nullités du mariage.

7. Au tournant du XX<sup>e</sup> siècle, après avoir été systématisée par DROGOUL et JAPIOT<sup>57</sup>, la théorie dite classique des nullités a fait l'objet d'une critique sévère de leur part. Mettant en lumière, puis rejetant la rigidité de cette théorie, DROGOUL et JAPIOT ont repoussé la méthode de leurs prédécesseurs<sup>58</sup>. Afin d'obtenir une construction plus souple, ils ont préconisé de répondre distinctement aux trois questions attachées au régime de la nullité<sup>59</sup>.

La théorie de JAPIOT, plus célèbre que celle de DROGOUL, est considérée comme étant à l'origine de la théorie dite moderne des nullités. JAPIOT, que l'on a dit inspiré par GAUDEMET, concevait la nullité comme un droit de critique dirigé contre les effets de l'acte<sup>60</sup>. Pour en déterminer le régime, il proposait de se fonder sur le but de la loi ou sur l'intérêt protégé par la règle transgressée, mais également de prendre en considération le milieu dans lequel la nullité est appelée à opérer<sup>61</sup>. JAPIOT a ainsi exclu, du moins en apparence, toute distinction binaire des nullités<sup>62</sup>.

*de l'annulabilité des contrats*, thèse Lyon, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, 1897, p. 2-3.

<sup>52</sup> DEMANTE (A.-M.), *Cours analytique de droit civil, Continué depuis l'article 980 par E. Colmet de Santerre*, T. V, *op. cit.*, n°261 ; DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon* T. XXIX, *op. cit.*, n°22 ; MARCADÉ (V.-N.), *Explication théorique et pratique du Code napoléon*, T. I, Paris : Delamotte et fils éditeurs, 7<sup>e</sup> éd., 1873, n°617 et T. IV, Paris : Delamotte et fils éditeurs, 7<sup>e</sup> éd., 1873, n°871 ; égal. MORTET (C.), *Étude sur la nullité des contrats dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, thèse Paris, Typographie de Lahure, 1878, p. 147.

<sup>53</sup> DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. XII, Paris : Alex-Gobelet Libraire, 1831, n°523 et s. et n°550.

<sup>54</sup> V. *infra* n°45 pour l'évolution de la théorie d'AUBRY et RAU. Ces auteurs ont en effet vidé la catégorie des nullités absolues de toute consistance.

<sup>55</sup> V. *infra* n°56.

<sup>56</sup> V. *infra* n°19.

<sup>57</sup> V. *infra* n°221 et s.

<sup>58</sup> DROGOUL (F.), *op. cit.*, p. 130 ; JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 365.

<sup>59</sup> DROGOUL (F.), *op. cit.*, p. 264 et s. ; JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 367 ; v. égal. GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, publiée par H. Desbois et J. Gaudemet, rééd. Dalloz, 2004, présentée par D. Mazeaud, p. 147.

<sup>60</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 283-284 et p. 293 et s.

<sup>61</sup> *ibid.*, p. 168 et s.

<sup>62</sup> V. *infra* n°127 et s.

Si de nos jours on attache à la théorie dite moderne une distinction binaire, c'est en raison non seulement de la porte ouverte à sa réintroduction par JAPIOT et GAUDEMET<sup>63</sup>, mais également de sa fonction pédagogique. Les auteurs postérieurs ont insisté sur le rôle didactique de la distinction des nullités relative et absolue afin de justifier son maintien malgré ses défauts<sup>64</sup>. Par conséquent, la doctrine majoritaire enseigne que, de la mise en œuvre du critère de l'intérêt protégé, résulte la qualification de la cause de nullité – relative ou absolue – dont découle l'entier régime juridique. Ainsi, à l'image de leurs prédécesseurs du XIX<sup>e</sup> siècle, les auteurs déduisent en bloc le régime d'une cause de nullité.

8. Aussi bien, depuis les écrits de d'ARGENTRÉ, la doctrine française opère une distinction binaire des nullités. Est-ce alors une spécificité française à l'image de la cause ? À l'analyse, le droit français n'est pas isolé. Les droits allemand, italien, espagnol, recourent, eux aussi, à une distinction binaire dont l'objet consiste à déterminer le régime d'une cause de nullité, ce qui peut expliquer qu'une telle distinction apparaisse dans le projet de Code européen élaboré par l'Académie de Pavie<sup>65</sup>. Les droits anglo-saxon ou encore québécois retiennent également une telle distinction.

Le droit allemand distingue la *Nichtigkeit* et l'*Anfechtung*<sup>66</sup>. La première produit un effet radical : l'intervention d'un juge est inutile et tout intéressé peut l'invoquer. Si l'acte ne peut être conforté ni par la prescription, ni par la confirmation, il peut néanmoins être refait, la *Bestätigung*, qui s'analyse en droit français comme une réfaction<sup>67</sup>, étant admise<sup>68</sup>. La seconde nécessite l'intervention de la victime. Cette dernière, par une déclaration unilatérale de volonté

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 536 et p. 583 et v. égal. *infra* n°129. *Adde* : GAUDEMET (E.), *op. cit.*, p. 147 et s.

<sup>64</sup> V. *infra* n° 206.

<sup>65</sup> V. les articles 140 (nullité) et 146 (annulabilité) du projet de Code européen élaboré par l'Académie de Pavie (publié à : *Gaz. Pal.* 2003, n°54, p. 14 et s.).

Les principes d'UNIDROIT n'envisagent que l'annulation. Ce qui peut s'expliquer au regard d'une part des causes de nullité envisagées (les vices du consentement), et d'autre part de l'art. 3.1 qui précise qu'il ne sera pas question de « l'immoralité et de l'illicéité du contrat ».

La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente de 2011 ne prévoit également que des causes d'annulation : erreur (art. 48), dol (art. 49), menace (art. 50) ou exploitation déloyale (art. 51). L'exposé des motifs précise que : « toutes les matières de nature contractuelle ou non qui ne relèvent pas du droit commun européen de la vente sont régies par les dispositions préexistantes du droit national (hors droit commun européen de la vente) applicable en vertu des règlements (CE) n° 593/2008 et (CE) n° 864/2007, ou de toute autre règle de conflits de lois pertinente. Il s'agit [...] de la nullité du contrat consécutive à l'incapacité, à l'illicéité ou à l'immoralité [...] ». Quant au régime de la nullité, le projet prévoit, en son article 52 que l'annulation s'opérera par voie de notification et en son article 53 que la confirmation est possible. Pour une étude plus détaillée des articles 48 et s. de la proposition de règlement, v. DESHAYES (O.), « Formation du contrat », in *Le droit commun européen de la vente – Examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*, sous la direction de Olivier Deshayes, Société de législation comparée, 2012, p. 95 et s., spéc., p. 116 et s.

<sup>66</sup> FERRAND (F.), *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997, n°228 et s. ; GUGGENHEIM (D.), *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et droit comparé – Essai d'une théorie générale*, L.G.D.J., 1970, p. 25 et s.

<sup>67</sup> Sur la réfaction, v. *infra* n°567.

<sup>68</sup> Sur ce point, v. WITZ (C.), *Le droit allemand*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2<sup>e</sup> éd., 2013, p. 112 ; PÉDAMON (M.), *Le contrat en droit allemand*, L.G.D.J., 2<sup>e</sup> éd., 2004, n°92, n°125 et n°128 ; FERRAND (F.), *op. cit.*, n°228.

adressée à son cocontractant, prononce la nullité de l'acte<sup>69</sup>. Cette déclaration doit intervenir dans le délai d'un an à compter de la découverte de la tromperie ou de la cessation de la violence ainsi que dans le délai butoir de dix ans qui commence à courir le jour de la conclusion de l'acte<sup>70</sup>. La victime peut également confirmer l'acte en renonçant à se prévaloir de la nullité<sup>71</sup>.

Quant au droit italien, il différencie la *nullità* et l'*annulabilità*<sup>72</sup>. Si l'absence d'objet, de cause, de consentement ou d'un formalisme constituant est sanctionnée par la *nullità*, les vices du consentement et les incapacités sont sources d'*annulabilità*<sup>73</sup>. À ces deux catégories correspondent deux régimes. Ainsi, contrairement à l'*annulabilità*, la *nullità* est imprescriptible et peut être invoquée par toute personne intéressée<sup>74</sup>.

De son côté, la Common Law oppose traditionnellement les actes *void* et les actes *voidable*. Les premiers ne peuvent produire aucun effet, leur nullité peut être invoquée par tout intéressé et l'acte ne peut être confirmé. S'agissant des seconds, ils sont susceptibles d'être annulés à la demande de la partie lésée, qui peut aussi choisir de confirmer l'acte litigieux<sup>75</sup>.

---

<sup>69</sup> PÉDAMON (M.), *op. cit.*, n°92 et n°128 ; FERRAND (F.), *op. cit.*, n°247.

<sup>70</sup> PÉDAMON (M.), *op. cit.*, n°134 ; FERRAND (F.), *op. cit.*, n°248.

Le § 124 (1) du BGB dispose « Die Anfechtung einer nach § 123 anfechtbaren Willenserklärung kann nur binnen Jahresfrist erfolgen » et le § 124 (3) précise : « Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung zehn Jahre verstrichen sind ». Soit, pour l'al.1<sup>er</sup> : « L'annulation d'une déclaration de volonté annulable aux termes du § 123 ne peut avoir lieu que dans le délai d'un an », et pour l'al. 3 : « L'annulation est exclue lorsque dix ans se sont écoulés depuis l'émission de la déclaration de volonté ». (V. LARDEUX (G.), LEGEAIS (R.), PÉDAMON (M.), WITZ (C.), *Code civil Allemand – Traduction commentée*, Juriscope Dalloz, 2010, p. 48).

<sup>71</sup> FERRAND (F.), *op. cit.*, n°249.

<sup>72</sup> V. Les Chapitres XI et XII du Titre II du Livre IV du Code civil Italien. Le Chapitre XI s'intitule « Della nullità del contratto », tandis que le chapitre XII porte le titre de « Dell'annulabilità del contratto » ; v. égal. GUGGENHEIM (D.), *op. cit.*, p. 43 et s.

<sup>73</sup> V. les articles 1418 et 1425 du Code civil italien. Le premier dispose en son al. 1<sup>er</sup> : « Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente » (Le contrat est nul quand il est contraire à des normes impératives à moins que la loi en dispose autrement). Le second énonce en son al. 1<sup>er</sup> : « Il contratto è annullabile se una delle parti era legalmente incapace di contrattare (1441 e seguenti) » (Le contrat est annulable si une des parties était dans l'incapacité légale de contracter).

<sup>74</sup> L'art. 1422 (Imprescrittibilità dell'azione di nullità) du Code civil italien dispose : « L'azione per far dichiarare la nullità non è soggetta a prescrizione, salvi gli effetti dell'usucapione (1158 e seguenti) e della prescrizione delle azioni di ripetizione (2934 e seguenti) » (L'action, pour faire déclarer la nullité, n'est pas sujette à prescription, sauf en ce qui concerne les effets de la prescription acquisitive et de la prescription des actions en répétitions), tandis que l'art. 1442 al. 1<sup>er</sup> (Prescrizione) énonce : « L'azione di annullamento si prescrive (2962) in cinque anni (428, 761, 775) » (L'action en annulation se prescrit en cinq ans). L'art. 1441 al. 1<sup>er</sup> (Legittimazione) du même Code pose que : « L'annullamento del contratto può essere domandato solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge », (l'annulation du contrat peut seulement être demandée par la partie dans l'intérêt de laquelle la loi est établie), tandis que l'art. 1421 (Legittimazione all'azione di nullità) précise que : « Salvo diverse disposizioni di legge, la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice » (À moins que la loi n'en dispose autrement, la nullité peut être invoquée par quiconque y a intérêt et peut être relevée d'office par le juge).

<sup>75</sup> CUMYN (M.), *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, pref. J. Ghestin, L.G.D.J., 2002, n°18.

Enfin, le droit québécois retient la distinction des nullités relative et absolue, ainsi que le critère de l'intérêt protégé par la règle édictant la condition de validité méconnue<sup>76</sup>. Les premières peuvent être invoquées par « la personne en faveur de qui elle est établie ou par son cocontractant s'il est de bonne foi et en subit un préjudice sérieux »<sup>77</sup>, tandis que les secondes sont susceptibles d'être relevées d'office par le juge et « toute personne qui y a un intérêt né et actuel » peut s'en prévaloir<sup>78</sup>. Si la confirmation d'un acte entaché d'une nullité relative est possible, celle d'un acte atteint d'une nullité absolue ne l'est pas<sup>79</sup>.

9. Notre droit positif se rapproche donc de celui de ses voisins, il s'en distingue néanmoins par un élément essentiel : la distinction des nullités relative et absolue n'est pas gravée dans le marbre de notre loi, contrairement au droit allemand<sup>80</sup>, italien<sup>81</sup>, ou encore québécois<sup>82</sup>. En droit français, elle demeure une distinction doctrinale. Toutefois, la question de sa consécration a récemment été replacée sur le devant de la scène avec les différents projets et avant projets doctrinaux de réforme du droit des obligations<sup>83</sup>, ainsi qu'avec la loi relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. Cette loi habilitant le gouvernement à réformer le droit des contrats par voie d'ordonnance<sup>84</sup>, enjoint au gouvernement de « clarifier les règles relatives à la nullité »<sup>85</sup>. Au regard du projet d'ordonnance, le gouvernement a fait le choix de consacrer l'actuelle théorie des nullités prônée par la doctrine, c'est-à-dire la théorie dite moderne des nullités<sup>86</sup>.

<sup>76</sup> Sur la distinction des nullités en droit québécois, v. CUMYN (M.), *op. cit.*, n°4.

<sup>77</sup> L'art. 1420 du Code civil du Québec dispose en son al. 1<sup>er</sup> : « La nullité relative d'un contrat ne peut être invoquée que par la personne en faveur de qui elle est établie ou par son cocontractant, s'il est de bonne foi et en subit un préjudice sérieux ; le tribunal ne peut la soulever d'office ».

<sup>78</sup> L'art. 1418 du Code civil du Québec énonce : « La nullité absolue d'un contrat peut être invoquée par toute personne qui y a un intérêt né et actuel ; le tribunal la soulève d'office ».

<sup>79</sup> V. les art. 1418 al. 2 et 1420 al. 2 du Code civil du Québec. Le premier précise que : « Le contrat frappé de nullité absolue n'est pas susceptible de confirmation », tandis que le second énonce que : « Le contrat frappé de nullité relative est susceptible de confirmation ».

<sup>80</sup> LARDEUX (G.), LEGEAI (R.), PÉDAMON (M.), WITZ (C.), *op. cit.*, p. 47 et s.

<sup>81</sup> V. *supra* note n°5, p. 23.

<sup>82</sup> *Code civil du Québec, 1994-2004*, préf. M.-J. Longin, Les publications du Québec, 2004, v. spéc. les art. 1417 à 1420.

<sup>83</sup> V. par ordre chronologique : l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, rapport remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005, dit « avant-projet Catala », le projet de réforme du droit des contrats élaboré par la Chancellerie de juillet 2008, le projet dit Terré (TERRÉ (F.), dir., *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, coll. Thèmes et commentaires).

<sup>84</sup> V. la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (JORF du 17 février 2015, p. 2961).

<sup>85</sup> V. l'art. 3 de la loi n°2015-177 du 16 février 2015, préc.

<sup>86</sup> V. l'art. 1179 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, rendu public en février 2015. Il dispose en son alinéa 1<sup>er</sup> que « La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général », et en son alinéa 2<sup>nd</sup> qu' « elle est relative lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé ».

**10.** Faut-il donc inscrire dans la loi la distinction des nullités relative et absolue ?

Doit-on même la conserver en doctrine ? Ces questions se posent.

D'abord, parce que les rédacteurs du Code civil ont refusé de consacrer une distinction binaire des nullités<sup>87</sup>. Ils ont souhaité faire œuvre de souplesse, et ont estimé que le langage de l'école ne pouvait être celui de la loi<sup>88</sup>. Les rédacteurs du Code Napoléon n'avaient-ils pas déjà perçu que les distinctions binaires opèrent, le plus souvent, une réduction donnant une image erronée de la réalité<sup>89</sup> ? À leur suite, JAPIOT a également prôné la souplesse dans la mise en œuvre de la nullité et rejeté toute détermination en bloc du régime d'une cause de nullité<sup>90</sup>.

Ensuite, parce que la mise en œuvre de cette distinction suscite parfois des difficultés. Le débat sur la nature relative ou absolue de la nullité pour absence de cause en constitue un parfait exemple<sup>91</sup>. Si les Chambres civiles ont opté pour la nullité relative<sup>92</sup>, la Chambre commerciale a retenu la qualification de nullité absolue au motif que la nullité est « fondée sur l'absence d'un élément essentiel » du contrat<sup>93</sup>. La jurisprudence relative à la nullité de la clause d'échelle mobile<sup>94</sup>, ou plus récemment celle afférente à l'erreur-obstacle<sup>95</sup>, illustre également les flottements de la jurisprudence quant à la qualification d'une cause de nullité. Ces exemples révèlent soit que la théorie dite moderne des nullités ne s'est pas complètement imposée, soit que le critère de l'intérêt protégé n'est pas toujours aisé à mettre en œuvre.

Enfin, ces questions se posent parce que nombreuses sont les dispositions légales qui édictent des régimes spécifiques à certaines causes de nullité ne correspondant ni au

<sup>87</sup> V. *infra* n°26 et s., et n°120.

<sup>88</sup> FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. IX, Paris : imprimerie de Dicessois, 1827, p. 165-166 et LOCRÉ (J.-G.), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des Codes français*, T. IV, Paris : Treuttel et Würtz Libraires, 1827, p. 370 et p. 375.

<sup>89</sup> MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), *Le raisonnement juridique, op. cit.*, p. 52 et s.

<sup>90</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 154 : « Le progrès est du côté d'une théorie plus assouplie des nullités » et p. 162 : « Nous voulons moins de rigidité, mais non pas l'absence de règles ».

<sup>91</sup> V. *infra* n°88.

<sup>92</sup> V. not. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 fév. 2001, n°99-12574, *Bull. civ. I*, n°39 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 29 mars 2006, n°05-16032, *Bull. civ. III*, n°88. V. égal. les références citées sous le n°90.

<sup>93</sup> Cass. com., 23 oct. 2007, n°06-13979, *Bull. civ. IV*, n°226. Cet arrêt a fait l'objet de nombreux commentaires : v. not. *Deffrénois* 2007, 1729, obs. LIBCHABER (R.) ; *D.* 2008, 954, note CHANTEPIE (G.) ; *RDC* 2008, 234, obs. GENICON (T.) ; *JCP E* 2008, n°9, p. 35, obs. LÉCUYER (H.).

<sup>94</sup> Les juges du fond avaient opté pour la nullité relative (CA d'Amiens, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 9 déc. 1974 ; CA de Toulouse, 2<sup>e</sup> chambre, 5 mars 1975 - reproduit au *D.* 1975, 772 - et TGI Albi, 13 juil. 1973 - reproduit au *Deffrénois* 1974, 1479). Mais la Cour de cassation s'est, par la suite, prononcée en faveur de la nullité absolue (Cass. com., 3 nov. 1988, n°87-10050, *Bull. civ. IV*, n°287). Et v. *infra* n°94.

<sup>95</sup> Si la jurisprudence a retenu dans un premier temps la qualification de nullité absolue (v. not. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 15 avril 1980, n°78-15836, *Bull. civ. III*, n°73 ; *Deffrénois* 1981, art. 32682, obs. AUBERT (J.-L.) ; *RTD civ.* 1981, 155 obs. CHABAS (F.)), elle s'est tournée, dans un arrêt du 26 juin 2013 vers la qualification de nullité relative (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 26 juin 2013, n°12-20934, *Bull. civ. III*, n°85 ; *RDC* 2013. 1299, obs. GENICON (T.)).

régime de la nullité relative, ni au régime de la nullité absolue<sup>96</sup>. Lorsque les exceptions, si l'on peut dire<sup>97</sup>, se multiplient, n'est-ce pas le signe d'une insuffisance ou d'une inadaptation de la théorie proposée ? Est-il alors pertinent de consacrer une distinction dont on sait déjà qu'elle sera écartée dans autant d'hypothèses<sup>98</sup> ? Ces deux dernières considérations ont déjà conduit certains auteurs à prôner l'abandon de la distinction des nullités relative et absolue.

En France, M. DURRY a soutenu que « la distinction entre nullités absolues et nullités relatives doit être abandonnée comme principe d'exposition du régime des nullités en droit civil français »<sup>99</sup>. À l'étranger, dans un pays ayant légalement consacré une distinction binaire des nullités, des auteurs se sont également attachés à nier la pertinence d'une telle distinction<sup>100</sup>.

L'incidence de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile doit aussi être prise en considération<sup>101</sup>. En alignant le délai de prescription de l'action en nullité absolue sur celui de la nullité relative<sup>102</sup>, le législateur n'a-t-il pas porté un coup fatal à la distinction des nullités<sup>103</sup> ?

**11.** Au fond, la distinction des nullités relative et absolue est régulièrement interrogée, voire contestée, non seulement sur le plan doctrinal, mais également sur les plans jurisprudentiel et légal. La pertinence de recourir à la distinction doctrinale des nullités relative et absolue pour déterminer le régime d'une cause de nullité d'une part, de la consacrer légalement d'autre part, doit être soulevée. Il s'agit donc de déterminer si cette distinction présente un caractère opératoire suffisant à même de justifier son entrée dans le Code civil. Pour ce faire, il faut éprouver les trois caractéristiques essentielles à toute distinction binaire : la solidité du critère de distinction, l'existence de différences de régime, elles-mêmes justifiées

<sup>96</sup> V. *infra* n°163 et s.

<sup>97</sup> On sait que la distinction des nullités relative et absolue constitue une distinction doctrinale. Au regard de la hiérarchie des normes, il n'est pas possible de considérer que le législateur y porte atteinte. La démarche du législateur révèle qu'il ne se préoccupe pas de la distinction des nullités relative et absolue.

<sup>98</sup> BATIFFOL (H.), *Problèmes de base de philosophie du droit*, L.G.D.J, 1979, p. 262 : « Il arrive aussi que les exceptions se multipliant, le principe se trouve, comme tel, mis en cause ».

<sup>99</sup> DURRY (G.), « Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », in *Travaux de l'Association H. Capitant, T. IV – Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Dalloz, 1965, p. 629. v. égal. CHEVALLIER (J.), « Rapport général », in *Travaux de l'Association H. Capitant, T. IV – Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Dalloz, 1965, p. 513 et s., spéc. p. 515.

<sup>100</sup> Par exemple, pour la distinction en droit allemand, v. les théories contestataires de KIPP et de MANIGK exposées par D. GUGGENHEIM dans sa thèse (GUGGENHEIM (D.), *op. cit.*, p. 27 et s.).

<sup>101</sup> Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile (JORF du 18 juin 2008, p. 9856).

<sup>102</sup> L'article 2224 du Code civil dispose désormais que la prescription de droit commun à laquelle est soumise la nullité absolue est de cinq ans.

<sup>103</sup> Ce coup fatal est toutefois à retardement puisque l'article 2222 al. 2 du Code civil dispose que « En cas de réduction de la durée du délai de prescription ou du délai de forclusion, ce nouveau délai court à compter du jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure ». Sur ce point, v. GENICON (T.), obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 26 juin 2013, *RDC* 2013, 1301.

par l'existence d'une différence de nature entre les deux composantes de cette distinction<sup>104</sup>. Si ces trois éléments ne peuvent être cumulativement caractérisés, alors l'existence d'une distinction binaire ne se justifie pas : elle sera inapte à remplir sa fonction, elle ne sera pas source d'ordre, de prévisibilité.

En conséquence, il nous faudra, dans un premier temps, confronter la distinction des nullités relative et absolue aux traits essentiels que doit posséder une distinction binaire pertinente.

12. Cette confrontation, comme le laissent présager l'existence de régimes propres à certaines causes de nullités, les tentatives doctrinales visant à la remettre en cause, mais également la nature unitaire de sanction que lui assigne aujourd'hui la doctrine contemporaine<sup>105</sup>, nous amènera à conclure que la distinction des nullités relative et absolue ne possède pas les trois traits essentiels à une distinction binaire pertinente et qu'elle doit, en conséquence, être abandonnée.

Par suite, il nous faudra répondre à l'argument classiquement avancé pour prôner le maintien de la distinction des nullités relative et absolue malgré son absence de caractère opératoire, à savoir qu'il vaudrait mieux conserver cette distinction, plutôt que d'ouvrir la porte à la casuistique, au désordre<sup>106</sup>. En d'autres termes, ses partisans estiment que la distinction des nullités relative et absolue constitue une distinction didactique commode, une distinction « faite de mieux ». Assurément, au regard de l'effet rétroactif de la nullité, la prévisibilité du droit doit être assurée dans ce domaine plus que dans tout autre. Nous nous attacherons donc, dans un second temps, à ordonner la mise en œuvre de la nullité.

13. L'étude du procédé retenu tant par les auteurs à l'origine de la théorie dite classique des nullités, que par les pères de la théorie dite moderne, nous indiquera, en partie, la méthode à adopter afin d'élaborer une nouvelle grille de lecture.

Chacune de ces théories s'est fondée sur la nature de la nullité pour ordonner sa construction. Un tel point de départ se justifie puisque la nature influence, si ce n'est commande, le régime. Ainsi, la plupart des auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle concevaient la nullité comme un état de l'acte qui pouvait être dual : soit grave, soit moindre. De cette dualité de nature, ils en déduisaient une dualité de régime. Au tournant du XX<sup>e</sup> siècle, JAPIOT a prôné

---

<sup>104</sup> V. *supra* n°2.

<sup>105</sup> V. *infra* n°217.

<sup>106</sup> V. par ex. MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil, T. I, Introduction générale à l'étude du droit et des institutions judiciaires – Le statut des personnes physiques et morales*, Sirey, 1956, n°158 ; PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français, T. VI, Obligations, 1<sup>ère</sup> partie*, par Esmein, L.G.D.J., 1952, n°287 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°89 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), n°327.

une nature unitaire de la nullité : un droit de critique. Il a dès lors rejeté, du moins en apparence, toute distinction binaire des nullités et a préconisé de répondre distinctement aux trois questions traditionnellement attachées au régime de la nullité en se fondant sur le but de la disposition méconnue.

14. Mais la nature de la nullité, si elle constitue un guide essentiel, est-elle seule suffisante ? Les multiples dispositions édictant des bribes de régimes propres à une cause de nullité ou présentant un degré de généralité plus important ne pourront être occultées. D'ailleurs, les auteurs à l'origine des deux théories de nullités se sont également fondés sur les dispositions légales ayant trait aux nullités afin d'essayer d'en dégager des principes. Comment, par exemple, déterminer si la confirmation d'un acte entaché de nullité est possible sans analyser l'article 1338 du Code civil<sup>107</sup> ? Son étude permettra, au demeurant, de percevoir que la confirmation ne peut être réduite à la renonciation à l'action en nullité. La lettre de l'article 1338 révèle en effet que la renonciation à l'action apparaît comme étant un effet de la confirmation<sup>108</sup>.

15. Partant, la nature unitaire de la nullité que nous retiendrons, nous conduira à prôner un régime unitaire, autrement dit des règles communes à toutes les causes de nullité. À cette fin, nous nous tournerons aussi bien vers la nature de la nullité proposée que vers le droit commun et les dispositions propres à certaines causes de nullité. Ces éléments nous permettront de dégager des règles, intégrant les régimes propres à certaines causes de nullité, afin de proposer un véritable droit commun de la mise en œuvre de la nullité.

Ainsi, l'analyse de la distinction des nullités relative et absolue nous conduira à plaider pour son abandon d'une part (Partie 1), et pour des règles communes à toutes les causes de nullité d'autre part (Partie 2).

---

<sup>107</sup> L'art. 1338 du Code civil dispose : « L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée. À défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée.

La confirmation, ratification, ou exécution volontaire dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice néanmoins du droit des tiers ».

<sup>108</sup> V. *infra* n°485 et n°493 et s.

## **1<sup>ère</sup> Partie - Pour un abandon de la distinction des nullités relative et absolue**

16. On sait que le régime d'une cause de nullité est traditionnellement fonction de la mise en œuvre d'une distinction binaire, celle des nullités relative et absolue. Cette distinction a souvent été présentée comme pertinente puisque du caractère de la nullité serait déduit son entier régime. L'analyse conduit à infirmer cette présentation.

17. La distinction des nullités relative et absolue ne repose tout d'abord pas sur un critère de distinction solide puisque les critères proposés ne sont pas convaincants (Chapitre 1). Ensuite, l'opposition de régimes qui lui est attachée manque de pertinence (Chapitre 2). Enfin, la nature unique que revêt la nullité ne peut aucunement justifier une dualité de régime. Elle implique un unique régime (Chapitre 3).



## Chapitre 1 - Des critères de distinction non convaincants

18. Nul n'ignore que la distinction des nullités relative et absolue a fait l'objet de deux théories successives. Chacune a prôné un critère de distinction : la gravité du vice pour la théorie dite classique des nullités (Section 1), le but poursuivi par le législateur, ou l'intérêt protégé, pour la théorie dite moderne des nullités (Section 2). Confrontés aux difficultés de mise en œuvre de ces critères, plusieurs auteurs ont proposé des alternatives, qui n'échappent cependant pas non plus à la critique (Section 3).

### Section 1 - La gravité du vice

19. Fruit de la systématisation de la doctrine des auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>109</sup>, le critère de la gravité du vice repose sur l'idée que la cause de nullité entachant l'acte – le vice – peut être de plus ou moins grande importance. Lorsque la condition méconnue est nécessaire à l'existence de l'acte, ou lorsque l'une des conditions de l'acte fait totalement défaut, alors le vice est considéré comme grave<sup>110</sup>. En revanche, quand la condition méconnue s'avère nécessaire à la validité de l'acte, ou lorsqu'elle est présente mais imparfaitement, alors le vice est considéré comme moindre<sup>111</sup>.

Le critère de la gravité du vice a permis l'émergence d'une distinction binaire. Elle oppose, selon les terminologies employées par les auteurs, les nullités radicales et les actes annulables ou rescindables<sup>112</sup>, l'acte nul et l'acte qui donne lieu à une action en nullité ou en rescision<sup>113</sup>, l'acte inexistant et l'acte nul<sup>114</sup>, l'acte nul et l'acte annulable<sup>115</sup> et enfin, l'acte

---

<sup>109</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. G. Ghestin, L.G.D.J, 1992, n°350. V. égal. FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), n°325 ; FAGES (B.), *Les obligations*, L.G.D.J, 5<sup>e</sup> éd., 2015, n°193 ; MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.), *Droit des obligations*, Ellipses, 2008, n°175.

<sup>110</sup> Pour une évocation expresse de la distinction des conditions d'existence et de validité : DEMANTE (A.-M.), *Cours analytique de Code Napoléon, Continué depuis l'article 980 par E. Colmet de Santerre*, T. V, art. 1101-1386, Paris : Henri Plon Imprimeur éditeur, 1865, n°13 ; MARCADÉ (V.-N.), *Explication théorique et pratique du Code napoléon*, T. IV, Paris : Delamotte et fils éditeurs, 7<sup>e</sup> éd., 1873, n°393 ; MORTET (C.), *Etude sur la nullité des contrats dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, thèse Paris, Typographie de Lahure, 1878, p. 150-151 ; PIZE (J.), *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, thèse Lyon, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, 1897, p. 85.

Pour une évocation sous-jacente de la distinction des conditions d'existence et de validité : AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, T. I, Strasbourg : F. Lagier Libraire éditeur, 1839, n°37 (ils distinguent les conditions essentielles à l'existence de fait d'un acte, des autres).

<sup>111</sup> DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T. XXIX, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T. VI, Paris, Imprimerie générale, 1876, n°21 ; DURANTON (A.), *Cours de Droit français suivant le Code civil*, T. X, Paris : Alex-Gobelet Libraire, 3<sup>e</sup> éd., 1834, n°104 (il distingue la condition qui n'existe pas de celle qui est présente mais viciée).

<sup>112</sup> DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. XII, Paris : Alex-Gobelet Libraire, 1831, n°523 et s. et n°550.

<sup>113</sup> DEMANTE (A.-M.), *op. cit.*, n°261.

<sup>114</sup> AUBRY (C.) et RAU (C.), *op. cit.*, n°37.

inexistant et l'acte annulable<sup>116</sup>. Mais quelle que soit la terminologie retenue, du premier acte, aucun effet ne peut résulter. Il est inapte à créer une quelconque obligation<sup>117</sup>. Du second, des effets de droit naissent. Ils pourront toutefois être anéantis à la suite de l'exercice d'une action en nullité<sup>118</sup>. À la stérilité du premier, s'oppose la potentialité du second. À la rigueur de la première situation, s'oppose la souplesse de la seconde. Apparemment séduisant, ce critère doctrinal (§.1), souffre d'une labilité qui amoindrit son caractère opératoire (§.2).

### §.1 - Un critère doctrinal

20. L'innovation réalisée par le Code napoléon a induit, à compter des années 1830, un "culte" de la volonté législative<sup>119</sup>. En conséquence, les auteurs de Traités et Commentaires ont rattaché à la loi toutes les réponses aux interrogations suscitées par les règles nouvelles<sup>120</sup>. Plusieurs d'entre eux ont alors soutenu que leur distinction binaire des nullités, fondée sur la gravité du vice, puisait sa source dans le Code civil. Cependant, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, sous l'influence de courants venant d'Allemagne, les critiques contre la loi comme source exclusive du droit se sont multipliées. Pour donner plus de légitimité à leur distinction, les auteurs se sont prévalus de sa continuité historique. Mais à l'analyse, le critère de la gravité du vice apparaît sans fondement légal (A), et originaire du XIX<sup>e</sup> siècle (B).

### A - Un critère dénué de fondement légal

21. C'est à tort que les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle soutiennent que les rédacteurs du Code civil ont consacré la distinction de l'acte nul et de l'acte annulable fondée sur la gravité

<sup>115</sup> DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T. XXIX, op. cit.*, n°22 ; MARCADÉ (V.-N.), *Explication théorique et pratique du Code napoléon*, T. I, Paris : Delamotte et fils éditeurs, 7<sup>e</sup> éd., 1873, n°617 et T. IV, *op. cit.*, n°871. V. égal. MORTET (C.), th. préc., p. 147.

<sup>116</sup> BOURGEON (Ph.), *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques en droit romain et en droit français*, Thèse Dijon, Imprimerie R. Aubry, 1885, n°136 ; HARTEMANN (E.), *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, thèse Nancy, Typographie de G. Crépin-Leblond, 1889, n°2 ; PIZE (J.), th. préc., p. 2-3.

<sup>117</sup> AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, T. I, *op. cit.*, n°37 ; DEMANTE (A.-M.), *Programme du cours de droit civil français fait à l'école de Paris*, T. II, Paris : Alex Gobelet Libraire, 3<sup>e</sup> éd., 1840, n°774 ; DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T. XXIX, op. cit.*, n°22 ; DURANTON (A.), T. XII, *op. cit.*, n°524 ; MARCADÉ (V.-N.), T. I, *op. cit.*, n°617, et T. IV, *op. cit.*, n°871. v. égal. PIZE (J.), th. préc., p. 3.

<sup>118</sup> AUBRY (C.) et RAU (C.), *op. cit.*, n°37 ; DEMANTE (A.-M.), *Programme du cours de droit civil français fait à l'école de Paris, op. cit.*, n°774 ; DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T. XXIX, op. cit.*, n°23 ; DURANTON (A.), T. XII, *op. cit.*, n°521-522 ; MARCADÉ (V.-N.), T. I, *op. cit.*, n°617 et T. IV, *op. cit.*, n°871.

<sup>119</sup> Pour la dénonciation du « culte superstitieux de la volonté législative » ou du « fétichisme de la loi écrite et codifiée », v. GÉNY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, T. I, L.G.D.J., 1919, n°35 et n°61. Pour les auteurs nuanciant le culte et le fétichisme de la loi attribué aux auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle, v. not. RÉMY (Ph.), « Éloge de l'exégèse », *Revue de la recherche juridique – droit prospectif*, 1982-2, PUAM, p. 254 et s. ; MALAURIE (Ph.) et MORVAN (P.), *Introduction au droit*, L.G.D.J., 5<sup>e</sup> éd., 2014, n°113.

<sup>120</sup> Sur la querelle de méthode entre le Traité et le Commentaire, v. RÉMY (Ph.), art. préc., p. 257.

du vice. Les travaux préparatoires du Code civil révèlent, au contraire, que le législateur s'est opposé à la consécration d'une telle distinction. Dès lors, les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle ont déformé l'intention du législateur (1), celui-ci ayant expressément refusé de consacrer une distinction binaire des nullités (2).

### 1 - L'intention du législateur déformée

22. Pour affirmer que le législateur de 1804 a consacré une distinction binaire des nullités fondée sur la gravité du vice, les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle se fondent notamment sur les articles 146 et 1108 du Code civil<sup>121</sup>. À cet égard, la doctrine de DEMOLOMBE est certainement la plus topique.

23. Lorsqu'il étudie les nullités du mariage, DEMOLOMBE énonce : « ce n'est donc qu'avec beaucoup de réserve, qu'on peut ici [dans le domaine des nullités] poser quelques règles. En voici une pourtant qu'il faut d'abord considérer comme certaine, c'est que *toute nullité doit procéder de la loi* ; c'est qu'une convention ou un acte quelconque ne peut être déclaré nul qu'en vertu de la loi. Mais quand est-ce que la loi prononce cette nullité, et comment reconnaître son intention ? [...] Une convention, ou plus généralement un acte quelconque, devra être déclaré nul : 1<sup>o</sup> Si cette convention ou cet acte est tellement informe, qu'il manque essentiellement des conditions constitutives et élémentaires, exigées par la loi pour l'espèce d'acte ou de convention, dont il s'agit ; 2<sup>o</sup> Si la convention ou l'acte, réunissant même ces conditions, pèche d'ailleurs par quelque imperfection, par quelque irrégularité, contre laquelle la loi aurait prononcé la nullité, soit expressément, soit tacitement »<sup>122</sup>. La loi détermine donc tant la convention nulle que la convention annulable<sup>123</sup>.

S'appuyant sur les travaux préparatoires, DEMOLOMBE affirme que l'article 146 a été rédigé selon la pensée du Premier Consul, qui a sans cesse insisté sur la nécessité de distinguer « les cas où il n'y a pas de mariage, des cas où il peut être cassé »<sup>124</sup>. Pour

---

<sup>121</sup> L'article 146 dispose qu' : « il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ». L'article 1108 précise que : « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation ».

<sup>122</sup> DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T. III, Traité du Mariage et de la séparation de corps*, T. I, Paris : Auguste Durand Libraire, 4<sup>e</sup> éd., 1869, n°237.

<sup>123</sup> V. égal. DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T. XXIX, op. cit.*, n°21. L'auteur y définit également la convention nulle comme celle à laquelle il « manque absolument de l'une des conditions essentielles à sa formation et à son existence » et la convention annulable comme celle où toutes les « conditions étant réunies, l'une d'elles pourtant s'y trouve irrégulière ou imparfaite ».

<sup>124</sup> FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. IX, Paris : Imprimerie de Ducessois, 1827, p. 16, v. égal. p. 99.

DEMOLOMBE la distinction des actes nuls et annulables a donc été consacrée au sein de l'article 146 par les rédacteurs du Code civil<sup>125</sup>.

Si DEMOLOMBE concède que le législateur n'a pas mis cette distinction en relief au sein des dispositions relatives aux conventions<sup>126</sup>, il soutient qu'elle transparait cependant des articles 1108, 1117 ou encore 1131<sup>127</sup>. Ainsi, malgré la lettre de l'article 1108, DEMOLOMBE énonce que les conditions énumérées ne sont pas « requises toutes les quatre de la même manière, et avec le même caractère de nécessité ». Il faut, selon lui, « distinguer entre les unes et les autres ; et, par exemple, tandis que le défaut d'objet ou de cause rend le contrat nul, les simples vices du consentement ou le défaut de capacité dans la partie qui s'oblige le rendent seulement annulable »<sup>128</sup>.

DEMOLOMBE ne renie jamais le fondement de la loi, pas même lorsqu'il précise que sa distinction de l'acte nul et de l'acte annulable « est puisée dans la nature même des choses et dans les principes du Droit civil »<sup>129</sup>. En effet, les principes généraux du droit représentent « un idéal de raison et de justice, conforme au fonds permanent de la nature humaine », si bien qu'« on les présuppose à la base de la loi. On imagine qu'ils ont dû être constamment présents à la pensée du législateur »<sup>130</sup>. Pour DEMOLOMBE la distinction de l'acte nul et de l'acte annulable résulte donc de la loi. À cet égard, sa doctrine se rapproche de celle de DEMANTE.

24. Afin de distinguer l'acte nul, c'est-à-dire le « simple fait qui n'a point d'existence légale », et l'acte « contre lequel la loi admet seulement l'action en nullité ou en rescision », DEMANTE préconise de se tourner vers « *la volonté du législateur* »<sup>131</sup>. Il estime que le législateur, « en soumettant à certaines conditions l'existence régulière et légale des actes, a pu attacher à l'absence de ces conditions, *suivant leur importance, des conséquences plus ou moins*

---

<sup>125</sup> DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon T. III, op. cit.*, n°240. v. égal. BOURGEON (Ph.), th. préc., n°175 ; PIZE (J.), th. préc., p. 74-75.

<sup>126</sup> DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T. XXIX, op. cit.*, n°56.

<sup>127</sup> DEMOLOMBE affirme qu'« il ne faut pas [...] hésiter à reconnaître, dans ce texte [l'article 1117], la distinction classique que nous venons de présenter » (*ibid.*, n°25.). À propos de l'article 1131 du Code civil, il énonce « l'article 1304 ne saurait être applicable à une telle convention, dont le législateur déclare lui-même qu'il ne la reconnaît pas » (*Ibid.*, n°56).

<sup>128</sup> DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T. XXIX, op. cit.*, n°25.

<sup>129</sup> DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T. XXIV, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T. I, Paris : A. Durand et L. Hachette Libraires, 2<sup>e</sup> éd., 1870, n°41.

<sup>130</sup> GÉNY (F.), *op. cit.*, n°15.

<sup>131</sup> DEMANTE se fonde également sur l'article 146 du Code civil puisque lorsqu'il évoque le mariage, il énonce que « c'est le consentement qui fait le mariage, les autres conditions sont nécessaires pour sa validité ou sa régularité ; mais sans consentement on ne conçoit pas de mariage, et la loi dit avec raison qu'il n'y en a pas. v. art. 146 » (DEMANTE (A. M.), *Programme de cours de droit civil français*, T. I, Paris : Alex-Gobelet Libraire, 2<sup>e</sup> éd., 1835, n°172).

*rigoureuses* »<sup>132</sup>. De même, au cours de ses développements relatifs « aux conditions essentielles pour la validité des conventions », DEMANTE fait régulièrement référence à la volonté du législateur, à ce qu'« indique » la loi<sup>133</sup>. Pour cet auteur, seule la loi décide si l'acte est nul ou annulable, puisque c'est à la loi qu'il revient de déterminer quelles sont les conditions d'existence et les conditions de validité d'un acte juridique<sup>134</sup>.

25. À la suite de DEMOLOMBE et de DEMANTE, LAURENT soutient, lui aussi, que la distinction des actes inexistantes et des actes nuls ressort des textes du Code civil, notamment de l'article 1108<sup>135</sup>. En revanche, il refuse de considérer que cette distinction a été consacrée dans l'article 146<sup>136</sup>.

Sur ce point, il s'oppose à HARTEMANN mais également à PIZE dont les thèses, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, tendent à mettre en lumière la continuité historique de la distinction des actes inexistantes et des actes annulables. L'article 146 leur sert en effet d'argument pour soutenir que la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité fondée sur la gravité du vice a été consacrée au sein du Code civil. Ainsi HARTEMANN soutient que cette distinction « n'a pas échappé au Premier Consul, et qu'il réussit à la faire passer dans l'article 146 du Code civil »<sup>137</sup>. PIZE souligne que Napoléon « opposait nettement l'inexistence et l'annulabilité » et que « profondément pénétré de cette distinction, il mit un véritable acharnement à la rappeler aux conseillers d'État trop enclins à la perdre de vue »<sup>138</sup>. Pour ces deux auteurs, « si la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats ne se trouve pas formellement écrite dans les textes du Code civil, elle y est du moins implicitement contenue »<sup>139</sup>.

26. L'analyse faite par ces auteurs doit être questionnée dès lors que l'étude des travaux préparatoires relatifs aux articles 146 et 1108 suggère, au contraire, l'absence de

<sup>132</sup> DEMANTE (A. M.), *Programme de cours de droit civil français*, T. II, *op. cit.*, n°775 ; DEMANTE (A. M.), *Cours analytique de Code Napoléon, continué depuis l'article 980 par E. Colmet de Santerre*, T. V, *op. cit.*, n°263.

<sup>133</sup> DEMANTE (A. M.), *Programme de cours de droit civil français*, T. II, *op. cit.*, n°528-529. Ainsi, par exemple, lorsque DEMANTE évoque l'erreur sur le motif, il précise « la loi ne s'en est pas occupée, et rien n'autorise à y voir une cause de nullité » (*Ibid.*, n°533). Lorsqu'il conclut son développement relatifs aux vices du consentement, il énonce : « que la convention contractée par violence ou dol n'est point nulle de plein droit, mais seulement annulable ou rescindable. *Le Code civil décide la même chose de celle qui est formée par erreur* » (*Ibid.*, n°542).

<sup>134</sup> *Ibid.*, n°775. Il énonce : « Ainsi, selon nous, la loi ayant déterminé les conditions essentielles pour la validité des conventions (v. art. 1108), la conséquence naturelle à laquelle il faut s'attacher, à moins de disposition contraire, c'est qu'en l'absence d'une de ces conditions, la convention n'existe pas aux yeux de la loi, qu'elle est conséquemment nulle de plein droit ». V. égal. du même auteur : *Cours analytique de Code Napoléon, continué depuis l'article 980 par E. Colmet de Santerre*, T. V, *op. cit.*, n°263.

<sup>135</sup> LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, T. II, Paris : Librairie A. Maresq, 3<sup>e</sup> éd., 1878, n°275 ; v. égal. T. XV, Paris : Librairie A. Maresq, 3<sup>e</sup> éd., 1878, n°450 et s.

<sup>136</sup> V. *infra* n°26.

<sup>137</sup> HARTEMANN (E.), th. préc., n°242.

<sup>138</sup> PIZE (J.), th. préc., p. 61 et p. 63.

<sup>139</sup> PIZE (J.), th. préc., p. 74 ; HARTEMANN (E.), th. préc., n°236 et 253.

consécration de la distinction de l'acte nul et de l'acte annulable par les rédacteurs du Code civil.

En effet, la première fois que le projet d'article 146 a fait l'objet de discussions, la disposition était rédigée comme suit : « Le mariage n'est pas valable, si les deux époux n'y ont pas donné un consentement libre. Il n'y a pas de consentement, 1°. S'il y a eu violence ; 2°. S'il y a eu erreur dans la personne que l'une des parties avait eu intention d'épouser ; 3°. S'il y a eu rapt à moins que le consentement n'ait été donné par la personne ravie, après qu'elle a eu recouvré sa pleine liberté ». La teneur de cette disposition montre donc que les rédacteurs du Code civil n'ont pas entendu consacrer implicitement la distinction de l'acte inexistant et de l'acte annulable. Ils n'ont pas davantage souhaité asseoir cette distinction en changeant la lettre de l'article 146, comme le confirme le discours prononcé par BOUTTEVILLE devant le corps législatif. Il a énoncé que « les articles 146 et 148, et les six articles qui suivent, sont tous relatifs à la nécessité du consentement pour la validité du mariage »<sup>140</sup>. BOUTTEVILLE a donc employé le terme « validité », et non existence. En outre, lorsqu'il a présenté l'article 180 disposant qu' « il n'y a pas de consentement, s'il n'a pas été parfaitement libre, s'il a été l'effet de la violence ou de l'erreur », BOUTTEVILLE a insisté sur le fait qu'il ne s'agit que du développement et de la conséquence de l'article 146<sup>141</sup>. Or la violence et l'erreur constituent, pour les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle, des causes d'annulabilités. LAURENT a d'ailleurs souligné que « si l'on pouvait faire abstraction des travaux préparatoires, la disposition de l'article 146 serait, en effet, décisive. Mais les discussions, au lieu de mettre notre principe en lumière, ne font que l'obscurcir, au point de jeter des doutes sur l'intention du législateur »<sup>142</sup>. En conséquence, il est difficile de voir en l'article 146 un argument en faveur de la consécration, par les rédacteurs du Code civil, de la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité fondée sur la gravité du vice.

On sait que l'article 1108 du Code civil énonce que « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention ». Si cette disposition a fait l'objet de divers angles d'approches de la part des auteurs<sup>143</sup>, elle a toujours été interprétée comme établissant

<sup>140</sup> FENET (P.-A.), T. IX, *op. cit.*, p. 200.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 205.

<sup>142</sup> LAURENT (F.), T. II, *op. cit.*, n°277.

<sup>143</sup> Si certains occultent le terme "validité" pour se concentrer sur l'attribut du sujet "essentielles" (DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code napoléon*, T. XXIX, *op. cit.*, n°52 : « parmi les conditions qui sont exigées par l'article 1108, comme essentielles à la validité d'une convention, il en est deux qui ont bien ce caractère »), d'autres approuvent la terminologie employée au motif que le législateur ne s'occupe pas des cas où le contrat n'existe pas (MARCADÉ (V.-N.), *Explication théorique et pratique du Code napoléon*, T. V, Paris : Delamotte et fils éditeurs, 7<sup>e</sup> éd., 1873, n°393). Enfin, il y a ceux qui, soit ne procèdent à aucune étude terminologique (DEMANTE (A.-M.), *Programme du cours de droit civil français fait à l'école de Paris*, T. II, *op. cit.*, n°528 : « Remarquons, 2° quant à l'objet et à la cause, que ce sont des conditions d'existence des engagements ou obligations qui doivent naître du contrat » ; DEMANTE (A.-M.), *Cours analytique de Code Napoléon, Continué depuis l'article 980 par E. Colmet de Santerre*, T. V, *op. cit.*, n°13 bis : « Les conditions énumérées par l'article 1108 sont essentielles à la validité des conventions [...] Mais parmi ces quatre

une hiérarchie. Pour les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle, les quatre conditions énumérées par l'article 1108 ne possèdent pas toutes la même importance<sup>144</sup>. Pourtant, rien dans les travaux préparatoires n'autorise à soutenir que les rédacteurs du Code civil ont entendu opérer une hiérarchie entre les différentes conditions. Au contraire, devant le corps législatif, BIGOT-PREAMENEU a énoncé que « l'équité ne peut reconnaître comme obligatoire une convention, si la partie qui s'engage n'y a pas consenti, si elle est incapable de contracter, s'il n'y a pas un objet certain qui forme la matière de l'engagement, si cet engagement n'a pas une cause, et si cette cause n'est pas licite »<sup>145</sup>. L'article 1108 apparaît donc comme étant un article d'annonce, une disposition ne contenant, en elle-même, aucune hiérarchie.

27. Finalement, les articles 146 et 1108 du Code civil ne permettent pas d'affirmer que les rédacteurs du Code civil ont consacré une distinction binaire des nullités fondée sur la gravité du vice.

Cependant, au regard des travaux préparatoires d'autres dispositions du Code civil laissent subsister un doute sur la volonté du législateur. Ainsi, HARTEMANN et PIZE se prévalent des discussions relatives aux articles 1304 et 1338<sup>146</sup>. Dans un premier temps, ils reproduisent les propos de JAUBERT concernant l'article 1304, selon lesquels : « une cause illicite, c'est-à-dire celle qui serait contraire à la loi, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public vicierait tellement la convention qu'aucun laps de temps ne pourrait la rendre valable ; il n'y a pas eu de contrat. Si la convention n'avait pas d'objet il serait impossible qu'en aucun temps elle produisit une obligation ; ce ne serait pas non plus un contrat »<sup>147</sup>. Dans un second temps, HARTEMANN et PIZE insistent sur les critiques formulées contre l'expression « radicalement nul » figurant dans la première version de l'article 1338<sup>148</sup>. Ces deux auteurs voient dans ces passages des travaux préparatoires la consécration d'une opposition entre l'acte inexistant et

conditions, il en est une dont l'absence aura des conséquences moins graves [...] Si la partie qui s'oblige est incapable, le contrat n'est qu'annulable [...] », soit affirment que « cette rubrique constitue un non-sens » et qu'il s'agit d'un « mauvais article » confondant les conditions essentielles avec les conditions nécessaires à la validité du contrat (ACCOLAS (E.), *Manuel de droit civil – commentaire philosophique et critique du Code napoléon contenant l'exposé complet des systèmes juridiques*, Paris : Germer-Baillière, 1874, p. 745).

<sup>144</sup> Ainsi LAURENT reconnaît que « le Code met ces quatre conditions sur la même ligne ; toutes sont également exigées pour la *validité* d'un contrat », mais admet cependant que « dans la doctrine généralement reçue, au contraire, on distingue » (LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, T. XV, Paris : Librairie Maresq Aîné, 3<sup>e</sup> éd., 1878, n°450).

<sup>145</sup> LOCRIÉ (J. G.), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, T. XII, Paris : Treuttel et Würtz Libraires, 1828, p. 319.

<sup>146</sup> HARTEMANN (E.), th. préc., n°244 et 245 ; PIZE (J.), th. préc., p. 67 et s.

<sup>147</sup> LOCRIÉ (J. G.), T. XII, *op. cit.*, p. 492.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 126. Dans le projet originaire, cet article énonçait que « dans la confirmation ou ratification d'un acte radicalement nul [...] » ; HARTEMANN (E.), th. préc., n°245 ; PIZE (J.), th. préc., p. 69.

l'acte annulable, autrement dit la consécration, par les rédacteurs du Code civil, de la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité.

28. Le doute ainsi jeté sur l'intention du législateur doit être levé. Il faut en effet relativiser ces passages des travaux préparatoires.

D'abord, parce que d'autres extraits montrent que la pensée des rédacteurs du Code civil, quant à l'existence d'une distinction binaire, manquait de clarté. Ainsi, par exemple, lorsque JAUBERT énonce les conditions essentielles à l'existence d'un acte juridique, il cite le consentement, l'objet certain, la cause licite mais également la capacité de contracter<sup>149</sup>. La terminologie employée par les rédacteurs du Code civil constitue une seconde illustration de l'imprécision de leur pensée. La section de législation du Tribunal n'avait-elle pas souligné concernant que l'expression « radicalement nul », employée dans la première version de l'article 1338 n'était pas heureuse<sup>150</sup> ? Or, la terminologie employée est censée constituer le reflet de la pensée.

Ensuite, parce qu'il existait, lors de l'élaboration du Code civil, deux distinctions des nullités : la première, la distinction des nullités relative et absolue fondée sur le critère de l'intérêt<sup>151</sup>, et la seconde, la distinction des nullités de plein droit et des rescissions reposant sur la source des causes de nullité<sup>152</sup>. Les rédacteurs du Code civil avaient probablement ces distinctions à l'esprit lors des discussions. Ces dernières ne pouvaient donc qu'être évoquées. Mais si les rédacteurs du Code civil n'ignoraient pas ces distinctions, il est peu probable qu'ils aient vu en celles-ci une source d'inspiration<sup>153</sup>. Ces distinctions n'ont pu, en conséquence, faire l'objet d'une consécration.

Enfin, ces extraits doivent être relativisés parce que la volonté des rédacteurs du Code civil ressort clairement des travaux préparatoires relatifs aux nullités du mariage. Le législateur a expressément refusé de consacrer une quelconque distinction binaire des nullités.

## 2 - Le refus du législateur de consacrer une distinction binaire des nullités

29. En élaborant une distinction binaire des nullités, les auteurs entrent en contradiction avec la volonté du législateur. En effet, l'étude des travaux préparatoires et de

---

<sup>149</sup> HARTEMANN et PIZE essaient de relativiser la mention de la capacité parmi les conditions essentielles à l'existence d'un contrat. Ainsi PIZE affirme que « l'inexactitude n'est que dans la forme, elle ne se trouve pas au fond de la pensée de Jaubert » (PIZE (J.), th. préc., p. 68).

<sup>150</sup> La section de législation du Tribunal a critiqué cette expression au motif qu'elle est vague et serait « une source d'arbitraire et d'incertitude » (FENET (P. A.), T. XIII, *op. cit.*, p. 167.)

<sup>151</sup> V. *infra* n°37 et n°50 et s.

<sup>152</sup> V. *infra* n°39.

<sup>153</sup> V. *infra* n°37.

l'article 502 du Code civil révèle sans ambiguïté d'une part que les rédacteurs du Code civil ont refusé de consacrer une distinction binaire des nullités<sup>154</sup>, et d'autre part qu'ils n'ont pas été guidés par le critère de la gravité du vice.

30. Lors de l'examen de l'article 184 du projet de Code civil, TRONCHET a souligné que « le principe général est qu'il y a des nullités absolues et des nullités relatives ». PORTALIS a alors exprimé son souhait de « conserver dans le langage des lois » les expressions de nullités absolues et de nullités relatives<sup>155</sup>. À cette fin, il a proposé non pas de poser un critère de distinction, mais de définir chaque nullité<sup>156</sup>. Cette proposition a suscité des difficultés et interrogations qui peuvent être résumées par les propos de BOULAY : « le classement proposé par MM. PORTALIS et TRONCHET sera très difficile »<sup>157</sup>. La section législative a donc décidé de ne pas donner suite à la proposition de ces auteurs<sup>158</sup>, et aucune distinction des nullités n'a ainsi vu le jour en matière de nullité du mariage. Par la suite, la question de la consécration d'une distinction n'a plus été soulevée, pas même lors des discussions relatives aux dispositions ayant trait aux conventions. Ce silence s'explique aussi bien par l'exclusion d'une consécration lors des discussions relatives aux nullités du mariage que par l'influence exercée par DOMAT et POTHIER sur les rédacteurs du Code civil en matière de convention. Ces auteurs n'ayant évoqué dans leurs travaux aucune distinction binaire des nullités fondée sur la gravité du vice, les rédacteurs du Code civil ne pouvaient trouver, dans leur doctrine, une source d'inspiration<sup>159</sup>.

Finalement, les rédacteurs du Code civil ont refusé de consacrer une distinction binaire des nullités. Ils n'ont pas pu, en conséquence, retenir le critère de la gravité du vice. D'ailleurs, à supposer qu'ils aient été sensibles au critère de la gravité du vice, ils n'en auraient probablement pas déduit une distinction seulement binaire. En effet, leur refus de consacrer une distinction binaire des nullités réside, en partie, dans le manque de souplesse inhérent à de

---

<sup>154</sup> LOCRÉ (J. G.), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des Codes français*, T. IV, Paris : Treuttel et Würtz Libraires, 1827, p. 371 et s.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 374.

<sup>156</sup> *Ibid.*, p. 372. Une fois chaque nullité définie, Portalis préconisait de poser que « les nullités absolues peuvent être réclamées par tous ceux qui ont intérêt à les faire valoir ; les nullités relatives, par ceux, en faveur de qui elles sont établies ». Dès lors, s'il faut discerner un critère de distinction dans sa proposition, il s'agirait non pas de la gravité du vice, mais davantage de l'intérêt.

<sup>157</sup> *Ibid.*, p. 378.

<sup>158</sup> Parmi les difficultés évoquées, on peut citer la possibilité pour le ministère public de faire valoir une nullité absolue, celle pour une telle nullité de se couvrir, savoir si elle peut être relative ou absolue suivant les circonstances, déterminer le délai dans lequel la nullité pourrait être invoquée.

<sup>159</sup> v. *infra* n°38 et 39.

telles distinctions<sup>160</sup>. Les rédacteurs du Code civil auraient donc plutôt exploité la gradation à laquelle ce critère se prête.

**31.** Il n'est pas possible de soutenir que le critère de la gravité du vice a guidé les rédacteurs du Code civil au regard de la lettre de l'article 502 du Code civil de 1804. L'article 502 du Code napoléon prévoyait qu'était annulable l'acte passé par l'interdit, postérieurement au jugement d'interdiction<sup>161</sup>. Or, lors de l'étude des conditions posées par l'article 1108 pour la validité d'une convention, des auteurs, tels que DEMOLOMBE ou MARCADÉ, affirment que le consentement exprimé sous l'empire de la démence doit être assimilé à l'absence de consentement<sup>162</sup>. En conséquence, il faut considérer l'acte passé sous l'empire de la démence comme inexistant, et non, comme le prévoit l'article 502 du Code civil, comme annulable. Ces auteurs ont alors soit critiqué l'article 502<sup>163</sup>, soit cherché à le concilier avec leur doctrine<sup>164</sup>. Il

<sup>160</sup> V. *infra* n°121.

<sup>161</sup> L'interdit est « l'individu déclaré par l'autorité judiciaire incapable des actes de la vie civile, et privé comme tel de l'administration de sa personne et de ses biens » (DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. III, Paris : Alex-Gobelet Libraire, 2<sup>e</sup> éd., 1828, n°707. V. égal. AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariaé*, T. I, Paris : Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 4<sup>e</sup> éd., 1869, n°124 ; DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon*, T. VIII, *Traité de la minorité de la tutelle et de l'émancipation*, T. II, Paris : Auguste Durand Librairie et Hachette et Cie Librairies, 1870, n°416 et n°418 et s.).

<sup>162</sup> DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon* T. XXIV, *op. cit.*, n°81 ; MARCADÉ (V.-N.), *Explication théorique et pratique du Code civil*, T. II, Paris : Delamotte et fils éditeurs, 7<sup>e</sup> éd., 1873, n°320 ; v. égal. DURANTON (A.), *Cours de Droit français suivant le Code civil*, T. X, Paris : Alex-Gobelet Libraire, 3<sup>e</sup> éd., 1834, n°103.

*Contra* : AUBRY (C.) et RAU (C.), T. I, 4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, n°127 : « Si l'interdiction d'une personne n'avait été, prononcée, ni même provoquée, cette personne ou ses ayants cause de son vivant, n'en seraient pas moins admis à demander, pour cause de démence, la nullité des actes qu'elle aurait passés, en prouvant qu'elle était, au moment précis de la passation de ces actes, privée de l'usage de ses facultés intellectuelles ». Ils se fondent sur l'interprétation *a contrario* de l'article 504 du Code civil qui refuse aux héritiers le droit d'attaquer, pour cause de démence, des actes que leur auteur aurait eu lui-même le droit d'attaquer pour cette raison.

<sup>163</sup> Ainsi, MARCADÉ soutient que « s'il est constant d'ailleurs, que l'individu n'avait pas sa raison au moment précis qu'il a fait cet acte, il est clair qu'il serait radicalement nul, non existant [...] Ceci n'est pas douteux, puisqu'il en serait ainsi en droit commun alors même qu'il n'y aurait pas eu d'interdiction » (*Explication théorique et pratique du Code civil*, T. II, *op. cit.*, n°320). Par la suite, il explique qu'il faut distinguer l'incapacité légale résultant d'un jugement d'interdiction, de l'incapacité naturelle. Si dans le premier cas la capacité n'est exigée que pour la validité de la convention, il n'en est pas de même pour la seconde qui est nécessaire à l'existence même de l'acte. MARCADÉ considère alors qu'un interdit est certes frappé d'une incapacité légale, mais qu'il peut également être frappé d'une incapacité naturelle. Dans une telle hypothèse, l'acte n'est pas annulable du fait de l'incapacité légale, mais inexistant en raison de l'incapacité naturelle. La première n'exclut donc pas la seconde (*Explication théorique et pratique du Code civil*, T. IV, *op. cit.*, n°393). En refusant l'exclusion de l'incapacité naturelle par l'incapacité légale résultant du jugement d'interdiction, MARCADÉ réussit à rendre compatible l'article 502 du Code civil avec sa distinction résultant de la mise en œuvre du critère de la gravité du vice. Cette compatibilité revient cependant à sacrifier l'adage *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Les rédacteurs du Code civil évoquent en effet, au sein de l'article 502 du Code civil, tous les actes passés par l'interdit. Ils ne distinguent pas selon que l'acte a été passé – ou non – durant un moment de démence.

DEMOLOMBE n'a pas adhéré à la proposition de MARCADÉ. Il a cependant lui aussi cherché à concilier l'article 502 avec sa doctrine, soit l'inexistence de l'acte passé par le dément. Il affirme que suite à la modification de l'état de la personne opérée par le jugement d'interdiction, l'interdit se trouve dans une situation spéciale (*Cours de Code Napoléon*, T. VIII, *op. cit.*, n°629 ; v. égal. *Cours de Code Napoléon* T. XXIV, *op. cit.*, n°81). Par conséquent, ce n'est plus le droit commun qui s'applique, mais les règles spéciales de l'interdiction. A l'appui de la solution préconisée par DEMOLOMBE, il est possible d'invoquer tant l'adage *specialia generalibus derogant*, que le principe d'égalité. Ce principe implique en effet une égalité de traitement uniquement s'il y a une identité de situation (Sur le principe d'égalité, v. BERTHIAU (D.), *le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf., J.-L. Souriou, L.G.D.J, 1999, spéc.

n'en demeure pas moins que la solution posée par le législateur ne peut résulter de la mise en œuvre du critère de la gravité du vice<sup>165</sup>.

32. En définitive, le législateur n'a pas consacré, au sein du Code civil, la distinction de l'acte nul et de l'acte annulable fondée sur la gravité du vice. Ce n'est qu'au prix d'une déformation de la volonté du législateur que les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle ont pu soutenir le contraire. Cette déformation peut s'expliquer par l'enseignement qu'ils ont reçu, puisque tant les auteurs formés sous l'Ancien droit, que ceux nés avec le Code napoléon, se sont vus enseigner l'existence d'une distinction binaire des nullités<sup>166</sup>. Ils ont dès lors cherché à la retrouver dans la lettre de différentes dispositions du Code. Comme le souligne Mme MATHIEU-IZORCHE, une telle démarche n'est pas forcément délibérée, « le plus souvent, il n'en est rien, tout simplement parce que nous sommes victimes *d'habitudes de pensée*, qui tiennent souvent à notre *culture* »<sup>167</sup>. Ainsi, l'existence d'une distinction binaire des nullités en Ancien droit rappelée par les rédacteurs du Code civil lors des discussions relatives aux nullités du mariage, ou encore les multiples distinctions binaires consacrées par les rédacteurs du Code civil, notamment concernant les contrats, ont pu faire naître chez ces auteurs un « automatisme psychologique »<sup>168</sup>.

Le critère de la gravité du vice s'avère donc dénué de fondement légal. Il ne possède pas non plus de profondes racines, puisqu'il est issu de la doctrine des auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle.

## **B - Un critère naissant au XIX<sup>e</sup> siècle**

33. À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, les insuffisances du Code civil sont mises en lumière et les constructions doctrinales assises sur la seule volonté du législateur s'en trouvent fragilisées.

---

n°85 et s.). Or dans une situation l'interdiction a été prononcée, mais pas dans l'autre. La situation n'étant pas identique, le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que la sanction soit différente – annulabilité de l'acte passé dans la première et inexistance dans la seconde. Si la position de DEMOLOMBE se justifie, elle ne parvient cependant pas à occulter que la solution prévue par le législateur à l'article 502 du Code civil ne résulte pas de la mise en œuvre du critère de la gravité du vice.

<sup>164</sup> V. la critique de GÉNY (F.) sur la méthode d'interprétation des auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle, GÉNY (F.), *op. cit.*, n°33.

<sup>165</sup> DURANTON (A.), T. X, *op. cit.*, n°103 ; COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, T. II, Dalloz, 1915, p. 81.

<sup>166</sup> Les auteurs nés avec le Code, ont reçu l'enseignement de professeurs qui avaient été instruits sous l'ancien droit.

<sup>167</sup> MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), « Esprit de géométrie et esprit de finesse : la pensée en "3D" », in *Mélanges offertes à R. Gassin, Sciences pénales et sciences criminologiques*, PUAM, 2007, p. 439 (en italique dans le texte).

<sup>168</sup> V. CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, L.G.D.J., 9<sup>e</sup> éd., 1998, p. 109.

À cette même époque<sup>169</sup>, l'influence de l'École de Savigny atteint les facultés françaises<sup>170</sup>, ce qui conduit les auteurs de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle à se tourner vers l'histoire<sup>171</sup>. Ils considéraient que si leur distinction existait en droit romain et perdurait sous l'Ancien droit, elle n'avait pu qu'influencer les rédacteurs du Code civil et, par conséquent, figurer au sein de celui-ci<sup>172</sup>.

Ainsi, dans leur thèse respective, PIZE et HARTEMANN soutiennent que la distinction des actes nuls et annulables puise ses racines dans celle du *jus civile* et du *jus praetorium*. Ils soulignent qu'en droit civil romain, l'inexistence constitue la conception normale d'un acte dont le formalisme imposé n'a pas été respecté<sup>173</sup>, tandis que le droit prétorien est à l'origine des annulabilités<sup>174</sup>. S'ils concèdent qu'en Ancien droit la distinction des actes nuls et annulables n'apparaît clairement qu'au XVI<sup>e</sup> siècle<sup>175</sup>, ils expliquent cependant qu'elle n'a cessé d'être présente en raison de l'influence exercée par le droit romain tant sur le droit germanique, source d'inspiration des coutumes du nord de la France, que sur le droit écrit<sup>176</sup>. Ainsi, PIZE a affirmé que « la théorie moderne de l'inexistence et de l'annulabilité n'est pas

---

<sup>169</sup> Durant le premier tiers du XIX<sup>e</sup> siècle, les auteurs de la Thémis avaient eu la volonté de s'ouvrir à l'histoire, d'initier le droit français à la renaissance du droit romain. Les dates de parution de cette revue – 1819 à 1830 – n'excluent pas son influence sur les auteurs de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle car comme il l'a été relevé « l'influence d'un livre, parfois d'un simple article, d'une orientation d'idées, d'une méthode se prolonge ou ne se fait sentir que très longtemps après » (CHARMONT (J.) et CHAUSSE (A.), « Les interprètes du Code civil », in *Le Code civil 1804-1904, livre du centenaire*, T. I, Paris : Arthur Rousseau éditeur, 1904, p. 136). L'influence de Savigny est certainement plus significative que celle de la Thémis. V. égal. GAUDEMET (J.), *Sociologie historique du droit*, Puf, 2000, p. 34.

<sup>170</sup> SAVIGNY accorde une grande importance à l'histoire. D'abord, pour lui, la science juridique n'est pas autre chose que l'histoire du droit (DUFOUR (A.), « De l'école du Droit naturel à l'école du droit historique – Étude critique pour le bicentenaire de la naissance de Savigny », *Arch. phil. dr.*, T. 26 - *l'utile et le juste*, Sirey, 1981, p. 311 ; FRYDMAN (B.), *Le sens des lois*, Bruylant et L.G.D.J., 2<sup>e</sup> éd., 2007, p. 353 ; GAUDEMET (J.), *op. cit.*, p. 28). Ensuite, son ouvrage "Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft" révèle toute l'influence qu'il accorde à l'histoire. Lorsque Savigny y étudie la genèse du droit positif, il préconise d'interroger tout d'abord l'histoire (VON SAVIGNY (F. C.), *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, Trad. A. Dufour, Puf, coll. Léviathan, 2006, p. 53). Quand il y évoque le droit civil en Allemagne, il souligne l'importance du droit romain (VON SAVIGNY (F. C.), *op. cit.*, p. 69). Enfin, en l'absence de Code, il y préconise de « remonter jusqu'à la racine d'une matière donnée pour mettre au jour son principe organique » (VON SAVIGNY (F. C.), *op. cit.*, p. 106). L'importance qu'il attache à l'histoire, ainsi que son insistance à soutenir la continuité du droit (VON SAVIGNY (F. C.), *op. cit.*, p. 106-107), ont incité les auteurs de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle à se tourner vers l'histoire afin d'asseoir plus solidement le critère de leur distinction (ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit – Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, préf. D. Deroussin, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2005, p. 145).

<sup>171</sup> Ainsi, par exemple, on peut lire sous la plume de HARTEMANN que son travail historique s'explique par « la nécessité de l'étude des origines pour faire la lumière sur une théorie quelle qu'elle soit » (HARTEMANN (E.), th. préc., p. 103). V. déjà DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T. XXIX*, *op. cit.*, n°4.

<sup>172</sup> v. les remarques de Gény sur cette manière de procéder (GÉNY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif – Essai critique*, T. II, L.G.D.J., 2<sup>e</sup> éd., 1919, n°143).

<sup>173</sup> L'ancien droit romain concevait en effet le contrat comme une procédure. Lorsque celle-ci n'avait pas été respectée, aucune obligation ne pouvait en résulter. v. *infra* n°35.

<sup>174</sup> HARTEMANN (E.), th. préc., n°234 ; PIZE (J.), th. préc., p. 32-33. V. égal. *infra* n°35.

<sup>175</sup> HARTEMANN (E.), th. préc., n°232 ; PIZE (J.), th. préc., p. 41. Ils soulignent en effet qu'auparavant, si elle a perduré dans les pays de droit écrits, dans les pays de coutume l'inexistence a été majoritairement occultée au profit de l'annulabilité.

<sup>176</sup> PIZE (J.), th. préc., p. 39 ; HARTEMANN (E.), th. préc., n°109. HARTEMANN prend cependant plus de précaution.

précisément une nouveauté, [qu'] elle a déjà de puissantes racines en droit romain »<sup>177</sup> et a perduré avec plus ou moins de clarté jusqu'aux rédacteurs du Code civil.

34. Pourtant, aussi bien l'étude du droit romain que celle de l'Ancien droit révèle l'absence de continuité historique de la distinction de l'acte nul et de l'acte annulable fondée sur la gravité du vice. D'abord, s'il est possible de considérer que le droit connaissait une dualité d'inefficacité calquée sur la distinction du *jus civile* et du *jus praetorium*, cette dualité, en aucun cas originaire, ne constitue pas un argument à même de justifier le critère retenu par ces auteurs (1). Ensuite, l'Ancien droit apparaît comme une période confuse concernant la distinction des nullités. Il est certes possible d'y discerner des distinctions binaires, mais elles ne reposent pas sur un critère s'apparentant à celui de la gravité du vice (2). Enfin, l'étude de l'inexistence – état de l'acte atteint d'un vice grave – met en lumière que cette notion ne puise ses racines ni en droit romain, ni en Ancien droit (3).

### 1 - Le droit romain : la distinction du *jus civile* et du *jus praetorium*

35. La dualité d'inefficacité n'apparaît en droit romain qu'à l'époque classique avec le développement du droit prétorien : en ancien droit romain, la validité du contrat est liée à une procédure. Seule une procédure rigoureusement respectée pouvait faire naître des effets de droit<sup>178</sup>. À l'époque classique, les préteurs ont réagi face à la rigueur du droit civil qui considérait comme parfaitement valable les contrats respectant la procédure instituée, et ce, sans aucune considération pour la qualité du consentement émis. Afin de sanctionner les voies de fait et les tromperies dans les contrats *stricti juri*<sup>179</sup>, ils ont créé les actions *de dolo* et *metus causa*, les exceptions *doli mali* et *metus* ainsi que l'*in integrum restitutio*<sup>180</sup>. Ces moyens, octroyés à la victime, avaient pour objet soit de replacer les parties dans la situation antérieure à l'exécution du contrat<sup>181</sup>, soit de paralyser la demande d'exécution. Ils restaient cependant à la discrétion du préteur<sup>182</sup>.

<sup>177</sup> PIZE (J.), th. préc., p. 33-34.

<sup>178</sup> DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, Economica, coll. Corpus Histoire du droit, 2<sup>e</sup> éd., 2012, p. 115 ; LUTZESCO (G.), *Essai sur la nullité des actes juridiques à caractère patrimonial - Étude de droit civil français*, Sirey, 1938, p. 45 et s. ; RENARD (G.), « L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au moyen-âge », *Nouvelle revue historique de droit français*, 1903, p. 214 ; GIFFARD (A.-E.), *Droit romain et ancien droit français (obligations)*, avec la collaboration de R. Villiers, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1967, p. 180.

<sup>179</sup> Les actions *de dolo* et *metus* ont une utilité moindre dans les contrats de bonne foi en raison de la clause *ex fide bona* qui permet au juge de sanctionner tous les comportements allant à l'encontre des exigences de la bonne foi. Sur ce point, v. GIRARD (P.-F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, Rééd. présentée par J.-Ph. Lévy, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2003, p. 451 et s. DEROUSSIN (D.), *op. cit.*, p. 519.

<sup>180</sup> DEROUSSIN (D.), *op. cit.*, p. 515 et s. ; PIZE (J.) th. préc., p. 22 et s. ; MORTET (C.), th. préc., p. 27 et s.

<sup>181</sup> Plus précisément l'action *quod metus causa* offre une option au créancier. Il peut décider soit de payer le quadruple du montant du préjudice subi par la victime de la violence, soit de renoncer au droit obtenu. Quant à l'action *de dolo*, son objectif est de compenser la perte subie en condamnant le créancier au paiement d'une

Cette évolution révèle que la dualité d'inefficacité est concomitante au développement du droit prétorien. Elle apparaît liée à la dualité de source du droit à l'époque classique : droit civil d'une part, droit prétorien d'autre part<sup>183</sup>. Dès lors, la dualité d'inefficacité en droit romain ne repose pas sur un critère s'apparentant à celui de la gravité du vice. Par ailleurs, avec l'unification des sources opérée par le Code civil, les causes de nullités ne proviennent plus que de la loi, ce que les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle reconnaissent puisqu'ils fondent leur distinction sur la loi. Pourtant, ces auteurs n'en tirent aucune conséquence : ils ont conservé l'idée que certains actes étaient frappés énergiquement, tandis que d'autres avaient une existence provisoire jusqu'à leur anéantissement par une de justice. Autrement dit, ils ont reconnu l'unité de la source, mais ont refusé d'en déduire « l'unité du mode d'action »<sup>184</sup>.

36. En définitive, la distinction des nullités fondée sur la gravité du vice ne provient pas du droit romain<sup>185</sup>. L'étude de l'Ancien droit conduira au constat qu'elle ne naît pas non plus à cette époque.

## 2 - L'Ancien droit : l'absence de distinction fondée sur la gravité du vice

37. À compter du XVI<sup>e</sup> siècle, certains auteurs tels d'ARGENTRÉ, BOUHIER ou encore DUNOD établissent clairement des distinctions binaires<sup>186</sup>. Ces dernières n'ont

---

amende correspondant au montant du préjudice subi. Enfin, *l'in integrum restitutio* a pour objet de remettre les choses en l'état antérieur. Elle est octroyée lorsque ni l'action, ni l'exception aboutissent à un résultat satisfaisant pour la victime.

<sup>182</sup> V. CUMYN (M.), *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, préf. J. Ghestin, L.G.D.J., 2002 n°101 et 102.

<sup>183</sup> Il est parfois soutenu qu'à côté du droit civil et du droit prétorien il y avait un droit coutumier. Cette source doit fortement être relativisée, car comme il l'a été souligné, le droit coutumier est « issu du rapprochement spontanément effectué entre la pratique jurisprudentielle et les courants qui se sont dessinés dans l'opinion publique ». v. par ex. LUTZESCO (G.), *op. cit.*, p. 69-70.

<sup>184</sup> DROGOUL (F.), *Essai d'une théorie générale des nullités*, Thèse Aix-en-Provence, 1902, p. 124.

<sup>185</sup> L'existence d'une systématisation, lorsque le droit romain fut redécouvert au XII<sup>e</sup> siècle, est plus discutée. En effet, si certains auteurs affirment que « les romanistes médiévaux expliquent les différentes voies [de nullité] et opèrent des distinctions, mais n'aboutissent à aucune systématisation » (AUGUSTIN (J.-M.), L'adage : « Voies de nullité n'ont point lieu », in *La théorie des nullités – Études réunies par M. Boudot et P. M. Vecchi*, Université de Poitiers, L.G.D.J., Coll. de la Faculté de droit et des sciences sociales, 2008, p. 53.), d'autres soutiennent que « de nombreux commentateurs distinguaient la nullité de plein droit de la simple annulabilité » et qu'ils en tiraient différents effets (DEROUSSIN (D.), *op. cit.*, p. 521 et s.). Ces deux opinions opposées peuvent s'expliquer. Si les premiers glossateurs rédigent des sommes constituant « au mieux des synthèses, mais bien souvent de simples paraphrases » (CARBASSE (J.-M.), *Manuel d'introduction historique au droit*, Puf, coll. Droit fondamental, 6<sup>e</sup> éd. mise à jour, 2015, n°84), les postglossateurs ne considèrent plus les compilations justiniennes comme « un trésor intouchable » mais comme un « matériau [...] qu'il convient de rendre utile en l'adaptant, par des commentaires appropriés, aux nécessités présentes ». À cette fin, ils prennent des libertés à l'égard des textes et utilisent également des sources concurrentes (*Ibid.*, n°90 et n°93).

<sup>186</sup> V. *infra* n°50 et s.

cependant pas pu inspirer les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle puisqu'elles reposent sur le critère de l'intérêt. Il serait toutefois trop hâtif de conclure à l'absence de distinction fondée sur le critère de la gravité du vice durant cette période. Chacun sait en effet que ce sont surtout les doctrines de DOMAT et de POTHIER qui ont exercé une influence, notamment sur les rédacteurs du Code civil<sup>187</sup>. Dès lors, seule l'absence d'une telle distinction au sein de la doctrine de ces deux auteurs permettra de dénier toute continuité historique à la distinction des nullités fondée sur la gravité du vice.

**38.** DOMAT oppose les « conventions qui sont nulles dans leur origine », aux conventions sujettes à la résolution. La première catégorie renvoie à l'idée d'inexistence, tandis que la seconde évoque celle de l'annulabilité. Il énonce d'une part que la « nullité fait qu'il n'y a eu que l'apparence d'une convention », et d'autre part que « la résolution anéantit une convention qui avait subsisté »<sup>188</sup>. Si les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle peuvent en appeler à la doctrine de DOMAT pour affirmer la continuité des idées d'inexistence et d'annulabilité, il leur est néanmoins impossible de s'en prévaloir pour justifier le recours au critère de la gravité du vice<sup>189</sup>. En effet l'hétérogénéité de la catégorie des conventions sujettes à résolution prouve que DOMAT ne mettait pas en œuvre un tel critère. Il intègre, dans cette catégorie, aussi bien le changement de volonté des contractants, l'exercice d'une faculté de rachat, la mise en œuvre d'une clause résolutoire, que la restitution en entier ou « la rescision pour dol ou autre cause de lésion »<sup>190</sup>. Ainsi, parmi les causes de résolution figurent le dol et la lésion, existant au jour de la conclusion de la convention, mais également le changement de volonté des contractants, se produisant, par hypothèse, postérieurement à la formation de l'acte.

En conséquence, la doctrine de DOMAT ne permet pas aux auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle de soutenir que leur distinction a perduré tout au long de l'Ancien droit. Celle de POTHIER ne les y autorise pas davantage.

**39.** Si la distinction des nullités absolue et relative, ou « respective », apparaît expressément au sein des *Traité*s de POTHIER<sup>191</sup>, il ne s'agit pas de celle à laquelle il accorde de

---

<sup>187</sup> Sur l'influence exercée par ces auteurs sur les rédacteurs du Code civil, v. CARBONNIER (J.), *Droit civil*, vol.1, *Introduction - Les personnes - La famille, l'enfant, le couple*, Puf, coll. Quadrige, 1<sup>ère</sup> éd., 2004, p. 129. Cette influence est visible au sein des travaux préparatoires du Code civil. En effet, dans son rapport au Tribunat sur le titre « Des contrats », FAVARD énonce, en se référant à DOMAT et POTHIER que « c'est dans les ouvrages de ces deux grands hommes que le projet de loi dont je vais vous entretenir a été puisé » (LOCRÉ (J.-G.), T. XII, *op. cit.*, p. 423).

<sup>188</sup> DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel ; Le droit public et legum delectus*, T. I, Paris, 1756, Liv. I, Tit. I, Sec. VI, n°VII, n°XIV et n°XII.

<sup>189</sup> HARTEMANN (E.), th. préc., p. 188 ; PIZE (J.), th. préc., p. 49.

<sup>190</sup> DOMAT (J.), *op. cit.*, Liv. I, Tit. I, Sec. VI, n°II, p. 152.

<sup>191</sup> La terminologie de « nullité respective » a cours sous l'Ancien droit afin de désigner les nullités relatives. Elle est employée certes par POTHIER, mais également par MERLIN et BOUHIER (v. *infra* n°51).

l'attention<sup>192</sup>. Il n'évoque cette distinction qu'« en passant », à propos de certains exemples particuliers<sup>193</sup>. Contrairement à ses contemporains, POTHIER ne s'attache à développer la distinction des nullités absolue et « respective » qu'au regard de ses effets<sup>194</sup>. D'ailleurs, il ne donne aucune indication sur les raisons pour lesquelles il qualifie une cause de nullité d'absolue plutôt que de relative. Le critère de la gravité du vice ne transparaît pas de sa doctrine. Ce critère n'apparaît pas davantage lorsque POTHIER développe la distinction retenant toute son attention : celle des nullités de plein droit et des rescisions. Cette distinction repose sur une différence de source : les nullités de plein droit sont édictées soit par une ordonnance, soit par une coutume, tandis que les rescisions proviennent du droit romain<sup>195</sup>.

<sup>192</sup> *Contra* : BERTHIAU (D.), *op. cit.*, n°190 : « On n'en trouve aucune trace chez Pothier, ni chez Domat » ; CUMYN (M.), *op. cit.*, n°36 : « En revanche, elle n'est pas mentionnée par Pothier, qui s'en tient à la seule distinction entre les nullités de plein droit et les rescisions ».

<sup>193</sup> Il l'évoque par exemple au sein de son *Traité du contrat de mariage* lorsqu'il traite de la « nullité des mariages célébrés par un prêtre incompetent » (*Œuvres de Pothier par M. Bugnet, T. VI, Traité du contrat de mariage*, Paris : imp. H. Plon, Lib. Cosse et Marchal, 2<sup>e</sup> éd., conforme à la première, 1861, n°362) ou encore dans son *Traité du Contrat de vente* lorsqu'il aborde la question de la vente des biens du mineur et de l'impossibilité pour le tuteur de les acquérir ou encore de celle des biens de l'interdit ou de l'Église (*Œuvres de Pothier par M. Bugnet, T. III, Traité du contrat de vente, Traité des contrats, Traité du contrat de constitution de rente*, Paris : imp. H. Plon, Lib. Cosse et Marchal, 2<sup>e</sup> éd., conforme à la première, 1861, n°13 et s.).

<sup>194</sup> Ainsi, par exemple, au sein de son *Traité du contrat de mariage*, qu'il affirme : « Cette nullité des mariages célébrés par un prêtre incompetent, n'est pas de la classe de celle qu'on appelle relatives, qui n'ont lieu que lorsque la partie s'en plaint ; telles que sont celles qui résultent du défaut de liberté dans le consentement de l'une des parties contractantes, de l'impuissance, du défaut de consentement des père et mère, ou tuteurs, etc. ; elle est de la classe de celles que l'on appelle nullités absolues, et elles ne peuvent se purger, ni se couvrir que par une réhabilitation du mariage des parties, c'est-à-dire, c'est-à-dire, une nouvelle célébration faite par le curé ou avec sa permission, ou celle de l'évêque » (*Œuvres de Pothier par M. Bugnet, T. VI, op. cit.*, n°362).

<sup>195</sup> Cette distinction avait d'ailleurs une incidence procédurale considérable : il était nécessaire, pour obtenir l'annulation d'un acte fondée sur une cause de nullité provenant du droit romain, d'obtenir une lettre de rescision. Cette exigence peut trouver une justification dans la réaction des praticiens face à l'invasion des causes de nullité provenant du droit romain : la multiplication des clauses de renonciations. Cette pratique avait pour résultat que « les nullités romaines ne s'appliquaient jamais, puisque les parties y renonçaient » (AUGUSTIN (J.-M.), art. préc., p. 54). Par ailleurs, à cette clause de renonciation, s'ajoutait bien souvent le serment de ne pas contrevenir à sa promesse. Cependant, l'un ou les contractants pouvaient se faire dispenser du serment, qui était un acte essentiellement religieux, par l'évêque diocésain ou son official (AUGUSTIN (J.-M.), art. préc., p. 58 ; LÉVY (J.-Ph.) et CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2010, n°577). Puis, vers la fin du XIV<sup>e</sup> siècle, la dispense de serment ne devint plus qu'une formalité ; restait cependant la difficulté liée à la renonciation consentie (AUGUSTIN (J.-M.), art. préc., p. 58 ; LÉVY (J.-Ph.) et CASTALDO (A.), *op. cit.*, n°577). En effet, le contrat était parfaitement valable. Pour obtenir l'annulation d'un acte par l'invocation d'une cause de nullité provenant du droit romain, le contractant devait donc s'adresser au roi afin qu'il lui octroie une lettre de rescision (Sur le mécanisme des lettres de rescision, v. AUGUSTIN (J.-M.), art. préc., p. 58 et s. ; LÉVY (J.-Ph.) et CASTALDO (A.), *op. cit.*, n°577). Ce recours a donc une nature particulière. « Il s'agit d'un recours discrétionnaire, fondé sur l'équité et permettant de dispenser la partie lésée d'un contrat valide d'après le droit strict » (CUMYN (M.), *op. cit.*, n°34. L'auteur s'appuie sur GUYOT ou encore DOMAT pour démontrer que la rescision est un recours en équité). Un tel recours nécessitait toujours une décision du préteur. Or, comme « le roi de France, pour la doctrine, est censé remplacer le magistrat romain » (AUGUSTIN (J.-M.), art. préc., p. 58), il lui revient donc d'ordonner au juge de prononcer l'annulation du contrat si les faits invoqués par le demandeur sont exacts.

D'autres justifications à la nécessité d'obtenir une lettre de rescision, pour que l'annulation d'un contrat fondée sur une cause de nullité provenant du droit romain soit prononcée, ont été avancées. La première est relative à l'insuffisance d'autorité du droit romain. « Les lettres de la Chancellerie doivent être obtenues quand on fonde la nullité ou la rescision sur le droit civil Romain, comme du chef de minorité, de crainte [...] parce que le droit Romain n'a force de loi en France, et faut que la restitution sur iceluy fait autorité par le roi » (COQUILLE (G.), *Les coutumes du pays et duché de Nivernois*, Paris, 1610, p. 472). Dans le même sens : « Le besoin de servir l'autorité

Une telle distinction n'a ainsi rien de commun avec la distinction prônée par les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>196</sup>. D'ailleurs, l'inexistence a une origine plus récente : elle apparaît seulement au XIX<sup>e</sup> siècle.

### 3 - L'apparition de l'inexistence au XIX<sup>e</sup> siècle

40. En France, le terme « inexistence » n'apparaît qu'au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>197</sup>. Pourtant, les partisans de l'acte inexistant affirment que l'idée d'inexistence puise ses racines dans le droit romain et perdure sous l'Ancien droit<sup>198</sup>.

Soutenir que l'inexistence trouve son origine en droit romain, implique de la rattacher au *jus civile*<sup>199</sup>, qui, à l'époque classique<sup>200</sup>, donne naissance aux nullités *ipso jure*<sup>201</sup>. Ces dernières existaient indépendamment « d'un moyen spécial » conféré par le préteur<sup>202</sup>. Ce rattachement ne peut satisfaire. En premier lieu, parce que la distinction des nullités *ipso jure* et des nullités opérant *officio praetoris* constitue une distinction procédurale. La nullité *ipso jure* permettait au requérant de l'invoquer « pour la première fois devant le juge, sans qu'il l'ait fait devant le préteur »<sup>203</sup>. En second lieu, parce que le droit romain ne prenait pas en compte l'importance de la condition méconnue pour déterminer le mode de réalisation de la nullité. D'ailleurs, toutes les nullités *ipso jure* n'ont pas été considérées comme des inexistentes par les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle. Ainsi, certaines incapacités, ou encore l'erreur, ont intégré la catégorie

royale fait dire aux légistes que les lois romaines n'ont pas assez de puissance pour les faire admettre de plein droit, et que l'on établit que pour y avoir égard le pouvoir du juge doit être prorogé par le souverain » (TROPLONG (R.-T.), *La vente*, T. II, Paris : Charles Hingray Libraire-éditeur, 5<sup>e</sup> éd., 1856, n°686 ; TOULLIER (C.), *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, T. VII, Paris : B. Warée, 1816, n°525). Cette justification a fait l'objet de critiques relatives au fait « qu'en toutes les autres matières, le droit romain était journellement appliqué sans qu'il fut besoin de lettre de chancellerie », (TROPLONG (R.-T.), *op. cit.*, n°686). La seconde est de nature fiscale, car les lettres de rescision présentaient une forme bursale, (*Ibid.*, n°686).

<sup>196</sup> DEMOLOMBE a d'ailleurs énoncé, au sujet de la distinction du mariage non existant et du mariage annulable que « l'Ancien droit [...] ne semble pas l'avoir faite ; et Pothier confond certainement ces deux hypothèses ». V. *Cours de Code napoléon* T. III, *op. cit.*, n°239.

<sup>197</sup> *Trésor de la Langue Française*, v° Inexistence.

<sup>198</sup> Cette position est cependant loin de faire l'unanimité, v. LUTZESCO (G.), *op. cit.*, p. 194-195 : « Nous affirmons, donc, que si, apparemment, la théorie de l'inexistence a quelques points de rapprochement avec la théorie de la nullité absolue romaine, il serait erroné d'y chercher son origine ».

<sup>199</sup> V. *supra* n°35.

<sup>200</sup> À l'époque classique se développe la procédure formulaire. Elle vient s'ajouter aux actions de la loi et « va devenir le droit commun » (LÉVY (J.-Ph.) et CASTALDO (A.), *op. cit.*, n°22)

<sup>201</sup> *Ibid.*, n°575 : « Cette distinction [nullité *ipso jure* / nullité *officio praetoris*] dépend, en dernière analyse, de la source du droit invoqué ». Ces auteurs relèvent d'ailleurs que les incapacités, cause de nullité *ipso jure*, proviennent du *jus civile*.

<sup>202</sup> *Ibid.*

<sup>203</sup> *Ibid.*

des annulabilités alors qu'en droit romain il s'agissait de nullités *ipso jure* puisqu'elles provenaient du *jus civile*<sup>204</sup>.

Si l'idée d'inexistence est incontestablement présente en Ancien droit, la conception retenue par les auteurs de cette période diffère de celle des auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle. Au sein de la doctrine de BOUHIER et de DUNOD, l'inexistence apparaît davantage comme un effet produit par la loi que comme un état originaire de l'acte<sup>205</sup>. Ainsi, DUNOD énonce que « la loi résiste continuellement, et par elle-même à l'acte qu'elle défend ; elle le réduit à un pur fait qui ne peut être ni confirmé ni autorisé et qui ne produit aucun droit, aucune action, ni exception »<sup>206</sup>. Dans la doctrine des auteurs de l'Ancien droit, l'inexistence nécessite une action de la loi sur l'acte. Cette dernière est absente de la conception de l'inexistence retenue par les auteurs de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>207</sup>. En conséquence, ce n'est qu'en dénaturant le concept d'inexistence en Ancien droit que les auteurs ont pu soutenir que l'inexistence possède de profondes racines.

41. Finalement, l'inexistence, telle que la conçoivent les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle, ne provient ni du droit Romain, ni de l'Ancien droit. D'un point de vue conceptuel, elle doit être rattachée au XIX<sup>e</sup> siècle et à la plume de ZACHARIAE<sup>208</sup>.

42. En définitive, la distinction des nullités fondée sur la gravité du vice ne bénéficie d'aucun fondement légal. Elle ne s'inscrit pas non plus dans la tradition historique. Le critère de la gravité du vice est un produit doctrinal du XIX<sup>e</sup> siècle, qui, en raison de sa labilité, perd de son caractère opératoire.

## §.2 - Un critère labile

---

<sup>204</sup> *Ibid.*

<sup>205</sup> Cette idée est également présente chez BOUHIER. Il souligne que les nullités radicales ou absolues sont « ainsi appelées parce qu'elles peuvent être opposées par toute sorte de personnes, et qu'elles anéantissent l'acte essentiellement et radicalement, en sorte qu'on le regarde comme non fait et non avvenu » (*Observations sur les Coutumes du Duché de Bourgogne*, Dijon : Arnauld Jean-Baptiste Auge, 1762, ch. XIX, p. 333, n°12 (souligné par nous)).

<sup>206</sup> DUNOD (F.), *Traité des prescriptions, de l'aliénation des biens d'Église, et des dixmes*, Dijon : A. De Fay, 1730, p. 47 (souligné par nous).

<sup>207</sup> Ainsi, HARTEMANN énonce qu'est « inexistant l'acte juridique qui, pour n'avoir pas satisfait aux conditions imposées par la loi, n'a jamais eu aucune efficacité ». Cette inefficacité est immédiate (th. préc., p. 7 et s.). PIZE retient que « le contrat inexistant est donc celui qui, pour ne pas satisfaire aux conditions imposées par la loi pour sa formation, est non avvenu [...] le contrat inexistant est un contrat avorté, mort-né. Le contrat inexistant comme son nom l'indique, n'a jamais aucun effet ; le néant ne peut rien engendré » (th. préc., p. 3).

<sup>208</sup> LAURENT souligne d'ailleurs qu'il « y a des auteurs qui appellent ce dernier [l'acte nul] non existant ou inexistant ; le terme est plus expressif mais il n'est pas français » (*Principes de droit civil français*, T. I, Paris : Librairie Maresq Ainé, 3<sup>e</sup> éd., 1878, n°71. Sur la paternité de l'inexistence à Zachariae, v. ADIDA-CANAC (H.), « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », in *La vérité, Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation*, La documentation française, p. 105 ; GOUT (O.), *Le juge et l'annulation du contrat*, préf. P. Ancel, PUAM, 1999, n°49 ; LUTZESCO (G.), *op. cit.*, p. 176.

43. La gravité est définie comme « le caractère de ce qui a de l'importance (surtout en mal) »<sup>209</sup>, renvoie à la « valeur que l'on attribue à une chose »<sup>210</sup>. L'appréciation personnelle du sujet est placée au cœur de l'idée de gravité. En conséquence, le critère de la gravité du vice, qui nécessite d'apprécier si une cause de nullité est de grande ou moindre importance, ne peut qu'être labile. Cette labilité se constate tant en jurisprudence, qu'en doctrine.

44. Durant la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, les cours royales de Toulouse<sup>211</sup>, ou encore de Nîmes<sup>212</sup>, considèrent que la nullité pour cause illicite constitue une annulabilité et non une inexistance. Elles affirment non seulement que la nullité doit être prononcée, mais également que la confirmation est possible. Mais durant le dernier tiers de ce même siècle, la jurisprudence délaissa, dans cette hypothèse, l'annulabilité pour l'inexistence. A titre d'illustration, la Cour d'appel de Bordeaux a énoncé qu'un acte dont l'obligation possède une cause illicite « est absolument sans valeur ; qu'il est entaché d'une nullité radicale et ne pourrait être ratifié »<sup>213</sup>, et la Chambre des requêtes de la Cour de cassation a retenu que l'exécution volontaire d'un acte dont la cause est illicite ne rend pas les parties « non recevables à en demander la nullité »<sup>214</sup>. Un phénomène jurisprudentiel similaire s'observe au sujet de l'objet illicite. Ainsi, si au début du XIX<sup>e</sup> siècle la chambre civile de la Cour de cassation a retenu qu'un contrat dont l'objet consiste à gêner la liberté du commerce est nul<sup>215</sup>, elle a, au début du siècle suivant, retenu l'inexistence<sup>216</sup>. La subjectivité inhérente à l'idée de gravité a donc permis à la jurisprudence de retenir une solution et son contraire.

La labilité de l'idée de gravité est confirmée par les désaccords doctrinaux relatifs à la qualification de différentes causes de nullité.

45. En doctrine, la labilité du critère de la gravité du vice apparaît au travers des différentes éditions des *Traité d'AUBRY et RAU*, mais également de l'absence de consensus entre le droit privé et le droit public quant au caractère de la nullité sanctionnant un vice du consentement.

Les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle n'ont pas tous qualifié d'inexistant l'acte ayant une cause ou un objet illicite. Ainsi, si DURANTON et DEMANTE considèrent que l'objet hors du commerce, la cause illicite ou contraire aux bonnes mœurs sont des causes de nullité ou

---

<sup>209</sup> v° gravité, p. 1183.

<sup>210</sup> ROBERT (P.), *op. cit.*, v° importance, p. 1288.

<sup>211</sup> Cour royale de Toulouse, 14 novembre 1935, *Jurisprudence générale du royaume*, Dalloz, 1936, 2, 42.

<sup>212</sup> Cour royale de Nîmes, 16 février 1832, *Jurisprudence générale du royaume*, Dalloz, 1932, 2, 145.

<sup>213</sup> CA de Bordeaux, le 14 Août 1876, *DP*, 1879, 1, 22.

<sup>214</sup> Ch. Req. 15 juillet 1878, *Sirey* 1979, 1, 393.

<sup>215</sup> Cass. civ., 18 juin 1828, *Sirey* 1828, 1, 244.

<sup>216</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janv. 1931, *Sirey*, 1932, 1, 344.

d'inexistence et non d'annulation<sup>217</sup>, AUBRY et RAU, dans la première édition de leur *Traité*, estiment qu'il s'agit d'une cause d'annulation et non de nullité. Ils soutiennent en effet que l'interdiction de contracter dans un but illicite ou immoral provient de la loi, mais que si un tel acte est répréhensible et doit être annulé, il n'en demeure pas moins concevable<sup>218</sup>. Ils rejettent donc l'inexistence dans ces hypothèses, tout en la retenant lorsque l'objet ou la cause font défaut. Dans la quatrième édition de leur traité, AUBRY et RAU rejoignent DURANTON, DEMANTE, mais également DEMOLOMBE<sup>219</sup>. Ils affirment qu'il faut « assimiler aux conventions dépourvues d'objet les contrats dont l'objet consisterait dans une chose placée hors commerce »<sup>220</sup>. Ils retiennent un point de vue similaire pour la cause : « les obligations sans cause, sur une cause erronée, ou sur une cause illicite, sont destituées de toute efficacité juridique, et par conséquent à considérer non avenues »<sup>221</sup>. De ce fait, le contrat, dont l'objet ou la cause sont illicites, n'est plus annulable mais inexistant.

La labilité du critère de la gravité du vice se constate également lorsque l'on compare la sanction des vices du consentement en droit public et en droit privé. En droit public le vice du consentement de l'administration est considéré comme un vice grave qui doit être sanctionné par la nullité absolue<sup>222</sup>. En revanche, en droit privé le vice du consentement apparaît comme un vice moindre. Source d'annulabilité au XIX<sup>e</sup> siècle, il est aujourd'hui à l'origine d'une nullité relative<sup>223</sup>. Cette différence est expliquée par le fait que « l'intérêt de la personne publique se confond avec l'intérêt général ». En conséquence, « lorsque le

<sup>217</sup> DEMANTE (A. M.), *Programme du cours de droit civil français fait à l'école de Paris*, T. II, *op. cit.*, n°775 ; DURANTON (M.), T. X, *op. cit.*, n°305 et n°309 (objet hors du commerce), n°365 (cause illicite), n°367 (cause contraire aux bonnes mœurs).

<sup>218</sup> AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, T. II, Strasbourg : F. Lagier Libraire éditeur, 1839, n°344 (pour l'objet) et n°345 (pour la cause).

<sup>219</sup> DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code napoléon T. XXIX*, *op. cit.*, n°56.

<sup>220</sup> AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, T. IV, 4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, n°344.

<sup>221</sup> *Ibid.*, n°345.

<sup>222</sup> POUYAUD (D.), *La nullité des contrats administratifs*, préf. P. Weil, L.G.D.J., 1991, n°649 et n°652. V. égal. LAMARQUE (J.), *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, L.G.D.J., 1960, p. 142 ; BRACONNIER (S.), « Le nouveau visage du contentieux des contrats administratifs », *RDI* 2014, 344. L'auteur énonce : « En droit public en revanche, le critère de distinction est constitué, non par la nature de l'intérêt invoqué, mais par la gravité du vice allégué. Ainsi, les vices du consentement, considérés comme graves en droit public, pourront être soulevés par toute personne, alors qu'en droit privé ces irrégularités sont regardées comme des causes de nullités relatives, invocables uniquement par la partie dont le consentement a été vicié ».

Pour une position plus nuancée, v. WEBER (Y.), « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », in *L'unité du droit – Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, p. 333. L'auteur énonce : « En principe, en droit administratif, les nullités sont absolues en raison de la présence de l'intérêt général. Elles sont plutôt relatives en droit privé [...] Mais dans la réalité, il est difficile de savoir exactement ce qu'il en est. Il semble cependant que les nullités seraient plutôt relatives ».

<sup>223</sup> Un auteur a soutenu que l'idée de gravité constitue l'un des « points de rencontre » entre les critères de la gravité du vice et de l'intérêt protégé. Ainsi, protégeant un intérêt particulier, le régime de la nullité relative est moins favorable à l'annulation que celui de la nullité absolue, puisque la cause de nullité est considérée comme moins grave que si elle portait atteinte à l'intérêt général (SADI (D.), *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, préf. F. Labarthe, Mare&Martin, 2015, n°10).

consentement de la personne publique est vicié, c'est l'intérêt général qui est menacé»<sup>224</sup>. Cependant, une auteur, refusant de traiter différemment la volonté de l'administration et la volonté de la personne privée au motif que « reconnaître une différence entre les deux priverait de tout sens le consensualisme », préconise d'opérer une unification « au profit de la nullité absolue »<sup>225</sup>. Dès lors, un même vice peut être considéré comme grave en droit public, et moindre en droit privé.

46. En définitive, le critère de la gravité du vice s'avère davantage issu d'une intuition des auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle que de la volonté des rédacteurs du Code civil ou de l'histoire. À cela s'ajoute une labilité du critère induite par la subjectivité inhérente à l'idée de gravité qui nuit au caractère opératoire de ce critère. Ces deux constats peuvent en partie expliquer qu'il ait été supplanté par le critère du but poursuivi par le législateur au XX<sup>e</sup> siècle.

## **Section 2 - Le but poursuivi par le législateur : l'intérêt protégé**

47. Nous devons à DROGOUL et JAPIOT d'avoir placé la notion de but au cœur de la théorie des nullités<sup>226</sup>. Toutefois cette recherche du but poursuivi par le législateur lors de l'édition d'une cause de nullité a été réduite, dans la thèse de ces auteurs, à l'intérêt protégé par la disposition édictée. DROGOUL et JAPIOT se sont en effet attachés à lier la notion de but à celle de protection de l'intérêt en cause<sup>227</sup>. Le critère du but poursuivi par le législateur a ainsi été assimilé à celui de l'intérêt protégé.

Bien qu'il constitue l'actuel critère prôné par la doctrine, le critère de l'intérêt protégé par la règle transgressée n'échappe pas à toute critique. Ce critère doctrinal (§.1), doit être abandonné car l'évaluation de son caractère opératoire ne s'avère pas concluante (§.2).

### ***§.1 - Un critère doctrinal***

48. Depuis son apparition en Ancien droit, le critère de l'intérêt participe à la détermination du régime d'une cause de nullité (A). De nos jours, il permettrait de rendre compte de l'activité tant du législateur que de la jurisprudence (B).

## **A - La pérennité du recours à l'intérêt**

---

<sup>224</sup> Pouyaud (D.), *op. cit.*, n°649 et s.

<sup>225</sup> *Ibid.*

<sup>226</sup> V. *infra* n°127.

<sup>227</sup> V. DROGOUL (F.), *op. cit.*, p. 208. L'auteur énonce qu'il faut rechercher « quel est le but qui a déterminé l'établissement de cette condition, quels intérêts elle a eu en vue de sauvegarder » ; JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 166-167.

49. S'il revient à DROGOUL et JAPIOT de placer la notion de but au cœur de la théorie des nullités, le critère de l'intérêt protégé leur est bien antérieur. Cette antériorité explique probablement, en partie, la réduction du critère du but poursuivi à la protection d'une dualité d'intérêts opérée par ces auteurs<sup>228</sup>. Mais si le critère de l'intérêt participe depuis son apparition à la mise en œuvre de la nullité, il n'a pas toujours bénéficié de la même considération. La fluctuation de son importance ne peut qu'être constatée. Apparaissant au XVI<sup>e</sup> siècle (1), le critère de l'intérêt sera supplanté au XIX<sup>e</sup> siècle (2), pour être enfin replacé au cœur de la théorie des nullités par DROGOUL et JAPIOT (3).

### 1 - L'apparition du critère de l'intérêt au XVI<sup>e</sup> siècle

50. La distinction des nullités relative et absolue fondée sur l'intérêt semble être clairement établie pour la première fois au XVI<sup>e</sup> siècle<sup>229</sup>. Dans son commentaire de la coutume de Bretagne, BERTRAND D'ARGENTRÉ différencie les nullités ayant une cause relative à l'État, de celles dont la cause a trait à l'intérêt du simple citoyen<sup>230</sup>.

Les raisons du recours de D'ARGENTRÉ au critère de l'intérêt ne transparaissent pas de ses écrits. D'ailleurs, cet auteur ne paraît pas toujours avoir été guidé par ce critère comme l'illustrent ses développements relatifs à l'interdiction pour le tuteur ou le curateur de vendre ou « aliéner les héritages du mineur sans le conseil de plusieurs des plus suffisants de ses amis, et de la justice »<sup>231</sup>. L'article 134 de l'ordonnance de Villers-Cotterêts permet au mineur<sup>232</sup>, devenu majeur, de demander la nullité des actes passés en méconnaissance de dispositions protectrices jusqu'à ses trente-cinq ans<sup>233</sup>. D'ARGENTRÉ s'étonne de cette disposition puisque, selon cette dernière, la nullité de l'article 134 a été édictée dans l'intérêt particulier du mineur. Or D'ARGENTRÉ estime que, dans l'hypothèse envisagée, non seulement aucune ratification, aucune confirmation ne devrait être

---

<sup>228</sup> V. *supra* n°50.

<sup>229</sup> Il nous semble qu'on peut considérer que le critère de l'intérêt apparaît au XVI<sup>e</sup> siècle dans la Coutume de Bretagne rédigée par D'ARGENTRÉ. V. *supra* n°5.

<sup>230</sup> D'ARGENTRÉ (B.), *Commentarii in consuetudines ducatus britanniae, aliquae tractatus actus varii*, Nantes : P. Dorioy imprimeur du Roi, 3<sup>e</sup> éd., 1621, art. 266, col. 1008.

<sup>231</sup> D'ARGENTRÉ (B.), *op. cit.*, art. 481.

<sup>232</sup> Art. 134 : « Nous voulons oster aucunes difficultés et diversités d'opinions, qui se sont trouvées par ci-devant sur le temps que ce peuvent faire casser les contrats faits par les mineurs ; ordonnons qu'après l'âge de trente-cinq ans parfaits et accomplis, ne se pourra pour le regard du privilège ou faveur de minorité, plutôt déduire ne poursuivre la cassation desdits contrats, en demandant ou en défendant par lettres de relèvement ou restitution ou autrement, soit par voie de nullité (pour aliénation des biens immeubles faite sans décret ni autorité de justice) ou pour lésion, déception, ou circonvention, sinon, ainsi qu'en semblables contrats, seront permis aux majeurs d'en faire poursuite par relèvement ou autre voie permise de droit ».

<sup>233</sup> L'ordonnance retient un âge butoir, plutôt qu'un délai en raison de l'absence d'uniformité entre les coutumes quant à l'âge de la majorité, bien que la plupart des coutumes, sous l'influence du droit romain avait retenu l'âge de vingt-cinq ans. Ce n'est que par une loi du 20 septembre 1792 que la majorité sera uniformément fixée à vingt et un ans.

envisageable<sup>234</sup>, mais également que le mineur devrait pouvoir directement revendiquer le bien sorti de son patrimoine<sup>235</sup>. Le régime préconisé par cet auteur révèle qu'il s'agit pour lui, non d'une nullité relative comme le préconise l'ordonnance, mais d'une nullité absolue. D'ARGENTRÉ semble avoir été ici influencé par le droit romain<sup>236</sup>. D'ailleurs, la disposition de la coutume de Bretagne qu'il commente est directement inspirée de l'*oratio Severi* édictée à la fin du II<sup>e</sup> siècle sous le règne de Septime Sévère. Cette *oratio severi* prohibait l'aliénation par le tuteur des immeubles ruraux du pupille<sup>237</sup>. Cette interdiction émanant du *jus civile*, il s'agissait d'une nullité *ipso jure*<sup>238</sup>. D'ARGENTRÉ a donc été plus inspiré par la manière dont la nullité opérait en droit romain, que par l'intérêt en cause<sup>239</sup>.

51. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, DUNOD<sup>240</sup>, DENISART<sup>241</sup>, MERLIN<sup>242</sup> ou encore de BOUHIER<sup>243</sup> retiennent une distinction similaire. Ainsi, BOUHIER oppose les nullités absolues, qui ont trait à l'intérêt public, aux nullités respectives introduites en faveur d'intérêts particuliers<sup>244</sup>. MERLIN retient la même opposition terminologique que BOUHIER<sup>245</sup>. En revanche, DENISART et DUNOD optent pour celle de nullité absolue et nullité relative<sup>246</sup>. Ces auteurs déduisent tous de la mise en œuvre du critère de l'intérêt une distinction binaire. L'étude de leur doctrine ne permet pas d'obtenir plus de précisions sur les raisons pour lesquelles ils ont choisi de recourir au critère de l'intérêt. En effet, à l'image de D'ARGENTRÉ, qui semble parfois avoir été guidé par des considérations extérieures à ce critère, ces auteurs ont supposé ce dernier, mais ne l'ont pas établi<sup>247</sup>. Ils se fondent en effet sur leurs écrits mutuels pour soutenir l'existence d'une distinction binaire reposant sur l'intérêt. MERLIN cite

---

<sup>234</sup> D'ARGENTRÉ (B.), *op. cit.*, art. 481, coll.1847-1848.

<sup>235</sup> *Ibid.*, art. 481, coll. 1849.

<sup>236</sup> GAUDEMET (J.), *Droit privé romain*, Montchrestien, 3<sup>e</sup> éd., mise à jour bibliographique par E. Chevreau, 2009, p. 83.

<sup>237</sup> Sur cette *Oratio Severi*, v. OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.), *Histoire du droit privé*, T. III, *Le droit familial*, Puf, coll. Thémis, 1968, p. 94. Cette interdiction d'aliéner sera ensuite étendue aux immeubles urbains ainsi qu'aux meubles précieux.

<sup>238</sup> v. *supra* n°35.

<sup>239</sup> HARTEMANN (E.), th. préc., p. 145.

<sup>240</sup> DUNOD (F.), *op. cit.*, p. 47.

<sup>241</sup> DENISART (J.-B.), *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, T. III, Paris : Desaint, 7<sup>e</sup> éd., 1771, p. 469.

<sup>242</sup> MERLIN (Ph.-A.), « Nullité », in *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, mis en ordre et publié par Guyot* ; T. XII, 1784, p. 249.

<sup>243</sup> BOUHIER (J.), *Œuvres de jurisprudence*, recueillies et mises en ordre par Joly de Bevy, Dijon : Frantin 1787, p. 526-527.

<sup>244</sup> *Ibid.*, p. 526-527.

<sup>245</sup> MERLIN (Ph.-A.), *op. cit.*, p. 250.

<sup>246</sup> DENISART (J.-B.), *op. cit.*, p. 469 ; DUNOD (F.), *op. cit.*, p. 47.

<sup>247</sup> HARTEMANN estime, au sujet de Bouhier, que celui-ci avait compris sous l'appellation nullité absolue et nullité relative, la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité mais qu'« il la suppose plutôt qu'il ne l'établit » (th. préc., p. 173).

DUNOD<sup>248</sup>, qui, de même que DENISART et BOUHIER, se réfère au commentaire des articles 266 et 283 de la coutume de Bretagne opéré par D'ARGENTRÉ<sup>249</sup>. Le critère de l'intérêt a donc plus été pressenti que démontré par les auteurs de l'Ancien droit.

52. Les premiers commentateurs du Code civil n'abandonnent pas le critère de l'intérêt malgré son absence du Code civil<sup>250</sup>. L'influence exercée par l'Ancien droit et les habitudes de pensée expliquent le maintien de ce critère<sup>251</sup>. Ainsi, lorsque TOULLIER aborde la question du fondement de la distinction des nullités relative et absolue il se réfère à DUNOD<sup>252</sup>. Il ne justifie pas davantage le recours au critère de l'intérêt.

Mais si les premiers commentateurs du Code civil recourent à l'intérêt<sup>253</sup>, ils font également émerger l'idée de « vice ». Ainsi, DELVINCOURT établit un lien entre l'intérêt protégé et la gravité du vice. Il énonce que « les premières [les nullités] sont absolues et qu'elles entachent la convention d'un vice radical, tellement que la nullité peut en être demandée par tous ceux qui ont intérêt [...] » et qu'elles « ne peuvent être couvertes par aucune ratification » tandis que les autres sont relatives, « c'est-à-dire qu'elles ne peuvent être invoquées que par ceux dans l'intérêt desquels elles sont établies » et sont susceptibles de « se couvrir, soit par le laps de temps, soit par une ratification valable »<sup>254</sup>.

53. Ce lien, établi entre l'intérêt protégé et la gravité du vice, sera occulté par les auteurs à compter de l'apogée de l'école de l'exégèse. Le critère de l'intérêt sera supplanté par celui de la gravité du vice<sup>255</sup>.

---

<sup>248</sup> MERLIN (Ph.-A.), *op. cit.*, p. 250, col. 2.

<sup>249</sup> BOUHIER (J.), *op. cit.*, p. 526, note de bas de page n°3 ; DENISART (J.-B.), *op. cit.*, p. 470 ; DUNOD (F.), *op. cit.*, p. 47, note 1.

<sup>250</sup> V. *supra* n°29 et s.

<sup>251</sup> V. *supra* n°32.

<sup>252</sup> TOULLIER (C.), *op. cit.*, n°553 et s. TOULLIER évoque également la distinction des nullités relative et absolue, qu'il affirme être « extrêmement importante » (*ibid.*, n°552). S'il adhère au fait que les nullités ayant pour cause première l'intérêt public sont absolues, il critique la seconde proposition énonçant que les nullités ayant pour cause l'intérêt des particuliers sont respectives. Il estime que cette proposition est inexacte, qu'« elle pêche par trop de généralité : car il peut y avoir, et il y a en effet, des nullités prononcées principalement, pour l'intérêt des particuliers, et qui sont néanmoins absolues » (*Ibid.*, n°555). Il affirme que « ce qui rend une nullité absolue n'est donc point la cause ou le motif qui a porté le législateur à la prononcer ; c'est sa volonté, c'est la toute puissance de la loi, qui déclare n'en pas reconnaître l'existence, et qui le prive de tout effet légal. [...] Toute disposition qui déclare positivement et sans restriction la nullité d'un acte, autrement la simple déclaration de nullité, quel qu'ait été le motif du législateur, soit pour cause d'intérêt public, soit pour l'intérêt des particuliers, soit pour vice de forme, opère une nullité absolue, par cela même qu'elle n'est pas limitée à certaines personnes » (*Ibid.*, n°558). Le critère de l'intérêt sur lequel la nullité est établie n'est donc utilisé par TOULLIER que pour déterminer, au sein de la catégorie des nullités absolues, celles qui peuvent être couvertes par une ratification (*Ibid.*, n°561 et n°562).

<sup>253</sup> DELVINCOURT (C.-E.), *Cours de Code civil*, T. I, Paris : imprimerie de Lebègue 1819, p. 70-71 et T. II, Paris : imprimerie de Lebègue, 1819, p. 172.

<sup>254</sup> DELVINCOURT (C.-E.), *Cours de Code civil*, T. I, *op. cit.*, p. 70-71. Cependant, en matière de mariage cet auteur est obligé de prendre en considération les tempéraments apportés par les rédacteurs du Code civil en ce qui concerne notamment la prescription de l'action en nullité (*ibid.*, p. 71-72 et *Cours de Code civil*, T. II, *op. cit.*, p. 173).

<sup>255</sup> Sur ce critère, v. *supra* n°19 et s.

## 2 - Un critère supplanté au XIX<sup>e</sup> siècle

54. À l'apogée de l'école de l'exégèse, les auteurs s'émancipent de l'Ancien droit et des distinctions ayant vu le jour sous son empire. L'importance accordée au critère de l'intérêt s'amoindrit. L'intérêt protégé ne fonde plus la distinction principale des nullités. Il passe au second plan. Ainsi, dans la doctrine d'AUBRY et RAU, il permet d'établir une sous distinction, tandis que dans la doctrine des autres auteurs, l'intérêt constitue un facteur d'ajustement pour expliquer les dispositions relatives aux nullités du mariage.

55. Dans le domaine des nullités, Aubry et RAU opèrent deux distinctions. La première oppose l'inexistence et la nullité. Pour ces auteurs, est inexistant l'acte « qui ne réunit pas les conditions essentielles à son existence de fait d'après » la nature ou l'objet de l'acte, tandis que la nullité est « l'invalidité dont un acte est frappé comme contrevenant à un commandement ou à une défense de la loi »<sup>256</sup>. La seconde différencie, à l'aide du critère de l'intérêt protégé, les nullités relatives et les nullités absolues<sup>257</sup>. Cette distinction, opérée au sein de la catégorie des nullités, a pour objet d'identifier les titulaires de l'action en nullité. La nullité absolue, qui dérive « de considérations d'ordre public » peut être « proposée par tout intéressé », tandis que la nullité relative, prescrite « dans l'intérêt de l'une des parties », ne peut être invoquée que par la personne protégée<sup>258</sup>. Il reste que leur doctrine a eu peu d'influence sur leurs contemporains, car sous l'effet attractif de l'inexistence, AUBRY et RAU ont vidé la catégorie des nullités absolues de sa substance<sup>259</sup>.

Finalement, au sein de la doctrine d'AUBRY et RAU, le critère de l'intérêt sert à établir une sous distinction au sein de la catégorie des nullités. Dénuée de consistance, la catégorie des nullités absolues a été rejetée par la doctrine majoritaire en matière de convention. Cependant, dans le domaine des nullités du mariage, les auteurs y ont recouru afin d'expliquer les dispositions relatives aux nullités du mariage.

---

<sup>256</sup> AUBRY (C.) et RAU (C.), T. I, 4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, n°37.

<sup>257</sup> Cette sous distinction se retrouve également sous la plume de LAURENT. Dans le premier tome de ses *Principes de droit civil français*, il évoque en effet la nullité « établie dans un intérêt public » et la nullité « que le législateur établit dans un intérêt privé ». Les premières sont dites absolues, les secondes relatives (LAURENT (F.), T. I, *op. cit.*, n°72).

<sup>258</sup> AUBRY (C.) et RAU (C.), T. I, *op. cit.*, n°37 et 4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, n°37.

<sup>259</sup> On sait que, dans la quatrième édition de leur traité, AUBRY et RAU ont modifié leur conception de l'acte inexistant, ce qui a entraîné une extension du domaine de l'inexistence. En effet, si dans la première édition de leur *Traité*, ils cantonnent le domaine de l'inexistence à l'absence matérielle d'une condition essentielle, dans la quatrième édition ils élargissent son domaine en y intégrant l'absence juridique d'une telle condition (v. *supra* n°45).

56. Lorsqu'ils évoquent les nullités du mariage, les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle recourent à la distinction des nullités relative et absolue fondée sur l'intérêt<sup>260</sup>. Deux explications peuvent être avancées.

Premièrement, les travaux préparatoires évoquent, lors des discussions relatives aux nullités du mariage, l'opportunité de consacrer la distinction des nullités relative et absolue fondée sur le critère de l'intérêt<sup>261</sup>. En outre, on sait que si les rédacteurs du Code civil ont refusé de consacrer cette distinction, c'est uniquement en raison des difficultés pratiques qu'elle soulevait. Ils ont en effet insisté sur le fait que le langage de l'école ne pouvait être celui de la loi<sup>262</sup>. Ainsi, par souci didactique, les auteurs ont pu recourir à la distinction des nullités relative et absolue fondée sur l'intérêt afin d'exposer les différentes causes de nullité du mariage.

Secondement, le recours au critère de l'intérêt peut s'expliquer par la nécessité d'exercer une action en justice pour obtenir la nullité d'un mariage, et ce, quelle que soit la cause de nullité invoquée<sup>263</sup>. Cette obligation légale met en lumière l'incompatibilité de la doctrine de plusieurs auteurs avec les dispositions relatives aux nullités du mariage. En effet, la majorité des auteurs considère qu'en principe, et contrairement aux annulabilités, l'exercice d'une action en nullité n'est pas requis en présence d'un acte nul<sup>264</sup>. Par conséquent, si le

---

<sup>260</sup> Ce recours à la sous distinction des nullités fondée sur l'intérêt se constate quelle que soit la période du siècle de l'Exégèse étudiée. Ainsi, pour la première période : DELVINCOURT (C.-E.), *Cours de Code civil*, T. I, *op. cit.*, p. 70 et s. Pour la deuxième : AUBRY (C.) et RAU (C.-F.), *Cours de droit civil français*, T. V, Paris : Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 4<sup>e</sup> éd., 1872, n°548 ; DEMANTE (A.-M.), *Cours analytique de Code civil*, T. I, *op. cit.*, n°261 ; DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T. III*, *op. cit.*, n°240 ; LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, T. II, Paris : Librairie Maresq Ainé, 3<sup>e</sup> éd., 1878, n°434 ; MARCADÉ (V.-N.), *Explication théorique et pratique du Code napoléon*, T. I, *op. cit.*, n°180.

<sup>261</sup> LOCRÉ (J. G.), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des Codes français*, T. IV, *op. cit.*, p. 371 et s. V. égal. *supra* n°30.

<sup>262</sup> V. les propos de TRONCHET (LOCRÉ (J. G.), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des Codes français*, T. IV, *op. cit.*, p. 406), de PORTALIS (FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. IX, *op. cit.*, p. 165-166) ou encore de BOUTTEVILLE (FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. IV, *op. cit.* p. 205). V. égal. *supra* p. 39, note de bas de page n°3.

<sup>263</sup> L'intitulé du chapitre IV du titre V du livre I du Code civil est significatif : « des demandes en nullité du mariage ». De même que les articles 180 et s. du Code civil. Les termes employés au sein de ces dispositions le montrent : « être attaqué (art. 180, 182, 184, 187, 191), « être intentée » (art. 183), « peut en demander » (art. 188), « peut et doit demander » (art. 190).

<sup>264</sup> Sur l'exigence du recours au juge pour les annulabilités : DEMANTE (A.-M.), *Cours analytique de Code Napoléon, Continué depuis l'article 980 par E. Colmet de Santerre*, T. V, *op. cit.*, n°262 bis ; DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T. XXIX*, *op. cit.*, n°23, p. 17. v. égal. BOURGEON (Ph.), th. préc., n°238 ; MORTET (C.), th. préc., p. 186 ; PIZE (J.), th. préc., p. 3 et p. 218.

Sur l'absence d'exigence de recours au juge en présence d'une nullité (ou d'une inexistence) : DEMANTE (A.-M.), *Cours analytique de Code Napoléon, Continué depuis l'article 980 par E. Colmet de Santerre*, T. V, *op. cit.*, n°263 ; DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T. XXIX*, *op. cit.*, n°49 et n°50. v. égal. BOURGEON (Ph.), th. préc., n°238 ; PIZE (J.), th. préc., p. 3 et p. 218.

Cependant ces auteurs reconnaissent que son intervention peut, dans certains cas, être requise notamment lorsqu'une personne prétendra être créancière d'une autre, au regard d'un acte dont l'une des conditions essentielles fait défaut, en raison du principe selon lequel nul ne peut se faire justice à lui-même. Dans une telle

recours au juge est toujours nécessaire dans le domaine des nullités du mariage, il ne peut s'agir, selon leur doctrine, que d'annulabilités. Cette conclusion ne les satisfait pas, puisque, selon leur doctrine, certaines causes de nullité du mariage, comme l'absence totale de consentement, devraient en effet induire la nullité du mariage, et non son annulabilité<sup>265</sup>. Confronté à cette difficulté, DEMANTE a affirmé que le législateur a, dans le domaine des nullités du mariage, confondu « les cas de nullité proprement dite et les cas d'annulation »<sup>266</sup>.

Ainsi, refusant que le régime de l'annulabilité s'applique à toutes les causes de nullité du mariage, les auteurs ont alors recouru au critère de l'intérêt afin d'opérer une distinction entre les nullités relative et absolue. Ils ont ensuite calqué le régime de la nullité absolue sur celui de l'acte nul, sous réserve du recours au juge imposé par la loi<sup>267</sup>. Grâce à cette différence tenue<sup>268</sup>, ils ont pu affirmer que la distinction de l'acte nul et de l'acte annulable ne se confond pas avec celle des nullités relative et absolue<sup>269</sup>.

57. Finalement, à compter de l'apogée de l'école de l'exégèse, le critère de l'intérêt constitue, pour certains auteurs un critère à l'origine d'une distinction secondaire et dénuée de consistance, et pour d'autres, un facteur d'ajustement de leur doctrine pour exposer les nullités

hypothèse, lorsque le juge est saisi, il ne se borne qu'à constater l'inexistence, il ne la prononce pas (v. par ex. MORTET (C.), th. préc., p. 158 ; PIZE (J.), th. préc., p. 218 et s., spéc. p. 226).

Plus spécifiquement dans le domaine des nullités du mariage, DEMANTE justifie l'exigence du recours au juge, quelle que soit la cause de nullité, par l'existence de fait du mariage résultant de sa célébration, même irrégulière (DEMANTE (A.-M.), *Cours analytique de Code Napoléon*, T. I, *op. cit.*, n°256).

<sup>265</sup> DEMANTE (A.-M.), T. I, *op. cit.*, n°262 bis.

<sup>266</sup> *ibid.*, n°256.

<sup>267</sup> Cette assimilation se constate chez DEMOLOMBE. Cet auteur attache quasiment les mêmes effets à la distinction des actes nuls et annulables lorsqu'il évoque les conventions, qu'à celle des nullités relative et absolue lorsqu'il étudie les nullités du mariage, même s'il affirme que ces deux distinctions ne se confondent pas. En effet, il estime que la convention nulle n'existe pas et donc « 1° Que la nullité peut en être opposée par toute personne intéressée ; 2° Qu'elle n'est pas susceptible de confirmation ou de ratification ; 3° Qu'elle n'est pas non plus susceptible de se couvrir par le laps de temps » (*Cours de Code Napoléon T. XXIX, op. cit.*, n°22). Au sujet des nullités absolues, il retient qu'en général « 1° Elles peuvent être proposées par toutes personnes ayant un intérêt, même par le ministère public ; 2° Elles ne peuvent se couvrir ni par le laps de temps, ni par les ratifications » (*Cours de Code Napoléon T. III, op. cit.*, n°243). Selon DEMOLOMBE, la différence entre les deux tient au fait qu'il existe d'une part des exceptions aux effets énoncés (*Cours de Code Napoléon T. III, op. cit.*, n°316) et d'autre part que la nullité absolue nécessite le recours au juge, car elle constitue avec les nullités relatives une distinction au sein de la catégorie des actes annulables. Pourtant, les effets qu'il attache à la catégorie des nullités absolues diffèrent de ceux qu'il affirme découler du caractère annulable de l'acte. En effet, pour DEMOLOMBE il résulte « 1° Que l'annulabilité ne peut être proposée que par certaines personnes, c'est-à-dire, par celles-là seulement dans l'intérêt particulier desquelles elle a été établie ; 2° Qu'elle est susceptible de confirmation ou de ratification ; 3° Qu'elle est susceptible de se couvrir par un certain laps de temps » (*Cours de Code napoléon T. XXIX, op. cit.*, n°24). Ces conséquences se distinguent nettement de celles de la nullité absolue. Par contre, les effets résultant de l'annulabilité sont similaires à ceux de la nullité relative (*Cours de Code napoléon T. III, op. cit.*, n°243).

<sup>268</sup> Ces auteurs reconnaissent que le recours au juge est parfois nécessaire en présence d'une inexistence. V. *infra* n°124.

<sup>269</sup> DEMANTE (A.-M.), *Cours analytique de Code napoléon*, T. I, *op. cit.*, n°256 ; DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code napoléon T. III, op. cit.*, n°240 ; LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, T. II, *op. cit.*, n°269 ; MARCADÉ (V.-N.), *Explication théorique et pratique du Code napoléon*, T. I, *op. cit.*, n°617.

du mariage. Si l'intérêt perd, à cette époque, de son importance, il sera replacé au cœur de la mise en œuvre de la nullité au XX<sup>e</sup> siècle.

### 3 - Un critère replacé au cœur de la théorie des nullités au XX<sup>e</sup> siècle

58. Au tournant du XX<sup>e</sup> siècle, tant le critère de la gravité du vice que la rigidité d'une distinction binaire sont remis en cause par DROGOUL, JAPIOT et GAUDEMET. DROGOUL, le premier, préconise de rejeter toute distinction et de ne conserver comme guide que le but poursuivi par la loi. Ce but, qu'il assimile aux intérêts que la règle a en vue de sauvegarder<sup>270</sup>, doit donner « la clef de toutes les questions que les nullités soulèvent »<sup>271</sup>. Afin de faire « triompher la simple notion de but », il propose de s'en remettre au juge<sup>272</sup>.

JAPIOT adhère partiellement aux propositions de DROGOUL. Il admet que toutes les questions relatives à la mise en œuvre de la nullité doivent être résolues par l'étude du « but pratique » qui a incité le législateur à l'édicter<sup>273</sup>, autrement dit « des intérêts dont il avait en vue de prendre la défense »<sup>274</sup>. Cependant, il ne renonce pas à dégager des catégories<sup>275</sup>. Mais en affirmant que le motif de la règle peut être soit d'ordre particulier, soit d'ordre général<sup>276</sup>, JAPIOT a ouvert une porte permettant à ses contemporains et ses successeurs d'introduire, dans sa théorie, une distinction binaire des nullités<sup>277</sup>.

D'ailleurs, par une volonté consciente ou non, GAUDEMET a favorisé le maintien d'une distinction binaire des nullités. Il a en effet affirmé que « les règles de droit sont d'intérêt général ou d'intérêt particulier. Si la règle violée était d'intérêt général, tout intéressé peut invoquer sa violation et faire valoir la nullité de l'acte : nous pourrions parler ici de nullité absolue. Si elle était d'intérêt particulier, le droit de critique sera réservé à ceux pour qui la règle est établie : la nullité est relative »<sup>278</sup>. Même s'il s'est empressé de préciser que l'analogie avec les théories formulées par les auteurs à l'apogée de l'école de l'exégèse s'arrête

---

<sup>270</sup> DROGOUL (F.), *op. cit.*, p. 208.

<sup>271</sup> *Ibid.*, p. 264. v. égal. p. 208-209 ainsi que p. 221 et s.

<sup>272</sup> *Ibid.*, p. 265.

<sup>273</sup> JAPIOT souligne toutefois que la prise en considération du seul but poursuivi par le législateur est insuffisante. Il préconise de prendre en considération le milieu dans lequel intervient la nullité (JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 168 et s.).

<sup>274</sup> *Ibid.*, p. 166-167.

<sup>275</sup> *Ibid.*, p. 146 et p. 536 et s. ; v. égal. GAUDEMET (E.), *op. cit.* p. 167 et s.

<sup>276</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 534.

<sup>277</sup> V. *infra* n°129.

<sup>278</sup> GAUDEMET (E.), *op. cit.*, p. 147.

là, c'est-à-dire qu'il n'entendait pas prôner l'instauration d'une distinction binaire rigide, les auteurs postérieurs occulteront cette précision<sup>279</sup>.

59. L'influence de la théorie de JAPIOT s'est faite réellement sentir à compter de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle<sup>280</sup>. Si les auteurs concèdent alors à JAPIOT que l'intérêt protégé par la règle transgressée occupe une place importante dans la mise en œuvre de la nullité<sup>281</sup>, ils refusent, pour la plupart<sup>282</sup>, de renoncer à toute distinction binaire<sup>283</sup>. C'est ainsi que l'intérêt est (re)devenu le critère de la distinction des nullités relative et absolue. Toutefois, le maintien de cette distinction résulte davantage d'un souci pédagogique des auteurs, que de leur adhésion

<sup>279</sup> L'intérêt a mis quelques décennies à s'imposer comme unique source d'explication du régime attaché à chaque cause de nullité en raison de l'attachement des auteurs aux deux grandes tendances dégagées au siècle précédent. En faveur de la distinction bipartite des nullités : v. par ex. BEUDANT (C.), *Cours de droit civil français – Les contrats et les obligations*, 2<sup>e</sup> éd., par Voirin, 1936, n°262 et s. BEUDANT reste imperméable aux idées de DROGOU, JAPIOT et GAUDEMET dans la 2<sup>e</sup> édition de son cours de droit civil français. Sa théorie, sous réserve de l'assimilation terminologique de l'inexistence à la nullité absolue et de l'annulabilité à la nullité relative, est identique à celle de la première édition. Il retient comme fondement la gravité du vice et se prononce en faveur de la détermination en bloc du régime de chaque catégorie d'inefficacité (Comp. BEUDANT (C.), *Cours de droit civil français – Les contrats et les obligations*, *op. cit.*, n°262 et s.).

En faveur d'une double distinction ou plutôt d'une distinction tripartite : v. par ex. JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, T. I, Librairie du recueil Sirey, 3<sup>e</sup> éd., 1938, n°146). JOSSERAND se distingue des auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle, tels qu'AUBRY et RAU, qui faisaient de la nullité absolue une sous-catégorie des annulabilités, en affirmant que le recours au juge était nécessaire afin qu'il la prononce. En effet, il retient que le juge n'a pas à intervenir lorsqu'il est question de nullité absolue (n°150). Mais il se rapproche de ces prédécesseurs, en considérant que la nullité absolue, qu'il nomme nullité d'ordre public, est fondée sur l'intérêt général tandis que la nullité relative atteint les actes passés sans considération pour une règle protectrice d'intérêts particuliers (n°142).

L'influence des propositions formulées par DROGOU, JAPIOT et GAUDEMET ne se fera sentir qu'à compter de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle.

<sup>280</sup> V. *supra* note 10, p. 58

<sup>281</sup> V. notamment : MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil, T. I, Introduction générale à l'étude du droit et des institutions judiciaires – Le statut des personnes physiques et morales*, Sirey, 1956, n°158 et 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1972, n°158 ; MAZEAUD (H., L. et J.), *Leçons de droit civil*, T. I, Montchrestien, 3<sup>e</sup> éd., 2<sup>e</sup> tirage, 1965, n°348, v. également 4<sup>e</sup> éd., par M. de Juglart, Montchrestien, 1970, n°348 ; PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, T. VI, Obligations, 1<sup>ère</sup> partie par P. Esmein, L.G.D.J., 1952, n°280. *Adde*, RENARD (C.) et VIEUJEAN (E.), « Rapport sur la nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, *Travaux de l'association Henri Capitant*, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 534.

<sup>282</sup> L'hostilité envers la distinction des nullités relative et absolue peut être mesurée ou totale. En effet, certains auteurs vont, à la suite de JAPIOT, adopter des degrés intermédiaires (v. par ex. DE LA PRADELLE (G.), *Les conflits de lois en matière de nullités*, Dalloz, 1967, n°103 et s. ; RENARD (C.) et VIEUJEAN (E.), art. préc., p. 538. et s.), tandis que d'autres rejettent toute distinction (DURRY (G.), « Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, *Travaux de l'association Henri Capitant*, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 629).

<sup>283</sup> Ce refus est motivé non seulement par l'excessivité de son abandon, mais aussi par le souci pédagogique animant ces auteurs devant l'éclatement du régime proposé par JAPIOT. V. par ex. : COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Traité de droit civil, T. I, Introduction générale, Institutions civile et judiciaires, personnes et famille*, Refondu par L. Julliot de la Morandière, Paris, Dalloz, 1957, n°175 ; MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil, T. I, Introduction générale à l'étude du droit et des institutions judiciaires – Le statut des personnes physiques et morales*, *op. cit.*, n°158 ; Mazeaud (H., L. et J.), *op. cit.*, n°352 et s. ; PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *op. cit.*, n°287. Et plus récemment : FAGES (B.), *Droit des obligations*, *op. cit.*, n°193 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) ET SAVAUX (E.), n°328 ; MALAURIE (PH.), AYNÈS (L.) ET STOFFEL-MUNCK (Ph.), n°701 et 702 ; MALINVAUD (Ph.) et FENOUILLET (D.), *Droit des obligations*, Litec, 11<sup>e</sup> éd., 2010, n°388 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°393.

au critère de l'intérêt<sup>284</sup>, puisqu'ils en reconnaissent les insuffisances et les écueils. Ils préfèrent cependant conserver ce critère au motif que la distinction des nullités relative et absolue est « commode et utile »<sup>285</sup>, qu'elle possède « une valeur didactique irremplaçable »<sup>286</sup>.

60. En définitive, le critère de l'intérêt protégé a traversé les époques. Son importance a néanmoins fluctué. S'il constitue, de nos jours, le critère de la distinction des nullités relative et absolue, il fait toutefois l'objet de critiques. Ce critère est cependant conservé pour les vertus pédagogiques prêtées à la distinction des nullités relative et absolue ainsi que pour les propriétés explicatives qu'il posséderait.

## **B - Un critère aux prétendues vertus explicatives**

61. Si certaines propositions doctrinales ont acquis le statut de règles juridiques par le biais d'une consécration légale ou jurisprudentielle, ce n'est pas encore le cas du critère de l'intérêt<sup>287</sup>. Censé expliquer la démarche du législateur (1), le critère de l'intérêt est également parfois utilisé par le juge pour motiver sa décision (2).

### **1 - Un critère censé expliquer la démarche du législateur**

62. Le législateur édicte souvent des lois qui répondent à des revendications, ou à des besoins particuliers<sup>288</sup>. Dès lors, derrière ces lois se cacherait la protection d'un ou plusieurs intérêts<sup>289</sup>. Pour la doctrine majoritaire, le critère de l'intérêt serait donc apte à expliquer la démarche du législateur. Il permettrait d'une part, de déterminer le régime d'une cause de nullité lorsque la terminologie employée par le législateur est neutre, c'est-à-dire

---

<sup>284</sup> « Le pédagogue privilégie généralement (au moins en phase d'initiation) l'approche simplificatrice », approche qui passe par l'élaboration de distinctions seulement binaires (MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), *Le raisonnement juridique*, Puf, 2001, p. 57).

<sup>285</sup> V. par ex. MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *op. cit.*, n°158 ; PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *op. cit.*, n°287 : « Si elle est insuffisamment nuancée, et même sur certains points erronée, par un souci excessif de simplicité et de symétrie, il est cependant possible et utile de distinguer deux catégories générales de nullité, différant par leur fondement ».

<sup>286</sup> TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°89.

<sup>287</sup> Il semble cependant, au regard des articles 1179 et s. du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats et rendu public en février 2015, que la théorie dite moderne des nullités est en passe d'être consacrée par le législateur.

<sup>288</sup> Cette démarche du législateur a été dénoncée. V. par ex. : TERRÉ (F.), « La crise de la loi » in *Arch. Phil. Dr.*, T. 25 – *La loi*, Sirey, 1980, p. 17 et s. ; ATIAS (C.), « Le droit et les droits au XX<sup>e</sup> siècle », in *l'État au XX<sup>e</sup> siècle*, S. Goyard-Fabre (dir.), Vrin, 2004, p. 24 ; ALBERTINI (P.), *La crise de la loi – Déclin ou mutation ?*, Lexis-Nexis, coll. Essais, 2015, p. 157 : on fait « remplir à la loi une fonction "maternante" que n'avaient imaginée ni les révolutionnaires de 1789, ni la doctrine classique ».

<sup>289</sup> Les groupes de pression ne sont pas étrangers à ce phénomène (V. sur ce point, LAPOUSTERLE (J.), *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes*, préf. P.-Y. Gautier, Dalloz, 2009, spéc., n°514 et s. et n°684 et s.). Ces groupes ont d'ailleurs été récemment reconnus officiellement tant à l'Assemblée Nationale, qu'au Sénat (V. DEUMIER (P.), « Reconnaissance du lobbying en France », *RTD civ.* 2010, 62).

lorsque le terme utilisé ne donne aucune indication sur le régime juridique, et d'autre part, de justifier les qualifications édictées par le législateur.

**63.** La plupart du temps, la terminologie employée par le législateur est neutre, en ce sens qu'elle ne donne aucune indication sur le régime de la cause de nullité édictée. Le terme utilisé ne permet ni de déterminer qui peut agir ni de savoir si la confirmation de l'acte entaché d'une cause de nullité est possible. En effet, lorsque le législateur édicte une cause de nullité<sup>290</sup>, il recourt souvent à l'adjectif « nul »<sup>291</sup>, ou à l'expression « à peine de nullité »<sup>292</sup>.

---

<sup>290</sup> Quelques fois le législateur précise, après avoir posé le principe de la nullité, le régime ou un aspect du régime de la cause de nullité édictée. Par exemple, l'article 402 alinéa 1er du Code civil dispose que « les délibérations du conseil de famille sont nulles lorsqu'elles ont été surprises par dol ou fraude ou que des formalités substantielles ont été omises ». Le terme « nul » ne permet pas de préciser le régime de l'action en nullité. C'est l'alinéa 3 de cette disposition qui indique les titulaires de l'action ainsi que le point de départ de la prescription. De même, l'article 815-16 du Code civil pose qu'« est nulle toute cession ou toute licitation opérée au mépris des dispositions des articles 815-14 et 815-15 ». Là encore, le terme « nul » ne donne aucune indication sur les titulaires de l'action ou la durée de la prescription. Ces éléments ont été précisés par la suite.

<sup>291</sup> V. not. (par ordre chronologique), l'art. L. 131-1 du CPI issu de la loi n°57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, les articles 1443 et 1344 du C. civ. issus de la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, l'art. 815-16 du même Code issu de la loi n° 76-1286 du 31 décembre 1976 relative à l'organisation de l'indivision, l'article L. 622-1 du CPI issu de la loi n°87-890 du 4 novembre 1987 relative à la protection des topographies de produits semi-conducteurs et à l'organisation de l'Institut national de la propriété industrielle, l'art. L. 310-2, III du C. assur. issu de la loi n° 94-5 du 4 janvier 1994 modifiant le Code des assurances (partie Législative), en vue notamment de la transposition des directives n° 92-49 et n° 92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes, les art. 16-5 et 16-7 du C. civ. issus de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, l'art. L. 213-6 du C. mon. fin. issu de la loi n° 2003-706 du 1 août 2003 de sécurité financière, l'art. L. 632-1 du C. com. issu de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, l'art. 2335 du C. civ. issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, les art. 768 al. 2, 901, 911, 930 al. 3, 1021 et 1078-5 al. 2 du C. civ. issus de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, l'art. 402 du même Code issu de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, l'art. L. 113-11 du c. assur. issu de la loi n° 2010-238 du 9 mars 2010 visant à rendre obligatoire l'installation de détecteurs de fumée dans tous les lieux d'habitation, les art. L. 121-21 et L. 121-102 du C. conso. issus de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, l'art. L. 215-3 du C. assur. issu de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové et l'art. L. 214-162-8 du C. mon. fin. issu de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

<sup>292</sup> V. not. (par ordre chronologique), l'art. L. 313-9 al. 2 du C. mon. fin. issu de la loi n° 66-455 du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail, l'art. L. 225-47 du C. com. issu de la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, l'art. L. 613-8 al. 5 du CPI issu de la loi n°68-1 du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention, l'art. 1125-1 du C. civ. issu de la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, l'art. 1873-2 du C. civ. issu de la loi n° 76-1286 du 31 décembre 1976 relative à l'organisation de l'indivision, l'art. 1841 du C. civ. issu de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil, l'art. L. 121-6 du C. com. issu de la loi n° 82-596 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale, l'art. 515-2 du C. civ. issu de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, l'art. L. 341-2 du C. conso. issu de la loi n° 2003-721 du 1 août 2003 pour l'initiative économique, l'art. 280-1 du c. civ. issu de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, les art. 2356, 2423 du C. civ. et L. 314-7 du c. conso. issus de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, les art. 2018 et 2019 du c. civ. issus de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, l'art. 435 du C. civ. issu de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, les art. 2012 al. 2, 2372-2, 2372-5 al. 3, 2488-2 et 2488-5 du C. civ. issus de l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie, l'art. L. 225-229-2 al. 7 du C. com. issu de la loi n° 2012-354 du 14 mars 2012 de finances rectificative pour 2012, l'art. L. 513-14 al. 2 du C. mon. fin. issu de l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement, l'art. L. 121-19-3 al. 2 du C. conso. issu de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, l'art. L. 145-46-1 du C. com. issu de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, l'art. L. 132-17-1 du CPI issu de l'ordonnance n° 2014-1348 du 12 novembre 2014 modifiant

Parfois, le législateur délaisse les termes « nul », ou « à peine de nullité » pour ceux de « nul et de nul effet »<sup>293</sup>, « nul de plein droit »<sup>294</sup>, ou encore pour les expressions « peut être annulé » par le tribunal ou en justice<sup>295</sup>, « déclaré nul »<sup>296</sup>, « nul par décision de justice »<sup>297</sup>, « nul et non avenu »<sup>298</sup>. Ces différentes expressions ne donnent pas plus d'indications que les précédentes sur les titulaires du droit d'agir ou sur la possibilité de confirmer l'acte entaché d'une cause de nullité<sup>299</sup>.

---

les dispositions du Code de la propriété intellectuelle relatives au contrat d'édition, l'art. L. 121-18-1 du C. conso. issu de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives.

<sup>293</sup> V. not. (par ordre chronologique), l'art. 1321-1 du C. civ. issu de l'ordonnance n° 2005-1512 du 7 décembre 2005 relative à des mesures de simplification en matière fiscale et à l'harmonisation et l'aménagement du régime des pénalités, l'art. L. 122-15 du C. conso. issu de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, l'art. L. 112-11 du C. mon. fin. issu de l'ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009 relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement, l'art. L. 122-2 du C. conso. issu de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, l'art. L. 122-8 du même Code issu de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et l'art. L. 514-14-2 du CSP issu de la loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt.

<sup>294</sup> V. not. (par ordre chronologique), l'art. L. 321-1 du C. conso. issu de la loi n° 85-1097 du 11 octobre 1985 relative à la clause pénale et au règlement des dettes, l'art. 465 du C. civ. issu de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs et l'art. L. 311-39 du C. conso. issu de la loi n° 2010-737 du 1<sup>er</sup> juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation.

<sup>295</sup> V. not. (par ordre chronologique), l'art. L. 632-1 du C. com. issu de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, l'art. 465, 2° du C. civ. issu de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs et l'art. L. 214-162-8, I, 3° du C. mon. fin. issu de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

<sup>296</sup> V. not. l'art. 262-2 du C. civ. issu de la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux.

<sup>297</sup> V. not. (par ordre chronologique), L. 613-25 du CPI issu de la loi n°68-1 du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention, l'art. 714-3 du même Code issu de la loi n°91-7 du 4 janvier 1991 relative aux marques de fabrique, de commerce ou de service, l'art. L. 512-4 du même Code issu de l'ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001 portant adaptation au droit communautaire du Code de la propriété intellectuelle et du Code des postes et télécommunications et l'art. L. 623-23-1 du même Code issu de la loi n° 2011-1843 du 8 décembre 2011 relative aux certificats d'obtention végétale.

<sup>298</sup> V. not. l'art. L. 122-6-1 CPI issu de la loi n° 94-361 du 10 mai 1994 portant mise en œuvre de la directive (C.E.E.) n° 91-250 du Conseil des communautés européennes en date du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le Code de la propriété intellectuelle.

<sup>299</sup> Certaines expressions comme « nul par décision de justice » ou « peut être annulé » par le tribunal ou en justice ou encore « déclaré nul » contiennent expressément l'idée du recours au juge. Est-ce à dire qu'il n'est nullement nécessaire dans les autres ? Il n'en est rien. En effet, lorsque le législateur recourt simplement au terme « nul », il évoque parfois l'action en nullité soit expressément, soit implicitement à travers son régime. Ainsi, l'article L. 213-6 alinéa 2<sup>nd</sup> du Code monétaire et financier dispose : « Toute émission faite en violation des dispositions du présent article est nulle. Sans préjudice de l'action en responsabilité contre les mandataires sociaux, le ministère public ainsi que tout intéressé peut exercer l'action en nullité ». Si l'article L. 632-1 du Code de commerce pose que « sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants [...] », l'article L. 632-4 précise les titulaires de l'action en nullité<sup>299</sup>. Les articles 901, 930 alinéa 2 et 1078-5 du Code civil établissent un lien entre la nullité de l'acte et l'existence d'un consentement « vicié par l'erreur, le dol ou la violence ». Or, on sait qu'en vertu de l'article 1117 du Code civil, une action en nullité doit être intentée pour que le contractant dont le consentement a été vicié puisse obtenir l'annulation de l'acte litigieux. Ainsi, dans toutes ces hypothèses, l'emploi du terme « nul » n'implique pas une sanction automatique, c'est-à-dire l'absence de recours au juge.

Ensuite, certaines expressions renvoient aux pouvoirs d'appréciation du juge. Différents rapports parlementaires révèlent que le législateur considère que l'expression « nul de plein droit » signifie non pas l'absence de recours au

Confortés par la démarche contemporaine du législateur les auteurs mettent alors en œuvre le critère de l'intérêt afin de déterminer le régime de ces causes de nullité. Ils cherchent quel intérêt le législateur a eu en vue de protéger. Mais cette démarche du législateur ne conduit-elle pas à qualifier toutes les causes de nullité relative ? Le critère de l'intérêt peut-il être opératif au regard de cette démarche ? Nous le constaterons, le critère de l'intérêt n'est pas apte à qualifier incontestablement toutes les causes de nullité<sup>300</sup>. L'explication s'avère simple : une frontière étanche entre intérêt particulier et intérêt général ne peut pas être tracée<sup>301</sup>.

**64.** Dans de rares hypothèses, le législateur qualifie la cause de nullité édictée. Il ne fait toutefois jamais formellement référence à l'intérêt. Le critère de l'intérêt, n'ayant de sens que s'il présente un caractère opératoire, est alors frontalement éprouvé. Il doit pouvoir rendre compte des qualifications retenues par le législateur.

Le législateur recourt à trois qualificatifs : d'ordre public, relatif et absolu. La qualification de nullité d'ordre public ne peut pas être expliquée par le critère de l'intérêt car l'amalgame entre la nullité d'ordre public et la nullité absolue doit être rejeté. D'ailleurs, la démarche du législateur n'est peut-être pas étrangère au rejet de cet amalgame (a). La confrontation du critère de l'intérêt aux nullités qualifiées de relatives (b), et aux nullités qualifiées d'absolues (c), mettra déjà en lumière l'impossibilité de tracer une frontière entre intérêt privé et intérêt général.

#### □□□ Le rejet de l'amalgame entre nullité d'ordre public et nullité absolue

---

juge, mais que ce dernier ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation (v. *infra* n°259). Par exemple, dans le rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n°3462) portant réforme de la protection juridique des majeurs, on peut lire : « pour les actes soumis à un régime de représentation [...] le projet de loi prévoit une nullité de plein droit [...]. Ainsi, *le juge devra annuler* les actes que le majeur protégé a accomplis seul alors qu'il aurait dû être représenté par son curateur ou son tuteur » (V. le rapport n° 3556 (Assemblée Nationale) de M. E. BLESSIG fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n°3462) portant réforme de la protection juridique des majeurs. V. égal. l'avis présenté au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale, sur le projet de loi sur la protection et l'information des consommateurs, par M. J. THYRAUD, Sénateur, p. 18. On peut lire c'est « une nullité de plein droit », elle « s'impose au juge qui ne fera que constater la nullité ». Enfin, les expressions « nul et de nul effet » ou « nul et non avenu » n'impliquent pas que l'effet de la nullité sera plus fort que lorsque l'acte est « seulement » nul. Dans les deux cas, l'annulation prononcée par le juge entraînera l'anéantissement des effets nés de l'acte.

<sup>300</sup> V. *infra* n°86 et s.

<sup>301</sup> V. *infra* n°82 et s.

65. Le qualificatif le plus usité par le législateur est celui d' "ordre public"<sup>302</sup>. Ainsi, par exemple, l'article 2013 du Code civil dispose : « Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public ». Ce qualificatif soulève de nombreuses questions auxquelles le législateur ne répond pas. La première d'entre elles est certainement de savoir ce que recouvre cette qualification au regard du critère de l'intérêt.

Les rapports émanant de différentes commissions parlementaires incitent à opérer un amalgame entre la nullité absolue et la nullité d'ordre public. Un rapport fait au nom de la commission des lois du Sénat révèle ainsi que les promoteurs de cette qualification étaient mus par le souhait d'ouvrir l'action aussi bien au ministère public, qu'à tout intéressé<sup>303</sup>. Au regard de ce régime, la nullité d'ordre public serait alors quasiment synonyme de nullité absolue. Édictée dans le souci de protection de l'intérêt général, elle se distinguerait de la nullité absolue seulement par le fait que le ministère public se verrait incontestablement reconnaître le droit d'agir en nullité<sup>304</sup>.

66. L'amalgame entre la nullité d'ordre public et la nullité absolue doit être rejeté car il sous-entend que, lorsque la violation d'une règle d'ordre public est sanctionnée par la nullité, celle-ci ne peut qu'être absolue. Or, l'on sait qu'il n'en est rien. Si la doctrine a pu assimiler, par le passé, nullité absolue et nullité d'ordre public au motif que la sanction naturelle de la violation d'une règle d'ordre public consistait en la nullité absolue de l'acte<sup>305</sup>,

---

<sup>302</sup> Au sein plusieurs dispositions (encore en vigueur), le législateur a eu recours à l'expression de "nullité d'ordre public" : art. 2013 du Code civil, art. L. 725-10 et L. 752-15 du Code rural et de la pêche maritime, art. L. 652-4 du Code de la sécurité sociale, art. L. 313-24, L. 313-27, L. 411-2-1 et L. 423-4 du Code de la construction et de l'habitation, l'art. L. 5341-1 du Code général de la propriété des personnes publiques.

<sup>303</sup> Rapport n° 11 (2006-2007) de M. H. DE RICHEMONT, fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 11 octobre 2006, relatif à la proposition de loi instituant la fiducie. À propos de l'art. 2013, le rapporteur énonce : « Votre commission estime nécessaire de préciser que la nullité applicable en cas d'intention libérale est d'ordre public. Il convient en effet d'éviter que les juridictions interprètent cette disposition comme créant une nullité relative que seules les parties au contrat de fiducie pourraient invoquer. Lorsqu'une fiducie est créée dans une intention libérale, l'ordre public est en cause et c'est pourquoi la nullité doit pouvoir être invoquée par tout intéressé, à commencer par le ministère public ».

<sup>304</sup> V. *infra* n°356 et s.

<sup>305</sup> Cette assimilation est très visible au sein de l'article de KAYSER (« Les nullités d'ordre public », *RTD civ.* 1933, 1115, spéc. n°7, p. 1123 et n°9, p. 1126-1127). Il faut cependant garder à l'esprit que cet article a été écrit en 1933, c'est-à-dire à une époque où la théorie de JAPIOT et de GAUDEMET n'avait pas encore totalement imprégné la doctrine. À cette époque, comme au siècle de l'exégèse, les auteurs se divisaient en partisans d'une distinction bipartite et partisans d'une double distinction (cf. *supra* n°55). L'auteur cherche en effet à distinguer les nullités d'ordre public de l'inexistence. A cette fin, il met l'accent sur le fait qu'une action en nullité existe et s'avère nécessaire (n°12), donc que la prescription trentenaire a vocation à s'appliquer, que certaines personnes sont insusceptibles de se prévaloir de la nullité et qu'enfin dans certaines hypothèses – c'est-à-dire lorsque le vice n'est pas permanent – la confirmation se révèle possible. Il remarque ainsi que « les traits distinctifs de l'inexistence et des nullités d'ordre public rapprochent d'autant ces dernières des nullités relatives » (n°12). V. également : JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, T. I, *op. cit.*, n°142, p.104 ; SAVATIER (R.), *Cours de droit civil*, T. II, *op. cit.*, n°183.

elle reconnaît désormais qu'il ne peut plus en être ainsi<sup>306</sup>. En effet, les règles relevant de l'ordre public économique peuvent parfois avoir pour objet la protection d'un intérêt particulier et sont, par conséquent, sanctionnées par une nullité relative<sup>307</sup>. Les dispositions d'ordre public du Code de la consommation constituent une parfaite illustration de l'impossibilité d'assimiler nullité d'ordre public et nullité absolue. Chacun sait que le législateur cherche, à travers les dispositions de ce Code, à protéger le consommateur. La méconnaissance de ces règles induit donc une nullité relative.

Partant, le législateur ne devrait pas qualifier une nullité d'ordre public uniquement pour mettre l'accent sur la possibilité pour le ministère public d'agir<sup>308</sup>. Il serait préférable de préciser, pour parvenir aux mêmes fins, que la règle dont la méconnaissance est sanctionnée par la nullité, revêt un caractère d'ordre public, technique à laquelle le législateur recourt d'ailleurs déjà<sup>309</sup>.

**67.** Force est ainsi d'admettre que le critère de l'intérêt ne permet pas d'expliquer la qualification de "nullité d'ordre public" : le caractère d'ordre public est additionnel, car il vient s'ajouter au caractère relatif ou absolu d'une cause de nullité. Si le législateur ne souhaite pas qualifier la cause de nullité qu'il édicte en "nullité relative d'ordre public" ou "nullité absolue d'ordre public", il devrait alors se contenter d'énoncer que la disposition sanctionnée par la nullité revêt un caractère d'ordre public.

À l'image des hypothèses où le législateur emploie une terminologie neutre, le critère doctrinal de l'intérêt devra alors, pour être opératoire, permettre de qualifier

<sup>306</sup> GHESTIN (J.), n°743 ; GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), n°2115 ; HAUSER (J.) et LEMOULAND (J.-J.), « Ordre public et bonnes mœurs », *Rep. Civ. Dalloz*, mars 2004, n°192 : « Dans ces conditions, l'amalgame ordre public, nullité absolue, nullité d'ordre public est devenu caricatural » ; LAITHIER (Y.-M.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 janv. 2013, *RDC* 2013, 537 ; v. déjà pour un refus d'assimilation : PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, T. VI, *op. cit.*, n°288 ; RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, T. II, L.G.D.J., 1957, n°706. *Contra* : KAYSER (P.), art. préc., n°12.

V. spéc. au sujet de l'art. l'art. 2013 du C. civ. : BOURASSIN (M), BRÉMOND (V), JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), *Droit des sûretés*, 4<sup>e</sup> éd. par Manuelle Bourassin, Sirey université, 2014, n°1284 ; JUBAULT (Ch.), *Droit civil, Les successions, les libéralités*, 2<sup>e</sup> éd., Montchrestien, coll. Domat droit privée, 2010, n°460.

<sup>307</sup> Les auteurs ont distingué un ordre public de protection et un ordre public de direction (CARBONNIER (J.), *Droit civil, volume 2, Les biens. Les obligations*, Puf, coll. Quadrige, 1<sup>ère</sup> éd., 2004, n°986 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), n°297 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), n°650 ; MALINVAUD (Ph.) et FENOUILLET (D.), *op. cit.*, n°263 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°382 et s.). Si les règles composant l'ordre public de protection sont inspirées par la considération d'intérêts privés, celles relevant de l'ordre public de direction sont dictées par l'intérêt général (FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), n°297 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), n°650 et s. ; MALINVAUD (Ph.) ET FENOUILLET (D.), *op. cit.*, n°271). Par conséquent les premières sont sanctionnées par la nullité relative, tandis que les secondes le sont par la nullité absolue.

<sup>308</sup> La référence à l'ordre public renvoie aux fonctions du procureur. L'article 423 du Code de procédure civile dispose : « en dehors de ces cas [ceux spécifiés par la loi], il [le ministère public] peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ».

<sup>309</sup> V. par exemple les art. 2372-5 et 2488-5 du Code civil.

incontestablement les causes de nullités édictées. Les confrontations du critère de l'intérêt aux nullités qualifiées de relatives d'une part, et d'absolues d'autre part, laissent peu d'espoir.

#### b -L'intérêt face à la qualification de nullité relative

68. Le législateur a recouru au qualificatif « relative » à deux reprises et ce, uniquement au sein de la loi n°85-677 du 5 juillet 1985 relative aux « victimes d'accidents de la circulation », dite loi Badinter<sup>310</sup>.

Lors de la première lecture du projet de loi à l'Assemblée nationale, seul l'article 11 – devenu l'article L. 211-10 du Code des assurances<sup>311</sup> – contenait l'expression de "nullité relative". L'article 18 de la loi – devenu l'article L. 211-16 du Code des assurances<sup>312</sup> – ne précisait pas la qualification de la cause de nullité édictée<sup>313</sup>. Cette précision provient de l'amendement n°21 de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale du Sénat. Le rapporteur de cette commission a expliqué les raisons de la qualification de nullité relative en se fondant sur le régime souhaité. Il souligne en effet qu'« il fallait préciser que la nullité ne pourrait être demandée par l'assureur »<sup>314</sup>. Cette justification laisse perplexe au regard tant du nombre de règles dont la méconnaissance est sanctionnée par la nullité sans qu'aucune précision ne soit mentionnée, que de l'existence d'actions attitrées<sup>315</sup>. S'il souhaitait exclure l'assureur du cercle des titulaires du droit d'agir, le législateur aurait dû se contenter d'attitrer l'action.

Puisque la motivation du législateur réside donc dans son refus d'octroyer à l'assureur la possibilité d'invoquer la nullité, le raisonnement tenu apparaît plus négatif – exclusion d'un protagoniste du cercle des titulaires de l'action en nullité – que positif – détermination de l'intérêt protégé par la règle édictée afin d'en déduire le cercle des titulaires de l'action.

---

<sup>310</sup> Loi n°85-677 tendant à l'amélioration de la situation des victimes des accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, codifiée par le Décret n°88-260 du 18 mars 1988.

<sup>311</sup> L'art. L. 211-10 du Code des assurances dispose : « A l'occasion de sa première correspondance avec la victime, l'assureur est tenu, à peine de nullité relative de la transaction qui pourrait intervenir, d'informer la victime qu'elle peut obtenir de sa part, sur simple demande, la copie du procès-verbal d'enquête de police ou de gendarmerie et de lui rappeler qu'elle peut à son libre choix se faire assister d'un avocat et, en cas d'examen médical, d'un médecin ».

<sup>312</sup> L'art. L. 211-16 du Code des assurances énonce : « La victime peut, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, dénoncer la transaction dans les quinze jours de sa conclusion. Toute clause de la transaction par laquelle la victime abandonne son droit de dénonciation est nulle. Les dispositions ci-dessus doivent être reproduites en caractères très apparents dans l'offre de transaction et dans la transaction à peine de nullité relative de cette dernière ».

<sup>313</sup> JO débats parlementaires Assemblée Nationale, 7<sup>e</sup> législature, années 1984-1985, jeudi 11 avril 1985, première session ordinaire, séance du 17 décembre 1984.

<sup>314</sup> JO - débats parlementaires Sénat -, année 1985, n°5 - jeudi 11 avril 1985 -, seconde session ordinaire de 1984-1985, séance du 10 avril 1985, p. 205.

<sup>315</sup> V. *infra* n°322 et s.

Le critère de l'intérêt permet certes de justifier la qualification des nullités relatives édictées au sein du Code des assurances. En effet, le formalisme imposé au sein des articles L. 211-10 et L. 211-16 du Code des assurances tend à protéger l'assuré victime. Lors de discussions parlementaires, le garde des Sceaux de l'époque avait d'ailleurs souligné qu'on « imagine mal que cela puisse être une nullité absolue »<sup>316</sup>. Mais il n'en demeure pas moins que ces dispositions protectrices du consentement de l'assuré reflètent une certaine conception du bien commun<sup>317</sup>. Dès lors, la protection de l'intérêt général apparaît de façon sous-jacente.

### c - L'intérêt face à la qualification de nullité absolue

**69.** Le législateur a édicté des nullités absolues d'une part au sein du Code monétaire et financier et, d'autre part, au sein du Code des assurances.

**70.** L'article L. 213-14 du Code monétaire et financier a trait à la prohibition des contrats d'émission d'obligations associatives conclus dans le but de distribuer des bénéfices. L'alinéa second de cette disposition frappe de nullité absolue le contrat conclu en méconnaissance de l'interdiction posée au premier alinéa. À l'origine, ce premier alinéa disposait que « les contrats d'émission d'obligations conclus par les associations dans les conditions prévues par la présente loi ne peuvent en aucun cas avoir pour but la distribution de bénéfices par l'association émettrice à ses sociétaires, aux personnes qui lui sont liées par un contrat de travail, à ses dirigeants de droit ou de fait ou à toute autre personne »<sup>318</sup>. Puis, il a énoncé « les obligations émises par les associations dans les conditions prévues à la présente sous-section ne peuvent être détenues, directement ou indirectement, par leurs dirigeants de droit ou de fait. Elles ont pour but de répondre à des besoins de développement et de financement et non de distribuer à leurs souscripteurs des excédents de gestion constitués par les associations émettrices »<sup>319</sup>. Désormais, il pose que « les obligations émises par les associations dans les conditions prévues à la présente sous-section ont pour but de répondre à des besoins de développement et de financement et non de distribuer à leurs souscripteurs des

---

<sup>316</sup> JO - débats parlementaires Sénat -, année 1985, n°5 - jeudi 11 avril 1985 -, seconde session ordinaire de 1984-1985, séance du 10 avril 1985, p. 205.

<sup>317</sup> V. *infra* n°83

<sup>318</sup> Cette disposition est issue de la loi n° 85-698 du 11 juillet 1985 autorisant l'émission de valeurs mobilières par certaines associations (JORF du 12 juillet 1985 p. 7863).

<sup>319</sup> Cette rédaction est issue de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (JORF du 1 août 2014 p. 12666).

excédents de gestion constitués par les associations émettrices »<sup>320</sup>. Ainsi, si l'alinéa premier a fait l'objet de trois rédactions différentes, la sanction est demeurée la même. Aucune indication sur la raison d'une telle qualification ne transparaît des différents rapports parlementaires, pas même de celui évoquant la raison d'être de l'amendement dont cette cause de nullité est issue<sup>321</sup>.

La nullité absolue se justifie-t-elle ? La prohibition protège-t-elle l'intérêt général ? De prime abord, le caractère absolu de la nullité peut être justifié au regard de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association qui dispose, en son premier article, le principe de non-lucrativité des associations. En effet, si la nature des associations n'interdit pas la réalisation de bénéfiques, elle empêche leur distribution<sup>322</sup>. Le principe de non-lucrativité a d'ailleurs été évoqué lors des débats ayant trait au projet de loi relatif à l'économie sociale et solidaire<sup>323</sup>. Mais la qualification de nullité relative ne pourrait-elle pas également se justifier ? Rejeter cette qualification reviendrait à occulter tant l'objectif de la loi du 11 juillet 1985 introduisant les contrats d'émission d'obligations associatives en droit français, que l'interdiction posée par l'article L. 213-14 assure la protection des intérêts de l'association émettrice. L'objectif affiché de la loi du 11 juillet 1985 résidait dans la protection des épargnants souscrivant des titres émis par les associations<sup>324</sup>. Or, un tel dessein incite plutôt à qualifier les causes de nullités édictées par le législateur de relatives. Il demeure cependant exact que l'article L. 213-14 ne concerne pas la protection des épargnants, mais a, dans un premier temps, exclu certains souscripteurs potentiels en raison de leur qualité<sup>325</sup>, et, dans un second temps, rappelé le but de l'émission : « répondre à des besoins de développement et de financement »<sup>326</sup>. Dès lors, l'article L. 213-14 ne protège-t-il pas les intérêts de l'association ?

---

<sup>320</sup> L'actuel alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 213-14 est issu de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (JORF du 7 août 2015 p. 13537).

<sup>321</sup> V. le rapport du Sénateur Y. DURAND, JO 1985, n°27 – 5 juin 1985, débats parlementaires – Sénat, seconde session ordinaire de 1984-1985 (25<sup>e</sup> séance) – séance du Mardi 4 juin 1985.

Sur l'art. L. 322-2-1 du Code des assurances, aucune indication n'est donnée dans le rapport de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation du Sénat à l'origine du texte. Ce rapport mentionne seulement que « comme pour les titres participatifs, le présent article additionnel prévoit qu'il n'est pas possible de privilégier telle ou telle catégorie de personnes ou telle ou telle personne pour des émissions réservées qui accorderaient davantage de droits que les titres émis dans le public », sans même évoquer la sanction (Session ordinaire de 1995-1996, Rapport n°270 fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation par A. LAMBERT).

<sup>322</sup> RABU (G.), « Le regain d'attractivité des titres associatifs », *Journal des sociétés* 2015, n°128, p. 50.

<sup>323</sup> V. Compte rendu intégral des débats au Sénat – séance du 7 novembre 2013 – article 40 du projet de loi.

<sup>324</sup> V. les rapports relatifs à la loi n°85-698 du 11 juillet 1985 "autorisant l'émission de certaines valeurs mobilières par certaines associations" du député WILQUIN fait au nom de la commission des finances, et du secrétaire d'État GATE suite à la commission mixte paritaire.

<sup>325</sup> V. *supra* n° 70, la rédaction de l'article L. 213-14 issue d'une part de la loi du 11 juillet 1985 et, d'autre part, de la loi 31 juillet 2014.

<sup>326</sup> V. l'actuel article L. 213-14.

Ne tend-il pas à éviter que ceux qui ont le pouvoir de décider d'une émission et de sa rémunération portent atteinte aux intérêts de l'association ?

71. L'article L. 322-2-1, II du Code des assurances énonce *in fine* que « les contrats d'émission ne peuvent en aucun cas avoir pour but de privilégier une catégorie de sociétaires, des personnes qui sont liées à la société par un contrat de travail, des dirigeants de droit ou de fait de celle-ci ou toute autre personne. Les contrats conclus en violation de cette disposition sont frappés de nullité absolue »<sup>327</sup>. Aucune indication n'est donnée sur cette qualification dans le rapport de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation du Sénat à l'origine de cette disposition. Ce rapport se contente de souligner que « comme pour les titres participatifs, le présent article additionnel prévoit qu'il n'est pas possible de privilégier telle ou telle catégorie de personnes ou telle ou telle personne pour des émissions réservées qui accorderaient davantage de droits que les titres émis dans le public », sans même évoquer la sanction<sup>328</sup>.

La qualification de nullité absolue pourrait s'expliquer par le but du pacte d'assurance mutuelle. Le but des sociétés d'assurances mutuelles n'est nullement un but lucratif. En effet, « le seul profit dont ils [les adhérents et les dirigeants] peuvent bénéficier, c'est de cotiser à un moindre coût pour garantir les risques qu'ils font prendre en charge par la société. La société d'assurance mutuelle a pour objet de leur faire réaliser des économies en assurant au meilleur coût les personnes, leurs biens, et leur responsabilité civile »<sup>329</sup>. Ainsi, les contrats d'émission ne doivent pas permettre aux adhérents de ces sociétés de poursuivre un dessein lucratif et de détourner, par ce biais, le but de ces sociétés. La qualification de nullité absolue pourrait également avoir été choisie en raison de l'influence exercée par le droit des sociétés. Cette dernière a d'ailleurs expressément été évoquée par le rapporteur de la commission du Sénat à l'origine de ce texte<sup>330</sup>. Certaines dispositions du Code de commerce prohibent expressément les conventions conclues par des sociétés dans le but de favoriser, par

---

<sup>327</sup> V. égal. l'art. L. 322-26-8, II du Code des assurances : « L'assemblée générale des sociétaires ou des entreprises affiliées à la société de groupe d'assurance mutuelle est seule habilitée à fixer les caractéristiques essentielles de l'émission. Elle peut toutefois déléguer au conseil d'administration ou au directoire, dans le cadre ainsi défini, les pouvoirs nécessaires pour en arrêter les modalités pratiques. Il est rendu compte par le conseil d'administration ou par le directoire, à la plus prochaine assemblée générale, de l'exercice de cette délégation. Les contrats d'émission ne peuvent avoir pour but de privilégier une catégorie de sociétaires, des personnes qui sont liées à la société par un contrat de travail, des dirigeants de droit ou de fait de celle-ci ou toute autre personne. Les contrats conclus en violation de cette disposition sont frappés de nullité absolue ». Cette disposition similaire à celle de l'article L. 322-2-1, II, seul ce dernier sera étudié.

<sup>328</sup> Session ordinaire de 1995-1996, Rapport n°270 fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation par A. LAMBERT.

<sup>329</sup> BIGOT (J.), avec la collab. de BELLANDO (J.-L.), CABRILLAC (S.), JADAUD (B.), MOREAU (J.) et PARLEANI (G.), *Traité de droit des assurances, T. 1, Entreprises et organismes d'assurance*, L.G.D.J, 3<sup>e</sup> éd., 2011, n°548.

<sup>330</sup> Session ordinaire de 1995-1996, Rapport n°270 fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation par A. Lambert.

exemple, leur dirigeant personne physique<sup>331</sup>. La jurisprudence a d'ailleurs considéré que la méconnaissance de l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867, c'est-à-dire « de l'interdiction faites aux administrateurs d'une société anonyme [...] de faire cautionner » par la société leurs engagements envers des tiers, devait être sanctionnée par la nullité absolue<sup>332</sup>.

Il reste que l'article L. 322-2-1, II du Code des assurances précise que le contrat ne peut avoir pour but de privilégier « une catégorie ». Par conséquent, la nullité édictée tendrait plutôt à protéger les intérêts privés des autres personnes, celles qui n'auraient pas été privilégiées par le biais de l'émission réalisée. La qualification de nullité relative pourrait donc également se justifier. Il convient d'ailleurs de souligner que la qualification de nullité absolue retenue par la jurisprudence pour sanctionner la méconnaissance de l'interdiction pour une société de cautionner les engagements de l'un de ses administrateurs envers des tiers est contestable. En effet, comme il l'a été souligné, la prohibition « a pour but et ne peut avoir pour but que de protéger la société contre un abus de fonctions de la part de l'administrateur »<sup>333</sup>.

**72.** En définitive, la confrontation du critère de l'intérêt aux nullités qualifiées de relatives ou d'absolues par le législateur ne se révèle pas déterminante. Les qualifications retenues peuvent certes être justifiées au regard du critère de l'intérêt, néanmoins les règles sanctionnées par la nullité relative traduisent une certaine conception du bien commun, tandis que les règles protectrices de l'intérêt général assurent également la défense d'un intérêt particulier. L'explication est simple : intérêt général et intérêt particulier ne s'excluent pas<sup>334</sup>. Les limites du critère de l'intérêt, qui apparaissent dès à présent, seront confirmées par l'analyse de la jurisprudence.

## **2 - Un critère parfois explicatif de la démarche du juge**

**73.** L'analyse de la jurisprudence révèle que la Cour de cassation fait parfois formellement référence à l'intérêt protégé pour motiver sa décision. Elle y recourt uniquement

---

<sup>331</sup> V. par ex. pour les S.A, l'art. L. 225-43 du Code de commerce.

<sup>332</sup> V. Cass. ch. mixte, 10 juil. 1981, n°77-10794, *Bull.* n°7. Il était question de la nullité d'un cautionnement et d'une constitution d'hypothèque consentis par une société au profit de son PDG afin de garantir ses engagements personnels.

L'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 a été remplacé par l'article 106 de la loi du 24 juillet 1966, devenu l'article L. 225-43 du Code de commerce. Cet article dispose en son alinéa premier : « À peine de nullité du contrat, il est interdit aux administrateurs autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers ».

<sup>333</sup> DAGOT (M.), « Le cautionnement de l'un de ses administrateurs par une société anonyme coopérative de construction », *JCP* 1970. I. 2332, spéc. n°16.

<sup>334</sup> V. *infra* n°82 et s.

pour justifier le caractère relatif de la nullité. La qualification de nullité absolue n'est en effet jamais justifiée par la protection de l'intérêt général (a). Par ailleurs, lorsque la jurisprudence s'attache à motiver le choix de la nullité relative, elle ne le fait que dans des hypothèses où le caractère relatif de la nullité ne suscite aucune difficulté (b). En revanche, en présence de situations délicates, où tant la nullité relative que la nullité absolue pourrait se justifier au regard du critère de l'intérêt, elle s'abstient d'y faire formellement référence (c).

#### a - L'absence de référence formelle à l'intérêt lors de la qualification d'une nullité absolue

74. Lorsque la Cour de cassation opte pour le caractère absolu d'une cause de nullité<sup>335</sup>, elle ne fait pas formellement référence au critère de l'intérêt protégé<sup>336</sup>. Elle affirme le caractère absolu de la cause de nullité invoquée et en tire toutes les conséquences quant à son régime. Si l'absence de justification se conçoit lorsque la démarche du législateur a orienté le caractère de la nullité, elle est critiquable lorsqu'il n'a donné aucun indice<sup>337</sup>.

Afin d'expliquer cette jurisprudence, il a été avancé que le régime de la nullité absolue serait le principe, tandis que celui de la nullité relative ne constituerait qu'une exception<sup>338</sup>. Cette explication pourrait d'ailleurs trouver un fondement historique si le

<sup>335</sup> De 2006 à 2014, la Cour de cassation a rendu plusieurs arrêts dans lesquels elle qualifie la nullité d'absolue afin d'en appliquer le régime pour solutionner le litige soumis. Au sujet des titulaires de l'action en nullité : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janv. 2010, n°08-19500 (la justification peut apparaître implicite, l'arrêt faisant référence au but poursuivi par les "mariés" lors de la célébration du mariage) ; *RJPF* 2010, n°4, p. 18, obs. LEBORGNE (A.) ; *RTD civ.* 2010. 304, obs. HAUSER (J.) ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 janv. 2013, n°11-27837, *Bull. civ.* I, n°3 ; *RFDA* 2013. 541, note PLESSIX (B.) ; *RDC* 2013/2, p. 537, obs. LAITHIER (Y.-M.) ; *Gaz. Pal.* 2013, n°100-101, p. 17, obs. HOUTCIEFF (D.) ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 sept. 2013, n°12-15618, *Bull. civ.* I, n°167 ; *RTD civ.* 2014. 424, obs. GRIMALDI (M.) ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 déc., 2014, n°13-25095 ; À propos de la confirmation d'un acte nul : Cass. com., 21 fév. 2012, n°10-27630, *Bull. civ.* IV, n°49 ; *Gaz. Pal.* 2012, n°99, p. 18, obs. HOUTCIEFF (D.) ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 19 déc. 2012, n°11-11379 ; Cass. soc., 11 juin 2008, n°06-45982 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juil. 2007, n°06-10362, *Bull. civ.* I, n°267 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 fév. 2007, n°04-18738 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 nov. 2006, n°04-19109 ; Cass. soc., 13 sept. 2006, n°05-41240 ; Cass. soc., 21 fév. 2006, n°04-41272 ; Concernant le délai de prescription : Cass. com., 11 mars 2008, n°06-15412, *Bull. civ.* IV, n°61. Le juge ne fait référence à l'intérêt général dans aucun de ces arrêts pour justifier le caractère absolu de la nullité.

<sup>336</sup> Parmi les arrêts retenant la nullité absolue, un arrêt se démarque concernant la motivation de la solution. Il s'agit de celui de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 23 oct. 2007 (*Bull. civ.* IV, n°226, préc.). Il convient cependant de souligner que la justification n'est pas liée à la protection de l'intérêt général, mais à « l'absence d'un élément essentiel » du contrat.

<sup>337</sup> Pour une orientation du caractère de la nullité par le législateur, v. par ex. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janv. 2010, n°08-19500 (référence à l'art. 146 du C.civ. dont le régime est prévu à l'art. 184) ; Cass. soc., 11 juin 2008, n°06-45982 et Cass. soc., 13 sept. 2006, n°05-41240 (au visa de ces arrêts figure l'art. L. 225-44 du Code de commerce qui prévoit qu'une clause statutaire autorisant l'administrateur d'une SA à percevoir de la société une rémunération autre que celle prévue expressément par différents textes serait réputée non écrite tandis que si une décision contrevient à cet article, elle serait nulle).

<sup>338</sup> V. la proposition de M. BERTHIAU, *infra* p. 86.

rattachement des nullités relatives aux nullités prétoriennes était admis<sup>339</sup>. Mais si l'absence de référence formelle au critère de l'intérêt s'explique par le fait que la nullité absolue constitue le principe, alors il faudrait que le juge s'y réfère systématiquement en présence d'une nullité relative. Or, comme nous le verrons, à plusieurs reprises le juge a opté pour la nullité relative sans se référer au critère de l'intérêt<sup>340</sup>.

Le régime plus favorable de la nullité absolue pourrait, *a priori*, expliquer l'absence de motivation. En effet, pourquoi justifier la qualification retenue lorsque le demandeur a bénéficié du régime le plus favorable<sup>341</sup> ? Mais n'est-ce pas oublier qu'en faisant bénéficier le demandeur du régime le plus favorable, le défendeur se voit opposer celui qui lui est le plus défavorable<sup>342</sup> ?

Une dernière explication pourrait être trouvée dans l'évidence du fondement de la règle transgressée. La protection de l'intérêt général transparaissant indiscutablement, le juge estimerait inutile d'y faire référence afin de justifier la qualification de nullité absolue. Autrement dit, l'évidence rendrait la précision inutile. Cette explication ne peut non plus satisfaire. En effet, ce qui peut apparaître évident pour certains ne l'est pas pour d'autres. D'ailleurs, lorsque la Cour de cassation rend un arrêt de cassation en se prononçant en faveur de la nullité absolue, cela implique bien que, pour les juges du fond, la solution ne relevait pas de l'évidence<sup>343</sup> !

**75.** En définitive, il est difficile de déterminer pourquoi le juge ne fait pas formellement référence à l'intérêt lorsqu'il qualifie une cause de nullité d'absolue. Ne peut-on pas alors présumer que des considérations étrangères à la caractérisation du but de la règle transgressée – à savoir la protection de l'intérêt général – incitent le juge à retenir la nullité absolue<sup>344</sup> ? Si la jurisprudence ne recourt pas au critère de l'intérêt en présence d'une nullité absolue, il lui arrive parfois d'y faire formellement référence en présence d'une nullité relative. Cependant, force est de constater que, lorsqu'il en est ainsi, la jurisprudence ne lève aucun doute sur la qualification de la cause de nullité.

---

<sup>339</sup> V. Mme CUMYN considère que la nullité relative constitue « un remède d'équité permettant de libérer une partie d'un contrat injuste (*op. cit.*, n°361 et n°367) ; et V. *supra* n°35.

<sup>340</sup> V. *infra* n°78 et s.

<sup>341</sup> Le plus favorable car le cercle des titulaires de l'action est plus étendu, la confirmation de l'acte, obstacle à l'exercice de l'action ne peut pas être opposée au demandeur car inenvisageable, et, antérieurement à la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, un délai pour agir considérablement plus long si est occulté la différence de point de départ du délai.

<sup>342</sup> Sur les onze arrêts cités précédemment (v. note 3, p. 70), dix font droit à la demande en nullité absolue.

<sup>343</sup> V. par ex. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juil. 2007, n°06-10362, *Bull. civ.* I, n°267 et Cass. com., 11 mars 2008, n°06-15412, *Bull. civ.* IV, n°61.

<sup>344</sup> V. *infra* n°145 et s.

b - La référence formelle à l'intérêt protégé : l'absence de doute levé quant au caractère relatif de la nullité

76. Lorsque la jurisprudence fait formellement référence au critère de l'intérêt pour justifier la qualification en nullité relative, elle ne lève aucune incertitude. L'étude des arrêts rendus ces dernières années, et correspondant à ces caractéristiques<sup>345</sup>, montre en effet que dans ces hypothèses, le législateur avait mis en lumière l'intérêt protégé par la condition de validité édictée<sup>346</sup>. Ainsi, lorsque la Cour de cassation énonce que : « la méconnaissance des dispositions des articles L. 121-21 et suivants du Code de la consommation édictées dans l'intérêt des personnes démarchées à domicile que ces textes ont vocation à protéger est sanctionnée par une nullité relative »<sup>347</sup>, elle ne met fin à aucune hésitation. En effet, les règles posées par les articles L. 121-21 et suivants du Code de la consommation sont issues de la loi n°72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile<sup>348</sup>. Le titre de cette loi précise clairement que le législateur a entendu protéger l'intérêt particulier du consommateur. En conséquence, la mise en œuvre du critère de l'intérêt ne pouvait que conduire à retenir la nullité relative.

De même, dans le cadre de litiges relatifs à l'exploitation de droits d'auteur, lorsque la première chambre civile de la Cour de cassation justifie au regard de l'intérêt protégé le caractère relatif de la nullité, elle ne tranche aucune difficulté. En effet, dans les affaires qui ont donné lieu aux arrêts du 30 janvier 2007<sup>349</sup>, du 13 février 2007<sup>350</sup>, et du 28 février 2008<sup>351</sup>, les règles méconnues résultaient des articles L. 132-7 et L. 132-16 du Code de

<sup>345</sup> Comme précédemment pour la nullité absolue, les arrêts ont été répertoriés sur la période 2006-2014.

<sup>346</sup> Si dans les exemples suivants, le législateur met en lumière l'intérêt protégé soit à travers l'intitulé de la loi dont la disposition en cause est issue, soit d'une autre disposition de la même loi, il peut arriver que l'intérêt résulte de la définition même du contrat en cause. V. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 19 fév. 2014, pourvoi n°12-13531 : « la nullité d'un acte d'échange pour dépassement de pouvoir d'un administrateur était fondée sur la seule nécessité de protéger les intérêts de celui qui est représenté à l'acte, la cour d'appel en a exactement déduit que la nullité encourue était relative, et que l'action en nullité de l'acte d'échange était prescrite ».

<sup>347</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 oct. 2007, n°05-17691, *Bull. civ. I*, n°316 ; *RDC* 2008/2, p. 351, obs. FENOUILLET (D.) ; *RTD com* 2008. 407, obs. BOULOC (B.).

<sup>348</sup> *JORF* du 23 déc.1972, p. 13348.

<sup>349</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 janv. 2007, n°05-19352, *Bull. civ. I*, n°46 ; *RTD civ.* 2007, 346, obs. FAGES (B.) ; *D.* 2007, 586, obs. DALEAU (J.). La Cour de cassation énonce : « Vu les articles L. 132-7 et L. 132-16 du Code de la propriété intellectuelle, ensemble l'article 1304 du Code civil ; Attendu qu'en vertu du deuxième de ces textes, l'éditeur ne peut transmettre, à titre gratuit ou à titre onéreux ou par voie d'apport en société, le bénéfice du contrat d'édition à des tiers, indépendamment du fonds de commerce, sans avoir préalablement obtenu l'autorisation de l'auteur ; que ces dispositions impératives ayant été prises dans le seul intérêt patrimonial des auteurs, leur violation ne donne lieu qu'à une nullité relative dont l'action se prescrit par cinq ans à compter de la découverte du vice ».

<sup>350</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 fév. 2007, n°05-12016, *Bull. civ. I*, n°60 : « Mais attendu que les dispositions impératives de l'article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle ont été prises dans le seul intérêt patrimonial des auteurs, de sorte que leur violation ne donne lieu qu'à une nullité relative, d'où la cour d'appel a justement déduit que l'action intentée par M.X... était prescrite en vertu de l'article 1304 du Code civil ».

<sup>351</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 fév. 2008, n°07-12008 ; *CCE* 2008, n°4, p. 29, obs. CARON (Ch.). La Cour de cassation énonce que : « la violation des dispositions de l'article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelles, prises dans le seul intérêt patrimonial des auteurs, donnant lieu à une nullité relative dont l'action se prescrit par cinq ans ».

la propriété intellectuelle pour la première décision, et de l'article L. 131-4 du même Code pour les deux autres. Ces trois dispositions sont issues de la loi n°57-297 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique énonçant expressément en son article 2 que « les dispositions de la présente loi protègent les droits des auteurs »<sup>352</sup>. Par conséquent lorsque le juge précise, dans ces affaires, que les dispositions visées ont été prises « dans le seul intérêt patrimonial des auteurs », il ne fait que reprendre ce que le législateur a expressément spécifié<sup>353</sup>.

Dans les affaires à l'origine des arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>354</sup> du 28 février 2006<sup>355</sup>, et du 14 octobre 2008<sup>356</sup>, la cause de nullité résultait de la méconnaissance de l'article L. 313-2 du Code de la consommation<sup>357</sup>. Cette disposition est issue de l'article 4 de la loi n°66-1010 du 28 décembre 1966, lui-même originaire d'un amendement de la commission des lois de l'Assemblée nationale. À son sujet, le rapporteur de la commission a précisé que « la présentation de la plupart des contrats de prêt ne permet pas à l'emprunteur de connaître rapidement et facilement le taux effectif global qui est presque toujours plus élevé que ne le laisse entendre le prêteur. Il paraît donc utile que l'emprunteur ait le moyen de connaître le taux effectif de son emprunt [...]. Or la meilleure façon de porter ce taux à la connaissance du bénéficiaire est encore de le mentionner dans l'acte, puisque l'acte ne sera signé – tout au moins, c'est à la diligence de l'emprunteur de sauvegarder ses intérêts – qu'après que celui-ci aura lu le contrat. C'est donc en toute connaissance de cause qu'il aura pris un engagement »<sup>358</sup>. Il résulte incontestablement de ce rapport que le législateur souhaitait,

---

<sup>352</sup> V. respectivement les articles 53, 62 et 35 (JORF 14 mars 1957, p. 2723).

<sup>353</sup> V. égal. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 nov. 2011, n°10-13410, *Bull. civ.* I, n°195 : « la cour d'appel, après avoir rappelé que l'action en nullité relative exercée par les bénéficiaires des clauses litigieuses était soumise à la prescription quinquennale de l'article 1304 du Code civil et constaté qu'une telle action, qui invoquait la violation de dispositions légales, avait été introduite par MM. X... et Y... selon assignations des 12 et 23 janvier 2007 soit plus de cinq ans après la signature des contrats de juillet et septembre 1998, en a justement déduit qu'elle était tardive ». Les dispositions légales invoquées étaient les articles L. 121-1 et L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle.

<sup>354</sup> V. égal. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 juin 2007, n°05-22011 ; *RTD com.* 2007, 817, obs. LEGAIS (D.). La Cour de cassation énonce : « la sanction de la méconnaissance des dispositions de l'article 4 de la loi du 28 décembre 1966 devenu l'article L. 313-2 du Code de la consommation, édictées dans le seul intérêt de l'emprunteur, est la nullité relative de la clause d'intérêts conventionnels » et Cass. com., 7 fév. 2012, n°11-10833 ; *CCC* 2012, n°5, p. 29, obs. RAYMOND (G.). La nullité est expressément qualifiée de relative mais sans aucune référence à l'intérêt protégé.

<sup>355</sup> Cass. com., 28 fév. 2006, n°03-17375 : « les dispositions d'ordre public de l'article L. 313-2 du Code de la consommation ayant été édictées dans le seul intérêt de l'emprunteur, l'action en nullité relative de la clause de stipulation des intérêts conventionnels s'éteint si elle n'a pas été exercée pendant cinq ans à compter de la date de l'acte litigieux ou de la reconnaissance de l'obligation de payer des intérêts conventionnels ».

<sup>356</sup> Cass. com., 14 oct. 2008, n°07-15975 : « l'arrêt retient exactement que la méconnaissance des règles légales régissant le taux d'intérêt conventionnel et le taux effectif global, édictées dans l'intérêt de l'emprunteur, est sanctionnée par la nullité relative de la stipulation d'intérêts ».

<sup>357</sup> L'art. L. 313-2 précise que « le taux effectif global [...] doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt régi par la présente section ».

<sup>358</sup> J.O - débats parlementaires de l'Assemblée nationale - année 1966 - n°57 - compte rendu intégral de la 59<sup>e</sup> séance - séance du lundi 27 juin 1966 - p. 2394

par la mise en place de ce formalisme, assurer la protection du seul emprunteur, soit un intérêt particulier. Là encore, lorsque la Cour de cassation justifie le caractère relatif de la nullité au regard de l'intérêt protégé, elle ne lève aucun doute.

Enfin, ce constat s'impose encore au regard de l'arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 6 juillet 2011<sup>359</sup>. La règle méconnue est celle énoncée à l'article L. 231-2 du Code de la construction et de l'habitation, et a trait aux énonciations que doit comporter le contrat. Comme précédemment, il s'agit d'un formalisme informatif édicté afin d'éclairer le consentement d'un contractant déterminé – ici le maître de l'ouvrage. Il n'est donc pas étonnant que le choix du juge se soit porté sur la nullité relative.

77. Finalement, les rares fois où la Cour de cassation fait formellement référence au critère de l'intérêt pour expliquer la qualification retenue, elle ne tranche aucune difficulté. Elle ne fait qu'appliquer les directives du législateur. En revanche, dans les hypothèses où une justification du caractère relatif serait utile, la Cour de cassation ne fait pas formellement référence au critère de l'intérêt. N'est-ce pas le signe de la difficile mise en œuvre de ce critère ?

#### c - L'absence de référence formelle au critère de l'intérêt : le signe de sa difficile mise en œuvre

78. Généralement, lorsque le caractère d'une cause de nullité peut-être discuté au regard du critère de l'intérêt, la Cour de cassation ne fait pas formellement référence au critère de l'intérêt pour motiver son choix. Les arrêts relatifs à la nullité pour absence de cause rendus par la troisième chambre civile illustrent parfaitement la brièveté de la motivation de la Haute juridiction<sup>360</sup>. Dans ces arrêts<sup>361</sup>, la Haute juridiction énonce que « le contrat conclu pour un prix dérisoire ou vil n'est pas inexistant, mais nul pour défaut de cause, la cour d'appel en a exactement déduit, par ces seuls motifs, que l'action en nullité de ce contrat, qui relevait d'intérêt privé et, s'agissant d'une nullité relative, était soumise à la prescription quinquennale »<sup>362</sup>. La Cour de cassation n'explique pas pourquoi l'absence de cause constitue une cause de nullité relative, une cause de nullité protectrice d'intérêts privés. Une explication

---

<sup>359</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 6 juil. 2011, n°10-23438, *Bull. civ.* III, n°123 ; *RDI* 2011, 505, obs. TOMASIN (D.) ; *D.* 2012, 459, ch. Droit des contrats : décembre 2010 - janvier 2012, obs. AMRANI-MEKKI (S.) : « les règles d'ordre public de l'article L. 231-2 du Code de construction et de l'habitation, relatives aux énonciations que doit comporter ce contrat, constituent des mesures de protection édictées dans l'intérêt du maître de l'ouvrage, dont la violation est sanctionnée par une nullité relative susceptible d'être couverte ».

<sup>360</sup> V. TOUFFAIT (A.) et TUNC (A.), « Pour une motivation plus explicite des arrêts de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, 487.

<sup>361</sup> V. par ex. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 11 fév. 2014, n°12-25756 ; *Gaz. Pal.* 2014, n°183, p. 15, obs. HOUTCIEFF (D.) ; *JCP G* 2014, n°24, obs. GHESTIN (J.) ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 24 oct. 2012, n°11-21980 ; *Dr.&Patr.* Juin 2013, p. 69, obs. AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.).

<sup>362</sup> V. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 11 fév. 2014, préc.

serait pourtant utile car le critère de l'intérêt protégé est apte à justifier tant le caractère relatif, que le caractère absolu de cette cause de nullité<sup>363</sup>.

79. Si la séparation des pouvoirs et la technique de cassation peuvent éclairer l'absence de motivation de la Cour de cassation, les explications fournies n'emportent pas totalement la conviction<sup>364</sup>. D'abord, la plupart du temps, le législateur ne donne aucune indication sur le caractère relatif ou absolu de la cause de nullité édictée. On sait en effet non seulement qu'il qualifie très rarement une cause de nullité<sup>365</sup>, mais également que le caractère de la nullité ne ressort pas systématiquement de la loi dont est issue la cause de nullité. En conséquence, le juge ne peut pas se retrancher derrière la volonté du législateur pour justifier son manque de motivation. Ensuite parce qu'on sait que la Cour de cassation recourt parfois au critère de l'intérêt pour justifier sa solution<sup>366</sup>.

80. Finalement, l'absence de justification peut être interprétée comme un signe des difficultés rencontrées par le juge pour mettre en œuvre le critère de l'intérêt protégé. Faute de pouvoir justifier incontestablement la qualification de la cause de nullité au regard du critère de l'intérêt, le juge préfère la poser. Ce procédé s'explique par l'absence de caractère opératoire de ce critère.

## §.2 - Un critère dénué de caractère opératoire

81. L'absence de caractère opératoire du critère de l'intérêt résulte de l'impossibilité de tracer une frontière entre intérêt privé et intérêt général<sup>367</sup>(A), impossibilité

---

<sup>363</sup> V. *infra* n°88 et s.

<sup>364</sup> Du principe de séparation des pouvoirs résulte la mission du juge de dire le droit, d'appliquer la loi au besoin en l'interprétant. « Interprétant la loi, il n'a pas à donner les raisons du législateur ; il ne peut pas se substituer au législateur pour expliquer le sens de la loi de manière critique ou approbative. Puisque la loi est l'expression de la volonté générale, le juge ne peut ni ajouter, ni transformer, ni justifier la volonté générale. Voilà pourquoi lorsque le juge interprète la loi, il en révèle le sens en la répétant purement et simplement » (CANIVET (G.), « La motivation brève en question », in *Le juge de cassation à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle*, Actes du congrès de l'association des Hautes Juridictions de Cassation des pays ayant en partage l'usage du français, Marrakech - 17 au 19 mai 2004, p. 87).

La technique de cassation implique que « le juge de cassation ne raconte pas une histoire, la décision de cassation n'est pas un récit ni une motivation globale de la solution du litige, mais c'est une succession de réponses logiques aux questions juridiques posées à ce juge » (CANIVET (G.), art. préc., p. 87).

<sup>365</sup> V. *supra* n°68 et s.

<sup>366</sup> V. *supra* n°76 et s.

<sup>367</sup> Ce constat avait déjà été opéré par LAURENT. Il soulignait en effet que « l'intérêt général est inséparable de l'intérêt privé » et que ces deux intérêts « s'enchevêtrant, il est souvent difficile de les distinguer » (LAURENT (F.), T. I, *op. cit.*, n°40) ; v. égal. DE LA PRADELLE (G.), *op. cit.*, n°101 : « Il n'y a donc pas un ordre public mais une échelle aux multiples degrés, le long desquels s'étagent les règles de Droit : celles qui protègent les individus en tant que tels forment le niveau inférieur ; celles qui touchent l'intérêt social forment le niveau supérieur ». V. égal. n°108 : « nous atteignons cette zone indistincte où les notions d'intérêt public et d'intérêt privé s'entrecroisent et se confondent » ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), n°328 : « il n'existe pas de frontière tranchée entre l'intérêt général et les intérêts privés ». Ces auteurs reconnaissent cependant que cette opposition entre l'intérêt général et les intérêts particuliers fournit « une ligne directrice qui mérite d'être retenue » ; HAUSER (J.) et

qui emporte l'incapacité du critère de l'intérêt à permettre la qualification certaine de toutes les causes de nullité (B).

### **A – L'absence de frontière étanche entre intérêt général et intérêt particulier**

82. Vouloir tracer une frontière entre intérêt général et intérêt particulier s'avère illusoire en raison de l'impossible étanchéité d'une telle distinction<sup>368</sup>. En effet, « le but du droit est d'organiser un certain ordre social »<sup>369</sup>. Or la source première du droit est la loi<sup>370</sup>. Par conséquent, lorsque le législateur adopte une loi c'est qu'elle est nécessaire à l'organisation de la vie en société. Dès lors, toute loi présente un certain caractère d'intérêt général<sup>371</sup>. C'est pourquoi intérêt général et intérêt particulier ne s'excluent pas. Ainsi, même lorsque les dispositions édictées apparaissent uniquement comme protectrice d'intérêts particuliers, une certaine conception du bien commun apparaît de façon sous-jacente<sup>372</sup>. La Cour de cassation a pu elle-même souligner que les dispositions d'une loi peuvent avoir pour objet de protéger tant un intérêt particulier que l'intérêt général<sup>373</sup>.

83. La satisfaction de l'intérêt général peut incontestablement provenir de la protection d'intérêts privés<sup>374</sup>. Il a ainsi été souligné que les dispositions relatives aux vices du

LEMOULAND (J.-J.), art. préc., n°193 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°89. Pour la nullité des décisions sociales, v. ANSAULT (J.-J.), « Le contrôle de l'intérêt à agir en nullité des décisions sociales », *Rev. des sociétés* 2012, p. 7. Et plus spécialement sur l'intérêt économique : EL-GAMMAL (M.), *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*, L.G.D.J., 1967, n°325 : « Pourtant, on ne saurait admettre qu'il existe une séparation étanche entre l'intérêt économique général et l'intérêt économique particulier ».

<sup>368</sup> CHEVALLIER (J.), « Rapport général », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 515.

<sup>369</sup> MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *op. cit.*, n°36.

<sup>370</sup> *Ibid.*, n°77 : « Parmi les sources actuelles du droit français, la loi a une telle importance qu'elle mérite d'être placée au premier rang ».

<sup>371</sup> SOLON (V.), *Traité des nullités des actes et des conventions en matière civile*, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, Bruxelles, 1836, p. 1 ; BONNECASE (J.), *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil* par G. Baudry-Lacantinerie, Recueil Sirey, 1926, p. 206 ; BOUZAT (P.), « De la clause par laquelle une partie dans une convention s'engage à ne pas en demander la nullité », *RCLJ*, 1934, p. 357 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), n°328 ; MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat*, préf. J. Ghestin, L.G.D.J., 2004, n°1023.

<sup>372</sup> CHEVALLIER (J.), art. préc., p. 515 ; MEKKI (M.), *op. cit.*, n°1023 ; GROSCLAUDE (L.), *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, Th. dactyl. Paris 1, 1997, p. 391 et s. ; CASTRO Y BRAVO (F.), « Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé espagnol », in *Travaux de l'Association H. Capitant*, T. XIII, Dalloz, 1963, p. 299 ; BREDIN (J.-D.), « Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français », in *Travaux de l'Association H. Capitant*, T. XIII, Dalloz, 1963, p. 376.

<sup>373</sup> V. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mai 2001, n°99-12498, *Bull. civ.* I, n°139 ; D. 2001, 1879, obs. LIENHARD (A.). La Cour de cassation énonce que : les articles 9 et 11 de la loi du 28 décembre 1966, devenus les art. L. 341-2 et L. 341-4 du Code monétaire et financier « ne concernent pas seulement la protection des épargnants, mais aussi celle des autres établissements financiers ; qu'ils relèvent donc de l'ordre public de direction ».

<sup>374</sup> EL-GAMMAL (M.), *op. cit.*, n°325 qui évoque l'exemple de la législation de taxation ; MEKKI (M.), *op. cit.*, n°1023. V. égal. CUMYN (M.), *op. cit.*, n°339 ; POSEZ (A.), « La théorie des nullités. Le centenaire d'une mystification », *RTDciv.* 2011. 647 et s., spéc. n°49.

consentement, qui impliquent que les parties à un acte le concluent d'une volonté saine et éclairée, sont de l'intérêt de tous, qu'elles ont « été faites tout autant dans l'intérêt public que dans l'intérêt privé »<sup>375</sup>. La législation consumériste, ou encore celle protégeant les incapables révèlent également l'absence d'étanchéité de la frontière entre intérêt général et intérêt particulier<sup>376</sup>.

On sait que le droit de la consommation relève de l'ordre public de protection<sup>377</sup>, il tend à protéger « certaines catégories de personnes dont les intérêts se trouvent menacés du fait même de la situation d'infériorité dans laquelle elles se trouvent »<sup>378</sup>. Le législateur édicte donc des dispositions protectrices d'un intérêt privé afin d'éviter les abus de puissance économique, abus qui s'avèreraient néfastes à l'ordre social, donc à l'intérêt général<sup>379</sup>.

Un raisonnement similaire peut être tenu concernant l'édition de dispositions protectrices des incapables. Le changement terminologique opéré depuis les lois du 3 janvier 1968 et du 5 mars 2007 révèle que cette législation a vocation à protéger des intérêts particuliers. Le législateur a en effet remplacé le terme "incapacité" par celui de "personne protégée"<sup>380</sup>. Cependant, la protection de l'intérêt général ne peut être occultée, elle est, ici aussi, sous-jacente. Comme il l'a été relevé, la réforme opérée par la loi du 3 janvier 1968 a mis en évidence « l'importance considérable prise en pratique par les incapacités du fait du vieillissement de la population »<sup>381</sup>. Or la protection des personnes contre elles-mêmes, mais également contre des cocontractants peu scrupuleux qui profiteraient de leur état de faiblesse, constitue une mission relevant de l'intérêt général. Ainsi, nous percevons bien que derrière une loi tendant à protéger une personne en raison de sa situation inférieure au regard de celle de son cocontractant peut se cacher une certaine conception du bien commun. La satisfaction de l'intérêt général peut donc résulter de la protection d'intérêts privés.

**84.** La frontière entre intérêt particulier et intérêt général est également brouillée par le législateur puisqu'il édicte parfois des lois conciliant les deux grands types d'intérêts. Il en va ainsi, par exemple, de la législation relative aux baux d'habitation. Cette réglementation doit certes protéger les intérêts des preneurs, mais également servir une politique du logement

---

<sup>375</sup> BOUZAT (P.), art. préc., p. 357.

<sup>376</sup> V. GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *op. cit.*, n°376 : « Un droit évolué se doit de poursuivre une finalité de protection 7<sup>e</sup> éd., des plus faibles et cette finalité relève de l'intérêt général ».

<sup>377</sup> *Contra* : FARJAT (G.), *op. cit.*, n°405 : « Il y a en tout cas souvent plus de raisons d'en faire des règles de direction que des règles de protection individuelle ».

<sup>378</sup> PICOD (Y.) et DAVO (H.), *Droit de la consommation*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 2010, n°22.

<sup>379</sup> CALAIS-AULOY (J.) et TEMPLE (H.), *Droit de la consommation*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2015, n°1 : « C'est à partir des années 1960 que les consommateurs posèrent, à leur tour, un problème de société ».

<sup>380</sup> MALAURIE (Ph.), *Les personnes – La protection des mineurs et des majeurs*, L.G.D.J., 2014, n°492.

<sup>381</sup> TERRÉ (F.) et FENOUILLET (D.), *Droit civil – Les personnes*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2012, n°601.

tout en ne décourageant pas l'investissement pour des raisons économiques<sup>382</sup>. Il a ainsi pu notamment être souligné que la loi du 6 juillet 1989, n'est pas destinée « à assurer la seule protection du preneur à bail ». Elle suggère un objectif plus large qui « emporte la consécration d'un ordre public de protection du bailleur et, plus encore, d'un ordre public de direction »<sup>383</sup>.

85. L'absence d'étanchéité constatée de la frontière entre l'intérêt privé et l'intérêt général explique l'existence de différentes manifestations du manque de caractère opératoire du critère de l'intérêt.

## **B - Les manifestations de l'absence de caractère opératoire du critère de l'intérêt**

86. Dans différentes hypothèses, le critère de l'intérêt apparaît inapte à qualifier incontestablement une cause de nullité. Il en est ainsi chaque fois que la cause de nullité peut être considérée comme protectrice tant d'un intérêt particulier, que de l'intérêt général. Ces situations ne sont pas acceptables puisque non dénuées de conséquences sur la sécurité juridique<sup>384</sup>.

87. La sécurité juridique implique l'accessibilité, la prévisibilité et la stabilité du droit. Considérée comme l'exigence la plus importante<sup>385</sup>, la prévisibilité n'est possible que si l'accessibilité et la stabilité du droit sont assurées<sup>386</sup>. Dès lors qu'il est impossible de qualifier

---

<sup>382</sup> MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, L.G.D.J., 7<sup>e</sup> éd., 2014, n°603 ; ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), *Droit civil – contrats spéciaux*, Litec, 7<sup>e</sup> éd. par J. Raynard, 2013, n°284 ; LAFOND (J.), *Les baux d'habitation*, Litec, 7<sup>e</sup> éd., 2007, p. 43 et s.

<sup>383</sup> BEAUGENDRE (S.), note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 2 juin 1999, *D.* 2000. 733 ; v. égal. COLLART-DUTILLEUL (Ph.), note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 2 juin 1999, *RDI*, 1999, p. 466.

<sup>384</sup> PIAZZON (Th.), *La sécurité juridique*, préf. L. Leveneur, Defrénois, 2009, n°2. La sécurité juridique renvoie à « la sécurité du droit, de ses modes d'expression et de réalisation ».

<sup>385</sup> MALAURIE (Ph.) et MORVAN (P.), *Introduction générale*, Defrénois, 3<sup>e</sup> éd., 2009, n°41 : « la prévisibilité est garante de sécurité juridique » ; PIAZZON (Th.), *La sécurité juridique*, th. préc., n°109. *Adde*, les propos de H. GROUDEL : « Qui dit sécurité, dit prévision » (« Exposé introductif » du colloque « insécurité et assurance » du 3 oct. 1996, *RGDA*, 1998, n°3) et BATIFFOL (H.) : « La sécurité ne se confond pas avec la simple protection de l'individu et de sa liberté. Elle exprime plus précisément l'aspiration à un système de règles certaines, parce qu'une telle certitude répond au besoin décisif de prévisibilité : il faut que chacun puisse prévoir les conséquences de ses actes, et déterminer par suite ce qu'il peut ou doit faire ou ne pas faire ; il faut qu'un chacun puisse aussi prévoir ce qu'autrui a le droit de faire ou ne pas faire pour régler ses attitudes en conséquence » (*La philosophie du droit*, Puf, coll. Que sais-je ?, 9<sup>e</sup> éd., 1993, p. 103). V. égal. Le rapport public du Conseil d'État pour l'année 2006 « Sécurité juridique et complexité du droit, spéc. p. 281. Le Conseil d'État identifie la sécurité juridique comme étant « l'un des fondements de l'état de droit ». Il précise que ce principe « implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles ».

<sup>386</sup> V. TEYSSIÉ (B.), « L'impératif de sécurité juridique », in *Le monde du droit – Écrits rédigés en l'honneur de J. Foyer*, *Économica*, 2008, n°18, p. 996 : « La sécurité juridique suppose la prévisibilité de la norme : elle implique stabilité [...] » et n° 19 : « La stabilité de la norme est la clé de son assimilation par le corps social, donc de la prévisibilité par ce dernier de la règle applicable ».

de façon certaine une cause de nullité<sup>387</sup>, le droit des nullités manque de prévisibilité. Les risques d'atteinte à la sécurité juridique existent d'autant plus que les illustrations de l'impossibilité de qualifier de façon certaine une cause de nullité ne sont pas isolées. La nullité pour absence de cause (1), pour condition impossible (2) pour illicéité d'une clause d'indexation (3) ou encore celle des garanties octroyées à un fournisseur de crédit (4) constituent différentes manifestations de l'absence de caractère opératoire du critère de l'intérêt<sup>388</sup>.

### 1 - Le caractère de la nullité pour absence de cause

88. La cause constitue l'une des quatre conditions « essentielles à la validité d'une convention », selon les termes de l'article 1108 du Code civil, et si elle fait défaut, la nullité est encourue. La doctrine est divisée sur le caractère de la nullité pour absence de cause. Tant les partisans de la nullité absolue, que ceux de la nullité relative parviennent à justifier leur choix au regard de l'intérêt protégé.

89. En faveur de la nullité absolue est invoquée l'appartenance de la cause « aux éléments constitutifs » de l'acte juridique<sup>389</sup>. Ainsi, comme l'a souligné M. ATIAS, lorsqu'un acte juridique est mal constitué ce n'est pas « l'intérêt d'une partie qui est en cause ; c'est l'ordre juridique »<sup>390</sup>. Or la sauvegarde de l'ordre juridique peut incontestablement être rattachée à l'intérêt général. D'ailleurs, il a été avancé que la nullité est protectrice de l'intérêt général parce qu'elle préserve la fonction d'échange du contrat, voire même le cadre contractuel<sup>391</sup>. La nullité pour absence de cause aurait donc vocation à protéger « chacun des types contractuels », « l'intérêt général de l'ensemble des utilisateurs de la technique

---

<sup>387</sup> Il serait certes possible de rétorquer que parfois la jurisprudence vient asséner une qualification. Mais la sécurité juridique est-elle pour autant assurée ? Il ne faut pas oublier que de temps à autre la Cour de cassation se plaît à rappeler que « nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée » (v. par ex. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 oct. 2001, n°00-14564, *Bull. civ. I*, n°249).

<sup>388</sup> Nous n'entendons pas dresser une liste exhaustive des causes de nullités dont le caractère pourrait être tant relatif qu'absolu. Pour cela, il faudrait ajouter bien d'autres exemples tels que la nullité de la clause de non concurrence insérée dans un contrat de travail sans contrepartie financière (v. *infra* n°150 et s., et 353) ou encore la cause de nullité édictée par l'article 1597 du Code civil. L'incapacité spéciale d'acheter à l'encontre des magistrats, greffiers, huissiers, avoués, avocats et notaires est classiquement considérée comme protectrice du cédant (v. par ex. MAZEAUD et DE JUGLART, *Leçons de droit civil, T. III, vol. 2, Vente et échange*, Montchrestien, 7<sup>e</sup> éd., 1987, n°827). Pourtant, dans un arrêt de sa troisième Chambre civile du 15 mai 1991 (*Bull. civ. III*, n°146), la Cour de cassation a précisé que les dispositions de l'article 1597 du Code civil procèdent « de considérations de morale publique ». Elle laisse ainsi la porte ouverte à une nullité absolue, les considérations de morale publique relevant assurément de l'intérêt général.

<sup>389</sup> ATIAS (Ch.), « La constitution des actes juridiques », *D.* 2008, Ch. p. 743.

<sup>390</sup> *Ibid.*

<sup>391</sup> GHESTIN (J.), n°776. Cet auteur semble cependant approuver la sanction de la nullité relative en reconnaissant que « si l'adhésion à la théorie dite moderne des nullités n'est pas tout à fait suffisante pour justifier cette solution en raison des réserves qu'elle suscite, elle peut être approuvée aussi pour des raisons complémentaires » (v. *Cause de l'engagement et validité du contrat, op. cit.*, n°1005).

contractuelle considérée »<sup>392</sup>. Mais la nullité relative se justifie également puisque l'exigence d'une contrepartie implique un certain équilibre contractuel, dont la vocation est de protéger les cocontractants, soit un intérêt particulier<sup>393</sup>. L'exigence de cohérence est également avancée en faveur de la nullité relative. Il a en effet été souligné que l'absence de cause « résulte souvent d'une erreur sous-jacente et que les hypothèses où la fausse cause est une cause erronée correspondent également à une variété d'erreur »<sup>394</sup>. Pourquoi la nullité devrait revêtir un caractère différent selon que le plaideur se place sur le terrain de l'erreur ou de la cause ?

**90.** La jurisprudence relative à l'absence de cause reflète la difficile mise en œuvre du critère de l'intérêt<sup>395</sup>. Ainsi, pendant longtemps la Cour de cassation a opté tantôt pour la nullité absolue, tantôt pour l'inexistence<sup>396</sup>. Mais depuis un arrêt du 9 novembre 1999 la

<sup>392</sup> ROCHFELD (J.), *op. cit.*, n°425.

<sup>393</sup> MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), n°622 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), n°400 ; GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), n°2157.

<sup>394</sup> SIMLER (Ph.), « La sanction de l'absence de cause », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra – Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Dalloz, 2006, p. 414 et s., spéc., p. 416.

<sup>395</sup> V. égal. la jurisprudence relative à la nullité de la transaction pour absence de concessions réciproques. Dans un arrêt du 5 juin 2008, la Chambre sociale de la Cour de cassation a énoncé que « la nullité de la transaction résultant de l'absence de concessions réciproques est une nullité relative dont l'action se prescrit par cinq ans » (Cass. soc., 5 juin 2008, n°07-41710), sans justifier cette solution au regard de l'intérêt protégé. Le moyen invoqué à l'appui du pourvoi soutenait pourtant qu'il s'agissait d'une nullité absolue. Cet argument se comprend aisément car les concessions réciproques constituent un élément essentiel de ce contrat depuis l'ajout de leur existence par la Cour de cassation à la définition de la transaction posée à l'article 2044 du Code civil (v. not. Cass. com., 22 nov. 1988, n° 87-13522, *Bull. civ.* IV, n°320 ; Cass. soc., 27 mars 1996, *Bull. civ.* V, n°201 et 29 mai 1996, *Bull. civ.* V, n°206). Or c'est justement en se fondant sur l'absence d'un élément essentiel que la Chambre commerciale de la Cour de cassation a pu retenir la nullité absolue d'une vente sans prix sérieux (Cass. com., 23 oct. 2007, *Bull. civ.* IV, n°226, préc.).

Il convient cependant de reconnaître que la sanction de l'absence de cause par la nullité absolue est loin de faire l'objet d'une solution unanime au sein des différentes chambres de la Cour de cassation. Au sein d'une transaction, la réciprocité des concessions correspond assurément à l'existence d'une contrepartie pour chaque partie. Rien d'étonnant alors, non seulement à ce que la Cour de cassation opte pour la nullité relative conformément à la tendance actuelle de ses chambres civiles, mais également à ce que cette solution puisse être critiquée (v. *supra* les arguments en faveur de la nullité absolue pour sanctionner l'absence de cause en tant qu'élément de la structure du contrat). Il est alors compréhensible que la Cour de cassation s'abstienne de faire une quelconque référence à l'intérêt protégé, car des arguments peuvent être trouvés pour justifier une solution tant au regard de l'intérêt général qu'au regard de l'intérêt privé.

<sup>396</sup> Pour la nullité absolue : v. not. Cass. civ. 16 nov. 1932, *S.* 1934, 1, 1 note ESMEIN (P.) ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 août 1952, *Bull. civ.* I, n°260 ; 17 déc. 1959, *D.* 1960, 294 ; 10 fév. 1993, *CCC* 1993, comm. 128, obs. LEVENEUR (L.) et *Deffrénois* 1995, 1375, obs. AUBERT (J.-L.).

Pour l'inexistence : v. not. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 oct. 1981, *Bull. civ.* I, n°301 ; Cass. com., 22 nov. 1988, *JCP* 1989, IV, 32.

Une partie de la doctrine a vu dans cette position un résidu de l'influence de la théorie dite classique des nullités, soit de la mise en œuvre du critère de la gravité du vice (Sur l'influence probable de la théorie dite classique, v. not. TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), n°357 ; CARBONNIER (J.), note sous 17 déc. 1959, *RTD civ.* 1960, 489 : « Nullité relative, avaient admis les juges du fond, [...] en considérant le but de la sanction [...] Nullité absolue, rectifie la Cour de cassation, s'attachant plutôt à l'origine de l'imperfection, l'absence d'un élément essentiel de la vente » ; GHESTIN (J.), n°776 ; ROCHFELD (J.), *op. cit.*, n°423 ; GOUT (O.), *op. cit.*, n°329). En faveur de l'inexistence comme sanction de l'absence de cause, v. HAGE CHAHINE (F.), « La sanction de l'absence de cause au moment de la formation du contrat », in *Une certaine idée du droit – Mélanges offerts à André Devocq*, Litec, 2004, p. 327 et s., spec. n°9 et s.

première chambre civile s'est prononcée en faveur de la nullité relative<sup>397</sup>. Cette solution, réitérée à plusieurs reprises<sup>398</sup>, a entraîné l'adhésion de la troisième chambre civile<sup>399</sup>, mais pas celle de la chambre commerciale, qui continue à retenir la nullité absolue. Ainsi, dans un arrêt du 23 octobre 2007, elle précise que la nullité est « fondée sur l'absence d'un élément essentiel de ce contrat »<sup>400</sup>. Cette solution constitue-t-elle une résistance de la théorie dite classique des nullités<sup>401</sup> ? Il est possible d'en douter puisqu'elle se justifie également au regard de la théorie dite moderne des nullités. En faisant référence à un élément essentiel, la Chambre commerciale pourrait évoquer les éléments constitutifs du contrat. Or on sait que la préservation du cadre contractuel relève de l'intérêt général<sup>402</sup>. Cette divergence entre les chambres de la Cour de cassation illustre bien la difficile mise en œuvre du critère de l'intérêt, mais également l'atteinte à la sécurité juridique qui en résulte<sup>403</sup>.

91. Cette hypothèse n'est pas le seul exemple de l'inaptitude de l'intérêt à permettre la qualification certaine d'une cause de nullité en droit des obligations : la nullité pour condition impossible en constitue un deuxième.

## 2 - Le caractère de la nullité pour condition suspensive impossible

92. Une obligation peut être affectée d'une condition, autrement dit d'une modalité. Celle-ci lie un événement incertain, soit à la naissance – condition suspensive –, soit à la résolution – condition résolutoire – d'un contrat ou d'une obligation. Pour que cette condition soit valable, il est impératif qu'elle ne soit ni impossible, ni illicite.

La condition impossible « est celle dont on sait avec certitude qu'elle ne pourra pas se réaliser »<sup>404</sup>. Une telle condition implique que l'une des parties n'a pas voulu contracter<sup>405</sup>. À cet égard, on peut considérer que le législateur, par le biais de l'article 1172 du

---

<sup>397</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 nov. 1999, n°97-16306, *Bull. civ. I*, n°293 ; *RTD civ.* 2000, 568, obs. FAGES (B.); *Defrénois*, 2000, art. 37107, n° 10, obs. AUBERT (J.-L.).

<sup>398</sup> V. not. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 fév. 2001, n°99-12574, *Bull. civ. I*, n°39 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 sept. 2004, n°03-10766, *Bull. civ. I*, n°216 ; *Dr. fam.* 2004, n°11, p. 28, obs. BEIGNIER (B.).

<sup>399</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 29 mars 2006, n°05-16032, *Bull. civ. III*, n°88 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 21 sept. 2011, n°10-21900, *Bull. civ. III*, n°152 ; *Gaz. Pal.* 2011, n°303, p. 18, obs. HOUTCIEFF (D.) ; *Dr. & patr.* 2012, n°211, obs. STOFFEL-MUNCK (Ph.) ; *JCP G* 2011, n°47, p. 1276 obs. GHESTIN (J.) ; *RDI* 2011. 623, obs. POUMARÈDE (M.) ; *D.* 2012. 459, chronique de droit des contrats : décembre 2010 – janvier 2012, obs. AMRANI-MEKKI (S.) ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 24 oct. 2012, pourvoi n°11-21980 ; *Dr. et Patr.* 2013, n°226, p. 69, obs. AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.) ; *Dr. sociétés* 2013, n°2, p. 26, obs. MORTIER (R.).

<sup>400</sup> *Bull. civ. IV*, n°226, préc. Cet arrêt a fait l'objet de nombreux commentaires : *Defrénois* 2007, 1729, obs. LIBCHABER (R.) ; *D.* 2008, 954, note CHANTEPIE (G.) ; *RDC* 2008, 234, obs. GENICON (Th.) ; *JCP E* 2008, n°9, p. 35, obs. LÉCUYER (H.) ; CCC 2008, comm. 65 ; *Dr. & patr.* 2008, n° 170, obs. AYNÈS (L.).

<sup>401</sup> V. LEVENEUR (L.), note préc.

<sup>402</sup> V. les arguments développés au numéro précédent.

<sup>403</sup> V. *infra* n°205 et s.

<sup>404</sup> TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), n°1224.

<sup>405</sup> MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), n°1236.

Code civil, a entendu protéger l'une des parties contre l'absence d'engagement de l'autre, donc que la nullité présente un caractère relatif<sup>406</sup>. Cette solution tend surtout à s'imposer lorsque ladite condition est non seulement suspensive<sup>407</sup>, mais également stipulée dans l'intérêt exclusif d'une partie. En effet, l'intérêt protégé sera alors assurément celui du bénéficiaire de la condition suspensive, soit un intérêt particulier. D'ailleurs, à propos d'une condition suspensive impossible, la première chambre civile de la Cour de cassation s'est expressément prononcée pour la nullité relative, sans toutefois justifier sa décision au regard de l'intérêt protégé<sup>408</sup>. La nullité absolue n'aurait-elle pas été concevable ? Opter pour la nullité relative, n'est-ce pas complètement occulter que lorsque la condition est impossible, le consentement de l'un des contractants fait défaut ? Le consentement fait partie des éléments essentiels à l'existence du contrat. Au vue de cette considération, la nullité absolue s'impose, et ce pour les mêmes raisons que celles invoquées à propos de l'absence de cause<sup>409</sup>.

93. Encore une fois, le critère de l'intérêt ne permet pas d'identifier avec certitude le caractère d'une cause de nullité. Sans multiplier les exemples en droit des obligations, il est également possible d'envisager l'hypothèse de la nullité d'une clause d'indexation pour illicéité.

### 3 - Le caractère de la nullité d'une clause d'indexation illicite

94. L'ordonnance n°58-1374 du 30 décembre 1958 a posé un principe de prohibition des clauses d'échelle mobile<sup>410</sup>, assorti d'une exception pour les dettes alimentaires, et d'un assouplissement en faveur des contrats au sein desquels l'indexation est en relation soit avec son objet, soit avec l'activité de l'un des contractants<sup>411</sup>. La détermination du caractère de

---

<sup>406</sup> Sur le fait que la nullité pourrait être relative : SAVAUX (E.), note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 8 oct. 2008, *Deffrénois* 2008, p. 2520. En faveur de la nullité relative au motif que cette solution apporte plus d'homogénéité au régime de l'annulation du contrat au regard de la jurisprudence se prononçant en faveur de la nullité relative en cas d'absence de cause : LAITHER (Y.-M.), note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 8 oct. 2008, *RDC* 2009, p. 53. V. égal. FOREST (G.), obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 8 oct. 2008, *D.* 2008. 2667.

<sup>407</sup> Lorsque la condition est résolutoire, il convient de prendre en compte l'article 1173 du Code civil qui dispose que : « la condition de ne pas faire une chose impossible ne rend pas nulle l'obligation contractée sous cette condition ». Ainsi si la condition résolutoire prévoit que le contrat est subordonnée à la condition que tel événement n'advienne pas et qu'il est impossible qu'il advienne, il n'y a aucune raison d'octroyer la nullité pour condition impossible, puisque la volonté des parties est respectée. v. FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral*, Puf, coll. Thémis, 3<sup>e</sup> éd, 2012, p. 166.

<sup>408</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 8 oct. 2008, n°07-14396, *Bull. civ.* III, n°148.

<sup>409</sup> TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), n°1224, note de bas de page n°3 ; SAVAUX (E.), note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 8 oct. 2008, *Deffrénois* 2008, 2520 ; ATIAS (C.), art. préc.

<sup>410</sup> Cette ordonnance, modifiée par l'ordonnance n°59-246 du 4 fév. 1959 et codifiée aux articles L. 112-1 et s. du Code monétaire et financier, est le résultat de l'arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 27 juin 1957 par lequel elle a affirmé la validité des clauses d'échelle mobile dans un contrat de prêt d'argent (v. CAPITANT (H.), TERRÉ (F.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. II, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 2008, n°246) et de la volonté du gouvernement de mettre un terme à ces clauses qui expriment une certaine défiance envers la stabilité monétaire.

<sup>411</sup> V. les alinéas 1, 3 et 4 de l'art. L. 112-1 du Code monétaire et financier.

la nullité de la clause d'indexation passée au mépris de la prohibition soulève des difficultés. Les indexations illicites touchent le domaine de l'ordre public économique<sup>412</sup>. Or celui-ci est divisé entre ordre public de protection, sanctionné par une nullité relative, et ordre public de direction, sanctionné par une nullité absolue. L'exemple des clauses d'indexation illicites constitue une illustration de la délicate frontière entre ordre public de protection et ordre public de direction<sup>413</sup>. En faveur de l'ordre public de direction, plusieurs arguments sont avancés<sup>414</sup>. Tout d'abord, l'ordre public monétaire constituerait l'exemple type de l'ordre public économique de direction. Ensuite, le contexte de l'ordonnance militerait en faveur de l'ordre public économique de direction, puisque cette ordonnance s'insère dans un ensemble de dispositions visant non à protéger certaines catégories sociales, mais le redressement financier. Enfin, s'il ne fait pas de doute que la réglementation comporte des aspects de protection sociale, il ne s'agit pas de son but premier, celui-ci consistant en un rôle de direction de l'économie, à savoir lutter contre l'inflation. Mais la qualification de nullité relative est également envisageable au regard de l'intérêt protégé. Ne peut-on pas soutenir qu'en admettant la validité de certaines clauses d'indexation, le législateur a cherché à protéger le débiteur, à assurer un certain équilibre contractuel ? Dès lors, la prohibition des clauses d'indexation relèverait de l'ordre public de protection<sup>415</sup>. D'ailleurs, certains juges du fond se sont prononcés en faveur de la nullité relative en retenant que « la réglementation [...] ne relève pas du domaine de l'ordre public économique de direction, mais de l'ordre public de protection, puisqu'elle tend, non pas à préserver la valeur de la monnaie, mais à maintenir l'équité et l'équilibre des prestations respectives dans les accords contractuels »<sup>416</sup>. Il reste que postérieurement la Cour de cassation a expressément opté pour la nullité absolue<sup>417</sup>.

---

<sup>412</sup> L'identification de l'« ordre économique » au sein de l'ordre public est attribuée au Doyen Ripert. V. RIPERT (G.), « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, T. II, Sirey, 1934, p. 347.

<sup>413</sup> Sur l'imprécision de la distinction, v. FARJAT (G.), *L'ordre public économique*, préf. B. Goldman, L.G.D.J, 1963, n°24-28 et 153-154 ; HERVIEU (M.), « Ordre public économique de direction, ordre public de protection : l'avenir de la distinction », in *Au-delà des Codes – Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 317 et s., spéc. p. 320.

<sup>414</sup> V. LÉVY (J.-Ph.), note sous CA d'Amiens, 9 déc. 1974, *JCP* 1975, II, 18135 ; v. égal. HONORAT (J.), « Les indexations contractuelles et judiciaires », in *Études offertes à J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 251 et s., spéc. n°12, et pour le troisième, v. MALAURIE (Ph.), note sous jugement du TGI d'Albi du 13 juil. 1973, *Defrénois*, 1974, art. 30808, spéc. p. 1482 et note sous CA d'Amiens, 9 déc. 1974 ainsi que CA de Toulouse, 5 mars 1974, *D.* 1975, 774 ; AUBERT (J.-L.), note sous CA d'Amiens, 9 déc. 1974, *Defrénois*, 1976, art. 31069, p. 494.

<sup>415</sup> PICARD (J.), note sous jugement du TGI d'Albi du 13 juil. 1973, *JCP* 1973, II, 17579. V. égal. du même auteur, note sous CA de Toulouse, 5 mars 1974, *JCP* 1975, II, 18034.

<sup>416</sup> V. CA d'Amiens, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 9 déc. 1974 (reproduit notamment au *JCP* 1975, II, 18135), v. égal. CA de Toulouse, 2<sup>e</sup> chambre, 5 mars 1975 (reproduit au *D.* 1975, 772) et TGI Albi, 13 juil. 1973 qui admet la renonciation à se prévaloir de la nullité de la clause d'indexation illicite au motif qu'il est possible de renoncer à une règle touchant à l'ordre public protection (reproduit au *Defrénois* 1974, 1479).

<sup>417</sup> Cass. com., 3 nov. 1988, n° 87-10050, *Bull. civ.* IV, n°287 ; v. égal. CA de Lyon, 9 juil. 1990 (reproduit au *D.* 1991, 47).

95. Cette divergence entre les juges du fond et la Cour de cassation illustre une nouvelle fois l'incapacité du critère de l'intérêt à qualifier incontestablement une cause de nullité. Le droit des obligations n'est pas le seul domaine où s'illustre l'absence de caractère opératoire du critère de l'intérêt. Le droit commercial n'est pas en reste.

#### 4 - Le caractère de la nullité prévue par l'article L. 650-1 du Code de commerce

96. L'article L. 650-1 du Code de commerce, issu de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005<sup>418</sup>, prévoit, lorsque les garanties accordées sont disproportionnées au regard du concours consenti, la possibilité pour le garant d'engager la responsabilité du fournisseur de crédit et de solliciter la nullité des garanties octroyées<sup>419</sup>. Le caractère de cette cause de nullité suscite, là encore, des difficultés.

Au regard du seul alinéa second de cette disposition, la nullité semble relative. Bénéficiant au garant, la nullité apparaît alors comme protectrice de ses intérêts particuliers<sup>420</sup>. Mais une lecture globale de l'article L. 650-1 du Code de commerce conduit à retenir la nullité absolue. En effet, cette disposition a pour but de préserver les intérêts des entreprises en difficulté, ce qui intéresse la Société dans son ensemble, autrement dit l'intérêt général. Le Conseil Constitutionnel a d'ailleurs insisté sur le caractère d'intérêt général de cette disposition<sup>421</sup>. En outre, la nullité absolue correspondrait mieux au but de la loi, à savoir favoriser la sauvegarde des entreprises car elle permettrait d'étendre le cercle des titulaires de l'action en nullité. En effet, contrairement à la nullité relative, la nullité absolue peut être invoquée par tout intéressé<sup>422</sup>. Or, les créanciers ont assurément intérêt à ce que des garanties grevant les biens de leur débiteur soient annulées. En effet, moins les biens de leur débiteur

---

<sup>418</sup> Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises (JORF n°173 du 27 juil. 2005, p. 12187). À l'origine, la nullité était automatique. L'ordonnance portant réforme du droit des entreprises en difficultés a modifié l'alinéa 2<sup>nd</sup> de l'article L. 650-1 et a substitué aux termes « sont nulles », ceux de « peuvent être annulés ». La nullité est désormais facultative (Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, JORF n°0295 du 19 déc. 2008, p. 19462). Sur cette modification, v. ROUTIER (R.), « Les retouches de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *Gaz. Pal.* 2009, n°69, p. 53.

<sup>419</sup> Pour une illustration du prononcé de la nullité, v. Caen, 25 oct. 2012, RG n°11/03403, JurisData n°2012-026955.

<sup>420</sup> FORRAY (V.), « Commentaire complémentaire de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *RTD com.* 2008, 661 ; LÉCUYER (H.), SÉNÉCHAL (M.), ZATTARA (A.-F.), FROELICH (Ph.), LUCAS (F.-X.), « La loi de sauvegarde article par article », *LPA* 2006, n°29, spéc. « Titre V - Des responsabilités et des sanctions ».

<sup>421</sup> Décision n°2005-522 DC du 22 juillet 2005 relative à la loi de sauvegarde des entreprises, v. n°12.

<sup>422</sup> V. *infra* n°132 et n°301.

sont grevés, plus leur chance d'être payé augmente<sup>423</sup>. Une nouvelle fois le critère de l'intérêt ne permet pas d'affirmer avec certitude le caractère d'une cause de nullité.

97. En définitive, l'absence de caractère opératoire du critère de l'intérêt n'est que le reflet de l'impossible frontière entre intérêt général et intérêt particulier. On sait d'ailleurs que JAPIOT avait refusé de retenir une quelconque distinction binaire au motif que les intérêts susceptibles d'être protégés ne pouvaient être ramenés à deux catégories<sup>424</sup>. Mais par souci pédagogique, les auteurs postérieurs ont ôté à l'intérêt son statut de « guide » pour lui redonner celui de « critère de distinction »<sup>425</sup>. En procédant de la sorte, ils ont opéré une simplification qui ne permet pas de rendre compte de la réalité.

L'absence de caractère opératoire du critère de l'intérêt a incité des auteurs, au tournant du XXI<sup>e</sup> siècle à formuler différentes propositions.

### **Section 3 - les critères alternatifs**

98. Mus par le souci de conserver la distinction des nullités relative et absolue en raison des attraits pédagogiques qui lui sont prêtés, plusieurs auteurs ont formulé des propositions permettant, selon eux, une mise en œuvre plus appropriée de la nullité. Certains ont préconisé de faire preuve de pragmatisme en combinant un critère qualitatif et un critère quantitatif (§.1). Une autre auteur a opté pour une approche historique des nullités et a proposé de lier la distinction des nullités à celle du droit strict et de l'équité (§.2). Chacune de ces propositions est sujette à critique<sup>426</sup>.

---

<sup>423</sup> FORRAY (V.), « Commentaire complémentaire de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *eod. loc.* ; MOURY (J.), « La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *D.* 2006, 1743.

<sup>424</sup> V. *supra* n°58 et *infra* n°127 et s.

<sup>425</sup> V. *supra* n°59 et *infra* n°131 et s.

<sup>426</sup> Une troisième proposition a été formulée par M. BERTHIAU dans sa thèse (BERTHIAU (D.), *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. J.-L. Souriou, L.G.D.J, 1999). Il a préconisé de suivre le principe d'égalité devant la loi contractuelle afin de déterminer si une nullité est relative ou absolue. Il propose de faire du régime de la nullité absolue le régime de droit commun, et de celui de la nullité relative un régime dérogatoire. Cette proposition ne peut pas du tout emporter l'adhésion. Elle doit être rejetée en raison d'abord d'un constat de départ erroné, et ensuite d'un manque de précaution.

Parmi les constats invoqués par M. BERTHIAU à l'appui de sa proposition figure d'une part le fait que la jurisprudence « tend à justifier la nullité relative, alors qu'elle se dispense d'une telle démarche pour la nullité absolue », et d'autre part, que « lorsqu'une controverse a pu naître sur la nature de la nullité à appliquer [...] elle a toujours été résolue par la même jurisprudence en faveur de la nullité absolue » (BERTHIAU (D.), *op. cit.*, n°195). Or nous avons pu constater l'inexactitude de ces deux affirmations. En effet, s'il est vrai que la Cour de cassation ne justifie jamais le caractère absolu de la nullité, elle ne fournit que rarement une explication au caractère relatif de la nullité. Il nous est en outre apparu que lorsqu'elle justifiait sa solution, aucun enseignement nouveau n'en ressortait puisque le caractère de la cause de nullité, objet du litige qui lui était soumis, ne suscitait aucune difficulté au regard des précisions apportées par le législateur (v. *supra* n°68). Ensuite, il nous semble que lorsque la question du caractère de la nullité est sujette à débat, la Cour de cassation apparaît plus encline à se tourner vers la nullité relative. Nous avons en effet pu notamment constater que les première et troisième chambres

### **§.1 - Une proposition pragmatique : la combinaison d'un critère qualitatif et d'un critère quantitatif**

99. Mme FENOUILLET et M. MEKKI préconisent de faire preuve de pragmatisme dans la construction du régime des nullités. L'exposé de leur proposition (A) sera suivie de sa critique (B).

#### **A - Exposé de la proposition**

100. Lors d'une étude relative à l'ordre public "philanthropique", Mme Fenouillet soutient que seule l'association « des deux considérations, quantitative (la généralité ou la particularité de l'intérêt immédiatement protégé) et qualitative (l'importance finale, dans la Cité ou dit autrement pour la société, de cet intérêt) peut permettre de distinguer entre nullité absolue et nullité relative »<sup>427</sup>. Cette proposition a inspiré M. MEKKI qui, à son tour, a estimé que « le régime des nullités réparti entre nullité relative et nullité absolue ne peut reposer sur un critère purement quantitatif » en raison notamment de l'imbrication de l'intérêt général et des intérêts particuliers<sup>428</sup>. Il relève également que l'ordre juridique poursuit la satisfaction de

---

civiles de la Cour de cassation avaient opté pour la nullité relative dans l'hypothèse de l'absence de cause (v. *supra* n°88).

Ensuite, M. BERTHIAU n'a pas pris la précaution nécessaire liée à son choix d'ériger un régime en régime de droit commun. En effet il semble retenir, comme la majorité des auteurs, une détermination en bloc du régime de la nullité en fonction de son caractère. Or, il n'explique pas quel caractère attribuer à une cause de nullité lorsque le législateur a partiellement dérogé au régime de droit commun. Ainsi, quel caractère attribue-t-il, par exemple, à la cause de nullité prévue par l'article L. 622-7, III du Code de commerce, qui dispose que « tout acte ou tout paiement passé en violation des dispositions du présent article est annulé à la demande de tout intéressé ou du ministère public, présentée dans un délai de trois ans à compter de la conclusion de l'acte ou du paiement de la créance » ? Au regard de sa proposition, le cercle des titulaires de l'action correspond à la nullité absolue, mais le délai correspond davantage à la nullité relative, puisque dérogatoire au délai de droit commun. Quid encore de l'ancienne cause de nullité pour impuberté ? Elle pouvait être invoquée par tout intéressé, ce qui correspond au régime de droit commun, mais pouvait être couverte par un fait confirmatif (v. l'anc. art. 185 du Code civil), ce qui est dérogatoire au régime de droit commun.

Si la proposition de M. BERTHIAU se rapproche de celle de BONNECASE (*Supplément au traité théorique et pratique de Baudry-Lacantinerie*, T. III, Sirey, Paris, 1926, n°107 et 108) en ce qu'il considère la nullité relative comme un régime dérogatoire à la nullité absolue qui constitue le régime de droit commun de la nullité, elle s'en distingue en ce que ce dernier avait pris la précaution de faire de la nullité relative une catégorie résiduelle – à savoir que toute nullité qui ne correspondait pas entièrement au régime de la nullité absolue ne pouvait pas être qualifiée comme telle. L'absence de cette précaution n'est pas, comme nous avons pu le constater, sans entraîner des écueils. D'ailleurs afin d'éviter de tels inconvénients, M. BERGEL précise, lorsqu'il affirme que toute distinction peut n'être que binaire, qu'il est impératif que l'une des deux catégories soit ouverte afin qu'il soit possible de classer tous les éléments.

Une quatrième proposition a été formulée par M. SADI. Il préconise de retenir une classification ternaire fondée sur la nature du vice. Selon lui, il y aurait des nullités personnelles, des nullités matérielles et des nullités pour illicéité (v. SADI (D.), *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, préf. F. Labarthe, Mare&Martin, 2015).

<sup>427</sup> FENOUILLET (D.), « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, n°39, p. 522. Elle estime que si le critère quantitatif peut « éventuellement suffire à fonder la hiérarchie de l'ordre public en matière économique », il est dépourvu de pertinence en dehors de ce domaine, « lorsque la valeur protégée est extra patrimoniale ».

<sup>428</sup> MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat*, préf. J. Ghestin, L.G.D.J., 2004, n°1029.

certaines valeurs jugées essentielles qui doivent être prises en considération dans la construction du régime des nullités. Il préconise alors, pour mieux appréhender le régime des nullités, de « doubler le critère quantitatif d'un critère qualitatif », critère qualitatif qui ne pourrait être utilisé seul car « une nullité relative protège parfois de manière plus radicale et efficace des intérêts véhiculant des valeurs fondamentales »<sup>429</sup>. C'est donc « l'efficacité de la sanction et de la règle violée qui doit toujours guider le choix du type de nullité »<sup>430</sup>.

De la combinaison de ces critères quantitatif et qualitatif, il résulte que la nullité absolue sanctionne la méconnaissance des règles protectrices d'intérêts extrapatrimoniaux, tandis que la nullité relative sanctionne celle des règles protectrices d'intérêts patrimoniaux<sup>431</sup>.

L'efficacité de la règle, pour M. MEKKI, ne doit pas seulement permettre de déterminer la nature de la nullité, elle doit également dominer le régime des nullités. A cette fin, la souplesse est nécessaire<sup>432</sup>. Il préconise d'assouplir le régime de la nullité absolue et d'admettre que certains cas de nullité absolue puissent faire l'objet d'une confirmation, ou ne soient pas susceptibles d'être invoqués par certaines personnes, soit en raison de l'effet pervers d'une règle auquel aboutirait leur intervention, soit en considération des intérêts en jeu<sup>433</sup>. Pour autant, il ne précise pas lesquelles, ni ne donne d'exemples. L'efficacité de la sanction et de la règle violée doit donc non seulement guider le choix du type de nullité, mais également en dominer le régime<sup>434</sup>. Un tel pragmatisme du droit des nullités repose alors sur un rôle majeur du juge<sup>435</sup>.

Mais si elle a le mérite de la souplesse, cette proposition en comprend également les écueils.

## **B - Critique de la proposition**

**101.** M. MEKKI préconise de maintenir la distinction des nullités relative et absolue tout en en modifiant le critère. Deux inquiétudes résultent de la mise en œuvre des critères qualitatif et quantitatif. La première a trait aux domaines respectifs de la nullité relative et de la nullité absolue (1), et la seconde, à la perte de cohérence de la théorie des vices du consentement (2).

---

<sup>429</sup> *Ibid.*, n°1030.

<sup>430</sup> *ibid.*

<sup>431</sup> MEKKI (M.), *op. cit.*, n°1030-1031 ; FENOUILLET (D.), « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », art. préc., p. 522.

<sup>432</sup> MEKKI (M.), *op. cit.*, n°1032.

<sup>433</sup> *Ibid.*, n°1034.

<sup>434</sup> V. également : « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », *RDC* 2006, p. 679 où M. MEKKI insiste sur le fait que le droit des nullités doit être pragmatique.

<sup>435</sup> MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat*, *op. cit.*, n°1035 et s.

## **1 - Une détermination des domaines respectifs des nullités relative et absolue délicate**

**102.** S'il résulte de la combinaison de critères que la nullité relative sanctionnerait les atteintes à un intérêt de nature patrimonial, tandis que la nullité absolue constituerait la sanction des atteintes à un intérêt de nature extrapatrimonial, M. MEKKI et Mme FENOUILLET reconnaissent que ce ne sera pas systématiquement le cas<sup>436</sup>. Mme FENOUILLET précise d'ailleurs qu'il faudrait également « prendre en compte la gravité de l'atteinte à la valeur protégée par l'ordre public », ainsi que les « circonstances de la violation de cette valeur »<sup>437</sup>. En conséquence, non seulement les pouvoirs concédés au juge s'avèrent importants, puisqu'il lui reviendra d'apprécier l'impact des circonstances de la violation de la valeur protégée, mais il apparaît également que cette combinaison de critères est délicate à mettre en œuvre et insuffisante en elle-même. La variable résultant de la prise en compte des circonstances introduit certes de la souplesse, mais constitue surtout un facteur d'incertitude nuisant à la sécurité juridique.

La critique de ce critère peut également être opérée au regard de ses conséquences sur la théorie des vices du consentement.

## **2 - La perte de cohérence de la théorie des vices du consentement**

**103.** Actuellement, la nullité relative constitue commune aux trois vices du consentement. L'adoption de la proposition de Mme FENOUILLET et de M. MEKKI conduirait à rompre cette identité de sanction. En effet, lorsqu'ils mettent en œuvre leur combinaison de critères, ces auteurs aboutissent à la conclusion que, si le dol et l'erreur entraînent une nullité relative, la violence physique comme morale engendre une nullité absolue<sup>438</sup>. En effet, selon ces auteurs, le dol et l'erreur seraient liés aux intérêts patrimoniaux d'un individu, tandis que la violence physique comme morale porterait atteinte aux intérêts extrapatrimoniaux. Mme FENOUILLET précise d'ailleurs que la confirmation d'un acte conclu grâce à l'expression d'un consentement non libre ne doit pas être permise car cela revient à renoncer à son intégrité, voire à soi-même<sup>439</sup>.

**104.** Cette position s'avère discutable. D'une part, parce qu'il n'est absolument pas certain qu'un dol ou une erreur atteigne les intérêts patrimoniaux d'une personne. En effet,

---

<sup>436</sup> *Ibid.*, n°1031 : « Cependant, une telle conclusion serait par trop théorique » ; v. égal. FENOUILLET (D.), art. préc., n°40-41, p. 523 et s.

<sup>437</sup> FENOUILLET (D.), art. préc., n°40-41, p. 523 et s.

<sup>438</sup> MEKKI (M.), *op. cit.*, n°1030-1031 ; FENOUILLET (D.), art. préc., n°39, p. 522.

<sup>439</sup> *Eod. loc.*

l'erreur ou le dol peut très bien porter sur la personne du cocontractant et non sur la valeur du bien. D'autre part, parce que la différence de sanction entre le dol et l'erreur d'un côté, et la violence de l'autre, ne s'explique pas. Dans les trois hypothèses, ce qui est sanctionné ce n'est pas l'atteinte au patrimoine en raison d'un déséquilibre prestation/valeur – ce qui renvoie à la lésion –, mais l'atteinte au consentement, soit à sa clarté, soit à sa liberté. Le lien entre les trois vices du consentement réside là, dans l'objet de l'atteinte : le consentement. Ce que l'on sanctionne sur le terrain de la violence en droit civil ce n'est absolument pas l'atteinte à l'intégrité physique, cela est du ressort du droit pénal, mais l'absence de consentement libre<sup>440</sup>. Si le contractant dont le consentement a été vicié par la violence décide de confirmer l'acte entaché de nullité, il n'est pas possible de considérer qu'il renonce à son intégrité physique ou morale. Il abandonne seulement sa faculté à se prévaloir d'un consentement non libre pour obtenir la nullité de l'acte.

105. La proposition préconisant de faire preuve de pragmatisme en combinant un critère qualitatif et un critère quantitatif ne convainc donc pas. Il reste alors celle suggérant de lier la distinction des nullités relative et absolue avec celle du droit strict et de l'équité, c'est-à-dire de prendre en considération l'origine de la règle.

### *§.2 - L'origine de la règle : la distinction du droit strict et de l'équité*

106. Procédant à une étude historique des nullités contractuelles, Mme CUMYN parvient à la conclusion que la détermination du caractère d'une cause de nullité doit résulter de l'origine de la règle qu'elle sanctionne (A). Cette proposition ne peut qu'être rejetée en raison des écueils qu'elle comporte (B).

#### **A - Exposé du critère**

107. Pour MME CUMYN, la nullité relative et la nullité absolue ne possèdent pas la même finalité<sup>441</sup>. La première constituerait la sanction des règles d'équité, tandis que la seconde sanctionnerait les règles de droit strict. Ainsi, pour cet auteur, c'est l'origine de la règle – équité ou droit strict – qui commanderait la nature de la nullité.

Les règles de droit strict « tendent à se présenter comme des règles d'application générale ». Elles ont vocation à « contrôler l'utilité sociale du contrat, c'est-à-dire

---

<sup>440</sup> Le droit pénal a d'ailleurs, au terme d'une évolution jurisprudentielle, sanctionné les violences psychologiques. Le législateur est venu par une loi du 9 juil. 2010 consacrer cette évolution en énonçant dans un article 222-14-1 que « les violences prévues [à la section qui leur est consacrée] sont réprimées quelle que soit leur nature y compris s'il s'agit de violences psychologiques ».

<sup>441</sup> CUMYN (M.), *op. cit.*, n°73 et n°360.

son aptitude à remplir son rôle social et économique et sa conformité à l'ordre juridique » (conditions de légalité)<sup>442</sup>. Ainsi, la nullité absolue sanctionne la légalité transgressée, la non-conformité du contrat aux conditions de légalité prescrites par le droit strict. Les règles d'équité revêtent, quant à elles, « le caractère d'exception »<sup>443</sup>. Elles ont pour unique fonction de « se préoccuper du caractère juste de l'entente, eu égard à la conduite et aux intérêts des parties »<sup>444</sup>. Les nullités relatives agissent au service de la « la justice contractuelle »<sup>445</sup>, puisqu'elles permettent de remédier à « l'injustice contractuelle pouvant découler d'un contrat valide selon le droit strict »<sup>446</sup>.

De prime abord, cette proposition a l'air simple. Mais à l'image du critère de l'intérêt, celui de l'origine suscite des difficultés de mise en œuvre.

## **B - Critique du critère**

108. L'influence exercée par les considérations d'équité sur les règles de droit strict d'une part, et l'identification des règles composant respectivement l'ordre public de protection et de l'ordre public de direction d'autre part, montrent que le critère proposé manque de caractère opératoire.

D'une part, comme Mme CUMYN le reconnaît à deux reprises, les règles de droit strict n'excluent pas toute considération d'équité. Elle précise que le droit strict n'est pas imperméable aux considérations d'équité<sup>447</sup>, et souligne qu'une « une mesure d'ordre public » peut être « fondée sur des motivations à la fois de justice contractuelle » et d'utilité sociale.

Si l'auteur préconise une solution dans chacune de ces hypothèses, elles ne convainquent pas. Ainsi, lorsque la règle de droit strict a acquis une coloration d'équité, elle invite à rechercher l'origine de la règle en examinant comment elle est appliquée. Ce conseil revêt un écueil : comment procéder lorsque la règle est appliquée pour la première fois ? Par ailleurs, cette méthode suppose de la constance dans la mise en œuvre de la règle. Lorsque la mesure d'ordre public est fondée sur des motifs à la fois de justice contractuelle et d'utilité

---

<sup>442</sup> *Ibid.*, n°223.

<sup>443</sup> *Ibid.*, n°120 et n°171.

<sup>444</sup> *Ibid.*, n°23.

<sup>445</sup> *Ibid.*, n°73.

<sup>446</sup> *Ibid.*, n°367.

<sup>447</sup> Mme CUMYN relève d'ailleurs que « certaines conditions du droit strict ont acquis avec le temps une coloration équitable ». Elle reconnaît alors que « la difficulté de la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative survient en grande partie dans ces zones de convergences entre l'utilité sociale et l'équité, dans lesquelles les règles, d'abord assez différenciées, finissent par se rejoindre et se recouper, brouillant la démarcation entre leurs domaines respectifs » (*ibid.*, n°263).

sociale, l'auteur recommande, de déterminer « la finalité dominante »<sup>448</sup>. N'est-ce pas alors ouvrir la porte à l'arbitraire ?

Ensuite, Mme CUMYN souligne la difficulté de classer les dispositions relevant de l'ordre public collectif au sein de la distinction de l'ordre public de protection et de direction. Elle énonce que ces règles « constituent généralement des exemples de mesure qui semblent fondées sur des motivations à la fois de justice contractuelle » et d'utilité sociale. Au lieu de mettre en œuvre ce qu'elle a conseillé précédemment, c'est-à-dire de rechercher la finalité dominante, Mme CUMYN soutient que l'"ordre public de protection collective" doit être inclus dans l'ordre public de direction. Elle affirme que « ces mesures arbitrent le plus souvent entre les intérêts de groupes opposés : professionnels et clients, salariés et employeurs, producteurs et consommateurs » et qu'elles « ne se préoccupent pas tant de la justice des rapports individuels entre contractants de chaque groupe, que de répartir de façon impérative entre eux certains coûts et bénéfices d'ordre économique et social »<sup>449</sup>. Elle s'appuie, pour justifier sa position, sur la thèse de M. FARJAT qu'elle cite comme allant dans le sens de ses développements<sup>450</sup>. Il reste que cette assise n'est pas probante puisque M. FARJAT n'a jamais été aussi catégorique. S'il reconnaît « qu'il y a en tout cas souvent plus de raisons d'en faire des règles de direction que des règles de protection individuelle »<sup>451</sup>, et qu'il « est difficilement concevable que toutes les règles de protection soient soumises au même régime », il affirme qu'« indiscutablement certaines se situent bien dans le cadre individualiste de la "lutte" contractuelle », tandis que d'autres « ne sont pas des mesures de protection individuelle, mais appartiennent à une politique d'ensemble ». L'auteur regrette que « notre droit répugne [...] à reconnaître l'existence d'un ordre public de catégorie », il souligne que notre droit « ne veut reconnaître que l'individu ou la société »<sup>452</sup>. M. FARJAT reconnaît donc que les règles qui intègrent, ce qu'il dénomme "ordre public économique de protection collective", sont rattachées par la jurisprudence tantôt à l'ordre public de protection, tantôt à l'ordre public de direction. La position de Mme CUMYN apparaît donc trop absolue. Il n'est pas possible d'exclure qu'une loi vise d'abord à combattre les atteintes à la justice contractuelle au seul motif qu'un individu, en raison de sa qualité, appartient à une catégorie. En effet, comme le relève M. FARJAT, si certaines dispositions peuvent assurément constituer des mesures visant « à diriger l'évolution de la société », comme c'est le cas de la législation ayant

---

<sup>448</sup> *Ibid.*, n°346.

<sup>449</sup> *Ibid.*, n°344.

<sup>450</sup> V. les notes de bas de page, p. 244 et s.

<sup>451</sup> FARJAT (G.), *op. cit.*, n°405.

<sup>452</sup> *Ibid.*, n°412.

pour objet de diminuer le temps de travail, d'autres tendent assurément à rééquilibrer le rapport contractuel comme la législation ayant trait aux rapports entre professionnel et consommateur. Au regard de certaines dispositions, il est possible de soutenir que l'origine de l'intervention du législateur réside dans le déséquilibre existant entre l'employeur et le salarié, ou encore entre le producteur et le consommateur, donc que la mesure aspirant à rééquilibrer les rapports possède un fondement d'équité.

**109.** Dénué de caractère opératoire, le critère de l'origine ne peut emporter l'adhésion. Il nous faut le rejeter.



## **Conclusion du chapitre 1**

**110.** En définitive, la distinction des nullités relative et absolue ne possède pas un critère de distinction pertinent. En effet, ni le critère de l'intérêt, ni le critère de la gravité du vice, ni les propositions formulées en réaction aux écueils des deux précédents n'emportent la conviction.

L'actuel critère prôné par la doctrine, malgré son ancienneté et sa persistance, ne convient pas en raison de sa difficile mise en œuvre. Il est en effet impossible de tracer une frontière étanche entre intérêt général et intérêt particulier. Par conséquent, nombreuses sont les causes de nullités pouvant être qualifiées tant de relative que d'absolue. Le critère de l'intérêt s'avère donc inapte à établir une distinction binaire des nullités.

Le critère de la gravité du vice ne peut pas non plus être approuvé. D'une part, en raison de l'inexistence des fondements invoqués pour justifier aussi bien le recours à ce critère, que l'exploitation qui en est faite, à savoir la déduction d'une distinction seulement binaire. D'autre part, parce qu'il est, à l'image du critère de l'intérêt, dénué de caractère opératoire. Le subjectivisme induit par l'idée de gravité en fait, en effet, un critère labile.

Enfin, les critères alternatifs avancés ne peuvent pas non plus être retenus. La proposition consistant à combiner un critère quantitatif et un critère qualitatif suscite des difficultés de mise en œuvre, sources d'insécurité juridique. Elle fait également perdre sa cohérence à la théorie des vices du consentement. Quant au critère de l'origine de la règle, sa mise en œuvre apparaît également délicate. Il est notamment possible de lui reprocher l'absence de distinction tranchée entre les règles d'équité et les règles de droit strict, puisque ces dernières sont parfois influencées par des considérations d'équité.

**111.** L'absence d'un critère de distinction pertinent acquise, il convient de s'interroger sur l'opportunité d'attacher à la distinction des nullités relative et absolue une opposition de régimes.



## **Chapitre 2 - Une opposition de régimes non pertinente**

112. On sait que, de par son mécanisme, une distinction est censée constituer « un instrument de connaissance » du droit<sup>453</sup>. Il n'est donc pas étonnant que cette fonction soit généralement attribuée à la distinction des nullités relative et absolue, puisque le caractère de la nullité permet traditionnellement de déterminer le cercle des titulaires de l'action, son délai de prescription, la possibilité de confirmer l'acte entaché de nullité, et enfin, pour certains auteurs, la nécessité de recourir au juge. Ainsi, l'entier régime d'une cause de nullité est tiré de sa nature relative ou absolue.

113. L'enjeu du procédé est tel que sa pertinence mérite d'être soulevée et éprouvée. En premier lieu, l'opposition de régimes ne repose pas sur des bases aussi solides que l'on pourrait s'y attendre au regard de l'importance de la distinction. Son existence semble avoir été affirmée et non démontrée. D'ailleurs, le lien établi entre le caractère absolu de la nullité et son régime juridique apparaît artificiel. En second lieu, la rigidité d'un tel procédé ne permet pas de prendre en compte les spécificités propres à certaines causes de nullité. Aussi, le législateur et la jurisprudence ont multiplié les régimes ou traits de régimes spécifiques, à côté de la dualité de régimes attachée à la distinction des nullités relative et absolue. Dans ces conditions, il faut bien reconnaître, en troisième lieu, que la distinction des nullités relative et absolue n'est pas source de pédagogie et de sécurité juridique<sup>454</sup>.

114. En d'autres termes, l'opposition de régimes attachée à la distinction des nullités relative et absolue doit être remise en cause. D'abord, parce que l'existence d'une opposition de régimes ne se justifie pas (section 1). Ensuite, parce que la rigidité engendrée par cette opposition a incité, tant le législateur que le juge, à ne pas se laisser enfermer dans le carcan de la distinction des nullités relative et absolue (section 2). Enfin, parce que l'on ne saurait, en conséquence, considérer la distinction des nullités relative et absolue comme une source de pédagogie et de sécurité juridique (section 3).

### **Section 1 - L'existence injustifiée d'une opposition de régimes**

115. Considérée comme une résultante acquise de la distinction des nullités relative et absolue, l'existence d'une opposition de régimes ne se justifie pas, malgré sa permanence. Si on remonte dans le temps, la dualité de régime semble formalisée clairement pour la première

---

<sup>453</sup> BERGEL (J.-L.), « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.*, 1984. 225, spéc. p. 272. Et v. *supra* n°2.

<sup>454</sup> Et ce à plus forte raison que le critère actuel de l'intérêt protégé est dénué de caractère opératoire.

fois au XVI<sup>e</sup> siècle sous la plume de D'ARGENTRÉ. Elle est ensuite demeurée incontestée jusqu'au tournant du XX<sup>e</sup> siècle (§.1). Si JAPIOT a repoussé toute opposition de régimes en refusant d'établir une distinction binaire, il a également permis la réintroduction tant de l'une que de l'autre (§.2). De sorte que, de nos jours, le régime de la nullité relative s'oppose encore à celui de la nullité absolue. Pourtant, le régime attaché à la nullité absolue ne se justifie pas au regard du critère de l'intérêt protégé (§.3).

### ***§.1 - Une dualité incontestée en doctrine jusqu'au XX<sup>e</sup> siècle***

116. L'établissement d'un lien entre la nature de la nullité et son régime juridique peut déjà être identifié au XVI<sup>e</sup> siècle sous la plume de D'ARGENTRÉ, et, plusieurs années plus tard, chez les auteurs qu'il a inspirés. De leur critère, ces derniers déduisent une distinction binaire des nullités à laquelle ils attachent une dualité de régimes (A). Ce lien, établi entre la nature de la nullité et son régime, ne sera pas consacré par les rédacteurs du Code civil. Malgré cette circonstance, malgré la substitution du critère de la gravité du vice à celui de l'intérêt<sup>455</sup>, les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle maintiendront ce lien (B).

#### **A - L'apparition en Ancien droit d'un lien entre la nature de la nullité et son régime**

117. Dans son commentaire de la coutume de Bretagne, D'ARGENTRÉ différencie les nullités dont la cause a trait à l'État<sup>456</sup>, de celles dont la cause relève de l'intérêt du simple citoyen<sup>457</sup>. À chaque catégorie, il attache un régime propre. Les premières n'ont pas besoin d'être prononcées, peuvent être continuellement invoquées<sup>458</sup> et jamais confirmées<sup>459</sup>, contrairement aux secondes qui doivent être prononcées dans un délai déterminé et peuvent être confirmées<sup>460</sup>.

D'ARGENTRÉ a donc établi un lien entre la nature relative ou absolue de la nullité et son régime. Mais à l'image de ses développements ayant trait au critère de distinction<sup>461</sup>, il n'explique ni l'origine ni les raisons pour lesquelles il a posé ce lien. D'ARGENTRÉ ne justifie aucunement les différences de régimes établies au regard du critère de l'intérêt. Il affirme l'existence de ce lien, il ne le démontre pas.

---

<sup>455</sup> V. *supra* n°54 et s.

<sup>456</sup> D'ARGENTRÉ (B.), *Commentarii in consuetudines ducatus britanniae, aliquae tractatus actus varii*, Nantes : P. Dorioy imprimeur du Roi, 3<sup>e</sup> éd., 1621, art. 266, col. 1008.

<sup>457</sup> *Ibid.*, art. 266, col. 1008.

<sup>458</sup> *Ibid.*, art. 283, col. 1368.

<sup>459</sup> *Ibid.*, art. 481, col. 1848.

<sup>460</sup> *Ibid.*, art. 283, col. 1368.

<sup>461</sup> V. *supra* n°50.

118. Les auteurs inspirés par D'ARGENTRÉ expliqueront progressivement et partiellement le régime de chaque nullité en considération du critère de l'intérêt protégé<sup>462</sup>. Progressivement, car DUNOD n'y fera référence que pour justifier le régime de la nullité relative. Partiellement car ce dernier, comme DENISART et MERLIN après lui, ne se fondera pas sur l'intérêt pour expliquer la dualité de délai de prescription.

À la suite de D'ARGENTRÉ, DUNOD instaure un lien entre la nature de la nullité et son régime. Pour opérer sa distinction, il se fonde sur « la cause de la prohibition » : est-elle « fondée sur l'intérêt public, ou sur celui des particuliers » ? Lorsque la prohibition est justifiée par l'intérêt public, il affirme que la loi « réduit à un pur fait » l'acte nul de nullité absolue. DUNOD en déduit alors que l'acte ne peut être « ni confirmé, ni autorisé » et que la « nullité peut être objectée, non seulement par la Partie publique, mais encore par toutes sortes de personnes, sans qu'on puisse leur opposer qu'elles se prévalent du droit d'un tiers ; & le juge peut y prendre égard d'office, quand personne ne la proposerait »<sup>463</sup>. Cette nullité s'avère par ailleurs imprescriptible<sup>464</sup>. Le lien établi par DUNOD entre le caractère absolu de la nullité et son régime résulte donc davantage de l'effet produit par la loi sur l'acte nul de nullité absolue que de l'intérêt en cause. En revanche, il se fonde sur le critère de l'intérêt pour expliquer le régime de la nullité absolue. Il retient que lorsque la nullité est fondée sur un intérêt particulier, elle est « respectueuse » car « cette nullité n'est censée intéresser, que celui en faveur de qui elle est prononcée ; c'est pourquoi il peut seul s'en prévaloir & la proposer » dans un délai de trente ans<sup>465</sup>. L'emploi de la conjonction de subordination « c'est pourquoi » révèle que l'intérêt fonde le régime de la nullité relative. Ce raisonnement tenu par DUNOD pour la nullité relative sera généralisé par DENISART et MERLIN. Ces derniers le mettront en œuvre tant pour la nullité relative, que pour la nullité absolue.

MERLIN et DENISART dégagent de leur critère de distinction - l'intérêt - deux catégories de nullité, mais également une dualité de régime. Ils soutiennent que du caractère de la nullité déterminé par l'intérêt protégé découle le cercle des personnes pouvant s'en prévaloir. Ils déduisent ensuite de ce cercle la possibilité - ou non - de confirmer l'acte entaché

---

<sup>462</sup> V. égal. les plaidoyers du Chancelier d'Aguesseau (*Œuvres du Chancelier d'Aguesseau*, T. III contenant les plaidoyers prononcés au Parlement en qualité d'Avocat général dans les années 1694 et 1695, Paris, chez les libraires associés, 1762, p. 148 et p. 228-229 ; v. égal. T. IV contenant les plaidoyers prononcés au Parlement en qualité d'Avocat général depuis le mois d'avril 1696, et dans les années 1697, 1698 et 1699, Paris, chez les libraires associés, 1764, p. 99).

<sup>463</sup> DUNOD (F.), *Traité des prescriptions, de l'aliénation des biens d'Église, et des dixmes*, A. De Fay, Dijon, 1730, p. 47.

<sup>464</sup> *Ibid.*, p. 44 et s. DUNOD évoque le débat entre FACHINÉ et d'autres auteurs concernant l'existence la prescription centenaire. Si DUNOD énonce que si la position de FACHINÉ, qui réfute une telle prescription, constitue la plus courante, il estime qu'il faut « laisser la question à l'arbitrage du juge, pour la décider suivant les circonstances, la qualité & l'importance de la nullité ».

<sup>465</sup> *Ibid.*, p. 48-49.

de nullité<sup>466</sup>. Ces auteurs soutiennent en effet que la confirmation est fonction du nombre des titulaires de l'action<sup>467</sup>. Ainsi, la nullité absolue impliquant que tout intéressé peut l'opposer, la confirmation s'avère impossible. En revanche, le cercle des titulaires de l'action en nullité relative étant plus restreint, la probabilité que chaque titulaire soit identifié et confirme l'acte se révèle plus importante, de sorte que la confirmation est possible. Enfin, concernant la prescription, DENISART et MERLIN soutiennent que l'acte nul de nullité absolue ne peut pas être couvert par la prescription, tandis que la nullité relative doit être invoquée dans un délai de trente ans<sup>468</sup>. Ils ne justifient pas ce trait de régime au regard du critère de l'intérêt. Pour le poser, ils se réfèrent à DUNOD, qui soulignait l'existence d'un conflit entre les auteurs<sup>469</sup>. L'absence d'unanimité doctrinale sur la prescription de l'action en nullité absolue met en lumière que ce trait de régime ne découle pas logiquement du critère de l'intérêt.

119. Finalement, le lien établi par les auteurs de l'Ancien droit entre la nature de la nullité et son régime semble uniquement résulter de la logique. Pour eux, de l'intérêt véhiculé par la loi édictant la nullité découle logiquement son régime. C'est pourquoi, aucune justification solide ne ressort de leur doctrine. Au début du XIX<sup>e</sup> siècle, les rédacteurs du Code civil rejeteront toute distinction binaire dont résulte automatiquement l'entier régime d'une cause de nullité. Pourtant, les auteurs continueront à prôner l'existence d'une telle distinction.

## **B - Le maintien d'un lien au XIX<sup>e</sup> siècle malgré son absence du Code civil**

120. Le lien affirmé en Ancien droit entre le caractère de la nullité et son régime est maintenu au XIX<sup>e</sup> siècle tant par les auteurs retenant une unique distinction entre l'acte nul et l'acte annulable fondée sur la gravité du vice, que par ceux opérant en sus une distinction au sein de la catégorie des actes annulables fondée sur l'intérêt<sup>470</sup>. Le maintien de ce lien peut surprendre puisque les rédacteurs du Code civil, faisant le choix de la souplesse, ont refusé de consacrer un tel lien (1). Ce maintien peut également étonner puisque le critère fondant le lien entre le caractère de la nullité et son régime n'est plus l'intérêt mais la gravité du vice (2).

---

<sup>466</sup> DENISART (J.-B.), *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, T. III, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Desaint, 1771, p. 469-470 ; MERLIN (Ph.-A.), « Nullité », in *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, mis en ordre et publié par Guyot*, T. XII, 1784, p. 247 et s.

<sup>467</sup> DENISART (J.-B.), *op. cit.*, p. 469 ; MERLIN (Ph.-A.), *op. cit.* p. 251 et s.

<sup>468</sup> MERLIN (Ph.-A.), *op. cit.* p. 266.

<sup>469</sup> V. *supra* note 3, p. 97.

<sup>470</sup> V. *supra* n°45, n°54 et s.

## 1 - Le choix des rédacteurs du Code civil : la souplesse par le rejet de tout lien

121. Les rédacteurs du Code civil n'ont pas établi de lien entre la nature de la nullité et son régime. Ils ont refusé de consacrer une théorie rigide des nullités<sup>471</sup>.

On sait qu'à l'occasion de l'examen des dispositions relatives aux « demandes en nullité de Mariage » devant le Conseil d'Etat, les rédacteurs du Code civil ont envisagé de consacrer la distinction des nullités relatives et absolues<sup>472</sup>. Concernant le régime des causes de nullités édictées, une alternative leur était offerte : ils pouvaient classer les dispositions soit en fonction de la distinction des nullités relative et absolu, soit en considération des personnes ayant le droit d'invoquer la nullité<sup>473</sup>. PORTALIS a exprimé sa préférence pour la première option<sup>474</sup>. Il préconisait en effet de poser « que les nullités absolues peuvent être réclamées par tous ceux qui ont intérêts de les faire valoir ; les nullités relatives, par ceux en faveur de qui elles sont établies », puis de qualifier ensuite chaque cause de nullité<sup>475</sup>.

Cette proposition fut rejetée pour deux raisons. Premièrement, il a été souligné que les termes de nullité relative et de nullité absolue « eussent exigé des définitions extrêmement difficiles, et que d'ailleurs le mot absolu est, dans le langage ordinaire, plus fort que dans le langage de la jurisprudence, où il n'exclut pas les exceptions »<sup>476</sup>. Secondement, les rédacteurs du Code civil ont reconnu avoir rencontré des difficultés pour « suivre dans la pratique une distinction qu'il était si facile d'énoncer dans la théorie »<sup>477</sup>. PORTALIS a d'ailleurs

---

<sup>471</sup> Sur l'absence de théorie des nullités au sein du Code civil, v. not. : AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français*, T. I, Strasbourg : F. Lagier Libraire éditeur, 1839, n°37 et T. I, Paris : Marchal et Godde, 6<sup>e</sup> éd., par Bartin, 1936, n°37 ; BEUDANT (C.), D. 1880, 1, 145, note sous Req., 5 mai 1879 ; BOUDOT (M.), « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles », in *La théorie des nullités – Études réunies par M. Boudot et P. M. Vecchi*, Université de Poitiers, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales, L.G.D.J., 2008, p. 80 ; COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, T. I, Dalloz, 1914, p. 75 ; DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T. III, Traité du mariage et de la séparation de corps*, T. I, 4<sup>e</sup> éd., A. Durand Libraire, Paris, 1869, n°237 ; DROGOUL (F.), *Essai d'une théorie générale des nullités*, Th. Aix-en-Provence, 1902, p. 69 ; GOUT (O.), *Le juge et l'annulation du contrat*, préf. P. Ancel, PUAM, 1999, n°11 ; JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Thèse Dijon, éd. Arthur Rousseau, 1909, p. 113-114 ; LÉVY (J.-Ph.) et CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, p. 843. Et plus spécialement sur la distinction des nullités relative et absolue : VALDELIÈVRE (F.), *La confirmation des actes nuls*, th. dact., Paris, 1964, p. 15 : « Les mots mêmes de nullité relative et absolue sont absents du Code et il faut attendre l'art. 2262 pour entrevoir la possibilité d'une différenciation des régimes ». *Contra* : DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T. III, op. cit.*, n°240. Il estime que les rédacteurs du Code civil l'ont consacrée en matière de mariage : « et qu'enfin cette distinction ferait double emploi avec celle que le Code Napoléon a seulement consacré entre les nullités relatives et les nullités absolues ? ».

<sup>472</sup> V. *supra* n°29 et s.

<sup>473</sup> LOCRÉ (J.-G.), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des Codes français*, T. IV, Paris, 1827, p. 371.

<sup>474</sup> *Ibid.*, p. 374.

<sup>475</sup> *Ibid.*, p. 372.

<sup>476</sup> *Ibid.*, p. 406.

<sup>477</sup> FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. IX, Paris, 1827, p. 165-166.

convenu que « de nouveaux doutes provoquaient chaque instant de nouvelles décisions ; les difficultés étaient interminables »<sup>478</sup>.

Ce sont plutôt les propositions du consul CAMBACÉRÈS qui ont guidé les rédacteurs du Code civil. Ce dernier préconisait, soit de rejeter la distinction des nullités relative et absolue au motif qu'il serait plus « avantageux de ne pas déterminer, d'une manière absolue, par qui et dans quels délais l'action peut être exercée, et de laisser tous ces points à l'arbitrage du juge », soit de la conserver mais de « trouver dans la loi un moyen de faire prévaloir l'équité sur la sévérité des principes »<sup>479</sup>.

Les rédacteurs du Code civil ont refusé tout système rigide, incapable d'être modulé en fonction des spécificités de chaque situation. À propos des règles relatives aux demandes en nullité du mariage, ils ont expressément reconnu que chaque cause de nullité possède son propre régime juridique<sup>480</sup>. Les rédacteurs du Code civil ont, par la suite, continué de suivre cette ligne directrice puisque le Code civil ne contient que des dispositions particulières et éparses<sup>481</sup>. Si l'on excepte les articles 1304 et 1338, les dispositions relatives aux nullités se révèlent d'ailleurs assez décevantes<sup>482</sup>. Les rédacteurs ont davantage envisagé les causes de nullité que leur régime<sup>483</sup>.

**122.** Le choix des rédacteurs du Code civil montre que, pour déterminer le régime d'une cause de nullité, deux voies sont envisageables : la souplesse d'une part, la rigidité d'autre

---

<sup>478</sup> *Ibid.*

<sup>479</sup> LOCRÉ (J.-G.), T. IV, *op.cit.*, p. 370 et p. 375.

<sup>480</sup> FENET (P.-A.), T. IX, *op. cit.*, p. 166 (discours de Portalis) et p. 205 (discours de Boutteville). Remarque d'ailleurs reprise par A. BÉNABENT (*Droit de la famille*, L.G.D.J, coll. Domat droit privé, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n°234).

<sup>481</sup> V. par ex. sur les donations : les art. 896 al. 2, art. 911 al. 1<sup>er</sup>, art. 931, art. 943 notamment ; sur le consentement : les art. 1110, art. 1111, art. 1113 ; sur la dissolution de la communauté : les art. 1443 al.2, art. 1444, art. 1451 al.4 ; Sans oublier les nombreuses dispositions où les termes « nullité » ou « nul » ne sont pas employés évoquant quand même des causes de nullité, v. par ex. les art. 1128 ou encore art. 1131.

<sup>482</sup> Trois intitulés de son plan évoquent pourtant la nullité. Il s'agit tout d'abord de l'intitulé du titre du chapitre IV du titre V du livre Ier : « des demandes en nullité de mariage », ensuite de celui de la section VII du chapitre V du Titre III du Livre II : « de l'action en nullité ou en rescision des conventions » et enfin du titre du chapitre VI du titre VI du Livre II : « de la nullité et de la résolution de la vente ». Seul le deuxième est formulé avec un haut degré de généralité. Sa dénomination peut donc laisser à penser que cette section contient des règles générales. Il n'en est rien (v. sur ce point les remarques de HOUIN (R.), *Travaux de la Commission de réforme du Code civil – année 1946-1947*, Librairie du recueil sirey, 1948, p. 48). Les rédacteurs du Code civil n'y traitent pas plus des titulaires de l'action en nullité, que de la confirmation – à l'exception de l'hypothèse particulière de l'engagement souscrit par un mineur ratifié à sa majorité. Seul le délai de prescription est envisagé à l'article 1304. Il faut en effet remarquer que l'article 1338 évoquant la confirmation des actes nuls se situent assez étonnement au sein du §.6 « des actes reconnaissifs et confirmatifs », de la section 1 « de la preuve littérale » du chapitre VI du titre III du Livre III du Code civil. Comme l'a remarqué le Professeur NIBOYET lors des travaux de la Commission de réforme du Code civil instituée en 1945 : « Le Code a réglé les actes nuls à propos des preuves ; ce n'est pas leur place ». (*Travaux de la commission de réforme du Code civil - année 1945-1946*, Librairie du recueil Sirey, 1947, p. 104). Cependant, non seulement l'article 1304 du Code civil évoque expressément l'existence de tempéraments, donc de dispositions encore plus spécifiques – l'article précisant « n'est pas limitée à un moindre temps » –, mais la doctrine en a considérablement réduit la portée, considérant que ce délai s'applique uniquement aux actions en nullité relative (v. par ex. HOUIN (R.), « Avant-projet de textes sur les nullités des actes juridiques », in *Travaux de la commission de réforme du Code civil – année 1946-1947*, Librairie du recueil sirey, 1948).

<sup>483</sup> Sous réserve des régimes relatifs aux nullités du mariage.

part. Si les pères du Code civil ont opté pour la première, en refusant d'établir un lien entre la nature de la nullité et son régime, les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle n'ont pas marché sur leurs pas : ils ont choisi la seconde voie.

## 2 - Le choix des auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle : la rigidité par le maintien d'un lien

123. Les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle attachent tous à la distinction de l'acte nul et de l'acte annulable une opposition de régimes<sup>484</sup>. Ainsi, par exemple, COLMET DE SANTERRE, qui continue l'œuvre de DEMANTE, énonce que « les conséquences pratiques de cette distinction [celle de l'inexistence et de l'annulabilité fondée sur la gravité du vice<sup>485</sup> ] sont très importantes. L'acte inexistant, radicalement nul, est non avenu *erga omnes* : tout intéressé peut se prévaloir de sa nullité ; il peut être attaqué en tout temps ; il ne peut être l'objet d'une confirmation ; tandis que les actes annulables ne peuvent être attaqués que par certaines personnes, celles dans l'intérêt de qui est introduite la nullité, qu'ils ne peuvent être attaqués que dans un certain délai et qu'ils ne peuvent être confirmés »<sup>486</sup>. DURANTON retient une position identique, de même que DEMOLOMBE ou encore AUBRY et RAU<sup>487</sup>. Pour ces auteurs, le régime de la nullité découle de sa nature. Le régime est une conséquence de la nature de la nullité<sup>488</sup>.

124. Il reste que ce lien ne peut convaincre parce que les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle se fondent sur loi pour l'affirmer, alors que les rédacteurs du Code civil l'ont rejeté, et qu'ils font découler du critère de la gravité du vice des régimes strictement identiques à ceux résultant du critère de l'intérêt.

---

<sup>484</sup> Peu importe à cet égard qu'ils retiennent uniquement la distinction de l'acte nul et de l'acte annulable fondée sur la gravité du vice ou qu'ils établissent en sus une distinction au sein de la catégorie des actes annulables fondée sur l'intérêt.

<sup>485</sup> V. *supra* n°19 pour les différences terminologiques.

<sup>486</sup> DEMANTE (A.-M.), *Cours analytique de Code civil, continué depuis l'article 980 par E. Colmet de Santerre*, T.V, art. 1101-1386, Paris : Henri Plon, imprimeur-éditeur, 1865, n°262 bis, II.

<sup>487</sup> DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. XII, Paris : Alex-Gobelet, Librairie, 1831, n°523 et T. XIII, Paris : Alex-Gobelet, Librairie, 1831, n°271 ; DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T. XXIX, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T. VI, Paris : Imprimerie générale, 4<sup>e</sup> éd., 1876, n°22-24 v. égal. MORTET (C.), *Étude sur la nullité des contrats dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, thèse Paris, Typographie de Lahure, 1878, p. 159 ; PIZE (J.), *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, thèse Lyon : Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, 1897, p. 3 et p. 218.

AUBRY et RAU retiennent cependant une position un peu plus nuancée en raison de la sous distinction qu'ils opèrent au sein de la catégorie des nullités. Ainsi, ils énoncent que l'acte inexistant est inefficace indépendamment de toute déclaration judiciaire et ne peut se couvrir ni par la confirmation, ni par la prescription, tandis que toute nullité doit être prononcée par jugement, et sauf exception, est susceptible de se couvrir par la confirmation et la prescription (AUBRY (C.) et RAU (C.), T. I, *op. cit.*, n°37 ; v. égal. 4<sup>e</sup> éd., Paris : Imprimerie et librairie générale de jurisprudence,, 1869, n°37).

<sup>488</sup> La locution adverbiale « dès lors », employée tant par DEMANTE que par DEMOLOMBE, révèle que pour ces auteurs le régime de la nullité découle de sa nature. V. DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T. XXIX, op. cit.*, n°22 à 24 ; DEMANTE (A.-M.), *op. cit.*, n°262.

Malgré le rejet par les rédacteurs du Code civil d'un lien entre la nature de la nullité et son régime, les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle se fondent sur loi pour l'établir. Pour ces derniers, c'est la loi qui s'oppose à ce que l'acte nul produise les effets d'un contrat. Atteint d'un vice grave, l'acte nul ne consiste, selon les termes de DEMANTE, qu'en « un simple fait qui n'a point d'existence légale »<sup>489</sup>. Ces auteurs en déduisent qu'il n'est pas nécessaire d'agir en nullité<sup>490</sup>, que la confirmation est impossible et que toute personne peut opposer la nullité de cet acte. En revanche, lorsque l'acte s'avère seulement annulable, une action doit être intentée dans le délai prévu à l'article 1304 du Code civil et la confirmation de l'acte est possible en vertu de l'article 1338 du même Code<sup>491</sup>.

Malgré la substitution de critère opérée, les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle attachent à leur distinction des nullités fondée sur la gravité du vice des régimes strictement identiques à ceux de leurs prédécesseurs. Est-ce alors réellement la nature de la nullité qui commande le régime ? En réalité, le régime de l'acte nul a été construit par opposition au régime de l'acte annulable. Les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle se fondent sur les articles 1304 et 1338 du Code civil pour poser tant le régime de l'acte nul, que celui de l'acte annulable, alors même qu'ils affirment ces dispositions ont seulement trait aux actes annulables<sup>492</sup>. Ils ont déduit le régime de l'acte nul du régime attaché à l'acte annulable ou, plus exactement, des deux dispositions du Code civil qu'ils considéraient comme ayant trait au régime de l'acte annulable. Les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle semblent avoir été influencés par l'Ancien droit où les auteurs avaient établis une dualité de régime opposés<sup>493</sup>. Ils ont peut-être été victimes « d'habitudes de pensées »<sup>494</sup>.

---

<sup>489</sup> DEMANTE (A.-M.), *op. cit.*, n°262. V. égal. DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T. XXIX, op. cit.*, n°22 ; DURANTON (A.), T. XII, *op. cit.*, n°523.

<sup>490</sup> Toutefois, ils reconnaissent qu'en pratique son intervention est parfois impérative lorsqu'il y a eu exécution d'un acte inexistant (v. par ex. DEMANTE (A.-M.), *op. cit.*, n°262 : « Il peut sans doute en résulter l'apparence d'une obligation, apparence trompeuse qui, de ce fait, aura suffi pour amener une exécution. Alors il sera presque toujours nécessaire de s'adresser à la justice pour faire déclarer la vérité [...] Mais les intéressés n'auront pas besoin d'attaquer directement l'acte nul ; ils pourront agir et procéder pour l'exercice de leurs droits précisément comme si cet acte n'existait pas » et n°262 bis : « Pour faire tomber cette apparence, pour faire reconnaître qu'elle est trompeuse, il faudra bien s'adresser à la justice » ; DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T. XXIX, op. cit.*, n°27 : S'il y a eu exécution « la partie intéressée n'aura pas à attaquer directement cette prétendue convention pour la faire annuler ; elle procédera, pour l'exercice de ses droits comme si la convention n'avait pas eu lieu [...] les juges n'auront pas à annuler cette prétendue convention ; ils prononceront sur les prétentions respectives des parties, comme si elle n'avait pas eu lieu ». V. égal. PIZE (J.), th. préc., p. 218 et s., spéc. p. 226 ; MORTIET (C.), th. préc., p. 158.

<sup>491</sup> Pour l'article 1304 : DEMANTE (A.-M.), *op. cit.*, n°261 et spéc., n°262, bis ; DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T. XXIX, op. cit.*, n°1 et n°21 ; DURANTON (A.), T. XII, *op. cit.*, n°512 et s., spéc., n°523.

Pour l'article 1338 du Code civil : DURANTON (A.), T. XIII, *op. cit.*, n°264 et s., spéc. n°271 ; DEMANTE (A.-M.), *op. cit.* n°309 et s., spéc., n°309, bis ; DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T. XXIX, op. cit.*, n°727 et s., spéc. n°729.

<sup>492</sup> V. les références citées supra note n°3.

<sup>493</sup> V. par ex. Les propos tenus par COLMET DE SANTERRE, suite à l'exposition des régimes respectifs de l'inexistence et de l'annulabilité, sont très clairs sur ce point. Il a en effet précisé que « ces principes sont constants » (*Cours analytique de Code civil, continué depuis l'article 980 par E. Colmet de Santerre, T.V, op. cit.* n°263). Nous

125. L'existence d'un lien entre la nature de la nullité et son régime s'ancre dans la doctrine de tous les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle malgré son absence du Code civil et de la mutation du critère. Au tournant du XX<sup>e</sup> siècle, JAPIOT, après avoir vivement critiqué la théorie dite classique des nullités pour la trop grande rigidité qu'elle engendre, a tenté de remettre en cause ce lien<sup>495</sup>.

### *§.2 - Un rejet apparent du lien entre la nature et le régime dans la thèse de JAPIOT*

126. Au tournant du XX<sup>e</sup> siècle, à la suite de DROGOUL<sup>496</sup>, JAPIOT refuse l'idée que l'entier régime d'une cause de nullité soit le résultat de sa qualification de relative ou d'absolue. Il a, par conséquent, rejeté le « procédé des solutions en bloc pratiqué par la doctrine classique »<sup>497</sup>, et préconisé de résoudre chaque question de régime distinctement<sup>498</sup>. S'il montre ainsi sa volonté de rejeter tout lien entre la nature de la nullité et son régime (A), il va toutefois, au fil de divers développements, permettre la réintroduction d'une opposition de régimes (B).

### **A - La position : le rejet du lien**

127. JAPIOT a substitué au critère attribué à la théorie dite classique des nullités - la gravité du vice - le but poursuivi par le législateur, c'est-à-dire les intérêts que la loi « a eu en vue de sauvegarder ». Cette notion de but doit, selon lui, permettre « d'éclairer et de solutionner tous les problèmes qui se posent » à propos de la mise en œuvre de la nullité<sup>499</sup>. Défendant un point de vue essentiellement pratique en réaction à la théorie dite classique<sup>500</sup>,

---

retrouvons là l'influence des habitudes qui avaient déjà certainement conduit ces auteurs à déduire de leur critère de distinction, une distinction seulement binaire.

<sup>494</sup> V. *supra* n°32, à propos de la déduction d'une distinction seulement binaire de leur critère de distinction.

<sup>495</sup> JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse Dijon, éd. Arthur Rousseau, 1909, not. p.136 : « L'œuvre de cette période est achevée : on a obtenu le maximum de rigidité. On a plus pour les nullités que deux étiquettes : inexistance ou nullité relative. Toutes les questions forment un bloc : il suffit de connaître la solution de l'une d'elles pour déterminer l'étiquette à appliquer à la nullité ; – comme inversement il suffit de consulter l'étiquette pour avoir automatiquement toutes les solutions ». V. égal. GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, Présentation de D. Mazeaud, Dalloz, 2004, p. 141 et s.

<sup>496</sup> DROGOUL (F.), *Essai d'une théorie générale des nullités*, thèse Aix-en-Provence, 1902, not. p.129 : « Elle contrariait beaucoup trop leur amour du système. Pour qu'ils fussent satisfaits, il leur fallait un principe qui, avant l'examen de toute question particulière, leur dictait la réponse d'avance » et p. 130 : « ils sont arrivés à une classification rigide [...] C'est ce groupement même que nous critiquons : c'est à son occasion que nous adressons à la doctrine le reproche d'avoir solidarisé des idées qui devaient être tout au plus juxtaposées ».

<sup>497</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 365. V. déjà auparavant : DROGOUL (F.), *op. cit.*, p. 264 et s.

<sup>498</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 367 ; v. égal. GAUDEMET (E.), *op. cit.*, p. 147.

<sup>499</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 166-167.

<sup>500</sup> *Ibid.*, p.154 : « Le progrès est du côté d'une théorie plus assouplie des nullités » et p. 162 : « Nous voulons moins de rigidité, mais non pas l'absence de règles ».

JAPIOT précise qu'il ne faut pas « isoler ce but des faits pratiques qu'il est nécessaire de traverser en quelque sorte pour l'atteindre »<sup>501</sup>. Il insiste alors sur l'importance de prendre en compte « le milieu où la nullité est appelée à opérer »<sup>502</sup>. JAPIOT souhaite ainsi remédier aux écueils du système classique qui ne tenait « aucun compte de la complexité des situations de fait et des besoins pratiques »<sup>503</sup>. Selon cet auteur, les réponses aux trois questions traditionnellement attachées au régime de la nullité doivent résulter d'une « double considération »<sup>504</sup> : le but de la nullité et le milieu où elle opère ». Au regard des directives que JAPIOT préconise, il n'y a, *a priori*, aucun lien entre la nature de la nullité et son régime.

**128.** La méthode proposée par JAPIOT rejoint celle de DROGOUL. Ce dernier recommandait également de faire preuve de souplesse dans la mise en œuvre de la nullité. Pour que cette dernière soit davantage en adéquation avec la réalité, il proposait de s'en remettre en juge<sup>505</sup>. Estimant la position de DROGOUL trop excessive<sup>506</sup>, JAPIOT s'attache à dégager des catégories d'intérêts protégés, ainsi que des règles générales. En procédant de la sorte, il va permettre tant la réintroduction d'une distinction binaire que d'une opposition de régimes.

## **B - La réalité : une faculté de maintien offerte**

**129.** JAPIOT soutient que la nature de la nullité n'exerce aucune influence sur la détermination du régime d'une cause de nullité. Pourtant, lorsqu'il évoque les titulaires du droit de critique d'une part, et la prescription de l'action d'autre part, il ouvre la porte à la réintroduction d'un lien entre la nature et le régime de la nullité.

D'une part, lors de ses développements relatifs aux titulaires du droit de critique, JAPIOT distingue deux catégories fondamentales : les nullités sanctionnant les règles inspirées par un motif d'ordre particulier - les nullités relatives -, et les nullités sanctionnant les règles inspirées par un motif d'ordre général - les nullités absolues<sup>507</sup>. Même si au sein de ces

---

<sup>501</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 168-169.

<sup>502</sup> *Ibid.* Font partis de ce "milieu" les apparences et le rôle qu'elles peuvent jouer ainsi que les intérêts en présence autres que ceux de la personne dont le législateur voulait assurer la protection lors de l'édition de la règle transgressée.

<sup>503</sup> *Ibid.*, p. 156.

<sup>504</sup> GAUDEMET (E.), *op. cit.*, p. 147.

<sup>505</sup> DROGOUL affirme que ce dernier n'a plus besoin « de se creuser la tête pour qualifier cette nullité et tirer *a priori* de cette qualification les conséquences que la doctrine lui donne ». Le juge doit simplement faire triompher la notion de but afin « d'arriver à des solutions parfaitement proportionnées et adaptées aux circonstances » (DROGOUL (F.), *op. cit.*, p. 265).

<sup>506</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 146 : « C'est évidemment aller bien loin [...] ».

<sup>507</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 536 et p. 583. V. égal. GAUDEMET (E.), *op. cit.*, p. 166 et s.

deux grandes catégories il opère des sous distinctions<sup>508</sup>, il a, par l'affirmation de l'existence de deux catégories fondamentales, permit la réintroduction d'une dualité de régime liée découlant de la mise en œuvre d'un critère de distinction. GAUDEMET soulignera d'ailleurs, en évoquant la théorie de JAPIOT, que « les règles de droit sont d'intérêt général ou d'intérêt particulier. Si la règle violée était d'intérêt général, tout intéressé peut invoquer sa violation et faire valoir la nullité de l'acte : nous pourrions parler ici de nullité absolue. Si elle était d'un intérêt particulier, le droit de critique serait réservé à ceux pour qui la règle est établie : la nullité est relative »<sup>509</sup>. La dualité était restaurée.

D'autre part, au sujet de la prescription du droit de critique, JAPIOT ne peut éluder l'article 1304 du Code civil. Il reconnaît que la prescription de l'article 1304, opère en vertu de la volonté du législateur, et qu'elle concerne uniquement les nullités relatives<sup>510</sup>. Il justifie cette prescription abrégée par le fait que les nullités relatives « présentent des dangers que n'offrent pas les nullités absolues »<sup>511</sup>. Or si elles ne présentent pas les mêmes dangers c'est en raison de leur but : la protection d'un intérêt particulier. JAPIOT ne peut que concéder qu'il revient, sur ce point, à « la pure solution classique »<sup>512</sup>. Ainsi, là encore, le caractère de la nullité conditionne un aspect de son régime.

**130.** Les auteurs postérieurs se sont emparés de ces concessions pour rejeter la proposition de JAPIOT consistant à nier tout lien entre la nature de la nullité et son régime, de sorte que l'opposition de régimes a finalement persisté.

### *§.3 - Le maintien d'un lien entre la nature de la nullité et son régime dans la doctrine contemporaine majoritaire*

**131.** Seule une doctrine minoritaire a, à la suite de DROGOUL et JAPIOT, rejeté tout lien entre la nature de la nullité et son régime<sup>513</sup>. La majorité des auteurs enseigne que de la

---

<sup>508</sup> Ainsi au sein de la catégorie des nullités sanctionnant les règles inspirées par un motif d'ordre particulier, il distingue : les nullités purement personnelles, les nullités ouvertes à une seule personne mais dépourvues de caractère exclusivement personnel, les nullités relatives ouvrant l'exercice du droit de critique à plusieurs personnes à des titres différents, les nullités d'intérêt privé ouvrant le droit de critique à plusieurs personnes au même titre et enfin les nullités relatives généralisées. Au sein de la catégorie des nullités sanctionnant les règles inspirées par un motif d'ordre général, il dégage : les nullités d'intérêt social, les nullités naturelles, les nullités d'intérêt privé général et les nullités absolues de caractère pénal.

<sup>509</sup> GAUDEMET (E.), *op. cit.*, p. 147 et s.

<sup>510</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 832.

<sup>511</sup> *Ibid.*, p. 839, p. 851 et p. 939.

<sup>512</sup> *Ibid.*, p. 839.

<sup>513</sup> Ainsi RENARD et VIEUJEAN se montrent hostiles à une distinction binaire dont découlerait tout le régime de la nullité. Par exemple, au sujet de la détermination des titulaires du droit de critique, ils affirment qu'il n'est pas « étonnant que les deux catégories très tranchées des nullités absolues et des nullités relatives comportent des nuances intermédiaires » (RENARD (C.) et VIEUJEAN (E.), « Rapport sur la nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge », in *Travaux de l'association Henri Capitant*, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 542 : ils évoquent ainsi : les

nature de la nullité découle son entier régime<sup>514</sup>. Ils conservent donc l'idée d'une dualité de régime découlant du critère de distinction (A). Mais si le critère de l'intérêt peut expliquer le régime de la nullité relative, il ne permet aucunement de justifier celui de la nullité absolue. Il révèle, au contraire, le caractère artificiel de ce régime (B).

### **A - Un lien de nouveau justifié par le critère de l'intérêt**

132. À l'image des auteurs de l'Ancien droit, la doctrine contemporaine majoritaire détermine le régime de la nullité en considération du critère de l'intérêt protégé par la règle transgressée<sup>515</sup>. Ainsi, le cercle des titulaires de l'action découle de ce critère, de même que la possibilité de confirmer l'acte, ou encore, avant la réforme opérée par la loi du 17 juin 2008, la durée du délai de prescription. Analysant la confirmation comme une renonciation à l'action en nullité, l'ouverture de la confirmation dépend directement du cercle des titulaires de

---

nullités purement personnelles, les nullités relatives destinées à protéger plusieurs personnes, les nullités relatives généralisées, les nullités d'intérêt privé général, les nullités naturelles et les nullités d'intérêt social ou d'ordre public). Ces auteurs, s'ils reconnaissent que « les systèmes inspirés des idées modernes sont assurément moins simples que la théorie classique des nullités », soutiennent qu'il « sont en revanche mieux adaptés aux caractères très variés que présente la sanction de nullité » (RENARD (C.) et VIEUJEAN (E.), art. préc., p. 560-561).

V. égal. GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Les conflits de lois en matière de nullités*, Dalloz, 1967, n°103 et s. Cet auteur adhère aux propositions de JAPIOT en ce qui concerne tant la conception de la nullité, que la détermination de son régime.

<sup>514</sup> Il nous faut tout de même souligner que le critère de l'intérêt a mis quelques décennies à s'imposer. En effet, au début du XX<sup>e</sup> siècle les auteurs restent attachés aux constructions élaborées durant le siècle de l'exégèse. Ainsi, par exemple, si BEUDANT assimile d'un point de vue terminologique "inexistence" et "nullité absolue", il maintient le critère de la gravité du vice et la méthode de détermination en bloc du régime d'une cause de nullité (BEUDANT (C.), *Cours de droit civil français*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 2<sup>e</sup> éd., 1936, n°262 et s.). V. égal. les doctrines de JOSSERAND et de BONNECASE qui conservent, à coté des nullités relative et absolue, l'inexistence (JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, T. I, Librairie du recueil Sirey, 3<sup>e</sup> éd., 1938, n°140 et s. ; BONNECASE (J.), *Supplément au traité théorique et pratique de Baudry-Lacantinerie*, T. III, Sirey, Paris, 1926, n°77, n°93, et N°107 et 108).

<sup>515</sup> Il convient de souligner que les différents projets doctrinaux de réformes du droit des obligations révèlent l'attirance de la doctrine majoritaire pour la distinction des nullités relative et absolue.

L'article 1129-2 de l'avant-projet Catala dispose en son alinéa 1<sup>er</sup> : « La nullité absolue peut être invoquée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le Ministère public ; elle peut aussi être relevée d'office par le juge ». Et en son alinéa 2<sup>nd</sup> que « La nullité absolue ne peut être couverte par la confirmation de l'acte ; celui-ci doit être refait » tandis que l'article 1129-3 de l'avant-projet Catala énonce : « La nullité relative ne peut être invoquée que par celui que la loi entend protéger. Le titulaire de l'action peut y renoncer et confirmer la convention ».

L'article 92 du projet de réforme du droit des contrats, élaboré par la Chancellerie, de juillet 2008, dispose en son alinéa 1<sup>er</sup> que « La nullité absolue peut être invoquée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public » et en son alinéa 2<sup>nd</sup> qu' « La nullité absolue ne peut être couverte par la confirmation du contrat. Celui-ci doit être refait » alors que l'article 93 du projet de réforme du droit des contrats, élaboré par la Chancellerie, de juillet 2008, dispose en son alinéa 1<sup>er</sup> que « La nullité relative ne peut être invoquée que par celui que la loi entend protéger. Il peut y renoncer et confirmer le contrat » et en son alinéa 2<sup>nd</sup> qu' « Si l'action en nullité relative appartient à plusieurs titulaires, la renonciation de l'un n'empêche pas les autres d'agir ».

L'article 80 du groupe de travail présidé par le Professeur Terré dispose en son alinéa 1<sup>er</sup> : « La nullité absolue peut être invoquée par toute personne justifiant d'un intérêt », et en son alinéa 2<sup>nd</sup> : « Elle ne peut être couverte par la confirmation du contrat » et l'article 81 du groupe de travail présidé par le Professeur Terré dispose en son alinéa 1<sup>er</sup> : « La nullité relative ne peut être invoquée que par celui que la loi entend protéger », et en son alinéa 2<sup>nd</sup> : « Ce dernier peut y renoncer et confirmer le contrat ». (TERRÉ (F.), dir., *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, coll. Thèmes et commentaires, p. 240).

l'action. En effet, comme l'action en nullité relative appartient à la seule personne protégée, cette dernière peut confirmer l'acte entaché d'une cause de nullité. En revanche, toute personne intéressée pouvant intenter l'action en nullité absolue, la confirmation est impossible<sup>516</sup>. Concernant le délai de prescription, le cercle des titulaires de l'action exerce également une influence. Toute prescription trouve son fondement dans l'intérêt général ou, plus précisément, dans le besoin de sécurité juridique. La durée de la prescription résulte donc de l'équilibre à instaurer entre les intérêts en présence. Ainsi, lorsqu'est en cause un intérêt particulier, l'exercice de l'action dépend uniquement des personnes protégées par la règle transgressée. Dès lors, la recherche d'un équilibre entre la faveur octroyée aux titulaires de l'action, et le besoin de sécurité juridique des tiers, qui ne peuvent rester trop longtemps sous la menace d'une annulation, commande l'édiction d'un délai plus court que celui de droit commun<sup>517</sup>. Inversement, l'égalité régnant en présence d'une nullité absolue, puisque toute personne intéressée peut intenter l'action, aucun obstacle majeur ne s'oppose à un long délai de prescription.

**133.** Néanmoins, de plus en plus d'auteurs reconnaissent que ces principes souffrent de tempéraments<sup>518</sup>, ou que « la tendance moderne est de considérer qu'il n'y a pas de lien absolu entre le caractère de la nullité et les conditions d'exercice de l'action »<sup>519</sup>. Ils continuent, malgré tout, à prôner que le régime de la nullité découle de son caractère relatif ou absolu. Leur position s'explique par leur refus d'adhérer à l'éclatement du régime résultant de la proposition de JAPIOT<sup>520</sup>. Ils s'accordent à considérer que la distinction des nullités relative et absolue possède une valeur « didactique irremplaçable »<sup>521</sup>.

**134.** Il reste que la prétendue valeur didactique résultant du lien établi entre la nature de la nullité et son régime ne suffit pas à faire oublier que le caractère artificiel de ce

<sup>516</sup> V. not. MALINVAUD (Ph.), *Droit des obligations*, Litec, 10<sup>e</sup> éd., 2007, n°392 ; FAGES (B.), *Droit des obligations*, L.G.D.J., 5<sup>e</sup> éd., 2015, n°250 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°399 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), n°331.

<sup>517</sup> FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), n°352.

<sup>518</sup> MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil, T. I, Introduction générale à l'étude du droit et des institutions judiciaires – Le statut des personnes physiques et morales*, Sirey, 1956, n°158 ; PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français, T. VI, Obligations*, 1<sup>ère</sup> partie, par P. Esmein, L.G.D.J., 1952, n°287.

<sup>519</sup> MALINVAUD (Ph.), *op. cit.*, n°387 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°89.

<sup>520</sup> V. par ex. : COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Traité de droit civil, T. I, Introduction générale, Institutions civile et judiciaires, personnes et famille*, Refondu par L. Julliot de la Morandière, Dalloz, Paris, 1957, n°175 ; MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *op. cit.*, n°158 ; MAZEAUD (H., L. et J.), *Leçons de droit civil, T. I, Montchrestien*, 3<sup>e</sup> éd., 2<sup>e</sup> tirage, 1965, n°352 et s. ; PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *op. cit.*, n°287 et s.

<sup>521</sup> TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°89. V. égal. PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *op. cit.*, n°287 ; MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *op. cit.*, n°158 : la critique selon laquelle « les nullités sont trop diverses pour entrer dans une classification aussi rigide » est exacte, il « est indéniable que le régime défini soit pour les nullités relatives, soit pour les nullités absolues doit souffrir dans nombre cas de dérogations sensibles », mais elles ne constituent pas une raison suffisante pour abandonner « une classification qui, commode et utile, demeure fondamentale ».

lien. Le critère de l'intérêt apparaît en effet inapte à justifier le régime attaché à la nullité absolue.

### **B - Un lien à abandonner : l'inaptitude de l'intérêt à justifier le régime de la nullité absolue**

135. L'actuel régime attaché à la nullité absolue semble davantage avoir été fixé par opposition à celui de la nullité relative, qu'en considération de l'intérêt général. En effet, le critère de l'intérêt ne permet d'expliquer ni le cercle des titulaires de l'action en nullité absolue (1), ni l'impossibilité de confirmer l'acte entaché de nullité (2), ni la durée du délai de prescription (3).

#### **1 - L'absence de lien entre l'intérêt général et le cercle des titulaires de l'action**

136. L'étude du cercle des titulaires de l'action en nullité absolue constitue une première illustration de l'impossibilité, pour le critère de l'intérêt, d'expliquer le régime de la nullité absolue. S'il est parfaitement compréhensible que l'action en nullité relative soit réservée à la seule personne protégée, il est en revanche difficile de justifier pourquoi tout intéressé peut intenter l'action en nullité absolue<sup>522</sup>. Les particuliers ne sont pas admis à agir uniquement pour la défense de l'intérêt général. Cette impossibilité résulte de l'article 31 du Code de procédure civile qui exige, faute de qualité, « un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention » qui doit être actuel, légitime, direct et personnel<sup>523</sup>. La seule personne ayant qualité pour défendre l'intérêt général est le ministère public<sup>524</sup>. Il devrait donc, au regard du critère de l'intérêt, être le seul titulaire de l'action en nullité absolue.

Mais le régime de la nullité absolue devant être opposé à celui de la nullité relative, il s'avérerait nécessaire d'étendre l'attribution du droit d'agir. Pour justifier cette extension, il est parfois soutenu qu'il faut généraliser le droit d'agir « afin de multiplier les

---

<sup>522</sup> Pour une critique cette possibilité, v. BANDRAC (M.), *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Economica, 1984, n°157 : « En raisonnant, comme en matière de nullités relatives, d'après la finalité de la loi, il serait donc logique, en pareille matière, ou bien qu'une fonction objective, analogue à celle du ministère public, soit conférée aux particuliers, les rendant recevable à prétendre à la nullité de l'acte sans condition d'un intérêt personnel, ou bien, puisque la règle n'est pas établie en vue d'un pareil intérêt, que tout pouvoir d'agir soit refusé à ceux-ci ».

<sup>523</sup> GIVERDON (Cl.), « La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice », *D.* 1952, Ch., p. 85 ; DESDEVISES (Y.), *Jurisclasser de procédure civile*, Fasc. 126-3 : « Action en justice », mars 1996, n°14 et n°29 ; ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, Litec, 3<sup>e</sup> éd., 1992, n°304, spéc., p. 647. Et v. *infra* n°341 et s.

<sup>524</sup> V. le discours de Monsieur F. FALLETTI, Procureur Général près la Cour d'appel de Paris, Audience du 11 janvier 2012 : « Mais la défense de l'intérêt général qui incombe au Ministère public, on la retrouve sur les terrains civils, commerciaux et sociaux, contentieux dans lesquels les parquets déposent les conclusions qu'ils croient devoir prendre dans l'intérêt de la Société et pour la défense de l'Ordre public » ; V. égal. la circulaire relative à l'action du ministère public dans les procédures du Livre VI du Code de commerce en conséquence de la loi de sauvegarde des entreprises, in *Bulletin officiel du ministère de la justice n°102* (1<sup>er</sup> avril au 30 juin 2006) : « Le renforcement de ce rôle a pour finalité la défense de l'intérêt général lors des situations de crise ».

chances d'annulation»<sup>525</sup>. Cette extension résulte donc d'une volonté d'exclure un acte de l'ordonnement juridique : un acte entaché d'une cause de nullité absolue heurte plus gravement l'ordonnement juridique que l'acte atteint d'une cause de nullité relative. Il reste que cette explication n'est pas cohérente au regard de l'article 31 du Code de procédure civile. Si l'objectif est de multiplier les chances d'annulation, alors les particuliers devraient être admis à invoquer seulement l'intérêt général pour justifier de leur intérêt à agir. Or ce n'est pas le cas.

**137.** Admettre qu'un particulier peut intenter l'action en nullité absolue tout en exigeant qu'il justifie d'un intérêt personnel à agir n'est pas sans effet néfaste. La motivation du demandeur à l'action résidera systématiquement dans la recherche de la satisfaction de son intérêt particulier. Dès lors, autoriser un particulier à agir en nullité absolue revient à permettre la superposition d'un intérêt individuel et de l'intérêt général<sup>526</sup>, voire même à reléguer l'intérêt général au second plan. Ce dernier pourra en effet être occulté par l'intérêt personnel du demandeur. Un auteur a d'ailleurs dénoncé l'influence de cet intérêt individuel sur la qualification de la cause de nullité. Il a souligné que des juges ont pu considérer que la règle sanctionnée par la nullité était protectrice d'intérêt privé, et ont, en conséquence, qualifié la nullité de relative<sup>527</sup>. Il en aurait été ainsi, par exemple, pour la nullité sanctionnant l'absence de cause<sup>528</sup>.

**138.** En définitive, l'intérêt général ne permet pas de justifier l'étendue du cercle des titulaires du droit d'agir en nullité absolue. Il en va de même pour l'exclusion de la confirmation.

## **2 - L'absence de lien entre l'intérêt général et l'absence de confirmation**

**139.** Par opposition à l'acte entaché d'une nullité relative dont la confirmation est possible, l'acte vicié d'une nullité absolue ne peut faire l'objet d'une confirmation. Si au XIX<sup>e</sup> siècle cette impossibilité résultait de l'importance du vice atteignant l'acte, – soit de son état

---

<sup>525</sup> V. not. COUTURIER (G.), *La confirmation des actes nuls*, préf. de J. Flour, L.G.D.J., 1972, n°201 ; GHESTIN (J.), n°745 ; GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), n°2249. V. égal. LIBCHABER (R.) pour qui « la très large diffusion du droit de critique, [qui] participait [pourtant] de l'âme de son régime » (*Deffrénois*, 2007, art. 38562, p. 466).

<sup>526</sup> LIBCHABER (R.), note sur Cass. com., 23 oct. 2007, *Deffrénois* 2007, art. 38697, p. 1731.

<sup>527</sup> *Ibid.*

<sup>528</sup> Cependant ces confusions dans l'intérêt pris en considération ne sont peut-être pas décisives, la faveur actuelle pour les prescriptions courtes, comme en témoigne la loi du 17 juin 2008, a pu favoriser le ralliement de certaines causes de nullité absolue à la catégorie des nullités relatives.

substantiel –, elle s'explique désormais par l'analyse retenue de la confirmation : une renonciation au droit d'invoquer la nullité<sup>529</sup>.

L'exclusion de la confirmation reçoit deux explications. En premier lieu, il est soutenu que faute de pouvoir déterminer avec certitude tous les titulaires du droit d'agir en nullité absolue, aucune confirmation efficace ne peut intervenir<sup>530</sup>. Il s'agirait donc d'une conséquence de l'étendue du cercle des titulaires de l'action. En second lieu, il serait contradictoire d'étendre le cercle des titulaires de l'action afin de multiplier les chances d'annulation d'une part et de permettre la confirmation de l'acte litigieux d'autre part. Comme il l'a été souligné, « permettre la confirmation par un quelconque des titulaires du droit de critique – spécialement par les parties – aboutirait » à diminuer les chances d'annulation de l'acte litigieux<sup>531</sup>.

Ces deux explications ne sont pas convaincantes. D'une part, le cercle des titulaires de l'action en nullité absolue a davantage été déterminé par opposition à celui de la nullité relative, qu'en considération de l'intérêt. D'autre part, c'est l'aspect substantiel de la nullité<sup>532</sup>, et non son aspect « réaction », qui permet d'expliquer l'exclusion de la confirmation<sup>533</sup>. L'impossibilité de confirmer l'acte nul de nullité absolue peut résulter des conditions posées à l'article 1338 du Code civil. Pour que la confirmation soit efficace, son auteur doit, d'abord, avoir « l'intention de réparer le vice »<sup>534</sup>. Mais pour avoir l'intention de réparer le vice, ne faut-il pas, préalablement, que ledit vice soit réparable<sup>535</sup> ? S'il est impossible de remédier au vice, l'acte ne peut qu'être refait<sup>536</sup>. Ensuite, cet article énonce que la confirmation peut résulter de l'exécution volontaire de l'obligation « après l'époque à laquelle » elle « pouvait être valablement confirmée ou ratifiée », c'est-à-dire une fois la cause de nullité

---

<sup>529</sup> Pour le renouvellement de l'analyse : JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 711 : « La confirmation, que nous avons définie comme l'extinction du droit de critique par la renonciation de son titulaire [...] ; COUTURIER (G.), *op. cit.*, n°153 : « la confirmation n'est que la renonciation au droit d'invoquer la nullité ».

Pour la reprise de cette analyse : MALINVAUD (Ph.), *op. cit.*, n°392 ; FAGES (B.), *op. cit.*, n°250 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°399 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), n°331 ; BÉNABENT (A.), n°213.

<sup>530</sup> MALINVAUD (Ph.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, Lexis-Nexis, 17<sup>e</sup> éd., 2014, n°398 : « Elle ne l'est pas dans le cas de la nullité absolue car, tout intéressé pouvant la demander la confirmation de l'un ne saurait mettre l'acte à l'abri du droit de critique des autres » ; BÉNABENT (A.), n°213.

<sup>531</sup> FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), n°347 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°399.

<sup>532</sup> Sur les deux aspects de la nullité, v. *infra* n°252.

<sup>533</sup> V. sur ce point la critique de P. HÉBRAUD au sein de la préface de la thèse de C. Dupeyron (*La régularisation des actes nuls*, L.G.D.J., 1973).

<sup>534</sup> Cette condition n'a d'ailleurs jamais été occultée par la Cour de cassation malgré l'analyse de la confirmation comme la renonciation au droit de critique qui passe sous silence l'aspect substantiel de la nullité. v. *infra* n°469 et s.

<sup>535</sup> L'article 1339 du Code civil prouve que l'intention de réparer n'est envisageable que si le vice est réparable. Il dispose en effet que « le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs, nulle en la forme ; il faut qu'elle soit refaite en la forme légale » (souligné par nous).

<sup>536</sup> v. *infra* n°567 et s.

disparue. Pour les causes de nullités absolues, c'est donc davantage leur persistance dans le temps qui fait obstacle à la confirmation que l'intérêt général<sup>537</sup>.

140. Le critère de l'intérêt n'est donc pas propre à justifier le cercle des titulaires de l'action en nullité absolue et l'impossibilité de confirmer un acte entaché d'une telle cause de nullité. Il ne peut pas d'avantage expliquer ce qui, jusqu'à la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, constituait le troisième trait de régime : la prescription.

### 3 - L'absence de lien entre l'intérêt général et le délai de prescription

141. L'intérêt général ne permet pas d'expliquer la durée de la prescription. La loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, en alignant la durée de l'action en nullité absolue sur celle de la nullité relative<sup>538</sup>, révèle que la prescription dépend de considérations extérieures au critère de l'intérêt protégé. D'ailleurs, tant les dérogations apportées à la prescription quinquennale de droit commun, que l'instauration, par le législateur, de délais transcendant la distinction des nullités relatives et absolues le prouvent.

La loi du 17 juin 2008 n'a pas soumis toutes les actions en nullité du mariage à la prescription quinquennale de droit commun. Certaines actions se prescrivent toujours pas trente ans, comme c'est le cas de certaines actions en nullité du mariage<sup>539</sup>. Cette dérogation a été expliquée non par l'intérêt général, mais par le temps nécessaire à la « découverte » de la cause de nullité par les sujets de l'action<sup>540</sup>. Ce qui est alors latent, c'est l'effectivité du droit d'agir. Le législateur a cherché à éviter qu'une cause de nullité soit portée à la connaissance des sujets de l'action une fois celle-ci éteinte par l'écoulement de la prescription.

Plus généralement l'absence de lien entre l'intérêt protégé par la règle et la durée du délai de prescription s'est constatée chaque fois que le législateur a adopté un délai

---

<sup>537</sup> Les auteurs, partisans de la théorie dite moderne des nullités, considèrent d'ailleurs que la confirmation d'un acte entaché d'une cause de nullité absolue est possible quand le droit de critique cesse d'être indisponible. V. *infra* n°472.

<sup>538</sup> Cette volonté de réduire le délai de prescription de l'action en nullité s'observait déjà à travers la jurisprudence de la Première chambre civile de la Cour de cassation relative à la prescription de l'action en nullité d'un acte mixte. Elle a en effet énoncé dans un arrêt du 27 juin 2006 que « les actions en nullité des actes mixtes relèvent de la prescription décennale prévue par l'ancien article L. 110-4 du Code de commerce si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes » (n°04-12912, *Bull. civ.* I, n°325). Cet attendu impliquait, avant la réforme opérée par la loi du 17 juin 2008, une réduction de vingt ans du délai de prescription de l'action en nullité absolue.

<sup>539</sup> V. les art. 184 et 191 du Code civil. Les causes de nullités concernées sont : le mariage célébré en méconnaissance de l'âge minimum légal, en l'absence de consentement de l'un des deux époux, en l'absence de l'époux français lors d'un mariage célébré à l'étranger, en présence d'un précédent mariage non dissout, entre parents en ligne direct, entre frère et sœur, entre oncle et nièce ou tante et neveu, en présence d'un défaut de publicité ou d'un officier public incompétent.

<sup>540</sup> V. le rapport n°83 (2007-2008) de L. BETEILLE, fait au nom de la commission des lois, déposé le 14 novembre 2007.

transcendant la distinction des nullités relative et absolue<sup>541</sup>. Ces délais ont été fixés au regard de considérations extérieures au critère de l'intérêt. Ainsi, à titre d'illustration il est possible d'évoquer la prescription biennale du droit des assurances issue de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1930<sup>542</sup>. Ce délai a d'abord été choisi en considération de la pratique des assureurs qui, afin d'échapper à la prescription trentenaire, intégraient à leurs contrats des délais de prescription beaucoup plus courts - généralement six mois - échappant à l'attention des assurés<sup>543</sup>. Pour remédier à cette pratique, le législateur a adopté un délai, qualifié d'ordre public, qui a été jugé raisonnable pour permettre des discussions amiables entre l'assureur et l'assuré, tout en laissant suffisamment de temps à l'assuré pour introduire une demande en justice en cas d'échec<sup>544</sup>. La législation de pays voisins tels l'Allemagne ou encore la Suisse n'a pas non plus été étrangère au choix du délai biennal<sup>545</sup>.

**142.** En définitive, le lien affirmé dès le XVI<sup>e</sup> siècle entre la nature absolue de la nullité et son régime n'est ni justifié, ni pertinent au regard de la rigidité qu'il engendre. Cette dernière peut d'ailleurs expliquer tant l'absence, jusqu'à présent<sup>546</sup>, de consécration légale de la distinction des nullités relative et absolue<sup>547</sup>, que le fait qu'elle soit malmenée.

---

<sup>541</sup> V. *infra* n°194.

<sup>542</sup> Loi du 13 juillet 1930 dite Godart relative au contrat d'assurances, JORF du 18 juillet 1930, p. 8003.

<sup>543</sup> GODART (J.) et PERRAUD-CHARMANTIER (A.), *Code des assurances – Commentaire pratique et complet de la loi du 13 juillet 1930, relative au contrat d'assurance*, 3<sup>e</sup> éd., Éditions techniques S.A, Paris, 1947, n°541 ; SICOT (L.) et MARGEAT (H.), *Précis de la loi sur le contrat d'assurance*, 4<sup>e</sup> éd., L.G.D.J, 1962, n°251.

<sup>544</sup> L'article 26 de la loi du 13 juillet 1930 dispose : « la durée de la prescription ne peut être abrégée par une clause de la police ».

<sup>545</sup> GODART (J.) et PERRAUD-CHARMANTIER (A.), *op. cit.*, n°541. Cette uniformisation entre les différents états a fait dire à un auteur : « la prescription biennale est la règle » (STIEFEL (E.), « Le sinistre dans l'assurance de responsabilité (étude de droit comparé) », *RGAT*, 1936, p. 721.

<sup>546</sup> Le 28 janvier 2015 le projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, contenant une habilitation du gouvernement a réformé le droit des contrats par voie d'ordonnance, a été définitivement adoptée. Il autorise le gouvernement à « clarifier les règles relatives à la nullité » (v. l'art. 8). Le Conseil constitutionnel, saisi le 29 janvier 2015 par 60 sénateurs, a considéré, dans sa décision n°2015-710 du 12 février 2015, que « l'article 8 de la loi relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures est conforme à la Constitution ». La loi a été publiée au Journal Officiel le 17 février 2015. Par conséquent, dans peu de temps, la théorie dite moderne des nullités fera certainement l'objet d'une consécration légale.

<sup>547</sup> L'absence de règles générales relatives à la mise en œuvre de la nullité peut trouver plusieurs explications. D'abord, le manque de temps ou d'intérêt du législateur pour cette question, celui-ci préférant répondre ponctuellement aux difficultés soulevées. Il semble que cette perte d'intérêt ait pris fin, et qu'il s'agit désormais d'une urgence puisque le Parlement a habilité le Gouvernement à « clarifier les règles relatives à la nullité » (art. 8, 4<sup>e</sup> de la loi n°2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures). Ensuite, l'absence de règles faisant l'unanimité en doctrine. La preuve de la volonté du législateur de répondre ponctuellement aux difficultés suscitées par la détermination du régime d'une cause de nullité résulte de la multiplication des dispositions spécifiques dans et hors du Code civil depuis 1804. Si à l'origine le Code civil ne contenait qu'un régime spécial, celui des nullités du mariage, ainsi que quelques dispositions constituant des bribes de régimes à propos de certaines causes de nullité (v. par ex. les articles 225, 475, 892, 1304, 1338, 1339 et 1340 dans leur rédaction de 1804), le législateur s'est depuis intéressé en partie au régime de nullités édictées en matière d'incapacités (v. les articles 402 et 465 issus de la loi du 5 mars 2007) ou de celui des nullités des sociétés (v. les articles 1844-11 à 1844-14 et 1844-16 issus de la loi du 4 janvier 1978), ou de celui de certaines causes de nullité en droit

## **Section 2 - Le carcan de l'opposition de régimes**

143. Les vertus explicatives prêtées à la distinction des nullités relative et absolue sont mises à mal lorsqu'on analyse les régimes attachés à différentes causes de nullité<sup>548</sup>. Certains régimes ne correspondent parfaitement ni au régime de la nullité relative, ni au régime de la nullité absolue. Pour permettre à la nullité d'être en adéquation avec les besoins pratiques, la distinction des nullités relative et absolue est ainsi parfois dévoyée, parfois atteinte. Dévoyée car le critère de distinction pourra être occulté au profit du régime souhaité (§.1). Atteinte, car les régimes attachés à la nullité relative et à la nullité absolue seront rapprochés, voire unifiés (§.2).

---

patrimonial de la famille (v. par ex. les articles 220-3, 777 et 1427). Pour autant, la grande majorité des dispositions relatives à la nullité édictée et codifiée au sein du Code civil évoquent une cause de nullité sans la moindre précision pour son régime. Ce même phénomène s'observe au sein de lois codifiées dans d'autres Codes. En effet, le Code qui contient le plus de dispositions relatives à la mise en œuvre de la nullité est assurément le Code de commerce (il y est en effet possible de dénombrer plus d'une douzaine de dispositions relatives au régime de la nullité. v. par ex. les articles L. 121-5 al. 2<sup>nd</sup>, L. 223-27 al. 7, L. 225-42 al. 2 et 3, L. 225-90 al. 2 et 3, L. 225-104 al. 2, L. 228-54 al. 1<sup>er</sup>, L. 228-59 al. 2<sup>nd</sup>, L. 235-4 al. 1<sup>er</sup>, L. 235-9 al. 1, 2 et 3, L. 235-14 al. 2 et 3, L. 251-5 al. 2, L. 632-4 et L. 820-3-1 al. 2<sup>nd</sup>). Cependant, le législateur ne s'est pas seulement attaché à déterminer le régime des nullités en droit commercial, il est en effet possible de relever l'existence de disposition ayant trait au régime de la nullité notamment au sein du Code des assurances (v. par ex. les articles L. 132-3 al.3, L. 132-4 al. 3 et L. 132-31 ), du Code de la construction et de l'habitation (v. par ex. les articles L. 261-11 al. 6, L. 213-8 al. 4, L. 222-3 al. 3, L. 411-3 al. 4, L. 411-4 al. 2, L. 423-11-3 al. 2 et L. 443-15-6 al. 3 ), du Code de la propriété intellectuelle (v. par ex. les articles L. 512-4 al. 2 et 3, L. 613-26, L. 714-3 al. 2 et 3, L. 714-4 et L. 715-3 al. 1<sup>er</sup>), du Code rural et de la pêche maritime (v. par ex. les articles L. 411-68 al. 2<sup>nd</sup>, L. 412-8 al. 4, L. 412-12 al. 3 et L. 526-7-1 al. 2), du Code de la mutualité (v. par ex. les articles L. 114-35 al. 2 et 3, L. 223-5 al. 3 et L. 223-7 al. 3 ), du Code de l'urbanisme (v. par ex. les articles L. 111-5-2, L. 111-5-3, L. 142-4 et L. 213-2 ) ou encore du Code monétaire et financier (v. par ex. l'article L. 213-6 al. 2<sup>nd</sup>). Ensuite, les divergences doctrinales relatives aux régimes à attacher à la distinction des nullités relative et absolue constituent une seconde explication. Elles apparaissent déjà lors de la rédaction d'un projet de réforme du Code civil postérieurement à la seconde Guerre Mondiale (v. l'art. 1<sup>er</sup> du Décret n°45-1194 du 7 juin 1945 portant création d'une Commission de réforme du Code civil). Il est en effet possible de relever trois grandes différences entre l'avant-projet rédigé par le Professeur HOUIN et celui élaboré par le Professeur H. MAZEAUD respectivement pour les sous-commissions « Partie générale » et « des Actes juridiques », mais seule la troisième a trait au régime (la première est relative à la terminologie et la deuxième au domaine respectif des nullités relative et absolue). La divergence réside dans la durée du délai de prescription. En effet, si le premier se prononce en faveur d'un délai de 30 ans pour les nullités et de 5 ans pour les annulabilités, le second opte par contre pour un délai de 2 ans pour les nullités relatives auquel il est fait exception lorsqu'il est question d'incapacité – dans cette hypothèse le délai sera porté à 5 ans (v. *Travaux de la commission de réforme du Code civil – année 1946-1947*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p. 51 et s pour l'avant-projet du Professeur HOUIN et p. 201 et s. pour l'avant-projet du Professeur H. MAZEAUD). Plus récemment, ces divergences peuvent s'observer à travers les projets Terré et celui de la Chancellerie de mai 2009 d'une part et l'avant-projet Catala d'autre part. Si les deux premiers s'accordent sur la terminologie de nullité relative et nullité absolue, l'avant-projet Catala assimile nullité absolue et nullité d'ordre public. Il en tire deux conséquence quant aux titulaires de l'action en nullité – le ministère public peut invoquer la nullité absolue et le juge a la faculté de la relever d'office. De même que si les deux premiers prévoient la possibilité de mettre en demeure le bénéficiaire d'une action en nullité relative de se prononcer, l'avant-projet Catala reste muet sur cette possibilité. Enfin, si le projet de la Chancellerie demeure silencieux sur les délais de prescription, l'avant-projet Catala – il est vrai élaboré antérieurement à la réforme de la prescription en matière civile – opte pour des délais de 10 ans pour la nullité absolue et de 3 ans pour la nullité relative, le projet Terré préconise quant à lui, et malgré la réforme opérée par la loi du 17 juin 2008, un délai de 10 ans pour la nullité absolue et un délai de 5 ans pour la nullité relative.

<sup>548</sup> V. *supra* n°61 et s.

### ***§.1 - L'opposition de régimes, cause de dévoiement de la distinction***

144. De temps à autre, le régime d'une cause de nullité ne résultera pas de la mise en œuvre du critère de distinction. La cause de nullité pourra ainsi être qualifiée non au regard de l'intérêt en cause, mais en considération du régime souhaité (A). D'autres fois, le juge répondra à la question de régime soumise, sans se prononcer sur la qualification de la cause de nullité (B)<sup>549</sup>.

#### **A - La qualification déterminée en fonction du trait de régime souhaité**

145. Le contentieux de la nullité se cristallise généralement autour de son régime. Il est dès lors tentant, pour les parties à la procédure, comme pour le juge, d'opter pour une qualification non en considération du critère, mais en fonction du régime souhaité. Ainsi, ce sont parfois les parties qui cherchent à instrumentaliser la qualification (1). D'autres fois, c'est le juge qui succombe à la tentation de retenir le régime qui lui semble le plus approprié, comme l'illustre l'ancienne nullité du contrat de mariage conclu par un mineur (2).

##### **1 - Les tentatives d'instrumentalisation de la qualification par les demandeurs à l'action**

146. Parmi les arguments en faveur de l'unification des délais de prescription de la nullité relative et de la nullité absolue, on a pu souligner que l'identité de délai aurait le mérite « d'éviter tout risque de contentieux sur la nature de la nullité applicable »<sup>550</sup>. Effectivement, l'étude de la jurisprudence montre que c'est généralement pour une question de prescription que les parties à la procédure argumentent sur le caractère relatif ou absolu de la nullité. Les nombreux arrêts récents sur la nullité pour absence de cause en constituent une illustration<sup>551</sup>. Ainsi, par exemple, dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 11 février 2014, les demandeurs, intentant l'action plus de cinq ans après la vente se prévalait de son inexistence puisque conclue à vil prix<sup>552</sup>.

Il est parfois avancé que les juges du fond, guidés par le souci de ne pas déclarer l'action en nullité prescrite, optent pour la nullité absolue. Ainsi, la première chambre

---

<sup>549</sup> En procédant de la sorte le juge occulte « la démarche fondamentale, selon laquelle c'est la nature qui commande le régime » (BERGEL (J.-L.), « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, 263).

<sup>550</sup> V. Rapport d'information fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par la mission d'information sur le régime des prescriptions civiles et pénales, par MM. Jean-Jacques HYEST, Hugues PORTELLI et Richard YUNG, p. 90.

<sup>551</sup> Il y a bien d'autres illustrations, v. par ex. pour l'action en nullité d'une transaction intervenue avant la notification du licenciement intentée plus de cinq ans après la conclusion de l'acte, Cass. soc. 6 avril 2004, n°02-41630.

<sup>552</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 11 fév. 2014, n°12-25756 ; *Garç. Pal.* 2014, n°183, p. 15, obs. HOUTCIEFF (D.) ; v. égal. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 21 sept. 2011, préc.

civile a cassé un arrêt d'une cour d'appel ayant retenu la qualification de nullité absolue, alors que la disposition méconnue relevait de l'ordre public de protection, et ce, afin de ne pas déclarer l'action irrecevable car prescrite<sup>553</sup>. La troisième chambre civile a également pu censurer l'arrêt d'une cour d'appel ayant opté pour la nullité absolue de l'acte dépourvu de cause<sup>554</sup>. Est-ce également ce qui a motivé la Chambre commerciale de la Cour de cassation lorsqu'elle a prononcé la nullité absolue du contrat dépourvu d'un prix sérieux<sup>555</sup> ? Le doute est permis puisqu'on sait que, concernant l'absence de cause, le critère de l'intérêt est apte à justifier tant la nullité relative que la nullité absolue<sup>556</sup>.

147. En définitive dans le cadre d'une action, il arrive que les requérants optent pour une qualification en considération non du critère de l'intérêt, mais du régime devant en découler. Parfois, les juges du fond cèdent et instrumentalisent la distinction des nullités relative et absolue. La prescription constitue le terrain d'élection de l'instrumentalisation de la qualification. Toutefois, la volonté d'ouvrir l'action à tout intéressé a également pu inciter à occulter le critère de l'intérêt pour qualifier la cause de nullité invoquée.

## **2 - La qualification instrumentalisée : l'ancienne nullité du contrat de mariage conclu par un mineur**

148. Le contrat conclu par un mineur est entaché d'une nullité relative et ce, quel que soit le critère de distinction mis en œuvre. Pourtant, la jurisprudence avait considéré, dans le cas particulier du contrat de mariage, que la nullité revêtait un caractère absolu. Ainsi, par exemple, dans un arrêt du 7 décembre 1971 la première chambre civile de la Cour de cassation énonce, au visa des articles 1397 et 1398 anciens du Code civil que : « le pacte matrimonial n'intéresse pas seulement les époux et leurs héritiers ou ayants cause, qu'il intéresse aussi les tiers dans leur relation avec l'association conjugale : que la nullité de ce contrat, lorsqu'elle nait d'une contravention à l'article 1398 précité, est absolue et n'est soumise qu'à la prescription de trente ans »<sup>557</sup>. Si la Cour de cassation se fonde sur le principe de l'immutabilité du régime matrimonial, principe s'opposant à ce que le sort du contrat de mariage dépende de l'un des

---

<sup>553</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 janv. 1995, n° 92-20557, *Bull. civ.* I, n°18 ; *Defrénois* 1995, art. 36024, n°19, p. 345, obs. AUBERT (J.-L.). Il s'agissait d'une action en nullité d'un contrat d'intégration conclu en méconnaissance de l'article 19 de la loi n° 64-678 du 6 juillet 1964.

<sup>554</sup> V. par ex. CA de Versailles, 26 mai 2011 dont l'arrêt a été cassé par Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 24 oct. 2012, n° 11-21980.

<sup>555</sup> Cass. com., 23 oct. 2007, préc.

<sup>556</sup> V. *supra* n°88 et s.

<sup>557</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 déc. 1971, *D.* 1972, 173, note BRETON (A.) ; *JCP* 1972, II, 17048. Pour une critique du caractère absolu de cette cause de nullité, v. égal. CORNU (G.), *Les régimes matrimoniaux*, Puf, coll. Thémis droit privé, 9<sup>e</sup> éd., 1999, p. 188-189.

époux<sup>558</sup>, cette solution s'explique également, – et peut être même principalement –, par le souci d'éviter aux tiers une longue incertitude<sup>559</sup>. Si la jurisprudence avait opté pour la nullité relative, alors l'insécurité juridique des tiers aurait pu durer plus de dix ans. Dans le domaine des incapacités, le délai de prescription ne commence en effet à courir qu'à compter du jour où l'incapable recouvre ses droits<sup>560</sup>. Afin d'éviter aux tiers une situation inconfortable, la jurisprudence leur a ouvert l'action. Elle n'a cependant pu le faire qu'en qualifiant la nullité d'absolue, soit en dévoyant la qualification de cette cause de nullité<sup>561</sup>.

149. L'ancienne nullité du contrat de mariage conclu par un mineur révèle que la rigidité issue de l'existence d'une dualité de régime opposé ne permet pas à la jurisprudence de concilier les intérêts de la personne protégée avec ceux des tiers. Afin d'étendre le cercle des titulaires de l'action en nullité pour arbitrer les intérêts en cause, la jurisprudence a du dévoyer la qualification de la cause de nullité. Si le juge, pour certaines causes de nullité, détermine la qualification non en fonction du critère de distinction, mais au regard du trait de régime souhaité pour solutionner le litige, dans d'autres, il occulte complètement la qualification.

## **B - La qualification occultée lors de la détermination du trait de régime souhaité**

150. Parfois, pour retenir le trait de régime souhaité, la Cour de cassation occulte la qualification. Elle a notamment procédé de la sorte lors des litiges relatifs à la nullité d'une clause de non concurrence insérée dans un contrat de travail<sup>562</sup>.

Par trois arrêts du 10 juillet 2002, la chambre sociale de la Cour de cassation a érigé en condition de validité d'une clause de non concurrence l'existence d'une contrepartie pécuniaire<sup>563</sup>. La chambre sociale ne s'est pas attachée à qualifier cette cause de nullité. Elle s'est uniquement contentée de refuser à l'employeur le droit de se prévaloir de la nullité. Elle énonce, depuis, systématiquement que « seul le salarié peut se prévaloir de la nullité de la clause de non-concurrence ne comportant pas de contrepartie financière »<sup>564</sup>.

---

<sup>558</sup> V. not. FLOUR (J.) et CHAMPENOIS (G.), *Les régimes matrimoniaux*, Armand-Colin, 2<sup>e</sup> éd., 2001, n°175.

<sup>559</sup> V. sur ce point : JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 373 et s. ; FLOUR (J.) et CHAMPENOIS (G.), *op. cit.*, n°175 ; CORNU (G.), *op. cit.*, p. 188-189 ; COLOMER (A.), *Droit civil - Régimes matrimoniaux*, Litec, 12<sup>e</sup> éd., 2004, n°303 ; TERRÉ (F.) et SIMLER (Ph.), *Droit civil - Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2015, n°178.

<sup>560</sup> V. l'art. 1304 dans sa rédaction antérieure à la loi n°68-5 du 3 janv. 1968 (JORF du 4 janvier 1968, p. 114).

<sup>561</sup> La loi n°65-570 du 13 juillet 1965 a réformé l'article 1398 du Code civil. Il précise désormais non seulement les titulaires de l'action, mais également que la nullité ne peut être invoquée que « jusqu'à l'expiration de l'année qui suivra la majorité accomplie ». Pour parvenir au même résultat que la jurisprudence antérieure, à savoir limiter l'incertitude des tiers, le législateur a fait le choix d'un délai de prescription plus court.

<sup>562</sup> Elle a procédé de même s'agissant des clauses couperet. V. par ex. AP, 6 nov. 1998, n° 97-4193, *Bull. AP*, n°3, et v. *infra* n°353.

<sup>563</sup> Pourvoi n° 99-43334 et 99-43336, *Bull. civ. V*, n°239 ; *Dr. soc.* 2002, 949, note VATINET (R.).

<sup>564</sup> Cass. soc., 25 janv. 2006, n°04-43646, *Bull. civ. V*, n°25. v. déjà : Cass. soc., 17 juil. 1997, n°95-40869, *Bull. civ. V*, n°280.

**151.** Cette cause de nullité illustre, une nouvelle fois, l'inaptitude du critère de l'intérêt à qualifier de façon certaine une cause de nullité<sup>565</sup>. La nullité relative se justifie puisque l'intérêt du salarié commande assurément l'encadrement des clauses de non concurrence. Mais la qualification de nullité absolue se défend également puisqu'en érigeant la contrepartie financière en condition de validité, la Cour de cassation a cherché à protéger une liberté fondamentale, à savoir le libre exercice d'une activité professionnelle<sup>566</sup>. Elle a d'ailleurs déjà sanctionné par la nullité absolue la méconnaissance d'une liberté fondamentale<sup>567</sup>. Ainsi, dans un souci de cohérence, la Cour de cassation devrait opter pour la nullité absolue de la clause de non concurrence lorsque celle-ci est dépourvue de contrepartie financière. Il reste qu'une telle solution reviendrait à permettre à l'employeur de se prévaloir de la nullité de la clause de non concurrence et d'échapper, par là même, aux conséquences pécuniaires en résultant<sup>568</sup>. La Haute juridiction s'y refuse et afin d'éviter de mettre en lumière la contradiction existant entre le caractère de la nullité et le cercle des titulaires de l'action qu'elle veut retenir, elle s'abstient de qualifier la cause de nullité.

**152.** Il faut encore souligner que cette cause de nullité, au regard du régime retenu par la Cour de cassation, a été considérée comme étant une nullité relative par certains auteurs<sup>569</sup>. Ces derniers inscrivent leur réflexion dans le carcan de la distinction des nullités

---

<sup>565</sup> V. *supra* n°86 et s.

<sup>566</sup> Ce principe a par exemple été visé par la Chambre sociale dans ses arrêts du 10 juillet 2002. La Cour de cassation a également eu recours aux expressions « principe de la liberté du travail » (Cass. soc., 28 sept. 2011, n°09-68537, *Bull. civ.* V, n°196) et « liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle » (Cass. soc., 17 déc. 2004, n°03-40008, *Bull. civ.* V, n°346). V. égal. Cass. soc., 10 mai 2012, n°09-72348 : « l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence répond à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle ». V. égal. PIGNARRE (L.-F.), « La contrepartie financière de la clause de non concurrence et le droit des obligations : jeux d'influence », *Revue de droit du travail*, 2009, p. 151.

<sup>567</sup> Pour une clause, contenue dans un bail commercial, et obligeant le preneur à adhérer à une association de commerçant, v. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 12 juin 2003, n°02-10778, *Bull. civ.* III, n°125 ; *RTD civ.* 2003, 771, obs. RAYNARD (J.) ; *RTD civ.* 2004, 280, obs. FAGES (B.) ; v. égal. pour un rappel du principe de la nullité absolue de la clause d'adhésion obligatoire et la précisions des effets de celle-ci sur le plan des restitutions : Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 23 nov. 2011, n°10-23928, *Bull. civ.* III, n°198 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juil. 2012, n°11-17587, *Bull. civ.* I, n°161 ; KENFACK (H.), « Clause d'adhésion obligatoire à une association de commerçants : le triomphe du droit commun et de l'esprit du droit des affaires », *D.* 2012, 2490.

<sup>568</sup> Elle refuse que l'employeur puisse invoquer la nullité de la clause de non concurrence car par ce biais, il cherche à éviter d'indemniser son employé en raison de la présence de cette clause dénuée de contrepartie financière dans son contrat. Les employeurs ont également cherché à invoquer le fait qu'ils avaient entendu renoncer à la clause de non concurrence. La jurisprudence se montre stricte avec les employeurs. v. not. : Cass. soc., 30 mars 2011, *Bull. civ.* V, n° 85, pourvoi n°09-41583 (pour une renonciation jugée tardive, le licenciement étant intervenue le 21 avril et l'envoi de la lettre libérant le salarié de la clause le 2 mai de la même année), Cass. soc., 23 sept. 2008, pourvoi n°07-41650 (pour un rappel que la renonciation de l'employeur doit résulter d'une « manifestation de volonté claire et non équivoque »).

<sup>569</sup> V. par ex. DUMONT (F.), note sous Cass. soc., 2 fév. 2006, *JCP S*, 2006, n°12, p. 37-38 ; v. égal. COEURET (A.), GAURIAU (B.) et MINÉ (M.), *Droit du travail*, Sirey, 3<sup>e</sup> éd., 2013, n°348 ; FAVENNEC-HÉRY (F.) et VERKINDT (P.-Y.), *Droit du travail*, L.G.D.J., 4<sup>e</sup> éd., 2014, n°582. Certains auteurs se fondent sur les arrêts de la Chambre sociale du 3 mai 1989 et du 17 juillet 1997 pour soutenir que la nullité est relative car « instituée seulement dans l'intérêt du salarié » (COEURET (A.), GAURIAU (B.) et MINÉ (M.), *Droit du travail*, *op. cit.*, n°348).

relative et absolue, sans songer à s'en extraire, là même où la jurisprudence ne l'invoque pas et semble s'en désintéresser. Le procédé inductif utilisé par ces auteurs apparaît également à propos des nullités de la période suspecte : au motif que l'action est attirée, un auteur en a déduit que les nullités de la période suspecte devaient être labellisées de relatives<sup>570</sup>.

**153.** En définitive, la détermination du régime d'une cause de nullité ne dépend pas systématiquement de la mise en œuvre du critère de distinction. Ce dernier est parfois occulté au profit du régime souhaité. La jurisprudence s'écarte de la dualité de régime attachée à la distinction des nullités relative et absolue afin d'adapter le régime d'une cause de nullité aux besoins concrets. Poursuivant cet objectif d'adaptation, la jurisprudence rapproche parfois le régime assigné par la doctrine à la nullité relative de celui de la nullité absolue. De temps à autre, elle est rejointe dans cette voie par le législateur<sup>571</sup>.

## §.2 - *Le rapprochement des régimes*

**154.** La jurisprudence et le législateur ont réagi face à la rigidité résultant de la distinction des nullités relative et absolue. La première refuse de se laisser enfermer dans le carcan de la distinction, de même que le second, qui ne se résout pas toujours à adopter les régimes proposés par la doctrine. Leurs choix respectifs ont contribué à rapprocher les régimes respectifs de la nullité relative et de la nullité absolue. Des illustrations en attestent,

---

Il faut cependant souligner que l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 3 mai 1989 énonce que « le salarié ne s'étant pas prévalu de la nullité éventuelle, instaurée à son seul profit, de la clause de non-concurrence, l'employeur n'était pas recevable à le faire dans le but d'échapper aux conséquences pécuniaires de l'interdiction imposée par lui au salarié » et que celui du 17 juil. 1997 retient que « l'employeur n'était pas recevable à invoquer l'illicéité de la clause de non-concurrence au motif qu'elle n'était pas indispensable à la protection des intérêts de son entreprise » (souligné par nous).

Dans ces deux arrêts, contrairement à ce que soutiennent ces auteurs, la Cour de cassation n'évoque pas que la nullité a été instituée « seulement dans l'intérêt du salarié ». Il est vrai que lorsque la chambre sociale précise que la nullité a été instaurée à son seul profit, elle peut certes faire référence à l'intérêt protégé particulier du salarié, mais également seulement au fait que seul le salarié est titulaire de l'action en nullité, sans préjuger de l'intérêt protégé.

Il convient en outre de noter, d'une part que ces arrêts ont tous été rendus antérieurement aux arrêts du 10 juillet 2002 qui érigent la contrepartie financière en condition de validité de la clause et précisent son but qui renvoie plutôt à une nullité absolue (v. *supra* note 2, p. 117) et d'autre part, que dans deux arrêts postérieurs du 25 janv. 2006 (*Bull. civ.* V, n°25, préc.) et du 2 févr. 2006 (pourvoi n°04-41004, *Bull. civ.* V, n°56) la chambre sociale de la Cour de cassation vise « le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle » et précise que « seul le salarié peut se prévaloir de la nullité de la clause de non-concurrence ne comportant pas de contrepartie financière » sans justifier l'exclusion de l'employeur au regard de l'intérêt du salarié.

<sup>570</sup> SORTAIS (J.-P.), *LPA* 9 avril 2008, n°72, p. 11, note sous Cass. com., 26 avril 2000 : « il n'est pas contesté que, dès lors qu'elles donnent lieu à des actions attirées, les nullités de la période suspecte soient des nullités relatives ».

<sup>571</sup> Sur le constat que les conséquences classiques de la distinction sont parfois écartées par la loi : v. SAVATIER (R.), *Cours de droit civil*, T. II, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2<sup>e</sup> éd., 1949, n°179.

elle peuvent être tirées tant de la question des titulaires de l'action en nullité (A), que de celle de l'extinction du droit d'agir, que ce soit par la confirmation (B) ou par la prescription (C).

## **A - Le cercle des titulaires de l'action**

**155.** Le législateur autorise quelques fois des personnes autres que la personne protégée à agir en nullité (1). Inversement, il exclut parfois « tout intéressé » du cercle des titulaires d'une action en nullité absolue<sup>572</sup> (2).

### **1 - L'ouverture de l'action à des personnes autres que la personnes protégée**

**156.** Parfois, l'action en nullité n'est pas ouverte à la seule personne protégée alors que son intérêt particulier a guidé l'édiction de la règle de validité. D'autres fois, l'action en nullité appartiendra à la seule personne protégée, mais elle n'en disposera pas à sa guide. Un moyen de pression pourra en effet être octroyé aux tiers afin d'inciter la personne protégée à faire part de ses intentions quant au sort de l'acte entaché de nullité. Si la nullité du partage d'ascendant pour omission d'un héritier constitue un exemple de la première hypothèse (a), la nullité d'une société en nom collectif pour minorité de l'un des associés illustre la seconde (b).

#### **a - L'exemple de l'ancienne nullité du partage d'ascendant pour omission d'un héritier**

**157.** Le Code Napoléon prévoyait, en son article 1078, que « si le partage n'est pas fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès et les descendants de ceux prédécédés, le partage sera nul pour le tout. Il ne pourra être provoqué un nouveau dans la forme légale, soit par les enfants et les descendants, qui n'y auront reçu aucune part, soit même par ceux entre qui le partage aura été fait ». JAPIOT classe cette cause de nullité parmi ce qu'il dénomme les « nullités relatives généralisées ». Il soutient que cette disposition établit un équilibre entre les intérêts de l'héritier omis et ceux des héritiers inclus. Afin de protéger les intérêts de l'héritier omis<sup>573</sup>, afin d'assurer la sécurité juridique de ses cohéritiers<sup>574</sup>, le droit de critique est octroyé à toutes les personnes intéressées au partage. Le droit de critique est donc

---

<sup>572</sup> Dans sa thèse, JAPIOT avait soutenu que certaines nullités fondées sur une idée de protection d'un intérêt particulier peuvent tout de même être invoquées par tout intéressé, comme s'il s'agissait de nullités absolues. Il les avait dénommées : « nullités relatives généralisées ». Les exemples qu'il évoque sont parfois contestables car si l'objectif poursuivi est certes d'étendre le cercle des titulaires du droit d'agir, il ne s'agit pas pour autant du moyen directement utilisé. Ces illustrations montrent incontestablement que la rigidité résultant de la distinction des nullités relative et absolue incite depuis longtemps à plus de souplesse.

<sup>573</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 568-569.

<sup>574</sup> V. déjà DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code napoléon, T. XXIII, Traité des donations entre-vifs et des testaments*, T. VI, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Imprimerie générale, 1872, n°168. Il énonce que : « ce que le législateur a voulu, c'est que les enfants, qui ont été compris dans le partage, ne fussent pas obligés de demeurer dans l'incertitude pendant toute la durée de l'action qui appartient aux enfants qui n'y ont pas été inclus ».

étendu. JAPIOT se prévaut de l'emploi du terme « même » pour montrer que le législateur a sciemment étendu le droit de critique<sup>575</sup>. Force est de constater, qu'au regard des titulaires du droit d'agir, un rapprochement avait ici été opéré entre la nullité relative et la nullité absolue. Le législateur a, par la suite, rejeté cette extension du droit d'agir. Il a trouvé un autre moyen d'assurer la sécurité juridique des cohéritiers<sup>576</sup>. Affaiblie par la loi du 7 février 1938, cette cause de nullité a disparu depuis la loi du 3 juillet 1971<sup>577</sup>. L'héritier omis n'est plus titulaire d'une action en nullité mais d'une action en réduction si les biens existants à l'ouverture de la succession sont insuffisants à constituer sa part de réserve<sup>578</sup>. En conséquence, l'héritier omis bénéficie toujours d'une protection, mais celle-ci a été amoindrie.

**158.** Si dans l'hypothèse de la nullité du partage d'ascendant pour omission d'un héritier le législateur a opté, à l'origine, pour l'extension du cercle des titulaires du droit d'invoquer la nullité, il n'a pas retenu une telle solution lorsqu'il s'est trouvé confronté à un problème similaire.

#### b - L'exemple de la nullité de la société en nom collectif pour minorité d'un associé

**159.** Pour être associé d'une société en nom collectif, il faut pouvoir bénéficier de la qualité de commerçant<sup>579</sup>. Seules peuvent avoir cette qualité les personnes majeures ou les mineurs émancipés ayant reçu une autorisation du juge des tutelles, ou du président du tribunal de grande instance<sup>580</sup>. Par conséquent, un mineur ne peut être, sauf exception, associé d'une société en nom collectif.

Lorsqu'un mineur est titulaire de parts d'une société en nom collectif, cette dernière se trouve entachée d'une cause de nullité tenant à l'incapacité du mineur, de sorte qu'il ne peut donc s'agir que d'une nullité relative. En conséquence, les associés de l'incapable ne

---

<sup>575</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 570.

<sup>576</sup> Sur l'évolution, v. LEVENEUR (L.) et LEVENEUR (S.), *Leçons de droit civil, T. IV - deuxième volume, Successions-Libéralités*, Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd., 1999, n°1805 ; GRIMALDI (M.), *Droit civil - Libéralités, Partages d'ascendants*, Litec, 2000, n°1755.

<sup>577</sup> La nullité n'était prononcée que si, à l'ouverture de la succession, il n'y avait pas suffisamment de biens pour octroyer à l'enfant omis sa part héréditaire.

<sup>578</sup> V. l'article 1077-1 du Code civil. Il dispose : « L'héritier réservataire, qui n'a pas concouru à la donation-partage, ou qui a reçu un lot inférieur à sa part de réserve, peut exercer l'action en réduction, s'il n'existe pas à l'ouverture de la succession des biens non compris dans le partage et suffisants pour composer ou compléter sa réserve, compte tenu des libéralités dont il a pu bénéficier ».

<sup>579</sup> V. l'art. L. 221-1 du Code de commerce. Il énonce : « Les associés commandités ont le statut des associés en nom collectif ». Or les associés en nom collectif ont la qualité de commerçant en vertu de l'art. L. 221-1 du Code de commerce.

<sup>580</sup> La loi n°2010-658 du 15 juin 2010 est venue modifiée la rédaction de l'art. L. 121-2 du Code de commerce. Si antérieurement il disposait que « Le mineur, même émancipé, ne peut être commerçant », il précise désormais que « le mineur émancipé peut être commerçant sur autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et du président du tribunal de grande instance s'il formule cette demande après avoir été émancipé ».

peuvent pas intenter l'action en nullité<sup>581</sup> : ils sont destinés à demeurer dans l'incertitude quant au sort de la société. La nécessité de concilier les intérêts du mineur avec la sécurité juridique de ses associés, mais également avec celle des tiers contractant avec la société apparaît. Les auteurs ont donc proposé de permettre aux associés de contraindre l'incapable à prendre parti<sup>582</sup>. Autrement dit, les associés pourraient inciter l'incapable à agir en justice, mais non agir eux-mêmes<sup>583</sup>.

**160.** Les lois n°66-537 du 24 juillet 1966 et n°78-9 du 4 janvier 1978 ont réglé la difficulté. La nullité en raison de l'incapacité d'un associé s'avère relative au regard des articles L. 235-6 du Code de commerce et 1844-12 du Code civil, mais le délai de prescription a été réduit à trois ans. En outre, si tout intéressé ne peut pas agir en nullité, tout intéressé peut cependant, lorsque la régularisation est possible, « mettre en demeure celui qui est susceptible de l'opérer, soit de régulariser, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion ». Cette mise en demeure est à la disposition certes des associés, mais également des tiers qui contractent avec la société. Elle vaut également quel que soit le type de société en raison de la généralité des termes des articles L. 235-6 du Code de commerce et 1844-12 du Code civil<sup>584</sup>. Cette option, offerte au bénéficiaire de l'action en nullité, ne constitue pas le principe<sup>585</sup>. En effet, le bénéficiaire d'une action en nullité relative n'est jamais tenu ni de régulariser sa situation, ni d'agir en nullité dans un délai plus bref que le délai de prescription prévu<sup>586</sup>.

---

<sup>581</sup> HOUPIN (C.), *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, T. I, Paris, 3<sup>e</sup> éd., 1899, n°26 ; LYON-CAEN (Ch.) et RENAULT (L.), *Traité de droit commercial*, T. II, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 4<sup>e</sup> éd., 1908, n°81 ; PIC (P.), « Des nullités de sociétés pour incapacité légale et spécialement de la nullité des sociétés entre époux », *RTD civ.* 1907, 488.

<sup>582</sup> PIC (P.), art. préc., p. 489 ; LYON-CAEN (Ch.) et RENAULT (L.), *op. cit.*, n°81.

<sup>583</sup> *Contra* : JAPIOT, tout en reconnaissant dans une note de bas de page que les auteurs n'ont pas proposé d'ouvrir aux tiers l'action en nullité, affirme dans le corps de sa thèse que « l'on n'a pas hésité à écarter la règle d'après laquelle le mineur seul aurait le droit d'agir en nullité » (JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 577).

<sup>584</sup> Sous réserve des dispositions de l'article L. 235-1 du Code de commerce qui dispose : « En ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice du consentement ni de l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs ».

<sup>585</sup> L'avant-projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats rendu public en février 2015 préconise d'étendre la système de la mise en demeure lorsque la nullité est relative. L'article 1183 dispose : « une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion ». V. antérieurement le projet de réforme du droit des obligations élaboré sous la direction de F. Terré a proposé en son article 83 d'étendre cette possibilité à toutes les nullités relatives. Il dispose : « Celui dont dépend la confirmation peut être mis en demeure par l'autre partie de se prévaloir de la nullité. À défaut de réponse dans un délai de six mois, il perd ce droit, que ce soit par voie d'action ou d'exception » (TERRÉ (F.), dir., *Pour une réforme du droit des contrats*, coll. Thèmes & commentaires, 2009, p. 241). L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, dit avant-projet Catala retenait déjà une position similaire. L'article 1129-5 de cet avant-projet dispose : « Celui dont dépend la confirmation ou la ratification peut être mis en demeure par l'autre partie soit de confirmer ou ratifier, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois, à peine de forclusion ».

<sup>586</sup> NGUYEN (X. C.), « La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966 », *D.* 1968, ch., p. 35.

**161.** Ce moyen offert aux associés et aux tiers s'explique certes par la nécessité de concilier les intérêts de ces personnes avec la protection accordée à la personne protégée, mais également par le "milieu" dans lequel cette nullité est appelée à opérer<sup>587</sup>. Sous l'influence de la Communauté économique européenne, le législateur français a ressenti la nécessité de réduire les causes de nullités des sociétés<sup>588</sup>, notamment en considération des inconvénients résultant de leur prononcé<sup>589</sup>. A cette fin, il a notamment instauré la possibilité de mettre en demeure le bénéficiaire d'une action en nullité relative d'opter soit pour la régularisation, soit pour l'exercice d'une action en nullité afin de lever l'incertitude pesant sur le sort de la société. Le législateur a ainsi assoupli le régime traditionnellement attaché, par la doctrine, à la nullité relative : l'action peut ne pas demeurer, jusqu'à l'expiration du délai de prescription, à la discrétion de l'incapable.

**162.** La nécessité de prendre en compte les intérêts de tiers occultés par la doctrine lors de l'élaboration théorique de la dualité de régime, a incité le législateur à ne pas consacrer la distinction des nullités relative et absolue. En conséquence, cette dernière ne peut pas expliquer le régime de toutes les causes de nullité. Il en est d'ailleurs ainsi chaque fois que le législateur n'autorise pas « tout intéressé » à agir en nullité absolue.

## **2 - La fermeture de l'action à « tout intéressé »**

**163.** Le législateur n'autorise pas toujours « tout intéressé » à agir en nullité absolue. Il contribue ainsi à vider de portée la distinction des nullités relative et absolue. La nullité de l'assurance-vie souscrite sur la tête d'autrui (a) et la nullité des actes passés durant la période suspecte (b) constituent deux illustrations assez récentes de la réduction du cercle des titulaires de l'action en nullité absolue.

### a - L'exemple de la nullité de l'assurance-vie souscrite sur la tête d'autrui

**164.** Les positions du législateur, associées à celles du juge, aboutissent à une situation assez surprenante concernant les titulaires de l'action en nullité d'une assurance-vie souscrite sur la tête d'autrui. Les articles L. 132-2 à L. 132-4 du Code des assurances posent les différentes hypothèses de nullité du contrat d'assurance-vie. Le contrat encourt la nullité

---

<sup>587</sup> Sur l'importance du milieu, v. *supra* n°127 les positions de DROGOUL et de JAPIOT.

<sup>588</sup> NGUYEN (X. C.), art. préc., p. 27.

<sup>589</sup> A l'égard des tiers, les inconvénients de la nullité avaient été tempérés par le recours à la théorie des sociétés de fait : la société nulle devait être liquidée. Cette solution a été consacrée aux articles L. 235-10 du Code de commerce et 1844-15 du Code civil. Toutefois cette solution présente des inconvénients puisqu'une société sujette à liquidation ne présente pas les mêmes garanties qu'une société dont l'activité se poursuit (NGUYEN (X. C.), art. préc., p. 27).

lorsque celui sur la tête duquel est souscrite la police n'a pas donné son consentement<sup>590</sup>, lorsque le contrat est passé sur la tête d'un mineur âgé de moins de douze ans, d'un majeur en tutelle, d'une personne placée dans un établissement psychiatrique d'hospitalisation<sup>591</sup>, et enfin sur la tête d'un mineur parvenu à l'âge de douze ans sans l'autorisation de celui de ses parents qui est investi de l'autorité parentale, de son tuteur ou de son curateur<sup>592</sup>.

**165.** Concernant les titulaires de l'action en nullité, le législateur les a expressément évoqués dans deux hypothèses. Premièrement, lorsque le contrat est passé sur la tête d'un mineur de douze ans ou un majeur sous tutelle ou encore une personne placée dans un établissement psychiatrique d'hospitalisation, le législateur a précisé que seuls l'assureur, le souscripteur de la police ou le représentant de l'incapable peuvent demander la nullité du contrat<sup>593</sup>. Secondement, il a prévu que si le contrat est passé sur la tête d'un mineur âgé d'au moins douze ans, alors tout intéressé peut intenter l'action en nullité. De façon surprenante, le législateur a gardé le silence sur le cercle des titulaires de l'action dans l'hypothèse où le contrat a été passé sur la tête d'une personne n'ayant pas consenti et qui n'appartient à aucune des deux catégories précédentes<sup>594</sup>. La jurisprudence a, dans cette hypothèse, opté pour la nullité absolue<sup>595</sup>, de sorte que tout intéressé peut intenter l'action. Finalement, le mineur de douze ans, le majeur sous tutelle et la personne placée dans un établissement psychiatrique d'hospitalisation, c'est-à-dire les personnes les plus vulnérables, peuvent être considérées comme les moins protégées puisque le cercle des titulaires de l'action en nullité des contrats passés sur leur tête est moins important que dans les autres hypothèses.

**166.** Ces solutions révèlent que, en présence d'une nullité absolue, le législateur n'autorise pas toujours « tout intéressé » à agir, car toutes les causes de nullité édictées aux

---

<sup>590</sup> V. Part. L. 132-2 du Code des assurances. Il dispose en son alinéa 1<sup>er</sup> : « L'assurance en cas de décès contractée par un tiers sur la tête de l'assuré est nulle, si ce dernier n'y a pas donné son consentement par écrit avec indication du capital ou de la rente initialement garantis ».

<sup>591</sup> V. Part. L. 132-3 du Code des assurances. Il énonce en son alinéa 1<sup>er</sup> : « Il est défendu à toute personne de contracter une assurance en cas de décès sur la tête d'un mineur âgé de moins de douze ans, d'un majeur en tutelle, d'une personne placée dans un établissement psychiatrique d'hospitalisation », et précise en son alinéa 2 que « toute assurance contractée en violation de cette prohibition est nulle ».

<sup>592</sup> V. Part. L. 132-4 du Code des assurances. Il dispose : « Une assurance en cas de décès ne peut être contractée par une autre personne sur la tête d'un mineur parvenu à l'âge de douze ans sans l'autorisation de celui de ses parents qui est investi de l'autorité parentale, de son tuteur ou de son curateur ».

<sup>593</sup> L'article L. 132-3 al. 3 du Code des assurances dispose que « la nullité est prononcée sur la demande de l'assureur, du souscripteur de la police ou du représentant de l'incapable ».

<sup>594</sup> L'article L. 132-4 al. 3 du Code des assurances précise qu'« à défaut de cette autorisation et de ce consentement [émanant de celui des parents du mineur qui est investi de l'autorité parentale, ou de son tuteur ou de son curateur], la nullité du contrat est prononcée à la demande de tout intéressé ».

<sup>595</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juil. 1995, n°93-12203, *Bull. civ.* I, n°310 ; *D.* 1996. Somm. 187, obs. BERR (C.-J.); *RGAT* 1995. 929, note MAURY (J.). La Cour de cassation énonce expressément « que cette nullité est absolue et n'est pas susceptible de confirmation ». V. égal GROUDEL (H.) « Expression du consentement de l'assuré en cas d'assurance souscrite sur la tête d'un tiers », *D.* 2004, Somm. 915.

articles L. 132-2 à L. 132-4 doivent être qualifiées de nullité absolue. Dans toutes ces hypothèses, le législateur a davantage cherché à protéger l'intérêt général que l'intérêt de la personne sur la tête de laquelle le contrat a été passé. Il a voulu minimiser les risques de « *votum mortis* », il a cherché à assainir ce type d'opération<sup>596</sup>. Il serait d'ailleurs difficile de considérer que l'interdiction totale de passer une assurance vie sur la tête de certaines personnes ou sur la tête d'un mineur parvenu à l'âge de douze ans sans le consentement de son représentant légal possède un caractère relatif, si la nullité découlant de l'absence de consentement du majeur sur la tête duquel a été souscrit la police présente un caractère absolu. Une telle position serait difficilement soutenable car une personne en situation de faiblesse devrait logiquement être davantage protégée qu'une personne ne l'étant pas. Par conséquent, si la nullité est absolue lorsque la personne sur la tête duquel le contrat est passé est un majeur, elle doit, *a fortiori* l'être lorsque cette personne est pas un mineur de douze ans ou un majeur sous tutelle ou encore une personne placée dans un établissement psychiatrique d'hospitalisation.

167. Lorsque le législateur a posé un trait du régime d'une cause de nullité, il est délicat de déterminer son caractère. Ici, il est d'ailleurs impossible de procéder à un raisonnement inductif, soit de prendre en considération le trait de régime posé par le législateur pour déterminer le caractère de la nullité. En effet, si l'on considère l'alinéa 3 de l'article L. 132-3 du Code des assurances tout intéressé ne peut pas agir en nullité, mais pour autant l'action n'est pas réservée à la seule personne protégée. Le cercle des titulaires déterminé par le législateur ne peut donc être rattaché à aucun des deux régimes traditionnels. Un raisonnement inductif s'avère donc, dans cette hypothèse, d'aucun secours. Cette impossibilité est d'ailleurs satisfaisante car recourir à un raisonnement inductif n'est pas sans danger<sup>597</sup>. Il n'est pas non plus possible d'opérer un raisonnement déductif au regard de

---

<sup>596</sup> BIGOT (J.), BAILLOT (PH.), KULLMANN (J.) et MAYAUX (L.), *Traité de droit des assurances, sous la direction de J. Bigot, T. 4, Les assurances de personnes*, préf. G. Durry, L.G.D.J., 2007, n°234 et s., spéc., n°239 ; CHAGNY (M.) et PERDRIX (L.), *Droit des assurances*, L.G.D.J., 3<sup>e</sup> éd., 2014, n°988.

<sup>597</sup> Le législateur n'ayant pas consacré la détermination automatique du caractère d'une cause de nullité son entier régime, il peut être hasardeux de procéder de la sorte. Pourtant certains auteurs recourent à un tel raisonnement. (v. par ex. le commentaire de l'art. L. 512-4 du Code de la propriété intellectuelle où il est déduit au regard de la limitation du droit d'agir pour certaines causes de nullité qu'il s'agit d'une nullité relative, pourtant cette même disposition précise également que « le ministère public peut engager d'office une action en nullité d'un dessin ou modèle, quelles que soient les causes » (*Code de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2011, commentaires et annotations par SIRINELLI (P.), DURRANDE (S.), LATREILLE (A.), avec le conc. de DALEAU (J.)). La divergence d'opinion entre les auteurs au sujet du caractère de la nullité édictée par l'art. 6 de la loi n°68-5 du 3 janv. 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire est révélatrice des difficultés qu'il y a à déterminer le caractère d'une cause de nullité d'une fraction du régime fixé par le législateur soit pour ladite cause de nullité, soit pour une autre cause de nullité qui lui est très proche. En effet, si certains auteurs ont opté pour un raisonnement par analogie pour affirmer que la nullité édictée par l'art. 6 consistait en une nullité relative au motif qu'en prévoyant que la nullité édictée par l'art. 7 ne peut être invoquée que par l'acquéreur, le législateur a fourni une indication « sur la nature de l'ordre public qu'il a édicté » (MASSIS (Th.), *Le contrat préliminaire dans la vente d'immeuble à construire*, Thèse Paris II, 1979, p. 92), d'autres ont prôné un raisonnement *a contrario* et milité en faveur de la nullité absolue

l'article L. 132-3 car si au regard de l'intérêt protégé il s'agit d'une nullité absolue, au regard du régime posé par le législateur, il ne s'agit ni d'une nullité relative, ni d'une nullité absolue. L'action n'est en effet ni réservée à la seule personne protégée, ni ouverte à toute personne intéressée. Afin d'atténuer, de minimiser cette incohérence entre l'intérêt protégé et le régime posé par le législateur, la nullité édictée par l'article L. 132-3 du Code des assurances a parfois été qualifiée par des auteurs de « pratiquement absolue »<sup>598</sup>. « Pratiquement » car au regard des titulaires de l'action en nullité, elle ne correspond pas totalement au régime de la nullité absolue. Cet exemple prouve bien que la distinction des nullités relative et absolue ne permet pas d'expliquer le régime posé par le législateur.

**168.** Cette illustration met en lumière non seulement que le législateur, lorsqu'il énumère les titulaires du droit d'agir en nullité, ne se préoccupe pas de la dualité de régime traditionnellement attachée par la doctrine à la distinction des nullités relative et absolue, mais également que la distinction des nullités relative et absolue ne permet pas toujours d'expliquer la démarche du législateur. La nullité des actes passés durant la période suspecte constitue une seconde preuve de cette incapacité.

#### b - La nullité des actes passés durant la période suspecte

**169.** Le caractère relatif ou absolu des nullités de la période suspecte peut être discuté au regard du critère de l'intérêt. Si à l'origine c'est un souci de protection des créanciers qui a incité le législateur à édicter des dispositions spécifiques concernant les actes de la période suspecte, – il s'agissait de faciliter l'établissement d'un traitement égalitaire des

---

(SAINT-ALARY (R.), « Vente d'immeubles à construire et l'obligation de garantie à raison des vices de construction », *JCP* 1968, I, 2146, n°51, 1<sup>o</sup>). Un tel raisonnement est également hasardeux lorsque, le législateur étant demeuré silencieux, c'est le juge qui se prononce sur une partie du régime d'une cause de nullité sans se prononcer sur sa qualification. Ainsi, affirmer que la nullité d'une clause de non concurrence en l'absence de contrepartie financière constitue une cause de nullité relative au motif que l'employeur n'est pas titulaire de l'action serait dangereux dans la mesure où la Cour de cassation retient le caractère absolu d'une nullité sanctionnant la méconnaissance d'une liberté fondamentale. Or, lorsqu'elle a érigé la contrepartie financière en condition de validité de la clause de non concurrence, elle a cherché à protéger le libre exercice d'une activité professionnelle. Il est donc fort probable que la confirmation d'une telle clause dénuée de contrepartie financière ne soit pas envisageable. Malgré les incertitudes liées à ce procédé inductif, il y est quand même recouru. v. par ex. à propos de l'arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation du 29 septembre 2004 (pourvoi n°03-10766) qui affirme que « la nullité d'un acte de partage pour absence de cause [...] est une nullité relative [...] », B. BEIGNIER a énoncé que cette nullité ne pouvait qu'être une nullité relative au motif que le délai prévu par l'art. 1077-2 al. 2 du Code civil était un délai de cinq ans qui ne faisait « qu'appliquer le délai plus général de l'art. 1304 » (BEIGNIER (B.), *Dr. fam.* 2004, comm. 206).

<sup>598</sup> PICARD (M.) et BESSON (A.), *Les assurances terrestres, T.1<sup>er</sup>, Le contrat d'assurance*, 5<sup>e</sup> éd. par A. BESSON, L.G.D.J., 1982, n°465.

créanciers –, l'objectif primant avec la réforme opérée par la loi du 26 juillet 2005<sup>599</sup>, consiste en la reconstitution de l'actif du débiteur<sup>600</sup>. Il s'agit donc désormais de « reconstituer les forces vives de l'entreprise », afin d'en favoriser le redressement<sup>601</sup>.

Déterminer le caractère de la nullité des actes passés durant la période suspecte se révèle délicat : des arguments peuvent être invoqués tant en faveur de la nullité relative que de la nullité absolue. Si le but poursuivi est l'intérêt de l'entreprise, alors il s'agit d'une nullité relative<sup>602</sup>. Mais alors pourquoi la confirmation ne semble-t-elle pas concevable ? Pourquoi la loi du 26 juillet 2005 a-t-elle renforcé le rôle et les prérogatives du parquet, notamment en lui accordant le droit d'intenter cette action en nullité au motif qu'il est le garant de l'ordre public économique<sup>603</sup> ? Le but poursuivi apparaît donc plus proche de la protection de l'intérêt général<sup>604</sup>. En effet, ces nullités ayant pour objet de reconstituer l'actif du débiteur, les sommes recueillies peuvent participer au redressement de l'entreprise, ce qui est favorable à l'économie ainsi qu'au maintien de l'emploi. On comprend alors mieux le régime de ces nullités : l'attribution du droit d'agir au ministère public et l'absence de délai de prescription - les titulaires de l'action pouvant agir tant qu'ils restent en fonction<sup>605</sup>.

Il reste, qu'en conséquence, la nullité devrait pouvoir être invoquée par tout intéressé. Or si le législateur est demeuré muet sur le caractère de cette nullité, il a énoncé, à

---

<sup>599</sup> Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, JORF du 27 juil. 2005, p. 12187.

<sup>600</sup> V. l'art. L. 632-4 du Code de commerce. Il dispose : « L'action en nullité est exercée par l'administrateur, le mandataire judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan ou le ministère public. Elle a pour effet de reconstituer l'actif du débiteur ».

<sup>601</sup> JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficulté*, Lexis Nexis, 8<sup>e</sup> éd., 2013, n°568 ; LE CORRE (P.-M) et LE CORRE-BROLY (E.), *Droit du commerce et des affaires – Droit des entreprises en difficulté*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 2006, n°192 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficultés*, L.G.D.J., coll. Domat droit privé, 9<sup>e</sup> éd., 2014, n°1135. V. égal. rapport n°2095 sur le Projet de loi (n°1596) de sauvegarde des entreprises, par X. DE ROUX, déposé à l'Assemblée nationale le 11 février 2005, p. 371. V. égal. Cass. com., 21 sept. 2010, n°08-21030, *Bull. civ.* IV, n°140 ; D. 2010, 2221, obs. LIENHARD (A.) ; *Rev. Sociétés* 2011, 311, note BOILLOT (C.) ; *RTD com.* 2011, 419, obs. MARTIN-SERF (A.) ; *JCP E* 2010, 1946, note REIFEGERSTE (S.). La Cour de cassation énonce : « l'action en nullité prévue à l'article L. 621-107 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et qui tend à la reconstitution de l'actif du débiteur dans l'intérêt collectif des créanciers peut être exercée par ses titulaires notamment le liquidateur judiciaire, aussi longtemps que ces derniers restent en fonction ». Et sur le changement d'objectif des actions en nullité opéré par la loi du 26 juillet 2005, v. DELEBECQUE (Ph.) et GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial – droit commercial*, T. II, L.G.D.J., 17<sup>e</sup> éd., 2004, n°2996 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *op. cit.*, n°1169.

<sup>602</sup> En ce sens : LE CORRE (P.-M) et LE CORRE-BROLY (E.), *op. cit.*, n°193. Seul un arrêt de la Cour d'appel de Paris semble qualifier les nullités de la période suspecte de nullité de relative et ce, sans justification. (CA Paris, 20 décembre 2007, SCP Daude Daude-Brouard c/ SA Société générale, RG n° 07/02896 : « Considérant, sur la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action en nullité du mandataire-liquidateur, que l'article L. 621-110 du Code de commerce n'enferme cette action dans aucun délai et qu'il ne peut être inféré du caractère relatif de la nullité encourue que celle-ci serait soumise au délai quinquennal de l'article 1304 du Code civil, applicable aux seules conventions »).

<sup>603</sup> V. rapport n°2095 sur le Projet de loi (N° 1596) de sauvegarde des entreprises, par X. DE ROUX, déposé à l'Assemblée nationale le 11 février 2005, p. 96 et s ; LE CORRE (P.-M) et LE CORRE-BROLY (E.), *op. cit.*, n°193.

<sup>604</sup> PÉROCHON (F.) et BONHOMME (R.), *Entreprises en difficultés – Instruments de crédit et de paiement*, L.G.D.J., 8<sup>e</sup> éd., 2009, n°510.

<sup>605</sup> V. Cass. Com., 21 sept. 2010, préc. ci-dessus note 2.

L'article L. 632-4 du Code de commerce, quels étaient les titulaires de l'action et cette liste a été considérée comme limitative par la Cour de cassation. La Haute juridiction a ainsi écarté tant l'action du débiteur, que celle d'un créancier<sup>606</sup>. Tout intéressé ne peut donc pas agir. Là encore, la distinction des nullités relative et absolue ne permet pas d'expliquer la démarche du législateur<sup>607</sup>.

**170.** En définitive, le législateur n'autorise pas systématiquement tout intéressé à agir en nullité absolue. Dans les hypothèses envisagées, la distinction des nullités relative et absolue est incapable de rendre compte de la démarche du législateur. Cette distinction ne peut pas non plus toujours expliquer les choix du législateur ou de la jurisprudence concernant la possibilité, ou l'impossibilité de confirmer un acte entaché de nullité.

## **B – Les tempéraments aux principes doctrinaux régissant la confirmation**

**171.** Le caractère opposé des régimes a également été atteint par les rapprochements opérés en matière de confirmation. On sait que, selon la doctrine, la confirmation s'analyse en une renonciation à l'action en nullité<sup>608</sup>, et que seul l'acte nul de nullité relative peut faire l'objet d'une confirmation. Ce principe a été altéré : les régimes de la nullité absolue et de la nullité relative ont été rapprochés. Ainsi, par exemple, le législateur a autorisé la confirmation de l'acte nul de nullité absolue pour méconnaissance de l'article 931 du Code civil (1). La jurisprudence a, en permettant aux parties de maintenir leur commune volonté une fois la cause de nullité disparue, instauré un tempérament jurisprudentiel à l'impossibilité de confirmer un acte nul de nullité absolue (2). Enfin, la jurisprudence a considéré que l'appartenance de la règle méconnue à l'ordre public peut constituer un obstacle à la confirmation d'un acte entaché d'une cause de nullité relative (3).

### **1 - La confirmation possible de l'acte entaché de la nullité absolue édictée à l'article 931 du Code civil**

**172.** L'article 931 du Code civil exige que les actes portant donation entre vifs soient passés devant notaire en la forme ordinaire des contrats. Au regard du critère de l'intérêt, la règle posée par l'article 931 du Code civil tend à protéger le donateur. Il s'agit, pour le bienfaiteur, de prendre conscience de la gravité de son acte. Ainsi, si ce raisonnement est

---

<sup>606</sup> Le caractère limitatif de la liste se déduit de son refus d'octroyer un droit d'agir au débiteur (Cass. com., 25 fév. 2004, n°01-17599 et Cass. com., 2 déc. 2014, n° 13-24308 ; *D.* 2014. Actu. 869, obs. LIENHARD (A.)), au créancier (Cass. com., 6 mai 1997, n°94-16133, *Bull. civ.* IV, n°120 ; *RTD com.* 1999, 201, obs. MARTIN-SERF (A.)) ainsi qu'à la caution du débiteur (Cass. com., 25 fév. 2004, n°01-17599).

<sup>607</sup> V. *infra* n°322. Nous sommes, dans cette hypothèse, en présence d'une action attitrée.

<sup>608</sup> V. *supra* n°139.

suivi jusqu'au bout, la nullité issue de l'article 931 du Code civil devrait être qualifiée de relative. Dans cette hypothèse, l'article 1339 du Code civil, qui prohibe la confirmation d'une donation nulle en la forme, constituerait alors un tempérament à la possibilité de confirmer un acte nul de nullité relative.

Il reste que la jurisprudence n'a pas opté pour la qualification de nullité relative. Elle lui a préféré celle de nullité absolue<sup>609</sup>. Cette qualification peut se justifier puisque les rédacteurs du Code civil ont entendu d'abord préserver l'intérêt des tiers<sup>610</sup>. Dès lors, il est possible d'y déceler « un contrôle social de l'activité libérale »<sup>611</sup>. La prohibition posée par l'article 1339 du Code civil serait ainsi en accord avec le régime traditionnellement attaché par la doctrine à la nullité absolue.

**173.** Cependant, l'article 1340 du Code civil dispose que « la confirmation ou ratification, ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayants cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer soit les vices de forme, soit toute autre exception ». En conséquence, cette disposition instituerait un tempérament à l'impossibilité de confirmer un acte entaché de nullité absolue.

Rejetant l'idée de voir en l'article 1340 un tempérament au régime de la nullité absolue, certains auteurs ont soutenu que la cause de nullité issue de l'article 931 du Code civil change de nature à compter du décès du donateur<sup>612</sup>. Une telle position revient à admettre que l'intérêt protégé peut évoluer, mais également qu'il est apprécié non au moment de l'édition de la règle, mais au jour où le juge statue.

Cette opinion doit être rejetée. Il convient de considérer que l'article 1340 du Code civil instaure un tempérament à l'impossibilité de confirmer un acte entaché d'une nullité absolue<sup>613</sup>. Par cette disposition, le législateur a, au regard des travaux préparatoires du Code civil<sup>614</sup>, souhaité assouplir le régime de la nullité absolue en considération du changement de circonstances<sup>615</sup>. Ainsi, la donation ne revêtant pas la forme d'un acte notarié est entachée

---

<sup>609</sup> V. par ex. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 janv. 1983, n°82-10426, *Bull. civ. I*, n°39 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 sept. 2013, n°12-15618, *Bull. civ. I*, n°167 ; *RTD civ* 2014. 424, obs. Grimaldi (M.) ; *AJ Fam.* 2013. 640, obs. LEVILLAIN (N.).

<sup>610</sup> V. FENET (A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XIII, Paris : Videcoq librairie, 1836, p. 301.

<sup>611</sup> GRIMALDI (M.), *op. cit.*, n°1273.

<sup>612</sup> V. en faveur d'une modification de la hiérarchie des intérêts protégés par la nullité en raison de son caractère temporaire : PATARIN (J.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> déc. 1976, *JCP* 1977, II, 18625. Sur la critique du recours à la distinction des nullités relative et absolue pour chercher à expliquer le régime de cette nullité : MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), *Les successions, les libéralités*, Defrénois, 4<sup>e</sup> éd., 2010, n°395.

<sup>613</sup> Déjà : AUBERT (J.-L.), *Defrénois* 1990, art. 34802, n°51, p. 738, obs. sur Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 nov. 1989.

<sup>614</sup> Dans sa présentation au corps législatif du titre du Code civil ayant pour objet les contrats ou obligations conventionnelles en général, BIGOT-PREAMENEU a souligné qu'« au nombre des tierces personnes que ces formes intéressent sont les héritiers ou ayants-cause du donateur » (FENET (A.), *op. cit.*, p. 301).

<sup>615</sup> Dans le domaine des nullités du mariage, il a pu être soutenu que l'art. 190 du Code civil posait une hypothèse de confirmation à l'égard du ministère public (MAZEAUD (H., L., et J.), CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, T. I, vol. 3,

d'une cause de nullité absolue, mais sa confirmation s'avère envisageable à compter du décès du donateur<sup>616</sup>. En raison de son décès, son patrimoine revient à ses héritiers ou ayants-cause, le contrôle social de l'activité libérale n'est plus nécessaire car ils n'ont plus besoin d'être protégés. Ils peuvent donc renoncer à invoquer les vices de forme de la donation et ainsi la confirmer.

174. Cette illustration montre que le législateur participe au rapprochement des régimes de la nullité absolue et de la nullité relative. À sa suite, le juge ne se laisse pas enfermer dans la rigidité engendrée par l'opposition de régimes.

## 2 - Le maintien de la commune volonté des parties comme tempérament jurisprudentiel à l'impossible confirmation d'un acte atteint de nullité absolue

175. La jurisprudence a également infléchi le principe doctrinal selon lequel l'acte entaché d'une nullité absolue ne peut être confirmé. En présence d'une nullité temporaire<sup>617</sup>, la Cour de cassation affirme que « l'acte nul de nullité absolue ne peut être rétroactivement confirmé ». Elle tempère toutefois cette solution en précisant qu'il « est loisible aux parties de renouveler leur accord ou de maintenir leur commune volonté lorsque la cause de nullité a disparu »<sup>618</sup>.

176. Cette possibilité offerte aux parties de « renouveler leur accord » recouvre à la fois la réfection et la réitération<sup>619</sup>. Ces dernières sont traditionnellement présentées comme les seules voies possibles pour mettre l'opération réalisée à l'abri de toute contestation en cas de nullité absolue, une fois la cause de nullité disparue<sup>620</sup>. La réfection renvoie à l'« établissement

*La famille*, Montchrestien, 7<sup>e</sup> éd., par LEVENEUR (L.), 1995, n°797). Cette position est contestable dans la mesure où les deux éléments exigés par la jurisprudence pour qu'il y ait confirmation ne sont pas présents. Il apparaît plutôt que le décès de l'un des époux fait cesser l'atteinte à l'ordre public et par conséquent fait perdre au Ministère public sa qualité et son intérêt à agir. Il ne peut plus attaquer le mariage, c'est certain. Pour autant, il apparaît maladroit de considérer qu'il est confirmé à son égard. Ainsi il vaut mieux évoquer l'existence d'un « faits confirmatifs » (TERRÉ (F.) et FENOUILLET (D.), *Droit civil – La famille*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2011, n°143).

<sup>616</sup> V. GRIMALDI (M.), *op. cit.*, n°1276 ; JUBAULT (Ch.), *Droit civil – Les successions, les libéralités*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2<sup>e</sup> éd., 2010, n°789.

<sup>617</sup> Sur l'importance de la « question d'époque », v. VOIRIN (P.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 mai 1959, *JCP* 1959, II, 11202.

<sup>618</sup> V. par ex. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 1966, *Bull. civ.* I, n°265 ; *RTD civ.* 1967, 148, obs. CHEVALLIER (J.) ; *D.* 1966, 553, note MALAURIE (Ph.) ; *JCP* 1967, II, 15038, note MAZEAUD (J.) ; *RTD civ.* 1967, 381, obs. NERSON (R.) ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> déc. 1976, *Bull. civ.* I, n°380 et n°381 ; *D.* 1977, 177, note BRETON (A.) ; *JCP* 1977, 18625, note PATARIN (J.) ; *Gaz. Pal.* 1977, 452, note VIALATTE (Th.) ; Cass. soc., 25 juin 1996, *Bull. civ.* V, n°255 ; Cass. soc., 13 sept. 2006, n°05-41240 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 fév. 2007, n°04-18738 ; Cass. soc., 11 juin 2008, n°06-45982.

<sup>619</sup> NERSON (R.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 1966, *RTD civ.* 1967, 381, spéc. 382 ; v. égal. MALAURIE (Ph.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 1966, *D.* 1966, 553-554, spéc. 554 (B *in fine*).

<sup>620</sup> MALINVAUD (Ph.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), n°393 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°399 ; v. égal. BRETON (A.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> déc. 1976, *D.* 1977, 178 ; Recourant à la réitération, v. FAGES (B.), *op. cit.*, n°207.

d'un nouvel acte instrumentaire destiné à remplacer un acte antérieur sans en modifier au fond la teneur »<sup>621</sup>. Elle implique un nouvel acte, indépendant du premier affecté de la cause de nullité. Si les parties doivent obligatoirement avoir recours à la réfection dès que l'acte est soumis à un certain formalisme, il n'apparaît pas possible de l'exiger en présence d'un contrat consensuel, de sorte que la réitération a donc toute sa place.

177. En revanche, la faculté offerte aux parties de pouvoir « maintenir leur commune volonté » suscite plus de réserves<sup>622</sup>. La Cour de cassation a, en réalité, permis aux parties de « maintenir leur commune volonté lorsque la cause de nullité a disparu », uniquement pour trouver une échappatoire aux difficultés suscitées par son ancienne jurisprudence. Auparavant, la jurisprudence exigeait, une fois la cause de nullité disparue, que les parties contractent de nouveau. Ce nouvel acte devait impérativement être indépendant du précédent entaché de nullité, car lorsque les juges du fond constataient un lien de dépendance entre les deux actes, ils les annulaient tous les deux<sup>623</sup>. Cette distinction – acte indépendant ou non de l'acte entaché d'une cause de nullité – n'était pas exempte de toute critique. Il est en effet difficile de distinguer l'acte nouveau et indépendant, de l'acte dépendant<sup>624</sup>, surtout lorsque l'acte nouveau reprend la substance de l'ancien<sup>625</sup>. En réalité, c'est de l'interprétation de la volonté des parties, opérée souverainement par les juges du fond, que semblait émerger la solution du litige : acte dépendant ou non ; validité ou nullité<sup>626</sup>. Trois conséquences résultaient de cette jurisprudence : l'insécurité d'abord, puisque les plaideurs ne pouvaient anticiper, prévoir l'interprétation qui serait faite de leur volonté, l'arbitraire ensuite, puisqu'il

<sup>621</sup> CORNU (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, Puf, coll. Quadrige, 9<sup>e</sup> éd., 2011, v<sup>o</sup> réfection.

<sup>622</sup> V. cependant pour des auteurs moins critiques, voire favorables : CHEVALLIER (J.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 1966, *RTD civ.* 1967, 148 ; MAZEAUD (J.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 1966, *JCP* 1967, II, 15038.

<sup>623</sup> V. par ex. pour un acte indépendant : Civ. 26 oct. 1943, *D.* 1946, 301, note BOULANGER (J.). La Cour de cassation précise que « rien ne leur interdisait, en particulier, si elles étaient d'accord pour cela, de reproduire, en se les appropriant dans l'acte de partage conventionnel qui était leur œuvre personnelle, les dispositions sans force obligatoire de la ladite clause du contrat de mariage ».

V. par ex. pour un acte présentant un lien avec l'acte entaché d'une cause de nullité absolue : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 mai 1959, *JCP* 1959, II, 11202, note de VOIRIN (P.). La Cour de cassation souligne que « la Cour d'appel a relevé l'existence d'un lien nécessaire entre les deux actes et admis, par une interprétation souveraine, que le second acte devait en conséquence être aussi déclaré nul ». Les juges du fond avaient observé que l'acte de liquidation dressé par le notaire après le jugement de divorce ne « constituait qu'une application pure et simple » de l'accord passé par les parties avant le prononcé du divorce et de ce fait entaché de nullité absolue car contraire au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

<sup>624</sup> Comp. Cass. civ. 26 oct. 1943 et Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 mai 1959, évoqués ci-dessus. Dans les deux cas un acte est dressé une fois que la cause de nullité a disparu en reprenant la substance de l'acte entaché de nullité. Valable dans la première affaire, sa nullité est prononcée dans la seconde. L'ignorance par les parties de la cause de nullité dans la première affaire explique peut-être que l'acte n'a pas été annulé.

<sup>625</sup> VOIRIN (P.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 mai 1959, *JCP* 1959, II, 11202.

<sup>626</sup> V. par ex. Civ. 26 oct. 1943 et Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 mai 1959, évoqués ci-dessus. V. égal. DEFRÉNOIS (J.), note sous Cass. civ. 12 oct. 1965, *Defrénois*, 1965, art. 28774, p. 895 ; MAZEAUD (J.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 1966, *JCP* 1967, II, 15038 ; Refusant de trouver une conciliation de la jurisprudence antérieure dans la recherche de la volonté des parties : MALAURIE (Ph.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 1966, *D.* 1966, 553.

est inhérent aux décisions laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond, et l'inégalité entre les plaideurs enfin, car des faits similaires pouvaient donner lieu à des solutions contraires.

178. Entendant les critiques formulées à l'encontre de sa jurisprudence, la Cour de cassation l'a assouplie. Il reste que cette jurisprudence n'apparaît pas plus satisfaisante que la précédente au regard du rapprochement des régimes qu'elle induit, mais également des difficultés qu'elle suscite. Ces dernières sont d'autant plus grandes que la jurisprudence admet la volonté tacite des parties<sup>627</sup>. Les inconvénients générés par cette jurisprudence ont d'abord été constatés dans l'hypothèse des donations déguisées entre époux<sup>628</sup>, mais surtout dans celle de la liquidation d'un régime matrimonial antérieurement au jugement de divorce<sup>629</sup>. Désormais, ces inconvénients apparaissent notamment lorsque l'administrateur d'une société anonyme en devient le salarié en méconnaissance de la prohibition posée<sup>630</sup>.

---

<sup>627</sup> V. par ex. : Cass. soc., 25 juin 1996, n°94-19992, *Bull. civ.* V, n°255 ; *D.* 1997, 341, note PUIGELIER (C.). La Cour de cassation a affirmé que « si l'acte nul de nullité absolue ne peut être rétroactivement confirmé, il est loisible aux parties de renouveler leur accord ou de maintenir leur commune volonté lorsque la cause de nullité a disparu ; que la cour d'appel a pu décider qu'après la cessation du mandat social, les volontés, mêmes tacites, des parties s'étaient rencontrées pour conclure un nouveau contrat de travail ». Or au regard du moyen, il semble que la Cour d'appel n'a fait que souligner que « que les parties ont " maintenu " des relations contractuelles après la date à laquelle la cause de la nullité a disparu ». Il apparaît donc que l'on se situe davantage dans la seconde possibilité offerte aux parties que dans la première. Par leur silence et leurs actes les parties ont manifesté le maintien de leur commune volonté. Il est très artificiel d'y voir, comme le fait la Cour de cassation, une rencontre de volonté afin de conclure un (nouveau) contrat de travail.

V. égal. Cass. soc., 11 juin 2008, n°06-45982 où la Cour de cassation énonce que « les parties peuvent renouveler leur accord ou maintenir, même tacitement, leur volonté commune lorsque la cause de nullité a disparu ».

<sup>628</sup> V. not. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> déc. 1976, *Bull. civ.* I, n°380 et n°381 ; *D.* 1977, 177, note BRETON (A.) ; *JCP* 1977, 18625, note PATARIN (J.) ; *Garç. Pal.* 1977, 452, note VIALATTE (Th.).

<sup>629</sup> La convention de liquidation d'un régime matrimoniale antérieurement au jugement de divorce, c'est-à-dire conclue en violation du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, est frappée de nullité absolue. La jurisprudence considère que si une telle convention ne peut faire l'objet d'une confirmation, il est toutefois loisible aux parties de maintenir leur commune volonté lorsque la cause de nullité a cessé, soit une fois le jugement de divorce devenu irrévocable (v. not. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 1966, *Bull. civ.* I, n°265 ; *RTD civ.* 1967, 148, obs. CHEVALLIER (J.) ; *D.* 1966, 553, note MALAURIE (Ph.) ; *JCP* 1967, II, 15038, note MAZEAUD (J.) ; *RTD civ.* 1967, 381, obs. NERSON (R.)). Mais alors, lorsqu'une communauté aura été liquidée, ne serait-ce que partiellement, avant le jugement de divorce, est-ce qu'un ex époux pourra, à la suite du prononcé du divorce, demander la nullité des actes pris en exécution de la convention déterminant le partage de la communauté – acte entaché de nullité absolue – ou lui opposera-t-on le silence gardé à la suite du jugement de divorce ? Quel délai accordera-t-on à cet ex époux pour intenter une action en nullité avant de considérer que son silence est synonyme de « maintien de sa volonté », qui, jointe à celle de son ancien conjoint, constitue « le maintien de leur commune volonté », autrement dit un obstacle à l'exercice de son action ? Il ne faudrait pas que la prohibition des règlements anticipés ne devienne lettre morte par l'opposition à un ancien époux de son silence, de son absence de contestation immédiate de la liquidation irrégulière suite au prononcé du divorce (MALAURIE (Ph.), note préc., p. 554).

<sup>630</sup> Cette prohibition figure implicitement à l'article L. 225-44 du Code de commerce. Cet article dispose que l'administrateur ne peut recevoir de la société toute rémunération, permanente ou non, autre que celles visées aux articles L. 225-45, L. 225-46, L. 225-47 et L. 225-53 du Code de commerce. Il résulte donc de cette disposition qu'un administrateur ne saurait devenir salarié de la même société. Pour des illustrations jurisprudentielles, v. not. Cass. soc., 25 juin 1996 ; *JCP G* 1996, I, 3980, n°12, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.) ; *D.* 1997, 342, note PUIGELIER (C.) ; v. égal. Cass. soc., 21 nov. 2006, n° 05-45416, *Bull. civ.* V, n°348 ; *JCP S* 2007, n°4, p. 23, note PUIGELIER (C.) ; *RTD com.* 2007, 141, obs CHAMPAUD (C.) et DANET (D.).

179. La jurisprudence frappe de nullité absolue le contrat de travail conclu par un administrateur en fonction au sein d'une société anonyme<sup>631</sup>. Cette cause de nullité a reçu trois justifications. Tout d'abord, admettre un tel cumul pourrait aboutir, dans certaines hypothèses, à la création d'emploi fictif. Ensuite, le contrat de travail serait susceptible de constituer une protection contre la révocation *ad nutum*. Enfin, il est avancé qu'un tel cumul nuirait au bon fonctionnement de la société puisqu'en qualité de salarié l'administrateur est placé sous l'autorité du président directeur général, tandis qu'en qualité d'administrateur il contrôle ce dernier<sup>632</sup>. Dans cette hypothèse, autoriser les parties à simplement « maintenir leur commune volonté » lorsque le mandat d'administrateur prend fin n'est-ce pas leur permettre de contrer les motifs ayant motivé la prohibition du cumul<sup>633</sup> ? Il reste que la Cour de cassation a retenu, dans une affaire où un administrateur avait, durant ses fonctions, conclu un contrat de travail, « qu'après la cessation du mandat social, les volontés, mêmes tacites, des parties s'étaient rencontrées pour conclure un nouveau contrat de travail »<sup>634</sup>. Se pose alors la question du contenu de ce « nouveau » contrat et de sa preuve. A ces fins, est-il possible de se référer au contrat de travail nul ? Un tel recours serait critiquable car la Cour de cassation spécifie bien qu'il s'agit d'un « nouveau » contrat, bien que paradoxalement elle précise que ce contrat peut résulter du maintien de la commune volonté des parties. Dans cette hypothèse, l'identité entre l'acte entaché d'une cause de nullité et l'acte considéré comme valable, car conclu après la disparition de la cause de nullité, peut être sous-entendue. D'ailleurs, la Cour de cassation a censuré une cour d'appel pour n'avoir pas recherché si « la société n'avait pas ratifié l'accord

---

La loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives a nuancé cette interdiction (Sur les motivations de cette mesure, v. la proposition de loi n°3706 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, déposée par M. le Député WARSMANN et enregistrée le 28 juillet 2011. Pour la critique des motifs avancés, v. SAINTOURENS (B.) et EMY (Ph.), « Nouvelle étape de « simplification » du droit des sociétés par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 », art. préc., n°7). Elle insère, dans le Code de commerce, un article L. 225-21-1 en vertu duquel un administrateur peut devenir salarié d'une société anonyme, lorsqu'au regard des critères posés par la recommandation n° 2003/361/CE du 6 mai 2003 de la Commission européenne (JO du 20 mai 2003, p. 36 à 41), cette dernière peut être qualifiée de petite ou moyenne entreprise (v. l'art. 2 de la recommandation. Il dispose : « 1. La catégorie des micro, petites et moyennes entreprises (PME) est constituée des entreprises qui occupent moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros. 2. Dans la catégorie des PME, une petite entreprise est définie comme une entreprise qui occupe moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 10 millions d'euros 3. Dans la catégorie des PME, une microentreprise est définie comme une entreprise qui occupe moins de 10 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 2 millions d'euros »).

<sup>631</sup> V. par ex. Cass. soc., 25 juin 1996 ; *JCP G* 1996, I, 3980, n°12, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.) ; *D.* 1997, 342, note PUIGELIER (C.) ; v. égal. Cass. soc., 21 nov. 2006, *Bull. civ.* V, n°348, pourvoi n° 05-45416 ; *JCP S* 2007, n°4, p. 23, note PUIGELIER (C.) ; *RTD com.* 2007, 141, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.).

<sup>632</sup> GERMAIN (M.) et MAGNIER (V.) *Traité de droit des affaires, T. 2, Les sociétés commerciales*, L.G.D.J., 21<sup>e</sup> éd., 2014, n°2197.

<sup>633</sup> PUIGELIER (C.), note sous Cass. soc. 25 juin 1996, *D.* 1997, 342.

<sup>634</sup> Cass. soc., 25 juin 1996, préc.

après la cessation du mandat social, en employant M. X... aux conditions qui avaient été convenues antérieurement »<sup>635</sup>.

**180.** En admettant que le maintien de la volonté commune des parties à la suite de la disparition de la cause de nullité peut faire obstacle à l'exercice de l'action en nullité, la Cour de cassation a rapproché le régime des nullités absolues temporaires de celui des nullités relatives. Elle révèle l'incompatibilité d'une opposition de régimes avec une mise en œuvre appropriée de la nullité. Celle-ci nécessite en effet de prendre en compte les spécificités propres aux différentes causes de nullité. Face à cette rigidité, le juge ne possède pas d'autres choix que de porter atteinte à la dualité de régime opposé. La jurisprudence a d'ailleurs également tempéré la possibilité de confirmer un acte entaché d'une nullité relative lorsque la règle méconnue appartient à l'ordre public de protection.

### **3 - L'appartenance de la règle à l'ordre public de protection un obstacle possible à la confirmation**

**181.** On sait que la méconnaissance des règles relevant de l'ordre public de protection est sanctionnée par la nullité relative<sup>636</sup>. Par conséquent, la confirmation de l'acte entaché de nullité devrait toujours être possible. Pourtant le juge s'y montre parfois hostile, comme l'illustre la jurisprudence relative à la méconnaissance des dispositions relatives au crédit immobilier, d'ordre public en vertu de l'article L. 313-17 du Code de la consommation.

**182.** Parmi ces dispositions, l'article L. 312-10 alinéa 2 précise que l'emprunteur ne peut accepter l'offre de crédit immobilier avant l'expiration d'un délai de dix jours. Afin de sanctionner la méconnaissance de ce délai de réflexion, la jurisprudence a fait le choix de la nullité, et a ainsi rejeté l'option de la lecture extensive de l'article L. 312-33 qui prévoit en cas de fraude une déchéance du droit aux intérêts<sup>637</sup>. Le délai de réflexion issu de l'article L. 312-10 ayant vocation à protéger un intérêt particulier, celui de l'emprunteur, le caractère relatif de la nullité s'est donc imposé<sup>638</sup>. Cependant, à plusieurs reprises, la Cour de cassation a affirmé l'impossibilité pour l'emprunteur de renoncer au bénéfice des dispositions d'ordre public de l'article L. 312-10 du Code de la consommation, admettant uniquement qu'il puisse «

---

<sup>635</sup> Cass. soc., 11 juin 2008, n°06-45982 (souligné par nous).

<sup>636</sup> V. *supra* n°83.

<sup>637</sup> V. not. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 2010, n°09-14336 et 09-68321 qui casse l'arrêt de la Cour d'appel ayant retenu que « la sanction du non-respect des dispositions de l'article L. 312-10, alinéa 2, du Code de la consommation n'est pas la nullité de l'acte mais la déchéance du droit aux intérêts ». V. égal. MONACHON DUCHÊNE (N.), « La protection du délai de réflexion de l'emprunteur immobilier », *JCP*, 2004, I, 152, n°13.

<sup>638</sup> V. not. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 fév. 2001, n°98-19857 ; *JCP E* 2001, 1580, note PIEDELIÈVRE (S.).

renouveler son acceptation après expiration de ce délai »<sup>639</sup>. Si l'emprunteur ne peut que « renouveler son acceptation », cela signifie qu'il ne peut aucunement confirmer l'acte conclu en méconnaissance du délai de réflexion. Dès lors, dans cette hypothèse, la Haute juridiction a rapproché le régime de la nullité relative de celui de la nullité absolue.

**183.** L'explication de ce rapprochement réside *a priori* dans le caractère impératif de toute règle d'ordre public<sup>640</sup>. En effet, permettre au consommateur de confirmer l'acte reviendrait d'abord à accepter qu'une règle impérative soit méconnue, donc à fragiliser, sinon à nier, le caractère impératif de la règle. Ensuite, la confirmation pourrait conduire à annihiler la protection octroyée<sup>641</sup>, parfois qualifiée de « protection renforcée »<sup>642</sup>. Faute pour le bénéficiaire de se situer sur un pied d'égalité avec son cocontractant au moment de la confirmation, celle-ci ne devrait pas être envisageable<sup>643</sup>. La volonté de la personne protégée devrait rester sans influence sur l'application de la règle jusqu'à ce que le bénéficiaire soit en mesure d'exercer pleinement cette faculté, c'est-à-dire lorsqu'il aura retrouvé son entière liberté<sup>644</sup>.

**184.** Cette explication ne peut néanmoins complètement satisfaire puisque la Cour de cassation admet parfois la possibilité de renoncer au bénéfice d'une disposition relevant de l'ordre public de protection. Elle distingue en effet la renonciation à une règle de protection et la renonciation aux effets acquis de la règle protectrice<sup>645</sup>. La Haute juridiction autorise ainsi un bénéficiaire à renoncer valablement à l'application d'une loi, fût-elle d'ordre public, une fois

---

<sup>639</sup> V. not. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 mars 1994, n°92-13653 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 déc. 1997, n°95-15494, *Bull. civ.* I, n°368 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janv. 2000, n°97-20750.

<sup>640</sup> V. not. BÉNABENT (A.), n°158 ; MAYER (P.), « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Revue de l'arbitrage*, 1994, n°4, p. 618 et s.

<sup>641</sup> COUTURIER (G.), « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Études offertes à J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 95 et s., spéc. n°11 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), n°346.

<sup>642</sup> COUTURIER (G.), *La confirmation des actes nuls*, préf. J. Flour, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972, n°297.

<sup>643</sup> SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ (S.), *Jurisclasseur Civil Code* – art. 1338 à 1340 – Fasc. 10 : Contrats et obligations – Confirmation des actes nuls, n°44.

<sup>644</sup> En faveur d'une renonciation possible seulement lorsque l'état d'infériorité a cessé : COUTURIER (G.), art. préc., n°14 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), et SAVAUX (E.), n°346 ; GHESTIN (J.), n°839 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), n°650.

<sup>645</sup> V. par ex. en droit de la consommation : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 1998, n°96-13972, *Bull. civ.* I, n°120 ; *Defrénois* 1998, 749, obs. Aubert (J.-L.) ; *JCP E* 1998, 1731, note PIEDELIÈVRE (S.). La Cour de cassation énonce que « s'il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par la loi sous le sceau de l'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles ; v. par ex. en droit des assurances : Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 3 sept. 2009, n°09-10475 : « la renonciation au bénéfice du formalisme protecteur et d'ordre public énoncé à l'article L. 132-5-1 du Code des assurances n'était pas possible puisque le droit n'avait pas alors pris naissance » ; v. par ex. en droit des baux d'habitation : Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 4 mai 2006, n°05-15151, *Bull. civ.* I, n°110 ; *RJC* 2006, 470, note AUQUE (F.) ; *Defrénois* 2006, 1416, obs. RUET (L.). La Cour de cassation précise que « le droit au renouvellement était acquis dès la conclusion du bail par le seul effet de la loi et que l'ordre public de protection, qui s'attache au statut des baux commerciaux, ne faisait pas obstacle à une renonciation librement consentie, si celle-ci était postérieure à la naissance du droit au renouvellement ».

son droit né. Partant, lorsque la méconnaissance d'une disposition d'ordre public est sanctionnée par la nullité, la confirmation est envisageable « dès que le droit d'agir en nullité est né, c'est-à-dire en principe après la conclusion du contrat »<sup>646</sup>. Ainsi, la Cour de cassation a cassé un arrêt de Cour d'appel qui avait refusé d'admettre la confirmation d'un acte méconnaissant le formalisme imposé par l'article L. 231-2 du Code de la construction et de l'habitation<sup>647</sup>, disposition d'ordre public en vertu de l'article L. 230-1 du même Code, et protectrice d'un intérêt particulier à savoir celui du maître de l'ouvrage. Mais comme nous l'avons constaté avec l'exemple du crédit immobilier, la confirmation n'est pas toujours admise alors même que la nullité est labellisée de relative.

**185.** Le caractère d'ordre public de l'article L. 312-10 alinéa 2 du Code de la consommation ne peut donc seul expliquer le rejet de la confirmation. Pour justifier cette solution il convient de tenir compte de l'application faite par les juges de la distinction entre renonciation à une règle de protection et renonciation aux effets acquis de la règle protectrice d'abord, de la spécificité de la nullité ensuite, et de la nature de la mesure protectrice enfin.

Le juge qui constate qu'un contractant a renoncé au bénéfice de droits nés d'une règle d'ordre public de protection ne le fait pas sans considération pour l'aspect protecteur ou le caractère impératif de la règle transgressée. La Cour de cassation veille en effet à ce que les juges du fond aient bien caractérisé une manifestation de volonté non équivoque des bénéficiaires de renoncer à se prévaloir des droits acquis par le biais de la disposition d'ordre public<sup>648</sup>. Et lorsqu'elle approuve les juges du fond pour avoir retenu une renonciation, il apparaît que les bénéficiaires-renonçant n'avaient, au moment où ils

---

<sup>646</sup> TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°403.

<sup>647</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 6 juil. 2011, n°10-23438, *Bull. civ.* III, n°123 ; *RDI* 2011, 505, note TOMASIN (D.). Dans l'affaire qui a donné lieu à cet arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, une femme avait conclu un contrat de construction de maison individuelle. Il prévoyait expressément qu'une provision d'un montant précisé serait mis à la charge du maître de l'ouvrage afin qu'il fasse exécuter une partie des travaux. Le maître de l'ouvrage fait exécuter les travaux mis à sa charge par une Société tiers qui ne les réalise pas conformément aux exigences du permis de construire. Par conséquent, ne pouvant poursuivre le chantier, des difficultés opposent alors l'entrepreneur au maître de l'ouvrage. Ce dernier demande alors la nullité du contrat de construction de maison individuelle pour méconnaissance de l'article L. 231-2 du Code de la construction et de l'habitation qui impose certaines énonciations dans le contrat. Les juges du fond font droit à sa demande et prononcent la nullité du contrat. L'entrepreneur se pourvoit en cassation en se prévalant de la confirmation intervenue par l'exécution volontaire du contrat par le maître de l'ouvrage, confirmation possible car le formalisme imposé par l'article L. 231-2 constitue une mesure de protection édictée dans l'intérêt du maître de l'ouvrage. Les juges de la Cour de cassation retiennent que « les règles d'ordre public de l'article L. 231-2 du Code de construction et de l'habitation, relatives aux énonciations que doit comporter ce contrat, constituent des mesures de protection édictées dans l'intérêt du maître de l'ouvrage, dont la violation est sanctionnée par une nullité relative susceptible d'être couverte ». Elle casse, par conséquent, l'arrêt de la Cour d'appel.

<sup>648</sup> V. par ex. en droit de la consommation : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 1998, préc. : « les époux X... avaient manifesté sans équivoque la volonté de renoncer à se prévaloir du jeu de la condition suspensive » ; v. par ex. en droit des baux d'habitation : Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 11 juin 1997, *Bull. civ.* III, n°134, « la seule conclusion du second bail ne suffisait pas à caractériser la renonciation non équivoque de M. Y... aux droits [...] ».

invoquaient le bénéfice de la disposition d'ordre public, ni besoin de la mesure protectrice, ni fait preuve de bonne foi dans l'invocation de la disposition<sup>649</sup>. Ces arrêts, qui ne concernent d'ailleurs la plupart du temps que la renonciation à des mesures protectrices autre que celles susceptibles d'entraîner la nullité<sup>650</sup>, montrent combien sont résiduelles les hypothèses dans lesquelles les juges seront enclins à permettre la confirmation d'un acte nul en raison de la méconnaissance d'une règle relevant de l'ordre public de protection.

Ensuite, la spécificité de la nullité s'impose comme une deuxième explication. Il s'agit d'une sanction extrêmement sévère puisqu'elle implique l'anéantissement rétroactif de

---

<sup>649</sup> Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 17 mars 1998 (*Bull. civ. I*, n°120), un couple avait conclu un contrat de construction d'une maison individuelle sous la condition suspensive de l'obtention du prêt nécessaire aux travaux. Malgré le refus de la banque dont ils n'ont pas informé le constructeur, ils continuent les démarches afin d'obtenir les permis de démolir et de construire. Abandonnant leur projet au motif que le permis de construire avait été octroyé tardivement et que le permis de démolir avait été refusé, ils se prévalent des dispositions du Code de la consommation leur permettant de se prévaloir de la caducité du contrat du fait de la non réalisation de la condition suspensive prévue automatiquement par l'article L. 312-16 du Code de la consommation lorsqu'un prêt est nécessaire pour réaliser l'une des opérations envisagée à l'article L. 312-2 du même Code – construction d'un immeuble à usage d'habitation pour l'hypothèse qui nous intéresse (art. L. 312-2, 1°, c). Les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, ont retenu que le couple avait renoncé au bénéfice de ces dispositions au regard non seulement de l'absence d'information du constructeur du refus de la banque d'octroyer le prêt peu de temps après en avoir eux-mêmes été avertis, mais également de la poursuite de l'exécution du contrat en continuant les formalités pour l'obtention des permis nécessaires.

Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 6 janvier 1998 (*Bull. civ. I*, n°6), un couple avait acquis un immeuble en acquittant au moyen d'un prêt 88, 6% du prix d'acquisition. La résolution de la vente prononcée, le vendeur restitue aux acquéreurs la somme versée, soit le montant du prêt octroyé. Ceux-ci déposent le chèque à la banque-prêteur en précisant qu'il ne s'agissait pas d'un " remboursement anticipé mais d'une annulation de vente décidée par le tribunal ". Un peu plus de deux ans après la résolution de la vente, le prêteur les assigne en remboursement. Les emprunteurs invoquent alors le bénéfice de l'article L. 312-12 du Code de la consommation qui établit une interdépendance entre le sort de la vente et celui du prêt. Les juges de la Cour de cassation rejettent le pourvoi formé par les emprunteurs au motif que les juges du fond avaient relevé qu'ils « avaient conservé la disposition de la somme prêtée après restitution par le vendeur en conséquence de la résolution de la vente, en disposant des fonds ainsi reçus à des fins autres que le remboursement de la banque, [...] la cour d'appel a souverainement estimé qu'ils avaient ainsi manifesté leur volonté de ne pas se prévaloir de l'interdépendance des deux contrats ».

Dans ces deux affaires les bénéficiaires de la disposition protectrice ne l'ont pas invoqué immédiatement après l'événement censé la déclencher – à savoir le refus d'octroi du prêt pour les premiers et la résolution de la vente pour les seconds. Il est en effet tout à fait possible de considérer que la protection octroyée par le Code de la consommation ne revêt qu'un caractère temporaire (GOUT (O.), *Le juge et l'annulation du contrat*, préf. P. Ancel, PUAM, 1999, n°344. L'auteur reproche à la Cour de cassation de ne pas avoir raisonné en terme d'applicabilité de la loi), et ce pour des soucis de sécurité juridique. Par ailleurs, le comportement des bénéficiaires reflétait une mauvaise foi certaine dans l'invocation du bénéfice des dispositions protectrices du Code de la consommation – à savoir l'invocation des dispositions du Code de la consommation après s'être prévalu d'une autre raison pour les premiers et la sollicitation du bénéfice des dispositions du Code de la consommation au moment propice, après avoir disposé des fonds restitués par le vendeur à des fins autres que le remboursement du prêt octroyé.

Il en est de même dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 6 juillet 2011. En effet, le maître de l'ouvrage n'a demandé la nullité du contrat de construction de maison individuelle, non parce que son consentement avait été donné en dépit d'un manque d'informations pourtant exigées, mais en raison de l'impossibilité pour son entrepreneur d'exécuter les travaux, impossibilité résultant de l'intervention d'une société, qui n'a pas respecté le permis de construire pour réaliser la partie des travaux que le maître de l'ouvrage lui avait lui-même commandé.

Ces décisions ne peuvent qu'être approuvées car « le bénéficiaire de la protection légale ne saurait tirer de celle-ci un véritable droit potestatif à gérer ses affaires à son gré, sans plus se soucier des intérêts légitimes de ses partenaires » (AUBERT (J.-L.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 1998, *Defrénois*, 1998, art. 36815, n°75, p. 749).

<sup>650</sup> À savoir le bénéfice d'une condition suspensive automatique dans la première affaire (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 1998, préc.), et l'interdépendance des contrats dans la seconde (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 1998, *Bull. civ. I*, n°6).

l'acte juridique. Par conséquent, lorsqu'elle est choisie par le législateur, elle révèle la volonté ferme de ce dernier de voir la règle appliquée. Combinée au caractère impératif de la règle d'ordre public, la volonté d'éviter que la règle soit méconnue est encore plus forte. Rien d'étonnant alors à ce que le juge se montre réticent à permettre la confirmation, autrement dit la renonciation à l'action en nullité.

Enfin, la considération de la nature de la mesure protectrice ne doit assurément pas être occultée. Ici, il s'agit de la méconnaissance d'une norme prescrivant un délai de réflexion à peine de nullité<sup>651</sup>. La Cour de cassation n'est-elle pas réticente à ce que, par le biais de la confirmation, une règle relevant de l'ordre public de protection reste méconnue<sup>652</sup> ?

186. Si le seul caractère d'ordre public de la règle transgressée s'avère insuffisant pour expliquer l'impossibilité de confirmer un acte nul car conclu en violation d'une règle relevant de l'ordre public de protection, il n'en demeure pas moins qu'en refusant la possibilité de confirmer l'acte passé en méconnaissance du délai de réflexion, la jurisprudence a rapproché le régime de cette cause de nullité relative de celui de la nullité absolue.

187. Finalement, concernant le cercle des titulaires du droit d'agir et la confirmation, les principes demeurent malgré les entorses apportées à la distinction des nullités relative et absolue. Il reste que cette distinction a perdu l'un de ses traits distinctifs de régime : la différence de délai de prescription.

### **C - L'absence d'une dualité de régime quant au temps pour invoquer la nullité**

188. D'après l'adage *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, si l'action en nullité s'éteint par l'écoulement du temps, l'exception de nullité est perpétuelle<sup>653</sup>. Ces principes s'appliquent indépendamment du caractère de la nullité<sup>654</sup>. Si la qualification de la nullité avait traditionnellement une incidence sur la durée du délai de prescription, malgré quelques rapprochements opérés par le législateur, ce dernier est venu anéantir ce trait distinctif des régimes de la nullité relative et de la nullité absolue par la loi du 17 juin 2008<sup>655</sup>. Au regard de l'extinction du droit d'invoquer la nullité par voie d'action, la distinction des

---

<sup>651</sup> V. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 6 juil. 2011, préc. La mesure protectrice sanctionnée par la nullité est celle édictée par l'art. L. 231-2 du Code de la construction et de l'habitation qui impose certaines énonciations dans le contrat.

<sup>652</sup> V. *infra* n°557 et s.

<sup>653</sup> ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, n°331. Ces auteurs précisent que « la maxime est écartée quand l'action est enfermée dans un délai préfix ».

<sup>654</sup> La Cour de cassation applique cette maxime depuis fort longtemps. V. not. Cass. Req., 21 juin 1880, *S.* 1881. 1. 297 : « [...] la maxime *Temporalia ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, en vigueur dans notre législation actuelle [...] ».

<sup>655</sup> Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile (JORF du 18 juin 2008 p. 9856).

nullités relative et absolue ne semble plus avoir d'intérêt (1). La jurisprudence a cependant pu laisser entendre que, par le biais des conditions d'invocation de la nullité par voie d'exception, elle entendait donner un regain d'intérêt à la distinction des nullités relative et absolue. En réalité, il n'en est rien (2).

### **1 - L'extinction de l'action par l'écoulement du temps : du rapprochement à l'identité de délai**

**189.** La durée du délai au terme duquel le droit d'invoquer la nullité par voie d'action s'éteint constituerait le troisième trait distinctif des régimes attachés à la distinction des nullités relative et absolue. Si la nullité absolue a un temps été considérée en doctrine comme imprescriptible<sup>656</sup>, la jurisprudence l'a ensuite soumise à la prescription trentenaire<sup>657</sup>. Dès lors, si la nullité absolue pouvait être invoquée par voie d'action durant trente ans, l'action en nullité relative était soumise à une prescription quinquennale<sup>658</sup>. Cette différence a perduré jusqu'à la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile (b). Le législateur y avait toutefois déjà porté atteinte en se retranchant derrière les spécificités propres à certaines matières (a).

#### a - Les atteintes à la dualité de régime avant la réforme de la prescription

**190.** Antérieurement à la réforme de la prescription opérée par la loi du 17 juin 2008, le législateur avait déjà porté atteinte à la différence de délai soit en édictant un délai plus court que la prescription trentenaire pour intenter l'action en nullité absolue ( $\alpha$ ), soit en posant des délais transcendants la distinction des nullités relative et absolue ( $\beta$ ).

##### *$\alpha$ - La diminution du délai pour agir en nullité absolue*

**191.** En droit civil, les nullités du mariage ont longtemps été un terrain d'élection de la réduction du délai pour agir en nullité absolue. Le législateur avait ainsi posé deux délais préfix : le premier à l'ancien article 185 du Code civil, et le second à l'ancien article 190-1 du même Code.

L'ancien article 185 du Code civil prévoyait que le mariage de l'impubère « ne peut plus être attaqué : 1° lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou les époux ont

---

<sup>656</sup> L'imprescriptibilité de la nullité absolue était déjà discutée en Ancien droit. V. DUNOD qui évoque l'opposition entre les auteurs favorables à l'imprescriptibilité et ceux qui prônaient la prescription centenaire (DUNOD, *op. cit.*, p. 47).

<sup>657</sup> Pour un rappel de cette solution, v. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1999, n°98-10430, *Bull. civ.* III, n°242 ; CCC 2000, comm. 5, obs. LEVENEUR (L.).

<sup>658</sup> Antérieurement à la loi n°68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs ce délai était de dix ans.

atteint l'âge compétent [...] ». L'action en nullité pour impuberté, qui constituait une cause de nullité absolue, ne pouvait donc pas être intentée pendant trente ans à compter de la célébration du mariage<sup>659</sup>.

L'ancien article 190-1 enfermait l'action en nullité du mariage célébré en fraude à la loi dans l'année suivant la célébration du mariage<sup>660</sup>. Si cette disposition a réduit considérablement le délai traditionnellement attaché à l'action en nullité absolue, elle n'a jamais eu d'incidence effective. En effet, de prime abord cette disposition avait un domaine assez large puisqu'elle avait vocation à s'appliquer aux mariages fictifs ou simulés, c'est-à-dire aux mariages qui n'avaient pour but que l'acquisition de la nationalité ou l'obtention d'une carte de résident. Mais la jurisprudence a réduit la portée de cette disposition en écartant la prescription abrégée de l'article 190-1 dès lors que le ministère public fondait son action en nullité du mariage sur l'absence de consentement au mariage – l'absence d'intention matrimoniale – à savoir sur les articles 146 et 184 du Code civil<sup>661</sup>. Il suffisait donc au Ministère public, pour échapper à la prescription annale, d'invoquer en présence d'un mariage fictif, non pas la fraude à la loi mais l'absence d'intention matrimoniale.

**192.** En droit commercial, l'ancien article L. 110-4, I du Code de commerce retenait un délai de dix ans<sup>662</sup>, sauf dispositions particulières, pour « les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non commerçants » constitue également une illustration du rapprochement des délais. La Cour de cassation a mis en œuvre ce délai alors même que le pourvoi invoquait expressément l'existence d'une nullité absolue. Elle a ainsi réduit de vingt ans le délai pour agir en nullité absolue<sup>663</sup>.

**193.** Tous ces délais ne sont plus. La tendance contemporaine du législateur n'est en effet pas tant à la réduction du délai pour agir en nullité absolue qu'à l'unification des délais. Déjà avant la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, le législateur avait édicté des délais transcendants la distinction des nullités relative et absolue.

---

<sup>659</sup> HAUSER (J.) et HUET-WEILLER (D.), *Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, La famille – fondation et vie de la famille*, L.G.D.J., 2<sup>e</sup> éd., 1993, n°320 ; LEVENEUR (L.), *Leçons de droit civil, op. cit.*, n°794.

<sup>660</sup> L'article 190-1 issu de la loi n°93-1027 du 24 août 1993 a été abrogé par la loi n°2003-1119 du 26 novembre 2003. Il disposait : « Le mariage qui a été célébré en fraude à la loi peut être annulé à la demande de l'époux de bonne foi ou du ministère public, formée dans l'année du mariage ».

<sup>661</sup> V. not. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 nov. 2005, n°03-18209, *Bull. civ. I*, n°442 ; *RTD civ.* 2006, 92, obs. HAUSER (J.) ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mars 2006, n°03-10072, *Bull. civ. I*, n°184 ; *Dr. fam.* 2006, n°6, p. 20 obs. LARRIBAU-TERNEYRE (V.) ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2006, n°04-13447.

<sup>662</sup> La loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile a ramené ce délai à 5 ans et a donc aligné sa durée sur celle de droit commun.

<sup>663</sup> V. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 juin 2006, n°04-12912, *Bull. civ. I*, n°325 ; *Deffrénois* 2007. 461, obs. crit. LIBCHABER (R.) ; Cass. com., 11 sept. 2012, n°11-17458.

*β - L'existence de délais transcendants la distinction des nullités relative et absolue*

194. Le droit des assurances fournit une première illustration de l'édiction d'un délai de prescription indifférent à la distinction des nullités relative et absolue. L'article L. 114-1 du Code des assurances dispose que « toutes actions dérivant d'un contrat d'assurance sont prescrites par deux ans à compter de l'événement qui y donne naissance ». Les actions qui dérivent du contrat d'assurance sont celles qui concernent tant sa validité, que son exécution, tant qu'elles opposent les parties au contrat, c'est-à-dire l'assureur et le souscripteur<sup>664</sup>. La Cour de cassation a ainsi affirmé que cette prescription biennale s'applique à la demande en nullité du contrat d'assurance<sup>665</sup>. Toutefois, selon un auteur<sup>666</sup>, la deuxième Chambre civile dans un arrêt du 16 novembre 2006 a pu laisser entendre que la Cour de cassation entendait exclure l'action en nullité du domaine de l'article L. 114-1 du Code des assurances<sup>667</sup>. La Cour de cassation y énonce que « l'action en restitution ne dérivait pas d'un contrat d'assurance, mais de l'inexistence d'une convention, en raison de la nullité prononcée, et non critiquée, du contrat de prêt auquel le contrat d'assurance était adossé et que les dispositions du texte susvisé n'étaient, en conséquence, pas applicables ». Pour cet auteur, l'action en restitution étant l'accessoire de l'action en nullité, elles obéissent toutes deux au même régime. Par conséquent, si l'action en restitution est exclue du domaine de la prescription biennale, il doit en être de même pour l'action en nullité<sup>668</sup>.

Il nous semble qu'il faut relativiser cette décision, non parce qu'il s'agit d'un arrêt non publié, mais en raison tant d'arrêts postérieurs soumettant l'action en nullité à la prescription biennale<sup>669</sup>, que des spécificités de l'espèce à l'origine de l'affaire. Deux explications permettant de soutenir que la Cour de cassation n'a pas entendu exclure l'action en nullité du domaine de l'article L. 114-1 du Code des assurances peuvent être avancées. En premier lieu, le contrat d'assurance a été annulé non pas en raison d'un vice qui l'a affecté au moment de sa formation mais en raison de son lien avec le contrat de crédit annulé auquel il était, selon les termes de la Cour de cassation, « adossé ». Ainsi, c'est uniquement parce qu'il

---

<sup>664</sup> LAMBERT-FAIVRE (Y.) et LEVENEUR (L.), *Droit des assurances*, Dalloz, 13<sup>e</sup> éd., 2011, n°288 ; MARGEAT (H.), note sous TGI Paris (1<sup>ère</sup> Ch.), 7 avril 1993, *RGAT*. 1993, n°3, p. 569.

<sup>665</sup> V. par ex. Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 12 mai 2011, n°10-11832, *Bull. civ.* II, n°107 ; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 7 avril 2011, n°10-14382. V. égal. BEIGNIER (B.), *Droit des assurances*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2011, n°480 ; LAMBERT-FAIVRE (Y.) et LEVENEUR (L.), *op. cit.*, n°288.

<sup>666</sup> BEIGNIER (B.), *op. cit.*, n°480.

<sup>667</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 16 nov. 2006, n°05-19917.

<sup>668</sup> BEIGNIER (B.), *op. cit.*, n°480.

<sup>669</sup> V. par ex. Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 12 mai 2011, préc. et Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 7 avril 2011, préc.

formait un groupe indivisible avec le contrat de crédit que le contrat d'assurance a été annulé. Par conséquent, il faut pousser le raisonnement de l'auteur : le contrat d'assurance étant l'accessoire du contrat de crédit, il en a suivi le régime. La solution de la Cour de cassation s'explique alors par l'existence du groupe de contrat. Il n'est donc pas possible, à cet égard, de soutenir que la deuxième Chambre civile a entendu exclure du domaine de la prescription biennale l'action en nullité du contrat. Finalement, si elle censure la Cour d'appel, c'est certainement pour son manque de cohérence. Annulant le contrat d'assurance en raison de son indivisibilité avec le contrat de prêt, donc excluant pour celui-ci la prescription biennale, elle aurait dû en tirer toutes les conséquences concernant la restitution des primes versées. En second lieu, l'action en restitution ne résultait pas, selon les termes même de la Cour de cassation, de la nullité du contrat d'assurance, mais de son inexistence. Elle insiste donc, non pas sur la nullité du contrat, mais sur son inexistence. Par conséquent, il est difficile de voir en cet arrêt une remise en cause de l'application de la prescription biennale à l'action en nullité, celle-ci n'étant pas évoquée<sup>670</sup>.

**195.** Le droit commercial comprend également plusieurs hypothèses où le délai de prescription de l'action s'applique indépendamment de la qualification que l'on pourrait vouloir donner à la nullité.

En droit des sociétés d'abord, le législateur n'a cessé de réduire le délai de prescription de l'action en nullité de la société ou d'actes et délibérations postérieurs à sa constitution. Originellement de trente ans, la loi du 1<sup>er</sup> août 1893 l'a fixé à dix ans, puis le décret-loi du 30 octobre 1935 l'a ramené à cinq ans. Enfin, sous l'influence du droit communautaire<sup>671</sup>, la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales l'a réduit de deux ans<sup>672</sup>. Désormais le délai de droit commun des nullités de constitution de sociétés et des nullités des actes et délibérations postérieures est donc de trois ans. Il a vocation à s'appliquer quel que soit son caractère, la loi n'opérant aucune distinction<sup>673</sup>. Le champ d'application de

---

<sup>670</sup> V. les propos de L. MAYAUX qui souligne que la solution du présent arrêt est tout de même incertaine en droit en raison de la proximité des hypothèses de l'inexistence et de la nullité. Il semble tout de même considérer que cet arrêt n'entend pas remettre en cause l'application de la prescription biennale à l'action en nullité (note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 16 nov. 2006, *R.G.A.T.* 2007, n<sup>o</sup>1, p.75 et s.)

<sup>671</sup> V. la proposition de directive, spéc. l'art. 13, *J.O.C.E.* 28 mai 1966, p. 1523.

<sup>672</sup> La loi n<sup>o</sup>78-9 du 4 janvier 1978 a retenu le même délai pour les sociétés civiles.

<sup>673</sup> HANNOUN (C.), « Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés », *Revue des Sociétés* 1991, spéc., p. 46. ; GERMAIN (M.) et MAGNIER (V.) *op. cit.*, n<sup>o</sup>1586.

Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 10 mai 2007, n<sup>o</sup>05-21123, *Bull. civ.* III, n<sup>o</sup>74 ; *Revue des sociétés* 2007 p. 775, note SAINTOURENS (B.) ; *RDC* 2007, 1229, obs. LAITHIER (Y.-M.). La Cour de cassation énonce « qu'ayant relevé que la demande de nullité visait des actes de vente conclus par la société sur le fondement de leur cause illicite ou immorale, la cour d'appel, qui n'était saisie ni d'une demande tendant à la nullité de la société ou d'actes ou de délibérations des organes de celle-ci, ni d'une action en annulation des actes de vente fondée sur l'irrégularité affectant la

cette disposition est clair, soit l'acte entaché de nullité a trait à la constitution de la société ou à une décision sociale, alors la prescription triennale s'applique, soit les actes sont accomplis par les associés et les tiers – il s'agit notamment des cessions de droits sociaux – alors ils échappent, en principe, à la prescription des articles 1844-14 du Code civil et L. 235-9 du Code de commerce. En principe, car certaines cessions nécessitent une décision sociale. Dans de telles hypothèses, il faudra déterminer si le vice réside dans le contrat de cession ou s'il s'agit d'une irrégularité de la décision sociale nécessaire. Dans la première hypothèse, la prescription sera celle du droit commun, tandis que dans la seconde, la prescription sera de trois ans<sup>674</sup>.

Ensuite, l'article L. 235-9 du Code de commerce prévoit en son alinéa 3 un délai de prescription de trois mois pour toutes les causes de nullité évoquées par l'article L. 225-149-3 du même Code, soit les causes de nullités spécifiques aux décisions d'augmentation de capital. Là encore, le délai de prescription est indifférent au caractère de la cause de nullité. Ainsi, parmi les conditions de validité de la décision d'augmentation de capital figurent celles énoncées à l'article L. 225-129-6 du Code de commerce. Lorsque la société, qui procède à une augmentation de capital par apport en numéraire, a des salariés, l'AGE doit se prononcer sur un projet de résolution tendant à permettre la participation des salariés à cette augmentation. Cette cause de nullité a été qualifiée de nullité absolue au motif que cette règle a été instituée dans un souci d'intérêt général<sup>675</sup>. Cette mesure impérative relève de l'ordre public économique voulu par le législateur<sup>676</sup>. Le délai de prescription de l'action de cette nullité absolue ne dure donc que trois mois « à compter de la date de l'assemblée générale suivant la décision d'augmentation de capital ».

---

délibération les ayant autorisées, en a déduit à bon droit que la prescription prévue par l'article 1844-14 du Code civil devait être écartée et que la prescription trentenaire était applicable ».

<sup>674</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 6 oct. 2004, n°03-15392, *Bull. civ.* III, n°166. La Cour de cassation énonce clairement, au visa de l'article 1844-14 du Code civil, qu'une demande en annulation de cession de droit sociaux pour dol, « n'est soumise à la prescription triennale que dans l'hypothèse où l'action en annulation est fondée sur une irrégularité affectant la décision sociale ayant accordé au cessionnaire l'agrément exigé par la loi ou les statuts ». V. égal. les notes de LE CANNU (P.), *Bull. Joly* 2005, p. 114 et HOVASSE (H.), *JCP E* 2004, n°49, p. 1933.

<sup>675</sup> T. com. Paris 2<sup>e</sup> ch., 25 nov. 2003, n° 2002084643, L. et autres c/ SAS C. Finance. Le tribunal énonce que : « la règle de l'article L. 225-129-VII du Code de commerce [devenu l'article L. 225-129-6] a été instituée par le législateur dans un intérêt général, que le non-respect de cette règle est sanctionné par la nullité absolue, dont l'action est ouverte à tout intéressé ». V. égal. la note de SAINTOURENS (B.), *Bulletin Joly Sociétés*, n° 2, p. 376 et s.

<sup>676</sup> T. com. Bordeaux 7<sup>e</sup> ch. civ., 15 nov. 2002, n° 2001F01055, SA Valbel et autre c/ SA Serma Technologies et autres. Le tribunal énonce que : « la mesure impérative, prévue par l'article L. 225-129, VII tendant à promouvoir l'ouverture du capital aux salariés, relève incontestablement de l'ordre public économique voulu par le législateur ; Que la nullité demandée ne peut donc être interprétée comme devant seulement protéger des intérêts particuliers et qualifiée ainsi de relative ». V. égal. la note de SAINTOURENS (B.), *Bulletin Joly Sociétés*, n° 2, p. 197 et s.

196. Finalement, bien avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008 le législateur avait déjà porté atteinte à la différence de délai attachée à la distinction des nullités relative et absolue. Il avait procédé de deux manières : en réduisant le délai pour agir en nullité absolue d'une part, et en retenant un délai unique indifférent au caractère de la cause de nullité d'autre part. Si l'unicité de délai n'existait que pour certaines matières, et constituait ainsi l'exception, la loi du 17 juin 2008 est venue renverser le principe et l'exception.

#### b - L'incidence de la loi du 17 juin 2008 : l'identité de délai

197. La loi du 17 juin 2008 a porté le coup de grâce à l'un des traits distinctifs des régimes de la nullité relative et de la nullité absolue. Le législateur a en effet ramené le délai de droit commun de la prescription extinctive à cinq ans<sup>677</sup>. En conséquence, le délai de prescription de l'action en nullité est<sup>678</sup>, depuis l'entrée en vigueur de cette loi, identique quel que soit le caractère de la nullité<sup>679</sup>. La distinction des nullités relative et absolue a ainsi

---

<sup>677</sup> Le recours à la terminologie de "délai de droit commun" a été critiquée par Ph. MALAURIE au motif que « l'article 2224 ne vise que les actions "personnelles ou mobilières" [...]. Ce n'est donc pas un droit commun, puisque n'est soumise au délai de cinq ans qu'une seule catégorie d'actions, "les actions personnelles ou mobilières" » (MALAURIE (Ph.), « La réforme de la prescription civile », *Deffrénois* 2008, art. 38842, p. 2029).

<sup>678</sup> Art. 2224 du Code civil. Sur les motifs de ce choix : v. Rapport n°83 (2007-2008) de M. le sénateur BÉTEILLE (L.) fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. Jean-Jacques Hyst portant réforme de la prescription en matière civile, p. 35.

<sup>679</sup> Le délai de prescription étant désormais identique, est-ce que le point de départ du délai est susceptible de donner un regain d'intérêt à la distinction des nullités relative et absolue ? Nous ne le pensons pas.

Premièrement, parce que la situation n'est pas nouvelle. Une situation similaire pouvait déjà se rencontrer sous l'empire du droit antérieur. En effet, antérieurement à la réforme, le point de départ du délai de prescription de l'action en nullité absolue avait été fixé par la jurisprudence au jour où l'acte irrégulier a été passé (v. par ex. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 janv. 1983, n°82-10426, *Bull. civ. I*, n°39) alors que le point de départ de l'action en nullité relative pouvait être reporté à l'infini. D'une part parce qu'aucun délai butoir similaire à celui de l'article 2232 du Code civil n'avait été posé par le législateur. D'autre part, parce que la jurisprudence a refusé de considérer que la prescription trentenaire constituait un délai butoir (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 janv. 2006, n°03-11889, *Bull. civ. I*, n°28 ; *RDC* 2006, 708, obs. MAZEAUD (D.)).

Deuxièmement, parce que les plaideurs dont le contrat est entaché d'une cause de nullité absolue semblent davantage enclin soit à invoquer l'imprescriptibilité de l'action en nullité absolue, soit à se placer sur le terrain de l'inexistence qu'à jouer sur le point de départ du délai de prescription (v. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1999, n°98-10430, *Bull. civ. III*, n°242 ; *JCP* 2000 II, 10 236, concl. WEBER (J.-F.)).

Troisièmement, parce que toutes les actions en nullités relatives ne bénéficient pas du report du point de départ prévu par l'article 1304 du Code civil. En effet, s'agissant par exemple de la nullité sanctionnant la violation d'une règle relevant de l'ordre public de protection, la Cour de cassation a considéré que le point de départ de la prescription était le jour de la conclusion du contrat, et non le moment où le contractant a eu connaissance de la disposition protectrice méconnue (v. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 janv. 1992, *Bull. civ. I*, n°22 – arrêt n°1, n°90-18121). Il est également possible de citer la jurisprudence de la troisième Chambre civile qui retient que la prescription de l'action en nullité relative pour absence de cause a pour point de départ le jour de la conclusion du contrat et non pas celui de la prise de conscience par les parties de l'absence de cause (v. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 29 mars 2006, n°05-16032, *Bull. civ. III*, n°88 ; *JCP G* 2006, I, 153 GHESTIN (J.)).

Par ailleurs, le législateur lui-même a même rompu l'harmonie du point de départ de l'action en nullité pour vice du consentement. En effet, l'article 181 du Code civil, tel qu'issu de la réforme opérée par la loi du 17 juin 2008, pose désormais comme point de départ de la prescription de l'action en nullité du mariage pour violence ou pour erreur, non plus le jour où l'époux a recouvré sa liberté ou a eu connaissance de l'erreur, mais le jour de la célébration du mariage (v. LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit de la famille* 2008, com. 97, p. 25 et CORPART (I.), «

considérablement été altérée par le législateur qui a poursuivi un but d'unification des délais afin de mettre un terme à l'éclatement antérieur du droit de la prescription<sup>680</sup>.

**198.** Cependant, dans le domaine qui nous intéresse, cette loi du 17 juin 2008 n'a pas complètement atteint son objectif. Si l'article L. 110-4, I du Code de commerce a subi la volonté unificatrice du législateur<sup>681</sup>, puisqu'il précise désormais que « les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes »<sup>682</sup>, des exceptions à cette prescription quinquennale persistent. Perdurent ainsi, par exemple, la prescription triennale en droit de société et la prescription biennale en droit des assurances<sup>683</sup>. Le législateur a en outre maintenu la prescription trentenaire pour certaines causes de nullité du mariage. Il est venu préciser, au sein des articles 184 et 191 du Code civil, que la prescription de l'action en nullité fondée sur l'une des causes de nullité qui y sont mentionnées est de trente ans<sup>684</sup>. Par conséquent, ce qui compte désormais ce n'est plus le caractère de la nullité mais l'existence – ou non – d'un délai spécifique prévu par le législateur<sup>685</sup>, puisque si ce dernier n'a fixé aucun délai dérogatoire pour la cause de nullité considérée, alors l'action se prescrira par cinq ans<sup>686</sup>.

---

« Les retombées en droit de la famille de la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *RJPF*, n°9, p. 8 et s., spéc. p. 11). Par conséquent, il n'y a aucune règle générale relative au point de départ de la prescription de l'action en nullité relative.

Et quatrièmement, parce qu'il est possible que le point de départ de la prescription de l'action en nullité absolue ne soit plus systématiquement la date de conclusion du contrat. En effet, l'article 2224 du Code civil fixe le point de départ du délai de prescription de droit commun au « jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». Cependant, nous reconnaissons que cet argument est faible dans la mesure où « aurait dû connaître » permettra au juge de retenir une connaissance supposée. Par conséquent, « le point de départ du délai de prescription de l'action en nullité sera fréquemment concomitant à la passation de l'acte » (TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°414 ; BRENNER (Cl.) et LÉCUYER (H.), « La réforme de la prescription », *JCP N* 2009, n°12, étude n°1118, n°25 et s.).

<sup>680</sup> Sur les motifs qui ont poussé le législateur à adopter cette loi : v. Rapport préc. p. 10 et s. ; MALAURIE (Ph.), art. préc., spéc. n°5 ; BRENNER (Cl.) et LÉCUYER (H.), préc., n°2, n°5 et n°30.

<sup>681</sup> V. déjà : SAINTOURENS (B), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 juin 2006, *RTD com.*, 2007, p. 675 et s., spéc., p. 676 qui soulignait que « la position de la Cour de cassation s'accorde avec le mouvement général d'une réduction des délais de prescription. D'une certaine manière, on pourrait estimer que la haute juridiction se place ainsi dans la perspective d'une réforme à venir sur ce point ».

<sup>682</sup> V. sur cet alignement : BRENNER (Cl.) et LÉCUYER (H.), art. préc., n°41.

<sup>683</sup> V. par ex. BRENNER (Cl.) et LÉCUYER (H.), art. préc., n°43. Elle n'a pas non plus touché à l'art. 68 de la loi du 1<sup>er</sup> septembre 1948 sur les baux d'habitation précisant que le délai de prescription de l'action en nullité du bail est de trois ans. Il convient cependant de souligner que si la durée du délai est distincte de celle de droit commun, elle est là aussi indifférente au caractère de la nullité.

<sup>684</sup> Sont soumises à la prescription trentenaire, les causes de nullité évoquées aux articles 144 (majorité), 146 (consentement), 146-1 (présence à l'étranger), 147 (bigamie), 161 (empêchements), 162 (empêchements) et 163 (empêchements), célébration publique devant un officier public compétent.

<sup>685</sup> V. *infra* n°397 et s.

<sup>686</sup> Antérieurement à la loi du 17 juin 2008, s'il fallait déjà se demander si un délai de prescription spécifique avait déjà été édicté, dans la négative il convenait ensuite de qualifier la cause de nullité afin de déterminer si la

199. En définitive, le législateur a incontestablement porté atteinte à l'une des différences traditionnelles de régime entre la nullité relative et la nullité absolue. S'il a rapproché les régimes de la nullité relative et de la nullité absolue en ramenant le délai de prescription extinctive de droit commun à cinq ans, le juge a pu sembler redonner un regain d'intérêt à la distinction des nullités relative et absolue sur le terrain de l'exception de nullité.

## 2 - L'exception de nullité : l'absence d'incidence de la distinction

200. *A priori*, concernant l'invocation de l'exception de nullité, la distinction des nullités relative et absolue importe peu. L'efficacité de l'exception de nullité est subordonnée aux mêmes conditions : le caractère que l'on pourrait donner à la nullité s'avère, ici, indifférent (a). Si un arrêt de la Cour de cassation a pu laisser entendre que la distinction des nullités relative et absolue pouvait avoir une incidence, en réalité, il n'en est rien. La Haute juridiction a d'ailleurs expressément affirmé que « l'exception de nullité fait seulement échec à la demande d'exécution d'un acte non encore exécuté, sans distinction entre nullité relative et nullité absolue »<sup>687</sup> (b).

### a - Des conditions identiques quel que soit le caractère de la nullité

201. Trois conditions doivent être réunies pour que l'exception de nullité soit utilement invoquée<sup>688</sup>. Au regard de chacune de ces conditions, le caractère relatif ou absolu de la nullité apparaît indifférent.

La première condition réside dans l'absence de confirmation ou de régularisation de l'acte. L'une comme l'autre ont pour effet de consolider l'acte entaché de nullité et par conséquent de faire obstacle au prononcé de la nullité. Ainsi, en l'absence de régularisation, seul le défendeur n'ayant pas confirmé l'acte pourra opposer l'exception de nullité à la demande formulée<sup>689</sup>. Ces deux procédés valent tant pour la nullité relative, que pour la nullité absolue – la confirmation étant analysée comme la renonciation au droit d'agir

---

prescription était quinquennale ou trentenaire. Désormais, seule la première étape est conservée. En l'absence de délai spécifique, la prescription est quinquennale.

<sup>687</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 janv. 2014, n°12-19911.

<sup>688</sup> Sur la qualification procédurale - défense au fond ou de demande reconventionnelle - de l'exception de nullité, v. DESHAYES (O.) et LAITHIER (Y.-M.), « L'exception de nullité du contrat est-elle une défense au fond ou une demande reconventionnelle ? », note sous AP, 22 avril 2011, *D.* 2011, 1870 ; SERINET (Y.-M.), « La qualification procédurale de la nullité invoquée en défense », note sous AP, 22 avril 2011, *JCP*, 2011, 715 et v. égal. du même auteur « retours variés sur l'exception de nullité », *RDC* 2009, 1516, spéc., 1526 et s.

<sup>689</sup> V. not. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mars 1979, n° 77-12971, *Bull. civ.* I, n°93.

en nullité<sup>690</sup>. Dès lors, le caractère de la cause de nullité n'influe aucunement sur cette première condition.

La deuxième condition résulte de la nature du délai au terme duquel la nullité ne peut plus être invoquée par voie d'action : il doit s'agir d'un délai de prescription et non un délai préfix<sup>691</sup>. Ce dernier, également dénommé délai de forclusion, est destiné « à combattre l'inertie des parties », à « sanctionner la négligence à exercer ses droits »<sup>692</sup>. Par conséquent, permettre à un plaideur non diligent d'invoquer la nullité par voie d'exception reviendrait à occulter le but poursuivi par le législateur lorsqu'il instaure un tel délai. Ainsi, la jurisprudence considère que lorsqu'un plaideur est forclos par voie d'action, il l'est également par voie d'exception<sup>693</sup>. Là encore, le caractère de la nullité est indifférent. Ce qui importe c'est la nature du délai instauré par le législateur pour exercer l'action en nullité.

Enfin, la troisième condition tient à l'absence d'exécution de l'acte entaché de nullité<sup>694</sup>. Elle résulte de l'une des justifications à l'adage *Quae temporalia*. En effet, l'équité commande de maintenir cette « arme défensive » tant que le cocontractant peut demander l'exécution du contrat. Il ne faudrait pas qu'il puisse attendre que le délai de prescription de l'action en nullité soit échu pour demander l'exécution d'un acte entaché de nullité en toute quiétude<sup>695</sup>. L'exception de nullité permet ainsi de maintenir le *statu quo*, d'assurer la stabilité

<sup>690</sup> V. *supra* n°139. Une partie de la doctrine considère en effet que la renonciation au droit d'agir en nullité absolue est parfois possible.

<sup>691</sup> V. not. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 oct. 1995, n° 93-13628 ; CCC 1995, comm. 209, note RAYMOND (G.). V. égal. BRUSCHI (M.), « L'exception de nullité du contrat », *Droit et patrimoine* 2000, n°78, p. 70 ; STORCK (M.), « L'exception de nullité en droit privé », *D.* 1987, ch. 67, spéc. p. 69. Pour un critique de cette position, v. BRUSCHI (M.), « L'impossible oubli : pour l'application de la maxime *Quae temporalia* aux délais préfix », in *Le droit dans le souvenir – Liber amicorum Benoît Savelli*, PUAM, 1998, p. 183 et s.

<sup>692</sup> HÉRON (J.) et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 4<sup>e</sup> éd., 2010, n°217 ; GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), n°173. V. égal. TRECASCAS (A.), « Les délais préfixes », *LPA*, 30 janv. 2008, n°22, p. 6.

<sup>693</sup> V. par ex. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 déc. 1998, n°96-20244, *Bull. civ. I*, n°365 ; JCP E 1999, p. 1106, note MONACHON-DUCHÊNE (N.) ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 4 nov. 2004, n°03-12481, *Bull. civ. III*, n°186 ; Cass. Soc., 21 oct. 2009, pourvois n°08-41987, 08-41988, 08-41989, 08-41990.

<sup>694</sup> La Jurisprudence refuse le jeu de l'exception de nullité lorsque le contrat a fait l'objet d'une exécution partielle. V. not. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1 déc. 1998, n°96-17761, *Bull. civ. I*, n°338 ; *RTD civ.* 1999, 621, obs. MESTRE (J.) ; *Deffrénois*, 1999, art. 36953, obs. AUBERT (J.-L.) ; Cass. com., 3 avril 2007, n°06-10834, *Bull. civ. IV*, n°109 ; *Dr. sociétés*, 2007, n°10, p.11, note LÉCUYER (H.) ; Cass. com., 13 mai 2014, n°12-28013, *Bull. civ. IV*, n°84 ; *RTD civ.* 2014, 646, obs. BARBIER (H.) ; *RLDC* 2014, n°117, p. 13, obs. LE GALLOU (C.) ; *RDC* 2015, 627, obs. LATINA (M.).

Certains auteurs ont critiqué l'exclusion du jeu de l'exception de nullité soit en général (v. Gautier (P.-Y.), « Faut-il porter l'estocade finale à l'adage *Quae temporalia sunt ad agendum, perpétua sunt ad excipiendum* ? », *RDC* 2004, 849, spéc. n°8 et s.) soit plus particulièrement dans l'hypothèse des contrats à exécution successive, soit lorsque l'exécution est équilibrée (v. AUBERT (J.-L.), « Brèves réflexions sur le jeu de l'exception de nullité », in *Études offertes à J. Ghestin – Le contrat au début du XXe siècle*, L.G.D.J., 2001, n°6 et s., p. 10 et s., spéc. n°10 et s.).

L'article 1185-1 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations entérine cette conditions d'absence d'exécution. Il dispose : « l'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution ».

<sup>695</sup> ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, n°331 ; STORCK (M.), « L'exception de nullité en droit privé », *D.* 1987, Ch., p. 67 et s.

des situations acquises conformément à l'adage *quieta non movere*<sup>696</sup>. Cette justification vaut donc tant pour la nullité relative, que pour la nullité absolue. Là encore, le caractère de la nullité s'avère dénué d'incidence<sup>697</sup>. Toutefois, à propos de cette dernière condition, un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 20 mai 2009 a pu sembler d'une part remettre en cause la jurisprudence, et d'autre part donner un regain d'intérêt à la distinction des nullités relative et absolue en établissant une nouvelle différence de régime. En réalité il n'en est rien.

#### b - L'exécution de l'obligation : un obstacle à l'exception de nullité indifférent à la distinction des nullités relative et absolue

**202.** La première Chambre civile de la Cour de cassation a, dans un arrêt du 20 mai 2009, cassé un arrêt de Cour d'appel au motif qu'elle n'avait pas recherché « si la nullité invoquée était une nullité relative » car « seule une telle qualification la rendait inopposable en cas d'exécution de l'obligation découlant de l'acte »<sup>698</sup>. Considérer que la première Chambre civile a laissé entendre que c'est uniquement si la cause de nullité est relative que l'exécution de l'obligation fera obstacle à l'efficacité de l'invocation de l'exception de nullité<sup>699</sup>, est beaucoup trop hâtif. Il faut en effet garder à l'esprit la jurisprudence tant de la deuxième Chambre civile, que de la Chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>700</sup>. Celles-ci acceptent le jeu de l'exception de nullité lorsque le délai de prescription ou le délai préfix n'est pas échu, alors même que l'acte aurait été partiellement exécuté<sup>701</sup>. Cette solution s'explique par le souci de ne pas compliquer et allonger la procédure, car dans une telle hypothèse, par voie d'action, la demande en nullité aboutirait<sup>702</sup>. Cette jurisprudence se révèle très importante au regard de l'arrêt du 20 mai 2009 car la troisième branche du premier moyen invoqué à l'appui du pourvoi la faisait justement valoir<sup>703</sup>. Or c'est précisément en considération de cette troisième

---

<sup>696</sup> AUBERT (J.-L.), « Brèves réflexions sur le jeu de l'exception de nullité », art. préc., n°2, p. 20 ; VICH-Y-LLADO (D.), « L'exception de nullité », *Defrénois*, 2000, 1265, spéc. p. 1270.

<sup>697</sup> Il convient de souligner que la Cour de cassation considère que seul le fait matériel d'exécution compte. Elle a opté pour une conception formelle de l'exécution. Les juges du fond n'ont pas à rechercher si par le fait matériel d'exécution, le contractant a entendu confirmer le contrat. V. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 14 mai 2003, n°02-10984, *Bull. civ.* III, n°103; *Dr. & Patr.*, sept. 2003, p. 109-110, note HOUTCIEFF (D.).

<sup>698</sup> Pourvoi n°08-13018, *Bull. civ.* I, n°96.

<sup>699</sup> Pour une interprétation en ce sens de cet arrêt du 20 mai 2009, v. PILLET (G.), *LEDC* 2009, p. 6.

<sup>700</sup> Pour une interprétation allant plutôt dans le sens de la jurisprudence des autres Chambres de la Cour de cassation, v. GENICON (Th.), « Exception de nullité : nouvelles interrogations à propos de la nullité absolue », *RDC* 2009, p. 1348 et s. et SERINET (Y.-M.), art. préc., p. 1516.

<sup>701</sup> V. par ex. Cass. com., 25 avril 2006, n°05-12734 et Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 4 déc. 2008, n°07-20717, *Bull. civ.* II, n°256.

<sup>702</sup> LEVENEUR (L.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mai 2009, *CCC* 2009, n°213, p. 15.

<sup>703</sup> 3<sup>o</sup>) ALORS QUE l'exception de nullité est perpétuelle ; que si elle n'est pas recevable à l'endroit d'un acte atteint de nullité relative ayant déjà reçu exécution, il n'en va ainsi lorsque la nullité invoquée est absolue ; Qu'en l'espèce, la Société Epargne actuelle faisait valoir que la seconde convention du 22 avril 1998 conclue entre la Société Les Editions X..., aux droits de laquelle se trouve la Société Santé équilibre production, et la Société Les

branche du premier moyen du pourvoi que la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel<sup>704</sup>.

**203.** Cet arrêt de la Cour de cassation ne redonne en aucun cas un quelconque intérêt à la distinction des nullités relative et absolue. Le critère réside en la prescription de l'action en nullité, et non le caractère relatif ou absolu de la cause de nullité. La première chambre civile de la Cour de cassation a d'ailleurs, à plusieurs reprises, expressément évoqué l'absence d'incidence de la distinction des nullités relative et absolue sur la « règle selon laquelle l'exception de nullité peut seulement jouer pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte qui n'a pas encore été exécuté »<sup>705</sup>. La Haute juridiction a précisé, par la suite, que « l'exception de nullité ne peut faire échec à la demande d'exécution d'un acte qui a déjà reçu un commencement d'exécution par celui qui l'invoque peu important que ce commencement d'exécution ait porté sur d'autres obligations que celle arguée de nullité »<sup>706</sup>.

**204.** En définitive, les régimes de la nullité relative et de la nullité absolue ne se distinguent plus sur trois points. La jurisprudence relative à l'exception de nullité et la loi du 17 juin 2008 ont anéanti la considération temporelle attachée à la distinction. Les deux traits de

---

bureaux du patrimoine, aux droits de laquelle se trouve la Société Epargne actuelle, était nulle, de nullité absolue, soit pour absence de cause en application de l'article 1131 du Code civil en cas de divisibilité des conventions, soit pour dissimulation de prix conformément aux dispositions de l'article 1321-1 du Code civil en cas d'indivisibilité des conventions ; Qu'en considérant que la seconde convention avait reçu un commencement d'exécution, de sorte que l'exception de nullité ne pouvait plus être invoquée par la Société Epargne actuelle, sans avoir recherché la nature de la nullité invoquée et sans avoir constaté que l'action en nullité était prescrite, la Cour d'appel a privé de base légale sa décision au regard des articles 1304 et 2262 du Code civil, ensemble les articles 1131 et 1321-1 de ce même Code (souligné par nous).

<sup>704</sup> Dans l'espèce qui a donné lieu à cet arrêt, deux causes de nullité étaient invoquées : l'absence de cause si la convention de cession de fonds de commerce et celle visant à régler le sort de diverses commissions devant être perçues postérieurement à la cession étaient considérées comme divisibles d'une part, et la dissimulation de prix dans l'hypothèse où les deux conventions seraient considérées comme indivisibles d'autre part. Si le caractère de la nullité pour absence de cause est discuté (v. *supra* n°88 et s.), celui pour dissimulation de prix ne fait aucun doute : il s'agit d'une nullité absolue. Or, si l'action en nullité relative était prescrite, ce n'était pas le cas de l'action en nullité absolue, les conventions litigieuses ayant été signées en 1998. Par conséquent, si la cause de nullité retenue possédait un caractère absolu, le défendeur aurait pu invoquer et obtenir par voie d'action, la nullité de la seconde convention signée. Dès lors, c'est ici que l'explication du reproche de la Cour de cassation à la Cour d'appel de ne pas avoir qualifié la cause de nullité retenue trouve sa source. Cette interprétation est d'ailleurs confortée par l'adoption postérieure et explicite par la première Chambre civile de la Cour de cassation de la jurisprudence des deux autres Chambres (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 2010, n°09-14470, *Bull. civ. I*, n°136 ; *Rev. sociétés* 2010. 509, note BARBIÈRI (J.-F.) ; *Gaz. Pal.* 4-5 août 2010, p. 20, obs. HOUTCIEFF (D.). V. égal. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 2012, n°10-25558, *Bull. civ. I*, n°99 ; *Gaz. Pal.* 2012, n°186, p. 15, obs. HOUTCIEFF (D.) ; *RTD civ.* 2012. 526, obs. FAGES (B.) ; *JCP G* 2012, 1377, note SERINET (Y.-M.). V. égal. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 janv. 2015, n°13-13565, à *paraître*). Il y a donc un consensus entre les différentes Chambres de la Cour de cassation sur l'admission de la nullité, alors même qu'elle est invoquée en défense, lorsque le délai de prescription de l'action n'est pas échu.

<sup>705</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 avril 2013, n°11-27083, *Bull. civ. I*, n°84 ; *RDC* 2013, p. 1310, obs. LAITHIER (Y.-M.) ; *CCC* 2013, com. 154, obs. LEVENEUR (L.) ; *Gaz. Pal.* 2013, n°185, p. 13, obs. HOUTCIEFF (D.). V. égal. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 oct. 2013, n°12-24448 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 janv. 2014, n°12-19911.

<sup>706</sup> Cass. com., 13 mai 2014, préc. Et sur la question du début d'exécution du contrat de cautionnement, v. Cass. com., 8 avril 2015, n°13-14447, à *paraître*.

régimes restant – à savoir le cercle des titulaires de l'action et la possibilité de confirmer l'acte entaché de nullité – ont fait l'objet de plusieurs atteintes émanant tant du législateur, que de la jurisprudence. L'intérêt des tiers, le milieu dans lequel la nullité intervient, ou encore le caractère temporaire de la nullité ont motivé les entorses faites à la dualité de régime. La prise en compte de ces différents facteurs prouve non seulement que la nullité a besoin de souplesse, mais également que l'existence d'une opposition de régimes n'est pas compatible avec ce besoin.

En raison des multiples atteintes portées à la dualité de régime attachée à la distinction des nullités relative et absolue, il est impossible de déduire de façon certaine du caractère d'une nullité, son régime. Par conséquent, les qualités traditionnellement attachées à la distinction des nullités relative et absolue apparaissent illusoire.

### **Section 3 - Le caractère illusoire des qualités attachées à la distinction**

205. Il est généralement soutenu que la distinction des nullités relatives et absolues est source de pédagogie et de sécurité juridique puisque du caractère de la nullité découle son entier régime. Cette opinion doit être démentie aussi bien en raison des difficultés de mise en œuvre du critère de l'intérêt<sup>707</sup>, qu'au regard de la multiplication des dispositions légales propres à une cause de nullité. Le seul caractère d'une cause de nullité ne permet pas de déterminer de façon certaine son entier régime. La distinction des nullités relative et absolue constitue donc qu'une source de pédagogie trompeuse (§.1) et une source de sécurité juridique seulement apparente (§.2).

#### ***§.1 - Une source de pédagogie trompeuse***

206. Les auteurs, à compter du tournant du XX<sup>e</sup> siècle, ont majoritairement refusé d'adhérer à la proposition de DROGOUL et de JAPIOT consistant à renoncer au lien établi entre la nature de la nullité et son régime. Ils jugent la distinction des nullités relative et absolue « commode et utile »<sup>708</sup>. Commode, parce qu'elle constituerait un moyen adéquate pour

---

<sup>707</sup> V. *supra* n°82 et s.

<sup>708</sup> V. par ex. MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil, T.I, Introduction générale à l'étude du droit et des institutions judiciaires – Le statut des personnes physiques et morales*, Sirey, 1956, n°158 ; PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français, T.VI, Obligations, 1<sup>ère</sup> partie*, par Esmein, L.G.D.J, 1952, n°287 : « Si elle est insuffisamment nuancée, et même sur certains points erronée, par un souci excessif de simplicité et de symétrie, il est cependant possible et utile de distinguer deux catégories générales de nullité, différant par leur fondement ».

exposer la mise en œuvre de la nullité<sup>709</sup>. Utile, car elle serait une échappatoire aux auteurs refusant de se résigner à la casuistique<sup>710</sup>.

On prête donc des vertus pédagogiques à la distinction des nullités relative et absolue. Cependant, comme le suggère le terme « pédagogique », la méthode employée implique une adaptation, consistant en une simplification<sup>711</sup>. Un auteur a d'ailleurs désigné la distinction des nullités relative et absolue comme une « simplification didactique commode »<sup>712</sup>. Là se trouve l'écueil de la grande majorité des distinctions binaires : elles constituent des simplifications<sup>713</sup>. Si de cette simplification, une distinction binaire acquiert incontestablement un caractère pédagogique<sup>714</sup>, ce qu'elle gagne en pédagogie, elle le perd en fidélité<sup>715</sup>.

**207.** La distinction des nullités relative et absolue ne fournit pas une représentation fidèle de la réalité. Lorsqu'elle est exposée, cette distinction donne l'impression qu'elle est aisée à mettre en œuvre, que ses différences de régimes sont bien établies et que ses frontières sont infranchissables. On sait que la réalité est toute autre. La distinction des nullités relative et absolue ne constitue qu'une source de pédagogie trompeuse. Sont en effet généralement occultés, lors de son exposé, trois phénomènes dont la prise en compte s'avère impérative pour avoir une vision conforme à la réalité. Tout d'abord, sont passées sous silence les difficultés suscitées par la mise en œuvre du critère de distinction, c'est-à-dire le fait que certaines causes de nullités peuvent se voir attribuer les deux caractères<sup>716</sup>. Ensuite, est

---

<sup>709</sup> V. les propos tenus par PORTALIS lors de sa présentation d'une partie du projet de Code civil devant le corps législatif. Il souligne qu'il était difficile « de suivre dans la pratique une distinction qu'il était si facile d'énoncer dans la théorie » et « on a compris que le langage de la loi ne pouvait être celui de l'école » (FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. IX, Paris, 1827, p. 165-166). V. égal. les auteurs cités à la note ci-dessus ainsi que : TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°89, qui affirment que cette distinction conserve « une valeur didactique irremplaçable ».

<sup>710</sup> FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), n°327.

<sup>711</sup> Est pédagogique « une méthode dont l'objet est d'assurer l'adaptation réciproque d'un contenu de formation et des individus à former ».

<sup>712</sup> PATARIN (J.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1er déc. 1976, *JCP G* 1977, II, 18625. Nous soulignons.

<sup>713</sup> V. TAURAN (Th.), « Les distinctions en droit civil », *LPA* n°70, 7 avril 2000, p. 10 ; du même auteur « Les distinctions en droit commercial », *LPA* n°182, 12 sept. 2000, p. 9.

<sup>714</sup> MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), « Réflexions sur la distinction », art. préc., n°8. V. égal. sur le caractère pédagogique des plans en deux parties, VIVANT (M.), « Le plan en deux parties, ou de l'arpentage considéré comme un art », in *Études offertes à P. Catala : le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Litec, 2001, n°24 et s., p. 982 et s.

<sup>715</sup> V. *supra* n°10, les remarques de Mme MATHIEU-IZORCHE.

<sup>716</sup> Il est tout de même possible de percevoir une évolution plus critique des auteurs au sujet du fondement de cette distinction. Si au milieu du XX<sup>e</sup> siècle les auteurs se montrent peu critiques, il n'en est désormais plus de même. Les auteurs relèvent généralement les difficultés de mise en œuvre de la distinction, la simplicité qui n'est qu'apparente du critère.

V. pour les premiers : SAVATIER (R.), *Cours de droit civil*, T. II, 2<sup>e</sup> éd., 1951, n°179 et s. ; RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, T. II, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957, n°704 et s. ; MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *op. cit.*, n°158.

occultée la multiplication, depuis 1804, des régimes – ou traits de régime – légaux spécifiques<sup>717</sup>. Sont ainsi omises les nombreuses hypothèses où la détermination du caractère de la nullité est inutile pour connaître au moins une partie son régime<sup>718</sup>. Enfin, sont ignorés les rapprochements des régimes opérés par la jurisprudence<sup>719</sup>.

**208.** Finalement est-il satisfaisant d'enseigner une distinction qui fournit seulement « une rationalité artificielle » au motif qu'elle rassure<sup>720</sup> ? La réalité doit elle est sacrifiée à la pédagogie ? Conserver une distinction « faute de mieux »<sup>721</sup>, apparaît encore plus critiquable lorsque cette dernière tend à donner l'apparence de solutions certaines, donc d'un climat de sécurité juridique, qui n'est, en réalité, qu'apparent.

### *§.2 - Une source de sécurité seulement apparente*

**209.** En raison de son mécanisme<sup>722</sup>, une distinction binaire est, a priori, source de sécurité juridique, puisqu'elle doit permettre tout à la fois de savoir et de prévoir<sup>723</sup>. La distinction des nullités relative et absolue mettrait donc un plaideur en mesure de déterminer si son action en nullité est recevable et s'il est en mesure de confirmer l'acte litigieux.

**210.** Mais source de sécurité juridique, la distinction des nullités relative et absolue ne peut l'être : son critère de distinction manque de caractère opératoire, le législateur a multiplié les régimes propres à certaines causes de nullité et la jurisprudence a parfois refusé de se laisser enfermer dans le carcan de la distinction. En conséquence, pour diverses causes de nullité, un plaideur peut, en mettant en œuvre le critère, arriver à la conclusion que la qualification de nullité relative peut aussi bien être retenue que celle de nullité absolue. La prévisibilité étant entravée, la sécurité juridique n'est pas assurée. Ensuite, dans l'hypothèse où un plaideur parvient à déterminer de façon certaine le caractère de la nullité, il ne pourra pas

---

V. pour les seconds : FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), n°328 ; MALAURIE (PH.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), n°707 et s. ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°89 ; BÉNABENT (A.), n°206.

<sup>717</sup> Sur ce point, v. cependant ESMEIN qui s'attarde sur les spécificités des nullités du mariage et des sociétés (qui constituent autant de dérogations à la dualité de régime (PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *op. cit.*, n°291).

<sup>718</sup> Il en était ainsi, antérieurement à la loi du 17 juin 2008, chaque fois que le législateur prévoyait un délai spécifique. Il en est encore ainsi, toutes les fois qu'il précise les titulaires de l'action en nullité.

<sup>719</sup> V. *supra* n°156 et s.

<sup>720</sup> VIVANT (M.), art. préc., n°15, p. 975.

<sup>721</sup> FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), n°327 : « sous peine de se résigner ainsi à un pure casuistique, il est préférable de maintenir la division des nullités [...] » ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°89 : « il n'en reste pas moins que l'opposition de l'intérêt général et des intérêts privés continue à fournir une ligne directrice utile [...] la distinction des nullités absolues et des nullités relatives conserve une valeur didactique irremplaçable ».

<sup>722</sup> V. *supra* n°2.

<sup>723</sup> KDHIR (M.), « Vers la fin de la sécurité juridique en droit français ? », *Rev. adm.*, 1993, p. 538.

s'en contenter pour déterminer son régime juridique en raison de la multiplication des régimes légaux spécifiques. Il est enfin permis de douter de la capacité de la distinction des nullités relative et absolue à assurer la prévisibilité du droit au regard de sa mise en œuvre par la jurisprudence. Trois exemples suffisent à nous en convaincre. Premièrement, face à certaines causes de nullité, un plaideur pourra se trouver démuné. Non seulement parce que le fondement de l'intérêt pourra justifier tant le caractère relatif que le caractère absolu de la nullité, mais également parce que les chambres de la Cour de cassation pourront être divisées sur la question. Ainsi en est-il, par exemple, de la nullité pour absence de cause. Si les trois chambres civiles optent pour la nullité relative en assénant que l'existence d'une contrepartie relève de la protection d'un intérêt privé, la chambre commerciale semble préférer la nullité absolue au motif que la cause constitue un élément essentiel de l'acte juridique<sup>724</sup>. Deuxièmement, face à un contrat pour lequel le législateur, par le biais d'une règle d'ordre public, a imposé à peine de nullité un formalisme protecteur d'une partie dite faible, – par exemple soit l'emprunteur dans un contrat de crédit immobilier, soit le maître de l'ouvrage dans un contrat de construction d'une maison individuelle –, le contractant mettant en œuvre la distinction arrivera à la conclusion que la confirmation de l'acte est possible, le législateur ayant cherché à protéger un intérêt particulier. Pourtant, la Cour de cassation n'autorise pas systématiquement la confirmation d'un acte entaché d'une cause de nullité pour manquement à une règle relevant de l'ordre public de protection<sup>725</sup>. Troisièmement, l'exemple des causes de nullité absolue présentant un caractère temporaire montre qu'il peut être difficile pour un plaideur de prévoir ce que décidera le juge si les parties ont continué à exécuter le contrat, une fois la cause de nullité disparue. Considèrera-t-il que les parties ont maintenu leur commune volonté et donc qu'un « nouveau » contrat les lie<sup>726</sup> ?

**211.** La distinction des nullités relative et absolue ne peut être donc source de sécurité juridique qu'en apparence. En réalité, pour que la sécurité juridique d'un plaideur soit assurée, il lui faut non seulement étudier les dispositions légales ayant trait à la cause de nullité en question, afin de déterminer si son régime juridique a été prévu par le législateur, mais également connaître la jurisprudence. Celle-ci doit, en outre, être fixée de façon certaine. Mais pour qu'il en soit ainsi, le juge doit avoir motivé sa solution de façon convaincante au regard du fondement<sup>727</sup>. Or, la motivation de la Cour de cassation est généralement très sommaire<sup>728</sup>,

---

<sup>724</sup> V. *supra* n°90.

<sup>725</sup> V. *supra* n°181 et s.

<sup>726</sup> V. *supra* n°175 et s.

<sup>727</sup> La motivation est importante car elle « assure la prévisibilité des solutions juridiques » (GJIDARA (S.), « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA* 26 mai 2004,

notamment dans le domaine qui nous concerne<sup>729</sup>. Par conséquent, dans de nombreuses hypothèses, le plaideur ne bénéficiera pas d'une prévisibilité suffisante.

**212.** Finalement, la distinction des nullités relatives et absolues n'est ni source de pédagogie, ni source de sécurité juridique. La seule mise en œuvre de la distinction des nullités relatives et absolues s'avère insuffisante pour connaître le régime d'une cause de nullité.

---

n°105, p. 3), elle peut constituer un moyen de promotion de l'impératif de sécurité juridique (PIAZZON (Th.), *op. cit.*, n°273 et s.).

<sup>728</sup> TOUFFAIT (A.) et TUNC (A.), « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, 487 et s., spéc. n°2, n°10 et n°13 ; LINDON (R.), « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1975, I, 2681 ; BÉNABENT (A.), « Pour la Cour de cassation aussi, mais autrement... », *D.* 1989, ch. p. 222 et s., spéc. p. 224 ; PIAZZON (Th.), *op. cit.*, n°135.

<sup>729</sup> V. *supra* n°74 et s.

## Conclusion du Chapitre 2

**213.** En définitive, attacher à la distinction des nullités relative et absolue une opposition de régimes manque de pertinence.

Tout d'abord, cette opposition, fondée sur le critère de distinction, s'avère injustifiée : elle a davantage été affirmée que démontrée. D'ailleurs, le critère de l'intérêt ne permet pas d'expliquer le régime de la nullité absolue. L'intérêt général ne peut justifier ni le cercle des titulaires du droit d'invoquer la nullité, ni la possibilité de confirmer l'acte, ni la durée du délai de prescription. En réalité, le régime de la nullité absolue a été construit par opposition à celui de la nullité relative.

Ensuite, cette opposition de régimes apparaît néfaste car elle génère une rigidité qui ne permet pas de prendre en compte les spécificités propres à chaque cause de nullité, ou encore le milieu dans lequel la nullité est appelée à opérer. Cette rigidité a d'ailleurs incité DROGOU et JAPIOT, au tournant du XX<sup>e</sup> siècle, à remettre en cause cette opposition de régimes. Ils ont ainsi proposé de résoudre chaque question de régime distinctement. Les auteurs postérieurs n'adhéreront pas à cette proposition en raison de l'éclatement qu'elle provoque. Cette rigidité a ensuite poussé la jurisprudence à ne pas se laisser enfermer dans le carcan de la distinction.

La multiplication des régimes légaux spécifiques fait aussi douter de la pertinence de conserver une opposition de régimes. La détermination du caractère d'une cause de nullité ne suffit pas pour connaître son entier régime.

Enfin, la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription a fait perdre de son intérêt à la distinction des nullités relative et absolue en anéantissant l'un de ses traits distinctifs. Désormais l'action en nullité se prescrit par cinq ans, quelle que soit la cause de nullité.

Au regard de ce qui précède, une conclusion s'impose : la distinction des nullités relative et absolue ne possède pas les vertus de pédagogie et de sécurité juridique qu'on lui prête.

**214.** À ce stade de l'étude, le constat est clair : la distinction des nullités relative et absolue ne possède pas les deux premières caractéristiques essentielles à une distinction binaire pertinente. Il reste alors à vérifier que toute distinction binaire doit être écartée. Il en sera ainsi, uniquement si, au-delà de leur diversité, les différentes causes de nullité partagent toutes une même et unique nature.



### **Chapitre 3 - Une nature unique appelant un régime unique**

**215.** On sait qu'une différence de nature implique une différence de régime, et, qu'inversement, une différence de régime doit être justifiée par une différence de nature<sup>730</sup>. Donc, si une dualité de nature justifie une dualité de régime, une nature unique doit appeler un régime unique.

Ce principe se vérifie tant dans la doctrine des auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle, que dans celle de DROGOUL et de JAPIOT, à l'origine de la théorie dite moderne des nullités. Les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle sont traditionnellement considérés comme les pères de la conception de la nullité-état de l'acte. Ils considéraient, on le rappelle, que le vice atteignant l'acte pouvait être soit grave – l'acte était nul –, soit moindre – l'acte était annulable. Or selon eux, cette différence d'intensité du vice entachant l'acte justifiait les différences de régimes entre celui attaché à l'acte nul et celui découlant de l'acte annulable. JAPIOT et DROGOUL ont, quant à eux, prôné une nature unitaire de la nullité, de sorte qu'ils ont rejeté toute dualité de régimes. Une dualité de nature emportait bien une dualité de régimes selon les premiers, tandis qu'une nature unique entraînait bien un unique régime selon les seconds.

Ce principe est, en revanche, mis à mal dans la doctrine contemporaine. Les auteurs reconnaissent en effet une identité de nature entre la nullité relative et la nullité absolue mais conservent la distinction des nullités relative et absolue, c'est-à-dire qu'ils attachent à une nature unique une dualité de régimes<sup>731</sup>. Afin de justifier cette dualité, une auteure a alors soutenu qu'il existe une différence de degré entre la nullité absolue et la nullité relative<sup>732</sup>.

**216.** Cette rétrospection indique quel doit être le cheminement de notre réflexion. La nature commandant le régime, il nous faut, dans un premier temps, identifier la nature de la nullité (Section 1), pour, dans un second temps, en tirer toutes les conséquences quant au régime de la nullité (Section 2).

---

<sup>730</sup> V. *supra* n°2.

<sup>731</sup> V. not. MALINVAUD (Ph.) et FENOUILLET (D.), *Droit des obligations*, Litec, 11<sup>e</sup> éd., 2010, n°382 et n°388 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°80 et n°393 et s. ; FAGES (B.), *Droit des obligations*, L.G.D.J., 5<sup>e</sup> éd., 2015, n°192 et n°196 et s.

<sup>732</sup> V. par ex. GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. J. Ghestin, L.G.D.J., 1992, n°377. Mais une différence de degré est-elle à même de justifier une différence de régime ?

## **Section 1 - L'identification de la nature de la nullité**

217. La nullité possède une assise substantielle matérialisée par la cause de nullité<sup>733</sup>, et un aspect « réaction », résultant du prononcé de la nullité<sup>734</sup>. Seule une conception conciliant ces deux aspects de la nullité peut être retenue. En conséquence, la conception attachée aux auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle, à savoir la nullité-état de l'acte, et celle proposée par JAPIOT – la nullité-droit de critique – doivent être rejetées. La première met l'accent sur l'assise substantielle de la nullité mais occulte son aspect « réaction », tandis que la seconde insiste sur l'aspect « réaction » de la nullité mais ignore son assise substantielle.

Depuis plusieurs années, un consensus apparaît en doctrine et en jurisprudence pour qualifier la nullité de sanction<sup>735</sup>. Cette conception doit être approuvée puisqu'elle permet, on le constatera, de rendre compte des deux aspects de la nullité.

Les conceptions prônées par la théorie dite classique et par JAPIOT doivent donc être rejetées (§.1). En revanche, la conception de nullité-sanction doit être approuvée (§.2).

### ***§. 1 - Le rejet des conceptions proposées en doctrine***

218. La doctrine majoritaire soutient que les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle, considérés comme les pères de la théorie dite classique des nullités, concevaient la nullité comme un état de l'acte<sup>736</sup>. Après avoir critiqué cette conception, JAPIOT a proposé de lui substituer celle de nullité-droit de critique. La nullité n'étant ni un état de l'acte (A), ni un droit de critique (B.), il convient de repousser ces deux propositions.

### **A - Le rejet de la nullité-état de l'acte**

219. Nul n'ignore que la conception de la nullité-état de l'acte résulte d'une analyse anthropomorphique du contrat. Selon celle-ci, l'acte peut être atteint d'un vice plus ou moins grave. Dans le pire des cas, le vice affecte une condition d'existence de l'acte. L'acte ne peut alors accéder à la vie juridique : il doit être considéré comme mort-né, soit nul. Mais lorsque le

---

<sup>733</sup> BANDRAC (M.), *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Economica, 1984, n°143 et s.

<sup>734</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *op. cit.*, n°353 ; v. égal. ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, préf. de D. Deroussin, rééd. Dalloz, 2005, n°10. Ce dernier soutient que l'action en nullité est liée à une « situation réactionnelle » car « l'ordre juridique procède par voie de réaction » à l'encontre de l'acte entaché de nullité. Cette réaction résulte du prononcé de la nullité à savoir le rétablissement de la légalité transgressée.

<sup>735</sup> CARBONNIER (J.), *Droit civil, vol. 1, Introduction – Les personnes – La famille, l'enfant, le couple*, Puf, coll. Quadrige, 1<sup>ère</sup> éd., 2004, p. 323 et p. 330 ; v. par ex. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 1981, n°80-11140, *Bull. civ.* I, n°222 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mai 2013, n°12-18223.

<sup>736</sup> V. par ex. : FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), n°325 et s. ; GHESTIN (J.), n°773 ; GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), n°2104 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°87 ; GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *op. cit.*, n°350.

vice est d'intensité moindre, c'est-à-dire lorsqu'il atteint une condition de validité, l'acte s'avère seulement malade, il n'est qu'annulable<sup>737</sup>. Cette conception, attribuée aux auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle (1), doit être repoussée (2).

## 1 - Une conception attribuée aux auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle

**220.** La conception de la nullité-état de l'acte a été attribuée aux auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle à la suite d'une systématisation opérée par DROGOUL et JAPIOT (a). Contrairement à ce qu'affirment ces derniers, leurs prédécesseurs ne concevaient pas tous l'acte nul et l'acte annulable comme deux états possibles de l'acte (b).

### a - Une systématisation à l'origine de la nullité-état de l'acte

**221.** L'idée selon laquelle les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle concevaient uniquement la nullité comme un état de l'acte provient des thèses critiques formulées au tournant du XX<sup>e</sup> siècle par DROGOUL et JAPIOT. Cherchant à démontrer qu'une théorie rigide fondée sur cette conception s'était formée, ces auteurs ont occulté les nuances présentes dans les doctrines de leurs prédécesseurs.

Si DROGOUL reconnaît expressément avoir élaboré « une espèce de doctrine moyenne et tempérée », il la qualifie tout de même de théorie de « traditionnelle »<sup>738</sup>. Il admet que les théories des auteurs étudiées « étaient loin de concorder absolument, et que les différences entre elles étaient souvent fort importantes »<sup>739</sup>. Il confesse avoir occulté les divergences doctrinales, avoir opéré un choix entre les différentes doctrines proposées. DROGOUL énonce que « ce qui est au fond de la théorie traditionnelle, c'est, sous une forme plus ou moins dissimulée, la distinction imagée entre le malade dont la vie est incertaine et le mort que rien ne peut ressusciter. Il y aurait des actes si complètement dépourvus de la vie juridique que nulle action ne serait nécessaire pour les en priver [...] D'autres actes au contraire jouiraient d'une existence provisoire, et, quoique susceptible de mourir, n'iraient pas à une mort certaine »<sup>740</sup>.

JAPIOT soutient également qu'une théorie rigide, fondée sur la métaphore de l'acte-organisme, s'est formée à compter du dernier tiers du XIX<sup>e</sup> siècle. Pour démontrer

---

<sup>737</sup> V. *supra* n°19.

<sup>738</sup> DROGOUL (F.), *Essai d'une théorie générale des nullités*, th. Aix-en Provence, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1902, p. 180.

<sup>739</sup> *Ibid.*, p. 58. V. égal. p. 6 où DROGOUL énonce qu'il est nécessaire de dépouiller la théorie dite classique des nullités « de ses incertitudes et d'en arrêter avec précision la structure générale, fût-ce au détriment de quelques nuances intéressantes » (souligné par nous).

<sup>740</sup> *Ibid.*, p. 180.

l'existence de cette construction, il compare la doctrine plus souple de LAURENT et d'AUBRY et RAU<sup>741</sup>, avec celle plus rigide de PIZE, DEMOLOMBE ou encore de BEUDANT<sup>742</sup>. La pertinence de ce procédé doit être soulevée. S'il est possible d'examiner l'évolution d'une doctrine à travers les différentes éditions d'un traité, il est beaucoup plus contestable de soutenir l'existence d'une telle évolution en comparant des auteurs aux doctrines différentes. Par ailleurs, JAPIOT prend le soin non seulement d'omettre les nuances exposées dans la théorie de LAURENT<sup>743</sup>, mais également d'occulter en grande partie la thèse d'HARTEMANN<sup>744</sup>. La raison est simple : ces deux auteurs ne sont pas parvenus à une théorie aussi rigide qu'il le souhaite.

---

<sup>741</sup> JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques – Essai d'une théorie nouvelle*, th. Dijon, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1909, p. 126 et s. Pour procéder à sa démonstration il cherche à montrer que la notion d'inexistence a conduit à une plus grande rigidité non seulement en étendant son domaine, mais également par l'intensité de ses conséquences.

<sup>742</sup> Ces trois auteurs reniaient, contrairement à AUBRY et RAU, toute catégorie intermédiaire entre l'inexistence et la nullité relative dans le domaine de la nullité des contrats.

<sup>743</sup> La théorie de LAURENT, au regard de la sous-distinction qu'il retient, se rapproche davantage de celle d'AUBRY et RAU que de celle de DEMOLOMBE tant au regard de la conception de la nullité (*Principes de droit civil français*, T. I, Paris : Librairie Maresq Ainé, 3<sup>e</sup> éd., 1878, n°36 et s.), que de son régime puisque. Comme AUBRY et RAU, il soutient qu'« en principe, toute nullité peut être couverte par la confirmation », avant de se trouver dans le même embarras que ces prédécesseurs face aux nullités d'ordre public (*Principes de droit civil français*, T. XVIII, Paris : Librairie Maresq Ainé, 3<sup>e</sup> éd., 1878, n°599 et s.).

Pour montrer que la théorie des nullités s'est rigidifiée, JAPIOT cite LAURENT comme partisan de l'inexistence et non de la nullité absolue pour ce qui est de l'acquisition d'un droit litigieux par un magistrat ou par un officier ministériel du ressort. Il s'agit d'une erreur de la part de JAPIOT car LAURENT critique au contraire la position de Marcadé qui se prononce en faveur de l'inexistence. Pour LAURENT, il s'agit d'une nullité d'ordre public. Lorsqu'il reconnaît que du point de vue des titulaires de l'action cela « conduit à la même conséquence que si la cession était inexistante, en ce sens que toute personne intéressée peut se prévaloir de la nullité », il affirme bien que pour lui il ne s'agit pas d'une inexistence (*Principes de droit civil français*, T. XXIV, Paris : Librairie Maresq Ainé, 3<sup>e</sup> éd., 1878, n°63).

<sup>744</sup> La souplesse de la thèse d'HARTEMANN se constate à travers la double distinction qu'il retient (*Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, thèse Nancy, Typographie de G. Crépin-Leblond, 1889, n°252 et s.). Après avoir distingué l'inexistence de l'annulabilité, il affirme que si l'annulabilité s'avère rationnelle lorsque le fondement de la disposition violée consiste en la protection d'intérêts privés, il constate de façon critique que le législateur n'a pas toujours opté pour l'inexistence lorsque la prohibition est d'ordre public. Il ne peut donc qu'opérer une distinction au sein des annulabilités. (*Ibid.*, n°257 et n°261). Il convient cependant de préciser que sa distinction des annulabilités ne correspond pas à la distinction des nullités relative et absolue. Si HARTEMANN évoque également la distinction des nullités relative et absolue, il estime qu'elle « n'a pas toute l'importance qu'on lui attribue ». Pour cet auteur, cette distinction n'a pour effet que de déterminer le cercle des personnes pouvant invoquer la nullité, « les unes pouvant être prononcées sur la demande de toute personne intéressée ; les autres ne peuvent être opposées que par certaines personnes déterminées : les premières sont absolues, les secondes relatives ». Il ne se prononce pas sur le critère de distinction. Il évoque des "personnes déterminées". Mais le sont-elles par le législateur ? En vertu d'autres considérations ? Il apparaît au regard de ses développements suivants que ce n'est pas en considération du but poursuivi par le législateur puisqu'il n'opère aucun lien entre la distinction des nullités relative et absolue et celle à laquelle il accorde de l'importance c'est-à-dire la distinction des annulabilités d'ordre public et des annulabilités d'intérêt privé. Il estime que cette distinction « doit primer celle des annulabilités absolues et relatives » (*Ibid.*, p. 336). La position de cet auteur s'explique par l'absence de lien qu'il opère entre le but poursuivi par le législateur et le cercle des personnes pouvant invoquer la nullité. Il considère en effet qu'une nullité est absolue lorsque « l'intérêt à protéger, tout en n'étant pas d'ordre public », est général, l'intérêt général consistant en « l'intérêt de tous les particuliers considérés comme tels » (*Ibid.*, note de bas de page n°4 p. 269). Cette même hypothèse sera qualifiée de "nullité relative généralisée" par GAUDEMET (*Théorie générale des obligations*, publiée par H. Desbois et J. Gaudemet, rééd. Dalloz, 2004, présentée par D. Mazeaud, p. 167-168).

HARTEMANN se trouve tout aussi embarrassé que LAURENT, AUBRY et RAU lorsqu'il évoque le régime de la nullité fondée sur l'intérêt public. Il se prononce pour l'impossibilité de renoncer à une action « fondée

**222.** Ce n'est donc qu'en recourant à ces procédés critiquables que JAPIOT a pu, à l'image de DROGOUL, retenir une théorie unique, imagée, et surtout utile à la démonstration qu'il entendait mener par la suite. Il énonce ainsi « on est arrivé au système qui présente le minimum de catégories. De deux choses l'une : - ou bien l'être manque de l'un des organes nécessaires à la vie ; c'est le « mort-né » : inexistence ; - ou bien il réunit tous les organes nécessaires mais l'un d'eux est atrophié, insuffisant ; c'est l'« infirme » : annulabilité relative »<sup>745</sup>. Les pères de la théorie dite moderne des nullités ont tant mis l'accent sur cette métaphore qu'elle est, aujourd'hui, couramment employée par la doctrine contemporaine pour exposer ce qu'ils dénomment la théorie dite classique des nullités<sup>746</sup>.

La conclusion à laquelle parvient JAPIOT s'avère discutable parce que seuls certains auteurs ont expressément comparé le contrat à un organisme vivant<sup>747</sup>, et que certains d'entre eux, tel DEMOLOMBE, ont relativisé l'emploi de cette métaphore<sup>748</sup>. D'ailleurs, comme il l'a été souligné, les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle n'ont fait « qu'user d'une image banale à une époque de révolution médicale » afin d'illustrer leur théorie<sup>749</sup>. En outre, ils n'ont pas autant développé cette métaphore que DROGOUL et JAPIOT à l'origine de la systématisation de la théorie dite classique<sup>750</sup>.

**223.** La théorie fondée sur la conception de la nullité-état de l'acte ne constitue qu'une création orientée de DROGOUL et JAPIOT. Ils ne l'ont élaborée qu'afin d'en rendre la critique plus aisée. Cette construction ne peut pas être considérée comme représentative de la

---

principalement sur un intérêt d'ordre public ». Il estime qu'en l'absence de dérogation législative expresse, « les nullités d'ordre public sont absolument indélébiles » (*Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil, op. cit.*, n°286 et s.). La nullité fondée sur des motifs d'ordre public n'est donc pas soumise à la prescription ni de l'article 2262, ni de l'article 1304 du Code civil (*Ibid.*, n°301). Il refuse d'appliquer l'article 2262 du Code civil au motif qu'aucun des deux fondements de cette disposition – présomption d'extinction amiable d'une part et négligence d'autre part – ne peuvent trouver application pour une telle action en nullité. Il rejette l'application de l'article 1304 du même Code pour la même raison qu'AUBRY et RAU : la présomption de ratification sur laquelle elle est fondée, ratification impossible pour une nullité fondée sur des motifs d'ordre public).

<sup>745</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 129 ; v. égal. p. 272.

<sup>746</sup> V. par ex. : GHESTIN (J.), n°733 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), n°325 ; GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *op. cit.*, n°350.

<sup>747</sup> D'ailleurs lorsque JAPIOT reprend ces images, il n'évoque à leur appui que DEMOLOMBE (JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 129, note de bas de page n°1).

Outre DEMOLOMBE, BEUDANT y recourt également (note sous Req., 5 mai 1879, *D.* 1880, 1. 145, spéc. p. 146) ainsi que plusieurs auteurs au sein de leur thèse à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle (v. PIZE (J.), *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, thèse Lyon, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, 1897, p. 2 et p. 179 ; HARTEMANN (E.), *op. cit.*, n°2).

<sup>748</sup> Ainsi DEMOLOMBE avant d'employer l'expression « mort-né » pour désigner l'acte nul ou inexistant précise : « si j'osais dire ainsi ».

<sup>749</sup> POEZ (A.), *L'inexistence du contrat*, th. dactyl. Paris II, 2010, note de bas de page 13, p. 4. L'idée d'illustration se retrouve d'ailleurs dans les précautions prises par DEMOLOMBE, v. *supra* note ci-dessus.

<sup>750</sup> DROGOUL (F.), *op. cit.*, p. 180 ; JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 129 et p. 272.

doctrine des auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle. En réalité, certains d'entre eux ne concevaient d'ailleurs pas uniquement la nullité comme un état de l'acte.

#### b - Une dualité de conception retenue au XIX<sup>e</sup> siècle

**224.** Il n'est pas possible de soutenir que tous les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle concevaient la nullité uniquement comme un état de l'acte. Apparaissant de manière sous-jacente dans la doctrine de certains auteurs, cette conception se manifeste de façon beaucoup plus confuse dans celle de plusieurs de leurs contemporains. Si DEMOLOMBE adopte cette conception, AUBRY et RAU semblent, de même que LAURENT, l'avoir cantonnée à l'inexistence pour retenir en sus une conception de la nullité-sanction.

**225.** Pour DEMOLOMBE<sup>751</sup>, la nullité est intrinsèque et initiale. Sa conception de la nullité ressort de sa définition du contrat nul. Il s'agit du contrat « qui n'a pas pu se former, il est même plus que nul, il est inexistant ; c'est un pur fait »<sup>752</sup>. Dès lors qu'une condition essentielle du contrat fait défaut, l'acte est intrinsèquement nul. Cette instantanéité influence directement le régime de l'acte nul : le recours au juge n'est aucunement nécessaire. Toutefois si un conflit survient, l'intervention du juge sera impérative. Cependant, ce dernier se bornera à constater la nullité. Il ne la prononcera en aucun cas, car la nullité – état intrinsèque et initial de l'acte – s'impose à lui<sup>753</sup> : il ne peut que la reconnaître.

DEMOLOMBE ne s'interroge pas sur l'annulabilité indépendamment de la nullité. Il envisage l'acte nul et son régime uniquement par opposition à l'acte annulable<sup>754</sup>. Par conséquent, sa conception de l'acte nul rejaillit sur celle de l'acte annulable. La métaphore de l'acte organisme à laquelle il recourt illustre bien sa manière de procéder. Il énonce ainsi : « L'acte nul ou inexistant est mort-né, si j'osais dire ainsi ! Ou plutôt c'est le néant même ! L'acte annulable n'est qu'infirmes ; il est malade, susceptible, à la vérité, de périr, mais susceptible aussi très souvent d'être guéri et sauvé ! »<sup>755</sup>.

En n'étudiant pas séparément la nullité et l'inexistence, DEMOLOMBE se distingue d'AUBRY et RAU ou encore de LAURENT.

---

<sup>751</sup> DEMOLOMBE oppose la nullité à l'annulabilité ou l'acte nul à l'acte annulable, v. *supra* n°19.

<sup>752</sup> DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon*, T. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T. I, Paris : A. Durand et L. Hachettes et Cie, Libraires, 1870, n°76 et *Cours de Code Napoléon*, T. XXIX, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T. VI, Paris : A. Durand et L. Hachettes et Cie, Libraires, 1876, n°22 à 24.

<sup>753</sup> DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon*, T. III, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, T. I, Paris : A. Durand et L. Hachettes et Cie, Libraires, 1869, n°241.

<sup>754</sup> DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon*, T. XXIV, *op. cit.*, n°76 et *Cours de Code Napoléon*, T. III, *op. cit.*, n°241.

<sup>755</sup> DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon*, T. III, *op. cit.*, n°240.

**226.** Soutenir qu'AUBRY et RAU retiennent une conception de la nullité-état de l'acte ne peut se faire qu'au prix de l'isolement de leur premier développement relatif à la nullité. Dans le premier tome de leur *Traité*, ces auteurs définissent d'abord l'inexistence et la nullité, pour ensuite les distinguer<sup>756</sup>. Ce procédé leur permet, contrairement à DEMOLOMBE, de retenir une conception distincte de l'inexistence et de la nullité.

La définition de l'acte inexistant ainsi que le régime qu'ils lui attachent, révèlent que ces auteurs conçoivent l'inexistence comme un état intrinsèque et initial de l'acte<sup>757</sup>. Leur conception de la nullité diffère complètement. Ils la placent, de même que les dommages-intérêts ou encore les déchéances, parmi les « conséquences pénales qui constituent » ce qu'ils nomment « la sanction de la loi »<sup>758</sup>. Ils lient ainsi nullité et méconnaissance de la loi<sup>759</sup>. La place de leur paragraphe relatif aux nullités est d'ailleurs, à cet égard, significative. Celui-ci se situe au sein de la section de l'introduction ayant trait à « la force obligatoire des lois civiles ». Dans la doctrine d'AUBRY et RAU, la nullité apparaît donc comme une sanction attachée à la méconnaissance de la loi, et non un état de l'acte<sup>760</sup>. Cette conception de la nullité-sanction est également révélée par l'importance que ces auteurs attachent à la nécessité de recourir au juge<sup>761</sup>, ainsi que par les conséquences résultant du jugement qui, selon leurs termes, « frappe » l'acte contrevenant à un commandement ou à une défense de la loi d'« invalidité » ou d'« inefficacité »<sup>762</sup>. Ainsi pour ces auteurs, la nullité constitue non pas un état de l'acte, mais une sanction.

**227.** LAURENT retient une conception de la nullité similaire à celle d'AUBRY et RAU<sup>763</sup>. Il lie également la nullité au non-respect de la loi. Il soutient ainsi que « la nullité que la

---

<sup>756</sup> Ils précisent d'ailleurs expressément qu'« il ne faut pas confondre avec les actes nuls, les actes inexistantes [...] ». AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, T. I, Paris : Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 4<sup>e</sup> éd., 1869, n°37. V. déjà T. I, Strasbourg : F. Lagier Libraire éditeur, 1839, n°37 : « L'acte nul diffère essentiellement de l'acte inexistant ».

<sup>757</sup> Pour la définition, v. AUBRY (C.) et RAU (C.), T. I, 1<sup>ère</sup> éd., *op. cit.*, n°37 : « l'acte inexistant est celui qui ne réunit pas les conditions essentielles à son existence de fait [...] ».

Pour le régime, v. AUBRY (C.) et RAU (C.), *ibid.* : « L'inexistence d'un acte est indépendante de toute déclaration judiciaire. Elle ne se couvre ni par la confirmation ni par la prescription. Il appartient à tout juge de la reconnaître même d'office ».

<sup>758</sup> AUBRY (C.) et RAU (C.), *ibid.*, n°37 et 4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, n°37.

<sup>759</sup> AUBRY (C.) et RAU (C.), T. I, 4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, n°37 : « il ne renferme aucun texte portant que les cas prévus par ces dispositions sont les seuls dans lesquels la violation de la loi entraîne la nullité », et plus loin : « le juge a uniquement à examiner en fait si le précepte prescrit à peine de nullité a été ou non violé ».

<sup>760</sup> JAPIOT reconnaît d'ailleurs qu'AUBRY et RAU se sont gardés « de faire la moindre allusion à la conception de l'acte organisme ». Il précise même que « c'est à peine si chez eux l'on trouve vaguement indiqué la conception des nullités comme des manières d'être des actes » (JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 278).

<sup>761</sup> AUBRY (C.) et RAU (C.), T. I, 4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, n°37 : « toute nullité doit, en règle générale, être prononcée par jugement ».

<sup>762</sup> *Ibid.*, n°37.

<sup>763</sup> LAURENT envisage également distinctement l'inexistence et la nullité, v. *Principes de droit civil français*, T. I, *op. cit.*, n°71 et *Principes de droit civil français*, T. XVIII, *op. cit.*, n°531.

loi prononce est une sanction de la volonté du législateur, et [que] si les lois n'étaient pas sanctionnées elle manqueraient d'autorité »<sup>764</sup>. De même que ces prédécesseurs, il considère que la nullité doit être prononcée par le juge<sup>765</sup> et qu'elle n'existe « que du jour où elle a été prononcée »<sup>766</sup>.

228. Finalement, au regard de la doctrine d'AUBRY et RAU et de LAURENT, il est impossible de soutenir que tous les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle assimilaient la nullité et l'inexistence à un état de l'acte. La dualité de conception de la nullité retenue par les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle incite à penser que la théorie dite classique des nullités ne constitue qu'un mythe élaboré par les fondateurs de la théorie dite moderne des nullités<sup>767</sup>. Cette conception de la nullité-état de l'acte, attribuée depuis aux auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle, doit être rejetée, puisque la nullité ne peut être assimilée à un état de l'acte.

## 2 - Le rejet de la conception de la nullité-état de l'acte

229. La nullité constitue un concept juridique et non pas un concept naturel et extra juridique<sup>768</sup>, de sorte qu'elle ne peut être assimilée à un état de l'acte<sup>769</sup>.

Deux séries de dispositions issues du Code civil de 1804 nous conduisent à réfuter cette assimilation. La première comprend les articles 1110, 1111, 1113 ou encore 1116 du Code civil. Toutes ces dispositions font référence à la « cause de nullité ». Ces termes montrent bien que la nullité est conçue comme une conséquence du non-respect de prescriptions légales. Dès lors, si la nullité implique un certain état de l'acte, cet état ne peut être assimilé à la nullité. Il s'agit seulement du présupposé de la nullité<sup>770</sup>. La seconde série de dispositions comporte les dispositions relatives à la nécessité d'annuler l'acte comme les

<sup>764</sup> LAURENT (F.), T. I, *op. cit.*, n°41. v. égal. n°36 : « On pourrait croire que le législateur doit frapper de nullité tout acte qui viole ses principes » et « La nullité des actes contraires à la loi paraît être la sanction naturelle, nécessaire de la volonté générale ». Mais égal. : « Il arrive encore que, tout en disposant dans un intérêt social, le législateur ne veuille pas attacher la peine de nullité à l'inobservation de ses dispositions ». V. enfin n°43 : « Il y a une sanction qui ne présente pas les mêmes inconvénients [que la nullité], c'est l'amende ou l'emprisonnement ».

<sup>765</sup> *Ibid.*, n°72. Deux raisons motivent son choix, il considère d'une part que « les nullités, quand même elles sont établies dans un intérêt général, conservent dans l'application, l'intérêt privé. Il faut donc laisser à l'intérêt privé le soin de poursuivre l'annulation » et d'autre part qu'« il suffit que la loi prononce la nullité pour que l'intérêt social soit sauvegardé » (*Ibid.*, n°69). V. égal. T. XVIII, *op. cit.*, n°532.

<sup>766</sup> LAURENT (F.), T. XVIII, *op. cit.*, n°532.

<sup>767</sup> Deux observations nous avaient précédemment amené à conclure que la présentation traditionnellement faite de la théorie dite classique des nullités était très réductrice. Nous avons en effet pu constater d'une part, que les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle employaient des terminologies diverses et d'autre part, qu'ils connaissaient et utilisaient le critère de l'intérêt (v. *supra* n°19 pour la terminologie, et n°54 et s. pour le recours au critère de l'intérêt).

<sup>768</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *op. cit.*, n°349 et s.

<sup>769</sup> V. les critiques formulées par : JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 271 et s. ; DROGOUL (F.), *op. cit.*, p. 144 et s. ; GAUDEMET (E.), *op. cit.*, p. 142 et s. ; v. égal. les critiques relatives à l'inexistence faites par DE LA PRADELLE (G.), *Les conflits de lois en matière de nullité*, Dalloz, Paris, 1967, n°60 et s.

<sup>770</sup> GHESTIN (J.), n°748 ; GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), n°2121 ; GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *op. cit.*, n°361.

articles 1114, 1117 ou encore 1304 du Code civil. Ces dispositions confirment que la nullité est distincte d'un état de l'acte et qu'elle n'opère pas de plein droit.

**230.** La nullité n'est donc pas un état intrinsèque et initial de l'acte. D'ailleurs certains auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle comme AUBRY et RAU ou encore LAURENT l'avaient déjà perçu. Si la nullité ne peut être assimilée à un état de l'acte, celui-ci ne doit pas pour autant être occulté puisqu'il permet d'expliquer l'existence de la nullité. En effet l'état de l'acte, sa non-conformité au modèle de l'acte-type parfait, explique la réaction, le prononcé de la nullité<sup>771</sup>. Afin d'asseoir plus solidement sa théorie, JAPIOT délaissera complètement l'état de l'acte pour se concentrer seulement sur son aspect « réaction ». Il en résulte que sa conception de la nullité, à savoir un droit de critique dirigé contre les effets de l'acte, doit également être rejetée.

## **B - Le rejet de la conception de JAPIOT**

**231.** Au tournant du XX<sup>e</sup> siècle, JAPIOT a proposé une nouvelle conception de la nullité : un droit de critique dirigé contre les effets de l'acte (1). Souhaitant tourner définitivement la page de la conception de la nullité-état de l'acte, il prend le parti d'établir une conception de la nullité en se focalisant uniquement sur les effets de l'acte entaché de nullité. En conséquence, sa conception est sujette à critiques (2).

### **1 - Exposé de la conception de la nullité-droit de critique**

**232.** De même que DROGOUL<sup>772</sup>, JAPIOT retient une conception juridique, objective et unitaire de la nullité<sup>773</sup>. Il la définit comme « la sanction civile dont est frappé un acte qui originairement ne remplit pas certaines conditions juridiques et en vertu de laquelle cet acte n'a pas d'effet »<sup>774</sup>. Afin de rompre tous liens avec la conception de la nullité attribuée aux auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle, JAPIOT refuse de prendre en compte l'acte entaché de nullité et se

---

<sup>771</sup> V. *infra* n°252

<sup>772</sup> DROGOUL (F.), *op. cit.*, p. 264 : La nullité, « c'est toujours la sanction attachée à l'absence d'une condition que le droit positif juge nécessaire » et p. 209 : il n'y a « ni nullité absolue, ni nullité relative, ni inexistence. Il y a des nullités ».

<sup>773</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 146 et s. « [...] M. Drogoul, qui s'affranchit de la rigidité des catégories classiques en les supprimant, - défend l'unité de la notion de nullité - » et p. 295 « Et sur ce point nous sommes d'accord pour reconnaître avec M. Drogoul l'unité de la notion de nullité : pour nous, toutes les nullités – annulabilités relatives ou absolues, nullités absolues, de plein droit, de droit public ou de droit privé, inexistentielles et même inopposabilités – toutes sont pareillement des inefficacités ».

<sup>774</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 36-37. v. également p. 166 : « La nullité est une sanction ; elle n'a pour utilité et pour raison d'être que d'assurer l'observation de la règle qu'elle sanctionne [...] ».

focalise uniquement sur ses effets : ce sont eux qu'il faut anéantir<sup>775</sup>. Il distingue alors l'incidence de la nullité dans le domaine du droit, et dans le domaine du fait.

**233.** Dans le domaine du droit, la loi « est toute puissante pour déclarer en droit la nullité »<sup>776</sup>. Elle opère « comme une sanction directe »<sup>777</sup>, et empêche l'acte de produire des effets juridiques. JAPIOT reconnaît cependant que, dans le domaine du fait, l'apparence exerce une influence certaine et, par conséquent, que l'acte peut produire « certaines conséquences qui ne traduisent pas un effet juridique, mais, si l'on peut dire, qui le simulent »<sup>778</sup>. Dans une telle hypothèse, la loi s'avère alors impuissante pour agir directement, mais elle peut, en raison du caractère non juridique des effets résultant de l'acte entaché de nullité, permettre leur « suppression pour l'avenir et, s'il y a lieu, la réparation aussi exacte que possible pour le passé »<sup>779</sup>. Pour faire passer la nullité dans le domaine des faits elle a donc besoin du concours des individus<sup>780</sup>. Il faut attribuer à certaines personnes un droit de critique afin d'assurer un état de fait conforme à l'état en droit<sup>781</sup>. La nullité se traduit donc « par l'ouverture d'un droit de critique », « dirigé contre les effets de l'acte »<sup>782</sup>. La nullité ne peut intervenir dans le domaine du fait que si les titulaires du droit de critique l'exercent. C'est pourquoi JAPIOT affirme que la nullité « est en quelque sorte *in personis* »<sup>783</sup>, et qu'« elle n'existe pas définitivement tant que la partie n'a pas opté pour elle »<sup>784</sup>. Il conçoit indéniablement le droit de critique comme un droit subjectif. Cette conception est mise en lumière lorsqu'il évoque l'exercice du droit de critique. JAPIOT affirme que le droit de critique s'exerce en principe en dehors de tout contexte judiciaire, soit par la seule option du titulaire du droit de critique. Cependant, en raison de différents obstacles comme le refus d'un individu de reconnaître la nullité à l'amiable couplé au principe selon lequel nul ne peut se faire justice à soi-même, il concède que le recours à l'autorité judiciaire peut s'avérer nécessaire. Il précise que, dans cette hypothèse, le juge se

---

<sup>775</sup> Si GAUDEMET adopte la conception de la nullité de Japiot à savoir la sanction de la violation d'une règle légale et admet qu'elle consiste en un droit de critique, il affirme que celui-ci est dirigé, non contre les effets intervenus dans le domaine du fait, mais contre l'acte lui-même (GAUDEMET (E.), *op. cit.*, p. 147). Cette différence n'est pas anodine. Elle implique que pour cet auteur « l'acte a une existence au moins apparente » et qu'il a pu produire effet (*Ibid.*, p. 161). L'acte est efficace en raison de son apparence, même si cette efficacité est précaire.

<sup>776</sup> Japiot (R.), *op. cit.*, p. 286.

<sup>777</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>778</sup> *Ibid.*, p. 42-43.

<sup>779</sup> *Ibid.*, p. 43 et p. 370 : « La loi, pour atteindre les effets d'un acte frappé par la sanction de nullité, doit procéder par l'intermédiaire des personnes ».

<sup>780</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>781</sup> *Ibid.*, p. 933-934. v. égal. p. 391-392 : « Si la possession de fait est conforme à la nullité, c'est-à-dire si l'effet de l'acte n'a pas été réalisé, l'action est inutile même en cas de nullité relative ; le droit de critique n'a pas à s'exercer ; il n'y a pas de situation de fait à critiquer ; tout se passe conformément à la volonté de la loi ».

<sup>782</sup> *Ibid.*, p. 283-284 et p. 293 et s.

<sup>783</sup> *Ibid.*, p. 283.

<sup>784</sup> *Ibid.*, p. 397 ; v. égal. p. 486.

contentera de constater la nullité, c'est-à-dire l'option choisie par le titulaire du droit de critique<sup>785</sup>. Le requérant n'intente donc aucune action en nullité<sup>786</sup>.

**234.** JAPIOT rejette ainsi toute action en nullité autonome. Ce rejet résulte du but du droit de critique, puisque ce dernier « est purement destructif ; on ne l'exerce qu'afin d'exercer un autre droit, celui que l'acte aurait supprimé s'il eût été valable, et qui subsiste en vertu de la nullité ; le droit de critique n'a pour utilité que de permettre l'exercice d'un autre droit »<sup>787</sup>. JAPIOT affirme que dans la mesure où le but direct du droit de critique est essentiellement négatif, il n'est pas concevable qu'une action lui soit exclusivement propre<sup>788</sup>. Il ne s'agit donc que d'un « simple moyen » invoqué dans les conclusions à l'appui d'un autre droit « dont la satisfaction seule a son importance »<sup>789</sup>. Dans une telle hypothèse, le titulaire du droit de critique exerce l'action de droit commun qui lui permettra d'obtenir la restitution du bien, du droit perdu par l'exécution d'un acte nul.

**235.** JAPIOT concède toutefois qu'en l'absence de toute exécution, le titulaire du droit de critique peut avoir intérêt à faire apparaître le vice, raison pour laquelle il admet l'existence d'une action préventive dirigée contre toutes les conséquences nées ou à naître de l'acte<sup>790</sup>. Il soutient qu'une telle action doit être ouverte car le demandeur possède un droit à faire valoir : son droit de critique.

Cette action préventive appelle deux remarques. En premier lieu, le recours au droit de critique comme fondement de cette action s'explique par la maxime ayant cours à l'époque : pas d'action sans droit<sup>791</sup>. En second lieu, il convient de remarquer que JAPIOT,

---

<sup>785</sup> *Ibid.*, p. 396 : « la nullité est mise à la disposition de cette personne, mais non pas à celle du juge ; la nullité est subordonnée à une option de la partie et non pas à une option du juge ». V. égal. p.486 ; Sur le rôle du juge, v. p. 313 et s.

<sup>786</sup> *Ibid.*, p. 383-384 : « Elle ne peut se soutenir que si l'on admet l'existence d'une véritable action en nullité, action spéciale et distincte, ayant en soi un but propre qui serait de faire valoir le droit de critique pour lui-même et d'atteindre l'existence de l'acte : or nous reconnaitrons au contraire, en précisant cette idée *a priori* un peu vague, qu'une telle action n'existe pas dans notre droit ». V. égal. p. 862 et p. 877.

GAUDEMET s'opposera également sur ce point à JAPIOT. Pour GAUDEMET, il faut « maintenir l'existence d'une action en nullité tendant à provoquer l'intervention active du juge en vue d'anéantir le contrat ». Il estime que la conception retenue par JAPIOT est contraire tout d'abord à l'histoire, l'action en nullité étant une action indépendante issue de la *restitutio in integrum*, ensuite aux textes, l'article 1304 du Code civil supposant qu'il existe une action en nullité, et enfin à la pratique, puisque demander au juge la nullité et la restitution d'une chose implique deux chefs de conclusion distincts (GAUDEMET (E.), *op. cit.*, p. 150).

JAPIOT tempéra postérieurement sa proposition à propos de l'existence autonome de l'action en nullité : « [...] peut-être ceci nous a-t-il conduit à modifier nos idées relativement à l'action en nullité » (*RTD civ*, 1914. 680).

<sup>787</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 289.

<sup>788</sup> Il énonce ainsi : « Il y a donc action en revendication ou répétition, motif pris de ce qu'il y a nullité, mais il n'y a pas d'action en nullité » (JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques*, th. préc., p. 405).

<sup>789</sup> *Ibid.*, p. 397 et p. 403.

<sup>790</sup> *Ibid.*, p. 430 et s., spéc. p. 442. V. égal. p. 935 note de bas de page n°1.

<sup>791</sup> GLASSON (E.) et TISSIER (A.), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, T. I, Paris : Sirey, 3<sup>e</sup> éd., 1925, n°173. V. égal. sur la théorie classique de l'action : AMRANI-MEKKI (S.) et STRICKLER (Y.), n°26 ; CADIET (L.) et JEULAND (E.), n°321.

ayant rejeté toute action en nullité autonome, se garde bien de nommer cette action qui met le droit de critique au premier plan.

**236.** Les positions de JAPIOT relatives au droit de critique reflètent non seulement qu'il conçoit le droit de critique – traduction pratique de la nullité – comme un droit subjectif substantiel, mais également qu'il opère par la seule volonté de son titulaire, soit sans intervention judiciaire.

## **2 - Critique de la conception de la nullité-droit de critique**

**237.** La conception retenue par JAPIOT apparaît contestable d'abord parce qu'elle occulte complètement l'assise substantielle de la nullité – soit l'état de l'acte – (a), ensuite parce qu'elle omet l'indépendance réciproque du droit de critique et de la nullité (b), et enfin, parce que la mise en œuvre de la nullité qu'il propose ne convainc pas (c).

### a - L'occultation de l'assise substantielle de la nullité

**238.** Par sa volonté de rompre avec la théorie dite classique des nullités, JAPIOT a occulté la nécessité de prendre en compte l'assise substantielle de la nullité, soit l'existence d'une cause de nullité, d'un vice. Il ne peut pas, en conséquence, expliquer l'apparition du droit de critique. Le droit de critique se rattache certes à la règle dont la violation justifie l'annulation de l'acte<sup>792</sup>, mais la violation de la règle entraîne également un certain état de l'acte<sup>793</sup>. La prise en compte de la cause de nullité permet de constater la non-conformité de l'acte au modèle-type de l'acte parfait, et de légitimer ainsi la mise en œuvre d'une sanction, de justifier son annulation. Cet état de l'acte constitue « le présupposé de la sanction de nullité »<sup>794</sup>. Il ne peut donc en aucun cas être occulté. D'autant plus qu'en laissant de côté l'assise substantielle de la nullité pour se concentrer sur son aspect processuel, JAPIOT n'a pu qu'assimiler le droit de critique à la nullité.

### b - L'omission de l'indépendance réciproque de la nullité et du droit de critique

**239.** Quatre arguments militent en faveur de l'indépendance du droit de critique et de la nullité.

---

<sup>792</sup> GHESTIN (J.), *op. cit.*, n°748.

<sup>793</sup> V. par ex. en faveur de la nécessité de prendre en compte l'état de l'acte : HÉBRAUD (P.), préface à la thèse de C. Dupeyron ; DUPEYRON (C.), *La régularisation des actes nuls*, préf. P. Hébraud, L.G.D.J., 1973, n°349 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°89.

<sup>794</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *op. cit.*, n°361.

D'abord, le droit de critique existe indépendamment de la caractérisation certaine d'une cause de nullité. À cet égard, il importe peu que la nullité ne nécessite pas d'action spécifique pour sa mise en œuvre comme JAPIOT le propose, ou que la nullité appelle une action spécifique – une action en nullité – ainsi que le soutient GAUDEMET<sup>795</sup>. Selon la thèse de JAPIOT, l'action en nullité n'existe pas puisque le droit de critique opère en dehors de tout cadre judiciaire<sup>796</sup>. Mais par exception, il faut exercer le droit de critique par voie d'action. Il en est ainsi lorsque le vice n'est pas évident et que le débat porte sur son existence. JAPIOT reconnaît que certaines nullités impliquent une appréciation des faits afin de déterminer si le vice prévu par la loi est suffisamment caractérisé<sup>797</sup>. Dès lors, pour JAPIOT, le droit de critique peut exister, alors même que la nullité n'est pas constatée par le juge. Dans la doctrine contemporaine inspirée de celle de GAUDEMET<sup>798</sup>, il est admis que l'action en nullité puisse être recevable car le requérant a un intérêt à agir en nullité, sans pour autant être bien fondée, le bénéficiaire du droit de critique ne remplissant pas les conditions exigées par la loi pour obtenir l'annulation de l'acte<sup>799</sup>.

L'indépendance de la nullité et du droit de critique apparaît ensuite à travers « l'effet relatif de la confirmation »<sup>800</sup>. La nullité, selon l'intérêt qui a guidé son édicition, est génératrice de plusieurs droits de critique au profit de différentes personnes. Ils constituent, par conséquent, autant de droits distincts. Si certains peuvent disparaître lorsque leur titulaire opère une confirmation, les autres subsistent puisqu'en raison de l'effet relatif de la confirmation seul le droit de critique de l'auteur de la confirmation s'éteint. Ainsi, ce n'est pas parce qu'une confirmation a eu lieu que la nullité ne peut plus être invoquée. Nullité et droit de critique sont donc distincts.

La prescription du droit de critique constitue également un argument en faveur de l'absence d'assimilation de la nullité et du droit de critique. JAPIOT admet, à propos de la prescription édictée par l'article 1304 du Code civil, qu'elle ne s'applique pas à l'exception de nullité<sup>801</sup>. Par conséquent, une fois le droit de critique éteint par l'effet de la prescription, la nullité peut toujours être invoquée par voie d'exception. Là encore, l'indépendance entre la nullité et le droit de critique est mise en lumière.

---

<sup>795</sup> V. *supra* note n°2, p. 165

<sup>796</sup> V. *supra* n°233.

<sup>797</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p.427 : « plus un acte aura l'apparence de validité et plus le possesseur sera tenté de refuser de rendre la chose ou la somme, espérant que, si l'adversaire agit en justice, celui-ci ne pourra pas prouver la nullité, ou que le juge estimera que les faits sont trop peu caractérisés pour constituer le vice prévu par la loi ».

<sup>798</sup> GAUDEMET (E.), *op. cit.*, p.150.

<sup>799</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *op. cit.*, n°559, I.

<sup>800</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p.780 ; v. égal. COUTURIER (G.), *La confirmation des actes nuls*, préf. J. Flour, L.G.D.J, Paris, 1972, n°49.

<sup>801</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 858-859.

Enfin, l'indépendance réciproque du droit de critique et de la nullité se manifeste par le pouvoir du juge de relever d'office certaines nullités<sup>802</sup>. Ce pouvoir transparait de la jurisprudence<sup>803</sup>, des dispositions du Code de procédure civile<sup>804</sup> ou encore de celles du Code de la consommation<sup>805</sup>. Il implique que la nullité existe en dehors de toute mise en œuvre du droit de critique par son titulaire. Dans sa thèse, JAPIOT admet d'ailleurs que lorsqu'un litige nécessite de statuer sur la validité d'un acte, point non soulevé par les parties, le tribunal doit constater d'office la nullité s'il s'agit d'une nullité d'intérêt social ou d'une nullité naturelle. Il faut toutefois reconnaître que JAPIOT considérait que les magistrats exerçaient le droit de critique en tant que représentants de la société<sup>806</sup>.

**240.** En occultant l'indépendance de la nullité et du droit de critique JAPIOT s'expose donc à différentes reproches. Par ailleurs, la conception qu'il retient de la nullité ne constitue pas la seule source de critiques de sa théorie puisque la mise en œuvre de la nullité qu'il préconise apparaît également contestable.

### c - La mise en œuvre proposée de la nullité à rejeter

**241.** La conception de la nullité de JAPIOT doit enfin être rejetée en raison de la mise en œuvre de la nullité qu'il préconise. Premièrement il renie l'existence d'une action en nullité, ce qui est incompatible avec le droit positif ( $\alpha$ ). Secondement, ses positions relatives à

---

<sup>802</sup> S'il s'agit d'une obligation en présence d'un moyen de pur droit, il ne s'agit que d'une faculté pour le juge du fond en présence d'un moyen mélangé de fait et de droit (v. CORNU (G.) et FOYER (J.), n°121). Plus généralement, v. GHESTIN (J.), n°750-1 et s.

<sup>803</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 mai 1985, *Bull. civ.* I, n°159 : Au moyen reprochant à la Cour d'appel d'avoir relevé d'office une nullité de protection alors qu'elle n'est invocable que par le seul particulier protégé, elle répond que « s'agissant d'un moyen de pur droit qui n'était mélangé d'aucun élément de fait puisqu'il ressortait des termes même du mandat dont l'application était demandée, la Cour d'appel était fondée à relever d'office le moyen tiré de la violation de l'article 7 de la loi du 2 janvier 1970 » ; v. déjà : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 avril 1983, *Bull. civ.* I, n°120.

<sup>804</sup> Lors de l'élaboration du nouveau Code de procédure civile, l'article 12 disposait en son alinéa 3 que le juge « peut relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties ». Cette disposition a été annulée par le Conseil d'État dans une décision du 12 octobre 1979 au motif que le gouvernement a apporté aux garanties résidant « notamment dans le principe de l'égalité des citoyens devant la justice et du caractère contradictoire de la procédure » des limitations illégales « en laissant au juge la faculté de relever d'office des moyens de droit et en le dispensant de respecter le contradictoire de la procédure ».

Toutefois, selon J. HÉRON, cette disposition conserve « une autorité officieuse » (note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 14 fév. 1985, *JCP* 1988, II, 21030). En outre, ce pouvoir résulte de l'alinéa 1<sup>er</sup> de cet article 12 qui implique que le juge doit rechercher la (ou les) règle(s) de droit applicable(s) au litige qui lui est soumis, et de l'alinéa 3 de l'article 16 qui dispose que le juge « ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ».

<sup>805</sup> Sous l'influence de la jurisprudence de la CJUE, le législateur a, par une loi du 3 janvier 2008, inséré un article L.141-4 dans le Code de la consommation aux termes duquel « le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent Code dans les litiges nés de son application ». Il peut par conséquent soulever toutes les règles méconnues sanctionnées par la nullité.

<sup>806</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 595 et s., spéc. p. 599 : « le but de la nullité conduit à reconnaître au ministère public et au juge un rôle très étendu en tant qu'ils exercent le droit de critique comme représentants de la société ».

l'exercice du droit de critique en vue de faire apparaître le vice révèlent les limites de sa proposition ( $\beta$ ).

$\alpha$  - L'incompatibilité de l'absence de véritable action en nullité avec le droit positif

242. On sait que JAPIOT rejette l'idée d'une véritable action en nullité<sup>807</sup>, que pour lui, la nullité opère en dehors de tout procès par l'option du titulaire du droit de critique<sup>808</sup>. De ce fait, la mise en œuvre de la nullité qu'il propose se révèle incompatible avec le droit positif. D'une part, la faculté d'annulation substantielle que JAPIOT octroie au titulaire du droit de critique ne trouve aucune assise dans la loi<sup>809</sup>. Bien au contraire, cette faculté entre en contradiction avec les articles 1117 et 1304 du Code civil. Ces dispositions évoquent expressément l'existence d'une action en nullité, au moins pour les hypothèses qu'elles visent<sup>810</sup>. D'autre part, en présence d'une action tendant à la reprise d'un immeuble livré en exécution d'une vente nulle, sa position se concilie mal avec la pratique. JAPIOT soutient en effet qu'il s'agit uniquement d'une action en revendication soit une action réelle immobilière<sup>811</sup>. Or une telle action a, selon la jurisprudence, une nature mixte<sup>812</sup>. L'action mixte apparaît lorsqu'un demandeur peut se prévaloir d'un droit personnel et d'un droit réel<sup>813</sup>. Il en est ainsi chaque fois que l'action intentée a objet de détruire un acte translatif créateur d'un droit réel immobilier puisque l'action en nullité - action de nature personnelle<sup>814</sup> - conduit à la remise en état, c'est-à-dire la restitution du bien, soit à une action réelle<sup>815</sup>.

---

<sup>807</sup> V. *supra* n°234. Sur la critique de cette négation, v. déjà : GOUT (O.), *Le juge et l'annulation du contrat*, préf. P. Ancel, PUAM, 1999, n°296 et s.

<sup>808</sup> Il lui a été reproché de prendre « pour un droit subjectif substantiel ce qui n'est que l'action en nullité » (BANDRAC (M.), *op. cit.*, n°143).

<sup>809</sup> BANDRAC (M.), *op. cit.*, n°154.

<sup>810</sup> GAUDEMET (E.), *op. cit.*, p.150. Il est également possible d'évoquer, par exemple, l'article 1844-11 du Code civil qui mentionne expressément « l'action en nullité ».

<sup>811</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p.403 et p. 406. Il reconnaît cependant que « dans la pratique de la procédure, les choses, il est vrai, n'apparaissent pas avec la même netteté » (*Ibid.*, p. 404).

<sup>812</sup> Cass. civ., 6 juil. 1925, *D.* 1926. 1. 25 ; Aix, 18 mars 1903, *S.* 1903. 2. 121, L'action n'est pas considérée comme une action mixte puisque c'était la restitution de titres de rente, qualifiés de meuble, qui était demandée en sus de la nullité. Or comme le relève NAQUET dans sa note « Théoriquement, on pourrait dire que l'action était mixte mobilière, puisqu'à l'action personnelle se joignait une action réelle mobilière. [...] Mais, dans notre droit, la distinction des actions mixtes n'a d'intérêt qu'au point de vue des actions immobilières ». [...] L'action de la demanderesse, bien que double, ne pouvait pas, par conséquent, être rangée dans la classe des actions mixtes immobilières, seules prévues par le Code de procédure civile » (*S.* 1903. 2. 122).

V. égal. par analogie : Lyon, 1<sup>ère</sup> ch., 31 aout 1849 : « l'action en résolution est une action mixte, puisque, d'une part, elle tient de l'action personnelle, en ce qu'elle tend à la destruction d'un contrat, et que, d'autre part, elle tient de l'action réelle, en ce qu'elle a pour objet la revendication d'un immeuble » (*S.* 1849.2.573).

<sup>813</sup> AMRANI-MEKKI (S.) et STRICKLER (Y.), *op. cit.*, n°52 ; SOLUS (H.) et PERROT (R.), *Droit judiciaire privée*, T. I, Sirey, 1961, n°133. Sur la critique de cette qualification, v. CRÉMIEU (L.), note sous Cass. civ., 6 juil. 1925, *D.* 1926. 1. 25. Pour cet auteur, il ne s'agit pas d'une « action unique à double face », mais de « deux actions jumelles, qui sanctionnent deux droits juxtaposés, l'un personnel, l'autre réel ».

<sup>814</sup> V. égal. *infra* n°399.

<sup>815</sup> AMRANI-MEKKI (S.) et STRICKLER (Y.), *op. cit.*, n°52 ; CADIET (L.) et JEULAND (E.), n°338.

**243.** La confrontation de la thèse de JAPIOT au droit positif permet de mettre en lumière les limites de sa proposition quant à la mise en œuvre de la nullité. Ces limites sont confirmées par ses développements relatifs à l'exercice du droit de critique en vue de faire apparaître le vice.

*B - Critique des positions de JAPIOT relative à l'exercice du droit de critique en vue de faire apparaître le vice*

**244.** Dans ses développements relatifs à l'exercice du droit de critique en vue de faire apparaître le vice, JAPIOT évoque dans un premier temps, la démonstration de l'existence du vice à l'occasion d'une action en restitution<sup>816</sup>, et, dans un second temps, l'action tendant à faire établir le vice avant toute exécution et action en exécution, dénommée action préventive<sup>817</sup>. À travers son premier développement, JAPIOT porte atteinte à son refus d'admettre une véritable action en nullité. À travers le second, il dévoie son droit de critique : il l'érige en fondement de l'action préventive.

**245.** On sait que JAPIOT rejette l'idée d'une véritable action en nullité<sup>818</sup>. Cependant, lorsqu'il « traite de la démonstration de l'existence du vice intervenant à l'occasion d'une action spéciale en restitution »<sup>819</sup>, il la réintroduit implicitement. Il souligne en effet qu'il « est possible [...] que le débat roule tout entier sur l'existence du vice » et que « tous les efforts du demandeur tendront à la preuve de la nullité »<sup>820</sup>. En effet, lorsque l'existence du vice constitue l'élément central du débat, le titulaire du droit de critique ne demande rien d'autre au juge que la reconnaissance de la nullité. L'objet de l'action du demandeur consiste certes en une restitution, mais pour faire droit à sa demande, le juge devra d'abord prononcer la nullité. La restitution ne constituera qu'une conséquence de la nullité. Dès lors, le demandeur exerce bien une action en nullité<sup>821</sup>. D'ailleurs, JAPIOT le pressent puisqu'il précise « autant maintenant la question de la nullité passe au premier rang, autant l'on est naturellement porté à parler d'une action en nullité »<sup>822</sup>.

---

<sup>816</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 418.

<sup>817</sup> *Ibid.*, p. 430.

<sup>818</sup> V. *supra* n°234.

<sup>819</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 418 et s.

<sup>820</sup> *Ibid.*, p. 420.

<sup>821</sup> Au regard de la définition de l'action en justice, le constat est clair : le droit de critique n'est que le droit d'agir en justice, soit l'action en nullité (En ce sens : BANDRAC (M.), *op. cit.*, n°155). L'action est en effet définie par l'article 30 du Code de procédure civile comme « le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée ».

<sup>822</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 420. Afin de tenter de montrer que sa position sur l'action préventive n'entre pas en contradiction avec son rejet d'une véritable action en nullité, il précise que le nom donné à l'action « n'a pas une valeur d'ordre juridique [...] la nature de l'action ne se trouve pas modifiée quant au fond » (*ibid.*, p. 429). Cette

246. Certainement influencé par l'adage ayant cours à l'époque « pas de droit, pas d'action », JAPIOT a fait du droit de critique, le droit à la base de l'action préventive. Il estime en effet que le droit de critique est entamé par « l'existence apparente de l'acte qui lui est contraire » ainsi que par « l'adversaire qui refuse la reconnaissance amiable de la nullité »<sup>823</sup>. En mettant le droit de critique au cœur de l'action préventive, JAPIOT a dévoyé tant la fonction du droit de critique, que son utilité. On sait, en effet, que le droit de critique s'exerce par la seule option du titulaire du droit de critique. Il permet donc à ce dernier d'opter pour la nullité indépendamment de tout recours au juge<sup>824</sup>. Or en admettant une action préventive, JAPIOT reconnaît que le droit de critique peut être, dans certains cas, non seulement dénué de force, mais également d'autonomie puisqu'il s'agit de le « faire consacrer au regard de l'adversaire »<sup>825</sup>. Mais dans cette hypothèse, est-ce réellement le droit de critique qui sera consacré ? N'est-ce pas plutôt la nullité de l'acte litigieux qui le sera ? On sait également que le droit de critique n'est qu'un moyen permettant l'exercice d'un autre droit. Or, dans le cadre de l'action préventive sa fonction première n'est pas l'exercice d'un autre droit<sup>826</sup> mais bien l'obtention d'un jugement prononçant la nullité de l'acte litigieux.

Un tel dévoiement du droit de critique n'était pas nécessaire tant parce que JAPIOT avait déjà réintroduit l'idée d'une action en nullité<sup>827</sup>, que parce qu'il aurait pu soutenir qu'une action préventive existait indépendamment de tout droit en critiquant la conception classique de l'action c'est-à-dire comme étant un aspect du droit substantiel. D'ailleurs, l'une des critiques formulées à l'encontre de la conception classique de l'action consiste en l'existence d'un contentieux objectif<sup>828</sup>. Ainsi, selon ROUBIER, l'action en nullité fait partie des actions accordées par le droit sans que « cette action apparaisse comme la sanction d'un droit subjectif antérieur »<sup>829</sup>. En outre, il est désormais admis que l'exigence d'un droit subjectif ne

---

affirmation ne suffit pas à occulter que ce qui est au premier plan, c'est bien l'annulation et non la demande en restitution. Celle-ci n'apparaît être qu'une conséquence.

<sup>823</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 439.

<sup>824</sup> V. *supra* n°234.

<sup>825</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 442.

<sup>826</sup> D'ailleurs JAPIOT souligne bien que « tous ces droits forment un ensemble vague qui reste dans le lointain » (*ibid.*).

<sup>827</sup> V. *supra* n°245.

<sup>828</sup> MOTULSKY (H), « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Écrits - vol.1 : Études et notes de procédure civile*, *op. cit.*, p. 88 et s. ; DESDEVISES (Y.), *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 125 « Action en justice – généralités », n°9 et s. ; SOLUS (H.) et PERROT (R.), *op. cit.*, n°106 ; CORNU (G.) et FOYER (J.), p. 315-316.

<sup>829</sup> ROUBIER (P.), *op. cit.*, p. 30. v. égal. p. 35 où ROUBIER précise que l'action en nullité fait partie des hypothèses où « une action en justice existe en vertu des règles de l'ordre juridique, qui, en concédant une action de cette sorte là où n'existait pas de droit antérieur, accorde d'une manière spéciale le droit d'agir en justice »<sup>829</sup>.

figure pas parmi les conditions d'existence de l'action en justice<sup>830</sup>. Par ailleurs, les actions déclaratoires sont parfois admises tant par le législateur que par le juge. Des tempéraments ont été apportés au principe de l'interdiction des actions purement déclaratoires par la Cour de cassation. Afin de déterminer s'il y a lieu d'admettre un tempérament, il a été proposé de recourir au critère de l'utilité<sup>831</sup>. Concernant l'action dans l'hypothèse envisagée par JAPIOT, c'est-à-dire celle qui intervient alors même qu'aucune prestation n'a été effectuée ni sollicitée, son utilité paraît évidente. Il s'agit de mettre fin à l'incertitude entourant un litige potentiel en permettant au juge de constater que l'acte juridique est dénué de toute force obligatoire<sup>832</sup>.

Finalement, non seulement l'un des buts recherchés par JAPIOT en instaurant cette action préventive, à savoir critiquer la théorie dite classique des nullités<sup>833</sup>, n'est, là encore, atteint qu'au prix d'une systématisation des doctrines des auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>834</sup>, mais elle le conduit en plus à dévoyer sa théorie.

247. En définitive, aucune des deux conceptions proposées de la nullité n'emporte l'adhésion en raison des extrêmes qu'elles consacrent. La première – celle de la nullité-état de l'acte – se concentre sur l'assise substantielle de la nullité, tandis que la seconde – celle de la nullité-droit de critique – se focalise uniquement sur sa mise en œuvre. L'écueil de chacune de ces conceptions réside dans son absolutisme. Par conséquent, la conception de la nullité proposée se devra de prendre en compte ces deux aspects.

### ***§.2 - Pour une conception unique selon laquelle la nullité constitue une sanction à prononcer***

248. L'article 1134 du Code civil dispose que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Une convention n'est légalement formée que si toutes les règles relatives à ses conditions de validité ont été respectées. En cas de non-respect

---

<sup>830</sup> En vertu de l'article 31 du Code de procédure civile, sont conditions de l'existence de l'action en justice l'intérêt et la qualité pour agir. V. CADIET (L.) et JEULAND (E.), n°356.

<sup>831</sup> HÉRON (J.), LE BARS (Th.), *op. cit.*, n°74.

<sup>832</sup> *ibid.*

<sup>833</sup> JAPIOT souligne que les partisans de la théorie dite classique des nullités rejettent toute action préventive en inexistance « faute d'un droit à exercer ». Il reconnaît cependant que l'intérêt de cette action préventive est résiduel, faute de pouvoir l'exercer arbitrairement, en raison d'une part de l'exigence d'un intérêt à agir pour l'exercer, et d'autre part, des frais qu'une telle action engendre (JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 437-438).

<sup>834</sup> JAPIOT ne cite que PIZE et HARTEMANN à l'appui de son affirmation. En outre, la position de cet auteur s'oppose à celle d'AUBRY et RAU. JAPIOT reconnaît lui-même que ces auteurs admettent l'action en déclaration d'inexistence (*Ibid.*, p. 437).

de l'une d'elles, l'acte encourt la nullité<sup>835</sup>. Ainsi, comme l'avaient déjà observé certains auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle, la nullité est une « sanction de la loi »<sup>836</sup>.

La nullité constitue une sanction dont le présupposé – matérialisé par un certain état de l'acte résultant de la violation de la loi – doit nécessairement être constaté pour qu'il y ait une réaction, soit l'annulation de l'acte. Dès lors, la nullité constitue une sanction de la légalité (A), n'opérant pas de plein droit<sup>837</sup>, autrement dit, par elle-même (B).

### **A - La nullité : une sanction de la légalité**

**249.** La nullité n'est ni un état de l'acte, ni un droit subjectif. Il s'agit de la sanction attachée à une règle édictant une condition de validité d'un acte juridique. La nullité appartient donc aux sanctions (1) de la légalité (2).

#### **1 - Une sanction**

**250.** Au XIX<sup>e</sup> siècle déjà, certains auteurs avaient rattaché la nullité aux sanctions de la loi malgré les incertitudes entourant cette notion<sup>838</sup>. Elle a ainsi pu être qualifiée « d'inconnue du droit »<sup>839</sup> en raison de l'absence de définition de la sanction en droit positif<sup>840</sup>, et de la "dérobade" des juristes qui a longtemps eu lieu pour lui en attribuer une<sup>841</sup>. En outre, le fait que la sanction a longtemps été liée au critère de la règle de droit n'a pas aidé à la définir objectivement<sup>842</sup>.

**251.** Si la sanction a pu être assimilée à la contrainte, donc attachée uniquement aux règles dites « indépendantes »<sup>843</sup>, ou encore définie comme la conséquence de la violation d'un

---

<sup>835</sup> MEKKI (M.), « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », *RDC* 2006. 679 ; SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ (S.), *J.-Cl. Civ.*, articles 1304 à 1314, fasc. 10, « Nullité ou rescision des conventions – généralités : nullité », n°1 : « cette sanction fait écho à l'article 1134 C. civ. qui énonce [...] ».

<sup>836</sup> V. *supra* n°226 et s.

<sup>837</sup> Sur la terminologie « nullité de plein droit » et « nullité de droit », v. GAUDEMET (S.), *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Economica, 2006, n°115.

<sup>838</sup> V. *supra* n°226 et s.

<sup>839</sup> JESTAZ (Ph.), « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, ch., p. 33.

<sup>840</sup> CHAINAIS (C.) et FENOUILLET (D.), « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique – Présentation et conclusions de la recherche collective », in *Les sanctions en droit contemporain, vol.1 – La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, Coll. L'esprit du droit, 2012, n°9.

<sup>841</sup> JESTAZ (Ph.), art. préc., p. 33 ; Morand (C.-A.), « La sanction », in *Archives de philosophie du droit*, T.35, « *Vocabulaire fondamental du droit* », Sirey, 1990, p. 295.

<sup>842</sup> V. par ex : BARRIÈRE (L.-A.), « Propos introductifs », in *La sanction – Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin (Lyon 3)*, L'harmattan, 2007, p. 17 ; MORAND (C.-A.), art. préc., p. 295 et s. ; JESTAZ (Ph.), art. préc., p. 33

<sup>843</sup> KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Paris : Dalloz, 1962, p. 69 et p. 74 et s. Les règles indépendantes s'opposent aux règles « non indépendantes », c'est-à-dire aux normes qui ne « valent qu'en liaison avec des normes qui instituent un acte de contrainte » (*ibid.*, p. 78).

devoir<sup>844</sup>, une définition plus large semble aujourd'hui communément admise. Il s'agirait de « toute réaction du droit à une violation de la règle juridique »<sup>845</sup>. La sanction supposerait donc deux éléments : la violation d'une norme et la réaction à cette violation. Elle posséderait dès lors deux aspects : une assise substantielle et un aspect réactionnel.

Une telle définition a d'abord le mérite d'établir un lien entre la sanction et le manquement à la règle<sup>846</sup>. Elle permet ensuite d'englober toutes les règles, c'est-à-dire tant les règles de devoir que les règles de pouvoir, et évite ainsi l'écueil d'un fractionnement de la nature de la nullité<sup>847</sup>. Elle trouve enfin une assise dans l'histoire. Le terme sanction vient du latin *sancire* qui signifie « rendre inviolable par un acte religieux ». La laïcisation du droit romain a contribué à ce que le terme *sanctio* désigne la peine susceptible d'être infligée à ceux qui transgresseraient la règle<sup>848</sup>. La sanction « était une sorte de protection de la loi »<sup>849</sup>. Si au fil des époques, ce terme a perdu de son sens tel qu'il apparaissait dans le latin classique<sup>850</sup>, il n'en demeure pas moins qu'historiquement, la sanction s'est d'abord identifiée à la légalité. Considérer que la sanction recouvre toutes les conséquences attachées à une règle pour en assurer le respect, ne fait donc que s'inscrire dans la tradition historique.

**252.** La nullité a pour objet d'assurer le respect des règles régissant la formation et la teneur d'un acte juridique<sup>851</sup>. Elle apparaît comme la conséquence de la méconnaissance desdites règles. La nullité constitue donc une sanction : elle peut être intégrée parmi les « réactions du droit à une violation de la règle juridique ». Considérer la nullité comme une

<sup>844</sup> HART (H.-L.-A.), *Le concept de droit*, Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, p. 52 ; MORAND (C.-A.), art. préc., p. 304 et s.

<sup>845</sup> CHAINAIS (C.) et FENOUILLET (D.), « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique – Présentation et conclusions de la recherche collective », in *Les sanctions en droit contemporain, vol.1 – La sanction, entre technique et politique*, art. préc., n°13.

<sup>846</sup> MASCALA (C.), « Préface – variations sur la sanction », in *À propos de la sanction*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, coll. Les travaux de l'IFR - Mutations des normes juridiques, n°6. L'auteur énonce que la sanction « accompagne la règle de droit, elle est la gardienne de son efficacité et de son effectivité, elle condamne et répare la défaillance à l'égard de la règle juridique » ; JESTAZ (Ph.), art. préc. L'auteur précise que la sanction est « la conséquence juridique impliquée par la règle » ; LARROUMET (Ch.), *Introduction à l'étude du droit privé*, T. I, Economica, 5<sup>e</sup> éd., 2006, n°3 : « L'idée de sanction implique qu'une règle n'a pas été observée et les sanctions sont multiples selon les règles ». CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, Quadrige/Puf, 1994, p. 323. Il estime que la notion de sanction est « bien articulée à celle de norme ».

<sup>847</sup> M. MORAND estime que la nullité doit être admise parmi les sanctions sous réserve d'exceptions. Ainsi, il affirme par exemple que « la nullité du contrat qui résulte du fait qu'une partie était incapable de discernement n'est pas une sanction », ni « l'annulation d'un contrat pour erreur essentielle ». Dans ces hypothèses, la nullité ne résulte aucunement de la violation d'un devoir, il ne peut donc s'agir d'une sanction (MORAND (C.-A.), « La sanction », art. préc., p. 307). Une telle position conduit ainsi au fractionnement de la nature de la nullité.

<sup>848</sup> MORAND (C.-A.), art. préc., p. 294.

<sup>849</sup> BARRIÈRE (L.-A.), art. préc., p. 8.

<sup>850</sup> Le terme « sanction » a retrouvé son sens premier au XVIII<sup>e</sup> siècle. À cette époque, on trouve parmi les sens de ce terme figure : « peine ou récompense prévue pour assurer l'exécution d'une loi » (*Ibid.*, p. 11).

<sup>851</sup> GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), n°2014.

sanction fait d'ailleurs l'objet d'un très large consensus tant chez les auteurs<sup>852</sup>, qu'en jurisprudence<sup>853</sup> et ce indépendamment de la cause de nullité.

La nullité possède donc une nature juridique unique : il s'agit d'une sanction. Elle n'est pas un état de l'acte. Elle n'est pas un droit de critique. Pourtant, ces deux conceptions ne peuvent pas être occultées. Elles transparaissent des deux éléments de la sanction : la violation d'une norme, soit l'assise substantielle de la sanction et la réaction à cette violation, soit l'aspect réaction de la sanction. L'assise substantielle de la nullité renvoie à la violation de la règle de droit, à la cause de nullité. L'assise substantielle révèle un certain état de l'acte : il est entaché d'une cause de nullité<sup>854</sup>. L'impossibilité d'occulter l'état de l'acte a été mise en lumière notamment lors de l'étude de la régularisation de l'acte nul<sup>855</sup>. Il ne peut pas non plus être occulté lors du prononcé de la nullité : le juge ne peut prononcer la réaction qu'une fois la cause de nullité caractérisée<sup>856</sup>. L'aspect réaction de la nullité consiste à réparer le trouble causé à l'ordre juridique. La sanction substantielle sera déniée à l'acte puisque les effets de droit voulus par les parties seront anéantis. Ceci s'explique par le but de la nullité : le respect de la légalité.

## 2 - La finalité de la sanction : le respect de la légalité

**253.** Une sanction peut avoir différentes finalités : punitive, préventive, réparatrice<sup>857</sup>. La nullité ne possède aucune fonction « punitive », il ne s'agit pas d'une peine. En revanche, comme toute sanction elle présente un aspect dissuasif<sup>858</sup>, qui résulte de son effet énergétique : le l'anéantissement total ou partiel de l'acte litigieux. Mais sa fonction principale consiste à réparer la violation commise. Cette fonction réparatrice transparait tant par le lien de dépendance technique existant entre la règle et la sanction qui lui est attachée, que par le but de l'action en nullité.

Le lien de dépendance technique signifie que « la nature de la sanction dépend avant tout des caractéristiques techniques de la règle qui a été violée »<sup>859</sup>. Dans le domaine des nullités, la considération du lien technique conduit à soutenir que la règle méconnue avait pour

---

<sup>852</sup> CARBONNIER (J.), *op. cit.*, p. 323 et p. 330.

<sup>853</sup> V. par ex. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 1981, n°80-11140, *Bull. civ.* I, n°222 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mai 2013, n°12-18223.

<sup>854</sup> V. not. BANDRAC (M.), *op. cit.*, n°152 ; GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *op. cit.*, n°361 ; AMIEL-COSME (L.), « L'efficacité des nullités », *Dr. et Patr.* 2000, n°83, p. 89 et s.

<sup>855</sup> DUPEYRON (C.), *op. cit.*, et la préface de P. Hébraud.

<sup>856</sup> V. not. GOUT (O.), *op. cit.*, n°493.

<sup>857</sup> OUDERNANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, 2002, n°21 et s. v. égal. CHAINAIS (C.) et FENOUILLET (D.), art. préc., n°53 et s.

<sup>858</sup> RIVEIRO (J.), « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 675 et s. ; OUDERNANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.*, n°23.

<sup>859</sup> CHAINAIS (C.) et FENOUILLET (D.), art. préc., n°20.

objet l'édition d'une condition de validité tenant soit à la formation, soit à la teneur de l'acte puisque les exigences relatives à l'objet ou à la cause impliquent qu'il doit être conforme aux lois ou encore aux bonnes mœurs. D'ailleurs, un auteur a pu souligner que la nullité étant le contraire de la validité, il faudrait, avant de prononcer la nullité, prendre en compte les trois dimensions de la validité. Outre les dimensions formelles et empirique, la validité serait également axiologique : elle doit être « appréciée par référence à une table de valeurs métapositives »<sup>860</sup>. Dès lors, la validité d'un acte ne peut être remise en cause lorsque cet acte est conforme, tant au regard de sa formation que de son contenu, aux normes juridiques que son ou ses auteurs devaient respecter. L'ordre juridique n'ayant subi aucune atteinte, il n'y a rien à rétablir, rien à restaurer.

L'action en nullité aboutit, lorsque la cause de nullité est constatée, au rétablissement de la légalité transgressée par l'anéantissement rétroactif total ou partiel de l'acte litigieux<sup>861</sup>. En conséquence, l'action en nullité relève du « contentieux de la légalité »<sup>862</sup> puisqu'elle implique de contrôler si l'acte litigieux a été, selon les termes de l'article 1134 du Code civil, « légalement formé »<sup>863</sup> c'est-à-dire de vérifier sa conformité au droit positif dans son ensemble<sup>864</sup>. Ce contrôle constitue un préalable indispensable au prononcé de la nullité. La fonction réparatrice de cette sanction intervient donc en aval de la violation, lorsque sa fonction dissuasive n'a pas atteint son objectif.

**254.** Il reste que la cessation de l'illicite ne passe pas nécessairement par le prononcé de la nullité<sup>865</sup>, car il ne s'agit pas de la seule sanction de l'illicéité<sup>866</sup>. En effet, la responsabilité civile, par exemple, peut servir de substitut à la nullité. Recourir à la responsabilité plutôt qu'à la nullité peut résulter d'un choix du législateur<sup>867</sup>, ou encore du contractant<sup>868</sup>. Le législateur a

<sup>860</sup> MEKKI (M.), art. préc., p. 681-683.

<sup>861</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *op. cit.*, n°374 et s.

<sup>862</sup> JEULAND (E.), *Droit processuel général*, L.G.D.J., Domat - droit privé, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n°287 ; DABIN (J.), *Droit subjectif et prérogatives juridiques – Examen des thèses de M. Paul Roubier*, Bruxelles, Palais des académies, 1960, p. 15-16 : « les actions en nullité ne sanctionnent que les manquements aux règles d'existence et de validité des actes ».

<sup>863</sup> SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ (S.), J.-Cl. civil, articles 1304 à 1314, fasc. 10 « Nullité ou rescision des conventions – généralités : nullité », n°1.

<sup>864</sup> Ici, le terme « légalité » doit être pris dans son sens le plus large, c'est-à-dire comme la conformité « au Droit positif dans son ensemble » (CORNU (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, Puf, coll. Quadrige, 9<sup>e</sup> éd., 2011, v° légalité ; GAUDEMET (Y.), « Légalité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. Alland (D.) et Rials (S.), Puf, 2003). D'ailleurs, un auteur a pu souligner que « la légalité du contrat ne se réduit pas à la loi » (MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat*, préf. J. Ghestin, L.G.D.J., 2004, n°976).

<sup>865</sup> La licéité doit, comme la légalité être, ici, entendue dans son sens le plus large, c'est-à-dire comme « conforme au droit » (CORNU (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° Licéité). Dès lors, licéité est synonyme de légalité.

<sup>866</sup> MAURIN (L.), *Contrats et droits fondamentaux*, avant-propos R. Cabrillac, préf. E. Putman, L.G.D.J., 2013, n°392 et s. ; OUDERNANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.*, n°107 et s. ; SERINET (Y.-M.), « Le juge et l'illicéité du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles* sous la direction de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, *Économica*, 2007, p. 85 et s., spéc. n°16 et s. ; v. égal. GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), n°2027 et s.

<sup>867</sup> V. GUYON (Y.), « Les dispositions légales de la loi n°78-79 du 4 janvier 1978 portant réforme des sociétés », *rev. sociétés*, 1979, 1, spéc. n°12 où l'auteur qualifie la responsabilité civile des fondateurs de la société de

également recourt à la déchéance<sup>869</sup> en lieu et place de la nullité<sup>870</sup>, notamment en droit du crédit<sup>871</sup> afin de sanctionner la violation de dispositions relatives au délai de réflexion de l'emprunteur<sup>872</sup>, à son information<sup>873</sup>, ou encore à l'information de la caution<sup>874</sup>. D'autres sanctions, telles les injonctions sont parfois préférées à la nullité<sup>875</sup>. Ces injonctions sont connues notamment du droit des sociétés<sup>876</sup>. Ainsi l'alinéa 2 de l'article 1844-12 dispose que « La société ou un associé peut soumettre au tribunal saisi dans le délai prévu à l'alinéa précédent, toute mesure susceptible de supprimer l'intérêt du demandeur notamment par le rachat de ses droits sociaux. En ce cas, le tribunal peut, soit prononcer la nullité, soit rendre obligatoires les mesures proposées si celles-ci ont été préalablement adoptées par la société

« sanction de droit commun du respect des dispositions impératives de la loi ». V. égal. l'art. 1844-17 du Code civil, spéc. l'art. 2 relatif à l'action en responsabilité alors même que la cause de nullité a disparu.

<sup>868</sup> Un exemple classique réside dans la jurisprudence relative à la réticence dolosive. (v. BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, 14<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., 2014, n°90 ; LEQUETTE (Y.), « Responsabilité versus vices du consentement », in *Au-delà des Codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 363 et s., spéc. n°10 et s.). La jurisprudence affirme que le contractant qui renonce à son action en nullité pour dol peut solliciter des dommages-intérêts. (v. not. Com., 18 oct. 1994, n°92-19390, *Bull. civ. IV*, n°293 ; D. 1995. 180, note ATIAS (C.) ; CCC 1995, 1, obs. LEVENEUR (L)). Elle a d'ailleurs précisé que le préjudice dont la réparation peut être demandée consiste en une perte de chance (v. Com., 10 juil. 2012, n°11-21954, *Bull. civ. IV*, n°149 ; RDC 2013. 91, obs. DESHAYES (O.) ; D. 2012. 2772, note CAFFIN-MOI (M.) ; *Dr. et Patr.* 2013, n°221, p. 79, obs. STOFFEL-MUNCK (Ph.) ; RTD civ. 2012. 732, obs. JOURDAIN (P.)).

<sup>869</sup> Sur cette notion, v. SAUTEL (O.), « Sur la déchéance en droit privé (Contribution à la théorie de la permanence de la cause) », D. 1999, ch. p. 487 ; v. égal. LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles*, préf. A. Ghazi, ed. Panthéon-Assas, 2007 ; Pour la déchéance comme substitut à la nullité, v. OUDERNANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.*, n°125 et s.

<sup>870</sup> La Cour de cassation distingue d'ailleurs clairement ces deux sanctions. Elle a eu l'occasion d'énoncer que « la déchéance du droit aux intérêts, qui ne sanctionne pas une condition de formation du contrat, n'est pas une nullité et est soumise à la prescription de l'article L. 110-4 du Code de commerce ». V. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 avril 2013, n°12-14377, *Bull. civ. I*, n°88 ; RTD civ. 2014. 374, obs. BARBIER (H.) ; *Gaz. Pal.* 2013, n°192, p. 18, obs. PIÉDELIEVRE (S.) ; RTD com. 2013. 564, obs. LEGAIS (D.) v. déjà : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juil. 2003, n° 01-11153, *Bull. civ. I*, n°170 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mars 1997, n°95-04159, *Bull. civ. I*, n°97 ; *Deffrénois* 1997. 1131, obs. PIÉDELIEVRE (S.) ; CCC 1997, comm. 87, obs. RAYMOND (G.).

<sup>871</sup> GHELFI-TASTEVIN (F.), « Les nouveaux aspects de la déchéance du droit aux intérêts en matière de crédit à la consommation », *D. aff.* 1998. 1626.

<sup>872</sup> V. par ex. l'art. L. 312-33 al. 5 du Code de la consommation relatif au crédit immobilier.

<sup>873</sup> V. par ex. l'art. L. 311-48 du Code de la consommation relatif au crédit à la consommation.

<sup>874</sup> V. l'art. L. 313-22 du Code monétaire et financier relatif à l'information de la caution sur « le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution ». Pour une application, v. Cass. com., 3 déc. 2013, n°12-19542.

<sup>875</sup> MAURIN (L.), *op. cit.*, n°393 et s., spéc. n°403 et s. v. égal. CLAUDEL (E.), « Les injonctions », in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, LPA 2005, n°14, p. 23 et s.

<sup>876</sup> Elles sont également connues du droit de la consommation. Par exemple, l'article L. 421-2 du Code de la consommation permet aux associations, ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs qui sont régulièrement déclarées et agréées, de « demander à la juridiction civile, statuant sur l'action civile, ou à la juridiction répressive, statuant sur l'action civile, d'ordonner au défendeur ou au prévenu, le cas échéant sous astreinte, toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites ou à supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs une clause illicite ».

Mais aussi du droit de la concurrence, v. CLAUDEL (E.), art. préc., p. 23 et s.

aux conditions prévues pour les modifications statutaires»<sup>877</sup>. Cette disposition révèle explicitement que l'injonction constitue une alternative à la nullité.

**255.** Alors pourquoi face à un panel de sanction de l'illicite, le législateur recourt-il à la nullité ? La réponse à cette question se trouve dans le lien de dépendance substantiel existant entre la norme et la sanction qui lui est attachée. Ce lien implique que la portée de la norme de fond influe, à divers égards, sur la sanction<sup>878</sup>.

De la considération du lien substantiel il est traditionnellement induit que, par l'édiction de la règle, le législateur a entendu protéger, selon les hypothèses, un intérêt particulier ou l'intérêt général. Une telle induction doit être rejetée car elle repose non pas sur la considération substantielle de la norme de fond, mais sur le critère de l'intérêt protégé. Afin de déterminer le lien de dépendance substantiel, il faut prendre en considération l'importance que revêt le respect de la règle pour le législateur. Cette importance est révélée par le choix de la nullité comme sanction de la légalité. En optant pour la nullité, sanction énergique, le législateur montre que le respect de la règle revêt une importance toute particulière<sup>879</sup>, et que seule la nullité lui est apparue à même de « réparer le mieux possible cette violation », apte à assurer le respect de la légalité<sup>880</sup>. En effet, les substituts à la nullité n'aboutissent pas à la restauration de la légalité à l'exception de l'injonction<sup>881</sup>. Dès lors, si le législateur a attaché la nullité à des règles de validité d'un acte juridique, c'est afin de multiplier les chances de les voir respecter, soit spontanément par l'effet dissuasif de la nullité, soit de manière forcée par la mise en œuvre de la sanction. C'est au regard de l'importance des intérêts véhiculés par la règle, du fait qu'ils ne sont pas purement privés<sup>882</sup>, que la règle bénéficie d'une telle sanction, d'une telle volonté d'assurer son respect. On rejoint, une nouvelle fois, le constat que toute

<sup>877</sup> V. égal. l'art. 1839 du Code civil : « Si les statuts ne contiennent pas toutes les énonciations exigées par la législation ou si une formalité prescrite par celle-ci a été omise ou irrégulièrement accomplie, tout intéressé est recevable à demander en justice que soit ordonnée, sous astreinte, la régularisation de la constitution » (souligné par nous).

<sup>878</sup> CHAINAIS (C.) et FENOUILLET (D.), art. préc., n°21.

<sup>879</sup> V. déjà, LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, T. I, Paris : Librairie A. Maresq, aîné, 3<sup>e</sup> éd., 1878, n°41 et s.

<sup>880</sup> IONASCO (T.) et BARASCH (E.-A.), *La conception de la nullité des actes juridiques dans le droit civil socialiste roumain*, préf. M. Ancel, L.G.D.J., 1978, n°6.

<sup>881</sup> Pour les effets de la déchéance, v. LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles*, th. préc., n°621 et s.

<sup>882</sup> SOLON déjà soulignait que toutes les lois « ont bien pour objet l'intérêt public, elles y concourent même ; mais ce n'est pas de la même manière » (SOLON (V.), *Traité des nullités des conventions et des actes en matière civile*, Bruxelles : Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, 1836, p. 1). De même BONNECASE énonce qu'« il est inexact de distinguer les nullités d'intérêt public et les nullités d'intérêt privé ; toutes les lois sont d'intérêt public et il en est de même, par conséquent, de toutes les nullités » (BONNECASE (J.), *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil* par G. Baudry-Lacantinerie, T. III, Recueil Sirey, 1926, p. 206). V. égal. BOUZAT (P.), « De la clause par laquelle une partie dans une convention s'engage à ne pas en demander la nullité », *RCLJ*, 1934, p. 357 ; COHENDY (G.), « Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public », *RTD civ.* 1914. 35. Ces auteurs ont souligné que toutes les nullités correspondent à un but d'intérêt public.

règle poursuit un objectif d'intérêt général. Le régime de la nullité ne peut donc en aucun cas être guidé par le clivage intérêt privé/intérêt général<sup>883</sup>. Il doit l'être par la nature de la nullité.

**256.** Finalement, la nullité a une nature juridique unique<sup>884</sup> : il s'agit d'une sanction de la légalité. Elle n'est pas un état de l'acte. Elle n'est pas un droit de critique. Pourtant, ces deux conceptions ne peuvent pas être occultées. Ces deux conceptions reflètent, dans une certaine mesure, les deux facettes de cette sanction. L'état de l'acte, lié à l'assise substantielle de la nullité, révèle la violation de la norme, tandis que le droit de critique, compris non comme un droit subjectif substantiel mais comme la nécessité d'une initiative pour qu'ait lieu la réaction<sup>885</sup>, c'est-à-dire le rétablissement de la légalité transgressée, montre que l'aspect réaction de la nullité n'est pas automatique. La nullité n'opère pas de plein droit<sup>886</sup>.

## **B - Une sanction n'opérant pas de plein droit**

**257.** La nullité ne figure pas parmi les sanctions qui opèrent de plein droit. Traditionnellement, le pouvoir d'annulation appartient au juge. L'explication est simple : l'existence d'une cause de nullité est susceptible de faire naître un litige c'est-à-dire un différend juridiquement relevant<sup>887</sup>. En outre, « ce qui fait la légitimité d'une sanction tant pour les sociologues que pour les philosophes, c'est l'intervention d'un tiers impartial dont la figure idéale est celle du juge »<sup>888</sup>. Le juge a-t-il toutefois le monopole de l'annulation ? La réponse est négative puisqu'un litige prend fin soit par un mode juridictionnel soit par un mode volontaire de résolution du litige<sup>889</sup>. En conséquence, une place peut *a priori* être laissée aux parties.

La nécessité de prononcer la nullité (1) invite donc à envisager les titulaires du pouvoir d'annulation (2).

### **1 - La nécessité de prononcer la nullité**

**258.** La nullité n'est pas une sanction qui opère *ab initio*. La Cour de cassation a énoncé très tôt que : « la loi ne reconnaît pas les nullités de plein droit ; que les nullités fussent-

---

<sup>883</sup> V. déjà *supra* n°81 et s sur l'absence de caractère opératoire du critère de l'intérêt.

<sup>884</sup> *Contra* : SADI (D.), *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, pref. F. Labarthe, Mare&Martin, 2015, n°540.

<sup>885</sup> V. la conception de JAPIOT, *supra* n°232 et s.

<sup>886</sup> Contrairement à la position des exégètes relative à l'inexistence, le droit positif refuse de consacrer une nullité opérant par elle-même. V. *infra* n°258 et s.

<sup>887</sup> CORNU (G.) et FOYER (J.), p. 41-42. Il ne fait en effet aucun doute qu'une question relative à la validité d'un acte, soit à l'existence de la violation – ou non – d'une règle relative à sa formation, constitue un différend naissant du droit. Par conséquent, le juge a vocation à trancher un tel litige.

<sup>888</sup> MEKKI (M.), « Considérations sociologiques sur le droit des sanctions », in *Les sanctions en droit contemporain, vol.1 – La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, Coll. L'esprit du droit, 2012, p. 62.

<sup>889</sup> *Ibid.*, p. 45.

elles absolues, les actes qu'elles vicient n'en conservent pas moins tous leurs effets tant qu'ils n'ont pas été annulés [...] par les tribunaux»<sup>890</sup>. Trois arguments conduisent d'ailleurs à affirmer que la nullité doit être prononcée<sup>891</sup> : la présence de nullités facultatives d'abord, l'existence de dispositions légales non équivoques sur la nécessité de prononcer la nullité ensuite<sup>892</sup>, et la distinction de la nullité et du réputé non écrit enfin<sup>893</sup>.

**259.** D'abord, parmi les distinctions ayant trait aux nullités figurent celle opposant les nullités facultatives et les nullités de plein droit. Cette dernière expression ne doit pas tromper, car elle ne signifie en aucune façon que la nullité opère par elle-même. Elle exprime seulement le fait que lorsque le juge constate la cause de nullité, il n'a pas d'autres choix que d'annuler l'acte. Inversement, en présence d'une nullité facultative le juge bénéficie d'un pouvoir d'appréciation qui lui permet<sup>894</sup>, alors même qu'il constate l'existence d'une cause de nullité, de refuser d'annuler l'acte<sup>895</sup>.

**260.** Ensuite, diverses dispositions du Code civil imposent explicitement le recours au juge de sorte que la nullité apparaît, au moins dans ces hypothèses, comme n'opérant pas de plein droit. Plusieurs illustrations, non exhaustives, peuvent être évoquées. Tout d'abord les dispositions relatives aux nullités du mariage. Les articles 183 et 187 du Code civil évoquent une « action en nullité ». Or l'action est définie par l'article 31 du Code de procédure civile comme « le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée ». Par conséquent, en matière de nullité du mariage, le recours au juge apparaît indéniable. Ensuite, diverses dispositions ayant traités aux nullités de sociétés évoquent également la nécessité d'intenter une action, soit de recourir au juge. Les articles 1844-11, 1844-13 mais aussi 1844-14 du Code civil sont également très explicites à cet égard. Enfin l'article 1117 du même Code, relatif aux vices du consentement, dispose, sans équivoque, que « la convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de

---

<sup>890</sup> Cass. civ., 15 fév. 1854, *DP* 1854, 1, 51. V. égal. Cass. req., 20 janv. 1862, *DP* 1862,1, 337. La Cour de cassation énonce : « il n'existe pas de nullité de plein droit ».

<sup>891</sup> Un consensus doctrinal s'observe sur le caractère judiciaire de la nullité. V. par ex. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°390 ; BÉNABENT (A.), n°204 ; GOUT (O.), *op. cit.*, n°26 et s. V. égal. en droit du travail, COEURET (A.), GAURIAU (B.) et MINÉ (M.), *Droit du travail*, Sirey, 3<sup>e</sup> éd., 2013, n°515. Ces auteurs énoncent : « Comme toute nullité, la nullité du licenciement est judiciaire ».

<sup>892</sup> v. cependant l'opinion de M. HOUTCIEFF qui estime que « le caractère judiciaire repose sur des fondements textuels assez faibles » (« Les sanctions des règles de formation des contrats », *in Pour une réforme du droit des contrats*, sous la direction de F. Terré, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, p. 225).

<sup>893</sup> Sur cette sanction, v. la thèse de S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Economica, 2006.

<sup>894</sup> V. par ex. l'art. L. 235-2-1 du Code de commerce. Il dispose : « Les délibérations prises en violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions peuvent être annulées » (souligné par nous).

<sup>895</sup> Sur les nullités facultatives, v. RUBELLIN (P.), « les nullités facultatives », *in Mélanges Philippe Simler*, p. 679. L'auteur souligne bien non seulement la qualité principale de la nullité facultative, la flexibilité, mais également son défaut premier consistant en un risque d'arbitraire.

plein droit ; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans les cas et de la manière expliqués à la section VII du chapitre V du présent titre ».

En l'absence de principes généraux légaux concernant les nullités, il pourrait être avancé que le recours au juge s'impose uniquement lorsqu'il a été expressément prévu. Cette objection doit être repoussée en raison de la concordance existant au sein des deux théories des nullités entre la conception retenue de la nullité et son mode opérationnel. La doctrine de DEMOLOMBE, à l'origine de la « doctrine moyenne » créée par DROGOUL et JAPIOT<sup>896</sup>, révèle qu'à une dualité de nullité – la moins grave soit l'annulabilité d'une part, la plus grave soit l'inexistence d'autre part – correspondait deux modes de mise en œuvre. En effet, si le recours au juge était impératif concernant l'annulabilité, il n'était en aucun cas nécessaire en présence d'une inexistence<sup>897</sup>. Un lien identique apparaît au sein des doctrines de DROGOUL et de JAPIOT. Tous deux retiennent une conception unitaire de la nullité, à laquelle ils ont fait correspondre un unique procédé de mise en œuvre. Si DROGOUL prône systématiquement le recours au juge<sup>898</sup>, JAPIOT considère en revanche que le droit de critique opère par lui-même, par la simple option de son titulaire<sup>899</sup>. Par conséquent de la conception unitaire retenue de la nullité, il ne résultait qu'un unique mode de mise en œuvre.

**261.** Enfin, le recours au juge constitue l'un des traits distinguant le réputé non écrit de la nullité. Réputer non écrite une clause signifie qu'elle est considérée comme n'ayant jamais été stipulée<sup>900</sup>. Ainsi, la nullité et le réputé non écrit correspondent à deux techniques distinctes. Si la nullité constitue une « technique juridique d'anéantissement d'un acte » puisque l'annulation implique « la destruction de l'apparence et des effets induits par l'acte » censuré, le réputé non écrit correspond « à une fiction : la clause réellement écrite n'est pas écrite. Elle est inexistante »<sup>901</sup>. La clause réputée non écrite est en effet « frappée originellement »<sup>902</sup>. Dès lors,

---

<sup>896</sup> V. *supra* n°221 et s.

<sup>897</sup> DROGOUL (F.), *op. cit.*, p. 60 et p. 211 ; JAPIOT (R.), *op. cit.*, p.130-131.

<sup>898</sup> DROGOUL (F.), *op. cit.*, p. 212 : « Pour nous, qui n'avons qu'une notion de la nullité, cette différence tombe d'elle-même, car il est impossible de lui trouver en pratique une portée quelconque. Dans tous les cas en effet, lorsqu'une contestation s'élève, on est obligé de recourir au juge. Voilà un premier point sur lequel toutes les nullités doivent être assimilées ».

<sup>899</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 396 : « Dans notre étude sur la nature de la nullité, nous avons indiqué pourquoi il ne peut y avoir des actes nuls en état de vie provisoire, et d'autres actes nuls qui soient à l'état de pur néant [...] le juge n'a point de rôle actif de destruction à exercer [...] la nullité est subordonnée à une option de la partie et non pas à une option du juge [...] elle n'existe pas définitivement tant que la partie n'a pas opté pour elle ».

<sup>900</sup> COTTEREAU (V.), « La clause réputée non écrite », *JCP* 1993, I, 3691, spéc., n°1 ; BAILLOD (R.), « À propos des clauses réputées non écrites », in *Mélanges dédiés à L. Boyer*, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1996, spéc., n°10. v. égal. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 9 mars 1988, n°86-17869, *Bull. civ.* III, n°54 : « Une clause réputée non écrite est censée n'avoir jamais existé ».

<sup>901</sup> KULLMANN (J.), « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, ch. p. 59, spéc., p. 62.

<sup>902</sup> BAILLOD (R.), art. préc., n°10.

puisque la clause n'est pas censée exister, elle n'oblige pas les parties<sup>903</sup>. Elle est dépourvue de valeur obligatoire et ce en l'absence d'accord des parties<sup>904</sup>, ou d'une décision du juge<sup>905</sup>. Une auteur critique d'ailleurs le recours au réputé non écrit lorsque « la définition des clauses ne permet pas d'envisager une cancellation *ab initio* »<sup>906</sup>, soit lorsqu'une appréciation du juge s'imposera. Elle estime en effet que cette sanction, à la différence de la nullité, doit pouvoir jouer automatiquement<sup>907</sup>. Ainsi, si la nullité doit être prononcée, la clause réputée non écrite repose sur une fiction résultant de la volonté du législateur : elle est censée ne pas avoir été rédigée<sup>908</sup>.

La jurisprudence refuse d'assimiler ces deux sanctions comme l'illustre un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation en date du 23 janvier 2008<sup>909</sup>. Un bail commercial contenait une clause contrevenant aux dispositions d'ordre public de l'article L. 145-10 du Code de commerce en ce qu'elle imposait au preneur de solliciter le renouvellement du bail dans un délai déterminé et exonérait le bailleur de toute indemnisation en cas de non-respect de ce dernier. Le preneur demandait à ce que cette clause soit écartée, prétention à laquelle le bailleur s'opposait arguant de la prescription de l'action en nullité, action impérative pour que la clause soit considérée comme n'ayant jamais existée. La Cour d'appel de Paris avait fait droit à la demande du preneur en retenant qu'« une clause illicite insérée dans un bail commercial n'a pas à être attaquée par voie d'action en nullité dès lors que son illicéité s'impose aux parties au cours de l'exécution du bail et que s'y substitue une disposition légale, à savoir l'article L. 145-10 du Code de commerce ; que la technique juridique applicable en pareil cas consiste à déclarer ladite clause non écrite ». La Cour de cassation s'oppose à une telle position. Elle casse l'arrêt de la Cour d'appel pour violation de la loi. Elle lui reproche d'avoir « prononcé une autre sanction que celle de la nullité édictée par l'article L. 145-15 du Code de commerce ». La Cour de cassation distingue donc clairement la

<sup>903</sup> GAUDEMET (S.), *op. cit.*, n°140.

<sup>904</sup> Sur la nullité conventionnelle, v. *infra* n°264 et s.

<sup>905</sup> V. par ex. GIVORD (F.), obs. sur Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> avril 1987, *RDI* 1987, p. 485 ; BAILLOD (R.), art. préc., n°14 ; LIBCHABER (R.), obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 23 janv. 2008, *Defrénois* 2008, 688 ; HAMELIN (J.-F.), « Le caractère judiciaire de la nullité à l'heure de la réforme du droit des contrats », *LPA* 2014, n°245, p. 4 et s., spéc. n°27 et n°33).

Les auteurs estimant que le recours au juge est nécessaire affirment que ces sanctions se distinguent quant à l'objet de l'action qui doit être intentée ainsi que par ses conséquences (ARTZ (J.-F.), « Les clauses réputées non écrites en droit de la copropriété, in *Liber amicorum J. Calais-Anloy – Etudes de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 29 et s., spéc. n°13). Ainsi, par exemple, si l'action en nullité obéit, sauf disposition spéciale, au droit commun, l'action tendant à faire constater le caractère non écrit d'une clause est imprescriptible (BAILLOD (R.), art. préc., p. 15 et s., spéc., n°20 ; LIBCHABER (R.), obs. préc. ; v. égal. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 9 mars 1988, préc.).

<sup>906</sup> BAILLOD (R.), art. préc., n°15.

<sup>907</sup> *Ibid.*, n°34.

<sup>908</sup> *Ibid.*, n°13.

<sup>909</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 23 janv. 2008, n° 06-19129, *Bull. civ.* III, n° 11 ; D. 2008.349, obs. Y. ROUQUET ; *Defrénois* 2008, 688, note LIBCHABER (R.) ; *RTDciv* 2008, 292, note FAGES (B.).

nullité du réputé non écrit : seule la clause réputée non écrite est « non avenue par le seul effet de la loi »<sup>910</sup>. La nullité doit toujours être prononcée, puisque la Haute juridiction considère que l'acte produit ses effets, qu'il reste obligatoire tant qu'il n'a pas été annulé<sup>911</sup>. Il convient en outre de préciser que la Cour de cassation n'opère sur ce point aucune distinction entre la nullité relative et la nullité absolue : l'une comme l'autre nécessite d'être prononcée. En cela, le droit français se distingue de droits voisins comme le droit allemand<sup>912</sup>.

**262.** Si au travers de ces différents arguments le juge est apparu comme le titulaire du pouvoir d'annulation, il convient de constater que les parties à un acte disposent parfois de la possibilité de convenir de la nullité de celui-ci.

## 2 - Les titulaires du pouvoir d'annulation

**263.** Le *Vocabulaire juridique* de CORNU fournit deux définitions de l'annulation en droit civil. Il s'agit d'une part de l'« opération juridique par laquelle les parties à un acte juridique décident de tenir pour non avenue cet acte et s'engagent à ne se prévaloir, dans l'avenir, d'aucun de ses effets normaux », et d'autre part de la « déclaration judiciaire de la nullité » soit l'« acte juridictionnel par lequel un tribunal constate l'existence d'une cause de nullité et décide en conséquence que l'acte vicié sera rétroactivement tenu pour non avenue, les choses étant alors remises "dans le même et semblable état" où elles se trouvaient avant l'acte incriminé »<sup>913</sup>. Ces définitions dévoilent les titulaires du pouvoir d'annulation. Il s'agit aussi bien des parties, la nullité sera conventionnelle, que du juge, la nullité prendra un caractère judiciaire.

Lorsqu'est évoqué le régime de la nullité, il est généralement question de celui de la nullité judiciaire, celle-ci étant la plus courante. En effet, si la nullité peut être tant conventionnelle (a) que judiciaire, les limites de la première mettent en lumière l'intérêt de la seconde (b).

### a - La nullité convenue par les parties : la nullité conventionnelle

---

<sup>910</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> avril 1987, n° 85-15010, *Bull. Civ.* III, n°69.

<sup>911</sup> V. not. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 2 juin 1977, n°75-15227, *Bull. civ.* III, n°239 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juin 2004, n°00-16392, *Bull. civ.* I, n°172.

<sup>912</sup> Le droit allemand distingue la "Nichtigkeit", c'est-à-dire la nullité, de l'"Anfechtbarkeit", soit l'annulabilité. Si la première opère de plein droit, il n'en va pas de même de la seconde. Un acte juridique naît, mais le contractant protégé par la règle méconnue et sanctionnée par l'"Anfechtbarkeit" pourra obtenir l'anéantissement de l'acte. v. FERRAND (F.), *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997, n°228 et s. et n°233 ; WITZ (C.), *Droit privé allemand – 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, 1992, n°403 et s.

<sup>913</sup> CORNU (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, Puf, coll. Quadrige, 9<sup>e</sup> éd., 2011, v° annulation.

264. La possibilité pour les parties à un acte de convenir de sa nullité est admise tant par la jurisprudence<sup>914</sup> que par la doctrine<sup>915</sup>. Par un accord de volonté, elles vont tirer les conséquences de l'existence d'une cause de nullité et prononcer la nullité de leur acte<sup>916</sup>. Un accord de volonté étant nécessaire, la nullité conventionnelle ne saurait être rapprochée du système allemand de la déclaration de nullité. Un acte entaché d'une "Anfechtbarkeit"<sup>917</sup>, c'est-à-dire d'une "contestation"<sup>918</sup>, peut être annulé par une déclaration unilatérale adressée au contractant, parfois soumise à réception<sup>919</sup>.

En droit français, un tel procédé est actuellement exclu<sup>920</sup>. Lorsqu'elle peut être prononcée par les parties, la nullité résulte d'un accord de volonté, autrement dit d'un acte juridique<sup>921</sup>. Deux qualifications peuvent alors être envisagées : une transaction<sup>922</sup>, ou un "accord simple"<sup>923</sup>.

La transaction est définie par l'article 2044 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil comme un « contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître »<sup>924</sup>. Si cette définition révèle deux éléments essentiels – une situation litigieuse ainsi que le règlement de celle-ci –, la jurisprudence en a dégagé un troisième<sup>925</sup> : l'existence de

<sup>914</sup> V. not. T. com. Rouen, 7 juin 1971, *JCP*, 1971, II, 16918 ; Cass. civ., 14 mai 1952, *Bull. civ.*, 1952, n°166.

<sup>915</sup> V. par ex. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°389 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), n°697 ; PICOD (Y.), « Nullité » in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mars 2013, n°32. V. égal. PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français, T.IV, Obligations – 1<sup>ère</sup> partie*, avec le concours de P. ESMEIN, Paris, L.G.D.J., 1930, n°296 ; RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, T.II, Obligations – Droits réels*, Paris, L.G.D.J., 1957, n°711. D'ailleurs, les différents projets de réforme du droit des obligations ont proposé sa consécration légale. *Contra* : BOFFA (R.), « La validité du contrat », *Gaz. Pal.*, 2015 n°120, p. 18 et s., n°25 : « Est malheureuse la possibilité offerte aux parties de constater elles-mêmes la nullité d'un contrat d'un commun accord (art. 1178). C'est méconnaître que la nullité doit rester une sanction judiciaire, dans la mesure où il s'agit d'apprécier la conformité du contrat à la loi. De ce point de vue, les contractants ne peuvent à la fois être juge et parties. L'appréciation de la validité du contrat suppose nécessairement l'intervention d'un tiers impartial ».

<sup>916</sup> L'article 1178 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats de février 2015 dispose : « un contrat qui ne remplit pas les conditions nécessaires à sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord ».

<sup>917</sup> L'Anfechtbarkeit constitue la sanction des vices du consentement. En effet, le Code civil allemand, le BGB, énumère les causes de contestabilité. Il s'agit de l'erreur, du dol et de la violence (v. les §. 119 et 123 du BGB).

<sup>918</sup> FERRAND (F.), *op. cit.*, n°247 ; v. égal. WITZ (C.), *op. cit.*, n°414. L'auteur recourt au terme « contestabilité ».

<sup>919</sup> FERRAND (F.), *op. cit.*, n°247 ; WITZ (C.), *op. cit.*, n°419 ; v. égal. *infra* n°453 et s. à propos de l'acte réceptice dans le cadre de la confirmation.

<sup>920</sup> En faveur de la nullité adressée par voie de notification, v. SADI (D.), *op. cit.*, n°498 et s.

<sup>921</sup> Pour la démonstration relative à la qualification d'acte juridique, v. JAOUEN (M.), *La sanction prononcée par les parties au contrat – Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, préf. D. Mazeaud, Economica, 2013, n°160 et s.

<sup>922</sup> V. GOUT (O.), *op. cit.*, n°157 et s. ; JAOUEN (M.), *op. cit.*, n°5.

<sup>923</sup> JAOUEN (M.), *op. cit.*, n°5.

<sup>924</sup> Pour une étude récente de ce contrat, v. MAYER (L.), « La transaction, un contrat spécial ? », *RTD civ* 2014, 523.

<sup>925</sup> Sur les éléments constitutifs de la transaction, v. par ex. : BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, L.G.D.J., coll. Domat droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2015, n°1423 et s. ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (Ph.), *Les contrats spéciaux*, L.G.D.J., 7<sup>e</sup> éd., 2014, n°1101 et s.

concessions réciproques<sup>926</sup>. Par conséquent, pour que l'accord des parties soit qualifié de transaction, ces dernières doivent se consentir des concessions. Cette condition, au regard de la doctrine moderne, ne suscite pas de difficultés. Celle-ci retient une approche processualiste de la transaction et considère que les concessions réciproques s'apparentent à une renonciation au droit d'action. BOYER énonce en effet qu'« on renonce au pouvoir qui appartient normalement à chaque individu de demander au juge son intervention pour redresser une situation contraire au droit [...] ce pouvoir c'est le droit d'action »<sup>927</sup>. Dès lors, suivant cette conception<sup>928</sup>, si les deux parties, à même d'invoquer une cause de nullité, renoncent à intenter une action en nullité, alors elles se feront une concession réciproque<sup>929</sup>.

En revanche, lorsque les parties ne se feront aucune concession réciproque, soit lorsqu'elles s'accorderont seulement sur la nullité de leur acte, alors la qualification de transaction sera exclue, et par suite son régime juridique. Il ne s'agira que d'un "accord simple".

**265.** La sanction de nullité peut être prononcée par les parties et ce sans considération pour son caractère relatif ou absolu. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens pour la transaction<sup>930</sup> : elle est envisageable, quel que soit le caractère de la cause de nullité. L'indifférence au caractère de la nullité s'explique par le dessein poursuivi par les parties. La transaction a vocation à faire disparaître l'acte litigieux de l'ordre juridique et par là même la cause de nullité l'entachant<sup>931</sup>. Si la nullité absolue peut être prononcée par les parties par le biais d'une transaction, elle peut, *a fortiori*, l'être par le vecteur d'un "accord simple"<sup>932</sup>. Par

---

<sup>926</sup> Sur ce point, v. par ex. : GAUTIER (P.-Y.), « Les degrés de l'esprit de sacrifice : sur l'inégalité des concessions réciproques », *RTD Civ.* 1992. 783 ; BÉNABENT (A.), *op. cit.*, n°1429 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (Ph.), *op. cit.*, n°1103.

<sup>927</sup> BOYER (L.), *La notion de transaction : contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Paris, Sirey, 1947, p. 49 et s.

<sup>928</sup> Cette conception a fait l'objet de plusieurs critiques, v. not. POULET (L.), *Transaction et protection des parties*, préf. Y. Lequette, L.G.D.J, 2005, n° 377 et s.

<sup>929</sup> La concession résiderait dans la renonciation à intenter une action en nullité. Sur ce point, voir les développements d'O. GOUT (*op. cit.*, n°168-169).

<sup>930</sup> Le jugement du Tribunal de commerce de Rouen est très explicite concernant la nullité absolue. Dans l'affaire qui a donné lieu à ce jugement, deux contractants avaient conclu une vente à tempérament contrevenant aux dispositions d'ordre public d'un décret précisant le montant maximum du crédit pouvant être consenti. Ils avaient, par la suite, conclu une transaction prévoyant l'annulation de cette vente. L'acquéreur a ensuite souhaité revenir sur la transaction intervenue. Le tribunal, après avoir vérifié que l'acte conclu entre les parties constituait bien une transaction, relève que « le texte de la transaction a pour effet d'annuler purement et simplement la commande de la caravane » et précise que « le principe suivant lequel aucune transaction ne peut couvrir les nullités absolues si elle ne supprime pas en même temps la cause de nullité se trouve respecté » (T. com. Rouen, 7 juin 1971, *JCP*, 1971, II, 16918). V. déjà implicitement : Cass. civ., 8 nov. 1892, *DP* 1893, 1, 93.

<sup>931</sup> Par contre, la transaction ne peut avoir pour effet de confirmer un acte nul de nullité absolue dès lors que la cause de nullité n'a pas cessé. V. Cass. civ., 12 juin 1967, *Gaz. Pal.* 1967, 2, 154.

<sup>932</sup> V. *infra* n°267 pour l'incidence de la qualification sur le recours au juge.

conséquent, les parties à un acte peuvent convenir de la nullité de celui-ci et ce, indépendamment de la distinction des nullités relative et absolue.

**266.** La nullité conventionnelle peut *a priori* être attractive car tant les lenteurs de la justice que le coût financier d'un procès sont écartés. Recourir à une transaction pourra, en outre, mettre les parties à l'abri d'une intervention judiciaire, soit d'une possible nullité partielle puisqu'elles renonceront à intenter une action en nullité<sup>933</sup>. Ces attraits de la nullité conventionnelle ne doivent cependant pas occulter ceux de la nullité judiciaire.

#### b - Les limites de la nullité conventionnelle : l'intérêt de la nullité judiciaire

**267.** La nullité conventionnelle présente plusieurs limites en comparaison avec la nullité judiciaire.

Tout d'abord, plusieurs domaines sont réfractaires à la nullité conventionnelle car placés en dehors des volontés privées<sup>934</sup>. Les nullités du mariage en constituent une illustration<sup>935</sup>.

Ensuite, la nullité conventionnelle n'exclut pas totalement le recours au juge. À cet égard, il convient de distinguer la nullité prononcée par le biais d'un accord "simple" et celle qui l'a été par transaction. Dans la première hypothèse, l'action en nullité demeure envisageable puisque les parties à cette convention n'ont pas renoncé à agir en nullité. Par ailleurs, et de façon commune, le recours au juge pourra intervenir *a posteriori* pour contrôler la régularité de la nullité prononcée par les parties<sup>936</sup>. Par conséquent la nullité conventionnelle n'emporte pas l'exclusion de tout recours au juge<sup>937</sup>. Le moment de son intervention est seulement retardé, de sorte que ce qui pouvait *a priori* apparaître comme plus rapide, moins coûteux ne l'est pas obligatoirement.

Le droit fiscal montre également sa faveur pour la nullité judiciaire à travers l'alinéa 2 de l'article 1961 du Code général des impôts. En effet, les droits d'enregistrement, la

---

<sup>933</sup> HOUTCIEFF (D.), « Les sanctions des règles de formation des contrats », in *Pour une réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, p. 224.

<sup>934</sup> V. JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 488 qui évoque les « actes émanés de l'autorité publique » ; GOUT (O.), *op. cit.*, n°176 et s.

<sup>935</sup> PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *op. cit.*, n°296 ; v. égal. pour l'hypothèse de la transaction : MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (Ph.), *op. cit.*, n°1113 et s. Ces auteurs évoquent l'impossibilité de transiger sur des droits extrapatrimoniaux ou des droits patrimoniaux inaliénables.

<sup>936</sup> JAOUEN (M.), *op. cit.*, n°230 et s.

<sup>937</sup> Le juge pourra également intervenir pour contrôler la validité de l'acte passé par les parties pour prononcer la nullité. La convention conclue par les parties et prononçant la nullité doit obéir aux règles de validité régissant toutes conventions. Ainsi, une partie pourra être amenée à intenter une action en nullité non pas de l'acte dont la nullité a été prononcée au sein d'un accord simple ou d'une transaction, mais de l'accord simple ou de la transaction. Concernant la transaction, l'article 2052 al. 2 du Code civil fait cependant obstacle à une action intentée sur le fondement de l'erreur de droit.

taxe de publicité foncière, les droits de timbre et la taxe spéciale sur les conventions d'assurance sont restitués par l'Administration fiscale seulement si la nullité de l'acte qui les a fait naître a été prononcée par un juge. L'annulation ne doit pas être entachée de suspicion<sup>938</sup>, c'est pourquoi le recours au tiers impartial et indépendant que représente le juge est impératif. En l'absence d'un tel recours, soit en présence d'une nullité conventionnelle, l'Administration fiscale non seulement conserve les droits ou taxes perçues, mais en plus elle les réclame une nouvelle fois au titre des restitutions opérées<sup>939</sup>, de sorte que les parties peuvent avoir intérêt à renoncer à transiger et opter pour une nullité judiciaire<sup>940</sup>.

Enfin, la question de l'effet de ces conventions à l'égard des tiers témoigne aussi des limites de la nullité conventionnelle. Lorsqu'elles optent pour la nullité conventionnelle, les parties constatent l'existence d'une cause de nullité et en tirent toutes les conséquences, soit prononcent la nullité de l'acte. Il reste que l'acte litigieux peut, en réalité, être parfaitement valable. La transaction relative à la nullité d'un acte peut-elle être opposable aux tiers ? La jurisprudence a pu énoncer, de façon générale, que la transaction « ne peut être opposée à celui qui n'y a point été partie »<sup>941</sup>. Cette solution trouve un fondement historique<sup>942</sup>, et peut s'appuyer sur les articles 1165 et 2051 du Code civil<sup>943</sup>. D'ailleurs plusieurs auteurs ont émis des doutes sur l'opposabilité de l'effet rétroactif de la nullité conventionnelle aux tiers intéressés<sup>944</sup>. Cette solution s'explique au regard de l'effet relatif des conventions. Seules les parties à l'acte se sont engagées à le considérer comme nul et à ne pas en demander l'exécution ou à revenir sur son exécution. Dès lors, rien ne s'oppose à ce que les tiers touchés par l'effet rétroactif de la nullité se prévalent de la validité de l'acte<sup>945</sup>. En outre, plusieurs mécanismes comme l'adage *fraus omnia corrumpit*<sup>946</sup>, ou encore comme les règles

<sup>938</sup> SERLOOTEN (P.), *J. Cl Commercial*, Fasc. 3104, n°26 ; CHAPPERT (A.), « Les incidences fiscales de l'annulation, de la modification, de la régularisation et de l'usage d'un contrat », *Deffrénois*, 1993, art. 35661, n°8, p. 1325-1326.

<sup>939</sup> CHAPPERT (A.), art. préc., n°7, p.1325.

<sup>940</sup> RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *op. cit.*, n°711.

<sup>941</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 1976, n°74-13266, *Bull. civ. I*, n°94 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 1993, n°91-18620, *Bull. civ. I*, n°241. v. cependant en sens contraire : Cass. com., 31 mars 2009, n°08-15655 : « si en principe les conventions n'ont d'effet qu'à l'égard des parties, elles constituent des faits juridiques dont peuvent être déduites des conséquences de droit à l'égard des tiers et que la transaction en cause qui avait réduit le prix de cession constituait en l'espèce un tel fait juridique ».

<sup>942</sup> GAUTIER (P.-Y.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 1993, *RTD civ.* 1994. 634, spéc. 636.

<sup>943</sup> BORGA (N.), « Effets de la transaction à l'égard des tiers », in *La transaction – Propositions en vue de la réforme du titre XV Livre troisième du Code civil « Des transactions »*, La documentation française, 2014, p. 201.

<sup>944</sup> v. par ex. : MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), n°697 ; PICOD (Y.), « Nullité » art. préc., n°32.

<sup>945</sup> Il convient de souligner que si la transaction n'est pas opposable aux tiers, la jurisprudence admet que les tiers puissent l'opposer aux parties. Sur ce point, v. PAILLER (P.), « L'opposabilité de la transaction aux tiers », *RLDC* 2015, n°126, p. 59 et s. ; BORGA (N.), art. préc., p. 201 et s.

<sup>946</sup> V. par ex. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 déc. 1990, n° 88-17991, *Bull. Civ. I*, n°278, *RTDciv.*, 1992, p.157, obs. J. PATARIN. L'arrêt est rendu au visa du principe *fraus omnia corrumpit*, la Cour de cassation énonce que « toute personne

protectrices des droits acquis des tiers permettent à ces derniers d'écarter ou de remettre en cause de telles transactions<sup>947</sup>.

**268.** Si les limites de la nullité conventionnelle constituent un attrait pour la nullité judiciaire, il ne s'agit pas du seul. En effet, lorsque l'acte entaché de nullité a été exécuté, l'intervention d'un tiers impartial peut faciliter le règlement des restitutions consécutives à l'annulation d'un acte. Les parties ont en effet pu ne pas mesurer les difficultés que susciterait le retour au *statu quo ante*<sup>948</sup>. Ainsi, même lorsque la nullité peut être prononcée par les parties à l'acte, elle revêtira souvent un caractère judiciaire.

## **Section 2 - À l'unique nature de sanction judiciaire, un régime unique**

**269.** Si une dualité de régime existe, elle résulte de la dualité de sources à l'origine de la nullité : conventionnel ou judiciaire. La nullité conventionnelle obéit en effet au droit commun des conventions, régime qui ne peut être envisagé pour la nullité judiciaire.

**270.** La distinction des nullités relative et absolue est, de nos jours, appréhendée dans le cadre judiciaire. La saisine d'un juge, autrement dit l'exercice d'une action, est impérative. Le régime de la nullité correspond, en conséquence, en partie à celui de l'action en nullité<sup>949</sup>.

Pour déterminer le régime de l'action en nullité, les théories passées ne se montreront guère utiles. En effet, si l'exercice d'une action en nullité était nécessaire uniquement en présence d'une annulabilité selon la théorie dite classique des nullités, il était totalement nié sous la plume de JAPIOT<sup>950</sup>. Cependant, les partisans de la théorie dite moderne

---

victime d'une fraude peut demander que l'acte frauduleux lui soit déclaré inopposable, quand bien même la fraude aurait aussi été dirigée contre d'autres ».

V. égal. l'art. 1132-1 de l'avant-projet Catala qui dispose : « L'inopposabilité est relative. N'annulant pas la convention elle-même, elle en neutralise les effets à l'égard des personnes qui sont en droit de ne pas en souffrir, à charge pour elles d'établir la circonstance qui justifie cette inefficacité comme par exemple la commission d'une fraude ou le défaut de publication d'un acte ».

<sup>947</sup> Diverses règles leur permettent en effet, lorsque les tiers en remplissent les conditions, de faire obstacle à l'opposabilité de telles conventions. Il en est ainsi de l'action paulienne (Sur cette action, v. not. BRENNER (C.), « L'action paulienne et la défense du droit de poursuite des créanciers contre les actes de soustraction ou d'appauvrissement », in *Colloque organisé par l'Association des Avocats Praticiens des Procédures et de l'Exécution – Les poursuites contre les tiers non débiteurs*, vendredi 16 sept. 2011 ; BÉNABENT (A.), n°854 et s.), de la déclaration de simulation (v. l'art. 1321 du Code civil. Sur le régime de la simulation à l'égard des tiers, soit sur l'action en déclaration de simulation, v. not. BÉNABENT (A.), n°290) ou peut-être encore des nullités de la période suspecte (v. l'art. L. 632-1 du Code de commerce. La nullité amiable pourrait au regard de la jurisprudence relative à la résolution amiable être analysée comme un mode anormal de paiement, v. par ex. Cass. com., 16 fév. 1993, n° 91-11106, *Bull. civ. IV*, n°65).

<sup>948</sup> GOUT (O.), *op. cit.*, n°149.

<sup>949</sup> V. *infra* n°299.

<sup>950</sup> V. *supra* n°234.

des nullités reconnaissent l'existence de l'action en nullité. D'ailleurs, la distinction des nullités relative et absolue n'a-t-elle pas pour objet de déterminer les titulaires de l'action ? La possibilité de renoncer à l'action ? Et avant la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, la durée du délai de prescription de l'action ?

271. De nos jours, le régime de l'action en nullité est commandé par la règle substantielle à laquelle la nullité est attachée. Pourtant, rien ne justifie que le régime de l'action en nullité soit déterminé en considération de celle-ci. Pourquoi le régime de l'action en nullité ne relève-t-il par du droit commun de l'action en justice ? Seule une spécificité propre à l'action en nullité expliquerait que le régime de l'action en nullité résulte, non du droit commun de la procédure civile, mais de la règle substantielle sanctionnée par la nullité.

L'identification de l'action en nullité (§.1) constitue donc un préalable indispensable au constat qu'un régime exorbitant du droit commun ne se justifie pas pour l'action en nullité (§.2).

### ***§.1 - L'identification de l'action en nullité***

272. L'article 30 du Code de procédure civile définit l'action comme « le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention ». Au cœur de la notion d'action figure la prétention<sup>951</sup>. Elle révèle le but de l'action, soit permet de nommer l'action<sup>952</sup>. Ainsi, l'action en nullité a pour but l'annulation d'un acte dont les parties n'ont pas, lors de sa formation, respecté toutes les conditions pour qu'il soit parfait. Mais toute personne se prévalant d'une prétention, ne bénéficie pas pour autant d'un droit d'action. L'ouverture de l'action a en effet été conditionnée par le législateur à l'article 31 du Code de procédure civile<sup>953</sup>. Apparaît alors la banalité de l'action en nullité – elle peut naître, comme toute action en justice de l'émission d'une prétention (A), mais également son originalité : la prétention émise revêt un caractère objectif (B).

### **A - La banalité de l'action en nullité : une action pouvant naître de l'émission d'une prétention**

---

<sup>951</sup> Elle consiste en l'« affirmation en justice tendant à réclamer quelque chose, soit de la part du demandeur (par demande principale ou additionnelle), soit de la part du défendeur (par demande reconventionnelle) et dont l'ensemble (prétentions respectives) détermine l'objet du litige » (CORNU (G.), dir., *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v°action).

<sup>952</sup> CUCHE (P.) et VINCENT (J.), *Précis de procédure civile et commerciale*, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 1960, n°10 : « l'action est toujours identique dans sa nature, quel que soit le droit exercé, et ne reçoit une qualification que par reflet ».

<sup>953</sup> V. *infra* n°281.

**273.** À l'origine de l'action en nullité, comme à l'origine de toute action, il y a une situation litigieuse. À compter de la violation de la règle sanctionnée par la nullité, une situation litigieuse est latente puisque deux prétentions opposées peuvent émerger : l'une tendant à la validité de l'acte, l'autre à sa nullité. Une prétention ne prend pas nécessairement la forme d'une demande en justice. Généralement, elle se manifeste d'abord en dehors de tout cadre procédural soit expressément, soit tacitement<sup>954</sup>. Il reste que lorsqu'une prétention non contentieuse n'aboutit pas, seule la voie juridictionnelle permet de solutionner le litige. Dès lors, la situation litigieuse résultant d'une cause de nullité peut faire naître un droit d'action<sup>955</sup>. En conséquence, ce qui résulte de la violation d'une règle relative à la formation d'un acte, ce n'est pas, contrairement à ce qu'invoquait JAPIOT, un droit subjectif substantiel<sup>956</sup>, mais potentiellement un droit d'action<sup>957</sup>. Il naîtra si ses conditions d'existence de l'action sont réunies, car si toute personne bénéficie du droit d'accès à un juge<sup>958</sup>, toute personne ne possède pas le droit d'être entendu par un juge sur n'importe quelle prétention<sup>959</sup>. Le droit subjectif substantiel dégagé par JAPIOT n'existe pas : soit les parties s'accordent, et dans ce cas

<sup>954</sup> Sur ce point, v. CORNU (G.) et FOYER (J.), p. 43.

<sup>955</sup> Sur les conditions d'ouverture de l'action, v. *infra* n°281 et s.

<sup>956</sup> DABIN (J.), *Droit subjectif et prérogatives juridiques – Examen des thèses de M. Paul Roubier*, Bruxelles, Palais des Académies, 1960, p. 26.

<sup>957</sup> Si le législateur a employé le terme "droit" pour qualifier l'action, la nature de celle-ci reste controversée (v. not. : THÉRY (Ph), « Le litige en droit judiciaire privé – Petits exercices de procédure élémentaire », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard « Justices et droit du procès – Du légalisme procédural à l'humanisme processuel »*, Dalloz, 2010, n°5 ; NIBOYET (M.-L.), « Action en justice », *Droits 2001/34, Mots de la Justice*, p. 84).

Les auteurs s'opposent tout d'abord sur l'autonomie de la notion d'action. En effet, certains auteurs lui dénie toute existence soit en l'assimilant aux demandes et aux défenses (HÉRON (J.) et LE BARS (Th.), *op. cit.*, n°48 : « La notion d'action proposée peut-être énoncée ainsi. L'action n'est pas un droit virtuel, distinct des demandes et des défenses. Lorsque l'on parle d'action, il ne s'agit que d'une façon commode de désigner des deux sortes d'actes processuels, et le contenu que l'on attribue à l'action n'est rien d'autre que des conditions de recevabilité de ces actes, c'est-à-dire des éléments du présumé de la règle déterminant les conditions d'efficacité des demandes et des défenses ») soit en la confondant avec l'accès aux tribunaux (VIZIOZ (H.), *Études de procédure*, préf. S. Guinchard, Dalloz, 2011, p.147 et s., spéc., p.150 : « Et il semble bien que l'action, que le pouvoir d'agir en justice, pouvoir généralement directement accordé par le droit objectif, présente, quel que soit l'aspect sous lequel on l'envisage, un caractère nettement objectif »). D'autres prônent son autonomie. Parmi les auteurs prônant l'autonomie de la notion d'action, certains précisent soit qu'il s'agit d'un droit subjectif processuel (BOLARD (G.), « Notre belle action en justice », in *Mélanges en l'honneur de G. Wiederkehr « De Code en Code »*, Dalloz, 2009, p. 17 et s., spéc.n°5 et s. Cet auteur, à la suite de MOTULSKY (« Le droit subjectif et l'action en justice », *op. cit.*, p. 98 et *Droit processuel - Textes recueillis et mis en corrélation avec la loi relative à la réforme de la procédure civile, et les décrets instituant de nouvelles dispositions destinées à s'intégrer dans le nouveau Code de procédure civile par M.-M. Capel*, Montchrestien, 1973, p. 56, considère que l'action est un droit subjectif qu'il qualifie d'ailleurs de processuel. V. égal. CADJET (L.) et JEULAND (E.), n°328), soit d'un droit potestatif (THÉRY (Ph), art. préc., n°9 ; NIBOYET (M.-L.), « Action en justice », *Droits 2001/34, Mots de la Justice*, p. 85). Enfin, un auteur relève que « si un terme distinct s'est imposé, si l'on parle d'action, c'est peut-être bien qu'on ne peut ramener l'action à une autre catégorie juridique » (Wiederkehr (G.), « La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau Code de procédure civile », in *Mélanges offerts à P. Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 949 et s., spéc. p. 958. V. égal. du même auteur, « Une notion controversée : l'action en justice », in *Études offertes au Doyen Ph. Simler*, Lexis Nexis- Dalloz, 2006, p. 903 et s. ).

<sup>958</sup> Sur le « droit d'accès général au juge », v. JEULAND (E.), *Droit processuel général*, L.G.D.J., coll. Domat droit privé, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n°166.

<sup>959</sup> V. *infra* n°281 et s.

elles ne font qu'user de leur liberté contractuelle, soit les parties ne s'entendent pas et un droit d'action peut voir le jour.

274. Le droit d'action a parfois été assimilé au droit de critique<sup>960</sup>. Cet amalgame doit être rejeté.

D'abord, parce que le droit de critique naît en dehors de tout litige contrairement au droit d'action. JAPIOT souligne en effet que le droit de critique peut s'exercer sous une forme entièrement privée<sup>961</sup>, soit de façon amiable. Partant, aucun litige ne naît : les parties s'accordent sur la nullité de l'acte, sur le fait de le considérer comme non avenu.

Ensuite, parce le droit de critique opère en dehors de tout cadre judiciaire contrairement au droit d'action qui, une fois matérialisé par la demande, fait naître une instance<sup>962</sup>. Il a d'ailleurs été soutenu à propos du droit d'action qu'il « existe dans le procès et par le procès »<sup>963</sup>. Pour JAPIOT, le droit de critique peut s'exercer sous une forme entièrement privée<sup>964</sup>. Aussi bien, il renie toute action en nullité autonome<sup>965</sup>. Il reconnaît toutefois que l'autorité judiciaire devra parfois intervenir lorsque des obstacles s'opposeront « au libre jeu du droit de critique »<sup>966</sup>, cependant dans cette hypothèse non seulement c'est l'action nécessaire à l'octroi du droit invoqué qui sera exercée<sup>967</sup>, mais en plus le juge ne fera que constater l'option du titulaire du droit de critique<sup>968</sup>.

De plus, le régime de ces deux droits ne se détermine pas de la même manière. Si le droit de critique dégagé par JAPIOT en tant que droit subjectif substantiel est intimement lié à la règle transgressée<sup>969</sup>, il n'en est pas de même du droit d'action. Son régime résulte des règles issues du droit de la procédure. Celles-ci sont identiques quelle que soit la prétention<sup>970</sup>.

Enfin, le droit de critique permet toujours de faire valoir un droit ce qui n'est pas le cas du droit d'action. Si le droit d'action permet le plus souvent de faire valoir un droit,

---

<sup>960</sup> Pour ce constat, v. déjà. BANDRAC (D.), *op. cit.*, n°143 : La doctrine de JAPIOT « prend pour un droit subjectif substantiel ce qui n'est que l'action en nullité ». Pour l'assimilation, v. SADI (D.), *op. cit.*, n° 540 : « La nullité consisterait [...] non en un droit de critique, simple synonyme du droit d'agir ».

<sup>961</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 389

<sup>962</sup> La demande initiale, traduction procédurale du droit d'action a pour effet particulier de créer le lien d'instance. Sur ce point, v. not. HÉRON (J.) et LE BARS (Th.), *op. cit.*, n°128 ; GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND F.), n°375.

<sup>963</sup> BOLARD (G.), « Notre belle action en justice », art. préc., n°5.

<sup>964</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 389.

<sup>965</sup> *Ibid.*, p. 405.

<sup>966</sup> *Ibid.*, p. 386-387.

<sup>967</sup> *Ibid.*, p. 399 et s. : lorsque le droit de critique est « exercé en vue d'obtenir une restitution [...] l'action exercée est [...] l'action ordinaire, c'est-à-dire, notamment, l'action en répétition de l'indu ou l'action en revendication ».

<sup>968</sup> *Ibid.*, p. 396-397.

<sup>969</sup> *Ibid.*, p. 166-167 ; v. égal. GAUDEMET (E.), *op. cit.*, p. 147.

<sup>970</sup> V. *infra* n°284.

il n'en va pas toujours ainsi. Comme l'a souligné ROUBIER, le droit d'action peut exister indépendamment de tout droit antérieur<sup>971</sup> : il est alors question d'un contentieux objectif.

275. Dès lors, si l'action en nullité naît, comme toute action de l'émission d'une prétention, son originalité réside dans la prétention émise : il s'agit d'une prétention objective.

## **B - L'originalité de l'action en nullité : une action appartenant au contentieux objectif**

276. Le but de l'action en nullité consiste à obtenir l'anéantissement d'un acte entaché d'une cause de nullité. Une telle action vise par conséquent au rétablissement de la légalité transgressée<sup>972</sup>, ou encore « à la cessation de l'illicéité »<sup>973</sup>, et ce, quelle que soit la cause de nullité<sup>974</sup>. En conséquence, le contentieux relatif à la nullité d'un acte juridique relève non pas du contentieux subjectif mais du contentieux objectif<sup>975</sup>. La prétention émise ne vise en effet pas à la reconnaissance, à la protection ou encore à la sanction d'un droit subjectif puisqu'aucun droit au respect de la loi n'a été consacré<sup>976</sup>.

Il ne s'agit néanmoins pas de nier l'existence de prétentions subjectives : elles existent assurément dans le cadre du contentieux de la nullité d'un acte juridique. Il reste que ce ne sont pas sur ces dernières que le juge est appelé à se prononcer. Ces prétentions sont en effet dépendantes soit de la validité de l'acte, soit du prononcer de sa nullité<sup>977</sup>. Dans la première hypothèse, il s'agira de faire valoir les droits issus de l'acte, tandis que dans la seconde il sera question d'un droit à restitution. Autrement dit, ces prétentions subjectives ne constituent que des résultantes du jugement porté sur la validité de l'acte litigieux.

---

<sup>971</sup> ROUBIER (P.), *op. cit.*, n°7.

<sup>972</sup> DABIN (J.), *op. cit.*, p. 15-16 : « les actions en nullité ne sanctionnent que les manquements aux règles d'existence et de validité des actes ».

<sup>973</sup> VINEY (G.), « Cessation de l'illicite et responsabilité civile », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, L.G.D.J, 2009, p. 547 et s., spéc., p. 547. V. égal. MAURIN (L.), *op. cit.*, n°393.

<sup>974</sup> DABIN (J.), *op. cit.*, p. 25 : « les actions en nullité d'actes juridiques, lesquelles ne sanctionnent rien d'autre, on l'a vu, que le respect des règles d'existence et de validité des actes édictées tantôt dans l'intérêt public, tantôt dans l'intérêt des parties (ou de tiers déterminés) ».

<sup>975</sup> L'existence d'un contentieux objectif en droit privé a participé à la négation de la conception de l'action comme étant le droit subjectif mis en mouvement.

<sup>976</sup> Sur ce point, v. GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *op. cit.*, n°375 et n°534 ; BANDRAC (M.), *op. cit.*, n°158. *Contra* : BONNARD (R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration – Étude de droit administratif comparé*, Avant-propos de B. Pacteau, Dalloz, 2006, n°28 : « il existe un droit subjectif à la légalité des actes comme il existe un droit subjectif aux exécutions matérielles des actes ». V. égal. BARTHÉLÉMY (J.), *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Thèse Paris, 1899, spéc. p. 66 et s. Cet auteur déduit de l'existence d'un recours en contestation de légalité, un droit subjectif de l'administré à la légalité. Ce point de vue a été fortement critiqué par DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel, T. I, La règle de Droit – Le problème de l'État*, Paris, 3<sup>e</sup> éd., 1927, p. 238).

<sup>977</sup> Ainsi, à propos de l'action mixte dont l'une des hypothèses réside dans l'exercice d'une action tendant à l'anéantissement d'un acte translatif de propriété, il a été souligné que le droit personnel et le droit réel « ne sont pas invoqués simultanément, mais successivement » (CADIET (L.) et JEULAND (E.), n°338).

Affirmer que la totalité du contentieux relatif à la nullité est objectif implique de réfuter la position de DUGUIT relative à la nullité des actes juridiques subjectifs, mais également d'exposer la controverse ayant eu lieu entre ROUBIER et MOTULSKY.

277. Si DUGUIT admet que le droit privé connaît un « contentieux objectif de l'annulation »<sup>978</sup>, il en exclut le contentieux de la nullité des contrats. Il considère que le contrat étant un acte subjectif, il y a lieu à contentieux subjectif au motif que la question posée au juge est celle de savoir « si une situation subjective existe régulièrement, la question de la légalité ne se posant qu'en second lieu pour permettre de résoudre la question principale »<sup>979</sup>. La position de DUGUIT apparaît contestable au regard de la définition qu'il donne de la juridiction subjective. Il estime qu'« il y a juridiction subjective toutes les fois que le juge est appelé à résoudre avant tout et principalement une question de droit subjectif »<sup>980</sup>. Pourtant, il souligne lui-même que lorsque la question posée au juge est de savoir si l'acte subjectif « considéré est ou n'est pas atteint d'un vice juridique » le juge est obligé « de rechercher si en fait les exigences du droit objectif ont été respectées. Par-là, il procède à l'examen d'une question de fait préalable à la question de droit dont il est saisi, celle de savoir [...] si une situation de droit subjectif est née régulièrement ou non »<sup>981</sup>. Mais est-ce une question de fait ? N'est-ce pas plutôt la question de droit posée ? DUGUIT ne relève-t-il pas lui-même son antériorité, avec le terme « préalable » ? La question posée au juge concerne la régularité de l'acte au regard du droit objectif. L'existence - ou l'absence - d'une situation de droit subjectif constitue seulement une conséquence de la légalité de l'acte la fondant. Dès lors, la question posée au juge est avant tout une question de légalité, une question objective, une question qui n'est fondée sur aucun droit subjectif. L'action en nullité relève donc du contentieux objectif.

278. D'ailleurs, selon ROUBIER, il existe certes des droits subjectifs mais également des situations juridiques objectives. Dans une telle situation, seul le droit objectif commande et « ses dispositions impératives ne sont pas établies en vue de satisfaire aux désirs des particuliers »<sup>982</sup>. Par conséquent, dans ces hypothèses, « l'action est fondée sur une réaction du droit objectif en dehors de tout droit antérieur préexistant »<sup>983</sup>. Parmi les situations juridiques objectives figurent les actions fondées sur un délit ou un quasi-délit, l'action *de in rem verso* mais

---

<sup>978</sup> DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel – T. II : La théorie générale de l'État, 1<sup>ère</sup> partie, Éléments, fonctions et organes de l'État*, Paris, 3<sup>e</sup> éd., 1928, p. 493.

<sup>979</sup> *Ibid.*, p. 488.

<sup>980</sup> *Ibid.*, p. 459 (souligné par nous).

<sup>981</sup> *Ibid.*, p. 464 (souligné par nous).

<sup>982</sup> ROUBIER (P.), *op. cit.*, n°10

<sup>983</sup> *ibid.*

également « les actions en nullité ou rescision d'un acte juridique »<sup>984</sup>. ROUBIER énonce ainsi que « la non observation des conditions de validité posées par la loi à la confection de cet acte aura pour sanction une action en nullité ou en rescision c'est-à-dire une action qui n'entraîne aucunement dans les vues de l'auteur (ou des auteurs) de l'acte juridique. Ici encore cette action n'est pas fondée sur la violation d'un droit antérieur, elle est fondée sur une infraction à un devoir, le devoir d'observer les conditions légales de validité posées par la loi »<sup>985</sup>. Le critère de ROUBIER est clair : si aucun droit subjectif préexiste à l'exercice d'une action il s'agit d'une situation juridique objective.

MOTULSKY reproche à ROUBIER l'élargissement du domaine du contentieux objectif<sup>986</sup>. Il considère qu'un tel contentieux revêt en droit privé « un caractère tout à fait exceptionnel »<sup>987</sup>. Le contentieux de droit privé, comme son nom l'indique, est relatif aux conflits intervenant entre les particuliers, raison pour laquelle la vocation de l'action en droit privé réside le plus souvent « dans la protection des intérêts concrets et non de la légalité abstraite »<sup>988</sup>. Afin de réduire le domaine du contentieux objectif dégagé par ROUBIER, MOTULSKY se prononce pour le caractère subjectif du contentieux « quand bien même la situation juridique initiale a un caractère objectif, pour peu que la violation de la règle de Droit déclenche un droit subjectif à réparation ou compensation »<sup>989</sup>.

Si la position de MOTULSKY peut emporter la conviction pour inclure, par exemple, le contentieux de la responsabilité dans le contentieux subjectif, il en va différemment pour le contentieux de la nullité car la violation d'une règle sanctionnée par la nullité ne déclenche jamais un droit subjectif à réparation ou compensation. En effet, lorsque des dommages-intérêts sont octroyés concomitamment au prononcé de la nullité, ils ne le sont pas en raison de la nullité mais parce qu'une faute a été commise lors de la formation de l'acte. Il est donc question non pas de nullité mais de responsabilité<sup>990</sup>. Dès lors, le critère énoncé par MOTULSKY conduit à affirmer que la totalité du contentieux relatif à la nullité d'un acte appartient au contentieux objectif : il ne fait naître aucun droit subjectif à réparation ou compensation. Le contentieux de la nullité vise systématiquement au rétablissement de la légalité et ce, quelle que soit la cause de nullité invoquée.

---

<sup>984</sup> *ibid.*

<sup>985</sup> *Ibid.*

<sup>986</sup> MOTULSKY (H.), « Le droit subjectif et l'action en justice », art. préc., p. 89

<sup>987</sup> *ibid.*, p. 91. Il précise d'ailleurs que : « la quasi-totalité des actions en justice donne lieu à un contentieux subjectif » (*ibid.*, p. 93).

<sup>988</sup> HÉBRAUD (J.), note sous Cass. soc., 9 janv. 1954, *RTD Civ.* 1954, p.344.

<sup>989</sup> MOTULSKY (H.), art. préc., p. 93.

<sup>990</sup> V. sur ce point : GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. de G. Ghestin, L.G.D.J., 1992.

279. L'appartenance de l'action en nullité au contentieux objectif participe de l'originalité de l'action en nullité. Il est d'ailleurs parfois occulté au profit de la prétention subjective motivant l'exercice de l'action. D'ailleurs, le rejet d'une action en nullité autonome n'a pu que conduire JAPIOT à mettre au premier plan la conséquence de l'annulation : une prétention subjective<sup>991</sup>. Si elle n'est pas au premier plan, cette prétention subjective existe toujours dans le cadre d'une action en nullité exercée par une personne autre que le ministère public, et ce pour deux raisons. En premier lieu, nul n'agit seulement pour le respect de la légalité car une action en justice a un coût. Par conséquent, si un plaideur n'est pas susceptible d'en retirer un profit personnel, il est peu probable qu'il agisse<sup>992</sup>. En second lieu, parce que l'article 31 du Code de procédure civile n'ouvre l'action qu'aux personnes présentant un intérêt personnel à agir<sup>993</sup>. Or, comme nul n'a de droit à la légalité, l'intérêt personnel du demandeur résidera ailleurs.

Mais s'il est exact qu'une prétention subjective existe systématiquement, elle ne fait pas obstacle à ce que l'action en nullité appartienne au contentieux objectif. Comme il l'a été souligné « il y a contentieux objectif dans tous les cas où un demandeur agit pour défendre l'intérêt général même si indirectement il vise aussi son intérêt personnel »<sup>994</sup>. Ainsi, même si la prétention subjective motive le demandeur il agit tout de même pour la défense de la légalité. D'ailleurs ce qu'invoque le demandeur c'est l'existence d'une cause de nullité. C'est elle qui fait naître le droit d'action, c'est elle qui fondera la décision d'annulation du juge. La prétention subjective n'apparaît donc que comme une résultante de l'annulation.

280. Finalement, l'action en nullité est toute à la fois banale et originale. Banale, car elle naît, comme toute action en justice, d'une situation litigieuse. Originale car elle appartient au contentieux objectif. En effet, l'action en nullité tend toujours au rétablissement de la légalité transgressée, et ce, quelle que soit la cause de nullité. Il reste alors à déterminer si cette cause de nullité peut exercer une influence sur le régime de l'action.

## *§.2 - L'exclusion d'un régime exorbitant du droit commun*

---

<sup>991</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p.403.

<sup>992</sup> PACTEAU (B.), *Contentieux administratif*, Puf, coll. droit fondamental, 7<sup>e</sup> éd. refondue, 2005, n°128 ; PACTEAU (B.), *Manuel de contentieux administratif*, Puf, 3<sup>e</sup> éd., mise à jour, 2014, n°93 ; v. égal. BAILLEUL (D.), L'efficacité comparée du recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français, préf. G. Lebreton, L.G.D.J., 2002, n°12, 42 et 71.

<sup>993</sup> L'art. 31 CPC dispose : « L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ».

<sup>994</sup> JEULAND (E.), *op. cit.*, n°299.

**281.** « N’importe qui ne peut [...] pas faire juger n’importe quoi. Ni d’ailleurs n’importe quand »<sup>995</sup>. Cette phrase est révélatrice de l’existence des conditions de recevabilité de la demande<sup>996</sup>, traduction du droit d’action sur le terrain procédural<sup>997</sup>. Seules les demandes recevables seront examinées sur le fond. L’action joue donc un rôle de « filtre »<sup>998</sup>.

**282.** Le législateur a énoncé lui-même les conditions d’existence de l’action<sup>999</sup>. Il a ainsi précisé à l’article 31 du Code de procédure les conditions de détermination des sujets actifs et passifs de l’action, et, à l’article 122 du même Code, les fins de non-recevoir susceptibles d’être opposées à une demande.

Pourtant, lorsque la doctrine expose la mise en œuvre de la nullité, elle énonce, d’une part que la nullité est judiciaire et expose, d’autre part, la distinction des nullités relative et absolue fondée sur l’intérêt protégé par la règle transgressée<sup>1000</sup>. À la suite de JAPIOT, elle calque le régime de la nullité sur la finalité de la règle transgressée. Elle établit donc un lien entre le régime de l’action en nullité et l’intérêt protégé par la règle transgressée, soit la cause de nullité édictée. Or, on sait que l’action en nullité est une action en justice comme les autres<sup>1001</sup>. Par conséquent, son régime doit être lié non pas à la cause de nullité, mais à son caractère judiciaire.

**283.** Deux arguments permettent d’affirmer que le régime de l’action en nullité correspond au régime de droit commun de l’action en justice : le champ d’application des conditions d’ouverture de droit commun de l’action d’une part (A), l’absence de justifications à l’existence d’un régime spécifique d’autre part (B).

### **A - Au regard des conditions d’ouverture de droit commun de l’action**

**284.** Les conditions d’ouverture d’une action sont identiques quel que soit l’objet de l’action<sup>1002</sup>. La place des dispositions relatives à l’action et aux fins de non-recevoir le prouve. En effet, ces dispositions se situent dans le livre premier du Code de procédure civile intitulé « Dispositions communes à toutes les juridictions ». Par conséquent, qu’il s’agisse d’une action

---

<sup>995</sup> BANDRAC (M.), « L’action en justice droit fondamental », in *Mélanges en l’honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, n°5.

<sup>996</sup> V. Part. 53 du CPC.

<sup>997</sup> GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), n°287.

<sup>998</sup> BOLARD (G.), *art. préc.*, p. 18 et s.

<sup>999</sup> V. les articles 31 et 122 du CPC. Si le premier a directement trait au droit d’action, le second évoque les fins de non-recevoir pouvant être opposées à la demande, traduction de l’action sur le plan procédural.

<sup>1000</sup> V. not. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°390 et n°393 et s. ; BÉNABENT (A.), n°204 et n°206 et s. ; GHESTIN (J.), n°742.

<sup>1001</sup> V. *supra* n°273 et s.

<sup>1002</sup> D’ailleurs CORNU et FOYER, au sein de leur manuel, évoquent ces conditions au sein d’un titre intitulé « Le droit commun de l’action » (CORNU (G.) et FOYER (J.), p. 329).

en responsabilité, en réparation, en revendication ou encore en restitution, les conditions d'ouverture de l'action sont, en principe<sup>1003</sup>, toujours les mêmes. Elles sont classées en deux grandes catégories : les conditions subjectives d'une part, et les conditions objectives d'autre part<sup>1004</sup>. Les conditions subjectives ont traités aux titulaires de l'action. Celui-ci doit, faute d'avoir qualité pour agir, pouvoir justifier d'un intérêt à agir, c'est-à-dire « qu'il a intérêt, au sens ordinaire du terme, à voir le juge accéder à sa demande »<sup>1005</sup>. Les conditions objectives recouvrent les conditions tenant aux délais ou à la chose jugée<sup>1006</sup>.

**285.** Si ces conditions sont similaires en droit privé, quel que soit l'objet de l'action, il faut souligner qu'elles se retrouvent, pour certaines d'entre elles, également en droit public. Ainsi les conditions tenant au respect d'un délai<sup>1007</sup>, ou encore à l'existence d'un intérêt à agir<sup>1008</sup>, sont présentes en contentieux administratif. Elles sont même exigées quel que soit le type de contentieux<sup>1009</sup>.

La similarité des conditions d'ouverture de l'action pour les différents types de contentieux privés, et même publics, révèle qu'elles sont dictées uniquement par le droit procédural. En effet, si les règles qui servent de fondement aux prétentions avaient une incidence sur la détermination des conditions d'ouverture d'une action alors, en raison de leur diversité, une identité serait impossible à atteindre. Ainsi, la règle qui sert de fondement à la prétention ne dicte aucunement les conditions de recevabilité de l'action. Pourquoi en est-il

---

<sup>1003</sup> Il existe en plus des conditions évoquées, des conditions propres à certaines matières, procédures ou juridictions spéciales. Sur ce point, v. par ex. GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), n°179.

<sup>1004</sup> *Ibid.*, n°119.

<sup>1005</sup> BROYELLE (C.), *Contentieux administratif*, L.G.D.J., 3<sup>e</sup> éd., 2015, n°88.

<sup>1006</sup> Des auteurs ajoutent une condition, celle de la cohérence de l'action (v. GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), n°177).

<sup>1007</sup> Les délais de recours contentieux sont prévus et organisés par les articles R. 421-1 à R. 421-7 du Code de justice administrative. Sur les effets de l'expiration des délais de recours, v. CHABANOL (D.), *La pratique du contentieux administratif*, Lexis Nexis, coll. Droit & professionnels, 11<sup>e</sup> éd., 2015, p. 139 et s. ; BROYELLE (C.), *op. cit.*, n°122 ; PACTEAU (B.), *Contentieux administratif*, *op. cit.*, n°155.

<sup>1008</sup> CHABANOL (D.), *op. cit.*, p. 151 et s. ; BROYELLE (C.), *op. cit.*, n°86 et s. ; PACTEAU (B.), *Contentieux administratif*, *op. cit.*, n°128 ; PACTEAU (B.), *Manuel de contentieux administratif*, *op. cit.*, n°93.

<sup>1009</sup> GUYOMAR (M.) et SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. Hypercours, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n°622. Plusieurs classifications des contentieux ont été proposées en droit administratif. Le critère des pouvoirs du juge fonde une première classification notamment entre contentieux de l'annulation ou contentieux de l'excès de pouvoir (Cette expression de « contentieux de l'annulation » est généralement supplantée par celle de « contentieux de l'excès de pouvoir ». v. not. AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, T. II, L.G.D.J., 3<sup>e</sup> éd., 1984, p. 80) et contentieux de pleine juridiction (La paternité de cette première distinction est attribuée à Lafferrière et date de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. L'auteur évoque également le contentieux de l'interprétation et le contentieux de la répression. V. égal. LAFERRIÈRE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1887-1888, rééd. L.G.D.J. 1989, p. 15 et s.). La nature de la question posée au juge explique la distinction entre litiges de droit objectif et de droit subjectif (v. WALINE (M.), *Manuel élémentaire de droit administratif*, Sirey, 3<sup>e</sup> éd., 1945, p. 102). Cette seconde classification ne correspond pas à la première. En effet, si le contentieux de l'excès de pouvoir est un contentieux objectif, le plein contentieux ne correspond pas uniquement au contentieux subjectif. (v. not. BAILLEUL (D.), *op. cit.*, n°14) Il existe en effet des recours dit de « plein contentieux objectif » (Sur ces recours, v. LEPETIT-COLLIN (H.), *Recherches sur le plein contentieux objectif*, préf. Y. Gaudemet, L.G.D.J., 2011).

ainsi en matière de nullité ? Pourquoi l'intérêt protégé par la condition de validité édictée doit-il commander la mise en œuvre de l'action en nullité ? Il n'y a aucune justification.

## **B - Au regard de l'absence de spécificité de l'action en nullité**

**286.** L'existence d'un régime spécifique pour l'action en nullité n'est pas justifiée. En effet, non seulement caractère objectif du contentieux n'exerce aucune influence sur les conditions d'ouverture de l'action (1), mais en outre, la détermination du régime de l'action en nullité en fonction de l'intérêt protégé, c'est-à-dire en considération de la règle édictant la cause de nullité, procède d'une erreur (2).

### **1 - L'absence d'impact du caractère objectif du contentieux sur les conditions d'ouverture de l'action**

**287.** Dans le cadre de l'action en nullité, on sait que la prétention est objective : l'action vise au rétablissement de la légalité transgressée. Or, tout citoyen a intérêt au rétablissement de la légalité. Cependant, le droit privé n'admet pas l'*actio popularis*<sup>1010</sup>. Ainsi, alors même qu'un particulier agit dans le cadre d'un contentieux objectif, il doit pouvoir justifier d'un intérêt à agir personnel, direct, certain et légitime. Pourquoi une telle exigence ? Pourquoi le respect de la légalité ne peut suffire à caractériser l'intérêt à agir d'un requérant ? Pourquoi le caractère objectif du contentieux est sans incidence sur les conditions d'ouverture de l'action ? La réponse peut être recherchée dans le contentieux administratif où le contentieux de la légalité, exemple typique de contentieux objectif, est très développé<sup>1011</sup>.

**288.** L'intérêt à agir constitue une condition commune à tous les contentieux administratifs<sup>1012</sup>. Cette exigence a deux raisons d'être : une raison pratique et une raison logique.

D'une part, le juge administratif veille à éviter un encombrement de sa juridiction. À cette fin, il refuse l'*actio popularis*. Il n'en demeure pas moins que « le juge administratif fait preuve d'un grand libéralisme en la matière, qui ne semble que faiblement affecté par la volonté contemporaine de limiter l'engorgement des juridictions »<sup>1013</sup>.

D'autre part, la logique conduit le juge à retenir une telle condition. En effet, il serait anormal que la légalité d'un acte individuel soit mise en cause par des personnes que

---

<sup>1010</sup> V. par ex. GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), n°150-151.

<sup>1011</sup> RAYNAUD (P.), *D.* 1958, 2, 71, note sous T. civ. Seine, 19 juin 1957 : « Or il y a aussi dans le droit judiciaire privé un contentieux de l'annulation, voire un contentieux objectif qu'il serait permis, semble-t-il de rapprocher du contentieux administratif ».

<sup>1012</sup> V. *supra* n°285.

<sup>1013</sup> GUYOMAR (M.) et SEILLER (B.), *op. cit.*, n°622

l'acte ne lèse pas, alors même que celles qu'il touche s'en satisfont. Le même motif conduit à refuser la possibilité de contester actes plus généraux à ceux qu'ils n'atteignent pas<sup>1014</sup>. Cette raison logique se retrouve également lorsque la légalité d'un contrat administratif est en cause. D'ailleurs, pendant longtemps les tiers ont été exclus du contentieux de la légalité du contrat<sup>1015</sup>. L'ouverture de recours aux tiers a été très progressif<sup>1016</sup>. D'abord, l'arrêt *MARTIN* leur a octroyé le droit de contester devant le juge de l'excès de pouvoir les actes détachables du contrat<sup>1017</sup>. Ce recours n'aboutissait que très rarement, par ricochet, au prononcé de la nullité du contrat administratif<sup>1018</sup>. Ensuite, à compter des années 1990, trois recours ont été ouverts aux candidats évincés<sup>1019</sup>, encore fallait-il que le contrat administratif ait « pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public »<sup>1020</sup>. Ces trois recours - référé précontractuel<sup>1021</sup>, référé contractuel<sup>1022</sup> et recours dit « Tropic »<sup>1023</sup> - ont été encadrés par la condition de l'intérêt à agir. Le premier, le référé précontractuel, est ouvert aux personnes ayant un « intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué », c'est-à-dire à des candidats évincés<sup>1024</sup>. La recevabilité de cette procédure préventive est donc soumise à l'existence d'un intérêt à agir direct et personnel pour le requérant, intérêt qui a été précisé à la suite de l'arrêt

---

<sup>1014</sup> PACTEAU (B.), *op. cit.*, n°130 ; PACTEAU (B.), *Manuel de contentieux administratif, op. cit.*, n°92.

<sup>1015</sup> V. par ex. : CE 5 avril 1940 « *GAY, VISTEL ET AUTRES* », *Rec. Lebon*, p. 136. v. égal. POUYAUD (D.), *La nullité des contrats administratifs*, préf. P. Weil, L.G.D.J, 1991, n°698 et s.

<sup>1016</sup> Pour la critique de la Jurisprudence du CE excluant l'action des tiers, v. POUYAUD (D.), *op. cit.*, n°705 et s.

<sup>1017</sup> CE 4 août 1905, *Rec. Lebon* p. 749 ; v. égal. POUYAUD (D.), « Le contentieux des contrats publics en Europe - France », *RFDA* 2011, p. 6 et s.

<sup>1018</sup> V. le communiqué du Conseil d'État, « Contestations de contrats administratifs ».

<sup>1019</sup> TERNEYRE (Ph.) et GOURDOU (T.), « Les référés précontractuels et contractuels après l'ordonnance du 7 mai 2009 », *BJCP* 2009. 358 ; v. égal. BOURDON (P.), *Le contrat administratif illégal*, préf. L. Richer, Dalloz, 2014, n°1266 et s.

<sup>1020</sup> V. l'ord. n°2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique (JO du 8 mai 2009) et l'art. L. 551-13 du CJA ; v. égal. TERNEYRE (Ph.) et GOURDOU (T.), art. préc., p. 359 et p. 362.

<sup>1021</sup> V. Les lois n°92-10 du 4 janvier 1992 relatives aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fourniture et de travaux et n°93-1416 du 29 décembre 1993 relative aux recours en matière de passation de certains contrats de fournitures et de travaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Elles ont transposé les directives 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux et 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

<sup>1022</sup> Il a été instauré par l'art. 1<sup>er</sup> de l'ord. n°2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

<sup>1023</sup> CE, ass. 16 juil. 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, *Lebon* p. 360 ; *RFDA* 2007. 696 concl. CASAS ; CJEP 2007. 327, note DELVOLVÉ (P.).

<sup>1024</sup> V. l'art. L. 551-10 du CJA.

*SMIRGEOMES*<sup>1025</sup>. Dans le cadre du référé contractuel, les personnes recevables à agir sont définies de la même manière que pour le référé précontractuel<sup>1026</sup>. Dès lors, là encore, un intérêt personnel et direct est exigé. Il en est de même pour le recours instauré par l'arrêt *SOCIETE TROPIC TRAVAUX SIGNALISATION*<sup>1027</sup>. En conséquence, lors de l'arrêt *DEPARTEMENT DE TARN-ET-GARONNE*, seule se posait encore la question d'un recours pour les autres tiers qui ne pouvaient pas être considérés comme des candidats évincés. Enfin, par cette décision, le Conseil d'État ouvre aux tiers la possibilité de contester un contrat administratif lorsqu'ils sont susceptibles d'être lésés « de façon suffisamment directe et certaine » dans leurs intérêts en raison de la passation du contrat ou des clauses de celui-ci<sup>1028</sup>. Désormais, tout tiers peut contester la légalité d'un contrat administratif dès lors qu'il présente un intérêt à agir personnel, direct et certain<sup>1029</sup>.

Le Conseil d'État recourt donc à la condition de l'intérêt à agir afin d'opérer un filtrage des recours. Pour qu'une personne puisse contester la légalité d'un acte administratif ou d'un contrat administratif elle doit présenter un intérêt légitime, personnel et direct<sup>1030</sup>. Par cette exigence, le juge administratif refuse toute solution déterminée par avance. Il a d'ailleurs été souligné qu'en matière d'intérêt à agir « tout est affaire d'espèce »<sup>1031</sup>. Finalement le juge administratif s'assure que « l'auteur du recours poursuit non pas seulement le respect de la légalité, mais encore un avantage personnel »<sup>1032</sup>.

**289.** Les considérations ayant conduit le juge administratif à opter pour l'exigence d'un intérêt personnel, légitime et direct s'observent également en droit privé. La seconde – la considération logique – est d'ailleurs peut-être encore plus vive qu'en contentieux administratif puisque les actes dont la nullité est sollicitée émanent de particuliers. Le caractère objectif du contentieux n'exerce donc aucune influence sur les conditions d'ouverture de l'action. Pour être titulaire de l'action en nullité, il faut avoir un intérêt à agir. On perçoit dès lors que la

<sup>1025</sup> CE, sect., 3 oct. 2008, *Rec. Lebon*, p. 324 ; *RFDA* 2008. 1128, concl. DACOSTA (B) ; *RFDA* 2008. 1139, note DELVOLVÉ (P.). Le Conseil d'État a précisé que les demandeurs ne sont recevables à invoquer que les manquements qui « eu égard à leur portée et au stade de la procédure auxquels ils se rapportent sont susceptibles de les avoir lésés ou risquent de les léser ».

<sup>1026</sup> V. sur ce point : POUYAUD (D), art. préc., p. 11 et spéc. note de bas de page n°36 ; TERNEYRE (Ph.) et GOURDOU (T.), art. préc., p. 362-363.

<sup>1027</sup> Ce recours a été absorbé par celui ouvert par l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne*, v. *infra* note ci-dessous.

<sup>1028</sup> CE, ass., 4 avril 2014 ; *RDI* 2014, p. 344 note BRACONNIER (S.) ; *Gaz. Pal.* 2014, n°151, p. 11, obs. SEILLER (B.).

<sup>1029</sup> Sur l'évolution du contentieux de la validité du contrat, v. POUYAUD (D.), « Les mutations du contentieux de la validité des contrats », in *L'intérêt général – Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 541.

<sup>1030</sup> GUYOMAR (M.) et SEILLER (B.), *op. cit.*, n°627 et s. Ces caractères ne sont pas sans rappeler les qualités que doit revêtir l'intérêt à agir en procédure civile (v. par ex. GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), n°131 et s. ; CORNU (G.) et FOYER (J.), p. 338 et s.).

<sup>1031</sup> GUYOMAR (M.) et SEILLER (B.), *op. cit.*, n°623.

<sup>1032</sup> PACTEAU (B.), *op. cit.*, n°128 ; BLUMANN (C.), *La renonciation en droit administratif*, préf. J. Lamarque, L.G.D.J., 1974, n°341.

prétention objective ne sera d'aucun secours pour caractériser l'intérêt à agir. En conséquence, ce sera la prétention subjective – celle qui résultera du prononcé, ou non, de la nullité – qui sera scrutée par le juge<sup>1033</sup>.

290. Ainsi, l'appartenance de l'action en nullité au contentieux objectif n'a aucune incidence sur le régime de l'action en nullité. Contrairement aux idées communément admises, la cause de nullité invoquée n'en a pas d'avantage.

## **2 - La détermination du régime de l'action en nullité au regard de la règle édictant la cause de nullité : une erreur**

291. L'actuelle mise en œuvre de la nullité correspond à un patchwork. En effet, afin de prôner le caractère judiciaire de la nullité, la doctrine contemporaine d'une part, conteste l'existence d'un droit subjectif substantiel - le droit de critique - indépendant de toute action en nullité, et opérant par la seule option de son titulaire. Elle attache, d'autre part, à l'action devant être exercée, le régime du droit subjectif substantiel dégagé par JAPIOT. Elle a ainsi affublé le droit d'action du régime du droit de critique. Or, nous avons pu constater qu'aucune assimilation n'était possible<sup>1034</sup>. Par conséquent, attacher au droit d'action le régime du droit de critique constitue une erreur.

Cette assimilation provient de l'idée que l'intérêt général peut fonder le régime de la nullité absolue et que les règles de validité concernent soit un intérêt particulier, soit l'intérêt général. Or il n'en est rien.

D'abord, on sait que l'intérêt général ne peut pas justifier le régime attaché à la nullité dite absolue<sup>1035</sup>. On sait également qu'une règle poursuit toujours un but d'intérêt général, sinon elle n'aurait pas été édictée<sup>1036</sup>.

Ensuite, il ne faut pas occulter que les règles de validité ne concernent pas uniquement les parties à l'acte. Il convient en effet de distinguer l'acte juridique des règles encadrant sa formation. Si le contrat est bien la « chose des parties », il n'en est pas de même des règles gouvernant sa formation. La norme voulue doit être distinguée de la norme subie<sup>1037</sup>. La norme subie provient d'une « autorité extérieure »<sup>1038</sup>, tandis que la norme voulue

---

<sup>1033</sup> Rapp. JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 289 : « le droit de critique n'a pour utilité que de permettre l'exercice d'un autre droit et par ce côté il se présente sous l'aspect d'un simple moyen ».

<sup>1034</sup> V. *supra* n° 274.

<sup>1035</sup> V. *supra* n° 135.

<sup>1036</sup> V. *supra* n°82 et s.

<sup>1037</sup> LABBÉE (X.), *Introduction générale au droit – Pour une approche éthique*, Septentrion, 4<sup>e</sup> éd., 2010, p. 40.

<sup>1038</sup> *Ibid.*

émane de la personne qui s'oblige. La norme voulue reflète le pouvoir reconnu par le législateur au sujet de droit « de s'obliger envers lui-même ou envers autrui, en manifestant une volonté qui entraînera, pour lui, des conséquences juridiques »<sup>1039</sup>. Si le législateur a reconnu aux individus un tel pouvoir, il l'a également encadré. Ne précise-t-il par à l'article 1134 du Code civil que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »<sup>1040</sup> ? Dès lors, si la norme voulue appartient aux parties à l'acte, elle ne peut naître que dans le cadre posé par des normes subies qui ne concernent pas que les parties à l'acte. Il faut aussi prendre en compte que les tiers à un contrat ne peuvent pas occulter la situation de fait créée par un acte juridique légalement formé. Cette situation de fait leur est opposable<sup>1041</sup>. Les règles encadrant la formation d'un acte juridique les concerne donc également puisqu'ils ne pourront ignorer la situation résultant d'un acte juridique.

Enfin, lorsque le Conseil d'Etat a ouvert un recours en nullité du contrat administratif à tous les tiers<sup>1042</sup>, il a procédé à un double encadrement afin d'assurer un « équilibre entre respect de la légalité et respect de la volonté des parties »<sup>1043</sup>. En premier lieu, au stade de la recevabilité de la requête, il exige que le tiers démontre que la passation du contrat ou les clauses de celui-ci le lèsent dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine. En second lieu, sur le fond, le Conseil d'Etat n'autorise les tiers qu'à invoquer les « vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office »<sup>1044</sup>. En conclusion, si la cause de nullité peut jouer un rôle de filtre pour le Conseil d'Etat, ce n'est pas au stade de la recevabilité de la demande<sup>1045</sup>. Autrement dit, il ne limite par le cercle des titulaires de l'action en considération de la cause de nullité.

**292.** En définitive, le régime de la nullité ne peut pas être déterminé, *a priori*, au regard de l'intérêt protégé par la règle transgressée. Le régime de la nullité doit résulter de sa

---

<sup>1039</sup> *ibid.*, p. 41.

<sup>1040</sup> Souligné par nous.

<sup>1041</sup> V. not. FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), n°432 ; Le principe de l'opposabilité du contrat aux tiers a été expressément consacrée par la Cour de cassation, v. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 oct. 2000, n°97-22498, *Bull. civ.* I, n°246 ; *D.* 2001, 952, note BILLIAU (M.) et MOURY (J.).

<sup>1042</sup> V. *supra* n°288.

<sup>1043</sup> BRACONNIER (S.), note sous CE, 4 avril 2014, *RDI* 2014, 344.

<sup>1044</sup> CE, ass., 4 avril 2014, « *Département de Tarn-et-Garonne* », préc.

<sup>1045</sup> Cette restriction des moyens pouvant être invoqués par les tiers à l'appui de leur recours en nullité d'un contrat administratif opérée par le Conseil d'Etat a d'ailleurs été critiquée. Sur ce point, v. BARDOUX (A.), « Recours des tiers en contestation de la validité du contrat administratif : contours d'une évolution tant attendue », *Revue Lamy de la concurrence* 2014, n°40, p. 81 et s. L'auteur se demande s'il faut « sacrifier le principe de légalité au nom de l'effet relatif du contrat ». Elle relève qu'avec une telle restriction une multitude de règles se retrouve sans protection.

Une nature unique appelant un régime unitaire

nature : une sanction judiciaire de la légalité. En tant que sanction judiciaire, le régime de la nullité sera commandé, en partie, par celui de l'action en nullité.

### **Conclusion du chapitre 3**

**293.** En définitive, la nullité n'est ni un état de l'acte, ni un droit de critique. Il s'agit d'une sanction de la légalité qui n'opère pas par elle-même.

En conséquence, la nullité doit être prononcée. Si elle peut occasionnellement l'être par les parties à l'acte, elle le sera beaucoup plus couramment par le juge, car la nullité conventionnelle est en certains domaines prohibée et dans d'autres, présente moins d'attraits que la nullité judiciaire.

Ce caractère – judiciaire ou conventionnel – de la nullité revêt une importance particulière puisqu'il en conditionne le régime. Si une dualité de régimes existe indéniablement, elle résulte non du caractère de la nullité, mais de la dualité de source à l'origine de l'annulation. Le plus souvent, la nullité sera prononcée par le juge. D'ailleurs, la distinction doctrinale des nullités relative et absolue n'est-elle pas appréhendée dans un cadre judiciaire ? À l'unique nature de sanction judiciaire de la légalité ne peut donc correspondre qu'un unique régime.

**294.** Le prononcé de la nullité judiciaire passe par l'exercice d'une action : l'action en nullité. Si cette action naît, comme toutes les actions en justice d'une situation litigieuse, elle présente une certaine originalité puisqu'elle appartient au contentieux objectif. Le juge est en effet appelé non pas à se prononcer sur des droits subjectifs, mais à trancher une question de légalité. Si les parties sont mues par une prétention subjective, ce n'est pas directement sur celle-ci que le juge se prononcera. Si le magistrat fait droit à la prétention subjective d'une partie, il ne le fera qu'en tirant les conséquences de la nullité ou de la validité de l'acte.

L'appartenance de l'action en nullité au contentieux objectif n'a toutefois aucune incidence sur son régime. L'action en nullité doit obéir au droit commun de l'action en justice car rien ne justifie que la règle substantielle à laquelle la nullité est attachée permette de déterminer *a priori* le régime de la nullité.

**295.** En définitive, à la nature unique de sanction judiciaire de la légalité doit correspondre un unique régime, qui devra être commandé par la nature de la nullité.



## Conclusion de la 1<sup>ère</sup> Partie

296. À ce stade de l'étude, il nous faut prôner l'abandon de la distinction des nullités relative et absolue.

En premier lieu, parce que cette distinction ne possède pas les deux éléments nécessaires à une distinction-opposition pertinente, à savoir un critère de distinction sûr, et au moins une différence de régime certaine. D'une part, les critères prônés tant par les auteurs à l'origine de la théorie dite classique, que par les pères de la théorie dite moderne des nullités ne sont pas convaincants. La gravité du vice constitue un critère purement doctrinal dont la labilité le prive de caractère opératoire. L'intérêt protégé par la règle transgressée, malgré sa permanence en doctrine, doit lui aussi être repoussé. En raison de l'impossibilité de tracer une frontière entre intérêt privé et intérêt général, ce critère n'est pas à même de qualifier indiscutablement toutes les causes de nullité. D'autre part, l'opposition de régimes attachée à la distinction des nullités relative et absolue ne se justifie pas. Que l'on considère la théorie dite classique ou la théorie dite moderne, le régime de la nullité absolue a été construit par opposition à celui de la nullité relative. D'ailleurs, on a pu constater que l'intérêt général ne permettait pas d'expliquer le régime de la nullité absolue.

En second lieu parce que la nullité présente une nature unique : il s'agit d'une sanction judiciaire de la légalité. En tant que sanction, la nullité possède une assise substantielle – la cause de nullité, autrement dit, le vice –, et un aspect « réaction » qui implique l'exercice d'une action en justice. L'action en nullité constitue une action « comme les autres », sous réserve qu'elle appartient au contentieux objectif. Elle tend en effet au rétablissement de la légalité transgressée, et non à la reconnaissance d'un droit subjectif. Il n'en demeure pas moins que cette appartenance n'exerce aucune influence sur le régime de l'action : l'action en nullité obéit au droit commun de la procédure civile. En conséquence, à l'unique nature de sanction judiciaire de la légalité que revêt la nullité, doit correspondre un unique régime déterminé indépendamment de toute distinction-opposition.

297. Abandonner la distinction des nullités relative et absolue, c'est-à-dire la distinction commandant la détermination du régime d'une cause de nullité, ne doit pas pour autant conduire à abandonner toute règle pour tomber inexorablement dans la casuistique<sup>1046</sup>. Aussi, nous faut-il à présent encadrer la mise en œuvre de cette sanction, autrement dit, tirer

---

<sup>1046</sup> Sur la critique couramment avancée lorsque l'abandon de la distinction des nullités relative et absolue est prônée, v. *supra* n°12 et n°206

les conséquences de la nature unitaire de la nullité et identifier les règles communes à la mise en œuvre d'une cause de nullité quelle qu'elle soit.

## **Partie 2 - Pour des règles communes à toutes les causes de nullité**

**298.** Il s'agit à présent de dégager l'unique régime correspondant à l'unique nature de sanction judiciaire de la légalité que revêt la nullité. Or, la nature commandant le régime, la nature de la nullité doit guider la détermination du régime applicable à toutes les causes de nullité<sup>1047</sup>.

**299.** La nature judiciaire de la nullité impliquant l'exercice d'une action, le régime de la nullité dépend nécessairement, en partie, de celui de l'action en nullité. À cet égard, il a été établi que l'appartenance de l'action en nullité au contentieux objectif n'influence en rien les conditions d'ouverture de l'action en nullité qui sont identiques à celles de toutes les actions en justice<sup>1048</sup>. Ces conditions peuvent ainsi être subjectives, soit avoir trait à la détermination des sujets de l'action. Elles peuvent aussi être objectives, il s'agira alors d'envisager les deux obstacles traditionnellement évoqués à propos de l'existence de l'action en nullité : la prescription et la renonciation. Faute de respecter ces différentes conditions, le demandeur se verra opposer une fin de non-recevoir<sup>1049</sup>.

Mais le régime de la nullité ne correspond, qu'en partie seulement, à celui de l'action en nullité. En effet, réduire le régime de la nullité à celui de l'action en nullité reviendrait à omettre la confirmation<sup>1050</sup>, obstacle spécifique au prononcé de la nullité<sup>1051</sup>, régie par l'article 1338 du Code civil<sup>1052</sup>.

---

<sup>1047</sup> Si la nature de la nullité commande son régime, les dispositions spécifiques à certaines causes de nullité ne pourront pas être occultées.

<sup>1048</sup> V. *supra* n°284.

<sup>1049</sup> Liées aux conditions de recevabilité de la demande – la demande constituant la traduction procédurale de l'action (v. GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), n°290) –, les fins de non-recevoir apparaissent à l'article 122 du Code de procédure civile à travers la sanction de leur absence. Selon cette disposition, « constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ».

<sup>1050</sup> D'un point de vue procédural, la confirmation peut être considérée soit comme une fin non-recevoir, soit comme une défense au fond. Tout dépend de l'analyse retenue. Si la confirmation est conçue comme une renonciation à l'action, alors elle doit être analysée comme une entraînant une fin de non-recevoir. Si la confirmation est analysée comme une régularisation, alors elle constitue une défense au fond. Il reste que cette question est dénuée d'intérêt pratique parce que les fins de non-recevoir comme les défenses au fond peuvent être invoquées « en tout état de cause » (v. les articles 72 et 123 du Code de procédure civile). En outre la nature procédurale de la confirmation n'influence aucunement ses conditions d'ouverture.

<sup>1051</sup> Sous réserve de quelques arrêts qui évoquent la confirmation de l'inopposabilité.

<sup>1052</sup> L'article 1338 du Code civil dispose : « L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée. A défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée.

**300.** En conséquence, le régime de la nullité, sanction judiciaire de la légalité, doit être recherché d'une part dans le droit commun de l'action en justice, c'est-à-dire dans les règles relatives aux conditions subjectives et objectives de recevabilité de la demande, et d'autre part dans la lettre de l'article 1338 du Code civil. Ces sources, interprétées à la lumière de la conception de la nullité retenue, permettront d'identifier les règles communes à toutes les causes de nullité relatives à la détermination des sujets de l'action (Chapitre 1), aux obstacles objectifs à l'existence de l'action (Chapitre 2) et à la confirmation (Chapitre 3).

---

La confirmation, ratification, ou exécution volontaire dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice néanmoins du droit des tiers ».

## **Chapitre 1 - Une détermination de droit commun des sujets de l'action**

**301.** L'expression « sujet de l'action » désigne les personnes susceptibles d'initier l'action en nullité, à savoir les sujets actifs, aussi bien que ceux contre qui elle est intentée, à savoir les sujets passifs. De nos jours, leur détermination résulterait de la mise en œuvre de la distinction doctrinale des nullités relative et absolue : si la nullité est dite relative, alors seule la personne protégée par la règle transgressée est titulaire de l'action, tandis que si la nullité est labellisée d'absolue alors toute personne intéressée peut agir en nullité. Un tel point de vue occulte non seulement que le critère de l'intérêt est inapte à justifier le cercle des titulaires de l'action en nullité absolue<sup>1053</sup>, mais également que l'action en nullité ne présente aucune spécificité justifiant que son régime soit dicté par la règle substantielle sanctionnée par la nullité<sup>1054</sup>. Partant, les sujets actifs et passifs de l'action en nullité doivent être déterminés en considération, non pas de la cause de nullité, mais du droit commun de la procédure civile<sup>1055</sup>, soit de l'article 31 du Code de procédure civile.

**302.** L'article 31 du Code de procédure civile dispose : « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ». L'intérêt est présenté comme une condition suffisante pour agir, à l'exception des hypothèses où « la loi attribue le droit d'agir ». L'action est donc, en principe, ouverte à tous ceux présentant un intérêt à agir - elle est qualifiée de « banale » - et par exception, elle peut être réservée à certaines personnes - elle est alors « attitrée ».

Pour déterminer les sujets de l'action en nullité, il conviendra donc de prendre appui sur la distinction des actions attitrée et banale. L'ouverture de l'action banale étant conditionnée par l'intérêt à agir, il conviendra de cerner plus précisément cette notion. Cela semble d'autant plus impératif qu'elle est communément considérée comme difficile à appréhender.

**303.** L'étude de la distinction des actions attitrée et banale (Section 1) précèdera celle de l'intérêt à agir (Section 2).

---

<sup>1053</sup> V. *supra* n°135 et s.

<sup>1054</sup> V. *supra* n°281 et s.

<sup>1055</sup> GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), n°2213. Comp. GHESTIN (J.), *Les obligations - Le contrat : la formation*, L.G.D.J., coll. Traité, 2<sup>e</sup> éd., 1988 : la référence à l'article 31 du CPC est absente.

## **Section 1 - La distinction des actions attitrée et banale**

**304.** Consacrée par le législateur lors de la réforme du Code de procédure civile<sup>1056</sup>, la distinction de l'action attitrée et de l'action banale a d'abord été le fruit d'une proposition doctrinale, celle de Cornu et Foyer<sup>1057</sup>. Cette distinction devant guider la détermination des sujets de l'action en nullité (§.2), elle doit être identifiée (§.1).

### ***§. 1 - L'identification de la distinction***

**305.** Dans le domaine des nullités, exposer la distinction des actions attitrée et banale ne suffit pas à identifier cette distinction. Son autonomie, au regard de la distinction doctrinale des nullités relative et absolue, doit être démontrée. La doctrine et la jurisprudence<sup>1058</sup>, ont tissé un lien entre ces deux distinctions pour déterminer le cercle des titulaires de l'action en nullité. Ainsi, les actions en nullités labellisées de relatives sont considérées comme des exemples types d'actions attitrées, tandis que les actions en nullités dites absolues sont qualifiées d'actions banales. Ce lien a établi entre l'intérêt protégé par la règle transgressée et l'existence - ou non - d'une action attitrée doit être démenti. Il n'existe aucune concordance entre ces deux distinctions.

En conséquence, identifier la distinction des actions attitrée et banale implique non seulement de cerner la teneur de cette distinction (A), mais également de la différencier de la distinction doctrinale des nullités relative et absolue (B).

---

<sup>1056</sup> V. not. DESDEVISES (Y.), *J.-Cl. Procédure civile*, fasc. 126-2, « Action en justice – Recevabilité, conditions subjectives, intérêt », mars 2012, n°2 ; SERINET (Y.-M.), « La qualité du défendeur », *RTDciv.* 2003. 203, spéc. n°9.

<sup>1057</sup> CORNU (G.) et FOYER (J.), n°72 et s.

<sup>1058</sup> La doctrine majoritaire considère que l'action en nullité constitue une action attitrée et que l'action en nullité absolue est une action banale. v. par ex. CORNU (G.) et FOYER (J.), n°77 ; NIBOYET-HOEGY (M.-L.), *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, préf. B. Goldman, Economica, 1986, n°216 ; ANSAULT (J.-J.), « Le contrôle de l'intérêt à agir en nullité des délibérations sociales », *Rev. Sociétés* 2012, p. 7 ; SERINET (Y.-M.) note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 janv. 2014, *JCP* 2014, 421 et s., spéc. p. 424.

Nombreux sont les arrêts de la Cour de cassation précisant qu'en présence d'une règle protégeant un intérêt particulier, affirme que l'action en nullité appartient à la seule personne protégée (v. par ex. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 déc. 2012, pourvoi n°11-11592 ; Cass. com., 14 fév. 2012, n°11-14288, *Bull. civ.* IV, n°36 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 7 déc. 2011, n°10-27092 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 8 déc. 2010, n°09-16382). La Chambre commerciale a d'ailleurs été très explicite dans un arrêt du 17 janvier 1989. Elle distingue « la nullité [...] d'une délibération d'une société commerciale affectée d'un vice de portée générale » dont l'action « est ouverte à toute personne justifiant d'un intérêt légitime » et la « nullité ayant pour objet la protection d'intérêts particuliers », laquelle « ne peut être invoquée que par la personne ou le groupe de personnes dont la loi assure la protection » (Cass. com. 17 janv. 1989, n°86-18966, *Bull. civ.* IV, n°29 ; *Bull. Joly* 1989. 247, note LE CANNU (P.) ; *Defrénois* 1989, art. 34612, p. 1268, obs. HONORAT (J.).

## **A - La teneur de la distinction**

**306.** Pour déterminer les titulaires d'une action en justice, CORNU et FOYER ont, à la suite de VIZIOZ, mis l'accent sur les rapports existants entre les notions d'intérêt et de qualité<sup>1059</sup>. Ils soutiennent qu'il faut, en premier lieu, se tourner vers la loi : est-ce que le pouvoir d'agir a été « expressément attribué par la loi à une personne ou contre une personne » ? Lorsqu'il en est ainsi, ces auteurs qualifient l'action d'« attitrée »<sup>1060</sup>. L'action attitrée emporte deux effets : une restriction du droit d'agir<sup>1061</sup>, et la relégation de l'intérêt au second plan. En effet, en présence d'une action attitrée, seules les personnes ayant qualité pour agir pourront intenter l'action. Toutes les autres sont exclues du cercle des titulaires du droit d'agir.

**307.** En présence d'une action attitrée, le titre s'avère donc essentiel. Faute du titre exigé, l'action est fermée au plaideur, peu important qu'il puisse justifier d'un intérêt à agir. Ce sont ces principes qu'illustre un ancien arrêt de la Cour d'appel de Lyon, en date du 4 décembre 1951<sup>1062</sup>. Dans cette affaire, une séparation de corps prononcée aux torts exclusifs de l'épouse, fut convertie en divorce à la demande de l'époux. Une fois cette décision passée en force de chose jugée, l'ex-épouse souhaita faire valoir le manquement de son ex-conjoint à son devoir de fidélité – manquement qu'il ne contestait pas. À cette fin, elle se prévalait de la qualité d'« épouse séparée de corps ». La cour d'appel de Lyon rejeta sa demande au motif que « parmi les conditions fondamentales que tout plaideur doit réunir pour exercer une action en justice figure, outre l'intérêt, la qualité, qui est le titre auquel il peut engager le procès » et que « seuls les époux ont qualité pour former une demande en divorce ». En l'espèce le jugement de divorce ayant acquis force de chose jugée, la femme n'avait plus la qualité d'épouse. Elle n'avait donc plus de titre, de qualité à agir. Sa demande est donc jugée irrecevable alors même qu'elle avait un intérêt à agir certain, puisque les conséquences du divorce étaient, à cette époque, étroitement liées à l'attribution des torts. La femme avait donc intérêt à ce que le divorce fût prononcé aux torts partagés et non à ses torts exclusifs.

Ainsi on perçoit bien à travers cette affaire, que lorsque le législateur donne qualité à agir - ici aux époux pour l'action en divorce -, seules les personnes présentant cette

---

<sup>1059</sup> V. égal. SOLUS (H.) et PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, T. I, Sirey, 1961, n°263 ; MOTULSKY (H.), *Droit processuel*, Montchrestien, 1973, p. 66 et s.

<sup>1060</sup> CORNU (G.) et FOYER (J.), n°77 : « il est d'abord nécessaire de rechercher, pour déterminer le sujet de l'action, si le droit d'agir est expressément attribué par la loi à une personne » (souligné par nous) ; SERINET (Y.-M.), « La qualité du défendeur », art. préc., n°43 qui évoque à propos de la qualité du défendeur dans les actions attitrées une « investiture légale » ; AMRANI-MEKKI (S.) et STRICKLER (Y.), n°71 : « L'action attitrée ne l'est que par la volonté de la loi ».

<sup>1061</sup> SOLUS (H.) et PERROT (R.), *op. cit.*, n°263, p. 245 ; GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), n°142.

<sup>1062</sup> CA de Lyon, 4 déc. 1951, *D.* 1952, p. 2002 ; GIVERDON (Cl.), *D.* 1952, Ch. p. 85.

qualité peuvent agir. Seule compte la qualité exigée puisqu'avoir un intérêt à agir n'est ici d'aucun secours.

**308.** Si en principe le titre est seul suffisant - il fait présumer l'intérêt à agir<sup>1063</sup> -, par exception, le législateur, et même parfois le juge, exige que le titre soit corroboré par une ou plusieurs autres conditions qui « actualise[nt] le droit d'agir »<sup>1064</sup>. L'article 188 du Code civil constitue une illustration de cette hypothèse, de même que la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 215 alinéa 3 du Code civil.

L'article 188 dispose que « l'époux au préjudice duquel a été contracté un second mariage peut en demander la nullité, du vivant même de l'époux qui était engagé avec lui ». Ainsi, l'époux dont le conjoint a contracté un second mariage a qualité pour agir en nullité de celui-ci pour bigamie mais seulement jusqu'au décès de son conjoint. La jurisprudence relative à la protection du logement familial illustre également que si le titre est essentiel, il est parfois seul insuffisant.

L'article 215 alinéa 3 du Code civil permet à l'époux qui n'a pas consenti à l'acte par lequel son conjoint a disposé « des droits par lesquels est assuré le logement de la famille » ou des « meubles meublants dont il est garni » d'en demander la nullité. La jurisprudence a précisé que cette demande est recevable si le conjoint justifie « d'un intérêt actuel à demander l'annulation de l'acte » litigieux. Elle a ainsi décidé que l'époux demandeur, qui ne résidait plus dans le logement depuis au moins un an au jour de la conclusion de l'acte litigieux, ne pouvait pas se prévaloir d'un intérêt actuel à agir<sup>1065</sup>.

**309.** Si en présence d'une action attitrée l'action est réservée aux seules personnes qui ont reçues du législateur la qualité pour agir, il en va différemment lorsque l'action est banale. Dans une telle hypothèse, tout intéressé peut être titulaire de l'action : la condition de l'intérêt à agir passe alors au premier plan et devient le « seul crible des demandes »<sup>1066</sup>. L'intérêt à agir constitue, en présence d'une action banale, la condition essentielle et suffisante de l'attribution du droit d'agir<sup>1067</sup>. La distinction des actions attitrée et banale influe, en conséquence, sur la preuve à rapporter lorsqu'une fin de non-recevoir est déposée. En

---

<sup>1063</sup> CORNU (G.) et FOYER (J.), n°77.

<sup>1064</sup> *Ibid.*

<sup>1065</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 2010, n°08-13500, *Bull. civ.* I, n°53 ; *Defrénois* 2010, art. 39137, p. 1466, note MASSIP (J.) ; *RDC* 2010, 1354, obs. SERINET (Y.-M.) ; *RTD civ.* 2010, 365, obs. VAREILLE (B.) ; *Dr. fam.* 2010, comm. 61, BEIGNIER (B.) ; *Defrénois* 2011, art. 39206, p. 354, obs. CHAMPENOIS (G.). V. égal. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 déc. 2014, n°13-13668. La Cour de cassation rejette la demande d'un époux qui a quitté le logement familial un an avant que son épouse ne consente sur ce dernier un bail.

<sup>1066</sup> CORNU (G.) et FOYER (J.), n°78.

<sup>1067</sup> DESDEVISES (Y.), *J.-Cl. Procédure civile*, fasc. 126-2, *op. cit.*, n°3.

présence d'une action attitrée, la preuve de la qualité suffira. Tandis qu'en présence d'une action banale, le demandeur devra pouvoir justifier d'un intérêt à agir<sup>1068</sup>.

**310.** Concernant le sujet passif, l'action peut également être attitrée ou banale. L'action attitrée ne pourra être engagée qu'à l'encontre de certaines personnes déterminées, tandis que l'action banale aura pour sujet passif « tout défendeur naturel »<sup>1069</sup>. Dès lors, la qualité passive « joue un rôle symétrique de la qualité active »<sup>1070</sup>. Elle implique que la demande doit être dirigée contre une personne susceptible de donner pleine efficacité à la décision rendue<sup>1071</sup>. Partant, si la loi n'a pas précisé les sujets passifs de l'action, il faut déterminer qui est ce défendeur naturel, c'est-à-dire qui est la personne ayant intérêt au « rejet de la prétention émise à son encontre<sup>1072</sup> ».

Pour identifier précisément ce « défendeur naturel », un auteur a proposé de distinguer les actions constitutives et les actions déclaratoires<sup>1073</sup>. Dans les actions constitutives, les sujets passifs seront déterminés au regard du rapport juridique que l'on veut créer ou modifier. Dans les actions déclaratoires, ce seront les personnes à l'égard desquelles il faut que le jugement produise effet afin que l'incertitude relative à l'existence de la relation juridique disparaisse. Mais concernant l'action en nullité, cette distinction importe peu. En effet, que l'on considère le jugement de nullité comme constitutif<sup>1074</sup>, déclaratif<sup>1075</sup>, ou à la fois l'un et l'autre<sup>1076</sup>, la conclusion sera toujours la même : le ou les sujets passifs de l'action en nullité seront ceux directement concernés par l'acte dont la validité est contestée<sup>1077</sup>, c'est-à-dire ceux à l'encontre desquels l'acte est créateur de droits et obligations<sup>1078</sup>. Concrètement, il s'agira du ou des cocontractants<sup>1079</sup>, ou de leur(s) représentant(s), ou encore de leur(s) héritier(s) en tant que continueur(s) de la personne du contractant décédé depuis la

<sup>1068</sup> V. *infra* n°339 et s.

<sup>1069</sup> SERINET (Y.-M), art. préc., p. 203.

<sup>1070</sup> NIBOYET-HOEGY (M.-L.), *op. cit.*, n°193.

<sup>1071</sup> *Ibid.*, n°202

<sup>1072</sup> V. l'art. 31 CPC précité.

<sup>1073</sup> GASSIN (R.), *La qualité pour agir*, th. Aix-en-Provence, 1955, n°38 et s.

<sup>1074</sup> En ce sens, v. BANDRAC (M.), *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, *Économica*, 1984, n°148 ; GOUT (O.), *Le juge et l'annulation du contrat*, préf. P. Ancel, PUAM, 1999, n°86 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), n°329.

<sup>1075</sup> En ce sens, v. GAUDEMET (S.), *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, *Économica*, 2006, n°170 et s.

<sup>1076</sup> En faveur d'un jugement à la fois déclaratif en ce qu'il est « déclaratif d'une situation préexistante » et constitutif car le prononcé de la nullité crée une situation nouvelle, v. GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *op. cit.*, n°541 et s.

<sup>1077</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *op. cit.*, n°570 ; SERINET (Y.-M), art. préc., p. 220.

<sup>1078</sup> En droit des sociétés, il est généralement soutenu que l'action en nullité doit être dirigée contre la société. Il reste qu'une telle affirmation est trop absolue. En effet, dans l'hypothèse d'une action en nullité d'une convention pour abus de majorité, l'action peut être dirigée, au choix, contre la société ou le majoritaire cocontractant. V. LUCAS (F.-X.), note sous Cass. com., 21 janvier 1997, *JCP* 1997 II, 22960, spéc. p. 538.

<sup>1079</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *op. cit.*, n°570.

conclusion du contrat<sup>1080</sup>. Ce sont en effet la ou les parties à l'acte qui ont la qualité requise pour « combattre la prétention »<sup>1081</sup>. Ce sont elles qui constituent des « perdants possibles au fond »<sup>1082</sup>, qui pourront donner pleine efficacité au jugement prononçant la nullité.

**311.** La teneur de la distinction des actions attitrée et banale étant précisée, il faut maintenant démontrer que cette distinction ne recoupe pas celle, doctrinale, des nullités relative et absolue.

## **B - Une distinction étrangère à la distinction doctrinale des nullités relative et absolue**

**312.** La distinction des actions attitrée et banale a été, à tort, assimilée à la distinction des nullités relative et absolue<sup>1083</sup>. Ces deux distinctions ne peuvent pas, et ne doivent pas être confondues<sup>1084</sup>. En premier lieu, parce que le titre et l'intérêt protégé ne coïncident pas systématiquement (1). En second lieu, parce qu'intérêt protégé et intérêt à agir ne peuvent être assimilés (2).

### **1 - L'absence de correspondance systématique entre le titre et l'intérêt protégé**

**313.** Lorsque le législateur donne qualité pour agir en nullité, il n'est pas toujours guidé par l'intérêt protégé. D'abord, parce qu'il peut attitrer l'action en nullité labellisée « d'absolue ». En conséquence, il réduit le cercle traditionnel des titulaires de l'action en « nullité absolue ». Il n'y a donc pas de coïncidence entre l'intérêt protégé et le cercle des personnes habilitées à agir. Ensuite, parce qu'inversement, lorsqu'il attitre une action en nullité dite « relative », le législateur ne permet pas toujours à la seule personne protégée d'agir. Ainsi, il peut étendre le cercle traditionnel des titulaires de cette action. Enfin, parce qu'il existe des actions en nullité labellisées de « relative » non attitrées par le législateur.

**314.** Nul n'ignore qu'au regard du critère de l'intérêt protégé, seul le ministère public devrait être titulaire de l'action en nullité lorsqu'elle est labellisée d'absolue. Mais, au motif qu'il faut favoriser le prononcé de la nullité, la doctrine majoritaire considère que l'action en nullité dite absolue peut être intentée par tout intéressé<sup>1085</sup>. Or, lorsque le législateur attitre

---

<sup>1080</sup> Cass. com., 17 déc. 1980, n°77-11110, *Bull. civ.* IV, n°433. Dans cet arrêt, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre un arrêt de Cour d'appel qui a déclaré irrecevable une action en nullité qui n'a pas été intentée à l'encontre de toutes les parties au contrat.

<sup>1081</sup> V. l'art. 31 du CPC.

<sup>1082</sup> NIBOYET-HOEGY (M.-L.), *op. cit.*, n°201 et s.

<sup>1083</sup> V. *supra* n°305.

<sup>1084</sup> *Contra* : SADI (D.), *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, préf. F. Labarthe, mare & martin, 2015, n°484.

<sup>1085</sup> V. *supra* n°136

une action en nullité labellisée d'absolue non seulement, il ne réserve pas le droit d'agir au seul ministère public, mais il fait également obstacle à ce que tout intéressé puisse exercer l'action. Dès lors, titre et intérêt ne correspondent pas.

Les nullités de la période suspecte mais également la nullité de l'assurance vie souscrite sur la tête d'un mineur âgé de moins de douze ans, d'un majeur en tutelle, d'une personne placée dans un établissement psychiatrique d'hospitalisation illustrent cette absence de concordance.

On sait que les nullités de la période suspecte peuvent être labellisées de « nullité absolue » au regard du critère de l'intérêt protégé<sup>1086</sup>. Pourtant le législateur a réservé l'action à l'administrateur, au mandataire judiciaire, au commissaire à l'exécution du plan et au ministère public<sup>1087</sup>. En conséquence, le titre ne correspond pas à l'intérêt protégé d'une part parce que le ministère public est un titulaire de l'action parmi d'autres et d'autre part, parce que contrairement au cercle des titulaires traditionnellement attaché au label de nullité absolue, tout intéressé ne peut pas agir. La jurisprudence a d'ailleurs exclu les créanciers agissant personnellement<sup>1088</sup>, mais également le débiteur du cercle des titulaires du droit d'agir<sup>1089</sup>.

La nullité de l'assurance vie souscrite sur la tête d'un mineur âgé de moins de douze ans, d'un majeur en tutelle, d'une personne placée dans un établissement psychiatrique d'hospitalisation constitue une autre illustration de l'absence de concordance entre le titre et l'intérêt protégé<sup>1090</sup>. En effet, on sait que le législateur a opté pour la nullité de ces contrats afin de protéger l'assuré d'un *votum mortis* du souscripteur et du bénéficiaire<sup>1091</sup>. Il a ainsi cherché à protéger l'intérêt général. Toutefois, là encore tout intéressé ne peut pas agir. L'action en nullité a été attitrée. L'article L. 132-3 al. 3 du Code des assurances dispose que « la nullité est prononcée sur la demande de l'assureur, du souscripteur de la police ou du représentant de l'incapable ». En conséquence, titre et intérêt protégé ne correspondent pas puisque le ministère public, notamment, ne peut pas intenter l'action en nullité.

**315.** Ensuite, le législateur peut attitrer une action en nullité labellisée de « relative » sans pour autant réserver le droit d'agir à la seule personne protégée. Dès lors, là aussi titre et intérêt protégé ne coïncident pas.

---

<sup>1086</sup> V. *supra* n°169

<sup>1087</sup> V. l'art. L. 632-4 du Code de commerce. Il dispose : « L'action en nullité est exercée par l'administrateur, le mandataire judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan ou le ministère public. Elle a pour effet de reconstituer l'actif du débiteur ». V. égal. LE CORRE (M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz action 2015/2016, 8<sup>e</sup> éd., n°822.11.

<sup>1088</sup> V. Cass. com., 6 mai 1997, n°94-16133, *Bull. civ. IV*, n°120 ; *RTD com.* 1999. 201, obs. MARTIN-SERF (A.).

<sup>1089</sup> V. Cass. com., 21 juin 2001, n°98-19873, *Bull. civ. IV*, n°115 ; *D.* 2001, AJ 20134, obs. LIENHARD (A.).

<sup>1090</sup> V. l'art. L. 132-3 du Code des assurances.

<sup>1091</sup> V. *supra* n°164 et s.

L'ancienne nullité du partage d'ascendant pour omission d'un héritier, ainsi que la nullité du mariage pour violence illustrent l'absence de superposition entre le titre et l'intérêt protégé.

La nullité du partage d'ascendant pour omission d'un héritier a été instaurée dans l'intérêt particulier de l'héritier omis<sup>1092</sup>. Or l'ancien article 1078 du Code civil octroyait la faculté de demander la nullité du partage, et par là-même d'en provoquer un nouveau, à l'héritier omis mais également aux héritiers inclus dans le partage<sup>1093</sup>. Il n'avait donc pas réservé l'action à la seule personne protégée. Titre et intérêt protégé ne correspondaient donc pas.

Chacun sait que la nullité pour vice du consentement a, quelle que soit la théorie considérée, toujours été labellisée de « relative ». Pourtant, par la loi du 4 avril 2006, le législateur a octroyé le droit d'agir en nullité du mariage pour violence au ministère public<sup>1094</sup>. Cette action en nullité n'est donc plus attribuée à la seule personne protégée<sup>1095</sup>. Une nouvelle fois, titre et intérêt protégé ne peuvent être superposés.

**316.** Enfin, la présence d'actions labellisées de « relatives » non attitrées par le législateur peut également faire douter de la correspondance entre titre et intérêt protégé. Est-ce parce que le législateur a estimé la précision inutile ? Est-ce parce qu'il a implicitement adhéré à la doctrine majoritaire prônant que toute nullité labellisée de « relative » implique une action attitrée ? Il est permis d'en douter. D'une part, on sait qu'en 1804 les rédacteurs du Code civil ont rejeté toute distinction binaire des nullités dont l'objet serait de déterminer le régime d'une cause de nullité<sup>1096</sup>. D'autre part, de nos jours, le législateur attitre parfois les actions en nullité labellisées de relative. Dès lors, pourquoi prendrait-il la peine de réserver l'action à la personne protégée si toute nullité dite « relative » implique une action attitrée ?

---

<sup>1092</sup> V. Le discours de FAVARD devant le Corps législatif le 3 mai 1803 (LOCRÉ (J. G.), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des Codes français*, T. IV, Paris : Treuttel et Würtz Libraires, 1827, p. 509.

<sup>1093</sup> V. *supra* n°157

<sup>1094</sup> V. l'art. 5 de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, JORF du 5 avril 2006 p. 5097.

<sup>1095</sup> LEMOULAND (J.-J.), « Mariage - Concubinage - Pacte civil de solidarité », *D.* 2006, 1414, spéc. n°5 : « L'article 180, alinéa 1<sup>er</sup>, est complété pour donner au ministère public le droit de demander la nullité du mariage pour défaut de liberté. Cela brouille quelque peu l'image de cette nullité habituellement qualifiée de relative et dont l'exercice était réservé à celui ou à ceux des époux dont le consentement n'a pas été libre, mais qui ne devient pas pour autant une nullité absolue puisqu'elle n'est pas ouverte à tout intéressé » ; AZAVANT (M.), « Regard civiliste sur la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple », *Dr. fam.* 2006, Étude 40, spéc. n°20 : « Nullité donc, mais nullité relative renforcée ? Car, le régime de la nullité pour défaut de liberté a été durci. L'ouverture de l'action au ministère public [...] le caractère hybride de cette nullité ne surprendra guère tant le droit matrimonial a toujours fait subir des déformations à la théorie générale des nullités » ; VIRIOT-BARRIAL (D.), « Commentaire de la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *D.* 2006, 2350, spéc., p. 1356 ;

<sup>1096</sup> V. *supra* n°121

**317.** En définitive, titre et intérêt protégé ne coïncident pas systématiquement. L'absence d'assimilation de l'intérêt protégé et de l'intérêt à agir conduit également à rejeter toute superposition entre la distinction des actions attitrée et banale et la distinction des nullités relative et absolue.

## 2 - L'absence d'assimilation de l'intérêt à agir et de l'intérêt protégé

**318.** Intérêt à agir et intérêt protégé ne recouvrent pas la même réalité. En effet, si le premier est concret, le second est abstrait.

L'intérêt à agir est parfois défini comme « le profit, l'utilité ou l'avantage que l'action est susceptible de procurer au plaideur »<sup>1097</sup>. De ce fait une personne a un intérêt à agir lorsque la demande est susceptible d'améliorer sa condition juridique<sup>1098</sup>. D'autres fois<sup>1099</sup>, l'intérêt à agir est considéré comme établissant « un lien entre le passé et l'avenir »<sup>1100</sup>. Ainsi « il suppose un mal, entraîné par une situation litigieuse, et un remède, qui peut être procuré par le jugement »<sup>1101</sup>. Dès lors, l'intérêt à agir résulte de la confrontation mal/remède : si le jugement est peut mettre fin au mal du requérant, alors le requérant possède un intérêt à agir<sup>1102</sup>.

L'intérêt protégé renvoie à l'intérêt que le législateur avait en vue lors de l'édiction de la règle sanctionnée par la nullité. Dès lors, ce sont les travaux préparatoires, la règle de droit qu'il faut scruter afin de déterminer l'intérêt protégé.

Autrement dit, l'intérêt à agir est concret, il est personnel à un plaideur<sup>1103</sup>, alors que l'intérêt protégé est abstrait. Ne recouvrant pas la même réalité, intérêt à agir et intérêt protégé ne doivent pas être confondus<sup>1104</sup>.

<sup>1097</sup> GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), n°128.

<sup>1098</sup> CADIET (L.) et JEULAND (E.), n°357 ; AMRANI-MEKKI (S.) et STRICKLER (Y.), n°61 ; v. égal. SOLUS (H.) et PERROT (R.), *op. cit.*, n°226 : « Dire d'une personne qu'elle a intérêt à exercer une action en justice, c'est dire que la demande ainsi formée est susceptible de modifier ou d'améliorer sa condition juridique présente ».

<sup>1099</sup> Cette seconde définition est parfois jugée plus satisfaisante que la première qui priverait quasiment de sens l'exigence d'un intérêt à agir. En effet, comme l'a souligné un auteur « [...] seul un dément tente un procès sans y avoir intérêt. La règle a-t-elle donc pour unique effet d'écarter les demandes formées par les maniaques et les fous ? » (MAZEAUD (H.), « La lésion d'un « intérêt légitime juridiquement protégé », condition de la responsabilité civile », *D.* 1954, Ch., p. 39 et s., spéc. p. 41. Sur la critique de cette première définition, v. égal. RASCHEL (L.), *Le droit processuel de la responsabilité civile*, Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc, Tome 25, IRJS éditions, 2010, n°20.

<sup>1100</sup> CORNU (G.) et FOYER (J.), n°78.

<sup>1101</sup> RASCHEL (L.), *op. cit.*, n°21 ; v. égal. CADIET (L.) et JEULAND (E.), n°357 ; DESDEVISES (Y.), *Le contrôle de l'intérêt légitime (Essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action)*, thèse dactyl., Nantes, 1973, n°45.

<sup>1102</sup> CORNU (G.) et FOYER (J.), n°78 : « il y a deux manières d'établir le défaut d'intérêt : démontrer que le demandeur se plaint *sans avoir mal*, ou que la décision sollicitée, si elle était obtenue, ne serait pas un *remède à son mal*, qu'elle serait inopérante à son égard » (en italique dans le texte).

<sup>1103</sup> V. *infra* n°341 et s.

<sup>1104</sup> V. not. LAITHIER (Y.-M.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 janv. 2013, *RDC* 2013, p. 537 ; LIBCHABER (R.), note sous Cass. com., 5 février 2013, *D.* 2013, 1113.

**319.** L'absence de confusion entre intérêt protégé et intérêt à agir se constate aisément lorsque le législateur a soi-disant eu en vue l'intérêt général. On sait en effet que les particuliers ne possèdent aucune mission s'apparentant à celle du ministère public. En conséquence, le demandeur à l'action ne peut invoquer la défense de l'intérêt général pour établir son intérêt à agir. Il doit se prévaloir d'un mal qui l'atteint personnellement<sup>1105</sup>.

La frontière peut, en revanche, être moins tranchée lorsque le législateur a été mu par un intérêt particulier. Pour autant, là encore, l'assimilation de l'intérêt à agir et de l'intérêt protégé doit être rejetée. Cette absence de concordance peut être illustrée notamment par les exemples de la nullité du contrat de prêt pour vice du consentement garanti par un cautionnement, et de la nullité de la vente de la chose d'autrui.

La Cour de cassation dénie à la caution le droit d'agir en nullité du contrat souscrit par le débiteur principal. Ainsi, par un arrêt du 7 juin 2008 de sa Chambre mixte, la Cour de cassation a énoncé que « la caution ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur principal ; que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche dont il n'est pas justifié qu'elle ait été demandée, a, par motifs propres et adoptés, retenu exactement, que M.X... qui n'avait pas été partie au contrat de vente du fonds commerce, n'était pas recevable à invoquer la nullité relative tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal et qui, destinée à protéger ce dernier, constituait une exception purement personnelle »<sup>1106</sup>. La motivation de la Cour de cassation se situe donc, en partie<sup>1107</sup>, sur le terrain spécifique de la recevabilité de l'action en nullité. Elle considère d'une

<sup>1105</sup> V. *supra* n°287.

<sup>1106</sup> Cass., ch. Mixte, 8 juin 2007, n°03-15602, *Bull. ch. mixte* n°5 ; v. not. *RLDC* sept. 2007. 25 et s., note AYNÈS (L.) ; *D.* 2007. 2201 et s., note HOUTCIEFF (D.) ; *JCP E* 2007. 1861, note PIÉDELIEVRE (S.) ; *JCP G.* 2007. II. 10138, note SIMLER (Ph.) ; *RTD civ.* 2008. 331 et s., note CROCQ (P.).

<sup>1107</sup> La motivation de la Cour de cassation se situe également sur le terrain spécifique du cautionnement. La Cour de cassation lie en effet le caractère relatif de la nullité pour dol – cause de nullité qui est « destinée à protéger » le débiteur principal – à la qualification d' « exception purement personnelle ». Le cautionnement constitue un contrat unilatéral accessoire (Plusieurs dispositions du Code civil le montrent : v. les art. 2289 al. 1<sup>er</sup>, 2290 et 2311 du Code civil ; v. égal. not. AYNÈS (L.) et CROCQ (P.), *Les sûretés – la publicité foncière*, L.G.D.J., 9<sup>e</sup> éd., 2015, n°101 ; SIMLER (Ph.), *JCP G.* II. 10138, note sous Cass. ch. Mixte, 8 juin 2007. Le caractère accessoire du cautionnement se traduit, entre autres, par la faculté donnée à la caution d'opposer au créancier toutes les exceptions inhérentes à l'obligation principale (v. Part. 2213 al.1<sup>er</sup> du Code civil). Mais seulement celles-ci. En effet, la caution ne peut opposer au créancier les exceptions purement personnelles au débiteur (v. Part. 2213 al. 2<sup>nd</sup> du Code civil). S'il est indéniable que la sanction du dol permet la protection du consentement et que celui-ci est éminemment personnel à celui qui l'exprime, la qualification d' « exception purement personnelle » est historiquement inexacte (Une telle solution porte en outre atteinte au caractère accessoire du cautionnement. v. not. sur ce point : SIMLER (Ph.), *JCP G.* 2007. II. 10138, note sous Cass. ch. Mixte, 8 juin 2007 ; CASEY (J.), *JCP G.* 2007. Act. 274 obs. sur Cass. ch. Mixte, 8 juin 2007 ; HOUTCIEFF (D.), *D.* 2007. 2201 et s., spéc. n°13, obs. sur Cass. ch. Mixte, 8 juin 2007. *Contra* : PIÉDELIEVRE (S.), *JCP E* 2007. 1861, note sous Cass. ch. Mixte, 8 juin 2007. L'auteur met l'accent sur l'indépendance du contrat de cautionnement ; Martin (D. R.), *D.* 2008, 881, obs. sur Cass. ch. Mixte, 8 juin 2007). En effet dans l'exposé des motifs fait par Treilhard dans la séance du Corps législatif du 13 pluviose an XII, il apparaît clairement que la caution doit pouvoir se prévaloir des vices du consentement atteignant le débiteur principal. Il énonce en effet à propos de l'ancien article 2036 du Code civil (Il correspond à l'actuel article 2313 du Code civil) que « la caution peut repousser le créancier par toutes les exceptions inhérentes à la

part que la caution n'étant pas partie au contrat principal, le garant n'a pas été victime du dol commis. Elle qualifie d'autre part la nullité pour dol de nullité relative afin de justifier l'exclusion de la caution du cercle des titulaires de l'action en nullité. En effet, au regard du critère doctrinal de l'intérêt protégé, le dol est constitutif d'une cause de nullité dite relative. Il n'en demeure pas moins que le débiteur n'est pas le seul à avoir un intérêt à agir en nullité du contrat principal. La caution peut aussi subir un mal susceptible de prendre fin par l'annulation du contrat principal. Son mal réside dans l'absence de recours à l'encontre du débiteur principal. Celui-ci pourrait en effet lui opposer la nullité de son engagement<sup>1108</sup>. Dans une telle hypothèse, le garant supportera les conséquences de la nullité du contrat principal, alors qu'il ne s'est jamais engagé qu'à garantir la bonne exécution par le débiteur principal de son obligation<sup>1109</sup>. Par conséquent, lorsque le débiteur principal peut opposer à la caution la nullité de son engagement, cette dernière a incontestablement un intérêt à soulever la nullité de l'obligation du débiteur principal. En effet, en prononçant la nullité de l'acte litigieux, le juge mettra fin au mal atteignant personnellement et directement la caution demandeur.

La nullité de la vente de la chose d'autrui peut constituer une seconde illustration de l'absence d'assimilation possible entre intérêt protégé et intérêt à agir. Lorsqu'une personne vend la chose d'autrui, le propriétaire du bien est tiers à la vente. La vente lui est *res inter alios acta*<sup>1110</sup>. C'est pourquoi la nullité édictée à l'article 1599 du Code civil est protectrice des intérêts du seul acquéreur<sup>1111</sup>. Cet acheteur devra en effet faire face soit à un

---

dette qui appartient au débiteur principal ; elle n'a pas le droit d'opposer une exception qui serait purement personnelle à ce débiteur : mais elle peut s'emparer de toute défense qui ferait tomber l'obligation, telle que celles du dol, de la violence, d'un paiement déjà effectué, de la chose jugée, et de toute autre défense de cette nature » (LOCRÉ (J. G.), *De la législation civile, commerciale et criminelle de la France*, T. XV, Paris : Treuttel et Würtz, Libraires, 1828, n°22. V. égal. le rapport fait au Tribunal par Chabot, *ibid.*, n°25 : « la caution ne doit pas profiter des exceptions qui, sans anéantir l'obligation en elle-même, ne peuvent dégager que le débiteur principal »). Les exégètes considéraient d'ailleurs que « le vice du consentement du débiteur est commun au débiteur et à la caution. Car la caution, accédant à l'obligation du débiteur principal, étend jusqu'à elle cette obligation même, avec ses qualités ou ses vices. Ces vices ne sauraient donc être personnels au débiteur » (TROPLONG (R.-T.), *Du cautionnement et des transactions*, Paris : Charles Hingray libraire-éditeur, 1846, n°497). Ils considéraient par conséquent que le dol pouvait, comme les autres vices ayant atteint le consentement du débiteur principal, être invoqué par la caution. Finalement, les exceptions purement personnelles évoquées à l'ancien article 2036 du Code civil ne concernent que la capacité du débiteur principal (v. par ex. LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, T. XXVIII, Paris : Librairie A. Marescq, 3<sup>e</sup> éd., 1878, n°295 ; DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. XVIII, Paris : Alex-Gobelet Libraire, 1834, n°379).

<sup>1108</sup> V. not. AYNÈS (L.), *RLDC* sept. 2007, p. 25 et s., obs. sur Cass., ch. Mixte, 8 juin 2007 ; HOUTCIEFF (D.), *D.* 2007. 2201 et s., spéc. n°11, note sous Cass., ch. Mixte, 8 juin 2007.

<sup>1109</sup> CROQC (P.), *RTDciv.* 2008, p. 333, obs. sur Cass., ch. Mixte, 8 juin 2007.

<sup>1110</sup> LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, T. XXV, Paris : Librairie Marescq Ainé, 3<sup>e</sup> éd., 1878, n°117.

<sup>1111</sup> V. not. AUBRY (C.) et RAU (C.), *Droit civil français*, 6<sup>e</sup> éd. par ESMEIN (P.), Paris : Éditions Techniques S.A., 1952, n°351 : « Cette nullité [éditée par l'art. 1599], édictée en vue de protéger l'acquéreur contre un trouble éventuel, est purement relative » ; LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, T. XXV, *op. cit.*, n°115 ; BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et SAIGNAT (L.), *Traité théorique et pratique de Droit civil – De la vente et de l'échange*, Librairie de la Société du recueil Sirey, 3<sup>e</sup> éd., 1908, n°119 ; COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et*

vendeur incapable d'exécuter son obligation de transférer la propriété de la chose vendue<sup>1112</sup>, soit à l'action en revendication exercée par le *verus dominus*<sup>1113</sup>. Dès lors, l'action en nullité a été édictée afin de protéger l'acquéreur. Mais le *verus domino* n'a-t-il pas, lui aussi, un intérêt à agir en nullité de l'acte ? Une réponse affirmative s'impose puisque son action en revendication peut ne pas prospérer. Tout d'abord, parce que le *verus dominus* supporte la charge de la preuve de son droit de propriété<sup>1114</sup>. Ensuite s'il s'agit d'un meuble, l'acquéreur pourra lui opposer la possession de bonne foi<sup>1115</sup>. Certes, en cas de vol il disposera tout de même d'une action en revendication, mais celle-ci est enfermée dans un délai plus court que celui de l'action en nullité<sup>1116</sup>. En outre, si l'action est exercée sur un immeuble la théorie du propriétaire apparent pourra venir au secours de l'acquéreur<sup>1117</sup>. Enfin, les auteurs s'accordent à considérer que l'exercice d'une action en revendication sur un bien incorporel s'avère difficile<sup>1118</sup>, elle serait même parfois impossible<sup>1119</sup>. Le *verus dominus* peut donc subir un mal susceptible de prendre fin par l'annulation du contrat de vente. On pourrait certes objecter que si le *verus dominus* a conscience que son action en revendication ne prospérera pas, il peut substituer à celle-ci une

*commerciaux*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2015, n°130 ; PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. HyperCours, 5<sup>e</sup> éd., 2013, n°231 ; En jurisprudence, il s'agit d'une solution constante : Cass. Req. 15 janv. 1934, DH 1934. 97 ; Cass. civ. 17 juil. 1958, D. 1954. 619 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 16 avril 1973, n°72-11276, *Bull. civ.* III, n°303 ; Cass. com., 17 janv. 2006, n°03-16352.

*Contra*, critiquant le caractère relatif de la nullité, v. RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, T. III – *Suretés réelles et Contrats civils*, L.G.D.J., 1958, n°1301 : « Il est probable que dans la pensée des rédacteurs du Code il s'agissait d'une nullité absolue » ; LIBCHABER (R.), *Deffrénois* 2005, art. 38207-54, p. 1240 et s., note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 9 mars 2005 et ALBIGES (C.), D. 2001. 269 et s., spéc. n°4, note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 8 déc. 1999 ; v. égal. RENCKHOFF (H.), *De la confirmation des actes entachés de nullité*, Paris : Imprimerie Moquet, 1885, n°16.

<sup>1112</sup> BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et SAIGNAT (L.), *op. cit.*, n°118 ; LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, T. XXV, *op. cit.*, n°102. LAURENT estime en conséquence que la sanction devrait être la résolution et non la nullité.

<sup>1113</sup> Pour exercer l'action en revendication, le propriétaire n'a nullement besoin d'obtenir, au préalable, la nullité de l'acte passé entre le vendeur et l'acquéreur, v. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 22 mai 1997, n°95-17480 ; *RTDciv.* 1997. 960, obs. GAUTIER (P.-Y.).

<sup>1114</sup> V. l'art. 1315 du Code civil qui dispose en son alinéa 1<sup>er</sup> : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver » et en son alinéa 2<sup>nd</sup> : « Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». V. égal. ALBIGES (C.), D. 2001, p. 269 et s., spéc. n°10, note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 8 déc. 1999.

<sup>1115</sup> V. l'art. 2276 du Code civil. Il énonce en son alinéa 1<sup>er</sup> : « En fait de meubles, la possession vaut titre » et précise en son alinéa 2<sup>nd</sup> : « Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient ».

<sup>1116</sup> V. *supra* l'art. 2<sup>nd</sup> de l'art. 2276 du Code civil. Il évoque un délai de trois ans.

<sup>1117</sup> V. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juil. 1986, n°84-17004, *Bull. civ.* I, n°214.

<sup>1118</sup> V. par ex. ALBIGES (C.), *Gaz. Pal.* 2013, n°331-332, p.15, note sous Cass. com., 15 oct. 2013 ; MALAURIE (Ph.), *Les biens*, L.G.D.J. 2015, n°574 ; BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.) et CIMAMONTI (S.), *Traité de Droit civil sous la direction de J. Ghestin - Les biens*, L.G.D.J., 2<sup>e</sup> éd., 2010, n°221.

<sup>1119</sup> Elle est d'ailleurs parfois interdite par la loi. v. l'art. L. 211-16 du Code monétaire et financier qui dispose que « nul ne peut revendiquer pour quelque cause que ce soit un titre financier dont la propriété a été acquise de bonne foi par le titulaire du compte-titres dans lequel ces titres sont inscrits ».

demande de dommages-intérêts<sup>1120</sup>. Mais il n'en reste pas moins qu'une telle substitution ne suffira pas à considérer qu'il est dépourvu d'un intérêt à agir en nullité. Dès lors, là encore intérêt protégé et intérêt à agir ne se superposent pas. Ils ne doivent pas être confondus.

**320.** En définitive, l'absence tant de correspondance systématique entre le titre et l'intérêt protégé, que d'assimilation de l'intérêt à agir et de l'intérêt protégé par la règle transgressée conduit à rejeter toute superposition de la distinction des actions attitrée et banale et de la distinction doctrinale des nullités relative et absolue. L'action en nullité étant une action comme les autres<sup>1121</sup>, seule la distinction des actions attitrées et banales doit être mise en œuvre afin de déterminer les titulaires de l'action en nullité.

### *§. 2 - La mise en œuvre de la distinction des actions attitrée et banale*

**321.** En matière de nullité, la distinction des actions attitrées et banales est déjà parfois mise en œuvre afin de déterminer les titulaires du droit d'agir (A). Ces mises en œuvre ponctuelles doivent être généralisées. Elles constituent un point de départ pour dessiner les grilles de lecture à suivre afin de déterminer les titulaires de l'action en nullité (B).

#### **A - Une mise en œuvre déjà présente en droit positif**

**322.** Le législateur a, à plusieurs reprises, attitré des actions en nullité. Il en est ainsi, par exemple, de certaines actions en nullité du mariage<sup>1122</sup>, en nullité des actes passés sous l'empire d'un trouble mental<sup>1123</sup>, de l'action en nullité des actes conclus durant la période

---

<sup>1120</sup> V. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 oct. 1987, n° 86-14979.

<sup>1121</sup> V. *supra* n°273

<sup>1122</sup> L'article 184 du Code civil dispose que « tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162 et 163 peut être attaqué, dans un délai de trente ans à compter de sa célébration, soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public ». Cette disposition montre qu'une même action peut-être à la fois attitrée et banale. En effet, le législateur a attitré l'action pour les époux ainsi que pour le ministère public. Ils ont qualité pour agir, leur intérêt à agir est donc indifférent. Cependant, le législateur, s'il a souhaité faciliter leur action, il n'a pas entendu leur réserver l'action en nullité pour les causes de nullités visées. En effet l'article 184 du Code civil précise que « tous ceux qui y ont intérêt » sont recevables à agir en nullité.

<sup>1123</sup> V. l'art. 414-2 du Code civil. Il énonce : « De son vivant, l'action en nullité n'appartient qu'à l'intéressé. Après sa mort, les actes faits par lui, autres que la donation entre vifs et le testament, ne peuvent être attaqués par ses héritiers, pour insanité d'esprit, que dans les cas suivants : 1° Si l'acte porte en lui-même la preuve d'un trouble mental ; 2° S'il a été fait alors que l'intéressé était placé sous sauvegarde de justice ; 3° Si une action a été introduite avant son décès aux fins d'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle ou si effet a été donné au mandat de protection future ».

Cette disposition révèle que législateur peut encadrer l'action ouverte aux ayants cause universel et à titre universel au nom et pour le compte du *de cuius*. Le Conseil constitutionnel, à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité transmise par la Cour de cassation (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 nov. 2012, n°12-40068, *Bull. civ.* I, n°235), a rappelé que par ces restrictions « le législateur a entendu assurer un équilibre entre d'une part les intérêts des héritiers et, d'autre part, la sécurité des actes conclus par le défunt et en particulier des transactions ; qu'il a entendu, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, éviter les difficultés liées à l'administration de la preuve de l'état mental d'une personne décédée » (Cons. const. 17 janv. 2013, n°2012-288 QPC).

suspecte prévue à l'article L. 632-4 du Code de commerce<sup>1124</sup>, ou encore de l'action en nullité de l'assurance vie souscrite sur la tête d'une personne vulnérable édictée à l'article L. 132-3 du Code des assurances<sup>1125</sup>. Les illustrations sont nombreuses et pourraient être multipliées.

**323.** La Cour de cassation en a parfois tiré toutes les conséquences et s'est fondée sur l'article 31 du Code de procédure civile. Elle a ainsi censuré les décisions des juges du fond limitant, en dehors de toute disposition légale, le cercle des titulaires du droit d'agir en nullité<sup>1126</sup>. Par exemple, lorsqu'une cour d'appel rejette l'action en nullité d'un associé pour absence de convocation d'un autre à une assemblée générale, la Cour de cassation casse sa décision car elle estime que les associés régulièrement convoqués aux assemblées générales doivent pouvoir se prévaloir de l'absence de convocation d'autres associés<sup>1127</sup>. Plus expressément, la Cour de cassation a reproché à une cour d'appel d'avoir affirmé qu'une action en nullité d'une décision sociale ayant pour objet l'octroi d'une retraite complémentaire au président de la société n'était ouverte qu'aux personnes ayant la qualité d'associé au jour de ladite délibération. La Haute juridiction a énoncé, au visa notamment de l'article 31 du Code de procédure civile, « qu'aucune disposition n'impose que le demandeur à l'action soit actionnaire de la société à la date de l'acte ou la délibération dont il poursuit l'annulation »<sup>1128</sup>. Dans ces arrêts, la Cour de cassation souligne que l'action en nullité fondée sur l'absence de convocation d'un associé à une assemblée générale d'une part, et l'action en nullité d'une décision sociale d'autre part, ne constituent pas des actions attitrées<sup>1129</sup>. Partant, il s'agit d'action banale. En conséquence, toute personne présentant un intérêt à agir pourra exercer l'action en nullité<sup>1130</sup>.

---

Pour une application de cette disposition, v. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 5 fév. 2013, n° 11-25090.

<sup>1124</sup> L'article L. 632-4 du Code de commerce dispose que « l'action en nullité est exercée par l'administrateur, le mandataire judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan ou le ministère public. Elle a pour effet de reconstituer l'actif du débiteur ».

La Cour de cassation a d'ailleurs pu énoncer au visa de l'article cité ci-dessus : « seules les personnes visées par ce texte ont qualité pour agir en nullité des actes accomplis pendant la période suspecte » (v. Cass. com., 2 déc. 2014, n° 13-24308).

<sup>1125</sup> L'article L. 132-3 al. 3 du Code des assurances dispose que « La nullité est prononcée sur la demande de l'assureur, du souscripteur de la police ou du représentant de l'incapable ».

<sup>1126</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 30 janv. 2013, n° 11-24691 ; Cass. Soc., 8 avril 2009, n° 08-40256 et 08-41045, *Bull. civ.* V, n° 102 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 déc. 2009, n° 08-19895, *Bull. civ.* I, n° 256.

<sup>1127</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 21 oct. 1998, n° 96-16537, *Bull. civ.* III n° 203 ; *JCP* 1998, II, 10015, note GUYON (Y.).

<sup>1128</sup> Cass. com., 4 juil. 1995, n° 93-17969, *Bull. civ.* IV, n° 206 ; *JCP* 1995, II, 22560, note GUYON (Y.) ; *D.* 1996, 187, note HALLOUIN (J.-C.).

<sup>1129</sup> *Contra* : GUYON (Y.), *JCP* 1998, II, 10015, spéc. p. 213. L'auteur estime, pour l'hypothèse du défaut de convocation à l'assemblée générale, que la Cour de cassation ouvre largement la « qualité ».

<sup>1130</sup> Dans ces affaires, les juges du fond ne se sont pas prononcés sur l'intérêt à agir des demandeurs. Ils ont en effet jugé leur action recevable en se fondant sur la seule qualité à agir. D'où la censure de la Cour de cassation.

**324.** Ces quelques illustrations montrent que la détermination des titulaires de l'action en nullité est déjà parfois commandée par la distinction des actions attitrées et banales. Ces exemples permettent d'établir une grille de lecture qui doit seule guider la détermination des titulaires de l'action en nullité.

## **B - Les grilles de lecture proposées**

**325.** Le demandeur à l'action en nullité peut soit exercer sa propre action, soit intenter l'action de son auteur. Dès lors, afin de déterminer les titulaires d'une action en nullité deux grilles de lecture doivent être suivies. La première indique comment généraliser la mise en œuvre de la distinction des actions attitrée et banale (1). La seconde précise la méthode à suivre pour déterminer si une action attitrée peut être transmise aux ayants cause de l'auteur (2).

### **1 - La généralisation de la distinction des actions attitrée et banale**

**326.** En matière de nullité, comme pour tout autre domaine, il faut mettre en œuvre la distinction des actions attitrée et banale. En conséquence, il faut rechercher ce que dit la loi. Donne-t-elle qualité pour agir à certaines personnes ? Dans l'affirmative, l'action en nullité sera attitrée. Dans la négative, l'action sera banale et le sujet actif de l'action pourra être toute personne ayant un intérêt à agir, tandis que le sujet passif sera « tout défendeur naturel »<sup>1131</sup>. Aucune autre considération n'a sa place.

**327.** Seule la loi peut attitrer une action en justice. Tout pouvoir créateur doit être dénié à la jurisprudence en ce domaine puisqu'attitrer l'action implique une réduction du cercle des personnes pouvant agir. L'article 34 de la Constitution de 1958 impose cette solution. Il dispose que « la loi fixe les règles concernant : - les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Or, si l'action en justice est qualifiée de droit subjectif au sein de l'article 30 du Code de procédure civile, elle constitue également « l'expression d'une liberté publique, celle d'accéder à la justice »<sup>1132</sup>. Le droit d'accès à un tribunal a d'ailleurs été rattaché par la Cour européenne des droits de l'Homme aux « principes fondamentaux de droit universellement reconnus »<sup>1133</sup>. Dès lors, seul

---

<sup>1131</sup> SERINET (Y.-M.), art. préc., ; Et v. *supra* n°310

<sup>1132</sup> V. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *op. cit.*, n° 371 : « Il est toutefois arrivé à la jurisprudence, sous couvert de la notion d'intérêt légitime, de créer des actions attitrées. Ces solutions sont inadmissibles. L'action en justice n'est pas seulement un droit subjectif ; ce droit est lui-même l'expression d'une liberté publique, celle d'accéder à la justice, à laquelle le législateur peut seul apporter des dérogations ».

<sup>1133</sup> V. l'arrêt « *Golder c/ Royaume-Uni* », du 21 février 1975, spéc. le §.35 ; *AFDI* 1975, 330, note PELLOUX (R.) ; SUDRE (F.), MARGUÉNAUD (J.-P.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.), GONZALEZ (G.), MILANO

le législateur a le pouvoir d'apporter des limitations à cette liberté fondamentale<sup>1134</sup>. TOULLIER, déjà, soutenait qu'en l'absence de restriction expresse du législateur, toute personne pouvait agir en nullité<sup>1135</sup>. AUBRY et RAU estimait en revanche que la règle proposée par TOULLIER était « trop générale » et ne tenait pas compte « de la restriction que peut virtuellement y apporter le motif de la loi »<sup>1136</sup>.

**328.** La doctrine d'AUBRY et RAU soulève deux questions. En premier lieu, faut-il admettre des actions attitrées en considération du motif de la loi ? En second lieu, est-ce qu'une disposition légale, réservant l'action en nullité fondée sur une cause de nullité protectrice d'un intérêt particulier à la seule personne protégée, serait pertinente ?

**329.** En premier lieu, il faut rejeter l'existence d'actions attitrées en considération du motif de la loi. Les admettre reviendrait à ouvrir la porte au critère de l'intérêt protégé. Or, le rapprochement de l'absence de caractère opératoire du critère de l'intérêt d'une part et des conséquences de l'existence d'une action attitrée d'autre part, milite en faveur de l'exclusion des actions attitrées en considération du motif de la loi. Les conséquences de l'existence d'une action attitrée sont connues et conséquentes : l'action attitrée prive du droit d'agir toutes les personnes n'ayant pas reçu qualité pour agir. Il est ainsi porté atteinte à la liberté fondamentale d'accéder à la justice de ces personnes. Il n'est donc pas souhaitable qu'un critère dénué de caractère opératoire puisse être utilisé pour porter atteinte à une liberté fondamentale.

Mais que décider lorsque la volonté du législateur est à la fois tacite et dénuée d'équivoque ? Il en est ainsi chaque fois que la lettre de la disposition sous-entend les titulaires de l'action, ou que les travaux préparatoires ne laissent place à aucun doute sur ces derniers<sup>1137</sup>. Doit-on reconnaître, dans ces hypothèses, une action attitrée ? Cette voie nous apparaît dangereuse et inutile.

Dangereuse, car elle laisse place à l'interprétation et que la frontière peut parfois être tenue entre ce qui s'avère douteux et ce qui ne l'est pas.

---

(L.), SURREL (H.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Puf, coll. Thémis droit, 7<sup>e</sup> éd., 2015, p. 299 et s.

<sup>1134</sup> *ibid.*

<sup>1135</sup> TOULLIER (C.), *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, T. VII, Rennes : chez Cousin-Danelle, Imprimeur-Libraire, 1816, n°556 et s.

<sup>1136</sup> AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, T. I, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1869, n°37.

<sup>1137</sup> Il en serait ainsi, par exemple, pour l'action en nullité pour vice du consentement. Les travaux préparatoires du Code civil révèlent que, pour les rédacteurs du Code, seul le contractant dont le consentement a été vicié pouvait intenter l'action en nullité. V. FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XIII, Paris : Videcoq Libraire, 1836, p. 370.

Inutile, car en pratique, plusieurs obstacles se dresseront sur la route du demandeur. Pour obtenir le prononcé de la nullité, le demandeur à l'action devra rapporter la preuve de la cause de nullité invoquée. Or, s'il est déjà, par exemple, difficile pour l'*errans* de convaincre le juge de son erreur sur la substance<sup>1138</sup>, ne serait-ce pas impossible d'en rapporter la preuve pour son cocontractant ou un tiers ? Il faudra ensuite qu'aucune confirmation licite n'ait eu lieu. La personne ayant qualité pour confirmer pourra, par le biais d'une confirmation, s'opposer au prononcé de la nullité<sup>1139</sup>. Enfin, pour que le juge se prononce sur le fond, encore faut-il que la demande soit recevable. Dès lors, le tout premier obstacle auquel se heurtera le demandeur sera l'exigence d'un intérêt à agir. Si les obstacles pratiques étaient jugés insuffisants, il reviendrait alors au législateur d'attirer les actions qui devraient être, aujourd'hui, considérées comme banales. Il pourrait, par exemple, modifier l'article 1117 du Code civil afin de préciser que seule la victime d'un vice du consentement est titulaire de l'action en nullité<sup>1140</sup>.

**330.** En second lieu, il faut rejeter la consécration d'une disposition énonçant que la nullité est « relative lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé et qu'elle « ne peut être invoquée que par celui que la loi entend protéger »<sup>1141</sup>.

D'abord parce qu'on sait que le critère de l'intérêt protégé est dénué de caractère opératoire<sup>1142</sup>.

Ensuite, parce que si le Conseil d'Etat a reconnu que la cause de nullité pouvait jouer un rôle de filtre, il ne lui a pas concédé un tel rôle au stade de la recevabilité de la demande<sup>1143</sup>.

Après, une telle disposition instituerait-elle réellement une action attirée ? JAPIOT et GAUDEMET n'ont-ils pas déjà démontré, que le cercle des personnes protégées par la règle transgressée pourrait être plus ou moins étendu ? En conséquence, la détermination du cercle des titulaires de l'action ne pourra être certaine, contrairement à l'hypothèse où le législateur a « attiré » l'action, c'est-à-dire a énuméré précisément les titulaires de celle-ci.

<sup>1138</sup> OUDERNANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.*, n°152 et s.

<sup>1139</sup> V. sur la réserve des droits acquis des tiers, *infra* n°512 et s.

<sup>1140</sup> L'article 1117 du Code civil dispose en son alinéa 1<sup>er</sup> : « La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit ; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans les cas et de la manière expliqués à la section VII du chapitre V du présent titre ». Il énoncerait dans une alinéa 2<sup>nd</sup> : « Seule la victime d'un vice du consentement peut exercer l'action en nullité ».

<sup>1141</sup> V. les articles 1179 al. 2 et 1181 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le premier énonce que : « Elle [la nullité] est relative lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé », tandis que le second dispose que : « La nullité relative ne peut être invoquée que par celui que la loi entend protéger ». Dans la dernière version du projet, l'article 1181 énonce : « la nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger ».

<sup>1142</sup> V. *supra* n°81 et s.

<sup>1143</sup> V. *supra* n°291

Enfin, si la nullité protectrice d'un intérêt particulier implique une action attitrée alors, par opposition, la nullité mue par un souci de protection de l'intérêt général devrait induire une action banale. Or, on sait qu'il n'en est pas toujours ainsi. Certaines actions sont attitrées alors même que la nullité peut être labellisée d'absolue<sup>1144</sup>.

**331.** En définitive, l'action en nullité, comme toutes les actions en justice, peut-être soit attitrée, soit banale. Pour déterminer si l'action est attitrée ou banale, seule compte la loi. Lorsque la loi n'aura pas précisé expressément les titulaires du droit d'agir, alors l'action sera banale. En conséquence, toute personne présentant un intérêt à agir pourra être sujet actif de l'action en nullité.

Cette grille de lecture a pour conséquence, dans plusieurs hypothèses, d'ouvrir plus largement l'action en nullité. Cette ouverture présente un intérêt certain lorsque la confirmation de l'acte entaché d'une cause de nullité est possible : le cocontractant ou le tiers intéressé par l'acte pourront inciter, par l'introduction d'une action en nullité, la personne ayant qualité pour confirmer à opter pour la validité ou la nullité de l'acte<sup>1145</sup>. L'incertitude du cocontractant ou du tiers quant au sort de l'acte pourra ainsi prendre fin avant l'expiration du délai de prescription. En outre, on sait que les inconvénients induits par cette ouverture seront moindres puisque différents obstacles jalonneront la route du demandeur. En conséquence, ouvrir plus largement l'action en nullité n'impliquera pas nécessairement que la demande sera recevable ni que la nullité sera prononcée.

**332.** À cette première grille de lecture, il faut en ajouter une seconde. En présence d'une action attitrée se posera parfois la question de sa transmission aux ayants cause de l'auteur.

## **2 - La transmission conditionnée des actions attitrées aux ayants cause**

**333.** L'ayant cause « est la personne à qui une autre, appelée son auteur, a transmis un ou plusieurs de ses biens. L'ayant cause n'apparaît donc jamais seul, car il est inséparable de son auteur »<sup>1146</sup>. Une distinction s'opère entre les ayants cause universel ou à titre universel et les ayants cause à titre particulier.

---

<sup>1144</sup> V. par ex. les nullités de la période suspecte, *supra* n°169

<sup>1145</sup> En droit des sociétés, le législateur permet à « toute personne y ayant intérêt » de « mettre en demeure celui qui est susceptible » d'opérer la régularisation « soit de régulariser, soit d'agir en nullité » (v. not. l'art. 1844-13 du Code civil). Il n'a pas généralisé cette faculté. V. cependant l'art. 1183 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations. Il dispose : « Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion ».

<sup>1146</sup> DESHAYES (O.), « Ayant cause », Rép. Civ. Dalloz, 2008.

**334.** Les ayants cause universel et à titre universel ont vocation à recueillir la totalité ou bien une partie du patrimoine de leur auteur. Ils sont assimilés à la partie à l'acte dont ils tiennent leurs droits en tant que continuateur de la personne du *de cuius* « en vertu d'une fiction légale ou d'une réalité (continuation de la même entreprise) »<sup>1147</sup>. L'article 724 alinéa premier du Code civil énonce expressément que « les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt »<sup>1148</sup>. En conséquence, ils peuvent tant continuer l'action en nullité initiée par leur auteur, qu'intenter eux-mêmes l'action en nullité dont leur auteur était titulaire<sup>1149</sup>. Encore faut-il que l'action soit transmissible. Pour cela, l'action doit être née dans le patrimoine de l'auteur d'une part et ne pas être exclusivement attachée à la personne de l'auteur. En effet, la transmission des actions aux ayants cause universel ou à titre universel est encadrée par un principe du droit successoral : les continueurs du *de cuius* ne peuvent pas exercer les actions exclusivement attachées à la personne de leur auteur<sup>1150</sup>. Dès lors, si les ayants cause peuvent intenter l'action en nullité du contrat de mariage, ils ne sont pas recevables à agir en nullité du mariage pour vice du consentement de leur auteur<sup>1151</sup>.

**335.** Les ayants cause à titre particulier ne reçoivent qu'un ou plusieurs biens envisagés isolément et non comme un ensemble indivisible. S'agissant de la transmission de l'action en nullité à l'ayant cause à titre particulier, la doctrine est divisée.

Une partie de la doctrine a rejeté la possibilité pour l'ayant-cause à titre particulier d'exercer l'action de son auteur. Deux motifs sont notamment avancés pour justifier ce refus<sup>1152</sup>. Selon certains auteurs, l'action en nullité ne constitue pas l'accessoire d'un bien<sup>1153</sup>. Elle n'a en effet pas pour fonction « de renforcer les créances nées de l'acte juridique

<sup>1147</sup> MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), n°796.

<sup>1148</sup> Une auteur a mis en exergue que la qualité pour agir à titre d'héritier est doublement conditionnée : par le « pouvoir » d'agir et par le « droit » à l'action ». Le droit à l'action signifiant que l'héritier peut exercer l'action car elle lui a été transmise à cause de mort. V. LESCA-D'ESPALUNGUE (C.), *La transmission héréditaire des actions en justice*, préf. M. Grimaldi, Puf, coll. Les grandes thèses du droit français, 1992, n°180.

<sup>1149</sup> V. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 5 fév. 2013, n°11-25090. Il faut cependant préciser que l'action en justice étant interrompue par le décès de l'une des parties (art. 370 CPC), les ayants cause devront, pour continuer l'instance engagée, respecter les formalités prescrites par l'article 373 du CPC.

<sup>1150</sup> MALAURIE (Ph.), *Les successions, les libéralités*, Defrénois, 4<sup>e</sup> éd., 2010, n°29 ; v. égal. LESCA-D'ESPALUNGUE (C.), *op. cit.*, n°68 et s.

<sup>1151</sup> V. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juil. 1995, n°93-15005, *Bull. civ.* I, n°291 ; *RTD civ.* 1996. 392, obs. MESTRE (J.) ; *RTD civ.* 1997. 205, obs. VAREILLE (B.) ; *Defrénois* 1996. 321, obs. MASSIP (J.) et 407, obs. CHAMPENOIS (G.).

<sup>1152</sup> Pour rejeter la transmission de l'action en nullité permettant de demander la nullité du contrat par lequel l'auteur a acquis le bien transmis, certains auteurs ont également avancé qu'il s'agit d'un droit attaché à la qualité de contractant (v. LARROUMET (Ch.), *Les opérations juridiques à trois personnes*, thèse Bordeaux, 1968, n°65 et s. ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Droit civil – Les obligations, T. III : Le rapport d'obligations*, Sirey, 9<sup>e</sup> éd., 2015, n°369). Et pour la critique de cette position, v. DESHAYES (O.), *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier*, préf. G. Viney, L.G.D.J., Bibliothèque de l'Institut A. Tunc, T. 5, 2004, n°467.

<sup>1153</sup> Pour le refus de considérer l'action en nullité comme un accessoire, v. JUILLET (C.), *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, Defrénois, 2009, n°292, et n° 168-170 où l'auteur évoque plus généralement l'action en justice ; COTTET (M.), *Essai critique de la notion de l'accessoire en droit privé*, préf. J. Rochfeld, L.G.D.J., 2013, n°544.

dont elle provient »<sup>1154</sup>, mais tend à « permettre l'anéantissement d'un acte juridique dont la formation est viciée »<sup>1155</sup>. En conséquence, la théorie de l'accessoire ne peut servir de fondement à la transmission de l'action en nullité de l'auteur à l'ayant cause à titre particulier. D'autres auteurs soutiennent qu'un ayant cause à titre particulier n'a pas la qualité pour agir au nom et pour le compte de son auteur<sup>1156</sup>. N'étant ni le représentant, ni l'héritier, ni le créancier de son auteur, l'ayant cause à titre particulier ne peut agir en son nom et pour son compte<sup>1157</sup>.

Une autre partie de la doctrine considère, en revanche, que l'ayant cause à titre particulier peut exercer l'action en nullité de son auteur. À cette fin, certains auteurs soutiennent que « la recherche d'efficacité de la sanction milite pour une attribution dérivée du droit de critique »<sup>1158</sup>. Ils critiquent d'ailleurs la position de la Cour de cassation qui, dans l'hypothèse d'une action en nullité pour vice du consentement, - qu'elle considère, malgré la lettre de l'article 1117 du Code civil comme une action attitrée<sup>1159</sup> -, a estimé que l'ayant cause à titre particulier ne pouvait pas exercer l'action en nullité relative de son auteur<sup>1160</sup>. D'autres se fondent sur le troisième alinéa de l'article 1338 du Code civil qui « admet que la confirmation d'un acte nul [...] est inopposable aux tiers ». Ils précisent qu'il « faut entendre par là ceux auxquels la confirmation est susceptible de nuire, en leur enlevant le droit d'invoquer la nullité »<sup>1161</sup>.

Ce dernier argument n'emporte pas la conviction. D'abord, par hypothèse, on est en présence d'une action attitrée appartenant à son auteur. En conséquence, soutenir que la confirmation ne peut priver le tiers de son droit d'invoquer la nullité n'explique pas comment ce droit lui a été transmis. Ensuite, une telle lecture apparaît contraire aux travaux préparatoires<sup>1162</sup>, parce que ceux-ci ne contiennent aucune référence à une action en nullité

<sup>1154</sup> COTTET (M.), *op. cit.*, n° 541.

<sup>1155</sup> JUILLET (C.), *op. cit.*, n°290 et s.

<sup>1156</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *op. cit.*, n°566 ; Gout (O.), *op. cit.*, n°355.

<sup>1157</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *op. cit.*, n°566.

<sup>1158</sup> GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), n°2245 *in fine* ; Pour les autres auteurs favorables, v. not. STARCK (B.), ROLLAND (H.) et BOYER (L.), *Droit civil – Les obligations, 2. Le contrat*, Litec, 6<sup>e</sup> éd., 1998, n°1019 ; TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°395 ; LARROUMET (Ch.), *Droit civil, T. III Les obligations, le contrat – 1<sup>ère</sup> partie, Conditions de formation*, Economica, 6<sup>e</sup> éd., 2007, n°551.

<sup>1159</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 18 oct. 2005, n°04-16832, *Bull. civ.* III, n°197.

<sup>1160</sup> Cette position de la Cour de cassation a été critiquée au regard de la théorie dite moderne des nullités. Les auteurs mettent en avant que « la finalité protectrice de la nullité relative n'est pas remise en cause » par l'attribution du droit de critique à une personne en plus du titulaire originaire en ce qu'elle ne vient pas « parasiter la protection de son auteur » (GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), n°2246. v. égal. FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), n°339. Ils soulignent que cette jurisprudence confère à l'action en nullité pour vice du consentement « un caractère personnel que leur nature d'instrument de protection d'un intérêt privé n'impose pas »).

<sup>1161</sup> LARROUMET (C.), *Droit civil, T. III – Les obligations, Le contrat, 1<sup>ère</sup> partie : conditions de formation*, Economica, 6<sup>e</sup> éd., 2007, n°551. V. égal. DESHAYES (O.), *op. cit.*, n°466.

<sup>1162</sup> FENET (P. A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XIII, Paris : Videcoq, Libraire, 1836, p. 167-168.

bénéficiant à l'ayant cause. Bien au contraire, lorsqu'ils évoquent les hypothèses où la confirmation est possible, les rédacteurs du Code civil énoncent différentes hypothèses – incapacité du mineur, de la femme mariée, vice du consentement – en prenant soin de préciser que l'action en nullité « n'appartient qu'à ceux » pour qui la loi a été faite. Dès lors, la réserve du droit acquis prévue par le troisième alinéa de l'article 1338 du Code civil concerne non la possibilité pour le tiers d'agir en nullité<sup>1163</sup>, mais le droit de propriété transmis antérieurement à la confirmation<sup>1164</sup>. Enfin, l'ayant cause n'a nul besoin, pour être protégé, d'être titulaire d'une action en nullité. En effet, la confirmation portant atteinte à ses droits acquis lui sera inopposable<sup>1165</sup>.

**336.** À la suite des auteurs se fondant sur l'efficacité de la sanction, il serait possible de mettre en avant la nature de la nullité – une sanction de la légalité – pour prôner la transmission d'une action attitrée en nullité aux ayant cause à titre particulier. Mais cet argument d'opportunité ne serait pas suffisant. En effet, le législateur n'a-t-il pas, en présence d'une action attitrée, lui-même décidé que seules certaines personnes pourraient exercer l'action en nullité ? N'a-t-il donc pas estimé que l'efficacité de la sanction était suffisamment assurée par les personnes ayant qualité pour agir ?

Une action en nullité attitrée ne peut pas être transmise aux ayants cause à titre particulier. D'une part, parce que « la transmission du seul droit d'agir ne se conçoit guère »<sup>1166</sup>. L'action ne peut se transmettre qu'avec le droit substantiel ou la prérogative dont elle assure la sanction<sup>1167</sup>. Or, on sait que l'action en nullité appartient au contentieux objectif<sup>1168</sup>. Dès lors, elle n'est attachée à aucun droit subjectif, aucune prérogative. Il n'y a donc aucun support susceptible de justifier la transmission d'une action en nullité attitrée à un ayant cause à titre particulier<sup>1169</sup>. D'autre part, comme il l'a déjà été souligné<sup>1170</sup>, l'ayant cause à titre particulier ne

<sup>1163</sup> Sous réserve que l'action soit qualifiée de banale.

<sup>1164</sup> V. *infra* n°507. Les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle, pour expliquer la réserve du droit des tiers recouraient tous au même exemple, celui du mineur qui vend un immeuble, puis une fois devenu majeur le cède une nouvelle fois et confirme ensuite la première vente.

<sup>1165</sup> V. *infra* n°515 et s.

<sup>1166</sup> CORNU (G.) et FOYER (J.), p. 364. V ; égal. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *op. cit.*, n°411 : « Il n'est pas envisageable qu'une action puisse être transmise indépendamment de la prérogative juridique dont elle assure la sanction ».

<sup>1167</sup> CADIET (L.) et JEULAND (E.), *op. cit.*, n°411 ; GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.) *op. cit.*, n°86 ; HÉRON (J.) et LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, L.G.D.J coll. Domat droit privé, 6<sup>e</sup> éd., 2015, n°127. *Adde.* CAYROL (N.), *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, préf. F. Grua, Économica, 1999, n°18. Selon cet auteur : « la thèse selon laquelle la transmissibilité de l'action dépend de celle du droit peut s'autoriser de l'ensemble de la doctrine de procédure civile ».

<sup>1168</sup> V. *infra* n°273.

<sup>1169</sup> Un auteur, en faveur de la transmission de l'action en justice sous la seule réserve de l'atteinte à l'ordre public, refuse d'expliquer « la possibilité de transmettre les actions en justice par la transmissibilité du droit substantiel » notamment parce que la transmission est impossible « chaque fois que le droit substantiel n'existe pas, ou qu'il n'est pas transmis ou transmissible » (CAYROL (N.), *op. cit.*, n°30).

possède aucune qualité lui permettant d'agir au nom et pour le compte de son auteur. Dès lors, rien ne peut justifier la transmission d'une action en nullité attitrée à l'ayant cause à titre particulier.

**337.** L'action en nullité n'ayant aucun droit substantiel pour support, elle ne peut pas se transmettre aux ayants causes. Cependant, en raison de la fiction qui fait d'eux les continuateurs de la personne du *de cuius*, les ayant cause universel et à titre universel peuvent exercer les actions en nullité attitrées de leur auteur, sous réserve de celles qui lui étaient exclusivement attachées.

**338.** En définitive, la distinction doctrinale des nullités relative et absolue et celle légale des actions attitrée et banale ne se recoupent pas. Seule cette dernière doit commander la détermination des titulaires de l'action en nullité. À ces premiers sujets de l'action identifiés il faudra ajouter leurs ayants cause universel et à titre universel sous réserve d'une action en nullité qui serait exclusivement attachée à la personne du *de cuius*. En présence d'une action banale, la détermination des titulaires du droit d'agir sera plus délicate : pourront intenter l'action, les personnes susceptibles de passer le filtre de l'intérêt à agir. Partant, il faut cerner plus précisément cette notion d'intérêt à agir.

## **Section 2 - L'intérêt à agir condition de l'action banale**

**339.** Chacun sait qu'en l'absence d'action attitrée, c'est l'existence d'un intérêt à agir qui octroie le droit d'être entendu sur le bien-fondé d'une prétention. L'identification de l'intérêt à agir en nullité constitue donc un préalable nécessaire (§.1) à la caractérisation de l'intérêt à agir des principaux acteurs de l'action en nullité (§.2).

### ***§. 1 - L'identification de l'intérêt à agir***

**340.** L'intérêt à agir peut être identifié à travers les caractères qu'il doit revêtir. On sait que, quelle que soit la nature du contentieux - objectif ou subjectif -, l'intérêt à agir doit être direct, actuel, personnel (A) et légitime (B)<sup>1171</sup>.

### **A - Un intérêt à agir direct, actuel et personnel**

---

<sup>1170</sup> V. *supra* n°335.

<sup>1171</sup> V. *supra* n°285.

**341.** On sait que l'intérêt à agir résulte de la confrontation mal/remède : si le jugement est susceptible de mettre fin au mal du requérant, alors ce dernier possède un intérêt à agir<sup>1172</sup>. Tout intérêt à agir n'ouvre cependant pas l'action. Pour qu'il en soit ainsi, l'intérêt doit présenter certaines qualités, notamment être direct, actuel et personnel au demandeur. Partant, pour remplir la condition subjective de recevabilité de la demande, le demandeur doit souffrir « d'une lésion de ses intérêts propres, telle que le résultat de l'action lui sera profitable personnellement »<sup>1173</sup>. Cette lésion peut être soit patrimoniale soit extrapatrimoniale<sup>1174</sup>.

L'exigence d'un intérêt personnel à agir s'oppose à ce que la lésion extrapatrimoniale invoquée soit l'atteinte à la légalité<sup>1175</sup>. Les particuliers n'ayant aucune mission s'apparentant à celle du ministère public, un tel intérêt à agir ne peut pas prospérer devant les tribunaux de l'ordre judiciaires<sup>1176</sup>. Dans le contentieux de la nullité comme dans tout autre contentieux, le demandeur doit pouvoir justifier d'un intérêt à agir personnel.

**342.** Il en sera ainsi lorsque l'annulation d'un acte constituera le remède au mal dont le demandeur est personnellement atteint. La jurisprudence est en ce sens puisqu'elle dénie tout intérêt à agir au demandeur lorsque son mal subsistera après l'annulation de l'acte litigieux. Inversement, elle reconnaît que le demandeur possède un intérêt à agir direct, actuel et personnel lorsque son mal est susceptible de prendre fin par l'annulation de l'acte juridique litigieux.

Lorsque le demandeur souffre d'un mal insusceptible de prendre fin par l'annulation de l'acte litigieux, la jurisprudence rejette sa demande, faute d'intérêt à agir. Ainsi, le débiteur cédé est dépourvu d'intérêt à agir en nullité de la cession de créance puisque son obligation demeurerait, quand bien même l'annulation serait prononcée<sup>1177</sup>. C'est également faute d'intérêt à agir que la Chambre commerciale de la Cour de cassation a rejeté les pourvois formés contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris ayant débouté plusieurs actionnaires de la société LVMH de leur action en annulation d'une émission d'obligations à bons de souscription<sup>1178</sup>. Pour ce faire, la Cour d'appel a relevé que les actionnaires n'avaient pas invoqué « un intérêt matériel résultant de la perte de chances de plus-values sur leur droit de souscription » et « que n'étaient établies ni la plausibilité de quelconques bénéfices financiers envisagés par eux [les actionnaires minoritaires] pour le cas d'annulation de l'émission

<sup>1172</sup> V. *supra* n°319.

<sup>1173</sup> GUINCHARD (S.), FERRAND (F.) et CHAINAIS (C.), n°71 ; CADIET (L.) et JEULAND (E.), n°366.

<sup>1174</sup> GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), n°128 ; v. déjà : GARSONNET (E.) et CEZAR-BRU (Ch.), *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, T. I, Librairie du recueil Sirey, 1912, n°360.

<sup>1175</sup> V. GUYOMAR (M.) et SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. Hypercours, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n°614 et s.

<sup>1176</sup> V. *supra* n°287.

<sup>1177</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 17 avril 2013 (deux arrêts), n°11-10710 et n°11-10029.

<sup>1178</sup> Cass. com., 15 juil. 1992, n°90-15589 et 90-16836, *Bull. civ.* IV, n°281.

litigieuse, ni l'atteinte prétendue au crédit de la société, excluant, par la même, en l'absence de toute autre allégation précise sur ce point, l'existence d'un intérêt moral ». Ainsi, dans toutes ces hypothèses, la situation du demandeur n'aurait été aucunement modifiée par l'annulation de l'acte litigieux. Aucun intérêt à agir ne pouvait donc être caractérisé.

Inversement, lorsque le mal invoqué par le demandeur peut prendre fin par l'annulation de l'acte litigieux, la jurisprudence lui reconnaît un intérêt à agir. Ainsi, la Chambre sociale de la Cour de cassation a considéré que présentent un intérêt à agir en nullité de la procédure de licenciement pour motif économique, les salariés ayant été licenciés dans le cadre de cette procédure. La nullité de cette dernière modifiera en effet la situation des employés : ils pourront être réintégrés dans leur emploi<sup>1179</sup>. Le mal est ici constitué par le licenciement, non par la cause de nullité. Elle n'est que le moyen pour obtenir le remède. De même, la Première Chambre civile de la Cour de cassation a reconnu que l'époux ayant sollicité une séparation de biens judiciaire dont les poursuites tendant à liquider les droits des parties n'ont pas été commencées dans les trois mois du jugement passé en force de chose jugée, et dont le règlement définitif n'est pas intervenu dans l'année de l'ouverture des opérations de liquidation, possède un intérêt à en demander la nullité<sup>1180</sup>. En effet, dans cette espèce, le prononcé de la nullité de la mesure permettait à l'épouse de sortir de l'impasse dans laquelle elle se trouvait. Le divorce du couple avait été prononcé et elle s'était vue octroyer une prestation compensatoire qui avait été remise en cause par la Cour d'appel au motif que la question de la détermination de leur régime matrimonial constituait un élément indispensable pour caractériser la disparité dans les conditions de vie des ex époux conditionnant l'octroi d'une prestation compensatoire. Dès lors, il était impératif pour l'épouse de clarifier le régime matrimonial du couple : régime légal ou séparation de biens. Le mal était donc constitué par sa situation incertaine qui ne lui permettait pas d'obtenir une prestation compensatoire, la cause de nullité étant le moyen d'obtenir le remède c'est-à-dire l'annulation de la procédure de séparation de biens judiciaire et par conséquent la clarification de son régime matrimonial.

Finalement, ces arrêts montrent que le mal subi ne réside pas dans la violation de la légalité, dans la cause de nullité atteignant l'acte. Il ressort de la prétention subjective motivant l'exercice de l'action en nullité. C'est ce qui explique l'idée communément admise selon laquelle le contentieux de la nullité appartient au contentieux subjectif. On sait que ce n'est pas le cas. Le contentieux de la nullité relève du contentieux objectif<sup>1181</sup>.

---

<sup>1179</sup> Cass. soc., 15 janv. 2003, n°00-45644 et 00-45681, *Bull. civ.* V, n°8.

<sup>1180</sup> Cass. civ.1<sup>ère</sup>, 4 juin 2009, n° 07-21702, *Bull. civ.* I, n°121 ; *Deffrénois* 2010, art. 39087-3, obs. CHAMPENOIS (G.).

<sup>1181</sup> V. *supra* n°276 et s.

**343.** Le mal dont se prévaut le demandeur doit donc lui être personnel et exister au jour où l'action est intentée. Toutefois, l'exigence d'un intérêt actuel a été assouplie tant par le Conseil d'Etat que par la Cour de cassation. En matière d'excès de pouvoir, le Conseil d'État a admis que l'intérêt était actuel lorsque la survenance du mal était quasi certaine, ou hautement probable<sup>1182</sup>. La Cour de cassation a suivi la même voie. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi considéré que possède un intérêt à agir la personne qui, ayant autorisé l'enregistrement d'une marque, pourra échapper à l'engagement de sa responsabilité, si elle parvient à obtenir la déchéance et la nullité d'une marque concurrente préalablement déposée<sup>1183</sup>. Son intérêt à agir est certain alors même que sa responsabilité n'est pas encore engagée. Une projection identique prévaut dans la jurisprudence relative au préjudice futur en matière de responsabilité délictuelle. Il est en effet considéré qu'un préjudice peut être futur « et cependant certain, lorsqu'il n'est pas douteux qu'il se produira »<sup>1184</sup>.

**344.** Dès lors, le mal dont le demandeur en nullité se prévaut, ne peut résider dans la transgression de la légalité. Il s'agit d'une prétention subjective, personnelle motivant l'introduction de l'action en nullité. La cause de nullité ne constituera que le moyen pour obtenir l'annulation, soit la satisfaction de cette prétention<sup>1185</sup>. L'intérêt à agir doit ainsi être recherché en considérant la nullité comme un moyen : quelle sera la situation du plaideur si la nullité est prononcée ? Ou bien, quelle sera la situation du plaideur si la nullité n'est pas prononcée ?

L'intérêt à agir exigé pour que la demande en nullité d'un acte soit recevable réside donc dans l'existence d'un mal subi (l'intérêt) – ou que subira – (actuel/certain) par le demandeur (personnel) et disparaissant si la nullité de l'acte litigieux est prononcée (direct)<sup>1186</sup>. Il appartiendra aux juges du fond d'apprécier souverainement l'existence d'un tel intérêt<sup>1187</sup>, au jour où l'action est intentée<sup>1188</sup>. Ces derniers devront également vérifier que l'intérêt à agir présente une dernière qualité : il doit être légitime.

## **B - La légitimité de l'intérêt à agir**

<sup>1182</sup> BAILLEUL (D.), « L'intérêt d'un « intérêt à agir » en matière d'excès de pouvoir », *Petites Affiches* 2003, n°24, p. 6. Admettant la survenance d'un mal quasi certain, V. par ex. CE, 11 déc. 1903 « Lot », *Rec. Lebon*, p. 780 ; CE, 7 janv. 1944 « Robert », *Rec. Lebon*, p. 7 ; CE 1<sup>er</sup> oct. 1990 « Boureil », req. n°77030. Reconnaisant la possibilité d'invoquer un mal dont la survenance est hautement probable, V. par ex. CE, 14 fév. 1958 « Abisset », *Rec. Lebon*, p. 98.

<sup>1183</sup> Cass. com., 29 sept. 2009, n° 07-20440.

<sup>1184</sup> BÉNABENT (A.), n°678.

<sup>1185</sup> Souligné par nous.

<sup>1186</sup> V. déjà, LUCAS (F.-X.), note sous Cass. com., 21 janvier 1997, *JCP* 1997, II, 22960, spéc. p. 538.

<sup>1187</sup> V. par ex. DESDEVISES (Y.), *J.-Cl. Procédure civile*, « Action en justice », Fasc. 126-2, n°8.

<sup>1188</sup> V. par ex. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 27 janv. 2015, n°13-27703 ; Cass. soc., 25 juin 2014, n°13-26895 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 8 avril 2014, n°13-10581.

**345.** La condition de légitimité de l'intérêt à agir est posée par l'article 31 du Code de procédure civile. Cette exigence se traduit en jurisprudence par la possibilité donnée au juge de porter un jugement de valeur sur l'opportunité de sa saisine<sup>1189</sup>. La condition de légitimité est, de ce fait, diversement appréciée en doctrine.

Certains auteurs contestent son existence même au motif qu'elle induirait « un moralisme discutable » et « un arbitraire insupportable »<sup>1190</sup>. Or un droit doit être neutre : il existe ou n'existe pas. Dès lors, comme tout droit, le droit d'action « existe ou n'existe pas, mais il ne saurait être moral ou immoral, opportun ou inopportun »<sup>1191</sup>. Cette exigence est également critiquée au motif que son examen ne se situe pas sur le terrain purement procédural du droit d'action : le juge examinerait déjà la prétention au fond<sup>1192</sup>.

D'autres auteurs se montrent favorables à cette condition. Il a d'ailleurs été souligné que « cette exigence légale n'est pas vaine » et que les critiques formulées à son encontre ne sont pas convaincantes<sup>1193</sup>. La réfutation des critiques repose sur le constat que le droit d'action ne se confond pas avec la situation ou le droit substantiel allégué<sup>1194</sup>. Le fond du droit est plus vaste que le seul bien-fondé de la prétention. Il inclut certes ce dernier, qui implique que les différentes conditions de fond nécessaires à l'application d'une règle de droit soient réunies, mais également l'examen des antécédents du droit ou de la situation litigieuse. En outre, l'action permet d'obtenir le recours à la contrainte sociale<sup>1195</sup>. En conséquence, il n'est pas illogique ce recours dépende de la légitimité de la situation ou du droit allégué. N'est-il pas satisfaisant que le requérant, qui a violé une règle de droit pour constituer sa situation, ne puisse demander la reconnaissance de ses effets au juge<sup>1196</sup> ?

**346.** Ainsi dans l'hypothèse où les conditions posées par la loi pour la reconnaissance du droit substantiel allégué sont réunies, le juge doit se poser deux questions induisant deux contrôles distincts.

---

<sup>1189</sup> GUINCHARD (S.), BANDRAC (M.) et *alii.*, *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 2005, n°684 ; CADIET (L.) et JEULAND (E.), n°364.

<sup>1190</sup> MAZEAUD (D.), *D.* 2002. 2559, n°3, note sous Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 24 janvier 2002.

<sup>1191</sup> GUINCHARD (S.), BANDRAC (M.) et *alii.*, *op. cit.*, n°688.

<sup>1192</sup> GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), n°137 ; Comp. WIEDERKEHR (G.), « La légitimité de l'intérêt pour agir », in *Mélanges en l'honneur de S. Guinchard « justices et droit du procès – du légalisme procédural à l'humanisme processuel »*, Dalloz, 2010, p. 877 et s., spéc. p. 879.

<sup>1193</sup> BOLARD (G.), « Qualité ou intérêt pour agir », in *Mélanges en l'honneur de S. Guinchard « justices et droit du procès – du légalisme procédural à l'humanisme processuel »*, Dalloz, 2000, p. 603 ; WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux. Mélanges en l'honneur d'Y. Serru*, Dalloz, 2006, n°5.

<sup>1194</sup> WICKER (G.), art. préc., n°5.

<sup>1195</sup> MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Sirey, 1948, n°31 : « Du droit subjectif susceptible de s'affirmer à l'égard d'un adversaire, se détache donc le droit subjectif à l'intervention de la contrainte sociale ».

<sup>1196</sup> WICKER (G.), art. préc., n°5.

La première question a trait aux antécédents de ces conditions. Est-ce que ces derniers sont licites et moraux<sup>1197</sup> ? La condition de légitimité constitue donc un moyen de contrôler les antécédents, c'est-à-dire de contrôler le principe même de l'action, sa légitimité. Cela implique, pour l'action en nullité, de se demander si un plaideur peut voir sa demande en nullité rejetée au motif qu'il est à l'origine de la cause de nullité.

Ensuite, l'intérêt à agir d'un plaideur implique une finalité qui lui est propre : il se prévaut d'un mal personnel susceptible de prendre fin par le jugement. D'où la seconde question : est-ce que l'effet recherché par le jugement est licite, moral<sup>1198</sup> ?

**347.** La légitimité de l'intérêt à agir constitue donc également un moyen de contrôle du mal invoqué par le demandeur. La nature de la nullité – une sanction de la légalité – conduit à exclure le contrôle des antécédents de l'action (1). En revanche, le contrôle de la motivation du demandeur doit être pleinement effectif (2).

### **1 - La nature de la nullité excluant le contrôle de la légitimité de l'action**

**348.** Dans le cadre du contrôle du principe de l'action, il s'agit de se focaliser sur les antécédents de l'atteinte<sup>1199</sup>. Dans le domaine des nullités, il faut donc s'attacher aux circonstances à l'origine de la cause de nullité. Un tel contrôle revient en théorie à déclarer irrecevable pour défaut d'intérêt légitime un plaideur responsable de la cause de nullité invoquée. Mais une telle solution reviendrait à occulter la finalité de l'action en nullité ainsi que la volonté du législateur lorsqu'il a opté pour la nullité comme sanction. On sait en effet que l'action en nullité appartient au contentieux objectif, et qu'en conséquence elle tend au rétablissement de la légalité transgressée<sup>1200</sup>. Si le législateur a opté pour la nullité c'est afin de s'assurer du respect de la règle. Ainsi, soit la nullité remplit sa fonction dissuasive et les parties à l'acte se plient à la règle, soit la fonction dissuasive échoue et le respect de la règle repose alors sur la fonction réparatrice de la nullité c'est-à-dire sur l'annulation de l'acte<sup>1201</sup>. Dès lors, il faut choisir entre punir le demandeur à l'origine de la cause de nullité en lui fermant l'action en nullité faute d'un intérêt légitime à agir, et favoriser le rétablissement de la légalité en lui ouvrant l'action.

La nature de la nullité nous conduit à opter pour cette seconde solution. D'ailleurs, le ou les demandeurs à l'origine de la cause de nullité ne resteront pas

---

<sup>1197</sup> *Ibid.*, n°8.

<sup>1198</sup> *Ibid.*, n°10 ; v. égal. WIEDERKEHR (G.), art. préc., p. 882-883.

<sup>1199</sup> WICKER (G.), art. préc., n°12.

<sup>1200</sup> V. *supra* n°273 et s.

<sup>1201</sup> V. *supra* n°253.

nécessairement impunis. La sanction de leur comportement s'opèrera, non pas sur le terrain de la recevabilité de l'action, mais éventuellement sur le terrain des restitutions<sup>1202</sup>, de la responsabilité civile<sup>1203</sup>, voir même parfois du droit pénal<sup>1204</sup>.

**349.** La jurisprudence relative à l'illicéité de la cause ouvrant l'action au contactant à l'origine du vice entachant l'acte doit constituer le principe. Dans un arrêt de la Troisième chambre civile en date du 3 février 1998, la Cour de cassation a énoncé que « la convention, qui donne naissance à une obligation dont la cause est illicite, est atteinte d'une nullité que tout intéressé peut invoquer, sans que l'on puisse lui opposer son indignité, la cour d'appel a exactement retenu, sans être tenue de répondre à des conclusions que ses constatations rendaient inopérantes, que Mme A..., bien que partie à la combinaison, avait un intérêt personnel à agir »<sup>1205</sup>. Ainsi, peu importe que le demandeur soit à l'origine de la cause de nullité<sup>1206</sup>. L'important réside ailleurs, dans le respect de la règle édictée par le législateur. L'acte heurtant l'ordre juridique doit en être exclu.

**350.** En définitive, dans le cadre de l'action en nullité, l'exigence de légitimité ne doit pas permettre de contrôler le principe de l'action<sup>1207</sup>. Elle doit seulement servir à contrôler la finalité de l'action en nullité, finalité propre au demandeur.

## **2 - Le contrôle de la légitimité du mal invoqué limitant le cercle des demandeurs**

**351.** Comme tout droit, celui d'être entendu par un juge sur le bien-fondé de sa demande peut faire l'objet d'un usage abusif. Il en sera ainsi lorsque l'exercice de l'action

---

<sup>1202</sup> V. not. Cass. Com., 11 juil. 2006, *Bull. civ.* IV, n°180, pourvoi n°04-16759 ; v. égal. l'adage *nemo auditur* (ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français, op. cit.*, n°232).

<sup>1203</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *op. cit.*, n°109 et s.

<sup>1204</sup> V. OTTENHOF (R.), *Le droit pénal et la formation du contrat*, préf. H. Blaise, Paris, LGDJ, 1970. L'auteur relève que « le domaine de la formation du contrat offre [...] de multiples exemples de rapports contractuels pénalement réglementés » (n°9), ou encore que « l'escroquerie et les infractions assimilées [ont] absorbé la majeure partie du contentieux civil du dol » (n°222) mais également que « le droit pénal contribue à la formation correcte du contrat civil » (n°225) ; V. égal. DADOUN (A.), *La nullité du contrat et le droit pénal*, préf. Y.-M. Serinet, LGDJ – Lextenso éditions, 2011.

<sup>1205</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 3 fév. 1998, n° 95-18597. Il est notable que la Cour de cassation n'évoque que la présence d'un intérêt personnel à agir et occulte son caractère légitime après avoir relevé que le demandeur était, entre autres, à l'origine de la cause de nullité invoquée.

<sup>1206</sup> V. égal. Cass. com., 23 juin 1981, n°79-10988, *Bull. civ.* IV, n°294. La Cour de cassation énonce que : « pour confirmer ce jugement, l'arrêt énonce que le contrat originaire était légal et valide, que si la somme effectivement payée comptant a été inférieure à ce qui était prévu, c'est par suite de la fraude et du dol commis par M...X qui n'est pas autorisé à plaider sa propre turpitude ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte des propres constatations de l'arrêt que M...X a obtenu un crédit supérieur à celui qui était autorisé par la réglementation en vigueur et alors qu'ayant même participé à la violation de cette réglementation il était recevable à invoquer la nullité entraînée par cette irrégularité, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

<sup>1207</sup> V. déjà. PICOD (Y.), *Rep. Civ. Dalloz*, v° Nullité, mars 2013, n°37.

n'aura pour but que de tourner ou frauder la loi<sup>1208</sup>. Le contrôle de la finalité de l'action impose donc de vérifier que le demandeur n'est pas mu uniquement par le souci d'échapper à l'exécution d'obligations parfaitement licites<sup>1209</sup>. Dans une telle hypothèse, le juge déclarera la demande irrecevable sans l'examiner au fond. Un tel contrôle n'implique pas en effet de déterminer si l'acte litigieux est – ou non – entaché d'une cause de nullité. Il s'agit seulement pour le juge de déterminer si, en sollicitant la nullité d'un acte, le demandeur cherche à tourner la loi. La frontière entre l'examen de la recevabilité et l'examen au fond restera donc sauve<sup>1210</sup>.

**352.** En matière de nullité, il convient alors de s'interroger sur les fins de l'exercice de l'action en nullité. *A priori* ses fins sont toujours légitimes puisque l'action tend au rétablissement de la légalité transgressée. Mais comme l'intérêt invoqué ne peut être le rétablissement de la légalité transgressée, ce n'est pas cette fin qu'il faut scruter, mais celle relative au mal dont le demandeur se prévaut<sup>1211</sup>. Est-ce que le préjudice qu'il souhaite éviter par le biais de cette action ne constitue pas une simple application de la loi à laquelle il cherche à se soustraire ? Est-ce que le prononcé de la nullité ne permettra pas au demandeur de tourner ou de frauder la loi ? Cette loi peut bien entendu être la loi contractuelle. Un contractant ne doit pas pouvoir demander la nullité de l'acte dans l'unique but d'échapper à l'exécution de ses obligations lorsqu'elles sont licites. Dans une telle hypothèse, il faut considérer que le contractant est dépourvu d'un intérêt légitime à agir. A ainsi été déclaré irrecevable à agir, faute d'intérêt légitime, l'associé qui agit en nullité d'une augmentation de capital dans le but, qualifié d'illégitime par la Cour d'appel de Paris, de se soustraire à l'exécution de l'obligation à laquelle il avait été condamné envers la société<sup>1212</sup>. Il aurait

---

<sup>1208</sup> BOLARD (G.), art. préc., p. 603.

<sup>1209</sup> Ainsi lorsque le demandeur ne cherche qu'à obtenir le respect du droit que le législateur lui a octroyé, le contrôle de la légitimité de son intérêt à agir n'est que formel. v. not. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 3 mars 2010, n°08-21240 : « Attendu qu'ayant relevé que la commune poursuivait l'annulation d'une vente réalisée au mépris d'un droit de préemption dont elle était titulaire, la cour d'appel a pu retenir, par ce seul motif, qu'elle justifiait d'un intérêt légitime à agir en nullité de la vente ».

<sup>1210</sup> À plusieurs reprises la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que : « l'intérêt à agir n'est pas subordonné à la démonstration préalable du bien-fondé de l'action ». V. not. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 1 oct. 2008, n°07-16273, *Bull. civ.* III, n°145 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 29 sept. 2009, n°07-21984 ; Cass. com., 24 mai 2011, n°10-24869, *Bull. civ.* IV, n°80.

<sup>1211</sup> V. *supra* n°279 et n°288.

<sup>1212</sup> Cour d'appel de Paris, 3<sup>e</sup> Chambre B, 23 oct. 1992 : « Considérant que les appelants n'agissent pas dans l'intérêt de la société dont ils demandent la dissolution, ne contestant d'ailleurs plus réellement que la société se trouve actuellement in bonis ; Qu'ils n'invoquent aucun préjudice, même moral, qui serait résulté pour eux des irrégularités prétendues et ne réclament par suite aucune réparation ; Que, bien au contraire, le litige qui a opposé EUROGES à S.N.P.M.I. dans les conditions relatées par la première, non démenties par les appelants, laisse à penser que ceux-ci, qui ne contestent pas davantage leurs fonctions au sein de la seconde, poursuivent un but illégitime consistant à permettre à S.N.P.M.I. de se soustraire à l'exécution de l'arrêt qui l'a condamnée envers EUROGES ; Que, le moyen de l'irrecevabilité de l'action des appelants pour défaut d'intérêt n'ayant pas été présenté par l'intimée, il y a lieu de le mettre dans les débats et d'ordonner à cette fin leur réouverture pour permettre aux parties de s'expliquer ». (souligné par nous).

d'ailleurs fallu retenir une solution similaire, lorsque, antérieurement aux arrêts de l'Assemblée Plénière du 1<sup>er</sup> décembre 1995, les contractants invoquaient les règles relatives à la détermination du prix afin d'échapper non pas à un prix injuste, mais à des obligations étrangères au paiement du prix<sup>1213</sup>.

**353.** La condition de légitimité de l'intérêt à agir permet donc d'exclure certaines parties à l'acte des titulaires du droit d'agir lorsqu'elles sont mues par le souci d'échapper à une obligation parfaitement licite<sup>1214</sup>. Au demeurant, c'est sur ce fondement de la légitimité de l'intérêt à agir que doit être rejetée la demande de l'employeur tendant à la nullité d'une clause de non concurrence dépourvue de contrepartie financière ou d'une clause couperet<sup>1215</sup>.

En présence d'une clause de non-concurrence dépourvue de contrepartie financière, un employeur peut, si la convention collective ne prévoit rien, soit proposer à son employé la contrepartie faisant défaut, soit renoncer par avance au jeu de la clause. L'employeur n'optant pour aucune de ces solutions peut être condamné à verser à l'employé ayant respecté la clause de non-concurrence des dommages-intérêts<sup>1216</sup>. Ainsi, par l'exercice d'une action en nullité, l'employeur cherche uniquement à échapper à l'obligation mise à sa charge, celle d'indemniser son employé. Il faut donc déclarer l'action de l'employeur irrecevable faute d'intérêt légitime à agir. Une solution similaire doit être retenue lorsque l'employeur sollicite la nullité d'une clause couperet.

Lorsqu'une convention collective contient une clause couperet avec un âge supérieur à l'âge légal de la retraite, l'employeur ne peut pas, pour justifier la mise à la retraite de salarié avant l'âge conventionnellement prévu, se prévaloir d'une part des conditions légales de mise à la retraite prévues par l'article L. 122-14-13 du Code du travail<sup>1217</sup>, et d'autre part de la nullité de la clause couperet conventionnelle. En effet, par leur invocation conjuguée, l'employeur cherche à se séparer d'un salarié sans avoir à lui verser une indemnité de licenciement. Il souhaite, par ce biais, uniquement échapper à une obligation parfaitement

---

<sup>1213</sup> Sur ce point, v. not. Terré (F.) et Lequette (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 2008, n°152-155, spéc. p. 82.

<sup>1214</sup> V. CADIET (L.) et JEULAND (E.), n°364 : « l'exigence d'un intérêt légitime pourrait donc bien être justifiée par la nécessité de vérifier que l'avantage poursuivi par l'action, l'exigence n'est pas immoral ou inopportun ».

<sup>1215</sup> Pour la nullité d'une clause de non concurrence dépourvue de contrepartie financière, v. *supra* n°150 ; Pour la nullité d'une clause couperet, v. AP, 6 nov. 1998, n°97-41931, *Bull. AP*, n°3 ; *JCP* 1998, II, 10004, note CORRIGNAN-CARSIN (D.).

<sup>1216</sup> V. not. Cass. soc., 26 oct. 2010, n°09-41002. La Cour de cassation énonce, au visa des articles 1315, 1134 et 1147 du Code civil ainsi que du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, que : « le respect par un salarié d'une clause de non-concurrence illicite lui cause nécessairement un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue et qu'il incombe à l'employeur qui s'oppose à la demande en paiement de dommages-intérêts de ce chef de prouver que le salarié n'a pas respecté cette clause ».

<sup>1217</sup> Cet article énonçait que tout employeur a le droit de mettre à la retraite un salarié à l'âge de 60 ans s'il peut bénéficier, à cet âge, d'une pension de vieillesse à taux plein.

licite. Dès lors, son intérêt à agir en nullité de la clause couperet conventionnelle doit être jugé illégitime.

**354.** Finalement, une action en nullité ne doit pas être intentée dans l'unique but d'échapper soit à une obligation légale, soit à une obligation contractuelle licite, contractée en pleine connaissance de cause et librement<sup>1218</sup>. Dans de telles hypothèses, l'exigence de la légitimité de l'intérêt doit faire obstacle à la recevabilité de la demande.

Un plaideur doit donc pouvoir justifier d'un mal actuel, personnel et légitime prenant fin avec le prononcé de la nullité pour être titulaire d'une action en nullité non attirée par le législateur. Maintenant identifié, l'intérêt à agir des principaux acteurs de l'action en nullité peut être caractérisé.

### *§. 2 - La caractérisation de l'intérêt à agir*

**355.** Il ne s'agit pas ici d'envisager tous les acteurs possibles de l'action en nullité, mais de constater que, quelle que soit leur relation avec l'acte dont il s'agit d'obtenir la nullité, les conditions sont toujours les mêmes : le demandeur doit pouvoir justifier d'un intérêt à agir actuel, direct, personnel et légitime. Pour le démontrer, nous allons caractériser l'intérêt à agir de quelques acteurs possibles de l'action suivant la distinction traditionnellement opérée entre le ministère public (A), les parties à l'acte (B) et les tiers (C).

#### **A - L'intérêt à agir du ministère public**

**356.** Les actes juridiques des citoyens intégrant l'ordre juridique peuvent avoir une influence sur la société. Ayant pour mission de défendre les intérêts de la Société tout en respectant les libertés individuelles, le ministère public pourrait donc avoir un intérêt à agir en nullité d'actes passés au mépris de règles édictées pour leur validité<sup>1219</sup>. Une telle compétence serait toutefois beaucoup trop étendue. En effet, si les actes des citoyens ont un impact sur l'ordre juridique, ils n'en restent pas moins des actes entre particuliers, des actes concernant des intérêts particuliers. D'ailleurs le ministère public n'a jamais obtenu, que ce soit du

---

<sup>1218</sup> Ainsi, le recours à la légitimité de l'intérêt aurait pu permettre de rendre une solution similaire à celle de la Première chambre civile de la Cour de cassation en date du 9 novembre 1999 (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 nov. 1999, n°97-16306 et 97-16800, *Bull. civ.* I, n°293). La Cour de cassation affirme que l'absence d'aléa – soit l'absence de cause – au sein d'un contrat d'assurance constitue une cause de nullité relative qui ne peut, de ce fait, être invoquée par une société d'assurance tierce au contrat dépourvu d'aléa. Or, dans cette hypothèse, il n'était pas utile de qualifier la nullité pour absence de cause de nullité relative afin d'énoncer que la compagnie tierce était irrecevable à agir en nullité du contrat. En effet, la compagnie d'assurance ne cherchait qu'à échapper à l'exécution de son obligation parfaitement licite. Dès lors, son intérêt à agir n'était pas légitime. Elle était irrecevable à agir.

<sup>1219</sup> GOUT (O.), « Ministère public – Attributions judiciaires en matière civile », *J. Cl. Procédure civile*, Fasc. 100, mars 2014, n°1.

législateur ou de la jurisprudence, un blanc-seing afin d'agir pour tout rétablissement de la légalité transgressée. C'est la loi du 20 avril 1810 relative à l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice, qui, la première, a précisé les compétences du ministère public en matière civile. Elle disposait « en matière civile, le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi » et qu'il « surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements ; il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public »<sup>1220</sup>. Puis, par l'arrêt Bodin du 17 décembre 1913, la Cour de cassation a reconnu et encadré le droit du ministère public d'agir pour la défense de l'ordre public. Elle a soumis son action à deux conditions cumulatives. Il faut que l'ordre public soit « directement et principalement intéressé » et qu'aucun intérêt rival ne soit lésé<sup>1221</sup>. Ces deux conditions reflètent la nécessité de concilier la protection de l'ordre public et celle des intérêts des particuliers.

**357.** Aujourd'hui, la compétence du ministère public est évoquée à l'article 423 du Code de procédure civile. Il dispose qu'« en dehors de ces cas [ceux évoqués à l'article 422]<sup>1222</sup>, il [le ministère public] peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ». Cette disposition semble avoir étendu le champ d'action du ministère public puisque le législateur n'y pas repris toutes les conditions dégagées par la jurisprudence. L'intérêt à agir du ministère public réside donc dans l'existence d'un fait qui porte atteinte à l'ordre public. D'ailleurs la Cour de cassation exige que les juges du fond justifient en quoi le fait considéré porte atteinte à l'ordre public et autorise le procureur de la République à agir. Si les juges du fond manquent à cette exigence, ils encourent la cassation pour manque de base légale<sup>1223</sup>.

Ainsi, la Cour de cassation a censuré un arrêt de Cour d'appel qui avait déclaré irrecevable l'action du ministère public en nullité de la transcription d'actes d'état civil établis à l'étranger et résultant d'une convention de gestation pour autrui<sup>1224</sup>. Après avoir rappelé, au visa des articles 423 du Code de procédure civile et 16-7 du Code civil, « qu'aux termes du

---

<sup>1220</sup> V. Part. 46 de la loi du 20 avril 1810. Il dispose : « En matière civile, le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi. Il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements ; il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public ».

<sup>1221</sup> Cass. civ., 17 déc. 1913, *D.* 1914, 1, 261, obs. BINET (P.). La Cour de cassation énonce : « si, notamment, la loi du 20 avril 1810 dispose, par son article 46, qu'en matière civile, le ministère public agit d'office "dans les cas spécifiés par la loi", le droit d'action ne s'explique et ne se justifie que dans les circonstances où l'ordre public est directement et principalement intéressé, à l'occasion de faits qui y portent une grave atteinte, sans léser aucun intérêt rival ; qu'il n'en est pas ainsi en ce qui concerne les reconnaissances d'enfants naturels ».

<sup>1222</sup> L'article 422 du Code de procédure civile dispose : « Le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi ». Les articles 422 et 423 du Code de procédure civile montrent bien que la distinction des actions attitrées et des actions banales s'applique au ministère public.

<sup>1223</sup> V. not. Cass. com., 10 mars 2009, n°07-16078, *Bull. civ.* IV, n°35.

<sup>1224</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 déc. 2008, n°07-20468, *Bull. Civ.* I, n°289 ; v. not. *Defrénois* 2009, art. 38910, n°5, p. 549, note MASSIP (J.), « La recevabilité des actions en justice du ministère public en matière de filiation » ; *Procédures*, 2009, n°2, p. 21, obs. DOUCHY-OUDOT (M.), « Ministère public, état civil et gestation pour le compte d'autrui ».

premier de ces textes, le ministère public peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion de faits portant atteinte à celui-ci ; que, selon le second, toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle », elle énonce qu'il ressort des propres constatations de la Cour d'appel « que les énonciations inscrites sur les actes d'état civil ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui, de sorte que le ministère public justifiait d'un intérêt à agir en nullité des transcriptions ».

Préalablement, la Haute juridiction avait jugé recevable l'appel interjeté par le ministère public contre un jugement ayant fait droit à la demande en nullité d'un époux pour erreur sur les qualités essentielles de son épouse au motif qu'elle lui avait menti sur sa virginité. La Cour d'appel de Douai avait relevé que dans cette affaire étaient en jeu « les principes de respect de la vie privée, de liberté du mariage, de prohibition de toute discrimination entre les hommes et les femmes » qui « relèvent du droit des personnes - dont les parties n'ont pas la libre disposition - et de l'ordre public ». Elle précisait également que « l'appréciation des " qualités essentielles " au sens de l'article 180 alinéa 2 du Code civil relève également du contrôle de l'ordre public dès lors qu'elle ne peut être laissée à la libre disposition des parties »<sup>1225</sup>. Par cette motivation, la Cour d'appel avait mis en lumière l'intérêt à agir du ministère public.

**358.** En définitive, le ministère public doit pouvoir justifier que l'acte entaché d'une cause de nullité porte atteinte à l'ordre public et que cette atteinte prendra fin par le prononcé de la nullité de l'acte. Comme les autres acteurs de l'action en nullité, tels les parties à l'acte litigieux, le ministère public n'a pas d'intérêt à agir du seul fait que la légalité a été transgressée.

## **B - L'intérêt à agir des parties à l'acte**

**359.** Les personnes ayant consenti à l'acte entaché d'une cause de nullité sont *a priori* les mieux placées pour en demander l'annulation<sup>1226</sup>. Comme avait pu le souligner RIPERT et BOULANGER, la loi trouve « dans les contractants eux-mêmes de précieux auxiliaires pour donner une sanction à la violation des règles qu'elle édicte »<sup>1227</sup>. Cette affirmation est d'autant plus exacte que la circonstance qu'un contractant soit à l'origine de la cause de nullité doit être indifférente : il ne faut pas le priver de la possibilité d'invoquer la nullité<sup>1228</sup>. Une première question se pose alors : est-ce que les parties ont systématiquement un intérêt à agir ? La

<sup>1225</sup> CA Douai, 17 nov. 2008, n° de RG : 08/03786 ; v. not. *Dr. fam.* 2008. 167, obs. LARRIBAU-TERNEYRE (V.) ; *D.* 2010. 728, Droit des couples avril 2008 – décembre 2009, LEMOULAND (J.-J.) et VIGNEAU (D.).

<sup>1226</sup> À celles-ci, il faut assimiler leurs ayants cause universels ou à titre universel. V. *supra* n°333.

<sup>1227</sup> RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, T. II, Obligations et droits réels*, Paris, L.G.D.J., 1957, n°714.

<sup>1228</sup> V. *supra* n°348 et s.

réponse est négative. Elles doivent, comme tout demandeur, pouvoir justifier d'un intérêt à agir actuel, personnel et légitime.

Dès lors une seconde question survient : cet intérêt à agir peut-il résider dans l'obligation d'exécuter les engagements contractés ? Là encore, la réponse doit être négative. L'obligation d'exécuter les engagements contractés pourrait être regardé comme un mal, mais il ne serait en aucun cas légitime car, par hypothèse, la partie à l'acte a consenti à l'exécution des obligations prévues. Dès lors, si un contractant instrumentalise la nullité uniquement pour échapper à une obligation, sa demande doit être rejetée<sup>1229</sup>. Il en va cependant autrement lorsque l'obligation est entachée d'illicéité ou que le demandeur n'a pas émis un consentement libre ou éclairé. Dans ces hypothèses, le mal du demandeur peut résider dans l'obligation d'exécuter ses engagements. Ainsi, par exemple, lorsque le consentement d'un contractant a été vicié, son mal réside dans l'obligation d'exécuter des engagements auxquels il n'a pas réellement consenti.

Partant, on perçoit que l'existence d'une cause de nullité ne suffit pas à la caractérisation d'un mal constitutif d'un intérêt à agir, mais qu'en revanche, les conséquences de cette cause de nullité le peuvent. En effet, ce n'est pas l'existence d'un vice du consentement qui caractérise l'intérêt à agir d'un plaideur mais les conséquences de ce vice. L'exécution d'obligations non réellement consenties constitue un mal atteignant la victime et susceptible de prendre fin par le prononcé de la nullité. De cette hypothèse, on peut rapprocher celle de l'acte juridique conclu sous l'empire d'un trouble mental. Le trouble mental agit sur la qualité du consentement émis<sup>1230</sup>. Dès lors, ici également, le mal du contractant réside dans l'obligation d'exécuter des obligations auxquelles il n'aurait pas consenti s'il avait été « sain d'esprit ». Les illustrations pourraient être multipliées. Ainsi, les conséquences de la cause de nullité peuvent également constituer un intérêt à agir lorsque le législateur, à titre préventif, a posé une interdiction sanctionnée par la nullité. Il en est ainsi,

---

<sup>1229</sup> V. *supra* n°352.

<sup>1230</sup> La Cour de cassation évoque régulièrement ce lien entre trouble mental et consentement. v. par ex. Cass. soc., n°11-13930 : « la cour d'appel, qui a souverainement constaté que les documents versés au dossier par Mme X... n'établissaient pas que son époux ait été atteint, au moment de la signature des actes concernant la préretraite, de troubles mentaux de nature à altérer son consentement » ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 22 juin 2010, n°09-14979 : « qu'ayant énoncé à bon droit qu'il appartenait à M. X... de justifier de l'existence d'un trouble mental d'une gravité suffisante pour qu'il n'ait pas été en état d'exprimer une volonté consciente au moment de la signature de l'acte » ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 fév. 2007, pourvoi n°04-19943 : « a estimé qu'il résultait de façon incontestable de l'ensemble de ces éléments que M. X... ne disposait pas de ses facultés mentales au moment de la signature de l'acte et qu'il n'avait pu donner un consentement éclairé » et Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mai 2002, n° 99-16421 : « attendu que la cour d'appel a retenu que le médecin commis par le juge des tutelles le 5 juillet 1993 avait conclu à une altération des facultés mentales de Mme A... et que son avis était conforté par le rapport d'expertise du docteur X... relevant que cette personne n'était pas en état de donner un consentement utile et éclairé à la vente de ses biens immobiliers ; qu'elle a ainsi répondu aux conclusions prétendument omises et légalement justifiées sa décision ». (Souligné par nous).

par exemple, de la prohibition pour l'administrateur d'une société anonyme de conclure un contrat de travail<sup>1231</sup>. On sait que cette prohibition peut recevoir trois explications, dont celle relative au bon fonctionnement de la société. La « double casquette » portée par le salarié/administrateur pourra en effet susciter des difficultés puisqu'en qualité de salarié l'administrateur sera sous l'autorité du président directeur général, tandis qu'en qualité d'administrateur il contrôlera ce dernier. Tous les contractants étant susceptibles de se trouver dans la situation délicate que le législateur a souhaité éviter, ils possèdent tous un intérêt à agir. Le mal sera ici constitué soit par la réalisation de l'une des craintes du législateur, soit par l'épée de Damoclès, matérialisant la situation potentiellement conflictuelle, et pesant sur les parties à l'acte.

Ces exemples montrent que la finalité de la règle peut exercer une influence sur la caractérisation de l'intérêt à agir<sup>1232</sup>. Pour autant, si elle permet parfois de caractériser un intérêt à agir, elle ne peut aucunement conduire à l'exclusion d'un requérant du cercle des titulaires du droit d'agir. La finalité de la règle a donc un effet plus positif que négatif<sup>1233</sup>. Ainsi, même si intérêt à agir et intérêt protégé peuvent se recouper quand il s'agit de caractériser l'intérêt à agir d'une partie à l'acte, c'est bien d'intérêt à agir dont il s'agit<sup>1234</sup>. C'est l'intérêt à agir qui doit seul commander l'ouverture de l'action.

**360.** Finalement, si les parties à l'acte sont de « précieux auxiliaires » pour dénoncer la transgression de règles relatives à la validité d'un acte, leur intérêt à agir ne sera pas systématique. En effet, comme tous les demandeurs, les parties à l'acte litigieux doivent pouvoir justifier d'un intérêt direct, actuel, personnel et légitime. Les conséquences de la cause de nullité permettront, parfois, de caractériser aisément l'intérêt à agir d'au moins l'une des parties à l'acte. Pour autant, il est impossible d'affirmer que l'intérêt à agir des autres contractants ne pourra jamais être caractérisé puisqu'on sait que l'intérêt protégé et l'intérêt à agir ne se superposent pas<sup>1235</sup>. D'ailleurs, comme il l'a été souligné, en matière d'intérêt à agir « tout est affaire d'espèce »<sup>1236</sup>. En conséquence, lorsqu'une fin de non-recevoir est déposée contre une partie et que cette dernière échoue à caractériser un mal direct, actuel, personnel et légitime susceptible de prendre fin avec le jugement prononçant l'annulation, alors sa demande sera jugée irrecevable.

---

<sup>1231</sup> Sur cette prohibition, v. *supra* n°179.

<sup>1232</sup> On a déjà pu souligner qu'intérêt à agir et intérêt protégé pouvaient se recouper. V. *supra* n°318 et s.

<sup>1233</sup> V. *supra* n°329 concernant le refus de recourir au critère non opérationnel de l'intérêt protégé pour attirer des actions en nullité.

<sup>1234</sup> V. *supra* n°318 et s.

<sup>1235</sup> V. *supra* n°288 *in fine*.

<sup>1236</sup> GUYOMAR (M.) et SEILLER (B.), *op. cit.*, n°623.

**361.** Les parties à l'acte et leurs ayants cause à titre universel sont traditionnellement considérés comme les principaux acteurs de l'action en nullité. En revanche les tiers sont, sauf exception, généralement exclus au motif que le « contrat est la chose des parties » ou qu'ils ne sont pas concernés par l'acte en raison de l'effet relatif des conventions. Une telle analyse est trop rapide et contraire à l'article 31 du Code de procédure civile. En effet, dès lors qu'une personne justifie d'un intérêt à agir direct, personnel et légitime, sa demande en nullité doit être recevable et ce quel que soit son lien avec l'acte litigieux.

### **C - L'intérêt à agir des tiers**

**362.** La catégorie des tiers recouvre des situations diverses. Il est cependant possible de distinguer les tiers intéressés par l'acte litigieux, ceux à qui les parties sont susceptibles d'opposer les conséquences juridiques de leur acte<sup>1237</sup>, des tiers qui ne le sont pas. Ces derniers devront alors avoir suffisamment connaissance de l'acte pour pouvoir y déceler une cause de nullité, mais ils auront en sus bien du mal à justifier d'un intérêt personnel et légitime à agir. Si l'acte ne les intéresse pas, si les conséquences juridiques de l'acte ne sont pas susceptibles de leur être opposées, comment cet acte leur créerait-il un mal auquel seule la nullité pourrait mettre fin ? La Cour de cassation a ainsi considéré que ne possèdent aucun intérêt à agir en nullité de la procédure de licenciement collectif pour motif économique, les salariés n'ayant pas fait l'objet d'une mesure de licenciement économique. La nullité de la procédure s'avèrerait en effet sans incidence sur leur situation<sup>1238</sup>. Il reste que si l'intérêt à agir de ces tiers sera difficile à caractériser, il ne sera pas systématiquement impossible<sup>1239</sup>.

Un peu plus aisée sera la situation des tiers intéressés par l'acte litigieux. Plusieurs catégories non exhaustives de ces tiers intéressés sont à même d'être dégagées. Il peut s'agir notamment des personnes dont l'intervention était requise pour la validité de l'acte, c'est-à-dire celles dont les droits ont été méconnus lors de la conclusion de l'acte (1), du tiers évincé (2), des créanciers (3), des contractants au sein d'un groupe de contrats (4) ou enfin des personnes morales représentant des intérêts collectifs (5).

#### **1 - Les demandeurs dont la conclusion de l'acte a violé les droits**

**363.** Les personnes qui auraient dû être parties à l'acte ou dont le droit de préférence a été méconnu possèdent assurément un intérêt à agir en nullité dudit acte. Si dans

---

<sup>1237</sup> V. GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *op. cit.*, n°568 ; HANNOUN (Ch.), « L'action en nullité et le droit des sociétés (Réflexions sur les sources procédurales du droit de critique et leurs fonction) », *RTD com.* 1993. 227, spéc., n°5.

<sup>1238</sup> Cass. soc., 15 janv. 2003, n° 00-45644 et 00-45681, *Bull. civ.* V, n°8.

<sup>1239</sup> V. GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), n°2259.

nombre de ces hypothèses le législateur a attitré l'action en nullité - il a réservé l'action soit à la personne dont le consentement était requis<sup>1240</sup>, soit à celle dont le droit a été méconnu<sup>1241</sup> -, dans d'autres il est demeuré silencieux. En conséquence, l'action en nullité doit être qualifiée d'action banale. Il faut en effet écarter tout raisonnement par analogie conduisant à considérer que ces actions sont non pas banales, mais attitrées. On sait en effet que « l'analogie procède par extension de la solution établie pour une situation déterminée à une situation non réglée »<sup>1242</sup>. Or la détermination des titulaires de l'action doit toujours être considérée comme « une situation réglée ». L'identification des personnes pouvant exercer l'action résulte de la mise en œuvre de l'article 31 du Code de procédure civile. Dès lors, si l'action n'a pas été attitrée par le législateur, elle est banale<sup>1243</sup>. Partant, le demandeur à l'action doit, pour pouvoir exercer l'action en nullité, être en mesure de justifier d'un intérêt à agir actuel, personnel, direct et légitime.

**364.** Il reste que l'intérêt à agir du titulaire du droit méconnu lors de la passation de l'acte litigieux ne suscitera aucune difficulté. D'ailleurs, si dans de telles hypothèses le législateur attitre l'action, c'est bien parce qu'il estime que l'acte conclu en violation de la disposition sanctionnée par la nullité porte atteinte aux intérêts personnels du bénéficiaire de l'action. Dès lors, il n'est pas surprenant que la Cour de cassation considère que le nu propriétaire qui n'a pas donné son consentement à la conclusion du bail commercial consenti par l'usufruitier possède un intérêt à agir en nullité du bail<sup>1244</sup>. La violation de l'article 595 alinéa 4 du Code civil, imposant à l'usufruitier d'obtenir le consentement du nu propriétaire pour consentir un bail commercial sur l'immeuble objet du démembrement du droit de propriété, cause au nu propriétaire un mal puisque le régime du bail commercial a des

---

<sup>1240</sup> V. par ex. l'art. 215 al. 3 disposant que les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation : l'action en nullité lui est ouverte [...] ». La Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion de préciser que l'action en nullité prévue par l'al. 3 de l'art. 215 du Code civil est une action attitrée, v. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 2010, n°08-13500, *Bull. civ.* I, n°53. V. égal. l'al. 2 de l'art. 1427 du Code civil qui énonce que : « L'action en nullité est ouverte au conjoint pendant deux années à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté ».

<sup>1241</sup> V. par ex. l'art. 815-16 du Code civil : « Est nulle toute cession ou toute licitation opérée au mépris des dispositions des articles 815-14 et 815-15. L'action en nullité se prescrit par cinq ans. Elle ne peut être exercée que par ceux à qui les notifications devaient être faites ou par leurs héritiers ». La Cour de cassation a également insisté sur le fait que l'action en nullité prévue par l'art. 815-16 du Code civil « ne peut être exercées que », c'est-à-dire qu'elle est attitrée (v. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juil. 2007, n°05-21955). V. égal. l'art. 412-12 al. 3 du Code rural et de la pêche maritime : « Au cas où le droit de préemption n'aurait pu être exercé par suite de la non-exécution des obligations dont le bailleur est tenu en application de la présente section, le preneur est recevable à intenter une action en nullité de la vente et en dommages-intérêts devant les tribunaux paritaires dans un délai de six mois à compter du jour où la date de la vente lui est connue, à peine de forclusion ».

<sup>1242</sup> CORNU (G.), « Le règne discret de l'analogie », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, Paris, 1993, p. 131.

<sup>1243</sup> Sur l'exclusion de la jurisprudence, v. *supra* n°327.

<sup>1244</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 26 janv. 1972, n°70-12594, *Bull. civ.* III, n°69 ; *D.* 1975. 22, note PENNEAU (J.).

conséquences importantes<sup>1245</sup>. Il confère en effet des prérogatives particulières au preneur comme une longue durée et des facilités de renouvellement. Or, le bail s'impose au nu propriétaire, même à l'issue de l'usufruit. Il peut ainsi diminuer la valeur du bien, mais aussi entraver son aliénation<sup>1246</sup>. Pour la même raison le bénéficiaire d'un droit de préemption légal<sup>1247</sup>, ou encore le bénéficiaire d'un pacte de préférence<sup>1248</sup>, ont un intérêt à agir en nullité de l'acte passé au mépris de leur droit de préférence. Leur mal réside dans la méconnaissance de leur droit de préférence, dans le fait qu'ils ont été évincés de la possibilité d'acquérir, en priorité, l'objet du pacte de préférence. La nullité de la vente constitue indéniablement le remède à leur mal.

**365.** Dans ces hypothèses, la violation des droits du demandeur en nullité par la passation de l'acte litigieux lui cause un mal actuel, personnel, direct et légitime auquel le prononcé de la nullité de l'acte pourra directement mettre fin.

## 2 - L'intérêt à agir du tiers évincé

**366.** Le tiers évincé est un « tiers particulier »<sup>1249</sup>. C'est celui qui voit ses espoirs déçus par la passation d'un acte auquel il aurait voulu être partie<sup>1250</sup>. En droit public, les tiers évincés des procédures de passation des marchés publics ont été, sous l'influence du droit européen, les premiers tiers à avoir bénéficié d'un recours à l'encontre d'un contrat administratif<sup>1251</sup>. Ainsi, le tiers évincé c'est, en premier lieu, un concurrent professionnel. Ce dernier ne peut se contenter d'invoquer la seule identité du domaine d'activité pour

---

<sup>1245</sup> V. ROZÈS (L.), obs. sur Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 17 nov. 2007 ; *D.* 2008. 1645 ; BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.) et CIMAMONTI (S.), *Les biens*, L.G.D.J., 2<sup>e</sup> éd., 2010, n°257.

<sup>1246</sup> TERRÉ (F.) et SIMLER (Ph.), *Droit civil - Les biens*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2014, n°816.

<sup>1247</sup> Pour le droit de préemption ouvert par l'art. 15-II, alinéa 4, de la loi du 6 juillet 1989, v. not. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 14 nov. 2012, n°11-22433.

<sup>1248</sup> On sait que la Cour de cassation admet depuis longtemps que sous réserve de deux conditions cumulatives – la connaissance par le tiers de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir – le bénéficiaire d'un pacte de préférence peut demander la nullité du contrat passé en méconnaissance de son droit de préférence. v. par ex. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 22 avril 1976, n°74-15098, *Bull. civ.* III, n°165 ; *Deffrénois* 1977, art. 31350, n°40, p. 459, obs. AUBERT (J.-L.) ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 10 fév. 1999, n°95-19217, *Bull. civ.* III, n°37 ; *RTD civ.* 1999. 616, obs. MESTRE (J.) et 856, obs. GAUTIER (P.-Y.).

<sup>1249</sup> DIZIER (A.) et GAUDEMET (M.), « À propos du recours des tiers contre le contrat administratif : nouvelle tentative de rationalisation du Conseil d'Etat », *D.* 2014, 1179.

<sup>1250</sup> V. à propos du tiers évincé en droit administratif les conclusions de B. DACOSTA sur l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du CE du 4 avril 2014 « Département de Tarn-et-Garonne ». Le Maître des requêtes souligne qu'« il est certain que le concurrent évincé n'est pas un tiers comme les autres : ce n'est pas l'exécution du contrat qui le lèse, c'est le fait de ne pas avoir été choisi comme cocontractant par la personne publique » (DACOSTA (B.), « De Martin à Bonhomme, le nouveau recours des tiers contre le contrat administratif », *RFDA*, 2014, 425).

<sup>1251</sup> DIZIER (A.) et GAUDEMET (M.), art. préc.

caractériser son intérêt à agir en nullité d'un acte juridique<sup>1252</sup>. Les juges s'attachent en effet à vérifier que le demandeur souffre réellement d'un mal susceptible de prendre fin par le prononcé de la nullité. Ainsi, les juges du fond ont pu considérer qu'une société était irrecevable à agir en nullité de la délivrance d'un brevet lorsqu'elle « n'était pas partie à la procédure suivie devant le directeur de l'Institut national de la propriété industrielle, et qu'elle ne justifiait, ni d'actes, ni de projets de commercialisation du dispositif breveté »<sup>1253</sup>.

**367.** Un acquéreur écarté par l'exercice illégal d'un droit de préemption entre également dans la catégorie des tiers évincés<sup>1254</sup>. Ainsi, au visa de l'article 31 du Code de procédure civile, la Cour de cassation a pu énoncer que « que l'acquéreur évincé, qui a un intérêt à agir à raison de l'exercice irrégulier du droit de préemption, est recevable en sa demande en annulation de la vente »<sup>1255</sup>. Le mal ici est aisé à caractériser : en l'absence d'exercice du droit de préemption, le demandeur serait devenu propriétaire du bien. Ce mal peut prendre fin par la nullité de la vente passée puisque le demandeur retrouvera alors la possibilité d'acquérir le bien<sup>1256</sup>.

### 3 - L'intérêt à agir des créanciers

**368.** Les créanciers peuvent, par le biais de l'action oblique, exercer l'action en nullité de leur débiteur<sup>1257</sup>. L'article 1166 du Code civil dispose en effet que les créanciers peuvent « exercer tous les droits et actions de leur débiteur à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne ». L'action en nullité ne peut être considérée comme une action exclusivement attachée à la personne du débiteur<sup>1258</sup>. En conséquence, un créancier peut agir au nom de son débiteur afin de faire annuler les actes juridiques ayant entamé le patrimoine de ce dernier<sup>1259</sup>. Mais dans le cadre de l'action oblique, le créancier exerce-t-il un droit propre ou un droit dérivé ? Dans la première hypothèse, l'intérêt à agir s'appréciera dans la personne du créancier, tandis que dans la seconde, il sera caractérisé au regard de la

<sup>1252</sup> V. la 2<sup>nd</sup>e branche du moyen invoqué à l'appui du pourvoi à l'origine de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 10 décembre 2003 (pourvoi n° 02-11282). Le requérant invoquait qu'« une société qui exerce son activité dans le domaine couvert par un brevet a, de ce seul fait, intérêt à agir en nullité de la décision ayant illégalement délivré le brevet au titulaire de la demande de celui-ci ».

<sup>1253</sup> Cass. com., 10 déc. 2003, n°02-11282.

<sup>1254</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 20 nov. 2002, n°01-13534, *Bull. civ.* III, n°234 ; *JCP* 2003, I, 122, obs. SERINET (Y.-M.). L'acquéreur avait été évincé par une commune ayant exercé son droit de préemption par une décision ultérieurement annulée par le tribunal administratif.

<sup>1255</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 30 janv. 2013, n° 11-24691.

<sup>1256</sup> V. égal. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 19 oct. 1983, n°82-12903, *Bull. civ.* III, n°193. La Cour de cassation a considéré qu'était recevable l'action en nullité d'un couple d'agriculteur, candidat évincé à une rétrocession opérée par la SAFER.

<sup>1257</sup> V. par ex. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 oct. 1991, n°89-17916, *Bull. civ.* I, n°250 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 oct. 2013, n°12-18839. V. égal. POIVEY-LECLERQ (H.), « Les créanciers face à la fraude des époux », *Dr. & Patr.* 1995, n°30, p. 20.

<sup>1258</sup> LARROUMET (Ch.), *Les obligations, Le contrat, 1<sup>ère</sup> partie : conditions de formation*, Economica, 6<sup>e</sup> éd., 2007, n°550.

<sup>1259</sup> V. GRÉAU (F.), « Action oblique », *Répertoire civil Dalloz*, n°2.

personne du débiteur. Comme on a pu le souligner « les opinions sont contrastées » à ce sujet<sup>1260</sup>. Mais ne peut-on pas considérer, dans cette hypothèse, que le créancier exerce à la fois un droit propre et un droit dérivé<sup>1261</sup> ? En effet, si ce dernier intente bien son action oblique – droit propre<sup>1262</sup> –, il met également en œuvre l'action en nullité de son débiteur – droit dérivé. D'ailleurs, c'est seulement si les conditions de l'action oblique sont réunies que le créancier pourra exercer l'action de son débiteur. En conséquence, concernant l'action en nullité intentée par la voie de l'action oblique<sup>1263</sup>, il faudrait apprécier l'intérêt à agir dans la personne du débiteur<sup>1264</sup>.

**369.** En présence d'une action banale, le créancier aura également la faculté d'exercer sa propre action en nullité. À cette fin, il devra, comme tout demandeur, présenter un intérêt à agir en nullité actuel, direct, personnel et légitime. Il en est ainsi lorsque l'acte conclu par son débiteur engage son patrimoine, de telle sorte qu'il risque « de priver le droit de créance de toute efficacité pratique »<sup>1265</sup>. On sait en effet que les biens d'un débiteur constituent en vertu de l'article 2285 du Code civil le « gage commun de ses créanciers ».

**370.** Dès lors, en présence d'une action banale, le créancier d'un cocontractant aura le choix entre intenter une action en nullité en son propre nom ou exercer l'action oblique<sup>1266</sup>.

#### 4 - L'intérêt à agir au sein des groupes de contrat

**371.** La notion de groupes de contrats désigne deux réalités. La première renvoie à l'ensemble contractuel. Ce dernier est caractérisé lorsque différentes conventions, conclues à

<sup>1260</sup> THÉRY (Ph.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 fév. 2008, *RTD civ.* 2008, 714.

<sup>1261</sup> GRÉAU (F.), « Action oblique », *Répertoire civil Dalloz*, n°23. La Cour de cassation a d'ailleurs pu énoncer que « le créancier, qui exerce en vertu de l'article 1166 du Code civil, les droits de son débiteur, agit au nom de celui-ci, il agit en même temps en son nom propre » (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 déc. 1970, n° 69-10403, *Bull. civ.* I, n°325).

<sup>1262</sup> Sur le fait que certaines difficultés relatives à l'action oblique – dont celle de l'intérêt à agir – peuvent provenir de l'utilisation du terme « action », v. THÉRY (Ph.), obs. préc.

<sup>1263</sup> Un auteur a analysé l'action oblique comme l'une des hypothèses de « substitutions de personne processuelles » (n°36). Il souligne qu'« en matière d'action oblique [...] le substitué exerce l'action le droit ou l'action appartenant au substituant » (JEULAND (E.), *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, préf. L. Cadet, L.G.D.J., 1999, n°39). D'ailleurs « le résultat de l'opération entre dans le patrimoine du débiteur » (*op. cit.*, n°95). Sur l'intérêt à agir, l'auteur estimant que l'action oblique met « en présence deux titulaires d'un seul droit d'agir en justice », les conditions d'existence de l'action doivent être « examinées aussi bien sur la tête du substituant que sur la tête du substitué » (*op. cit.*, n°281). L'intérêt à agir du substitué réside dans la possibilité « de sauvegarder son droit de gage sur le patrimoine du débiteur » (*op. cit.*, n°295).

<sup>1264</sup> Comme on a pu le souligner « dans la plupart des cas, l'intérêt du débiteur et celui du créancier se confondent, car ce qui est bon pour l'actif du premier profite au second » (v. THÉRY (Ph.), obs. préc.).

<sup>1265</sup> V. AUBERT (J.-L.), « Le droit pour le créancier d'agir en nullité des actes passés par son débiteur (un aspect particulier de la théorie générale des nullités) », *RTD civ.* 1969, p. 692 et s., pour l'impact de la distinction des nullités relative et absolue sur le droit d'agir en nullité d'un créancier (spéc. n°6, p. 695 ; n°7, p. 696 et n°14 et s., p. 702 et s.).

<sup>1266</sup> Ce choix lui est bien entendu fermé en présence d'une action attitrée. Il doit se tourner uniquement vers l'action oblique s'il souhaite la nullité de l'acte litigieux.

l'initiative du promoteur d'une opération, tendent à la réalisation d'un même objectif<sup>1267</sup>. La seconde est constituée par la chaîne de contrat où les conventions sont unies par une identité d'objet<sup>1268</sup>.

**372.** L'annulation de l'un des contrats inclus dans un groupe de contrats peut rejaillir sur les autres<sup>1269</sup>. La jurisprudence recherche en effet si les contrats sont indivisibles ou interdépendants<sup>1270</sup>. Dans la positive, il y aura anéantissement en cascade<sup>1271</sup>, parfois même en dépit d'une clause de divisibilité<sup>1272</sup>. En droit de la consommation le législateur a d'ailleurs prévu que le contrat de crédit « est résolu ou annulé de plein droit lorsque le contrat en vue duquel il a été conclu est lui-même résolu ou annulé »<sup>1273</sup>.

Dès lors, est-ce que cette conséquence suffit à octroyer un intérêt à agir en nullité d'un contrat, à tous les contractants du groupe, alors même qu'ils ne sont pas partie à l'acte litigieux ? Une réponse négative doit être apportée. On sait que l'intérêt à agir constitue un mal susceptible de prendre fin par le jugement. Or exécuter les obligations licites auxquelles on a librement et en pleine connaissance de cause consenties ne peut constituer un « mal » légitime<sup>1274</sup>. En revanche, cet anéantissement en cascade confère un intérêt à s'opposer à la demande en nullité. Dans un arrêt du 5 mars 2009, la Première chambre civile de la Cour de cassation a considéré qu'une société de crédit a un intérêt à s'opposer à la demande en nullité du contrat principal auquel elle est tierce afin d'éviter que le contrat de crédit accessoire soit annulé par voie de conséquence<sup>1275</sup>.

<sup>1267</sup> TEYSSIE (B.), *Les groupes de contrats*, préf. J.-M. Mousseron, L.G.D.J, Paris, 1975, n°68 et n°175 et s. ; ARHAB (F.), « Les conséquences de la nullité (ou de la résolution) d'un contrat au sein des groupes de contrats », *R.R.J.* 1999-1, p. 167 et s., n°1.

<sup>1268</sup> TEYSSIE (B.), *op. cit.*, n°68 et s.

<sup>1269</sup> TEYSSIE (B.), *op. cit.*, n°277 et s., n°288 et s. et n°315 et s. ; ARHAB (F.), art. préc., n°2 ; SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), « Les conséquences de l'annulation d'un contrat », *JCP G* 1989, I, 3397, n°7.

<sup>1270</sup> Sur l'emploi de ces termes, v. AUBERT DE VINCELLES (C.), « Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir », *RDC* 2007, 983, n°3.

<sup>1271</sup> AMRANI-MEKKI (S.), « indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Dejrénois* 2002, 355, art. n°37505 ; MAZEAUD (D.), « Groupes de contrats : liberté contractuelle et réalité économique », *D.* 2011, 566, n°1. Adde, AUBERT DE VINCELLES (C.), art. préc., n°11. L'auteur relève que « Dès lors qu'un contrat est résolu ou annulé, les autres contrats constituant l'ensemble peuvent être annulés, caducs, résiliés ou résolus ».

<sup>1272</sup> Cass., ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22927 et n° 11-22768, *Bull. Ch. mixte*, n°1 ; *D.* 2013. 1658, obs. DELPECH (X.) et note MAZEAUD (D.) ; *RTDciv.* 2013, 597 obs. BARBIER (H.). V. déjà, Cass. com., 24 avril 2007, n°06-12443 ; *RDC* 2008, 276, obs. MAZEAUD (D.).

<sup>1273</sup> V. l'art. L. 311-32 du Code de la consommation. Il dispose en son premier alinéa : « En cas de contestation sur l'exécution du contrat principal, le tribunal pourra, jusqu'à la solution du litige, suspendre l'exécution du contrat de crédit. Celui-ci est résolu ou annulé de plein droit lorsque le contrat en vue duquel il a été conclu est lui-même judiciairement résolu ou annulé ». Il précise en son second alinéa : « Les dispositions de l'alinéa précédent ne seront applicables que si le prêteur est intervenu à l'instance ou s'il a été mis en cause par le vendeur ou l'emprunteur ».

<sup>1274</sup> V. *supra* n°351 et s.

<sup>1275</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 mars 2009, pourvoi n°07-20290.

**373.** Au sein d'un groupe de contrat, il faut distinguer selon ce qui est affecté par la cause de nullité : ce peut être l'ensemble contractuel ou seulement un acte juridique au sein de cet ensemble.

La première hypothèse renvoie à l'opération illicite<sup>1276</sup>. Pris isolément chaque acte apparaît parfaitement licite, mais l'addition de tous les actes de l'ensemble contractuel révèle l'illicéité de l'opération<sup>1277</sup>. Dans cette hypothèse, tout membre de l'ensemble contractuel possède un intérêt à agir en nullité des contrats le composant. La participation à une opération illicite constitue en effet un mal susceptible de prendre fin par l'anéantissement des actes juridiques composant l'ensemble contractuel.

La seconde hypothèse ne présente aucune originalité. L'appartenance de l'acte vicié à un ensemble contractuel ou à une chaîne de contrat ne confère pas, de ce seul fait, un intérêt à agir aux membres de l'ensemble. Tiers à l'acte vicié, le membre de l'ensemble contractuel devra pouvoir justifier d'un intérêt à agir actuel, personnel et légitime pour que sa demande en nullité soit recevable à l'image des tiers extérieurs à l'ensemble contractuel.

## **5 - L'intérêt à agir des personnes morales représentant un intérêt collectif**

**374.** À l'image des personnes physiques, les personnes morales doivent pouvoir justifier un intérêt à agir.

La Cour de cassation considère qu'une personne morale a un intérêt à agir en nullité d'un acte juridique uniquement si cet acte porte atteinte aux intérêts collectifs qu'elles représentent. Ainsi, il faut vérifier non seulement qu'une atteinte est portée à un intérêt collectif - soit qu'un mal est susceptible de prendre fin par le prononcé de la nullité -, mais également que le demandeur représente l'intérêt collectif est cause<sup>1278</sup>. La Haute juridiction a ainsi refusé de reconnaître un intérêt à agir à une association qui « n'établissait pas que les actes litigieux portaient atteinte aux intérêts collectifs qu'elle représentait »<sup>1279</sup>. Inversement,

---

<sup>1276</sup> TEYSSIE (B.), *op. cit.*, n°319 et s. ; DESBOIS (H.), obs. sur T.G.I Paris, 1<sup>er</sup> juil. 1971, *RTD com.*, 1972, 95.

<sup>1277</sup> L'effet restrictif de concurrence résultant d'un ensemble d'accords de distribution comprenant une clause de non concurrence pourrait entraîner la nullité des contrats si le marché était fermé par l'effet cumulatif de l'ensemble des contrats conclus (v. MALAURIE-VIGNAL (M.), « à propos de l'effet cumulatif des réseaux de distribution – note sous CA Paris, 7 mai 2002 », *CCC* 2002, comm.176 ; LUCAS DE LEYSSAC (C.) et PARLEANI (G.), « L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat », in *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle – Études offertes à J. Ghestin*, L.G.D.J., 2001, p. 601, spéc., p. 614 ; TEYSSIE (B.), *op. cit.*, n°320)

<sup>1278</sup> Depuis un arrêt des Chambres réunies de la Cour de cassation en date du 5 avril 1913, les syndicats se sont vus reconnaître le droit d'agir pour la défense de l'intérêt collectif qu'ils représentent (*DP* 1914, 1, 65).

L'article L. 2132-3 du Code du travail dispose désormais que : « Les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice. Ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ».

<sup>1279</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 octobre 2013, n°12-21152. V. égal. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 nov. 2006, n°05-16922 : « qu'après avoir justement énoncé que les dispositions impératives du Code de la propriété intellectuelle relatives à la rémunération proportionnelle des auteurs invoquées à l'appui des demandes avaient été prises dans le seul intérêt

par un arrêt de sa première chambre civile en date du 22 janvier 2014, la Cour de cassation a considéré que le syndicat national des antiquaires, parce qu'il regroupe des opérateurs dont les ventes sont soumises au droit de suite, a un intérêt légitime à agir en nullité d'une clause, figurant dans les conditions générales de vente aux enchères d'une société, prévoyant que le paiement du droit de suite serait à la charge des acquéreurs. Une telle clause constituait, selon ce syndicat, un acte de concurrence déloyale et portait, par conséquent, préjudice aux personnes qu'il représentait<sup>1280</sup>.

L'intérêt à agir doit également exister au jour où l'action est intentée. Le caractère actuel de l'intérêt à agir du syndicat national des antiquaires était contesté par le moyen invoqué à l'appui du pourvoi à l'origine de l'arrêt du 22 janvier 2014. Pourtant la Cour de cassation s'est contentée d'affirmer l'existence d'un intérêt légitime à agir du syndicat. Ce silence de la Cour de cassation ne signifie pas qu'elle fait preuve d'indifférence à l'égard de du caractère actuel de l'intérêt à agir. En effet, si l'atteinte n'était pas actuelle, elle était cependant certaine. La survenance du mal n'était pas douteuse : la clause dont la nullité était demandée avait vocation à s'appliquer<sup>1281</sup>. Cette décision révèle que, si l'exigence de l'actualité de l'intérêt permet d'exclure les actions intentées à titre préventif d'une part, et celles initiées tardivement – sur un intérêt passé – d'autre part, la jurisprudence se montre de plus en plus souple quant à l'admission des actions déclaratoires<sup>1282</sup>.

**375.** Ainsi, une personne morale est soumise aux mêmes conditions qu'une personne physique. Elle sera titulaire de l'action en nullité si elle présente un intérêt à agir actuel et légitime. Quant au caractère personnel, il sera caractérisé lorsque le mal atteindra les intérêts collectifs que la personne morale représente.

patrimonial de ces derniers, de sorte que la violation de ces dispositions ne pouvait donner lieu qu'à une nullité relative, la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir que le litige ne tendait pas à faire trancher une question de principe touchant à l'intérêt collectif de la profession, a exactement décidé que le SNAC était irrecevable à agir dès lors que l'ensemble des auteurs concernés n'était pas présents à l'instance ».

<sup>1280</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 janvier 2014, n°13-12675 ; *JCP* 2014, 421, note SERINET (Y.-M.).

<sup>1281</sup> Comp. Avec le caractère actuel du dommage. V. par ex. BÉNABENT (A.), n°678.

<sup>1282</sup> Cet assouplissement doit être approuvé car dès lors que la survenance du dommage est certaine, la « menace existe bel et bien » (v. GAUTIER (P.-Y.) « La crainte d'un dommage à venir, nouveau critère du droit privé : à propos du droit de grève des salariés », *RTD civ.* 1993, 385). D'ailleurs la doctrine processualiste est favorable à l'exercice d'une action préventive quand le sujet de droit pourra en retirer une utilité au motif que l'intérêt ne se mesure pas nécessairement au litige actuel. V. not. HÉRON (J) et LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 74 ; CADIET (L.) et JEULAND (E.), *op. cit.*, n°361.

Mais si la jurisprudence est souple quant à l'admission d'un préjudice à venir certain, elle demeure stricte quant à l'irrecevabilité d'une demande fondée sur un intérêt passé. En effet, la Première Chambre civile de la Cour de cassation a, dans un arrêt du 3 mars 2010, rejeté la demande d'une épouse fondée sur l'article 215 alinéa 3 du Code civil. Si celle-ci avait bien qualité pour intenter l'action, elle ne se prévalait pas d'un intérêt actuel. Elle avait en effet quitté le logement de la famille depuis plus d'un an. Dès lors, la nullité de l'acte passé sur le logement de la famille ne lui procurerait aucun avantage. (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 2010, n°08-13500, *Bull. civ.* I, n°53 ; *RTD civ.* 2010. 365, obs. VAREILLE (B.) ; *AJ Fam.* 2010, 187, obs. CHÉNEDÉ (F.)).

**376.** En définitive, quel que soit le lien du demandeur avec l'acte litigieux, il doit, pour que sa demande soit recevable, toujours pouvoir justifier d'un mal actuel, personnel et légitime susceptible de prendre directement fin par le prononcé de la nullité.

## Conclusion du Chapitre 1

377. La détermination des sujets de l'action en nullité doit uniquement résulter de la mise en œuvre de la distinction des actions attitrée et banale. Cette distinction est autonome : elle ne se superpose pas à celle, doctrinale, des nullités relative et absolue puisque le titre et l'intérêt protégé ne coïncident pas systématiquement, et qu'intérêt protégé et intérêt à agir ne recouvrent pas la même réalité.

L'action est attitrée lorsque le législateur a expressément précisé quelles sont les personnes ayant qualité pour intenter l'action. Dans toutes les autres hypothèses, l'action est banale. En dehors d'une manifestation expresse de volonté du législateur, aucune action attitrée ne doit pouvoir voir le jour.

378. En présence d'une action banale, le demandeur doit, si une fin de non-recevoir est déposée, justifier de son intérêt à agir. Cet intérêt ne pourra jamais être le rétablissement de la légalité transgressée puisque le droit français n'admet pas l'*actio popularis*. L'intérêt à agir du demandeur doit donc lui être personnel, mais également être actuel et direct. Partant, le demandeur doit personnellement subir un mal susceptible de prendre fin par l'anéantissement de l'acte litigieux. Ce mal ne réside pas dans la cause de nullité elle-même, celle-ci ne constitue que le moyen conduisant au remède du mal, c'est-à-dire l'annulation de l'acte. Il pourra toutefois résulter des conséquences de la cause de nullité.

L'intérêt à agir doit également être légitime. Le contrôle de la légitimité invite à opérer deux vérifications : les antécédents de l'action d'une part, et l'effet recherché par le prononcé de la nullité d'autre part. Dans le domaine des nullités, la nature de la nullité s'oppose à ce que la légitimité de l'intérêt permette de contrôler les antécédents de l'action, puisque ce qui importe, c'est le rétablissement de la légalité transgressée. En revanche, la condition de légitimité de l'intérêt doit conduire à vérifier que le demandeur ne cherche pas à tourner la loi en exerçant l'action en nullité.

379. En définitive, quelle que soit la cause de nullité, il convient de scruter, dans un premier temps, la loi. L'action a-t-elle été attitrée ? Le cas échéant, elle n'appartiendra qu'à la personne ayant reçu qualité pour agir, ainsi qu'à ses ayants cause universel et à titre universel à moins que l'action ne soit exclusivement attachée à la personne de l'auteur. Dans le cas contraire, l'action est qualifiée de banale et pourra être intentée par toute personne pouvant justifier d'un mal actuel, personnel, légitime et susceptible de cesser par l'anéantissement de l'acte litigieux.

**380.** Avoir qualité pour agir, ou pouvoir justifier d'un intérêt à agir permet de remplir la condition subjective de recevabilité de la demande. Cette condition reste néanmoins insuffisante : il existe des conditions objectives de recevabilité qui constituent autant d'obstacles à l'existence de l'action.

## **Chapitre 2 - Les obstacles objectifs à l'existence de l'action**

**381.** La recevabilité de l'action en nullité se heurte traditionnellement à deux obstacles objectifs : la prescription d'une part<sup>1283</sup>, et la renonciation à l'action d'autre part<sup>1284</sup>.

**382.** La prescription invite traditionnellement à répondre à deux grandes questions : celle relative à l'objet de la prescription, et celle ayant trait à la durée de la prescription. En droit positif, la réponse à la première interrogation est étrangère à la distinction des nullités relative et absolue. Bien que classique, cette question suscite toujours des discussions auxquelles la nature de la nullité proposée – une sanction judiciaire de la légalité – pourra mettre fin, du moins en ce qui concerne l'action en nullité. La réponse à la seconde question résultait, jusqu'à la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, de la mise en œuvre de la distinction des nullités relative et absolue. Depuis lors, cette distinction doctrinale n'est d'aucun secours pour déterminer la durée de la prescription<sup>1285</sup>. Face à une cause de nullité considérée se pose alors la question de la règle à mettre en œuvre afin d'établir la durée du délai dont dispose un plaideur pour agir en nullité.

**383.** Quant à la renonciation à l'action elle est, selon les partisans de la théorie dite moderne des nullités, liée à la confirmation. En effet, selon la majorité des auteurs, la confirmation s'analyse comme une renonciation à invoquer la nullité. Dès lors, afin de déterminer s'il est – ou non – possible de renoncer à l'action en nullité, les auteurs préconisent de se tourner vers leur distinction des nullités relative et absolue : la confirmation ne serait possible, selon une partie de la doctrine, qu'en présence d'une nullité labellisée de relative<sup>1286</sup>. Mais la nature retenue de la nullité d'abord, la lettre de l'article 1338 du Code civil ensuite, et la notion de désistement d'action en procédure civile enfin, invitent à distinguer la renonciation à l'action et la confirmation<sup>1287</sup>. La question de la possibilité de renoncer à l'action en nullité se pose donc indépendamment de celle de l'ouverture de la confirmation<sup>1288</sup>. Dès lors, il nous faudra répondre à la question : peut-on renoncer à l'action en nullité ? Autrement dit, peut-on renoncer au rétablissement de la légalité ?

---

<sup>1283</sup> L'article 122 du Code de procédure civile énonce comme conditions objectives : la prescription, le délai préfix et la chose jugée.

<sup>1284</sup> La renonciation à l'action peut être rapprochée de l'obstacle constitué par l'autorité de la chose jugée car la renonciation à l'action produit des effets identiques à ceux d'un jugement définitif. L'autorité de la chose jugée, qui évoque la possibilité pour un plaideur de s'opposer à ce que soit soumis à un tribunal ce qui a déjà été jugé définitivement, ne présente pas de spécificités particulières dans le domaine des nullités

<sup>1285</sup> V. *supra* n°197.

<sup>1286</sup> V. *supra* n°139. V. cependant, la position de G. COUTURIER, *infra* n°472

<sup>1287</sup> Sur l'analyse de la confirmation, v. *infra* n°456 et s.

<sup>1288</sup> Sur l'ouverture de la confirmation, v. *infra* n°529 et s.

**384.** À l'aune de la nature proposée de la nullité, mais également des dispositions relatives à la prescription et à la renonciation, il convient d'une part de dégager les règles relatives à l'obstacle tenant à la prescription de l'action en nullité (Section 1) et, d'autre part, de constater l'absence d'obstacle tenant à la renonciation à l'action en nullité (Section 2).

### **Section 1 - L'obstacle tenant à la prescription de l'action en nullité**

**385.** En droit, la notion de temps revêt une importance toute particulière en ce qu'elle intervient notamment dans le processus d'extinction d'un droit<sup>1289</sup>. Ainsi, la possibilité d'invoquer la nullité par voie d'action est encadrée par un délai, qui peut être soit un délai de prescription, soit un délai préfix ou de forclusion<sup>1290</sup>. Mais qu'il s'agisse de l'un ou de l'autre, la nature de la nullité retenue invite à trancher le classique débat sur l'objet de la prescription. En effet, l'écoulement d'un délai de prescription ou de forclusion éteint toujours la seule action en nullité (§.1).

**386.** On sait par ailleurs que dans le domaine des nullités, le législateur n'a pas atteint son objectif d'unification des délais de prescription. Nombreuses sont encore les dispositions édictant des délais de prescription propres à certaines causes de nullité<sup>1291</sup>. Poursuivant notre objectif d'ordonner la mise en œuvre de la nullité, il nous faudra donc dégager une règle permettant de déterminer la prescription *lato sensu* d'une cause de nullité quelle qu'elle soit (§.2).

#### ***§.1. L'extinction de la seule action en nullité par l'écoulement du délai***

**387.** La prescription extinctive *lato sensu* a-t-elle pour objet d'éteindre l'action ou le droit que l'action tend à sanctionner<sup>1292</sup> ? Cette problématique classique met en lumière les deux conceptions de la prescription extinctive. La première, processuelle, ne serait « qu'une institution de procédure, une fin de non-recevoir, faite pour dispenser le juge, en mettant obstacle au procès, d'avoir à trancher de trop anciens litiges ». La seconde, substantielle, a pour

---

<sup>1289</sup> HÉBRAUD (P.), « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », in *Études offertes à Pierre Kayser*, T. II, PUAM, 1979, p.1 et s.

<sup>1290</sup> Nous évoquerons de ce fait la prescription *lato sensu*.

<sup>1291</sup> V. *supra* n°198.

<sup>1292</sup> Le législateur n'a pas tranché ce débat au sein de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile. En effet si l'article 2219 du Code civil semble montrer sa faveur pour la thèse substantialiste, l'article 2224 du même Code évoque la thèse processualiste. Ce débat a cependant perdu de son intérêt avec cette réforme puisque la loi a offert une réponse aux deux questions qui en constituaient tout l'enjeu : la détermination de la loi applicable d'une part et celle du sort du paiement d'une dette après prescription d'autre part.

effet d'éteindre le droit subjectif substantiel<sup>1293</sup>. Au regard de l'article 122 du Code de procédure civile, la prescription constitue une fin de non-recevoir. Dès lors, la prescription a au moins pour objet l'action<sup>1294</sup>. Mais l'effet extinctif de la prescription se limite-t-il à l'action ou atteint-il également le droit substantiel ?

On sait que l'action en nullité n'a pas pour objet de reconnaître un droit subjectif, qu'elle relève du contentieux objectif<sup>1295</sup>. En conséquence, aucun droit ne peut être prescrit. Seule l'action peut donc, *a priori*, l'être. Une telle conclusion serait trop hâtive, elle omettrait l'assise substantielle de la nullité.

**388.** Est-ce que la prescription peut réparer substantiellement l'acte ?

Au XIX<sup>e</sup> siècle, certains auteurs l'ont soutenu. AUBRY et RAU, par exemple, considéraient que l'écoulement de la prescription de dix ans, applicables aux seules annulabilités, constituait « une confirmation présumée »<sup>1296</sup>. Pour justifier leur position, ils énonçaient qu'« il serait difficile d'assigner à la disposition exceptionnelle de l'art. 1304, d'autres raisons d'être qu'une présomption de renonciation ou de confirmation »<sup>1297</sup>. COLMET DE SANTERRE a expliqué cette opinion par les dispositions relatives au point de départ de la prescription. Ainsi, à propos de la loi du 30 juin 1838 instaurant une action en nullité des actes passés par un aliéné soumise au délai de l'article 1304 du Code civil, il énonce que « s'il est nécessaire pour que le délai commence à courir que l'auteur de l'acte ait eu connaissance de cet acte, c'est bien parce qu'il faut qu'on puisse considérer son inaction pendant dix ans comme une confirmation »<sup>1298</sup>.

**389.** Une telle position doit être rejetée pour deux raisons : le fondement de la prescription en premier lieu, et l'impossibilité pour la prescription de remédier à l'assise substantielle de la nullité en second lieu.

---

<sup>1293</sup> BANDRAC (M.), *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, préf. P. Raynaud, Economica, 1986, p. 11.

<sup>1294</sup> BRENNER (C.) et LÉCUYER (H.), « La réforme de la prescription », *JCP N* 2009, 1118, n°13 ; BANDRAC (M.), *op. cit.*, p. 17 ; BANDRAC (M.), « Les tendances récentes de la prescription extinctive en droit français », *RIDC* 1994, 359, spéc. p. 361.

<sup>1295</sup> V. *supra* n°253 et n°276 et s.

<sup>1296</sup> AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariaé*, T. IV, Paris : Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 4<sup>e</sup> éd., n°339 ; DEMANTE (A.-M.), *Cours analytique de Code Napoléon*, T. V, art. 1101-1386, Continué depuis l'article 980 par E. Colmet de Santerre, Paris : Henri Plon Imprimeur éditeur, 1865, n°265 bis ; Adde, MARCADÉ (V.-N.), *Éléments du droit civil français ou explication méthodique et raisonnée du Code civil*, T. IV, Paris : Delamotte et fils éditeurs, 7<sup>e</sup> éd., 1873, p. 780 ; BUFNOIR (C.), *Propriété et contrat*, Paris : Arthur Rousseau, 2<sup>e</sup> éd., 1924, p. 726.

<sup>1297</sup> AUBRY (C.) et RAU (C.), *op. cit.*, n°339, et note de bas de page n°3, p. 270.

<sup>1298</sup> DEMANTE (A.-M.), *op. cit.*, n°265 bis. V. égal. ses propos sur l'art. 1304 du Code civil. Il énonce que « les dix ans ne commencent à courir que du jour où le vice a cessé, c'est-à-dire du moment où, aux termes de l'article 1338, la confirmation a été possible ».

En premier lieu, la prescription de l'action a pour fondement un besoin de sécurité juridique, non une présomption de confirmation<sup>1299</sup>. Quand bien même elle serait admissible, leur position ne pourrait convaincre que lorsque l'acte, dont la nullité n'a pas été demandée, a été exécuté. En effet, comme le souligne DEMOLOMBE une présomption de confirmation ou de ratification tacite « n'existe et n'est admissible que contre la partie, qui, après avoir exécuté la convention, a gardé ensuite, pendant dix ans, le silence ». En l'absence d'exécution, aucune apparence ne peut fonder une telle présomption. D'ailleurs « le silence de la partie qui avait l'action en nullité ou en rescision peut s'expliquer par des raisons très légitimes et très naturelles » comme l'embarras et les frais d'un procès qui pourrait ne jamais avoir lieu si l'exécution de l'acte n'est pas demandée<sup>1300</sup>. Or, les auteurs favorables à une présomption tacite n'opèrent aucune distinction. En outre, la justification de COLMET DE SANTERRE fondée sur le point de départ de la prescription n'emporte pas la conviction. En effet, si l'alinéa second de l'article 1304 retient comme point de départ de la prescription le jour où le vice a cessé pour la violence, et le jour où il a été découvert pour l'erreur et le dol, c'est parce que cette date correspond au jour où la victime du vice du consentement a été en mesure d'agir. Son incapacité à agir, résultant soit de la persistance de la violence, soit de son ignorance, a ainsi été prise en compte pour que son droit d'agir soit effectif<sup>1301</sup>. Il reste qu'une fois ce droit effectif, la victime du vice du consentement a le choix d'exercer l'action, ou de s'abstenir. Aucune obligation d'agir en nullité ne pèse sur cette dernière<sup>1302</sup>.

En second lieu, la prescription s'avère inapte à effacer la cause de nullité ou réparer substantiellement l'acte<sup>1303</sup>. Lors de l'exercice d'une action en nullité la question posée au juge est toujours la même quelle que soit la cause de nullité : elle porte sur le respect des règles de validité d'un acte juridique. L'assise substantielle de la nullité est objective : elle résulte de la méconnaissance d'une règle de validité<sup>1304</sup>. Dès lors, comment le temps peut-il

<sup>1299</sup> V. not. STORCK (M.), « L'exception de nullité en droit privé », *D.* 1967, Ch. XIII, p. 69 ; v. égal. LEROYER (A.-M.), « Loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *RTD civ.* 2008, 563 et s., spéc. p. 567-568 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), n°352. Le fondement de la prescription explique certainement pourquoi la jurisprudence « refuse d'accorder un traitement particulier aux irrégularités continues sur le terrain du point de départ de la prescription », v. KLEIN (J.), *Le point de départ de la prescription*, préf. N. Molfessis, Economica, 2013, n°197.

<sup>1300</sup> DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T. XXIX, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T. VI, Paris : Imprimerie générale, A. Durand et L. Hachette Libraires, 4<sup>e</sup> éd., 1876, n°137.

<sup>1301</sup> Sur l'impact de la fixation du point de départ de la prescription sur le droit d'accès effectif à un tribunal, v. KLEIN (J.), *op. cit.*, n°550 et s.,

<sup>1302</sup> L'exercice d'une action en justice constitue une faculté, v. Cass. soc., 4 oct. 1952, *RTD civ.* 1953, 370, obs HÉBRAUD (P.).

<sup>1303</sup> STORCK (M.), art. préc., p. 68 ; GOUT (O.), *Le juge et l'annulation du contrat*, préf. P. Ancel, PUAM, 1999, n°307. Pour le droit des sociétés, v. HANNOUN (C.), « Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés », *Revue des Sociétés*, 1991, n°16, p. 57.

<sup>1304</sup> BANDRAC (M.), *op. cit.*, n°158 ; v. égal. ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, préf. de D. Deroussin, rééd. Dalloz, 2005, p. 30 et p. 54 et s.

seul venir effacer une situation objective ? Comment un mariage bigame peut-il ne plus l'être après le seul écoulement d'un délai de trente ans<sup>1305</sup> ?

**390.** Toutes les actions en nullité ont pour objet le rétablissement de la légalité transgressée, et ce quelle que soit la cause de nullité invoquée. De ce fait, il n'y a aucune distinction à opérer. Seule l'action en nullité se prescrit. D'ailleurs, rejeter la prescription de l'assise substantielle de la nullité permet d'expliquer la perpétuité de l'exception de nullité. Comment pourrait-il en être ainsi si l'assise substantielle de la nullité était réparée par l'effet du temps<sup>1306</sup> ?

**391.** Seule l'action en nullité s'éteint par l'écoulement du temps. Il s'agit donc, à présent, de déterminer, au regard d'une cause de nullité déterminée, le délai de prescription de l'action en nullité.

## §.2 - La détermination du délai de prescription *lato sensu*

**392.** Nul n'ignore que, concernant la prescription de l'action en nullité, la loi du 17 juin 2008 n'a pas atteint son objectif d'unification des délais<sup>1307</sup>. Les dispositions relatives à la prescription de l'action en nullité, concernant une cause de nullité ou un domaine particulier, demeurent nombreuses. Il serait vain de prôner l'unification des délais pour tenter l'action en nullité au motif que la nullité revêt une nature unique de sanction de la légalité. On sait, en effet, que ce sont des circonstances extérieures à la nature de la nullité qui ont motivé le législateur à édicter des délais de prescription spéciaux<sup>1308</sup>.

Les dispositions spécifiques à une cause de nullité, ou à un domaine, ont trait soit à la durée de la prescription, soit à son point de départ<sup>1309</sup>. Il reste que le législateur n'a pas précisé, pour chaque cause de nullité, les règles relatives à la prescription de l'action en nullité. En conséquence, pour déterminer le délai de prescription d'une action en nullité, il faut se tourner vers la dialectique du droit commun et du droit spécial<sup>1310</sup>.

---

<sup>1305</sup> V. l'art. 184 du Code civil qui soumet l'action en nullité du mariage pour bigamie à la prescription trentenaire.

<sup>1306</sup> À la suite d'un auteur (BRUSCHI (M.), « L'impossible oubli : pour l'application de la maxime *Quae temporalia* aux délais préfix », in *Le droit dans le souvenir – Liber amicorum Benoît Savelli*, PUAM, 1998, p. 183 et s.), il nous faut prôner l'abandon de l'exclusion de l'exception de nullité en présence d'un délai préfix. Aux arguments avancés par cet auteur, nous ajouterons celui de la nature de la nullité. La nullité est une sanction judiciaire de la légalité. Elle tend au rétablissement de la légalité. En conséquence, ce qui doit prévaloir ce n'est pas la sanction de la partie à l'acte qui n'a pas agi dans le délai préfix, mais plutôt de limiter l'atteinte à la légalité en permettant de laisser inexécuté un acte juridique qui ne l'a pas été.

<sup>1307</sup> V. *supra* n°198.

<sup>1308</sup> V. *supra* n°194 et s.

<sup>1309</sup> V. *infra* n°409 et n°413

<sup>1310</sup> Sur l'étude des rapports en droit commun et droit spécial, v. not. POLLAUD-DULIAN (F.), « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Aspects contractuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz,

**393.** On entend par droit commun, « les dispositions qui s'appliquent de façon générale, chaque fois qu'une règle particulière n'y déroge pas »<sup>1311</sup>. Le droit commun aurait donc une vocation subsidiaire<sup>1312</sup>, qui consisterait à « apporter une réponse aux silence de la loi spéciale »<sup>1313</sup>. L'article 2223 du Code civil indique que le siège du droit commun de la prescription extinctive se situe au sein du Code civil. Il dispose : « Les dispositions du présent titre [De la prescription extinctive] ne font pas obstacle à l'application des règles spéciales prévues par d'autres lois »<sup>1314</sup>.

En conséquence, déterminer la règle applicable à toutes les causes de nullité revient à poser une règle d'articulation des dispositions générales et des dispositions propres à une cause de nullité ou un domaine considéré.

**394.** Puisque le Code civil ne contient aucun guide pour organiser les relations entre le droit commun et le droit spécial<sup>1315</sup>, la doctrine recourt communément à la maxime d'interprétation *lex specialia generalibus derogant*<sup>1316</sup>. Selon cette maxime, le droit commun doit être écarté dans le champ d'application de la loi spéciale<sup>1317</sup>.

Mais peut-on se fonder sur cet adage pour dégager la règle à mettre en œuvre afin de déterminer la durée de la prescription d'une action nullité ? La question mérite d'être soulevée puisque cette règle d'interprétation n'a fait l'objet d'aucune consécration légale<sup>1318</sup>.

2003, p. 925 ; GOLDIE-GENICON (C.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, L.G.D.J., 2009 ; DELEGOVE (N.), *Le droit commun et le droit spécial*, th. dactyl. Paris II, 2011 ; MAUCLAIR (S.), *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, préf. T. Azzi, Institut Universitaire Varenne, 2013.

<sup>1311</sup> POLLAUD-DULIAN (F.), art. préc., p. 935.

<sup>1312</sup> Pour certains auteurs, la subsidiarité participe de la définition du droit commun. V. par ex. GOLDIE-GENICON (C.), *op. cit.*, n°14 ; GOUZEL (A.), *La subsidiarité en droit privé*, préf. P. Crocq, Economica, 2013, n° 142.

*Contra* : BALAT (N.), *Essai sur le droit commun*, th. dactyl. Paris II, 2014, n°93.

<sup>1313</sup> GOLDIE-GENICON (C.), *op. cit.*, n°14.

<sup>1314</sup> Les rapports législatifs sont très clairs sur le sens de l'article 2223 du Code civil. V. BLESSIG (E.), Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n°433), adoptée par le Sénat, portant réforme de la prescription en matière civile : « le présent article reprend les dispositions figurant dans l'actuel article 2264 du Code civil, et qui précisent que les règles générales relatives à la prescription extinctive ne font pas obstacle à l'application de règles spéciales de niveau législatif, selon l'adage *legi speciali per generalem non derogatur* ». V. égal. BETEILLE (L.), Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. Jean-Jacques HYEST portant réforme de la prescription en matière civile : « Cette précision [l'art. 2223], qui ne figurait pas dans la proposition de loi déposée par notre collègue M. Jean-Jacques Hyest, consacre l'adage *legi speciali per generalem non derogatur* ».

<sup>1315</sup> GOLDIE-GENICON (C.), *op. cit.*, n°324.

<sup>1316</sup> GOLDIE-GENICON (C.), *op. cit.*, n°214 et s. L'auteure souligne que cet adage constitue l'un « des fondements avancés de manière régulière par la doctrine pour soutenir les décisions de la Cour de cassation » mais que « le recours à l'adage n'est pas adapté à l'ensemble des solutions exposées ».

<sup>1317</sup> ROLAND (H.) et BOYER (I.), *Adages du droit français*, Litec, 3<sup>e</sup> éd., 1992, n°118 ; BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique*, Puf, 2001, p. 190 et s.

<sup>1318</sup> GOLDIE-GENICON (C.), *op. cit.*, n°351 ; DELEGOVE (N.), *op. cit.*, n°289 et s.

Elle tire sa force uniquement de la doctrine<sup>1319</sup>. Il a d'ailleurs été soutenu qu'en raison de sa nature de règle d'interprétation, la maxime *lex specialia generalibus derogant* ne pourrait pas faire l'objet d'une consécration jurisprudentielle et accéder au rang de principe général du droit<sup>1320</sup>. On a également pu reprocher à cette maxime son imprécision, son manque de netteté<sup>1321</sup>.

Il reste que, dans le domaine qui nous occupe à savoir la prescription de l'action en nullité, la jurisprudence semble implicitement mettre en œuvre la maxime *lex specialia generalibus derogant*<sup>1322</sup>. Lorsqu'une cour d'appel n'applique pas, dans le champ d'application qui est le sien, un délai de prescription spécial, sa décision n'est-elle pas cassée pour violation de la loi ?

**395.** Ce serait donc faire preuve de trop d'intransigeance que de repousser l'adage *lex specialia generalibus derogant* pour la question qui est la nôtre. Il convient cependant d'en préciser les conditions d'application. Quand faut-il écarter le droit commun de la prescription au profit d'une règle spécial ?

Un auteur a énoncé qu'« une norme est une règle spéciale par rapport à une autre lorsqu'elle fournit la réponse à un problème (abstrait) qui est le cas particulier du problème (abstrait) résolu par la seconde, qualifiée pour ce motif de "règle générale" »<sup>1323</sup>. L'adage *lex specialia generalibus derogant* trouvera donc à s'appliquer lorsque les deux normes - générale et spéciale - porteront sur le même objet, autrement dit quand un rapport de spécialité pourra être caractérisé, et lorsque ces dernières seront incompatibles. En effet, en l'absence de ces deux conditions, il n'y a aucune raison d'écarter la règle générale au profit de la règle spéciale.

En matière de prescription l'objet de la norme peut porter tant sur la durée du délai, que sur son point de départ. Dès lors, pour qu'il y ait incompatibilité entre le droit commun et le droit spécial, ce dernier doit prévoir soit une durée différente de celle du droit commun, soit poser un point de départ du délai autre que celui prévu par le droit commun.

**396.** Afin de déterminer si une disposition spéciale est incompatible avec le droit commun de la prescription de l'action en nullité, il faut identifier ce droit commun (A). Cela

---

<sup>1319</sup> DELEGOVE (N.), *op. cit.*, n°307 et s.

<sup>1320</sup> MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, préf. J.-L. Sourieux, éd. Panthéon-Assas, 1999, n°37 et s. et n°404 et s. Cette objection a conduit un auteur à élaborer une « règle de conflit » inspirée de l'adage *lex specialia generalibus derogant* (v. GOLDIE-GENICON (C.), *op. cit.*).

<sup>1321</sup> POLLAUD-DULIAN (F.), art. préc., p. 948. Trois conceptions de la maxime *lex specialia generalibus derogant* ont pu être dénombrées (v. GOLDIE-GENICON (C.), *op. cit.*, n°368 et s.).

<sup>1322</sup> V. *infra* n°411.

<sup>1323</sup> JEAMMAUD (A.), *Des oppositions de normes en droit privé interne*, th. dactyl. Lyon III, 1975, n°378.

fait, l'antinomie – ou l'absence d'antinomie – pourra être mise en lumière, sa présence conditionnant le jeu de l'adage *lex specialia generalibus derogant* (B).

### **A - Le droit commun de la prescription de l'action en nullité**

**397.** Envisager le droit commun de la prescription de l'action en nullité implique de s'attacher à déterminer la durée du délai d'une part (1), et son point de départ d'autre part (2).

#### **1 - La durée du délai de prescription**

**398.** On sait que le droit commun de la prescription se situe au sein du Code civil, et qu'aucune disposition générale n'a trait à l'action en nullité. L'article 2224 du Code civil soumet toutes les actions personnelles ou mobilières à un délai de prescription de cinq ans. S'il est indéniable que l'action en nullité ne peut être qualifiée d'action mobilière, peut-elle être, pour autant, qualifiée d'action personnelle ?

**399.** L'action est dite personnelle « lorsqu'elle correspond à l'exercice d'un rapport d'obligation, d'un droit de créance, lorsqu'elle tend à la réalisation d'un tel rapport ou droit »<sup>1324</sup>. Or l'action en nullité a pour objet le rétablissement de la légalité transgressée. Le plaideur l'exerçant ne peut obtenir que l'anéantissement rétroactif de l'acte juridique en cause<sup>1325</sup>. En outre, les sujets assignés à l'action personnelle à savoir, au titre des demandeurs, le créancier ou ses ayants cause et, au titre des défendeurs, le ou les sujets passifs du rapport d'obligation et leurs ayants cause, ne rendent pas compte de la réalité des sujets de l'action en nullité : des personnes autres que les parties à l'acte ou leurs ayants cause peuvent être sujets de l'action<sup>1326</sup>. Par conséquent, l'action en nullité ne peut, *a priori*, être qualifiée d'action personnelle. Mais à l'image des actions relatives à l'état des personnes qui n'entrent dans aucune des classifications traditionnelles, l'action en nullité ne peut qu'intégrer la catégorie des actions personnelles au motif qu'elle « est extensible, ce que n'est pas celle des actions réelles »<sup>1327</sup>. On a pu souligner que « la jurisprudence a tendance à en faire la catégorie de droit commun »<sup>1328</sup>. La Cour de cassation a d'ailleurs expressément qualifié l'action en nullité d'action personnelle<sup>1329</sup>. Ainsi, la durée du délai de prescription de l'action en nullité

---

<sup>1324</sup> GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), n°348.

<sup>1325</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. de G. Ghestin, L.G.D.J., 1992, n°534, et n°685 et s.

<sup>1326</sup> GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), n°348.

<sup>1327</sup> *Ibid.*, n°349 ; GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *op. cit.*, n°534 ; GOUT (O.), *op. cit.*, n°222.

<sup>1328</sup> CADIET (L.) et JEULAND (E.), n°336.

<sup>1329</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 14 nov. 2007, n°06-17412, *Bull. civ.* III, n°203 ; *Deffrénois* 2009, 758, note RUET (L.), spéc. n°7.

correspond à celui de l'action personnelle<sup>1330</sup>. Dès lors, sauf dispositions particulières, l'action en nullité se prescrit par cinq ans et ce, quelle que soit la cause de nullité invoquée<sup>1331</sup>.

**400.** L'action en nullité est donc soumise, en l'absence de disposition particulière, à la prescription quinquennale prévue à l'article 2224 du Code civil. Il reste à déterminer le point de départ de ce délai.

## 2 - Le point de départ du délai de prescription

**401.** On sait que le point de départ de la prescription permet de « jouer » sur sa durée. Comme un auteur a pu le souligner « qu'importe la durée, dès lors qu'on a le choix de sa mise en marche »<sup>1332</sup>. Le point de départ de droit commun, posé par le législateur, permet effectivement de « jouer » sur le temps pour agir puisqu'il prévoit que la prescription court à compter du « jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer »<sup>1333</sup>.

Concernant l'action en nullité, le point de départ de la prescription se situe au cœur d'un conflit entre la finalité de l'action – le rétablissement de la légalité – et le fondement de la prescription – la sécurité juridique<sup>1334</sup>.

La finalité de l'action en nullité milite en faveur du jour où le titulaire du droit « a connu [...] les faits lui permettant de l'exercer » puisque ce dernier augmenterait les chances de parvenir à l'anéantissement d'un acte ou d'une clause heurtant l'ordre juridique, soit au rétablissement de la légalité transgressée<sup>1335</sup>. Le fondement de la prescription incite, en revanche, à retenir comme point de départ du délai de prescription la date de conclusion de l'acte entaché d'une cause de nullité. La nullité est en effet inhérente à la formation de l'acte puisqu'elle sanctionne la violation de l'une de ses règles de validité. Dès lors, cinq ans après la conclusion de l'acte, les effets nés de l'acte entaché d'une cause de nullité ne pourraient plus être remis en cause : la sécurité juridique serait ainsi assurée.

---

<sup>1330</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 janv. 1983, n°82-10426, *Bull. civ.* I, n°39 ; *D.* 1983. 317, note BRETON (A.) ; *RTD civ.* 1983. 773, obs. PATARIN (J.) ; Cass. com., 11 mars 2008, n°06-15412, *Bull. civ.* IV, n°61.

<sup>1331</sup> V. l'art. 2223 du Code civil. Il dispose : « Les dispositions du présent titre ne font pas obstacle à l'application des règles spéciales prévues par d'autres lois ».

<sup>1332</sup> KLEIN (J.), *op. cit.*, n°8.

<sup>1333</sup> Sur l'opportunité de consacrer une règle de droit commun quant au point de départ du délai de prescription, v. HYEST (J.-J.), PORTELLI (H.) et YUNG (R.), *Rapport Sénat n°338 - « Pour un droit de la prescription moderne et cohérent »*, p. 92-93.

<sup>1334</sup> Sur la finalité de l'action en nullité, v. *supra* n°276 et sur le fondement de la prescription, v. *supra* n°389.

<sup>1335</sup> Un point de départ subjectif ne permettrait-il pas de balancer la réduction du délai pour agir en nullité ? V. FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), n°352 *in fine*. Raisonnant à propos des nullités labellisées d'absolues, ces auteurs relèvent que « le délai de droit commun risque d'être trop court pour éliminer des contrats qui portent gravement atteinte à l'intérêt général ».

Autrement dit, si la finalité de l'action en nullité commande de retenir le point de départ du jour de la connaissance de son droit d'agir par le demandeur<sup>1336</sup>, le fondement de la prescription invite à retenir le jour où le demandeur « aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». Retenir systématiquement l'un ou l'autre de ces points de départ pourrait emporter certains écueils. Pour cette raison, il nous faut étudier la question du point de départ de la prescription de l'action en nullité en considération de la qualité du demandeur : partie à l'acte, tiers qui auraient dû être partie à l'acte, tiers.

402. Concernant les parties à l'acte, retenir comme point de départ du délai de prescription la date de conclusion de l'acte se justifie<sup>1337</sup>. C'est à cette date que la ou les parties à l'acte « auraient dû connaître » la cause de nullité entachant leur acte en vertu de l'adage *nemo censetur ignorare legem*<sup>1338</sup>. C'est également à cette date que naît la situation litigieuse à l'origine de l'action en nullité<sup>1339</sup>. Une auteur a d'ailleurs proposé de retenir comme critère de détermination du point de départ « la naissance du droit d'agir »<sup>1340</sup>. Appliqué à l'action en nullité, ce critère commande de faire courir la prescription au jour de conclusion de l'acte. Cette solution trouve un appui non seulement dans différentes dispositions législatives<sup>1341</sup>, mais également dans la jurisprudence antérieure à la réforme opérée par la loi du 17 juin 2008 puisque les solutions jurisprudentielles étaient majoritairement en ce sens, en l'absence de dispositions particulières. Il en était ainsi, par exemple, pour la nullité pour vice des formes exigées par l'article 931 du Code civil<sup>1342</sup>, pour la nullité résultant de l'absence de cause ou d'objet<sup>1343</sup>, pour la nullité du contrat de crédit-bail pour non-conformité de la clause de

<sup>1336</sup> Ce point de départ a été critiqué pour deux raisons : il inverse le principe et l'exception retenu antérieurement d'une part, il est source d'insécurité d'autre part. (v. MIGNOT (M.), « Réforme de la prescription : le point de départ du délai », *Defrénois* 2009, art. 38896, p. 393, spéc. n°17).

<sup>1337</sup> MIGNOT (M.), art. préc., n°18 ; v. déjà, LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, T. XIX, Paris : Librairie A. Marescq, Aîné, 3<sup>e</sup> éd., 1878, n°1, et n°34 ; GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, publiée par H. Desbois et J. Gaudemet, rééd. Dalloz, 2004, présentée par D. Mazeaud p.183 ; BUFNOIR, *op. cit.*, p. 730 où à propos du point de départ de la prescription prévue à l'art. 1304 du Code civil, il évoque « le droit commun » et précise « le point de départ se place au moment même de l'acte accompli » ; DEMOLOMBE, *op. cit.*, n°165.

<sup>1338</sup> ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, Litec, 3<sup>e</sup> éd., 1992, n°276.

<sup>1339</sup> V. *supra* n°273.

<sup>1340</sup> KLEIN (J.), *op. cit.*, n°625 et s., spéc., n°653. L'auteur propose un point de départ de la prescription commun à toutes les causes de nullité et fixé à la naissance du « droit de critique ».

Plutôt que de « droit de critique », il faudrait parler de « droit d'action » car on sait d'une part que le droit de critique – droit subjectif substantiel – n'existe pas (v. *supra* n°273), et d'autre part que droit de critique et droit d'action ne peuvent pas être confondus (v. *supra* n°274).

<sup>1341</sup> V. *infra* n°413.

<sup>1342</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 janv. 1983, n°82-10426, *Bull. civ. I*, n°39 : « la prescription trentenaire qui avait commencé à courir à compter du jour où l'acte irrégulier avait été passé ».

<sup>1343</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 sept. 2004, n°03-10766, *Bull. civ. I*, n°216 ; *Dr. fam.* 2004, n°11, p. 28, note BEIGNIER (B.). La Cour de cassation énonce que « l'action en nullité, intentée plus de cinq ans après la conclusion de l'acte, était irrecevable comme prescrite » ; v. égal. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 29 mars 2006, n°05-16032, *Bull. civ. III*, n°88 : « ce défaut de cause existait dès les ventes sans garantie, la cour d'appel en a exactement déduit qu'il s'agissait d'une nullité relative et que la prescription était acquise ».

résiliation prévue à l'article L. 313-9 du Code monétaire et financier<sup>1344</sup>, pour la nullité d'un acte de rachat de parts sociales<sup>1345</sup>, ou encore pour la nullité résultant de la méconnaissance du délai d'acceptation posé par l'article L. 312-10 du Code de la consommation<sup>1346</sup>.

Toutefois, certaines hypothèses incitent à tempérer ce principe et à retenir, parfois, comme point de départ le jour où le demandeur « a connu » les faits lui permettant d'exercer son droit. Il doit en être ainsi chaque fois que l'ignorance résultera non pas d'une ignorance de la loi à respecter, mais de celle de sa violation<sup>1347</sup>. Parmi les illustrations de cette hypothèse figurent l'illicéité de la cause lorsque le contractant mu par un but illicite n'a pas informé son cocontractant et que les circonstances ne lui permettaient pas de s'en apercevoir

**403.** Parfois, certains individus possèdent la qualité de tiers à l'acte alors qu'ils auraient dû y être partie. Cette situation renvoie aux hypothèses de dépassement ou d'absence de pouvoir. Le point de départ de l'action en nullité doit courir, pour ces personnes, du jour où elles ont eu connaissance de l'acte passé en méconnaissance des règles de pouvoir. Comment, en effet, la prescription pourrait courir contre le demandeur alors qu'il ignore l'existence de l'acte qui lui nuit<sup>1348</sup> ? Avant la réforme de la prescription, la jurisprudence avait d'ailleurs retenu une telle solution dans les hypothèses de baux consentis par un usufruitier sans le consentement du nu propriétaire<sup>1349</sup>, mais également dans l'hypothèse de la cession d'un contrat d'édition sans le consentement de l'auteur en cause<sup>1350</sup>. Retenir dans ces hypothèses le jour de la conclusion de l'acte, pourrait rendre ineffectif le droit d'agir et, par là même, la sanction de la nullité. Il est d'ailleurs possible de considérer que, dans ces situations, l'équilibre entre l'effectivité du droit d'agir et la sécurité juridique a été trouvé par le législateur dans l'instauration d'un délai butoir. Finalement, dans ces hypothèses, le juge devrait se fonder sur les termes « a connu » de l'article 2224 du Code civil afin de déterminer le point de départ de la prescription de l'action en nullité.

---

<sup>1344</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 15 mai 1996, n°94-14-987, *Bull. civ.* III, n°116 : « que le point de départ de la prescription quinquennale ne pouvait être fixé à une date différente de celle de la conclusion de l'acte » ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 4 oct. 2000, n° 98-22554, *Bull. civ.* III, n°157 : « le point de départ du délai de prescription ne pouvait être que la date de conclusion du contrat de crédit-bail ».

<sup>1345</sup> Cass. com., 20 mars 2012, n°11-13534, *Bull. civ.* IV, n°59 ; *Rev. sociétés* 2012, n°10, p. 582, note MOURY (J.). Pour la nullité d'un acte de rachat de parts sociales, le point de départ de la prescription a été fixé non au jour de la délibération ayant autorisé la conclusion de la convention, mais à la date de celle-ci au motif que « la demande d'annulation de l'acte de rachat de parts était fondée, non sur une irrégularité préexistante de la délibération ayant autorisé sa conclusion, mais sur un vice qui affectait l'acte lui-même ».

<sup>1346</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mai 2010, n°09-10170 : « la méconnaissance du délai d'acceptation de dix jours [...] se prescrit par cinq ans à compter de l'acceptation de l'offre ».

<sup>1347</sup> V. déjà, KLEIN (J.), *op. cit.*, n°697 qui évoque l'existence d'une ignorance légitime lorsque la cause de nullité n'est pas ostensible.

<sup>1348</sup> LARROUMET (C.), *op. cit.*, n°566.

<sup>1349</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 22 nov. 1995, n°93-20464.

<sup>1350</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 janv. 2007, n°05-19352, *Bull. civ.* I, n°46.

**404.** La situation s'avère plus délicate lorsque le demandeur a la qualité de tiers à l'acte. Ce dernier peut agir en nullité si l'action est qualifiée de banale et s'il présente un intérêt personnel, actuel, direct et légitime à agir<sup>1351</sup>. Même si ces hypothèses sont résiduelles<sup>1352</sup>, la détermination du point de départ de l'action s'impose<sup>1353</sup>. Comme dans l'hypothèse précédente, il serait souhaitable que la jurisprudence opte pour le jour où le demandeur « auraient dû connaître » les faits lui permettant d'exercer son droit d'agir<sup>1354</sup>. Le juge possèdera ici aussi un pouvoir d'appréciation important, à l'image de celui qu'il détient dans le cadre de l'appréciation de l'existence de l'intérêt à agir<sup>1355</sup>. Le délai butoir de vingt ans, posé à l'article 2232 du Code civil, présentera, dans cette hypothèse également, un intérêt non négligeable.

**405.** Il convient enfin de souligner que ces solutions pourront être tempérées par les règles communes de report prévues par le législateur aux articles 2234 à 2236 du Code civil<sup>1356</sup>. Ainsi, par exemple, l'article 2234 dispose que « la prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure ». L'adage *Contra non valentem* se trouve ainsi consacré<sup>1357</sup>. Il a cependant été amputé d'une partie de sa portée par le point de départ subjectif retenu<sup>1358</sup>. Les autres règles de report ne font que soit généraliser des solutions

---

<sup>1351</sup> V. *supra* n°362.

<sup>1352</sup> V. *supra* n°362.

<sup>1353</sup> Sur l'existence d'une prescription pouvant être à géométrie variable, v. FENOUILLET (D.), « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres », *RDC* 2009, 279, spéc. n°56.

<sup>1354</sup> Ici également il conviendra de retenir le jour où le demandeur aurait dû avoir connaissance de l'acte litigieux.

<sup>1355</sup> V. *supra* n°344.

<sup>1356</sup> Sur les différentes causes d'interruption et de suspension, v. NAUDIN (E.) et LASSERRE CAPDEVILLE (J.), *LPA*, 2 avril 2009, n°66, p. 12.

<sup>1357</sup> L'article 2234 a été inspiré de l'adage *Contra non valentem*, v. BETEILLE (L.), rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. Jean-Jacques Hiest portant réforme de la prescription en matière civile, p.36 : « En outre, consacrant l'application par la jurisprudence de l'adage « *contra non valentem agere non currit praescriptio* », le texte adopté par votre commission prévoit que la prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure ».

<sup>1358</sup> V. not. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°1494 ; HONTEBEYRIE (A.), *D.* 2014, 244, note sous Cass. com., 5 sept. 2013, « L'adage *Contra non valentem*... a-t-il survécu à la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile ? ».

particulières existant notamment en matière de nullité<sup>1359</sup>, soit consacrer des solutions parfois écartées dans cette même matière<sup>1360</sup>.

406. Le droit commun de la prescription de l'action en nullité identifié, il faut à présent mettre en œuvre l'adage *lex specialia generalibus derogant*. Ce dernier n'a vocation à s'appliquer qu'en présence d'une antinomie entre la règle spéciale et la règle générale.

### **B - Le jeu de l'adage *lex specialia generalibus derogant* conditionné par une antinomie**

407. L'existence d'une antinomie entre la disposition de droit commun et la disposition spéciale conditionne le jeu de l'adage *lex specialia generalibus derogant*. Cette exigence met en lumière que certaines dispositions, régissant la prescription de l'action en nullité fondée sur une cause de nullité déterminée, ne donnent pas naissance à une hypothèse où l'adage *lex specialia generalibus derogant* doit être mis en œuvre. En effet, certaines dispositions ne contiennent aucune antinomie. Pour la durée du délai de prescription, il en est désormais ainsi de l'article 1304 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, de l'article L. 411-3 alinéa 4 du Code de la construction et de l'habitation<sup>1361</sup>, de l'article L. 714-4 du Code de la propriété intellectuelle<sup>1362</sup>, ou encore de l'article L. 142-4 du Code de l'urbanisme<sup>1363</sup>.

408. L'adage ne joue donc qu'en présence d'une disposition spéciale incompatible avec le droit commun. L'antinomie peut porter soit sur la durée de la prescription (1), soit sur le point de départ du délai de prescription (2).

#### **1 - La durée de la prescription *lato sensu***

---

<sup>1359</sup> L'article 2235, propre aux mineurs non émancipés et aux majeurs en tutelle, précise que la prescription « ne court pas ou est suspendue » contre eux sauf pour les actions en paiement ou en répétitions de « tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts ». Cet article ne fait que généraliser des solutions particulières existant notamment en matière de nullité du mariage. Ainsi, l'article 183 du Code civil dispose que l'action en nullité « ne peut être intentée non plus par l'époux, lorsqu'il s'est écoulé cinq années sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage ».

<sup>1360</sup> L'article 2236 dispose qu'« elle ne court pas ou est suspendue entre époux, ainsi qu'entre partenaires liés par un pacte civil de solidarité ». Cette cause de suspension est écartée, dans le domaine qui nous occupe, au sein de différents textes gouvernant les rapports entre époux. Il en est ainsi de l'article 215 du Code civil relatif à la protection du logement de la famille, ou encore de l'action en nullité intentée contre l'acte passé par un époux ayant outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, prévue à l'article 1427 du Code civil.

<sup>1361</sup> Cet article dispose : « L'action en nullité peut être intentée par tout intéressé ou par l'autorité administrative dans un délai de cinq ans à compter de la publication de l'acte au fichier immobilier ».

<sup>1362</sup> Cette disposition précise que « l'action en nullité ouverte au propriétaire d'une marque notoirement connue au sens de l'article 6 bis de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle se prescrit par cinq ans à compter de la date d'enregistrement, à moins que ce dernier n'ait été demandé de mauvaise foi ».

<sup>1363</sup> Cet article énonce que « L'action en nullité prévue au premier alinéa se prescrit par cinq ans à compter de la publication de l'acte portant transfert de propriété ».

409. Les délais dérogeant à la prescription quinquennale de droit commun demeurent légion en matière de nullité<sup>1364</sup>. Les délais de prescription de l'action en nullité varient ainsi de un mois à trente ans. Plusieurs matières sont concernées par ces prescriptions dérogatoires. Il en est ainsi notamment pour les nullités du mariage<sup>1365</sup>, les régimes matrimoniaux<sup>1366</sup>, le droit des assurances<sup>1367</sup>, ou encore le droit rural<sup>1368</sup>.

410. En présence d'un délai dérogeant à l'article 2224 du Code civil, l'adage *lex specialia generalibus derogant* conduit à écarter, dans cette hypothèse, la prescription quinquennale. Le droit des sociétés commerciales, en raison de la multiplicité des délais spéciaux pour l'exercice de l'action en nullité constitue un domaine idéal pour illustrer la mise en œuvre de cet adage.

Dans le domaine du droit des sociétés commerciales, la durée de la prescription n'a cessé de diminuer : dix ans<sup>1369</sup>, puis cinq ans<sup>1370</sup> et enfin trois ans pour les

---

<sup>1364</sup> En matière de nullité, au regard de la multiplicité des délais spécifiques, il est certain que « le chaos antérieurement dénoncé » n'a pas été résorbé par la loi du 17 juin 2008 (BRENNER (C.) et LÉCUYER (H.), « La réforme de la prescription », *JCP N*, 2009, n°12, 118, spéc., n°23 et n°30 ; v. égal. FAUVARQUE-COSSON (B.) et FRANÇOIS (J.), « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, *D.* 2008, p. 2512 et s., spéc., n°15).

<sup>1365</sup> Certaines actions en nullité du mariage demeurent soumises à une prescription trentenaire malgré la réforme. Il en est ainsi lorsqu'un mariage a été célébré en méconnaissance de l'âge minimum légal, en l'absence du consentement de l'un ou des deux époux, en l'absence de l'époux français lors d'un mariage célébré à l'étranger, en présence d'un précédent mariage non dissout, entre parents en ligne direct, entre frère et sœur, entre oncle et nièce ou tante et neveu, en présence d'un défaut de publicité ou encore d'un officier d'état civil incompétent et ce, en vertu des articles 184 et 191 du Code civil.

<sup>1366</sup> En droit des régimes matrimoniaux, l'article 215 alinéa 3 du Code civil enferme dans un délai d'un an l'action en nullité de l'acte de disposition passé sur le logement de la famille ou ses meubles meublants par l'époux n'y ayant pas consenti, tandis que l'article 220-3 du même Code énonce que l'action en nullité de l'acte passé par un époux avec un tiers de mauvaise foi en violation de l'ordonnance du juge limitant ses pouvoirs se prescrit à l'issue d'un délai de deux ans. Enfin, l'article 1427 du Code civil impose que l'action en nullité de l'acte passé sur les biens communs par un époux ayant outrepassé ses pouvoirs soit exercée dans un délai de deux ans.

<sup>1367</sup> En droit des assurances, la prescription biennale issue de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1930 – devenu l'article L. 114-1 du Code des assurances – relative au contrat d'assurance s'applique à « toutes actions dérivant d'un contrat d'assurance ». L'action en nullité « dérivant du contrat d'assurance » sera ainsi soumise par application de l'adage *lex specialia generalibus derogant* non pas à l'article 2264 du Code civil mais à l'article L. 114-1 du Code des assurances.

<sup>1368</sup> L'action en nullité prévue à l'article L. 411-68 alinéa 2 du Code rural et de la pêche maritime est également soumise à une prescription dérogatoire. Cet article enferme l'action dans un délai d'un an lorsqu'un époux consent, sans le consentement de l'autre qui « participe de façon habituelle à l'exploitation » à la résiliation, à la cession de bail ou s'est obligé à ne pas en demander le renouvellement. Les articles L. 412-12 alinéa 3 et L. 526-7-1 du même Code illustrent également l'existence de dérogation au délai de prescription de droit commun. Ainsi l'exercice d'une action en nullité de la vente lorsque le bailleur n'a pas exécuté ses obligations quant au délai de préemption du preneur, ou en nullité des fusions ou scissions de sociétés de coopératives agricoles, est soumis à un délai de prescription de six mois.

<sup>1369</sup> Pour les SA, v. l'art. 3 de la loi du 1<sup>er</sup> août 1893 (DEFRENOIS, Commentaire pratique avec 7 formules de la loi du 1<sup>er</sup> août 1893 modificative de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés par action, Paris, Administration du répertoire général pratique du notariat, p. 8) et pour les SARL, v. l'art. 10 al. 6 de la loi du 7 mars 1925 tendant à instituer des sociétés à responsabilité limitée.

<sup>1370</sup> V. l'art. 2 du décret-loi du 30 octobre 1935 relatif aux formalités de publicité des sociétés, JO du 31 oct. 1935 (v. PERCEROU (J.), *Traité élémentaire de droit commercial – supplément à la 8<sup>e</sup> éd.*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1936, p. 18).

nullités de société ou des actes et délibérations postérieurs à sa constitution<sup>1371</sup>. Le délai est encore plus court pour les fusions ou les scissions de société – six mois –<sup>1372</sup> et pour les augmentations de capital – trois mois. La mise en œuvre de la règle *lex specialia generalibus derogant* implique que les nullités de société, des actes et délibérations postérieures à sa constitution soient soustraites à la prescription de droit commun - cinq ans - pour être soumises à la prescription spéciale de trois ans. Elle permet ensuite de soustraire à cette prescription spéciale de trois ans, les actions en nullité relatives aux fusions, scissions et augmentations de capital. Ces actions en nullités sont, quant à elles, soumises à une règle de prescription encore plus spéciale.

**411.** Si l'adage *lex specialia generalibus derogant* impose de retenir le délai spécial prévu, l'adage *exceptio est strictissimae interpretationis* interdit le recours au raisonnement par analogie s'agissant des dispositions spéciales. Cet adage s'oppose à ce qu'un délai dérogeant au droit commun s'applique à une action en nullité fondée sur une cause de nullité non incluse dans le champ de la disposition spéciale<sup>1373</sup>. D'ailleurs, à plusieurs reprises, la Cour de cassation a exclu du champ d'application d'une prescription abrégée, différentes causes de nullité pour ce motif. Ainsi dans un arrêt du 16 janvier 2014, la Cour de cassation a, au visa des articles 1304 du Code civil et L. 114-1 du Code des assurances exclu la prescription abrégée prévue par le Code des assurances lorsque la demande en nullité est fondée sur le dol de l'assureur et que les stipulations du contrat d'assurance n'étaient pas en cause<sup>1374</sup>. Elle a, de la même façon, cantonnée la prescription triennale du droit des sociétés. Ainsi, lorsque le fondement de l'action relève des lois ou principes régissant le droit commun des contrats, la prescription abrégée est exclue. La Cour de cassation en a décidé ainsi par exemple pour l'action en nullité fondée sur la méconnaissance des dispositions relatives aux conventions réglementées<sup>1375</sup>. Elle avait déjà retenue une solution similaire pour l'action en nullité des actes de ventes conclus par une SCI<sup>1376</sup>, ou encore pour les actions en nullités de cessions de parts sociales<sup>1377</sup>. Cette frontière établie entre les litiges devant être soumis à la prescription spéciale et ceux

<sup>1371</sup> V. l'art. 367 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

<sup>1372</sup> V. l'art. 16 de la loi n°88-17 du 5 janvier 1988 relative aux fusions et aux scissions de sociétés commerciales.

<sup>1373</sup> ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, n°118 ; v. égal. BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique*, Puf, coll. Thémis, 2001, p. 193.

<sup>1374</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 16 janv. 2014, n°13-10134, *Bull. civ.* IV, n°10 ; *RTD civ.* 2014, 371, obs. BARBIER (H.).

<sup>1375</sup> Cass. com., 3 avril 2013, n°12-15492, *Bull. civ.* IV, n°55 ; *Rev. sociétés* 2013. 560, note REYGROBELLET (A.) ; *JCP E* 2013, 1328, note HOVASSE (H.).

<sup>1376</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 10 mai 2007, n°05-21123.

<sup>1377</sup> Cass. com., 20 mars 2012, n°11-13534, *Bull. civ.* IV, n°59 ; *RTD com.*, 2012. 835, obs. BOULOC (B.) ; *Rev. sociétés* 2012, 582, note MOURY (J.).

appréhendés par la prescription de droit commun n'est pas sans parfois susciter des difficultés<sup>1378</sup>.

**412.** En définitive, ce n'est ni la nature de la nullité, ni la cause de nullité qui commande la durée de la prescription *lato sensu*, mais bien le législateur. A-t-il prévu – ou non – un délai de prescription dérogeant au délai de droit commun ? Dans l'affirmative, l'adage *lex specialia generalibus derogant* conduit à écarter la prescription de droit commun au profit de la prescription spéciale, dont la mise en œuvre doit rester cantonnée aux actions en nullité fondées sur les causes de nullité auxquelles elle fait référence. Le même procédé permet de déterminer le point de départ du délai de prescription de l'action en nullité.

## 2 - Le point de départ du délai de prescription *lato sensu*

**413.** Plusieurs dispositions ayant trait aux nullités prévoient expressément le point de départ du délai de prescription. De celles-ci un constat se dégage : le point de départ fixé retire au juge tout le pouvoir d'appréciation que le législateur avait pu lui conférer au regard de l'article 2224 du Code civil<sup>1379</sup>. Lorsque le juge ne peut, au regard des circonstances de l'espèce, choisir entre le jour où le titulaire de l'action « a connu » les faits lui permettant d'intenter l'action et celui où ce dernier « aurait dû » les connaître, il bien existe une antinomie entre la disposition spéciale et le droit commun.

Il en est ainsi, par exemple, lorsque le législateur opte lui-même pour la connaissance effective de la cause de nullité. Ainsi, le juge ne peut pas choisir un point de départ antérieur au motif que le demandeur « aurait dû connaître » la cause de nullité plus tôt. L'article 1304 du Code civil constitue certainement l'exemple le plus topique de cette hypothèse. L'alinéa 2 de l'article 1304 du Code civil, dispose que le délai de prescription de l'action en nullité d'un contrat pour vice du consentement court à partir du jour soit de la cessation de la violence, soit de la découverte de l'erreur ou du dol<sup>1380</sup>. Il ne s'agit pas de la seule illustration où le jour de la connaissance de la cause de nullité constitue le point de

---

<sup>1378</sup> V. BUREAU (D.), « Nullités sans frontières ? À propos du domaine des articles L. 235-1 et s. C. com. », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 79 et s., spéc., n°6 et s.

<sup>1379</sup> Concernant les actions en nullité labellisées d'absolues, il a été souligné que le législateur n'avait pas entendu modifier les solutions jurisprudentielles antérieures, v. KLEIN (J.), *op. cit.*, n°194 ; FAGES (B.), *Droit des obligations*, L.G.D.J., 5<sup>e</sup> éd., 2015, n°199. D'autres auteurs ont en revanche considéré que le juge détenait le pouvoir de retenir un point de départ subjectif, v. LASSERRE-KIESOW (V.), « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, RDC 2009, 1449, spéc., 1452.

<sup>1380</sup> La règle soulève des difficultés probatoires. Si un temps la Cour de cassation considérait qu'il appartenait à la victime du vice du consentement de rapporter la preuve de la date de cessation du vice (v. par ex. Cass. com., 2 juil. 2003, n°02-11091), elle est revenue sur sa position. Il appartient désormais au défendeur de rapporter la preuve que la victime du vice du consentement avait eu connaissance de celui-ci depuis plus de cinq ans, soit que l'action était prescrite (v. Cass. com., 23 mars 2010, n°08-21373 et 08-21466).

départ de la prescription. Ainsi, l'article L. 411-68 du Code rural et de la pêche maritime fait courir le délai de prescription de l'action en nullité offerte à l'époux n'ayant pas consenti à la résiliation ou à la cession du bail, à compter du jour où il a eu connaissance de l'acte passé par son conjoint<sup>1381</sup>.

Le législateur retire également tout pouvoir d'appréciation au juge lorsqu'il pose que la prescription courra à compter de la date de la célébration du mariage<sup>1382</sup>, de l'acte passé<sup>1383</sup>, ou encore d'une formalité d'enregistrement<sup>1384</sup>.

Dans toutes ces hypothèses, le juge n'aura pas le choix. Il ne pourra se fonder sur les termes de l'article 2224 du Code civil - « a connu » ou « aurait dû connaître » - pour choisir un autre point de départ que celui qui est expressément prévu.

**414.** Dès lors que le législateur a expressément prévu, pour une cause de nullité, le point de départ de la prescription, alors l'adage *lex specilia generalibus derogant* exclut tout recours à l'article 2224 du Code civil. Ici également, l'adage *exceptio est strictissimae interpretationis* implique de ne pas étendre le bénéfice de ces dispositions à des hypothèses non prévues<sup>1385</sup>.

**415.** En définitive, la prescription de l'action en nullité dépend du législateur. Soit il n'a prévu aucune disposition spécifique relative aux modalités de la prescription, alors les règles de droit commun s'appliquent. Soit il a édicté une disposition spécifique incompatible avec le droit et alors cette disposition doit être appliquée en vertu de l'adage *lex specilia*

---

<sup>1381</sup> V. égal. l'art. L. 412-12 al. 3 du Code rural et de la pêche maritime. Il dispose : « Au cas où le droit de préemption n'aurait pu être exercé par suite de la non-exécution des obligations dont le bailleur est tenu en application de la présente section, le preneur est recevable à intenter une action en nullité de la vente et en dommages-intérêts devant les tribunaux paritaires dans un délai de six mois à compter du jour où la date de la vente lui est connue, à peine de forclusion. Toutefois, lorsque le bailleur n'a pas respecté les obligations mentionnées à l'article L. 412-10, le preneur peut intenter l'action prévue par cet article ».

<sup>1382</sup> V. l'art. 181 du Code civil. Il prévoit que le point de départ de l'action en nullité pour vice du consentement est la célébration du mariage. Ce point de départ a été prévu par la loi du 17 juin 2008, antérieurement la disposition était analogue à celle de l'article 1304 du Code civil. Les auteurs ont critiqué cette modification. La liberté du consentement a été sacrifiée au nom d'un ordre public prônant la sécurité juridique, l'objectif étant incontestablement de ne pas laisser perdurer une incertitude trop longue quant à la validité d'un mariage (LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Du nouveau sur la prescription des actions en nullité du mariage », *Dr. fam.*, 2008, com. 97).

<sup>1383</sup> V. par ex. l'article 1676 du Code civil qui fait courir le point de départ du délai pour agir en rescision de la vente pour lésion des sept douzièmes au « jour de la vente ». V. égal. l'art. L. 225-42 du Code de commerce qui retient que le délai de prescription de l'action en nullité pour manquement aux règles de procédure de la convention réglementée court à compter de la date de sa conclusion.

<sup>1384</sup> V. par ex. l'art. L. 714-4 du Code de la propriété intellectuelle. Il énonce : « L'action en nullité ouverte au propriétaire d'une marque notoirement connue au sens de l'article 6 bis de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle se prescrit par cinq ans à compter de la date d'enregistrement, à moins que ce dernier n'ait été demandé de mauvaise foi ».

<sup>1385</sup> Un débat a eu lieu sur la possibilité d'étendre le principe du point de départ de la prescription prévu par l'article 1304 du Code civil. En faveur d'une interprétation extensive : FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), n°354 ; En faveur d'une interprétation restrictive : BUFNOIR (C.), *op. cit.*, p.730 ; DEMOLOMBE (C.), *op. cit.*, n°148 ; GAUDEMET (E.), *op. cit.*, p. 183.

*generalibus derogant*. La règle de détermination de la prescription de l'action en nullité s'avère donc commune à toutes les causes de nullité.

Le premier obstacle objectif à l'existence de l'action en nullité envisagé, reste le second : l'absence de renonciation à l'action en nullité.

## **Section 2 - L'absence d'obstacle tenant à la renonciation à l'action**

416. On sait que, pour pouvoir intenter une action, le demandeur ne doit pas y avoir renoncé<sup>1386</sup>. La renonciation se définit comme « l'acte par lequel une personne met fin à l'existence d'un droit dont elle était titulaire »<sup>1387</sup>. Il s'agit donc d'« un acte de volonté unilatéral, abdicatif d'un droit »<sup>1388</sup>. Un droit, mais lequel ? L'action en justice étant conçue, par le législateur, comme un droit subjectif<sup>1389</sup>, est-il possible d'y renoncer ?

Une réponse affirmative est généralement avancée au motif que la renonciation peut être rapprochée, voire assimilée, à l'abstention et à la confirmation. La confirmation a d'ailleurs été analysée, par les tenants de la théorie dite moderne des nullités, comme une renonciation à l'action<sup>1390</sup>. Chacun sait que, selon ces auteurs, la possibilité de renoncer à l'action en nullité dépend de la mise en œuvre du critère de l'intérêt protégé<sup>1391</sup>. Si la nullité sanctionne une règle d'intérêt privé, la confirmation-renonciation est licite, tandis que si elle est attachée à une règle relevant de l'intérêt général, la confirmation-renonciation est, en principe, exclue.

417. Cette assimilation doit être repoussée. La renonciation constitue une cause spécifique d'extinction de l'action (§.1), qui, au regard de l'encadrement dont elle fait l'objet, conduit à exclure de son domaine l'action en nullité (§.2).

---

<sup>1386</sup> V. *supra* n°381.

<sup>1387</sup> MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral*, préf. P. Raynaud, Université de Toulouse, 1951, n°103.

<sup>1388</sup> RAYNAUD (P.), « La renonciation à un droit », *RTD civ.* 1936, 791. V. égal. CARBONNIER (J.), « La renonciation au bénéfice de la loi en droit privé – Rapport général », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. XIII, 1959-1960, Dalloz, 1963, p. 288 ; BREDIN (J.-M.), « Les renoncements au bénéfice de la loi en droit privé français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. XIII, 1959-1960, Dalloz, 1963, p. 361 et s. ; RIGAUX (F.), « Les renoncements au bénéfice de la loi en droit civil Belge », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. XIII, 1959-1960, Dalloz, 1963, p. 388 et s., spéc. p.400 ; HOUTCIEFF (D.), *Répertoire Dalloz*, v° renonciation, mars 2012, n°1 et n°9 ; LESSONA (S.), « Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil », *RTD civ.* 1912, 361 et s.

<sup>1389</sup> V. *supra* n°273 et notes de bas de page associées.

<sup>1390</sup> V. *infra* n°421.

<sup>1391</sup> V. *supra* n°139 et s.

### §. 1 - *La renonciation : une cause spécifique d'extinction de l'action*

418. La renonciation à l'action constitue un mode d'extinction spécifique de l'action qui se distingue tant de l'abstention (A), que de la confirmation (B).

#### **A - Le rejet du rapprochement de l'abstention et de la renonciation**

419. L'abstention est définie comme le « non-exercice d'un droit »<sup>1392</sup>. Ainsi, le titulaire d'une action qui ne l'intente pas dans le délai de prescription, s'abstient. Pourrait-on alors considérer que le titulaire d'une action qui ne l'exerce pas y a implicitement renoncé ? La jurisprudence relative à la renonciation implicite d'une part, et les différences existant entre la renonciation et l'abstention d'autre part, invitent à répondre par la négative.

D'une part, la jurisprudence tant judiciaire qu'administrative se montre hostile à admettre la renonciation implicite<sup>1393</sup>. Régulièrement, la Cour de cassation énonce que « la renonciation à un droit ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer »<sup>1394</sup>, ou reproche à une Cour d'appel de ne pas avoir « caractérisé une renonciation claire et non équivoque » au droit en cause<sup>1395</sup>. Le seul fait de ne pas agir en justice ne pourra suffire à emporter renonciation implicite. D'ailleurs, nul n'est tenu d'agir en justice lorsqu'il est titulaire d'une action. Dès lors, laisser écouler le délai de prescription de l'action en nullité ne peut être assimilé à une renonciation implicite.

D'autre part, renonciation et abstention se distinguent à deux égards : dans leur fondement, et dans leurs effets<sup>1396</sup>. Premièrement, la renonciation a trait à l'intérêt personnel du renonçant<sup>1397</sup>, tandis que la prescription relève de l'intérêt général. L'instauration d'un délai de prescription permet la consolidation de situations non contestées conformément à l'adage *quieta non movere*<sup>1398</sup>. À l'issue d'un certain délai, les impératifs de sécurité, d'ordre et de paix sociale prévalent sur le besoin de justice du titulaire de l'action, besoin qui a été satisfait par l'existence d'un délai suffisant<sup>1399</sup>. Secondement, l'expiration du délai de prescription a seulement pour effet de priver son titulaire de la possibilité d'intenter l'action en nullité. Ce

---

<sup>1392</sup> CORNU (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° renonciation.

<sup>1393</sup> BLUMANN (C.), *La renonciation en droit administratif français*, préf. J. Lamarque, L.G.D.J., 1974, n°331 et s. L'auteur cite plusieurs arrêts révélant que le Conseil d'État se montre réticent à admettre les renonciations implicites à exercer le recours pour excès de pouvoir. Il cite notamment l'arrêt Lombez en date du 28 avril 1950 qui énonce que : « ce silence ne saurait être regardé comme valant acquiescement implicite ».

<sup>1394</sup> V. not. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 mars 2014, n° 13-12443 ; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 6 déc. 2012, n° 11-21517.

<sup>1395</sup> V. not. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 27 fév. 2013, n° 12-11999 et n° 12-11995.

<sup>1396</sup> BLUMANN (C.), *op. cit.*, n°366.

<sup>1397</sup> V. déjà, BLUMANN (C.), *op. cit.*, n°367.

<sup>1398</sup> ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, n°346.

<sup>1399</sup> BIGOT DE PREAMENEU a ainsi énoncé que « de toutes les institutions, la prescription est la plus nécessaire à l'ordre social » (FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XV, 1827, p. 573). V. égal. TERRÉ (F.), SIMLER (L.) et LEQUETTE (Y.), n°1472.

dernier conserve, en revanche, la faculté d'invoquer la nullité par voie d'exception<sup>1400</sup>. Les effets de la renonciation sont plus radicaux : le renonçant est considéré comme ayant adhéré à la situation qu'il contestait. Ainsi, appliqué à l'action en nullité, le renonçant serait considéré comme ayant accepté la validité d'un acte juridique. De ce fait, il ne pourrait invoquer la nullité ni par voie d'action, ni par voie d'exception.

420. L'abstention et la renonciation ne peuvent donc pas être confondues. La possibilité de s'abstenir d'intenter une action ne constitue pas un argument à même de permettre la renonciation à l'action en nullité. Rapprocher la renonciation de la confirmation ne permet pas davantage de soutenir que la renonciation à l'action en nullité doit être admise.

### **B - Le rejet de l'assimilation de la confirmation à la renonciation**

421. A la suite de JAPIOT, M. COUTURIER s'est attaché à l'étude de la confirmation. Prenant pour point départ la conception de la nullité-droit de critique, il rejette toute idée de « confirmation-réparation », et analyse la confirmation comme « la renonciation au droit d'invoquer la nullité »<sup>1401</sup>. Cette analyse de la confirmation ne peut se concevoir<sup>1402</sup>.

En premier lieu, on sait d'une part qu'aucun droit de critique ne naît de l'existence d'une cause de nullité et<sup>1403</sup>, d'autre part, que le droit de critique ne peut être assimilé au droit d'action<sup>1404</sup>. En conséquence, la confirmation ne peut être assimilée à une renonciation au droit d'agir en nullité<sup>1405</sup>.

En second lieu, la renonciation et la confirmation ne poursuivent pas le même but. La renonciation est un acte abdicatif, contrairement à la confirmation<sup>1406</sup>. En effet, le but extinctif constitue le critère de l'acte abdicatif<sup>1407</sup>, de sorte que seul l'acte poursuivant un but extinctif peut être qualifié d'acte abdicatif. La confirmation n'est pas un acte juridique qui

---

<sup>1400</sup> V. *supra* n°188 et 201 et s.

<sup>1401</sup> Couturier (G.), *op. cit.*, n°153.

<sup>1402</sup> V. la préface de P. HEBRAUD à la thèse de C. DUPEYRON, (*La régularisation des actes nuls*, Paris, L.G.D.J, 1973), spéc., p. XVII.

<sup>1403</sup> V. *supra* n°273 et s.

<sup>1404</sup> V. *supra* n°274.

<sup>1405</sup> DUCOIN (Ch.), *Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil français*, Lyon : Imprimerie Poncet, 1913, p. 73 et p. 159 ; BREDIN (J.-M.), art. préc., p. 355 et p. 373 ; COUTURIER (G.), *op. cit.*, n°16 et s.

Cette assimilation est visible lorsque les auteurs analysent la confirmation non plus comme la renonciation au droit d'invoquer la nullité, mais comme au droit d'agir en nullité. Si la première expression renvoie bien au droit de critique, JAPIOT énonçant que la nullité se traduit par le droit que l'on a de l'invoquer donc par l'ouverture d'un droit de critique (JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 285-286), la seconde fait indubitablement référence au droit d'action. V. par ex. : FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), n°341.

<sup>1406</sup> SEILLAN (Y.), « L'acte abdicatif », RTD civ. 1966, 686, spéc., n°26 et n°27 : « Les rapports unissant les notions de renonciation et d'acte abdicatif s'éclaircit d'un jour nouveau, la première n'est qu'un aspect de la seconde : la renonciation n'est que la forme unilatérale de l'acte abdicatif ».

<sup>1407</sup> SEILLAN (Y.), art. préc., n°19.

poursuit, en lui-même, un but extinctif. La lettre de l'article 1338 du Code civil invite plutôt à considérer que l'abdication à l'action en nullité n'est qu'une conséquence de la réparation<sup>1408</sup>, de la disparition du vice<sup>1409</sup>. Il n'y a plus aucune cause de nullité à faire valoir, autrement dit la situation litigieuse à l'origine du droit d'action a disparu<sup>1410</sup>. Aussi, si la confirmation possède bien un effet extinctif<sup>1411</sup>, elle ne le poursuit pas en lui-même. L'assimilation de la confirmation et de la renonciation doit donc être rejetée<sup>1412</sup>.

**422.** En définitive, la renonciation est un mode spécifique d'extinction de l'action. Elle ne peut être assimilée ni à l'abstention, ni à la confirmation. Afin de déterminer s'il est possible de renoncer à l'action en nullité, il convient de se tourner vers les règles encadrant la renonciation.

### **§. 2 - Une cause d'extinction exclue pour l'action en nullité**

**423.** La renonciation à l'action peut intervenir indirectement ou directement.

Elle intervient indirectement lorsque la renonciation porte sur le droit substantiel que l'action tend à sanctionner. Cette renonciation emporte l'extinction de l'action puisque cette dernière suit le « sort des droits substantiels » auxquels elle est attachée<sup>1413</sup>. Or, on le sait, l'action en nullité appartient au contentieux objectif puisqu'elle ne tend pas à sanctionner un droit substantiel<sup>1414</sup>. Il est donc impossible de renoncer indirectement à l'action en nullité.

La renonciation à l'action peut également être directe. Le législateur a d'ailleurs expressément prévu cette hypothèse lorsque le lien d'instance est né. Dans le cadre de l'instance, la renonciation prend la dénomination de « désistement d'action »<sup>1415</sup>, tandis qu'en dehors du lien d'instance, on parle de « renonciation anticipée »<sup>1416</sup>. Pour déterminer s'il est

---

<sup>1408</sup> L'article 1338 al. 3 du Code civil dispose : « La confirmation, ratification, ou exécution volontaire dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice néanmoins du droit des tiers ».

<sup>1409</sup> AUBRY (C.) et RAU (C.), *op. cit.*, n°339 : « La confirmation, dont le seul effet est d'effacer les vices à raison desquels une obligation pourrait être attaquée par voie de nullité ou de rescision » et p.455 : « La confirmation, dont le but est de faire disparaître le vice inhérent à l'obligation ».

<sup>1410</sup> Sur l'analyse de la confirmation comme une régularisation, V. *infra* n°456 et s.

<sup>1411</sup> V. *infra* n°495 et s.

<sup>1412</sup> AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français*, T. II, Strasbourg : F. Lagier Libraire éditeur, 1839, n°339 : « la confirmation diffère donc tout à la fois de la simple renonciation à un droit [...] » ; v. égal. HÉBRAUD (P.), Préface à la thèse de C. Dupeyron, *op. cit.*, p. 3 ; DUPEYRON (C.), *op. cit.*, n°56.

<sup>1413</sup> CADIET (L.) et JEULAND (E.), n°414.

<sup>1414</sup> V. *supra* n°273 et s.

<sup>1415</sup> L'art. 384 al. 1<sup>er</sup> du CPC dispose : « En dehors des cas où cet effet résulte du jugement, l'instance s'éteint accessoirement à l'action par l'effet de la transaction, de l'acquiescement, du désistement d'action ou, dans les actions non transmissibles, par le décès d'une partie ».

<sup>1416</sup> CORNU (G.) et FOYER (J.), p. 362.

possible de renoncer à l'action en nullité, il faut confronter cette action tant aux conditions encadrant la renonciation à un droit pour la renonciation anticipée, qu'aux règles régissant le désistement d'action.

424. Puisque l'action en nullité tend au rétablissement de la légalité, il faut écarter toute possibilité d'y renoncer (A). Cette impossibilité doit être tempérée, une fois le lien d'instance créé, en raison de l'intervention du législateur (B).

### **A - L'impossible renonciation anticipée à l'action en nullité**

425. Dans le droit médiéval, les renonciations ont pour objet les lois romaines, autrement dit, le droit objectif de l'époque. L'idée de la renonciation aux droits subjectifs n'apparaît qu'au XVI<sup>e</sup> siècle<sup>1417</sup>. Depuis, lorsqu'il est question de la renonciation, son objet consiste soit en un droit subjectif, soit en une protection légale. Mais dans les deux cas, le droit ou la protection légale doit, pour pouvoir être abdiqué, n'intéresser que son titulaire. Ces deux exigences excluent l'action en nullité du domaine de la renonciation. Au regard de sa finalité, l'action en nullité ne peut pas être considérée ni comme un droit auquel on peut renoncer (1), ni comme un droit intéressant son seul titulaire (2).

#### **1 - L'exigence d'un droit subjectif ou d'une protection légale excluant la nullité**

426. Traditionnellement, les auteurs s'accordent à considérer que le droit objet de la renonciation est un droit subjectif, soit « une prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui »<sup>1418</sup>, ou une protection légale<sup>1419</sup>. La renonciation au droit objectif n'aurait aucun sens<sup>1420</sup>. En effet, soit la règle présente un caractère impératif et, en conséquence, il est impossible d'y déroger, donc d'y renoncer. Soit la règle est supplétive, et, dans ce cas, le recourt à la renonciation s'avère inutile puisqu'une manifestation de volonté suffit à l'écarter<sup>1421</sup>.

---

<sup>1417</sup> CARBONNIER (J.), « Les renonciations au bénéfice de la loi », art. préc., p.283.

<sup>1418</sup> CORNU (G.), dir., *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v°renonciation.

<sup>1419</sup> CARBONNIER (J.), art. préc., p. 287.

<sup>1420</sup> A l'origine, les renonciations concernent le droit objectif. Sur l'évolution historique, v. CARBONNIER (J.), art. préc., p. 283 et s.

<sup>1421</sup> SEILLAN (Y.), art. préc., n°33 et n°35 ; RIGAUX (F.), art. préc., n°19.

427. L'action en justice est considérée par le Code de procédure civile comme un droit subjectif<sup>1422</sup>. En tant que telle, elle est, *a priori*, susceptible de renonciation<sup>1423</sup>. DABIN soutient d'ailleurs, à propos des actions protégeant un droit subjectif, qu'elles sont susceptibles de faire l'objet d'une renonciation<sup>1424</sup>. Mais déduire du caractère subjectif du droit d'action la possibilité de renoncer à l'action en nullité, n'est-ce pas un peu hâtif ? Ne faut-il pas prendre en compte l'objet de l'action ? Renoncer à l'action équivaut en effet à ôter toute protection au droit substantiel dont l'action assure la sanction<sup>1425</sup>. D'ailleurs, lorsque DABIN évoque la renonciation à l'action, il ne cite que des actions ayant pour objet la défense d'un droit subjectif<sup>1426</sup>. *Quid* de celles qui appartiennent au contentieux objectif ? On sait que l'action en nullité ne tend pas à la reconnaissance d'un droit subjectif, mais au rétablissement de la légalité transgressée. Or, comme on a pu déjà le souligner, il n'existe aucun droit subjectif à la légalité<sup>1427</sup>, il serait davantage question d'un devoir de respecter la légalité<sup>1428</sup>.

428. L'objet de l'action ne peut être ignoré. Le législateur a déjà exclu la possibilité de renoncer à une action en considération justement de son objet. Il en est ainsi des actions relatives à l'état des personnes. Elles seraient réfractaires à toute « appropriation privée »<sup>1429</sup>. Le droit conserve en ce domaine une emprise sur le pouvoir qu'il octroie à ses sujets de droit.

L'action en nullité a pour objet le rétablissement de la légalité transgressée. Permettre la renonciation à cette action implique dès lors la permission d'abdiquer à ce rétablissement. Cela revient à admettre comme valide un acte qui ne l'est pas, soit à passer

<sup>1422</sup> V. l'art. 31 du Code de procédure civile et *supra* n°273. À propos du débat sur la nature de l'action en justice.

<sup>1423</sup> RIGAUX (F.), art. préc., n°12 ; CORNU (G.) et FOYER (J.), n°83. Il convient d'ailleurs de souligner que la Cour Européenne des Droits de l'Homme a retenu, dans un arrêt du 27 février 1980 « Deweer c/ Belgique » qu'en matière civile la renonciation au droit d'agir présente « pour les intéressés comme pour l'administration de la justice des avantages indéniables » et qu'« elle ne se heurte pas en principe à la Convention » (req. N°6903/75, §. 49).

<sup>1424</sup> DABIN (J.), *Le droit subjectif*, rééd. 1952, préf. C. Atias, Dalloz, 2008, p. 102. Il distingue l'action, droit subjectif, du droit subjectif qu'elle a pour but de faire valoir. Il énonce que « la renonciation à l'action, c'est-à-dire, à la défense judiciaire du droit, n'entraîne, aucune renonciation à ce droit lui-même, qui conserve son caractère d'inviolabilité et d'exigibilité ».

<sup>1425</sup> V. *infra* n°436, les conditions du désistement d'action. Parmi celles-ci figure la libre disposition du droit que l'action tend à sanctionner.

<sup>1426</sup> Lorsqu'elle admet la renonciation au droit d'agir en justice, la Cour de cassation souligne que la renonciation n'affecte que l'exercice du droit et non l'obligation dont bénéficie le renonçant et que l'action tend à obtenir l'exécution. V. Cass. com., 22 mai 2007, n°06-12196, *Bull. civ.* IV, n°136 : « la renonciation par le créancier au droit à agir en paiement contre le débiteur principal n'emporte pas extinction de l'obligation principale ni du recours de la caution contre ce débiteur, de sorte que la clause précitée ne fait pas obstacle aux poursuites du créancier contre la caution solidaire ».

<sup>1427</sup> V. *supra* n°279.

<sup>1428</sup> V. IHERING (R.), *Le combat pour le droit*, traduit de l'allemand par Alexandre François Meydiou, Paris, 1875, p. 27 et p. 29. Il énonce d'une part que « la défense du droit est en même temps un devoir envers la société » et d'autre part que « chacun dans sa position est chargé de défendre la loi quand il s'agit du droit privé ».

<sup>1429</sup> SEILLAN (Y.), art. préc., n°37.

outre les conditions de validité posées par le législateur<sup>1430</sup>. Dès lors, faut-il en conclure que les règles de validité d'un acte juridique sont supplétives de volonté ? Une telle conclusion ne serait pas admissible.

**429.** Mais ne pourrait-on pas objecter, au regard de certaines règles, notamment celles dites appartenant à l'ordre public de protection, que le renonçant abdique, non à l'action en nullité, mais à une protection légale ?

En faveur de cette objection, peut être invoquée la jurisprudence relative à l'article 1328 du Code civil<sup>1431</sup>. La Cour de cassation a admis la possibilité de renoncer au bénéfice de la protection légale édictée par cette disposition<sup>1432</sup>. Peut également être avancée, l'existence de différentes dispositions du Code civil prévoyant expressément la possibilité de renoncer au bénéfice d'une protection légale. À titre d'illustration, l'article 2298 du Code civil dispose que « la caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut de débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion [...] ».

Cependant, dans ces hypothèses, la règle édictant une protection légale à laquelle il est possible de renoncer n'a pas été érigée en condition de validité d'un acte. Elle n'est pas sanctionnée par la nullité, sanction révélant l'importance que le législateur attache au respect de la règle<sup>1433</sup>.

**430.** Il reste qu'à cette première considération relative à l'objet de la renonciation, il faut en ajouter une seconde : en présence d'un droit subjectif ou d'une protection légale, il n'est possible d'y renoncer que si ce dernier intéresse uniquement son titulaire.

## **2 - L'exigence d'un droit intéressant son seul titulaire excluant la nullité**

**431.** « Il est des droits qui, par leurs caractères sont insusceptibles d'être l'objet d'une abdication unilatérale, c'est-à-dire d'une renonciation »<sup>1434</sup>. Plusieurs considérations sont

---

<sup>1430</sup> Sur l'effet de la renonciation à l'action en nullité, v. SEILLAN (Y.), art. préc., n°39 : « la renonciation à invoquer la nullité d'un acte juridique, anéantit rétroactivement le droit d'agir en justice et confère à cet acte une efficacité de manière rétroactive » ; v. égal. sur l'effet de l'acquiescement à un acte administratif illicite, BLUMANN (C.), *op. cit.*, n°330 : « l'acquiescement à un acte administratif ne s'analyse pas seulement en une renonciation à attaquer une décision administrative. Il signifie également une acceptation de la décision quant à son contenu. Le particulier renonçant reconnaît la régularité, la licéité de l'acte administratif ».

<sup>1431</sup> L'article 1328 du Code civil dispose : « Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans les actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire ».

<sup>1432</sup> V. par ex. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 30 avril 2002, n°00-22083.

<sup>1433</sup> V. *supra* n°255.

<sup>1434</sup> RAYNAUD (P), art. préc., n°34.

susceptibles de faire obstacle à une renonciation : l'intérêt d'un tiers, l'intérêt général, l'ordre public<sup>1435</sup>, qui présente en ce domaine « une physionomie propre »<sup>1436</sup>. C'est pourquoi, il est traditionnellement soutenu qu'une renonciation n'est possible que si elle porte sur un droit n'intéressant que son titulaire<sup>1437</sup>.

Cette idée apparaît déjà dans la pensée de JUSTINIEN, dans celle de DOMAT, mais également d'auteurs postérieurs<sup>1438</sup>. JUSTINIEN aurait affirmé que « c'est une règle de droit antique, que chacun soit libre de renoncer à ce qui a été introduit en sa faveur »<sup>1439</sup>, tandis que Domat a énoncé qu'« il est libre aux personnes capables, d'user de leurs droits et de renoncer à ce que les lois établissent en leur faveur. [...] mais cette liberté de renoncer à son droit ne s'étend point aux cas où [...] la renonciation serait contraire à l'équité ou aux bonnes mœurs ou à la défense de quelques lois »<sup>1440</sup>.

Le Code civil espagnol a fait sienne ces idées en son article 4. Il dispose : « sont nuls les actes conclus contre ce qui a été dit dans la loi sauf les cas où la même loi ordonne leur validité. Les droits accordés par les lois peuvent être renoncés si cette renonciation ne va pas contre l'intérêt ou l'ordre public, ou au préjudice d'un tiers »<sup>1441</sup>.

Ainsi, seuls les droits intéressant exclusivement leur titulaire peuvent faire l'objet d'une renonciation. C'est pourquoi les auteurs s'accordent à considérer qu'il n'est pas possible de renoncer aux droits fonction, c'est-à-dire aux droits qui « impliquent la reconnaissance à leur titulaire de pouvoirs et de prérogatives en vue de l'accomplissement d'une fonction dans l'intérêt d'autrui »<sup>1442</sup>. Leur renonciation est prohibée car elle « serait

<sup>1435</sup> L'ordre public constitue la limite traditionnelle à la liberté contractuelle. La doctrine classique prônait d'ailleurs l'interdiction de renoncer à un droit d'ordre public (v. par ex. AUBRY (C.) et RAU (C.), T. IV, *op. cit.*, n°523, note 3). Les auteurs postérieurs ont ensuite tempéré cette position en recourant à la notion de droit acquis (v. not. SAVATIER (R.), *D.* 1952. 721, note sous Cass. civ. sect. soc., 24 avril 1952 et 16 mai 1952 ; CARBONNIER (J.), *RTD civ.* 1953, 126, note sous Cass. civ. sect. soc., 24 avril 1952).

<sup>1436</sup> RAYNAUD (P.), art. préc., n°41. L'auteur montre que la distinction « droits hors du commerce » et « droits dans le commerce » mise en œuvre pour les contrats ne peut être utilisée de façon identique dans le cadre de la renonciation.

<sup>1437</sup> RAYNAUD (P.), art. préc., n°34 ; DEMOGUE (R.), *Traité des obligations, T. I, Les sources*, Paris : Librairie Arthur Rousseau, 1923, p. 36 : « il faut que l'acte soit tout avantage pour les tiers et ne puisse nuire qu'à celui qui le fait : comme la renonciation ».

<sup>1438</sup> V. égal. DEMOGUE (R.), *op. cit.*, n°16 : « Par contre, la volonté unilatérale ne présentant pas socialement les mêmes garanties, on admet seulement dans des cas limités qu'elle puisse suffire à réaliser un acte [...] Ou bien il faut que l'acte soit tout avantage pour les tiers et ne puisse nuire qu'à celui qui le fait : comme la renonciation ».

<sup>1439</sup> Cité par J. CARBONNIER, « les renoncements au bénéfice de la loi en droit privé », art. préc., p. 283.

<sup>1440</sup> DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Nouvelle édition, T. I, Paris, 1756, Livre préliminaire, Titre 1, Section II, n°27.

<sup>1441</sup> V. CASTRO Y BRAVO (F.), « Les renoncements au bénéfice de la loi en droit privé espagnol », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, T. XIII, 1959-1960*, Dalloz, 1963, p. 304 ; MARIN PEREZ (P.), « La renonciation au bénéfice de la loi en droit civil espagnol », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, T. XIII, 1959-1960*, Dalloz, 1963, p. 443.

<sup>1442</sup> RAYNAUD (P.), art. préc., n°345.

préjudiciable à des intérêts qui survivront à la renonciation»<sup>1443</sup>. Même s'il est tentant de qualifier l'action en nullité de droit-fonction, puisque le droit d'agir est attribué à un sujet non pas dans son seul intérêt, l'absence de « mission » conférée aux particuliers similaire à celle du ministère public ne le permet pas<sup>1444</sup>. Pour autant, ne pas qualifier l'action en nullité de droit-fonction n'implique pas qu'il soit possible de renoncer à l'action en nullité. L'objet de l'action en nullité ne le permet pas : il n'intéresse pas son seul titulaire.

**432.** L'action en nullité se situe au cœur de deux intérêts : l'intérêt personnel du requérant d'une part, et, au regard de l'objet de l'action en nullité à savoir le rétablissement de la légalité transgressée, l'intérêt général d'autre part. Si l'intérêt personnel du demandeur pourrait inciter à reconnaître la licéité de la renonciation, l'intérêt général tend, en revanche, à exclure toute possibilité de renonciation<sup>1445</sup>. C'est ce dernier qui doit prévaloir. L'objet de l'action en nullité ne permet pas de considérer qu'elle n'intéresse que son titulaire. En effet, renoncer à intenter une action en nullité revient à abdiquer définitivement le droit de demander la restauration de la légalité. Or, il est impossible de soutenir que la légalité n'intéresse que le renonçant<sup>1446</sup>. Si le législateur a choisi la nullité comme sanction, c'est en raison de l'importance toute particulière que revêt la règle à laquelle elle est attachée<sup>1447</sup>. Il refuse qu'un acte contrevenant à cette règle produise des effets<sup>1448</sup>. Permettre la renonciation à l'action en nullité priverait alors d'intérêt la nullité, mais également d'efficacité la règle qu'elle sanctionne. Elle « demeurerait sans valeur »<sup>1449</sup>, car autoriser l'abdication de l'action en nullité porterait atteinte au caractère obligatoire de cette règle, caractère qui est de l'essence de la règle de droit<sup>1450</sup>. SOLON déjà précisait que « l'exécution des lois est une des conditions les plus essentielles à la stabilité des sociétés humaines [...] Pénétrés de cette vérité, tous les législateurs se sont occupés à donner à la loi cette autorité active [...] En matière civile, [...]

---

<sup>1443</sup> *Ibid.*

<sup>1444</sup> V. *supra* n°287.

<sup>1445</sup> BLUMANN (C.), *op. cit.*, n°341.

<sup>1446</sup> Pour le refus d'admettre l'acquiescement postérieur à un acte administratif, v. BLUMANN (C.), *op. cit.*, n°365 et s. V. égal. LANDRON, *RPDA*, 1956, 25 : « il serait impossible, contraire à l'ordre public, de renoncer à invoquer l'illégalité d'un acte administratif ». V. égal. IHERING (R.), *op. cit.*, p. 27 et s.

<sup>1447</sup> V. *supra* n°255.

<sup>1448</sup> L'objection selon laquelle certaines règles de validité sont d'intérêt privé ne peut prospérer. Comme nous avons pu le souligner à plusieurs reprises, il n'y a pas de règles qui soient seulement d'intérêt privé (v. *supra* n°82).

<sup>1449</sup> BOUZAT (P.), « De la clause par laquelle une partie dans une convention s'engage à ne pas en demander la nullité », *RCLJ*, 1934, p. 358, spéc., n°7

<sup>1450</sup> MALAURIE (Ph.) et MORVAN (P.), *Introduction générale*, Defrénois, coll. Droit civil, 3<sup>e</sup> éd., 2009, n°42 ; v. égal. BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, préf. G. Lebreton, L.G.D.J., 2002, n°39.

cette exécution est assurée par l'annulation des actes ou conventions illégalement consentis »<sup>1451</sup>.

**433.** L'encadrement de l'objet de la renonciation s'oppose à la possibilité de renoncer à l'action en nullité<sup>1452</sup>. Cette exclusion de l'action en nullité du domaine de la renonciation coïncide avec l'invalidité de l'acquiescement à un acte administratif illicite<sup>1453</sup>. Il s'agit d'un principe traditionnellement admis chez les auteurs. Ils soutiennent que « la légalité n'est pas objet de commerce », dès lors on ne peut pas y renoncer<sup>1454</sup>. Si le Conseil d'Etat a condamné « la renonciation à la critique d'une illégalité » antérieure à l'acte administratif par l'arrêt « *ANDREANI* »<sup>1455</sup>, il ne s'est toutefois pas expressément prononcé sur l'acquiescement<sup>1456</sup>. Ainsi, dans l'arrêt « *VILLE DE RAMBOUILLET* », le Conseil d'Etat précise que la conclusion d'une convention prévue par un arrêté préfectoral ne peut être regardée comme un acquiescement de la ville « audit arrêté qu'elle était recevable à déférer au tribunal administratif de Versailles par la voie du recours pour excès de pouvoir »<sup>1457</sup>. L'incertitude était permise puisque cet arrêt peut s'interpréter comme rejetant l'acquiescement implicite ou ambigu<sup>1458</sup>. Mais la Cour administrative d'appel de Paris, par un arrêt en date du 30 décembre 1996, a clairement pris position sur cette question<sup>1459</sup>. Elle énonce que « cet engagement et ce protocole d'accord ne pouvaient être de nature à interdire à l'intéressé l'exercice du recours pour excès de pouvoir, lequel n'a pas pour objet la défense de droits subjectifs, mais d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité ». En conséquence, la jurisprudence administrative semble exclure tant la renonciation anticipée, que l'acquiescement<sup>1460</sup>.

---

<sup>1451</sup> SOLON (V.), *Traité des nullités des actes et des conventions en matière civile*, Bruxelles : Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, 1836, p. I.

<sup>1452</sup> V. pour le plein contentieux objectif, LEPETIT-COLLIN (H.), *Recherches sur le plein contentieux objectif*, préf. Y. Gaudemet, L.G.D.J., 2011, n°403 et s., spéc. n°406 : « en tant que contentieux de l'acte administratif, le plein contentieux objectif se préoccupe également de la légalité. À cet égard, la décision du juge du plein contentieux objectif n'affecte pas la seule situation du requérant. Qu'elle soit d'annulation ou de réformation, elle a des conséquences sur la légalité ».

<sup>1453</sup> Sur l'acquiescement, v. *infra* n°437.

<sup>1454</sup> PACTEAU (B.), *Manuel de contentieux administratif*, Puf, coll. Droit fondamental, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n°100.

<sup>1455</sup> CE (Ass.), 19 nov. 1955, *Rec. Lebon*, p. 551 ; RPDA, 1956, 25, Concl. LANDRON. Cet arrêt ne fait que confirmer la jurisprudence antérieure et notamment l'arrêt « Louarn » du 13 fév. 1942 (v. sur ce point : BLUMANN (C.), *op. cit.*, n°359 et s.).

<sup>1456</sup> Certains arrêts semblaient au contraire l'avoir admis implicitement. V. CE, 29 mars 1935, « Pérignon », S. 1936, 3, 97, note ALIBERT (R.).

<sup>1457</sup> CE, 18 fév. 1976, *Rec. Lebon*, p. 105.

<sup>1458</sup> BAILLEUL (D.), *op. cit.*, n°40.

<sup>1459</sup> CAA Paris, 30 déc. 1996 « Boyer c/ Commune de Boulogne-Billancourt », *Rec.*, p.1073 ; JCP 1997, 22871, note V.H.

<sup>1460</sup> Sur l'acquiescement au jugement relatif à la validité d'un acte juridique de droit privé, v. *infra* n°437.

**434.** La renonciation anticipée à l'action en nullité doit être exclue, et ce, peu important que le droit d'action soit, ou non, acquis. On sait en effet qu'une fois un droit acquis<sup>1461</sup>, la renonciation est admise, et ce, parfois même pour des droits d'ordre public<sup>1462</sup>. Il ne peut en être ainsi pour l'action en nullité. Son objet constitue un obstacle absolu. Le moment auquel la renonciation anticipée se produit s'avère indifférent. Cependant, cette impossibilité pourrait être tempérée dans le cadre de l'instance. Le législateur y a, en effet, encadré la possibilité de renoncer à l'action engagée. Il convient donc de vérifier, si une exception à l'impossibilité de renoncer à l'action en nullité a été apportée, et, dans l'affirmative, si cette exception doit être remise en cause.

## **B - L'incidence du cadre de l'instance**

**435.** L'action en nullité ne présentant aucune originalité, elle obéit au droit commun de l'action en justice<sup>1463</sup>. Partant, les dispositions du Code de procédure civile relatives à la renonciation à l'action, une fois le lien d'instance établi, ont vocation à s'appliquer à l'action en nullité. Dans le cadre de l'instance, l'action peut s'éteindre notamment par désistement, et par acquiescement<sup>1464</sup>.

**436.** Le désistement, c'est « l'abandon volontaire »<sup>1465</sup>, « l'action de renoncer »<sup>1466</sup>. Il peut porter soit sur l'action, soit sur l'instance. Le désistement d'instance n'éteignant pas le droit d'agir, seul le désistement d'action sera ici envisagé<sup>1467</sup>.

---

<sup>1461</sup> Le critère des droits acquis a fait l'objet de critiques au motif qu'il ne « satisfait pas la finalité protectrice » de la règle d'ordre public. Sur ce point, v. GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), n°2466.

<sup>1462</sup> CARBONNIER (J.), *RTD civ.* 1953, 126 note sous Cass. civ. 24 avril 1952. Certains auteurs analysent parfois la renonciation à un droit d'ordre public comme « emportant une mutation de la règle d'impérative en supplétive de volonté », v. PÉRÈS (C.), *La règle supplétive*, préf. G. Viney, L.G.D.J., 2004, n°267. L'auteur critique cette analyse au motif que le droit positif n'interdit pas de renoncer à une règle impérative et que cette liberté « circonscrite au renoncement, est bien distincte de celles dont jouissent les particuliers en présence de règles supplétives, c'est-à-dire d'une liberté *ab initio* de définir le contenu d'un acte juridique » (en italique dans le texte).

<sup>1463</sup> V. *supra* n°281 et s.

<sup>1464</sup> CADIET (L.) et JEULAND (E.), n°414.

<sup>1465</sup> ROBERT (P.), *Le petit Robert*, Texte remanié et amplifié sous la direction de J. Rey-Debove et A. Rey, 2014, v°désistement, p. 707.

<sup>1466</sup> *Trésor de la langue française*, v° désistement.

<sup>1467</sup> À la différence du désistement d'action, le désistement d'instance éteint seulement l'instance engagée (v. l'art. 398 CPC). Le désistement d'instance laissant subsister le droit d'action (RAYNAUD (P.), « Le désistement d'instance - contribution à l'étude de la renonciation à un droit », *RTD civ.* 1942, p.1 et s ; FRICERO (N.), art. préc., n°4 ; JEULAND (E.), n°362-2. V. égal. Cass. soc., 21 janv. 2014, n°12-20264, *Bull. civ.* V, n°27 ; *JCP S* 2014, 1317, note BRISSY (S.) ; *JCP S* 2014, act. 55, DAUXERRE (L.)), le renonçant pourra introduire une nouvelle instance si, selon les termes de l'article 385 alinéa 2<sup>nd</sup> du Code de procédure civile, « l'action n'est pas éteinte par ailleurs ». Le Code de procédure civile précise d'ailleurs, en son article 394, qu'en première instance, « le demandeur peut, en toute matière, se désister de sa demande en vue de mettre fin à l'instance ». Au regard de ce qui précède, le désistement d'instance n'implique pas la renonciation du demandeur au rétablissement de la légalité transgressée et est permis en toute matière.

Le désistement d'action « est celui qui porte sur le droit lui-même d'être entendu par le juge sur le fond de la prétention »<sup>1468</sup>. Il implique l'extinction de l'action, et, par voie de conséquence, celle de l'instance engagée<sup>1469</sup>. Il s'agit d'un acte grave : l'action ne pourra plus être intentée<sup>1470</sup>. Renoncer à l'action emporte alors la renonciation au droit substantiel dont l'action assurait la sanction. En conséquence, le désistement d'action n'est possible que si l'auteur du désistement peut disposer du droit litigieux<sup>1471</sup>. Cette exigence vaut en première instance, comme en appel<sup>1472</sup>. On sait que l'action en nullité ne tend pas à la sanction d'un droit substantiel, mais vise au rétablissement de la légalité transgressée<sup>1473</sup>. On sait également, qu'en conséquence, renoncer à l'action en nullité reviendrait à renoncer au rétablissement de la légalité, de sorte que le désistement d'action doit être rejeté<sup>1474</sup>, et ce, pour les mêmes raisons que celles ayant justifié l'exclusion de la renonciation anticipée<sup>1475</sup>.

**437.** L'action peut également s'éteindre par l'acquiescement au jugement<sup>1476</sup>. L'acquiescement est « l'acte juridique par lequel une partie au procès renonce à son droit d'action en se soumettant [...] au jugement de la juridiction »<sup>1477</sup>. L'acquiescement au jugement est, selon les termes de l'alinéa second de l'article 490 du Code de procédure civile, « toujours admis, sauf disposition contraire ». Au regard des règles de la procédure civile, l'acquiescement au jugement relatif à la validité d'un acte juridique doit être permis puisqu'aucune disposition n'interdit d'acquiescer à un tel jugement. Cette solution est d'ailleurs parfaitement acceptable en ce qu'elle ne tend pas à faire obstacle au but de l'action en nullité. L'acquiescement ne fait qu'emporter « soumission aux chefs de celui-ci et renonciation aux

<sup>1468</sup> FRICERO (N.), *J.-Cl. Procédure Civile*, Fasc. 682 : Désistement, oct. 2014, n°3 ; JEULAND (E.), n°362-2.

<sup>1469</sup> L'art. 384 al. 1<sup>er</sup> CPC dispose : « En dehors des cas où cet effet résulte du jugement, l'instance s'éteint accessoirement à l'action par l'effet de la transaction, de l'acquiescement, du désistement d'action ou, dans les actions non transmissibles, par le décès d'une partie ».

<sup>1470</sup> FRICERO (N.), *J.-Cl. Procédure Civile*, Fasc. 682 : Désistement, oct. 2014, n°3 ; CADIET (L.) et JEULAND (E.), n°416.

<sup>1471</sup> CORNU (G.) et FOYER (J.), p. 362 ; CADIET (L.) et JEULAND (E.), n°417.

<sup>1472</sup> Pour le désistement du droit d'agir en appel, l'art. 556 du CPP est clair quant à cette exigence. Il dispose : « Les personnes capables de compromettre peuvent renoncer à l'appel. Elles ne le peuvent que pour les droits dont elles ont la libre disposition ». À cet égard, il peut être surprenant que l'acquiescement au jugement ne comporte pas cette même exigence.

<sup>1473</sup> V. *supra* n°273.

<sup>1474</sup> Sur l'admission du désistement d'action en droit public, v. BAILLEUL (D.), *op. cit.*, n°42. L'auteur critique cette faculté. Il énonce : « cette option ainsi offerte au requérant de mettre fin au procès une fois celui-ci engagé n'en paraît pas moins regrettable dans le domaine de la légalité. Il n'échappera à personne que les désistements peuvent être monnayés lorsque les intérêts en jeu sont suffisamment importants et il est fort désagréable d'imaginer que la légalité puisse faire l'objet de tels arrangements ».

<sup>1475</sup> V. *supra* n°431 et s.

<sup>1476</sup> L'acquiescement à la demande du défendeur est par hypothèse exclue, car si le demandeur agit en nullité, c'est qu'il n'entend pas acquiescer à la validité de l'acte. Mais si cette hypothèse d'école se présentait, l'acquiescement devrait être considéré comme illicite, car il emporte, selon les termes de l'article 408 du Code de procédure civile, « renonciation à l'action ». Par ailleurs, l'alinéa 2<sup>nd</sup> de cette disposition précise qu'« il n'est admis que pour les droits dont les parties ont la libre disposition ».

<sup>1477</sup> CADIET (L.) et JEULAND (E.), n°419.

voies de recours sauf si, postérieurement, une autre partie forme régulièrement un recours ». Dès lors, l'acquiescement suppose une décision préalable d'un tiers impartial et indépendant<sup>1478</sup>. Il n'y aura donc pas de renonciation à la légalité puisque la question de la validité de l'acte litigieux aura été tranchée.

**438.** De façon surprenante, le législateur n'autorise le désistement d'appel que pour les droits dont le plaideur a la libre disposition, alors qu'il permet d'acquiescer à un jugement sans restriction<sup>1479</sup>. Il en résulte que la renonciation à l'action en nullité ne peut jamais intervenir par la voie du désistement. La renonciation ne pourra advenir que par voie de conséquence, comme effet de l'acquiescement à un jugement relatif à la validité d'un acte juridique.

**439.** Finalement, le cadre de l'instance a peu d'incidence sur l'impossibilité de renoncer à l'action en nullité. Le principe reste que la renonciation est impossible : on ne renonce pas à l'action tendant au rétablissement de la légalité. Un léger assouplissement doit cependant être apporté par l'admission de l'acquiescement au jugement. L'acquiescement emportera extinction du droit d'agir en appel<sup>1480</sup>, droit qui, s'il est fondamental, n'est pas absolu<sup>1481</sup>. Il reste que, dans cette hypothèse, un jugement relatif à la validité de l'acte litigieux aura été rendu. La renonciation à l'action ne sera donc qu'indirecte, et elle n'aura pas la même incidence que la renonciation anticipée ou que le désistement en première instance.

**440.** En définitive, la renonciation est un mode spécifique d'extinction de l'action. Elle se distingue tant de l'abstention, que de la confirmation. L'encadrement traditionnel de la renonciation s'oppose à ce qu'une personne renonce à intenter l'action en nullité. Cette dernière ne tend en effet pas à la sanction d'un droit substantiel intéressant son seul titulaire. Elle vise au rétablissement de la légalité transgressée. Le cadre spécifique de l'instance ne conduit pas à bouleverser ce principe d'exclusion. L'admission de l'acquiescement au jugement, qui emporte extinction du droit d'agir en appel, ne constitue qu'un léger assouplissement au principe de l'exclusion, puisque la question de la conformité d'un acte à la loi a en effet été soulevée et tranchée par un juge.

---

<sup>1478</sup> FRICERO (N.), *J.-Cl. Procédure Civile*, Fasc. 683 : Acquiescement, mars 2015, n°54.

<sup>1479</sup> *Ibid.*

<sup>1480</sup> V. l'art. 409 CPC. Il dispose : « L'acquiescement au jugement emporte soumission aux chefs de celui-ci et renonciation aux voies de recours sauf si, postérieurement, une autre partie forme régulièrement un recours ».

<sup>1481</sup> Chacun sait que le double degré de juridiction est conditionné par un taux de ressort.

## Conclusion du Chapitre 2

441. La demande en nullité peut se heurter principalement à deux conditions de recevabilité objectives : l'écoulement du temps et la renonciation. Il s'agissait donc de dégager les règles à suivre afin de déterminer le délai auquel est soumis l'exercice de l'action et son point de départ, ainsi que d'envisager la possibilité de renoncer à l'action.

442. En premier lieu, la recevabilité de la demande est subordonnée au respect du temps pour intenter l'action. En matière de nullité, la prescription n'atteint que l'action : elle ne peut en aucun cas consolider l'assise substantielle de la nullité, ce qui explique d'ailleurs que l'exception de nullité soit perpétuelle. La détermination du délai de prescription de l'action en nullité est directement liée à la dialectique du droit commun et du droit spécial. Ainsi, en ce domaine, comme dans d'autres, le législateur a édicté des dispositions dites spéciales, dérogeant au droit commun. C'est ce constat qui a dessiné le raisonnement à suivre. Dans un premier temps, il s'agit de déterminer, au regard de la cause de nullité invoquée, si le législateur a - ou non - prévu un délai de prescription ou un point de départ spécifique. Dans la négative, il faut recourir au délai ou au point de départ de la prescription de droit commun prévu par l'article 2224 du Code civil, car l'action en nullité doit être rangée dans la catégorie ouverte des actions personnelles. Dans l'affirmative, il faut, dans un second temps, déterminer s'il existe une antinomie entre la disposition spéciale et le droit commun. Ce n'est qu'en présence d'une contradiction entre ces deux normes que l'adage *lex specialia generalibus derogant* permettra d'écarter le droit commun au profit de la disposition spéciale.

443. En second lieu, la recevabilité de la demande est subordonnée à l'absence de renonciation à l'action, laquelle ne peut se confondre ni avec l'abstention, ni avec la confirmation. La renonciation constitue un mode spécifique d'extinction de l'action, qui ne peut en aucun cas jouer pour l'action en nullité.

Une renonciation anticipée, c'est-à-dire en dehors de tout lien d'instance n'est possible que si elle porte sur un droit subjectif, ou sur une prérogative n'intéressant que son titulaire. Or, on sait que l'action en nullité tend au rétablissement de la légalité transgressée, et ce quelle que soit la cause de nullité invoquée. Dès lors, renoncer à l'action en nullité reviendrait à renoncer à la légalité. Cela n'est pas envisageable puisqu'il n'existe aucun droit subjectif à la légalité, et qu'il est impossible de soutenir que la légalité n'intéresse que le seul demandeur à l'action.

Dans le cadre de l'instance, la renonciation est dénommée « désistement ». Le législateur a encadré le désistement d'action : on ne peut se désister d'une action que

lorsqu'elle tend à sanctionner un droit dont on a la libre disposition. Pour les raisons précédemment évoquées, le désistement d'action en nullité doit, lui aussi, être exclu. Il reste que le législateur a permis d'acquiescer à un jugement, et ce, sans aucune restriction. Mais, bien que l'acquiescement emporte extinction des voies de recours, il convient d'admettre la possibilité d'acquiescer au jugement relatif à la validité d'un acte juridique. En effet, dans cette hypothèse, un tiers impartial et indépendant, le juge, se sera prononcé sur l'existence d'une cause de nullité, autrement dit, d'une atteinte à la légalité.

444. Les règles permettant de déterminer tout d'abord les sujets de l'action, ensuite les modalités de prescription de l'action, et enfin la possibilité de renoncer à l'action ont été posées. À présent, il reste à envisager un dernier obstacle qui ne concerne pas l'ouverture de l'action, mais le prononcé de la nullité : la confirmation.

### Chapitre 3 - La confirmation de l'acte entaché de nullité

445. L'article 1338 du Code civil relatif à la confirmation de l'acte entaché de nullité a fait l'objet de deux interprétations différentes. Chacune d'elles est liée à une nature proposée de la nullité<sup>1482</sup> : état de l'acte d'une part, droit de critique d'autre part. Analysant la nullité comme un état de l'acte, les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle ont interprété l'article 1338 du Code civil à la lettre, et ont conçu la confirmation comme une réparation<sup>1483</sup>. Pour ces auteurs, seul l'acte atteint d'un vice moindre, autrement dit l'acte annulable, pouvait être confirmé<sup>1484</sup>. Les partisans de la théorie dite moderne des nullités se sont, quant à eux, extraits de la lettre de cet article, et ont critiqué la formule légale relative à « l'intention de réparer le vice » au motif qu'elle « n'est pas heureuse »<sup>1485</sup>. Concevant la nullité comme un droit subjectif, ils ont assimilé la confirmation à une renonciation. Cette dernière peut intervenir, quelle que soit la cause de nullité, si le droit de critique est disponible<sup>1486</sup>. À la suite de ces auteurs, la confirmation est analysée, de nos jours, comme une renonciation à l'action en nullité<sup>1487</sup>. On sait que la jurisprudence ouvre la confirmation aux seuls actes entachés d'une cause de nullité labellisée de relative<sup>1488</sup>.

446. On perçoit dès lors, que, de la conception de la nullité découle celle de la confirmation, mais également que, de la conception de la confirmation résultent ses conditions d'ouverture. L'identification de la confirmation (Section 1) constitue donc un préalable à la détermination de son ouverture (Section 2).

---

<sup>1482</sup> À juste titre, les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle soulignaient que l'article 1338 était relatif à la preuve de la confirmation plutôt qu'à la confirmation elle-même. V. not. DEMANTE (A.M.), *Cours analytique de Code Napoléon*, T. V, art. 1101-1386, Continué depuis l'article 980 par E. Colmet de Santerre, Paris : Henri Plon Imprimeur éditeur, 1865, n°306 bis.

<sup>1483</sup> V. *infra* n°463 et s., l'analyse littérale faite par les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle.

<sup>1484</sup> V. *supra* n°123 et s.

<sup>1485</sup> COUTURIER (G.), *op. cit.*, n°28.

<sup>1486</sup> Le champ de la confirmation est donc plus étendu : la renonciation au droit de critique était en effet admise sous réserve des limites de l'ordre public (v. not. COUTURIER (G.), *La confirmation des actes nuls*, préf. J. Flour, L.G.D.J., 1972, n°153).

<sup>1487</sup> L'article 1182 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations prend acte de la consécration de la théorie dite moderne des nullités. Il dispose : « La confirmation est l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce. Cet acte mentionne la substance de l'obligation et le vice affectant le contrat. La confirmation est sans effet lorsqu'elle intervient avant la conclusion du contrat. L'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité, vaut confirmation. En cas de violence, la confirmation ne peut intervenir qu'après que la violence a cessé. La confirmation emporte renonciation aux moyens et exceptions qui pouvaient être opposés, sans préjudice néanmoins des droits des tiers ».

<sup>1488</sup> V. la jurisprudence citée *supra* n°175 et pour les raisons motivant l'exclusion de la confirmation pour l'acte entaché d'une cause de nullité labellisée d'absolue, v. *supra* n°136 et s.

## **Section 1 : L'identification de la confirmation**

447. On sait que la nullité constitue une sanction judiciaire de la légalité<sup>1489</sup>. En tant que sanction, elle possède une assise substantielle, matérialisée par la cause de nullité - le vice -, et un aspect « réaction », qui nécessite l'exercice d'une action en nullité. Ces deux composantes transparaissent dans la lettre de l'article 1338 du Code civil. Cet article dispose :

*« L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée.*

*À défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée.*

*La confirmation, ratification, ou exécution volontaire dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice néanmoins du droit des tiers ».*

Ainsi, « l'intention de réparer le vice » fait référence à l'assise substantielle de la nullité, tandis que son aspect « réaction » apparaît dans l'effet de la confirmation. Cette dernière « emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte ».

448. La lettre de l'article 1338 du Code civil révèle que la confirmation est un acte juridique (§.1), qui a pour objet la régularisation subjective d'un acte entaché de nullité (§.2), et pour conséquence la renonciation à l'action en nullité (§.3).

### ***§.1 - La confirmation, un acte juridique***

449. Comme tout acte juridique, la confirmation est soumise aux exigences de l'article 1108 du Code civil. Dès lors, pour être valable, elle doit émaner d'un confirmant capable, qui émet un consentement exempt de vice<sup>1490</sup>.

Cet acte juridique se forme par la seule volonté du confirmant (A), et n'est soumis à aucune exigence de forme (B).

### **A - Un acte juridique unilatéral**

450. La confirmation s'analyse, de nos jours, en un acte juridique unilatéral<sup>1491</sup>. Il n'en a pas toujours été ainsi, car l'idée qu'une personne puisse s'engager par l'expression d'une

---

<sup>1489</sup> V. *supra* n°253 et s.

<sup>1490</sup> Une confirmation entachée d'erreur, consentie sous l'empire de manœuvres dolosives ou sous la contrainte sera entachée d'une cause de nullité. Elle pourra, par conséquence, être annulée.

volonté unilatérale a mis du temps à s'imposer. D'ailleurs, au XIX<sup>e</sup> siècle, certains auteurs soutenaient que le ou les cocontractants étaient censés avoir donné, « par anticipation, et dans le moment même où l'obligation a été consentie » leur adhésion à la confirmation<sup>1492</sup>. Cependant, dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, les auteurs ont commencé à voir dans la confirmation un acte unilatéral<sup>1493</sup>. Ainsi, par exemple, MARCADÉ énonçait que « la confirmation ne venant pas former une convention, mais seulement consolider une convention préexistante et annulable dans l'intérêt de l'une des parties, elle n'exige nullement le concours de ces parties, et se trouve parfaite par la seule volonté du débiteur qui pouvait faire annuler : puisqu'elle présente uniquement un supplément de volonté venant se joindre à la volonté légalement suffisante de la seconde partie, il est clair que celle-ci n'a pas besoin d'y prendre part »<sup>1494</sup>. La nature unilatérale de la confirmation ne fait pas de doute au regard du deuxième alinéa de l'article 1338 du Code civil. Il prévoit que la confirmation peut s'opérer par l'exécution volontaire de l'obligation « après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée ». La jurisprudence retient d'ailleurs que la confirmation est irrévocable une fois formulée et qu'il importe peu qu'elle n'ait pas été acceptée<sup>1495</sup>.

**451.** Une manifestation de volonté unilatérale s'avère donc suffisante pour opérer une confirmation. Au surplus, celle-ci n'a pas à se couler dans un formalisme particulier.

## **B - Un acte juridique consensuel**

**452.** En l'absence de disposition contraire, c'est le principe du consensualisme qui doit régir la formation de l'acte confirmatif<sup>1496</sup>. La place de l'article 1338 au sein du Code civil

<sup>1491</sup> Il s'agit d'« une manifestation de volonté émanant d'un individu qui entend créer certains effets de droit sans le secours d'aucune autre volonté » (TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°50).

<sup>1492</sup> V. not. AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, T. II, Strasbourg : F. Lagier Libraire éditeur, 1839, n°339, note 28 ; DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code napoléon*, T. XX, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T. VI, Paris : Imprimerie générale, A. Durand et L. Hachette Libraires, 4<sup>e</sup> éd., 1876.n°768.

<sup>1493</sup> BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil - Des obligations*, T. III, Paris : Librairie de la société du recueil Sirey et du journal du palais, 3<sup>e</sup> éd., 1908, n°1986. Ces auteurs énoncent expressément que « la confirmation est un acte *unilatéral* » (en italique dans le texte). V. égal. n°1992 : « la confirmation est l'œuvre de la volonté unilatérale ». V. égal. HUC (T.), *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, T. VIII, Paris, 1895, n°273.

<sup>1494</sup> MARCADÉ (V.), *Explication théorique et pratique du Code civil*, T.V, Paris : Delamotte et fils éditeurs, 7<sup>e</sup> éd., 1873, p. 101.

<sup>1495</sup> V. par ex. Cass. civ., 10 nov. 1874, D. 1875, 1, 40 ; Req., 25 nov. 1878, D. 1879, 1, 415.

<sup>1496</sup> GORÉ (F.), « Rapport général », in *Travaux de l'association H. Capitant*, T. XX – *Les modes non formels d'expression de la volonté*, Dalloz, 1972, p. 10 et p. 14 : « Tant pour les actes juridiques unilatéraux que pour les contrats, les législateurs restreignent les exigences formelles afin que les personnes puissent régler leurs intérêts selon les formes qui leur apparaissent les plus propres au but qu'elles poursuivent ». V. égal. l'art. 1171 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations. Il dispose : « Le contrat est parfait par le seul échange des

en premier lieu, et la possibilité de confirmer l'acte en exécutant volontairement l'obligation entachée d'une cause de nullité en second lieu, révèlent que la confirmation n'est soumise à aucun formalisme *ad validatem*.

En premier lieu, l'article 1338 se situe au sein du Chapitre VI du titre III du livre III du Code civil intitulé « De la preuve des obligations et de celle du paiement ». Ainsi, si l'alinéa 1<sup>er</sup> précise les mentions que doit contenir l'acte confirmatif pour prouver valablement la confirmation, ces dernières ne sont exigées qu'*ad probationem*.

En second lieu, les alinéas 1 et 2 de l'article 1338 du Code civil montrent que le mode d'expression de la volonté est totalement libre. Il peut s'agir de « tout comportement, actif ou passif, qui permet de conclure à l'existence d'une certaine volonté, c'est-à-dire qui ait "valeur déclarative" »<sup>1497</sup>. Classiquement, la notion de « comportement actif » comprend aussi bien les manifestations de volonté qui seraient expresses, que celles qui seraient simplement tacites. D'ailleurs, il est généralement considéré que l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1338 du Code civil évoque la confirmation expresse, tandis que l'alinéa 2 renvoie à la confirmation tacite<sup>1498</sup>. Une telle conception définit les termes « expresse » et « tacite » au regard du « moyen utilisé pour exprimer la volonté »<sup>1499</sup>. En effet, « expresse » implique « une manifestation de volonté qui parle d'elle-même », tandis que « tacite » évoque « une manifestation de volonté résultant d'une attitude »<sup>1500</sup>.

**453.** Selon certains auteurs, dès lors que la confirmation est analysée comme une régularisation, elle doit intégrer la catégorie des actes réceptices<sup>1501</sup>. Une notification étant impérative, la confirmation ne serait donc pas libre de tout formalisme. Cette opinion doit être rejetée au regard de la jurisprudence relative à la confirmation d'une part, et des critères proposés par la doctrine pour distinguer les actes réceptices des actes non réceptices d'autre part.

---

consentements des parties. Par exception, la validité d'un contrat peut être subordonnée à l'observation de formalités déterminées par la loi ou par les parties, ou à la remise d'une chose ».

<sup>1497</sup> RIEG (A.), « Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français », in *Travaux de l'association H. Capitant, T. XX – Les modes non formels d'expression de la volonté*, Dalloz, 1972, p. 43.

<sup>1498</sup> V. par ex. FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), et SAVAUX (E.), n°343.

<sup>1499</sup> Pour une définition des manifestations expresse et tacite en considération du but poursuivi par le déclarant, v. CARBONNIER (J.), *Droit civil – les biens, Les obligations*, Puf, coll. Quadrige, 2004, n°947. Mais que l'on retienne l'une ou l'autre les résultats pratiques sont identiques (v. RIEG (A.), art. préc., p.46).

<sup>1500</sup> RIEG (A.), « Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français », art. préc., p. 44.

<sup>1501</sup> COUTURIER (G.), *op. cit.*, n°41. Il reste qu'en note de bas de page l'auteur indique : « il est vrai que cette affirmation n'est pas aussi évidente qu'il pourrait sembler d'abord : les « manifestations contractuelles » ne sont pas toujours réceptices : on sait le difficile problème que pose à cet égard l'acceptation ».

D'une part, la jurisprudence n'exige aucune autre condition que celles mentionnées à l'article 1338 du Code civil<sup>1502</sup>. Elle ne subordonne pas l'efficacité de la confirmation à une notification. Elle n'en a donc pas fait un acte réceptice.

D'autre part, la doctrine a proposé deux critères afin de déterminer les actes qui seraient réceptices. Selon le premier, seraient des actes réceptices les actes ayant pour « fonction directe soit une information ou un ordre juridique, soit une atteinte aux droits d'autrui »<sup>1503</sup>. Au regard de ce premier critère, la confirmation ne constitue pas un acte réceptice. Sa fonction directe consiste en la consolidation d'un acte entaché de nullité. D'ailleurs, à propos de la ratification<sup>1504</sup>, l'auteur à l'origine de ce critère retient qu'elle doit être rangée « parmi les actes qui ne doivent pas être adressés à personne », soit parmi les actes non réceptices<sup>1505</sup>. Selon le second critère, il faudrait distinguer entre les « renonciations modificatives » - qui constituent généralement des actes réceptices - et les « renonciations confirmatives »<sup>1506</sup>. Ces dernières « consolident le *statu quo* » et n'ont pas à être notifiée pour produire des effets de droit<sup>1507</sup>. Or, en vertu de l'adage *confirmatio nihil dat novi*, la confirmation n'apporte rien de nouveau<sup>1508</sup>. Par conséquent, elle n'appartient pas à la catégorie des actes devant être notifiés<sup>1509</sup>.

**454.** La confirmation n'est donc pas un acte réceptice<sup>1510</sup>. Cependant, le confirmant peut tout à fait notifier la confirmation aux parties à l'acte. Dans cette hypothèse, il ne pourra s'agir que d'une « notification autonome », puisque celle-ci ne sera pas nécessaire à l'efficacité

---

<sup>1502</sup> Cass. Req., 25 nov. 1878, *S.* 1879, 1, 57 : « lorsqu'un contrat est susceptible d'être attaqué par la voie de l'action en nullité ou en rescision, il suffit pour le confirmer ou ratifier, de son exécution volontaire, même par des actes consommés envers des tiers, pourvu que celui de qui elle émane soit maître de ses droits, et qu'il la réalise en connaissance de cause, avec l'intention de réparer le vice dont son obligation est entachée » (souligné par nous).

<sup>1503</sup> MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral*, Thèse de l'Université de Toulouse, préf. P. Raynaud, 1951, n°187, p.182.

<sup>1504</sup> Sur le parallèle de la confirmation et de la ratification, v. *infra* n°476 et s.

<sup>1505</sup> MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *op. cit.*, n°190.

<sup>1506</sup> DURMA (M.), *La notification de la volonté : rôle de la notification dans la formation des actes juridiques*, préf. R. Demogue, Paris : Librairie du recueil Sirey, 1930, n°258 et n°261. L'auteur utilise cette distinction émanant de BARASSI dans son ouvrage « *Notificazione necessaria nelle dichiarazioni strajudiciali* ».

<sup>1507</sup> DURMA (M.), *op. cit.*, n°261. L'auteur énonce que « la liberté de la forme tacite peut d'ailleurs être un argument en faveur de la non-notification et son caractère unilatéral et définif peut encore plaider en faveur de la même solution ». L'argument résultant du possible caractère tacite de la confirmation sera contesté par MARTIN DE LA MOUTTE (*op. cit.*, n°180).

<sup>1508</sup> ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, Litec, 3<sup>e</sup> éd., 1992, n°54. V. égal *infra* n°494 et s.

<sup>1509</sup> Il s'agit d'ailleurs de la position de DURMA tant pour la confirmation de l'acte entaché de nullité que pour la ratification (*op. cit.*, n°261 et 262).

<sup>1510</sup> SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901, art. 144, n°8, p. 404-405.

de la confirmation<sup>1511</sup>. Cette notification aura néanmoins pour intérêt de faciliter la preuve de la confirmation, et notamment de sa date<sup>1512</sup>.

**455.** La confirmation constitue donc un acte juridique unilatéral qui n'est soumis à aucune exigence de forme. Comme tout acte juridique, ce qui fait la spécificité de la confirmation, c'est son objet.

## **§.2 - L'objet de la confirmation**

**456.** La confirmation a pour objet d'opérer une régularisation, c'est-à-dire « purger un acte ou une situation du vice formel qui l'entache en réparant celui-ci par une initiative positive qui consiste précisément, en général, en l'accomplissement de la formalité adéquate »<sup>1513</sup>. Ainsi, comme le soulignait JAUBERT, confirmer un acte c'est « lui donner une force qu'il n'aurait pas eue par lui seul »<sup>1514</sup>.

La confirmation se distingue de la régularisation objective, ou régularisation *stricto sensu*, au regard du moyen par lequel elle agit<sup>1515</sup>. La régularisation opérée par la confirmation résulte d'une manifestation de volonté : l'assise substantielle de la nullité est réparée (A) par la seule force de la volonté (B).

### **A - Une régularisation**

**457.** La régularisation a été définie comme la « validation objective d'un acte »<sup>1516</sup>, puisqu'il s'agit de purger l'acte du vice qui l'entache<sup>1517</sup>. Plusieurs arguments, de différente nature, permettent d'affirmer que la confirmation tend à remédier au vice entachant l'acte : la lettre de l'article 1338 du Code civil d'abord (1), la jurisprudence ensuite (2), et le mécanisme de la ratification enfin (3).

#### **1 - L'argument textuel**

**458.** L'article 1338 du Code civil énonce que l'acte de confirmation doit contenir « l'intention de réparer le vice » sur lequel l'action en nullité est fondée, et précise que la confirmation « emporte la renonciation » à l'action en nullité. Cet article fait donc

---

<sup>1511</sup> DURMA (M.), *op. cit.*, n°78 et n°81.

<sup>1512</sup> Sur l'importance de la date de la confirmation, v. *infra* n°519 et s.

<sup>1513</sup> CORNU (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, Puf, coll. Quadrige, 9<sup>e</sup> éd., 2011, v°régularisation.

<sup>1514</sup> LOCRÉ (J.G.), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, T. XII, Paris, 1828, p. 523 (Rapport fait au Tribunal par JAUBERT).

<sup>1515</sup> V. *infra* n°480 et s.

<sup>1516</sup> DUPEYRON (C.), *op. cit.*, n°54.

<sup>1517</sup> CORNU (G.), dir., *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v°régularisation.

expressément référence d'une part à l'assise substantielle de la nullité et à l'idée de réparation, et d'autre part, au lien de cause à effet existant entre la réparation du vice et la renonciation à l'action.

En mettant l'accent uniquement sur l'effet de la confirmation, les partisans de la conception de la nullité-droit de critique ont occulté la lettre de l'article 1338 du Code civil, et ce, afin d'asseoir leur conception<sup>1518</sup> (a). La lettre de l'article 1338 doit être restaurée (b).

#### a - La lettre de l'article 1338 occultée par les partisans de la théorie dite moderne

**459.** Dans la théorie dite moderne, la nullité est conçue comme un droit de critique soit un droit subjectif<sup>1519</sup>. Dès lors, la possibilité de confirmer l'acte est envisagée comme un « corollaire de la notion même de droit de critique »<sup>1520</sup>. Le droit de critique intégrant le patrimoine de ses titulaires, ceux-ci sont libres d'y renoncer sous réserve des exigences de l'ordre public<sup>1521</sup>. C'est pourquoi JAPIOT a défini la confirmation comme « l'extinction du droit de critique par la renonciation volontaire de son titulaire »<sup>1522</sup>. La renonciation apparaît ainsi comme l'objet de la confirmation et non plus comme une conséquence, un effet. D'ailleurs, les auteurs partisans de cette approche interprètent la condition de « l'intention de réparer » le vice comme une renonciation « faite en connaissance de cause »<sup>1523</sup>, ou comme l'« intention de renoncer à invoquer la nullité »<sup>1524</sup>.

**460.** La relation de cause à effet entre la réparation du vice et la renonciation à l'action a ainsi été occultée, par ces auteurs, malgré la lettre de l'article 1338 du Code civil. La thèse de M. COUTURIER s'avère, à cet égard, topique. Il reproche aux auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle l'insuffisance de leur conception de la nullité au motif qu'ils occultent l'aspect réaction de la nullité. M. COUTURIER omet cependant également l'un des aspects de la nullité, puisqu'il met à

---

<sup>1518</sup> *Contra* : MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral*, Université de Toulouse, 1951, n°124 : « Cette explication de la confirmation à laquelle nous a conduit le raisonnement concorde bien, par ailleurs, avec les termes de l'art. 1338 du Code civil qui déclare dans son dernier alinéa « La confirmation...emporte *renonciation* aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte » » (en italique dans le texte). L'auteur occulte le verbe « emporter » qui marque la conséquence.

<sup>1519</sup> V. *supra* n°232 et s.

<sup>1520</sup> GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, publiée par H. Desbois et J. Gaudemet, rééd. Dalloz, 2004, présentée par D. Mazeaud, p. 170.

<sup>1521</sup> COUTURIER (G.), *op. cit.*, n°188. Pour ces auteurs, la limite de l'ordre public s'explique par le principe de l'autonomie de la volonté dont la confirmation n'est qu'une application. La nullité est « d'ordre public au sens de l'article 6, pendant la période et dans la mesure où l'exigera le but de la nullité » (JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Thèse Dijon, éd. Arthur Rousseau, 1909, p. 748-749)

<sup>1522</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 711 ; COUTURIER (G.), *op. cit.*, n°16.

<sup>1523</sup> GAUDEMET (E.), *op. cit.*, p. 173.

<sup>1524</sup> COUTURIER (G.), *op. cit.*, n°23, p. 17. L'auteur a d'ailleurs jugé que la formule légale de l'article 1338 du Code civil « n'est pas heureuse » dès lors que la confirmation est définie comme une « renonciation au droit d'invoquer la nullité » (n°28, p.21). V. égal. l'art. 1182 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations.

l'écart l'assise substantielle de cette dernière, afin de placer le droit de critique au cœur de la confirmation. Cet auteur critique d'ailleurs la condition relative à « l'intention de réparer » le vice, ainsi que l'exigence de disparition du vice<sup>1525</sup>. Il estime que ces deux exigences méconnaissent la nature juridique véritable de la confirmation. Il énonce ainsi que « si on l'y a défini comme la renonciation au droit d'invoquer la nullité, on doit reconnaître que la confirmation n'est pas soumise de manière absolue et générale à l'exigence d'un préalable quelconque »<sup>1526</sup>.

**461.** En définitive, pour les partisans de la théorie dite moderne des nullités l'objet de la confirmation est le droit de critique, soit le droit d'agir en nullité. Cette conception n'est pas conforme à la lettre de l'article 1338 du Code civil et occulte l'assise substantielle de la nullité.

#### b - La restauration de la lettre de l'article 1338 du Code civil

**462.** Au regard de la lettre de l'article 1338 du Code civil, l'assise substantielle de la nullité doit être au cœur de la confirmation ( $\beta$ ). Il faut donc approuver la doctrine des auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle ( $\alpha$ ).

##### $\alpha$ - La doctrine des auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle

**463.** Les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle ne retiennent pas tous la même définition de la confirmation. Ils placent toutefois unanimement l'assise substantielle de la nullité au cœur de la confirmation.

**464.** Certains auteurs ont défini la confirmation en faisant directement référence au vice. Ainsi LAURENT lie-t-il la possibilité de confirmer l'acte nul avec celle de purger le vice<sup>1527</sup>. D'après lui, « confirmer c'est purger le vice qui entache une obligation, en renonçant au droit de s'en prévaloir pour demander la nullité de l'acte »<sup>1528</sup>. Pour AUBRY et RAU la confirmation consiste en l'« acte juridique par lequel une personne fait disparaître les vices dont se trouve

---

<sup>1525</sup> *ibid.* G. COUTURIER estime ainsi que l'« intention de réparer revient simplement à exiger le consentement à la confirmation c'est-à-dire à l'intention de renoncer à invoquer la nullité ». Il précise également que « cette prétendue condition de la confirmation se confond absolument avec le consentement à la confirmation ».

<sup>1526</sup> *Ibid.*, n°122.

<sup>1527</sup> Il énonce : « En principe, la confirmation peut se faire dès que celui qui confirme a connaissance du vice à raison duquel il a le droit d'agir en nullité ; dès qu'il sait qu'il a le droit d'agir, il peut y renoncer. Il y a des vices qui se continuent pendant un temps plus ou moins long ; tant que le vice dur, il est impossible de le purger, car le vice qui annule l'obligation annulerait aussi la confirmation » (LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, T. XVIII, Paris : Librairie Maresq Ainé, 3<sup>e</sup> éd., 1878, n°609).

<sup>1528</sup> LAURENT (F.), *op. cit.*, n°607, v. égal. n°617 : « la confirmation n'est autre chose que la volonté d'effacer le vice qui rend l'acte nul, en renonçant à l'action en nullité ».

entachée une obligation »<sup>1529</sup>. Pour eux, l'objet de la confirmation ne fait aucun doute : il s'agit du vice entachant l'acte.

La position de ces trois auteurs, parce qu'elle place le vice au cœur de la confirmation, a fait l'objet de critiques. Il a notamment été souligné qu'il était « difficile de concevoir à quoi correspond ce “vice” dont on prévoit la disparition »<sup>1530</sup>. Cette critique doit être repoussée. Le terme « vice » n'est pas équivoque : il renvoie à la cause de nullité entachant l'acte.

**465.** D'autres auteurs retenaient une définition de la confirmation qui peut, de prime abord, induire en erreur. Ils définissaient la confirmation comme une renonciation au droit de demander la nullité ou la rescision d'un acte annulable<sup>1531</sup>. Mais ils précisaient ensuite que la confirmation « a pour but et pour effet de réparer les vices dont l'obligation reconnue peut être entachée, et de les faire disparaître »<sup>1532</sup>. Finalement, pour ces auteurs, la renonciation à l'action en nullité n'apparaît que comme une conséquence de la réparation du vice.

La doctrine de DEMOLOMBE s'avère très claire sur ce point. Lorsqu'il distingue la confirmation de la novation, cet auteur souligne que la confirmation « a seulement pour effet de corriger les vices de l'obligation et d'écartier d'elle le danger de l'action en nullité ou en rescision, qui la menace »<sup>1533</sup>. Ainsi, malgré l'apparence donnée par leur définition, c'est bien l'assise substantielle de la nullité qui occupe une place centrale. La renonciation à demander la nullité de l'acte annulable ne constitue qu'un effet de la réparation du vice.

**466.** En définitive, les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle mettent au centre de la confirmation le vice entachant l'acte, c'est-à-dire la cause de nullité, l'assise substantielle de la nullité. Il sera démontré, qu'à la suite de ces auteurs, et contrairement à la position soutenue par les partisans de la théorie dite moderne des nullités, il faut replacer l'assise substantielle de la nullité au cœur de la confirmation.

<sup>1529</sup> AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français*, T. II, Strasbourg : F. Lagier Libraire éditeur, 1839, n°339.

<sup>1530</sup> COUTURIER (G.), *op. cit.*, n°122 et s.

<sup>1531</sup> Ainsi, DEMOLOMBE énonce que la confirmation est « l'acte juridique, par lequel une personne renonce au droit qu'elle avait de former une action en nullité ou en rescision contre une convention consentie par elle ou par son auteur » (*Cours de Code napoléon*, T. XXIX, *op. cit.*, n°723). COLMET DE SANTERRE affirme que « l'acte confirmatif est destiné à constater la confirmation ou ratification d'un acte annulable, c'est-à-dire qu'il constate l'abandon du droit de demander la nullité ou la rescision d'un acte annulable » (DEMANTE (A.M.), *op. cit.*, n°306 bis). Pour MARCADÉ également « confirmer une obligation, c'est effacer les vices dont elle était atteinte, en renonçant à invoquer les causes d'annulation que l'on pouvait faire valoir contre elle » (T. V, *op. cit.*, p.94).

<sup>1532</sup> DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code napoléon*, T. XXIX, *op. cit.*, n°724 ; v. égal. COLMET DE SANTERRE, qui a continué l'œuvre de DEMANTE, souligne que la manifestation de volonté exigée est celle de « l'intention de corriger le vice dont l'acte est entaché », puis assimile « l'intention de réparer le vice » à la « renonciation à l'action en nullité » (DEMANTE (A.M.), *cit.*, n°309 bis II et n°309 bis III).

<sup>1533</sup> DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code napoléon*, T. XXIX, *op. cit.*, n°725.

*β - L'aspect substantiel de la nullité doit être au cœur de la confirmation*

**467.** On sait que la conception de la nullité guide traditionnellement celle de la confirmation<sup>1534</sup>. Dès lors, c'est à la lumière de la conception retenue de la nullité - une sanction de la légalité - que doit être analysé l'article 1338 du Code civil<sup>1535</sup>. En tant que sanction de la légalité, la nullité présente une assise substantielle - la cause de nullité - matérialisant l'atteinte à la légalité, et un aspect réaction constitué par l'annulation de l'acte - le rétablissement de la légalité transgressée -, et nécessitant l'exercice d'une action en justice. Cette conception de la nullité s'accorde avec la lettre de l'article 1338 puisque les deux aspects de la nullité y transparaissent. En effet selon cette disposition, la confirmation exige « l'intention de réparer le vice » et « emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte ».

Le verbe « réparer » évoque incontestablement l'idée d'une disparition de la cause de nullité<sup>1536</sup>. La confirmation a donc une incidence sur l'assise substantielle de la nullité. Par conséquent, elle ne peut être analysée comme une simple renonciation à l'action en nullité. La lettre de l'article 1338 du Code civil s'y oppose, de même que la conception de la nullité sanction. La réduction de la confirmation « à un élément purement négatif » a d'ailleurs été critiquée<sup>1537</sup> : la confirmation doit comporter un élément positif agissant sur l'assise substantielle de la nullité.

Le verbe « emporter » implique une relation de cause à effet entre « l'intention de réparer le vice », et la renonciation à l'action en nullité. Il révèle le lien entre la disparition de l'assise substantielle de la nullité et celle de son aspect « réaction ». C'est en raison de l'existence d'une cause de nullité que la réaction a lieu. En conséquence, si la confirmation agit sur l'assise substantielle, « répare » l'acte, alors la réaction n'a plus lieu d'être.

**468.** La lettre de l'article 1338 du Code civil analysée à la lumière de la conception de la nullité retenue permet de soutenir que la confirmation ne se réduit à une simple renonciation à l'action en nullité<sup>1538</sup>. Si l'interprétation jurisprudentielle d'une disposition peut

---

<sup>1534</sup> V. *supra* n°445.

<sup>1535</sup> Sur la conception de la nullité comme une sanction de la légalité, v. *supra* n°249 et s.

<sup>1536</sup> Le verbe « réparer » signifie « faire disparaître » ou encore « supprimer ou compenser » (Le nouveau Petit Robert de la langue française, 2009, p. 2196, v°réparer).

<sup>1537</sup> HÉBRAUD (P.), Préface à la thèse de Ch. Dupeyron, *op. cit.*, p. XVII.

<sup>1538</sup> Sur la renonciation à l'action en nullité, v. *supra* n°416 et s.

parfois différer de sa lettre, celle de l'article 1338 du Code civil y est conforme. Elle constitue un argument en faveur de la prise en compte de l'assise substantielle de la nullité.

## 2 - L'argument jurisprudentiel

469. La jurisprudence rappelle régulièrement les deux conditions de fond de la confirmation (a), et n'a jamais consacré la conception de la confirmation-renonciation prônée par les partisans de la théorie dite moderne (b).

### a - Le rappel systématique des deux conditions de fond de la confirmation

470. La jurisprudence, malgré la conception de la confirmation retenue par la doctrine, rappelle fidèlement la lettre de l'article 1338 du Code civil. Elle souligne que la confirmation est subordonnée soit « à la conclusion d'un acte révélant que son auteur a eu connaissance du vice affectant l'obligation et intention de le réparer », soit à « l'exécution volontaire après l'époque à laquelle celle-ci pouvait être valablement confirmé »<sup>1539</sup>.

Elle évoque donc régulièrement « l'intention de réparer le vice », et non l'intention de renoncer à l'action en nullité. La Cour de cassation veille d'ailleurs à ce que les juges du fond caractérisent les deux conditions de fond. Ainsi, par un arrêt de sa chambre commerciale en date du 17 juin 2008, la Cour de cassation a jugé « qu'ayant énoncé que la confirmation d'un acte nul exige à la fois la connaissance du vice l'affectant et l'intention de le réparer, la cour d'appel qui relève, par motifs propres et adoptés, qu'il ne résultait pas des pièces versées aux débats que Mme G..., absente lors de l'assemblée générale extraordinaire de la SCI, avait montré une intention univoque de ratifier la procédure suivie par certains associés pour vendre leurs parts, sa seule signature a posteriori au bas du procès-verbal de cette assemblée générale ne pouvant valoir, en l'absence de toute mention explicite, acceptation de la délibération litigieuse, pour en déduire que les cessions des parts de la SCI étaient nulles, a statué à bon droit et a légalement justifié sa décision »<sup>1540</sup>. Ce contrôle révèle l'attention que porte la Cour de cassation à ces deux conditions. Elle n'en occulte aucune.

---

<sup>1539</sup> V. par ex. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 fév. 2013, n°12-15972 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 sept. 2012, n°11-20429 ; CCC 2012, comm. 271, note LEVENEUR (L.) ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 2 juil. 2008, n°07-15509, *Bull. civ. III*, n°120 ; *RTD civ.* 2009, 675, obs. FAGES (B.) ; Cass. com., 12 juin 2008, n°07-15398.

<sup>1540</sup> Cass. com., 17 juin 2008, n°07-15398 (souligné par nous). V. égal. Cass. com., 2 juin 2004, n°03-10741, *Bull. civ. IV*, n°107 ; *RTD civ.* 2004, 505, obs. FAGES (B.). L'arrêt énonce : « Mais attendu qu'ayant énoncé que la confirmation d'un acte inopposable exige à la fois la connaissance du vice affectant l'obligation et l'intention de le réparer, l'arrêt, qui relève que le liquidateur n'a eu connaissance des baux initiaux qu'après le 10 septembre 1997 de sorte qu'il n'a pu, par des conclusions du 7 janvier 1997, accepter en toute connaissance de cause la diminution

471. À ce premier constat, il convient d'en ajouter un second : l'absence de consécration de la conception prônée par les partisans de la théorie dite moderne.

#### b - L'absence de consécration de la conception de la confirmation-renonciation

472. Selon les partisans de la confirmation-renonciation, la confirmation n'est pas uniquement réservée à certaines causes de nullités. Elle constitue « un mode d'extinction applicable à toute nullité », sous réserve de la disponibilité du droit de critique<sup>1541</sup>. Dès lors, certains auteurs soutiennent qu'un acte entaché de nullité labellisée d'absolue peut faire l'objet d'une confirmation soit lorsque « la raison d'être de la nullité tient à une situation temporaire » et que celle-ci a pris fin, soit lorsque la cause de nullité a cessé en raison d'une modification législative<sup>1542</sup>.

473. La jurisprudence n'a pas entendu ces auteurs puisqu'elle refuse qu'un acte entaché d'une cause de nullité dite d'absolue soit confirmée et ce, alors même que le vice a cessé<sup>1543</sup>. Rejetant le pourvoi invoquant une violation de l'article 1338 du Code civil au motif que « l'exécution même partielle d'une convention entachée d'une nullité, fût-elle absolue, dès lors que le vice a cessé, emporte confirmation », la Cour de cassation rappelle que si « l'acte nul, de nullité absolue, ne peut être rétroactivement confirmé, il est loisible aux parties de renouveler leur accord ou de maintenir leur commune volonté lorsque la cause de nullité a cessé »<sup>1544</sup>. Dès lors, même si la Cour de cassation a tempéré la rigueur de sa jurisprudence antérieure par la concession du « maintien de la commune intention des parties », elle refuse de consacrer la conception de la confirmation prônée par la théorie dite moderne des nullités<sup>1545</sup>. Alors même que la cause de nullité a cessé, alors même que le droit de critique est « disponible », la Cour de cassation rejette la possibilité de confirmer l'acte<sup>1546</sup>.

---

importante des loyers résultant des actes litigieux, retient, à bon droit, que le liquidateur n'a pas ratifié lesdits actes qui restent inopposables à la procédure collective » (souligné par nous).

<sup>1541</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p.723.

<sup>1542</sup> COUTURIER (G.), *op. cit.*, n°322 et s. ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), n°348 ; STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Droit civil – Les obligations – 2. Contrat*, Litec, 6<sup>e</sup> éd., 1998, n°1044.

<sup>1543</sup> V. par ex. Cass. com., 3 nov. 1988, n°87-10043, *Bull. civ.* IV, n°287 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 29 juin 1994, n°92-13019 ; Cass. com., 6 déc. 1994, n°92-20269, *Bull. civ.* IV, n°372 ; Cass. com., 9 juin 2004, n°01-15713 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 oct. 2005, n°02-16046, *Bull. Civ.* I, n°363 ; Cass. Com., 21 fév. 2012, n°10-27630, *Bull. civ.* IV, n°49 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 19 déc. 2012, n°11-11379.

<sup>1544</sup> Cass. civ.1<sup>ère</sup>, 8 janv. 1985, n°83-15771, *Bull. civ.* I, n°6 ; v. égal. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 fév. 2007, n°04-18738.

<sup>1545</sup> V. *supra* n°175 et s.

<sup>1546</sup> Une telle solution doit être approuvée. La cause de nullité est certes temporaire, mais c'est justement durant le laps de temps qu'elle régit que l'acte est interdit. Admettre la confirmation reviendrait à donner efficacité à un acte durant une période où justement il était interdit (v. déjà. GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), n°2472).

474. Concernant le changement de législation, les arrêts sont anciens, peu nombreux, et posent des solutions divergentes<sup>1547</sup>.

En faveur de la confirmation est invoqué le changement de législation intervenu par la loi du 2 juillet 1862. Antérieurement à cette loi, les sociétés constituées entre les agents de change et les bailleurs de fond pour l'exploitation de leur charge étaient prohibées. Postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 2 juillet 1862, la jurisprudence n'a pas remis en cause les confirmations effectuées postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle<sup>1548</sup>. Une solution similaire a été retenue en matière de bail. Une société locataire avait invoqué la nullité du bail sur le fondement de l'article 15 de la loi du 31 mars 1922 prohibant l'affectation des lieux loués pour un usage d'habitation à l'exercice d'une activité commerciale. Le preneur lui opposait le paiement des loyers postérieurement au changement de législation opéré par les lois du 2 août 1924 et du 1<sup>er</sup> avril 1926 ayant remis en cause cette interdiction. La Cour d'appel de Paris a rejeté la demande de la société locataire au motif que la société a ratifié le contrat « à une époque où la cause de nullité qui rendait l'obligation illicite avait disparu ou avait cessé de présenter ce caractère. [...] Dès lors l'obligation devenue valable pouvait être confirmée »<sup>1549</sup>. La jurisprudence a ainsi parfois admis, qu'un acte nul de nullité absolue peut faire l'objet d'une confirmation une fois la règle à l'origine de la cause de nullité abrogée.

En sens contraire, peut être invoqué le changement de législation opéré par la loi du 12 janvier 1886 affirmant la liberté du taux d'intérêt en matière commerciale. Un prêt à caractère commercial contenant des stipulations usuraires conclus sous l'empire de la loi du 3 septembre 1807 n'a pas pu faire l'objet d'une confirmation postérieurement à l'entrée en vigueur de loi nouvelle<sup>1550</sup>. Plus récemment, la Cour de cassation a précisé que la licéité de la cause devait s'apprécier au jour de la formation du contrat<sup>1551</sup>. En conséquence, un changement postérieur de législation, rendant licite une cause qui ne l'était pas au jour de la passation de l'acte, ne devrait pas influencer sur le prononcé de la nullité.

---

<sup>1547</sup> COUTURIER (G.), *op. cit.*, n°323 ; KAYSER (P.), « Les nullités d'ordre public », *RTD civ.* 1933, 1115, spéc. n°9 ; GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), n°2472.

<sup>1548</sup> Cass. req., 3 mai 1881, *DP*, 1882, 1, 10, pourvoi formé contre CA Paris, 12 juil. 1880 rejeté.

<sup>1549</sup> CA Paris, 2<sup>e</sup> ch., 19 juin 1935, *D.* 1935, 419 ; *RTD civ.* 1935, 832, obs. DEMOGUE (R.).

<sup>1550</sup> Cass. civ., 20 juin 1888, *DP*, 1889, 1, 26. La Cour de cassation a ainsi expressément énoncé que le « contrat contenait des stipulations usuraires prohibées par la loi du 3 septembre 1807, non encore partiellement abrogée à cette époque ; que c'est donc à tort que l'arrêt attaqué a ordonné qu'il serait exécuté ».

<sup>1551</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 févr. 1998, n° 96-15275, *Bull. civ.* I, n° 49 ; *RTD civ.* 1998, 669, obs. MESTRE (J.) ; *JCP* 1998, II, 10142, note FAGES (B.) ; v. égal. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 janv. 2015, n°13-13565, à paraître ; *RDC* 2015, 226, obs. LAITHIER (Y.-M.). La Cour de cassation rejette l'argument invoqué à l'appui du pourvoi reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir recherché « si les circonstances qui rendaient une convention illicite ont disparue ».

Au regard de ces décisions, il s'avère difficile de soutenir que la jurisprudence a adopté la conception de la confirmation-renonciation prônée par les tenants de la théorie dite moderne des nullités.

475. En définitive, aussi bien la lettre de l'article 1338 du Code civil que la jurisprudence permet de concevoir la confirmation comme une régularisation. À ces arguments, il faut encore en ajouter un troisième : la ratification, technique mise par le législateur sur un pied d'égalité avec la confirmation.

### 3 - L'argument fondé sur le parallèle avec la ratification

476. Au sein de l'article 1338 du Code civil, le législateur évoque, indistinctement, « l'acte de confirmation ou ratification ». Les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle ont cependant précisé que ces deux termes ne sont pas synonymes<sup>1552</sup>, puisque la ratification se définit comme une « approbation »<sup>1553</sup>. Il s'agit en effet d'« un acte juridique unilatéral par lequel une personne approuve - en faisant siens les droits et engagements qui y sont prévus - l'acte accompli pour elle - mais sans pouvoir - par une tierce personne, le caractère obligatoire de l'acte originaire, pour l'intéressé, étant subordonné à la survenance de la libre approbation de celui-ci »<sup>1554</sup>.

Ainsi, la différence mise en exergue par les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle entre la ratification et la confirmation réside non dans leur mécanisme ou dans leurs effets<sup>1555</sup>, mais dans les parties à l'acte qu'il s'agit de ratifier ou d'approuver<sup>1556</sup>. Dans le cadre de la ratification, l'auteur de celle-ci n'avait pas la qualité de partie à l'acte ratifié, contrairement à la confirmation où l'auteur est l'un des contractants<sup>1557</sup>. D'ailleurs, le terme « ratification » est généralement employée pour le contrat de mandat<sup>1558</sup>.

On sait pourtant aujourd'hui que la qualité de l'auteur de la confirmation ou de la ratification ne permet pas de les distinguer. Un tiers à l'acte objet de la confirmation peut

---

<sup>1552</sup> Sur la distinction confirmation / ratification, v. not. VALDELIEVRE (F.), *La confirmation des actes nuls*, Université de Paris, 1964, p. 3 à 5.

<sup>1553</sup> DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code napoléon*, T. XXIX, *op. cit.*, n°722.

<sup>1554</sup> CORNU (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v°ratification.

<sup>1555</sup> Sur l'identité d'effet, v. L'exposé de motifs de BIGOT-PREAMENEU lors de la séance du 27 janvier 1804 (LOCRE (J.-G.), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des Codes français*, T. XII, p. 405).

<sup>1556</sup> Les travaux préparatoires du Code civil révèlent d'ailleurs que les rédacteurs du Code civil n'ont pas distingué confirmation et ratification au motif que « leur effet est le même ». V. FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XIII, Paris, 1836, p. 301.

<sup>1557</sup> DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code napoléon*, T. XXIX, *op. cit.*, n°752.

<sup>1558</sup> L'article 1998 du Code civil dispose en son alinéa second que le mandant « n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement ».

Le terme ratification est également employé à l'article 1427 du Code civil qui dispose en son alinéa premier : « Si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, peut en demander l'annulation ».

tout à fait avoir seul le pouvoir de confirmer l'acte entaché de nullité<sup>1559</sup>. Un auteur a d'ailleurs soutenu que le « critère déterminant » était « l'effet modificateur de la ratification »<sup>1560</sup>. Il souligne que « la ratification entraîne une modification de la situation du ratifiant »<sup>1561</sup>. Il devient partie prenante à l'acte qu'il a ratifié. En revanche, « l'auteur de la confirmation ne se voit jamais attribuer une nouvelle qualité ». S'il est tiers à l'acte avant la confirmation, il le demeurera ; s'il était partie à l'acte, il le restera<sup>1562</sup>. Ce critère de distinction met en lumière que ce n'est pas au regard de leur mécanisme que la confirmation et la ratification se différencient. Dès lors, l'étude de la ratification peut permettre de mieux cerner la confirmation<sup>1563</sup>.

477. Dans le cadre du contrat de mandat, le mandant, en ratifiant l'acte passé par son mandataire en méconnaissance du pouvoir octroyé, remédie à la cause de nullité résultant du défaut - ou dépassement - de pouvoir. Par là même, il octroie le pouvoir manquant : il y a une adjonction de pouvoir<sup>1564</sup>. La ratification a d'ailleurs pu être définie comme une « collation de pouvoir »<sup>1565</sup>. Le mandant renouvelle son consentement dans des conditions qui assurent la validité et l'efficacité de l'acte passé par le mandataire. Il renonce, par ce biais, à en solliciter la nullité<sup>1566</sup>. La ratification a d'ailleurs un effet rétroactif<sup>1567</sup>, sous réserve du droit des tiers<sup>1568</sup>. À l'analyse, la ratification, comme la confirmation, atteint l'assise substantielle de la nullité, et anéantit son aspect « réaction ». Les mécanismes de la ratification et de la confirmation ne sont-ils pas similaires ? Certains auteurs emploient d'ailleurs le terme « confirmation » dans le cadre du mandat<sup>1569</sup>.

---

<sup>1559</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 28 et s. ; JUREDIEU (F.), *Ratification et acte juridique*, préf. C. Ophèle, avant-propos de G. Pignarre, Institut universitaire Varenne, coll. des thèses, 2013, n°371. V. égal. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 14 nov. 2007, n° 06-17412.

<sup>1560</sup> JUREDIEU (F.), *op. cit.*, n°372.

<sup>1561</sup> *Ibid.*

<sup>1562</sup> *Ibid.*

<sup>1563</sup> La ratification ne sert pas toujours à couvrir une invalidité. C'est notamment le cas dans l'hypothèse de la gestion d'affaires où, lorsque l'acte ne présente pas d'utilité pour le maître de l'affaire et qu'il ne l'a pas ratifié, l'acte n'est pas nul. Seul le gérant est tenu.

<sup>1564</sup> Cette idée d'adjonction est d'ailleurs présente dans la définition donnée par JAUBERT de la confirmation (v. *supra* n°456). Il énonce : « confirmer un acte ou le ratifier, c'est lui donner une force qu'il n'aurait pas eue par lui seul » (souligné par nous).

<sup>1565</sup> DUPEYRON (Ch.), *op. cit.*, n°55.

<sup>1566</sup> V. la conception de la confirmation de P. HÉBRAUD (Préface à la thèse de Ch. Dupeyron, *op. cit.*, p.III).

<sup>1567</sup> V. par ex. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mars 1981, n°79-16847, *Bull. civ.* I, n°104.

<sup>1568</sup> BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, L.G.D.J., coll. Domat droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2015, n°956.

<sup>1569</sup> P. PUIG a pu énoncer que l'acte conclu par le mandataire est susceptible de confirmation par le mandant, pour ensuite développer la ratification. Ces deux termes apparaissent ainsi synonymes pour cet auteur (PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Hyper Cours, 2013, n°933-934). Il convient cependant de préciser que cette référence à la confirmation a disparu dans la nouvelle édition (v. 6<sup>e</sup> éd., 2015, n°662-663). V. égal. v. DURMA (M.), *op. cit.*, n°262 : « on devra admettre la même solution pour cet autre cas de confirmation qu'est la ratification ».

478. La jurisprudence refuse toutefois de soumettre, à l'article 1338 du Code civil, la ratification de l'acte passé par le mandataire en méconnaissance de ses pouvoirs<sup>1570</sup>. Mais au lieu d'y voir un signe distinctif, ne peut-on pas plutôt y déceler le signe d'un rapprochement ? Si la Cour de cassation refuse de soumettre la ratification opérée par le mandant aux conditions de fond de l'article 1338 du Code civil n'est-ce pas parce que c'est inutile ? L'article 1998 dudit Code n'implique-t-il pas le respect des deux conditions de fond de la confirmation ?

La première condition de fond de l'article 1338 réside dans la connaissance du vice. Or, le mandant connaît nécessairement la cause de nullité puisqu'il est à l'origine du mandat. C'est lui qui a déterminé l'étendue des pouvoirs conférés à son mandataire<sup>1571</sup>. Par conséquent, cette condition sera donc systématiquement remplie.

La seconde condition réside dans « l'intention de réparer le vice ». Or en ratifiant l'acte passé par le mandataire en méconnaissance de ses pouvoirs, le mandant a apporté le pouvoir manquant. Dès lors, la seconde condition sera également satisfaite<sup>1572</sup>.

479. En définitive, le terme ratification apparaît spécifique à l'hypothèse de la cause de nullité résultant d'une absence de pouvoir ou d'un dépassement de pouvoir. L'analyse de la ratification de l'acte conclu par un mandataire outrepassant ses pouvoirs nous a permis de constater que c'est l'adjonction de pouvoir, par une manifestation de volonté du mandant, qui a permis de « réparer » l'acte. Il reste à vérifier que, s'agissant de la confirmation, c'est la volonté qui agit sur la cause de nullité, qui la « répare ».

## **B - Le moyen de la régularisation : la seule volonté**

480. Que l'on se focalise sur l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1338 du Code civil, faisant référence à l'« intention » - c'est-à-dire à une volonté -, ou sur son alinéa 2 évoquant une exécution « volontaire » de l'acte, la volonté réside au cœur de cette disposition. Il a d'ailleurs pu être souligné que « la confirmation est une technique de couverture de l'invalidité qui

---

<sup>1570</sup> V. par ex. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 juil. 2014, n°13-19626 : « Mais attendu que les irrégularités affectant la représentation conventionnelle d'une partie à un acte notarié [...] qu'elles tiennent en une nullité du mandat, un dépassement ou une absence de pouvoir, sont sanctionnées par la nullité relative de l'acte accompli pour le compte de la partie représentée, qui seule peut la demander, à moins qu'elle ratifie ce qui a été fait pour elle hors ou sans mandat, dans les conditions de l'article 1998, alinéa 2, du Code civil ; [...] la cour d'appel, qui n'avait pas à rechercher si les conditions de la confirmation d'un acte nul étaient remplies dans les termes de l'article 1338 du Code civil, en a souverainement déduit que cette exécution volontaire du contrat de prêt témoignait sans équivoque de sa ratification par M. et Mme X... ».

<sup>1571</sup> V. l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1998 du Code civil.

<sup>1572</sup> Il est également possible de souligner que la ratification, comme la confirmation, peut être expresse ou tacite.

repose sur la toute-puissance de la volonté de consolider ce qui est nul »<sup>1573</sup>, que l'élément positif agissant sur l'assise substantielle de la nullité consiste en un « renouvellement d'un consentement dans des conditions » qui assurent la validité de l'acte<sup>1574</sup>.

C'est donc une manifestation de volonté, présentant certaines caractéristiques, qui est apte à « réparer » l'acte entaché d'une cause de nullité (1). La volonté s'avère d'ailleurs seule nécessaire. C'est pourquoi la confirmation se distingue de la régularisation objective, c'est-à-dire de la régularisation *stricto sensu* (2).

### **1 - Les caractéristiques de la volonté apte à réparer l'acte entaché d'une cause de nullité**

**481.** N'importe quelle volonté n'est pas apte à remédier à une cause de nullité entachant un acte juridique. La manifestation de volonté doit refléter la détermination du confirmant de « réparer » l'acte vicié d'une part (a) et émaner d'une personne ayant qualité pour confirmer d'autre part (b).

#### a - Une manifestation de volonté univoque

**482.** L'article 1338 du Code civil admet que la manifestation de volonté apte à réparer l'acte vicié soit expresse ou tacite. Elle sera expresse lorsque la volonté de confirmer l'acte entaché d'une cause de nullité résultera d'un acte formel de confirmation, tandis qu'elle sera tacite quand elle proviendra de l'exécution volontaire de l'obligation.

Lorsqu'elle est expresse, la volonté de confirmer sera univoque si l'acte confirmatif mentionne la substance de l'obligation qu'il s'agit de confirmer, la cause de nullité dont cette obligation est entachée, et l'intention du confirmant de réparer le vice<sup>1575</sup>.

Lorsqu'elle est tacite, le caractère univoque de la volonté de confirmer apparaît plus délicat à caractériser. La Cour de cassation contrôle toutefois rigoureusement la motivation des juges du fond. La Haute juridiction a ainsi considéré que l'exécution du contrat est seule insuffisante si les juges du fond ne relèvent pas de faits susceptibles de révéler la volonté de confirmer l'acte<sup>1576</sup>. La connaissance de l'acte litigieux est également insuffisante. Dans une affaire où un mineur avait acquis une mobylette, la Cour de cassation a censuré l'arrêt de la cour d'appel ayant retenu la confirmation de la vente par les parents au motif qu'ils

---

<sup>1573</sup> PANCRAZI (M.-E.), « La couverture de l'invalidité », in *Lamy droit des contrats*, Étude 276, spéc. n°276-7.

<sup>1574</sup> HÉBRAUD (P.), Préface à la thèse de Ch. Dupeyron, *op. cit.*, p. XVII. V. déjà. GRIFFUEL (L.), *De la confirmation des actes juridiques nuls et annulables*, Paris, A. Pedone, 1897, p. 15 : « une nouvelle manifestation de volonté couvre l'imperfection du premier consentement ».

<sup>1575</sup> V. l'art. 1338 du Code civil.

<sup>1576</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 fév. 2013, n° 12-15972.

« avaient connaissance du vice affectant la vente et qu'ils avaient décidé d'entreposer le véhicule chez un tiers »<sup>1577</sup>. Pareillement, l'associée apposant *a posteriori* sa seule signature sur le procès-verbal d'une assemblée générale à laquelle elle n'a pas assisté, et durant laquelle un actionnaire a vendu ses parts, n'a pas, par là même, opéré une confirmation<sup>1578</sup>. La Cour de cassation exige donc que les juges du fond caractérisent un comportement révélant les deux conditions de fond de la confirmation : la connaissance du vice et l'intention de le réparer<sup>1579</sup>.

**483.** Dès lors qu'aucune forme n'encadre la volonté de confirmer, la question du silence se pose. Il y a silence, selon DEMOGUE, « lorsqu'une personne au cours de cette activité permanente qu'est la vie, n'a manifesté sa volonté par rapport à un acte juridique, ni par une action spéciale à cet effet (volonté expresse), ni par une action d'où on puisse déduire sa volonté (volonté tacite) »<sup>1580</sup>.

La Cour de cassation a refusé, en l'absence d'éléments de fait allant dans le sens de la confirmation, que les juges du fond se contentent d'un silence<sup>1581</sup>. Ainsi, dans une affaire où un seul coïndivisaire avait consenti un bail sur un immeuble indivis, la Cour de cassation casse, au visa de l'article 1338 du Code civil, l'arrêt d'une cour d'appel qui a considéré que les autres coïndivisaires avaient confirmé le bail conclu au motif qu'ils « connaissaient nécessairement cette situation et ne s'y sont jamais opposés ». La Cour de cassation reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché « si les consorts X... avaient accompli un acte manifestant de manière non équivoque leur volonté de consentir à la location »<sup>1582</sup>. À lui seul, le silence ne suffit donc pas à caractériser une volonté de « réparer le vice ».

Cette jurisprudence paraît cohérente au regard de celle relative à la confirmation d'un acte résultant d'un comportement actif, mais également de l'appartenance de la confirmation à la catégorie des actes unilatéraux. Il a été souligné que l'acte unilatéral « traduit une initiative ». Or une « initiative ne peut résulter que d'un comportement positif »<sup>1583</sup>, de sorte que le silence ne peut emporter, à lui seul, confirmation.

La doctrine majoritaire est d'ailleurs en ce sens. Si pour certains auteurs « le silence en soi ne constitue pas une manifestation de volonté »<sup>1584</sup>, pour d'autres « le silence peut valoir manifestation positive de volonté dans tous les cas où cela est utile à une personne

---

<sup>1577</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 sept. 2012, n° 11-20429 ; CCC 2012, comm. 271, note LEVENEUR (L.).

<sup>1578</sup> Cass. com., 17 juin 2008, n°07-15398.

<sup>1579</sup> La Cour de cassation rappelle régulièrement ces deux conditions. V. not. Les arrêts cités ci-dessus et Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 2 juil. 2008, n° 07-15509, *Bull. civ. III*, n°120 ; Cass. com., 12 juin 2008, n°07-15398.

<sup>1580</sup> DEMOGUE (R.), *op. cit.*, n°185.

<sup>1581</sup> Cass. com., 29 mars 1994, n°92-11843, *Bull. civ. IV*, n°134.

<sup>1582</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 10 fév. 1988, n°86-14452.

<sup>1583</sup> GORÉ (F.), art. préc., p. 16 ; RIEG (A.), art. préc., p. 51.

<sup>1584</sup> GORÉ (F.), art. préc., p. 16.

et où d'autres ne peuvent gravement se plaindre »<sup>1585</sup>. Cette dernière précision est importante, puisqu'une confirmation peut nuire à son auteur dans la mesure où elle fera obstacle au prononcé de la nullité.

**484.** Finalement, peu importe que la volonté de confirmer soit expresse ou tacite. Ce qui importe c'est que la manifestation de volonté révèle clairement la connaissance du vice et une volonté de le réparer émanant du confirmant. Pour être efficace, la confirmation ne peut provenir de n'importe qui. Le confirmant doit avoir le pouvoir de remédier à la cause de nullité entachant l'acte litigieux.

#### b - Une manifestation de volonté émanant d'une personne ayant qualité pour confirmer

**485.** La détermination des personnes ayant qualité pour confirmer l'acte dépend de la conception retenue de la confirmation. Ainsi, pour les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle la confirmation n'est possible que pour les obligations annulables, c'est-à-dire pour les incapacités, les vices du consentement ou la lésion. En conséquence, seul le contractant incapable, ou dont le consentement a été vicié, ou qui a été victime d'une lésion, a qualité pour confirmer l'acte<sup>1586</sup>. Pour les auteurs concevant la confirmation comme la renonciation au droit de critique, en revanche, les personnes ayant qualité pour confirmer l'acte sont les titulaires dudit droit de critique<sup>1587</sup>.

**486.** Dès lors que la confirmation est considérée comme un mode de régularisation subjectif, les personnes ayant qualité pour confirmer l'acte ne peuvent être que celles dont la volonté a le pouvoir de remédier à la cause de nullité. Cette identification s'avère donc directement liée à la cause de nullité.

Parfois, la cause de nullité résulte du manquement à une règle concernant directement les parties à l'acte. Il s'agit, par exemple, des conditions de validité relatives au consentement ou à la capacité. Dans ces hypothèses, la partie à l'acte, dont la manifestation de volonté sera susceptible de « réparer » le vice, aura qualité pour confirmer l'acte litigieux.

Parfois la loi subordonne la validité d'un acte juridique au consentement de plusieurs personnes, comme c'est le cas pour certains actes passés par les coïndivisaires<sup>1588</sup>, ou

---

<sup>1585</sup> DEMOGUE (R.), *op. cit.*, n°188.

<sup>1586</sup> V. not. DURANTON (M.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. XIII, Paris : Alex-Gobelet Libraire, 1834, n°272 ; DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code napoléon*, T.XX, *op. cit.*, n°731.

<sup>1587</sup> GHESTIN (J.), LOISEAU (G) et SERINET (Y.-M.), n°2430.

<sup>1588</sup> V. par ex. l'al. 3 de l'art. 815-3 du Code civil qui énonce : « Toutefois, le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer tout acte qui ne ressortit pas à l'exploitation normale des biens indivis et pour effectuer

alors des deux époux dans le cadre du régime primaire impératif<sup>1589</sup>. Dans ces hypothèses, donner aux parties à l'acte qualité pour confirmer n'aurait aucun sens. D'abord parce que le droit ou la protection concédés par le législateur pourrait demeurer lettre morte, mais surtout parce que la volonté des parties à l'acte serait absolument inefficace à « réparer » le vice entachant ce dernier. Ce sont alors les tiers intéressés par la règle transgressée, qui auront, dans ces hypothèses, qualité pour confirmer l'acte.

**487.** Finalement, ont qualité pour confirmer un acte entaché d'une cause de nullité, les personnes – parties à l'acte ou non – qui ont le pouvoir, par une manifestation de volonté unilatérale, de « réparer » le vice, c'est-à-dire la possibilité de remédier à l'aspect substantiel de la nullité. À celles-ci, il convient bien entendu d'ajouter leurs ayants cause universels ou à titre universel lorsque la faculté de confirmer leur aura été transmise.

**488.** Dans le cadre d'une confirmation, c'est la volonté qui opère seule la régularisation. À cet égard, la confirmation se distingue de la régularisation objective - ou régularisation *stricto sensu*.

## **2 - Le moyen de la régularisation : le critère de distinction de la confirmation et de la régularisation *stricto sensu***

**489.** On sait que la régularisation a été définie comme « une validation objective » de l'acte<sup>1590</sup>. *Stricto sensu*, elle a pour objet de réparer « un vice objectif »<sup>1591</sup>. Dès lors, la régularisation *stricto sensu* se distingue des modes de validation subjectifs que constituent traditionnellement la confirmation et la ratification<sup>1592</sup>. En effet, lorsqu'il est question de confirmation c'est la volonté seule qui répare le vice, de sorte que ce dernier ne peut qu'être subjectif<sup>1593</sup>. La confirmation serait ainsi « le résultat de la seule force de la volonté »<sup>1594</sup>. Le moyen par lequel opère la régularisation permet de différencier la confirmation d'abord de la régularisation *stricto sensu* où le vice est objectif. Ensuite, il justifie sa différenciation des

---

tout acte de disposition autre que ceux visés au 3° [la vente des meubles indivis pour payer les dettes de l'indivision] ».

<sup>1589</sup> V. par ex. l'al. 3 de l'art. 215 du Code civil qui dispose : « Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation : l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous ».

<sup>1590</sup> DUPEYRON (Ch.), *op. cit.*, n°54.

<sup>1591</sup> *Ibid.*, n°145.

<sup>1592</sup> *Ibid.*, n°53 et s.

<sup>1593</sup> V. *infra* n°531 et s.

<sup>1594</sup> DUPEYRON (Ch.), *op. cit.*, n°106.

régularisations de plein droit où la volonté est extérieure « à une perfection tardive » de l'acte<sup>1595</sup>. Enfin, le moyen par lequel opère la confirmation explique que la confirmation soit distincte des régularisations volontaires où la volonté exerce certes une influence, mais est seule inapte à opérer la régularisation.

**490.** La frontière entre la confirmation, conçue comme une manifestation de volonté constituant « le renouvellement d'un consentement dans des conditions » qui assurent la validité et l'efficacité de l'acte<sup>1596</sup>, et la régularisation volontaire est parfois apparue délicate à tracer<sup>1597</sup>. Certains auteurs ont alors jugé préférable de ne pas analyser la confirmation comme une régularisation mais comme une renonciation au droit de critique<sup>1598</sup>.

Mais les hypothèses considérées comme délicates le sont-elles réellement ? Ne peut-on pas tracer une frontière au regard de la volonté qui est au cœur de la confirmation, et cantonner la régularisation *stricto sensu* au seul vice objectif ?

Les hypothèses jugées délicates sont celles où il y a, selon les termes de M. DUPEYRON, « enchevêtrement entre les éléments objectif et subjectif ». Concrètement, il s'agit des hypothèses où l'inobservation d'une formalité entraîne directement ou indirectement l'émission d'un consentement non éclairé<sup>1599</sup>. À titre d'illustration, l'on peut évoquer l'article L. 820-3-1 du Code de commerce. Ce texte, dispose en son premier alinéa que « les délibérations de l'organe mentionné au premier alinéa de l'article L. 823-1 prises à défaut de désignation régulière de commissaires aux comptes ou sur le rapport de commissaires aux comptes nommés ou demeurés en fonctions contrairement aux dispositions du présent titre ou à d'autres dispositions applicables à la personne ou à l'entité en cause sont nulles ». En son second alinéa, cet article ajoute que « l'action en nullité est éteinte si ces délibérations sont expressément confirmées par l'organe compétent sur le rapport de commissaires aux comptes régulièrement désignés ». Il y a donc ici un enchevêtrement entre les éléments objectif et subjectif car il faut fournir le rapport des commissaires aux comptes, en cela il y a réparation objective, mais elle est seule insuffisante, puisqu'il faut y adjoindre une manifestation de volonté. Ainsi, dans cette hypothèse, il s'agit, pour M. DUPEYRON, d'une « consolidation par confirmation, précédée d'une réparation objective du vice »<sup>1600</sup>.

---

<sup>1595</sup> *Ibid.*, n°60.

<sup>1596</sup> HÉBRAUD (P.), Préface à la thèse de Ch. Dupeyron, *op. cit.*, p.XVII.

<sup>1597</sup> DUPEYRON (Ch.), *op. cit.*, n°143, p.108.

<sup>1598</sup> GHESTIN (J.), LOISEAU (G) et SERINET (Y.-M.), n°2381.

<sup>1599</sup> DUPEYRON (Ch.), *op. cit.*, n°163.

<sup>1600</sup> *Ibid.*, n°164.

**491.** Pour déterminer s'il y a réellement un enchevêtrement brouillant la frontière, il convient de revenir à la définition de la confirmation. Il a déjà été vu que celle-ci consiste en une manifestation de volonté constituant « le renouvellement d'un consentement dans des conditions » qui assurent « la validité et l'efficacité de l'acte »<sup>1601</sup>. Dès lors, pour que la manifestation de volonté soit apte à assurer la validité et l'efficacité de l'acte, elle doit être exempte de vice. Cela implique que les formalités destinées à éclairer le consentement aient été respectées. Dans le cas contraire, la volonté sera inapte à réparer le vice. Par conséquent, dans l'exemple cité ci-dessus, la formalité omise a incontestablement pour objet d'éclairer le consentement des associés<sup>1602</sup>. Si elle n'est pas respectée, alors le consentement n'est pas donné en connaissance de cause. Le second alinéa de l'article L. 820-3-1 du Code de commerce ne fait donc bien qu'évoquer une hypothèse de confirmation. En effet, il en précise non seulement la condition - une manifestation de volonté éclairée de l'organe compétent - mais également l'effet - qui est similaire à celui de la renonciation évoquée par l'article 1338 du Code civil - soit l'extinction de l'action en nullité.

Dès qu'une formalité a pour objet d'éclairer directement ou indirectement le consentement, il faut donc considérer qu'il est question de confirmation, et non de régularisation objective, même partielle, associée à une confirmation<sup>1603</sup>. Le but de la formalité doit constituer le critère de distinction. Lorsque le respect de la formalité ne peut opérer seul la régularisation, mais qu'il permet à la volonté d'être éclairée, alors il doit être question uniquement de confirmation. Ainsi, l'acte entaché d'une cause de nullité résultant de l'émission d'un consentement non éclairé, du fait du non-respect d'une formalité informative pourra être consolidé par une volonté émise en toute connaissance de cause.

**492.** En définitive, la frontière entre la confirmation et la régularisation *stricto sensu* peut être tracée grâce au vice atteignant l'acte et à la manière de le réparer.

La régularisation présente ainsi deux visages, lesquels apparaîtront alternativement en fonction du moyen opérant la réparation. Il s'agira d'une régularisation subjective, ou d'une confirmation, lorsque la seule volonté réparera le vice. Il sera question de régularisation *stricto sensu* lorsque la réparation sera opérée par un autre moyen que la seule volonté<sup>1604</sup>.

---

<sup>1601</sup> HÉBRAUD (P.), *op. cit.*, p. XVII.

<sup>1602</sup> GERMAIN (M.) et MAGNIER (V.), *Traité de droit des affaires – Les sociétés commerciales*, T. 2, L.G.D.J, 21 éd., 2014, n°2292.

<sup>1603</sup> DUPEYRON (Ch.), *op. cit.*, n°163. M. DUPEYRON souligne lui-même que les formalités omises – cause de nullité – n'ont pour objet que d'éclairer le consentement.

<sup>1604</sup> Sur l'analyse de la régularisation comme une validation objective, *Ibid.*, n°53 et s.

La confirmation opère donc une régularisation subjective de l'acte entaché d'une cause de nullité. Cette « réparation » du vice par l'effet d'une volonté pleinement efficace emportera, selon les termes de l'article 1338 du Code civil, renonciation à l'action en nullité.

### §. 3 - L'effet de la confirmation

493. La confirmation étant une régularisation, elle valide l'acte *erga omnes*<sup>1605</sup>. Le législateur a cependant expressément réservé « le droit des tiers ». Il convient donc d'envisager distinctement les effets de la confirmation à l'égard des parties (A), et à l'égard des tiers (B).

#### A - À l'égard des parties à l'acte

494. La confirmation ne crée, en vertu de l'adage *confirmatio nihil dat novi*, rien de nouveau<sup>1606</sup>. Cet adage met en lumière que « l'élément positif, agissant sur le fond du droit » ne modifie pas la substance de l'acte. Il n'y a pas non plus « perfection du contrat » par l'adjonction d'un élément qui faisait défaut<sup>1607</sup> : le consentement avait été exprimé, mais pas dans des conditions aptes à en assurer la validité et l'efficacité. Dès lors, l'effet de la confirmation est d'avantage négatif que positif : il ne crée pas, il éteint. L'alinéa 3 de l'article 1338 du Code civil précise d'ailleurs expressément l'effet de la confirmation : elle « emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre » l'acte. La confirmation possède donc un effet abdicatif (1), qui emporte consolidation des effets de l'acte (2).

#### 1 - Un effet abdicatif à la portée relative

495. Par la disparition de la cause de nullité, l'acte devient conforme au modèle-type de l'acte parfait. Dès lors, invoquer la nullité de l'acte confirmé n'a plus de sens : la nullité n'a plus d'assise<sup>1608</sup>. L'effet abdicatif de la confirmation ne constitue donc pas l'objet de la confirmation, mais son effet. En cela, la confirmation se distingue de la renonciation<sup>1609</sup>.

496. L'effet abdicatif de la confirmation n'est pas absolu. Il est doublement limité. La première limite résulte de l'objet des « moyens et exceptions » auxquels le confirmant renonce, la seconde provient du vice réparé.

---

<sup>1605</sup> Sur les effets de la régularisation, *Ibid.*, n°318 et s.

<sup>1606</sup> ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, n°54.

<sup>1607</sup> En faveur d'une telle position, v. MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *op. cit.*, n°121.

<sup>1608</sup> DUPEYRON (Ch.), *op. cit.*, n°350. Selon cet auteur, la disparition du droit de critique « est la conséquence de leur absence d'objet ».

<sup>1609</sup> V. *supra* n°421.

En premier lieu, l'effet abdicatif de la confirmation ne concerne que la possibilité de se prévaloir de la nullité. Il sera désormais impossible au confirmant d'invoquer la nullité tant par voie d'action que par voie d'exception<sup>1610</sup>. La confirmation n'éteindra donc pas une action en responsabilité née de la formation irrégulière de l'acte. La suppression de la cause de nullité apparaît en effet sans incidence sur « l'existence de la faute commise dans la conclusion du contrat et sur celle du préjudice consécutif »<sup>1611</sup>. Le Code civil, à l'article 1844-17 alinéa second<sup>1612</sup>, prévoit d'ailleurs expressément que « la disparition de la cause de nullité ne met pas obstacle à l'exercice de l'action en dommages-intérêts tendant à la réparation du préjudice causé par le vice dont la société, l'acte ou la délibération était entaché »<sup>1613</sup>. Ainsi, la victime d'un dol qui confirme l'acte peut toujours agir en responsabilité contre l'auteur des manœuvres<sup>1614</sup>. Le préjudice réparable pourra toutefois être affecté par la confirmation<sup>1615</sup>.

En second lieu, les moyens et exceptions abdiés sont seulement ceux relatifs au vice réparé<sup>1616</sup>. La confirmation peut en effet n'être que partielle. Il en sera ainsi tant lorsqu'une pluralité de vice affectera l'acte, que lorsque plusieurs parties seront concernées par le vice entachant l'acte.

Si un acte est entaché de plusieurs vices, il peut n'être consolidé qu'à l'égard de certains d'entre eux. Ainsi, la jurisprudence a considéré qu'une personne ayant contracté sous l'empire d'un trouble mental, pouvait, alors même qu'elle avait confirmé l'acte de vente entaché de lésion, agir en nullité de la vente au motif « que l'une d'elles [des actions] ne p[ouvait] être considérée comme renfermant implicitement l'autre »<sup>1617</sup>.

Si un vice concerne plusieurs personnes, il peut n'être « réparé » qu'à l'égard de certaines d'entre elles. Par exemple, si un acte réunit trois parties et que l'une d'elles, a obtenu le consentement des deux autres grâce à des manœuvres dolosives, alors la confirmation de l'une des victimes du dol ne mettra pas l'acte à l'abri d'une action en nullité. La seconde victime du dol pourra toujours exercer l'action en nullité.

---

<sup>1610</sup> V. l'art. 1338 du Code civil.

<sup>1611</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. de G. Ghestin, L.G.D.J., 1992, n°584 ; DUPEYRON (Ch.), *op. cit.*, n°332.

<sup>1612</sup> L'al. 2<sup>nd</sup> de l'art. 1844-17 du Code civil énonce exactement le même principe que l'al. 2<sup>nd</sup> de l'art. L. 235-13 du Code de commerce.

<sup>1613</sup> Le Code des obligations suisse retient également en son article 31 alinéa 3 que « la ratification d'un contrat entaché de dol ou conclu sous l'empire de la violence n'implique pas nécessairement la renonciation au droit de demander des dommages-intérêts ».

<sup>1614</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *op. cit.*, n°584.

<sup>1615</sup> *Ibid.*, n°143 et n°584.

<sup>1616</sup> SALEILLES (R.), *op. cit.*, art. 144, n°3.

<sup>1617</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 29 oct. 1968, n°67-10607, *Bull. civ.* III, n°430.

497. Lorsqu'un acte, en raison de l'effet abdicatif de la confirmation dont il a fait l'objet, ne peut plus être critiqué, ses effets sont, par voie de conséquence, consolidés.

## 2 - La consolidation des effets de l'acte

498. Deux types d'effets ont pu naître de l'acte consolidé au regard du facteur temps. Des effets ont pu naître soit antérieurement, soit postérieurement à la confirmation. Si ces derniers ne sont pas susceptibles d'être remis en cause – étant donné qu'ils proviennent d'un acte dénué de cause de nullité –, quel peut être le sort des effets produits par l'acte *avant* sa confirmation ?

499. Deux options s'avèrent concevables. Il est d'abord possible de soutenir que la consolidation de l'acte n'a lieu qu'au jour de la confirmation. En conséquence, les effets produits par l'acte antérieurement à la confirmation pourraient être remis en cause. Mais, inversement, il est également envisageable de considérer que les effets produits par l'acte antérieurement à la confirmation ne peuvent plus être contestés. Il s'agit de l'opinion doctrinale traditionnelle. Les auteurs ne s'accordent toutefois pas sur sa justification. Si certains se fondent sur la fiction de la rétroactivité, d'autres la rejettent.

Une partie de la doctrine adopte la position des auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle, et opte pour la fiction de la rétroactivité afin d'expliquer l'impossibilité de remettre en cause les effets nés de l'acte confirmé<sup>1618</sup>. Selon ces derniers, « l'effet de la confirmation est essentiellement rétroactif, puisqu'il s'agit d'une obligation qui était *ab initio* existante, et pouvait seulement devenir nulle par suite du vice que la confirmation a réparé »<sup>1619</sup>.

Une autre partie de la doctrine justifie cette impossibilité par la disparition de l'intérêt à agir en nullité<sup>1620</sup>. Celui-ci s'appréciant au jour de la demande, le plaideur ne pourra justifier d'un intérêt à agir postérieurement à la confirmation<sup>1621</sup>. Mais si une telle proposition explique que les effets produits à compter de la confirmation ne peuvent plus être contestés, elle ne permet pas de justifier l'impossibilité de remettre en cause les effets passés<sup>1622</sup>. En effet,

---

<sup>1618</sup> BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE contestent toutefois l'effet rétroactif octroyé à la confirmation. Ils énoncent que « dès l'origine, l'acte dont il s'agit produisait toutes les conséquences d'un acte valable ; la situation sera seulement changée en ce que ces conséquences seront désormais irrévocables. Rien dans tout cela n'oblige à faire intervenir l'idée de rétroactivité » (BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil - Des obligations*, T. III, Paris : Sirey, 3<sup>e</sup> éd., 1908, n°2014.)

<sup>1619</sup> MARCADÉ (V.-N.), *op. cit.*, p. 100. V. égal. DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code napoléon*, T. XXIX, *op. cit.*, n°785 : « C'est rétroactivement que la confirmation la valide. Ou plutôt, non ! La confirmation ne la valide pas ; car elle était valable ! [...] Seulement, la convention était vicieuse, et la voilà purifiée ! ».

<sup>1620</sup> GHOZI (A.), *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Pref. D. Tallon, Paris, L.G.D.J., 1980, n°350 et s. ; GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *op. cit.*, n°584.

<sup>1621</sup> La jurisprudence est constante sur ce point. V. par ex. Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 10 nov. 2009, n°08-18996.

<sup>1622</sup> GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), n°2409.

si ce sont les effets de l'acte antérieurs à la confirmation qui sont contestés, l'intérêt à agir s'appréciera par rapport à ceux-ci. Le fait de se placer au jour de la demande n'y changera rien dès lors que la fiction de la rétroactivité de la confirmation est rejetée.

**500.** En réalité, la régularisation emporte un certain effet rétroactif dont la portée doit être précisée. M. DUPEYRON a expliqué la portée rétroactive de la régularisation par la prise en compte du temps écoulé entre l'acte et sa régularisation. Il estime que lorsque la validité d'un acte est en cause, il faut porter sur ce dernier un jugement *a posteriori*, englobant aussi bien l'acte que sa correction<sup>1623</sup>. Lorsqu'une confirmation a eu lieu, le juge doit ainsi tenir en compte, pour apprécier la validité de l'acte, de la « greffe tardive », c'est-à-dire du renouvellement de la volonté dans des conditions assurant la validité et l'efficacité de l'acte. Il ne s'agit donc pas de soutenir que le vice n'a jamais existé, que « la réparation du vice est censée s'être produite *ab origine* », car ce serait une fiction pure. Il s'agirait plutôt de prendre en considération la réparation opérée, la désormais conformité de l'acte aux exigences légales<sup>1624</sup>. Cette prise en considération permet de soutenir que les effets antérieurs à la confirmation ont été consolidés<sup>1625</sup>. Mais ne pourrait-on pas objecter que cette position heurte la règle selon laquelle l'appréciation de la validité d'un acte se fait au jour de sa formation ? Il n'en est rien. Comme le précise M. DUPEYRON, cette règle a pour objet d'assurer la stabilité des situations en évitant qu'un acte valable lors de sa formation, puisse devenir annulable. Or la régularisation permet d'atteindre le but de la règle, soit assurer la stabilité des situations. Dès lors, la régularisation ne heurte pas la règle relative à la date d'appréciation de la validité d'un acte juridique en raison de son objet<sup>1626</sup>.

**501.** En définitive, le cumul de deux explications s'impose pour justifier l'impossibilité de remettre en cause les effets produits par un acte antérieurement à sa confirmation.

L'auteur de la confirmation ayant abdiqué les moyens et exceptions qu'il pouvait invoquer contre l'acte, son action en nullité est éteinte. Il ne pourra critiquer ni les effets passés, ni les effets à venir puisqu'ils seront issus d'un acte dépourvu de cause de nullité.

Pour les parties à l'acte n'ayant pas qualité pour confirmer, la question ne se pose que pour les effets passés. En effet, les effets à venir naîtront d'un acte parfaitement

---

<sup>1623</sup> DUPEYRON (Ch.), *op. cit.*, n°328.

<sup>1624</sup> *Ibid.*

<sup>1625</sup> V. égal. GHOZI (A.), *op. cit.*, n°369-370.

<sup>1626</sup> DUPEYRON (Ch.), *op. cit.*, n°344 et s.

Cette règle subit des tempéraments légaux. Ainsi l'art. 1844-11 du Code civil dispose que « l'action en nullité est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, sauf si cette nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social ».

valide, la régularisation opérant *erga omnes*. Pour les effets passés, il convient d'adopter la proposition de M. DUPEYRON et de considérer que le juge ne doit pas se placer rigoureusement au jour de la formation de l'acte pour en apprécier la validité. Il doit prendre en compte l'acte, mais également la « greffe tardive » réalisée par la confirmation. Dès lors, l'acte sera considéré, par le juge, comme conforme aux exigences légales : ses effets ne pourront pas être remis en cause.

**502.** L'effet de la confirmation à l'égard des parties à l'acte cerné, il faut envisager l'incidence de la confirmation à l'égard des tiers. Leur sort a d'ailleurs expressément été prévu par le législateur à l'article 1338 *in fine* du Code civil.

## **B - À l'égard des tiers**

**503.** La confirmation étant une régularisation, elle valide l'acte *erga omnes*. Cependant, l'article 1338 du Code civil énonce que la confirmation produit ses effets « sans préjudice [...] du droit des tiers ». La réserve formulée par le législateur (1) offre donc une protection aux tiers contre l'effet validant de la confirmation (2).

### **1 - La réserve de l'article 1338 du Code civil**

**504.** Le fondement de la réserve de l'article 1338 du Code civil conditionne son domaine. Il faut dès lors identifier le fondement de la réserve du droit des tiers (a) pour ensuite en cerner le domaine (b).

#### **a - Le fondement de la réserve du droit des tiers**

**505.** Les auteurs ont cherché plusieurs justifications à la réserve de l'article 1338 du Code civil. Ces dernières n'emportent pas la conviction ( $\alpha$ ). La réserve du droit des tiers s'explique par le souci du législateur de les protéger contre l'effet validant de la confirmation ( $\beta$ ).

#### **$\alpha$ - Le rejet des explications avancées**

**506.** Les explications avancées par les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle d'une part (i), et par JAPIOT d'autre part (ii) pour justifier la réserve du droit des tiers formulées à l'article 1338 *in fine* du Code civil doivent être rejetées.

**507.** (i) Afin d'expliquer la réserve du droit des tiers de l'article 1338 du Code civil, les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle recourent à un exemple tiré d'un arrêt de la Chambre civile de la

Cour de cassation en date du 16 janvier 1837<sup>1627</sup>. Dans l'affaire qui a donné lieu à cet arrêt, un mineur avait vendu un immeuble en 1824. En septembre 1829, devenu majeur, il revendit ce même immeuble à un acquéreur différent. Un mois plus tard il déclara confirmer la vente consentie en 1824. La Cour de cassation rappela tout d'abord que « le mineur p[ouvait], après sa majorité, ratifier la vente qu'il a[avait] consentie en minorité, et que la ratification a[vait] pour effet d'effacer le vice de la vente, et de consolider la propriété vendue entre les mains de l'acquéreur ». Elle souligna ensuite que « l'article 1338 qui proclame ces principes, déclare en même temps, que la ratification ne peut nuire aux droits des tiers ». Puis elle constata que la seconde vente avait été faite antérieurement à la ratification. En conséquence, elle énonça que « cette ratification n'a[vait] pu, dès lors, préjudicier à ce dernier [le second acquéreur], et valider, à son détriment, la première vente ».

Les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle ont cherché à expliquer l'inopposabilité de la confirmation au second acquéreur. Certains d'entre eux justifient cette disposition par une renonciation du vendeur mineur à confirmer l'acte entaché de nullité, soit la première vente<sup>1628</sup> - on serait alors en présence d'une renonciation conventionnelle à confirmer l'acte entaché de nullité. Mais une telle position ne rend pas compte de la sanction retenue par la jurisprudence, à savoir l'inopposabilité. En effet, le manquement du vendeur à sa renonciation conventionnelle de ne pas confirmer l'acte devrait entraîner, non pas l'inopposabilité de l'acte confirmé, mais l'allocation de dommages-intérêts en réparation de l'inexécution contractuelle<sup>1629</sup>. D'autres ont considéré que le vendeur avait transmis son droit de demander la nullité de la première vente au second et qu'en conséquence il ne pouvait plus confirmer l'acte entaché de nullité<sup>1630</sup>. Une telle explication ne concorde toutefois pas avec la lettre de l'article 1338 du Code civil. En effet, cette disposition ne laisse aucunement entendre qu'une personne ayant qualité pour confirmer l'acte peut en être privée. Cet article réserve seulement le droit de tiers<sup>1631</sup>.

**508.** (ii) JAPIOT, après s'être attaché à démontrer le caractère artificiel de ces deux explications, en a proposé une nouvelle<sup>1632</sup>.

---

<sup>1627</sup> Jurisprudence générale du royaume, Dalloz, 1837, 1, 62

<sup>1628</sup> LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, T.XVIII, *op. cit.*, n°657 ; AUBRY (C.) et RAU (C.), T. II, *op. cit.*, n°339 ; DEMANTE (A.M.) *op. cit.*, n°309 bis II.

<sup>1629</sup> COUTURIER (G.), *op. cit.*, n°101, p.71.

<sup>1630</sup> DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code napoléon*, T. XXIX, *op. cit.*, n°786 : « l'article 1338, en un mot, est fondé sur le principe élémentaire, que nous ne pouvons disposer que de ce qui nous appartient, et que le droit, que nous avons d'abord transmis à une personne, nous ne pouvons plus ensuite le transmettre à une autre » ; BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et BARDE (L.), *op. cit.*, n°2015.

<sup>1631</sup> COUTURIER (G.), *op. cit.*, n°103, p.72.

<sup>1632</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 796 et s.

Cet auteur interprète l'article 1338 du Code civil comme « une limitation du droit de confirmer »<sup>1633</sup>. Cette limitation provient d'une obligation légale : la garantie du fait personnel<sup>1634</sup>. Si le cédant confirme le premier acte de vente, il porte par là même atteinte aux droits valablement consentis au second acquéreur. Par son fait personnel, il évince le second acquéreur. Dès lors, ce dernier peut invoquer l'exception de garantie<sup>1635</sup>.

Une telle explication est sujette à critique : elle ne permet pas d'expliquer toutes les situations. Si la garantie du fait personnelle peut expliquer la réserve de l'article 1338 du Code civil lorsque le conflit oppose l'ayant cause et le cédant, elle ne le peut plus lorsque le litige oppose les deux acquéreurs<sup>1636</sup>. Si le fondement de la garantie du fait personnel est judiciaire dans le cadre d'un contrat qui la comprend, il ne l'est plus dans les hypothèses où le tiers tient ses droits de la loi<sup>1637</sup>.

**509.** En définitive les différentes explications proposées n'emportent pas la conviction. La justification à la réserve de l'article 1338 du Code civil doit être recherchée ailleurs. Elle se situe, selon nous<sup>1638</sup>, dans la protection des droits acquis par le tiers contre l'effet validant de la confirmation.

*B - L'explication retenue : la protection des droits acquis contre l'effet validant*

**510.** La confirmation a un effet validant : le confirmant régularise l'acte, il le « répare »<sup>1639</sup>. En raison de l'effet de la régularisation, aucun effet, né de l'acte, ne pourra être remis en cause. Dès lors, un tiers pourrait voir les droits qu'il a acquis de bonne foi, avant la confirmation, remis en cause lorsque la validité du contrat les fondant, est affectée par la confirmation. Si l'on reprend l'exemple du mineur<sup>1640</sup>, la confirmation aboutirait à priver le second acquéreur des droits qu'il a régulièrement acquis. En effet, dans cette hypothèse, le vendeur a, en raison de la confirmation consentie, vendu la chose d'autrui. Dès lors, l'effet validant de la confirmation porte atteinte aux droits acquis par l'ayant cause à titre particulier, tiers à l'acte confirmé. L'alinéa 3 de l'article 1338 du Code civil peut donc être considéré comme une disposition protectrice des droits acquis des tiers contre l'effet validant de la

---

<sup>1633</sup> *Ibid.*, p. 803 et p. 809 et s. où JAPIOT évoque l'inopposabilité de la confirmation.

<sup>1634</sup> Cette explication est pressentie par BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE : « L'ex mineur [...] a virtuellement cédé [...] l'action en nullité [...] D'ailleurs, si, dans le nouveau contrat, le vendeur se réservait cette action et, par conséquent, le droit de confirmer, il se réserverait pas là même le droit d'évincer le second acquéreur, ce qui est inadmissible puisque'il s'oblige à le garantir » (*op. cit.*, n°2016).

<sup>1635</sup> JAPIOT (R.), *op. cit.*, p. 803 et p. 809.

<sup>1636</sup> VALDELIÈVRE (F.), *op. cit.*, p.107-108.

<sup>1637</sup> COUTURIER (G.), *op. cit.*, n°105. L'auteur évoque l'hypothèse de l'hypothèque légale.

<sup>1638</sup> V. déjà. COUTURIER (G.), *op. cit.*, n°108.

<sup>1639</sup> V. *supra* n°457 et s., spéc., n°467.

<sup>1640</sup> V. *supra* n°507.

confirmation<sup>1641</sup>. Il s'agit d'une illustration de la protection des droits acquis des tiers de bonne foi, laquelle s'observe également à travers la sanction de la violation d'un pacte de préférence<sup>1642</sup>. Le droit acquis par un tiers de bonne foi est ainsi préservé. Cette idée de protection se constate d'ailleurs dans les travaux préparatoires du Code civil. Le premier projet ne contient en effet aucune référence aux tiers<sup>1643</sup>. Cette réserve provient de la section législative du Tribunat. Cette dernière a énoncé, à propos du projet initial, « [qu'] il reste à remarquer que, dans les cas de nullités susceptibles d'être couvertes, la faculté de les couvrir ne doit jamais nuire aux tiers »<sup>1644</sup>. Le projet fut ensuite modifié par le Conseil d'État qui intégra la réserve « sans préjudice néanmoins du droit des tiers » à l'alinéa 3 de l'article 1338 du Code civil<sup>1645</sup>.

**511.** Le législateur, en réservant les droits acquis des tiers, apporte une exception à l'effet validant de la confirmation. Cette dernière n'opère donc pas réellement *erga omnes*. Ce point acquis, il s'agit désormais de cerner les frontières de la réserve du droit des tiers.

#### b - Le domaine de la réserve du droit des tiers

**512.** En énonçant que la confirmation ne doit pas porter atteinte au droit des tiers, le troisième alinéa de l'article 1338 du Code civil établit un lien entre l'effet de la confirmation et le droit des tiers. Dès lors, pour entrer dans le domaine de la réserve, un tiers doit voir ses droits remis en cause à la suite de la confirmation.

Il en est ainsi lorsqu'un contrat est conclu en tenant compte de la cause de nullité affectant un autre acte juridique, et qu'ensuite, l'un des cocontractants confirme ledit acte. La confirmation validant ce dernier, l'acte originellement entaché d'une cause de nullité pourra remettre en cause le droit transmis par le contrat conclu sur la base de la nullité l'entachant. L'exemple du mineur vendant un immeuble une première fois, puis devenu majeur le cédant une nouvelle fois, avant de confirmer la première cession, illustre bien cette hypothèse<sup>1646</sup>.

---

<sup>1641</sup> V. déjà G. COUTURIER qui retient que « la loi a posé ici *une règle spéciale de protection des droits des tiers* » (En italique dans le texte - *op. cit.*, n°108).

<sup>1642</sup> On sait que depuis l'arrêt de la Chambre mixte du 26 mai 2006 deux conditions cumulatives sont exigées pour que la sanction de la méconnaissance d'un pacte de préférence soit la nullité-substitution. Ces deux conditions sont peuvent toutes deux être rattachées à la bonne foi du tiers acquéreur. La Jurisprudence a cherché, par ce biais, à préserver le droit acquis par le tiers de bonne foi. V. BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n°116.

<sup>1643</sup> FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. II, Paris, 1827, p. 194-195.

<sup>1644</sup> FENET (P.-A.), T. XIII, *op. cit.*, p.168.

<sup>1645</sup> *ibid.*, p. 209.

<sup>1646</sup> V. *supra* n°507.

La réserve de l'article 1338 du Code civil ne concerne donc pas n'importe quel tiers, ni n'importe quel droit. Les tiers évoqués sont les ayant cause à titre particulier<sup>1647</sup>, et le droit protégé est celui transmis à l'ayant cause. Dès lors, tous les droits de l'ayant cause à titre particulier ne seront pas préservés. Seul le sera le droit transmis par l'auteur et susceptible d'être remis en cause par la confirmation<sup>1648</sup>.

**513.** Les tiers identifiés, le droit protégé mieux cerné, il convient maintenant d'envisager quelle est la protection offerte au tiers par le législateur.

## **2 - La protection résultant de la réserve de l'article 1338 du Code civil**

**514.** La protection des tiers contre l'effet validant de la confirmation sera assurée, en principe par l'inopposabilité de la confirmation opérée (a). Il conviendra également d'envisager la protection des tiers lorsque la confirmation est soumise aux règles de la publicité foncière (b).

### a - La protection par l'inopposabilité

**515.** L'inopposabilité de la confirmation à l'ayant cause à titre particulier constitue la sanction de principe ( $\alpha$ ). Toutefois, cette sanction ne joue que lorsque la confirmation intervient postérieurement à la transmission du ou des droits litigieux, de sorte que la date de la confirmation revêt une importance toute particulière ( $\beta$ ).

#### $\alpha$ - Le principe de l'inopposabilité

**516.** L'inopposabilité constitue la sanction traditionnellement retenue par la jurisprudence<sup>1649</sup>. Elle consiste en « l'inefficacité d'un acte ou d'un droit à l'égard des tiers ». Elle frappe « un acte régulier qui porte un préjudice illégitime à un tiers »<sup>1650</sup>. Ainsi, lorsqu'un ayant cause à titre particulier a acquis valablement des droits sur le fondement de l'acte entaché de nullité, la confirmation postérieure à cette acquisition lui est inopposable. Elle ne peut pas affecter ses droits. Dans le cas contraire, elle lui porterait un préjudice illégitime. En revanche, la confirmation demeure valable *inter partes*, et opposable aux ayants cause à titre particulier dont elle n'affecte pas les droits transmis.

---

<sup>1647</sup> COUTURIER (G.), *op. cit.*, n°110 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), n°350 ; GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), n°2446.

<sup>1648</sup> V. *infra* n°519 et s. pour l'incidence de la date de la confirmation.

<sup>1649</sup> Sur cette sanction, v. BASTIAN (D.), *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Paris, 1929. V. *supra* n°507, l'arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 16 janvier 1837.

<sup>1650</sup> MALAURIE (PH.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), n°669.

517. La considération temporelle se situe donc au cœur de la question de l'opposabilité de la confirmation aux ayants cause à titre particulier. Si elle se produit postérieurement à la transmission des droits, alors la règle de l'article 1338 alinéa 3 jouera pleinement son rôle de protection. La confirmation sera inopposable à l'ayant cause à titre particulier. Mais si la confirmation intervient antérieurement à la transmission des droits, alors la confirmation lui sera opposable. L'ayant cause à titre particulier n'aura pas acquis valablement lesdits droits en vertu de l'adage *nemo plus juris*<sup>1651</sup>.

518. Dès lors, la question de la date de la confirmation revêt une importance particulière puisqu'elle conditionne la sanction de l'inopposabilité.

### B - L'importance de la date de la confirmation

519. La détermination de la date renvoie à la preuve de la confirmation. Selon les principes du droit commun, il appartiendra à celui qui invoque la confirmation de prouver qu'elle est intervenue avant ou après la transmission du droit litigieux à l'ayant cause à titre particulier<sup>1652</sup>.

520. La confirmation étant un acte juridique, sa preuve est régie par les articles 1341 et suivants du Code civil. Ainsi, s'il appartient à un tiers à la confirmation de prouver celle-ci, il pourra le faire par tous moyens. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation. Elle a toutefois retenu une motivation suscitant des questions dans l'hypothèse où il appartient au confirmant de rapporter la preuve de la confirmation. En théorie, étant partie à l'acte objet de la preuve, le confirmant est soumis aux exigences des textes précités. Pourtant, dans un ancien arrêt du 24 décembre 1919<sup>1653</sup>, la Cour de cassation a énoncé au visa de l'article 1341 du Code civil que « la manifestation de volonté de ne pas invoquer une nullité dont on connaît la cause n'implique par elle-même, lorsqu'elle a lieu en dehors de tout accord, ni obligation, ni libération ; qu'ainsi les faits [...] étaient des faits purs et simples qui pouvaient être établis par les divers modes de preuve admis par la loi notamment par témoins »<sup>1654</sup>. Cet attendu de la Cour de cassation s'avère critiquable en raison de sa généralité. Il ne distingue pas selon que le plaideur supporte ou non la charge de la preuve. Est-il l'auteur de la

---

<sup>1651</sup> ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, n°245.

<sup>1652</sup> V. l'art. 1315 du Code civil.

<sup>1653</sup> V. Cass. civ., 24 déc. 1919, *DP* 1920.1.12 ; *RTD civ.* 1921, 259, n°42, obs. DEMOGUE (R.).

<sup>1654</sup> La Cour de cassation avait antérieurement retenu que « la connaissance que la Compagnie l'Union aurait eue de la vente de la maison incendiée, lorsqu'elle a consenti à régler l'indemnité du sinistre et qu'elle a offert d'en acquitter le montant, est un fait pur et simple qui n'implique par lui-même ni obligation, ni libération, ni aucune des choses pour lesquelles l'art. 1341 exige une preuve par écrit » (v. Cass. civ., 13 juil. 1879, S. 1950, 1, 173).

confirmation ? Est-il tiers à la confirmation ? Au regard des principes gouvernant les modes de preuve, seul le tiers à la confirmation échappe aux exigences de l'article 1341 du Code civil<sup>1655</sup>.

**521.** La jurisprudence postérieure n'a jamais démenti cet arrêt de 1919<sup>1656</sup>. S'il faut interpréter l'arrêt de la Cour de cassation comme concernant aussi bien le confirmant que le tiers, alors il donne certes toute sa portée au principe du libre mode d'extériorisation de la volonté, mais il met à mal les principes régissant le droit de la preuve<sup>1657</sup>. Il est possible de rapprocher de cette décision, de celle plus récente, qui n'impose pas un écrit aux fins de prouver un acte juridique tacite<sup>1658</sup>. Le recours à cette jurisprudence de 1919 peut se révéler utile chaque fois que le confirmant supportera la charge de la preuve de la confirmation opérée par l'exécution volontaire de l'obligation. Cette entorse au droit de la preuve a cependant une portée limitée. C'est en effet le plus souvent un tiers à la confirmation qui s'en prévaut afin de faire échec au prononcé de la nullité<sup>1659</sup>. Or, on sait que pour le tiers, la confirmation constitue un fait juridique dont il peut rapporter la preuve par tous moyens.

**522.** Si la date de la confirmation détermine son opposabilité aux ayant cause à titre particulier, elle est indifférente lorsque la confirmation doit être publiée. Dans l'hypothèse où le droit transmis doit être publié, l'inopposabilité de la confirmation est en effet exclue.

#### b - L'incidence des règles de la publicité foncière

**523.** La publicité foncière a pour effet de rendre l'acte publié opposable aux tiers<sup>1660</sup>. Peu importe d'ailleurs que l'acte soit entaché d'une cause de nullité. Ce dernier pourra faire l'objet d'une mesure de publicité, puisque la conservation des hypothèques n'a pas à

---

<sup>1655</sup> V. par ex. TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2015, n°645 ; Malaurie (Ph.) et Morvan (P.), *op. cit.*, n°192.

<sup>1656</sup> Les arrêts relatifs à l'administration de la preuve par le confirmant de la confirmation sont quasi inexistants car elle est généralement opposée à une action en nullité intentée par le confirmant.

<sup>1657</sup> D'anciens arrêts ont, pour déterminer si l'article 1341 avait vocation à s'appliquer, distingué entre manifestation de volonté expresse et manifestation de volonté tacite (v. par ex. Cass. civ., 25 mai 1949). Mais une telle distinction revient à méconnaître que « la forme dans laquelle s'extériorise la volonté et les modes selon lesquels cette volonté sera prouvée sont deux choses essentiellement différentes » (MEURISSE (R.), note sous Cass. civ., 25 mai 1949, S. 1950, 17, n°2).

<sup>1658</sup> V. not. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mai 1994, n°92-15184, *Bull. civ.* I, n°175 : « la révocation d'un contrat par consentement mutuel des parties peut être tacite et résulter des circonstances de fait souverainement appréciées par les juges du fond, sans qu'il soit nécessaire d'en rapporter la preuve par écrit » ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 7 juin 1989, n°88-11526 : « Mais attendu que la preuve de l'existence d'une ratification tacite n'étant assujettie à aucun mode particulier, la cour d'appel a légalement justifié sa décision en retenant que les propriétaires avaient donné leur accord aux travaux le jour de la passation de l'acte et l'avaient réitéré en juillet 1983 alors que les travaux étaient déjà commencés ».

<sup>1659</sup> V. par ex. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> oct. 1996, n°94-17679 où un ancien indivisaire oppose avec succès à un autre sa confirmation afin de faire obstacle à l'action en rescision du partage pour lésion intentée par ce dernier ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 sept. 2012, n°11-20429 où le vendeur oppose sans succès à l'action en nullité de la vente conclue par un mineur intentée par ses parents une confirmation de ceux-ci.

<sup>1660</sup> FOURNIER (A.), *Répertoire Dalloz*, v° Publicité foncière, fév. 2007, n°1, p.3.

s'assurer de la validité de l'acte<sup>1661</sup>. Dès lors, une fois publié un acte entaché d'une cause de nullité est opposable aux tiers. Une jurisprudence très ancienne retient d'ailleurs qu'une inscription régulière en la forme, bien que prise sur un mineur, « n'était point par cela seul, nulle de plein droit et d'une manière absolue, qu'elle était seulement annulable, non par elle-même mais comme devant suivre le sort de l'acte »<sup>1662</sup>.

**524.** Reprenons l'exemple du mineur qui vend son bien à deux reprises – une fois mineur, puis une fois devenu majeur<sup>1663</sup>. Dans cette hypothèse, le second acquéreur, qui ne se serait pas informé, pourrait être dans l'impossibilité de publier son droit en vertu de l'effet relatif régissant la tenue des registres de publicité foncière. Ce principe a pour objet d'empêcher la discontinuité de la publicité foncière. Ainsi, le droit d'un ayant cause ne peut être publié que si celui de son auteur l'a été<sup>1664</sup>. En raison de la publication de la première vente, le second acquéreur ne pourrait pas procéder aux formalités de publicité puisqu'il ne tiendrait pas son droit du premier acquéreur, c'est-à-dire de la personne ayant précédemment publié son droit sur l'immeuble objet de la vente<sup>1665</sup>. En conséquence, il appartient à un acquéreur, qui contracte sous seing privé<sup>1666</sup>, d'être diligent et de s'informer sur l'identité de la dernière personne ayant procédé à une mesure de publicité sur l'immeuble convoité. Dans notre hypothèse, l'acte du second acquéreur ne pourra être publié qu'une fois la nullité de la première vente prononcée.

**525.** Se pose alors la question de l'incidence de la confirmation d'un acte soumis à la publicité foncière. Il faut envisager deux hypothèses : premièrement la confirmation postérieure à la seconde vente et, secondement, la confirmation antérieure à la seconde vente et non publiée.

Lorsque la confirmation intervient postérieurement à la seconde vente, peut-elle être, en vertu de l'article 1338 alinéa 3 du Code civil, inopposable au second acquéreur ?

---

<sup>1661</sup> Le service de la publicité foncière n'a pas à contrôler la validité des actes qui lui sont présentés, sous réserve d'une exception : la radiation d'une inscription hypothécaire (v. AYNÈS (L.) et CROCQ (P.), *Les sûretés - La publicité foncière*, L.G.D.J., 9<sup>e</sup> éd., 2015, n°635).

<sup>1662</sup> Cass. civ., 25 nov. 1856, *D.1856. I. 385*.

<sup>1663</sup> V. *supra* n°507.

<sup>1664</sup> V. Part. 3 du Décret n°55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière, JO du 7 janv. 1955 ; AYNÈS (L.) et CROCQ (P.), *op. cit.*, n°638 ; FOURNIER (A.), *op. cit.*, n°264 et s., p.31.

<sup>1665</sup> Le service de la publicité foncière vérifie, avant de publier un acte, que l'effet relatif est respecté (v. AYNÈS (L.) et CROCQ (P.), *op. cit.*, n°635).

<sup>1666</sup> Comme il a pu être souligné « en raison du principe de l'autonomie de la volonté qui domine encore notre droit contractuel, les actes soumis à publicité foncière, passés en la forme sous seing privé ne sont pas nuls » (DE POLUQUET (J.), *Responsabilité des notaires*, Dalloz, 2003, n°22.122).

Lorsque le notaire instrumente la vente, il a pour obligation d'une part de vérifier et d'autre part, de procéder aux formalités de publicité. Le manquement à l'une de ces obligations peut entraîner la mise en jeu de sa responsabilité (*Ibid.*, n°22.141).

Cette question n'a d'intérêt que si le premier acquéreur n'a pas procédé aux formalités de publicité. En effet, si le premier acquéreur n'a pas publié son droit, mais que le second acquéreur a, lui, procédé aux formalités de publicité, alors le droit de propriété du second acquéreur sera opposable au premier. Dans cette hypothèse, peu importe l'opposabilité ou non de la confirmation. Le droit de propriété du second acquéreur l'emportera au regard des règles de la publicité foncière<sup>1667</sup>. En revanche lorsque le premier acquéreur a publié son droit avant le second, alors l'inopposabilité de la confirmation peut présenter un intérêt. Il reste que le droit de propriété du premier acquéreur sera opposable au second. Si ce dernier veut faire reconnaître son droit de propriété, et bénéficier de l'inopposabilité de la confirmation, alors il devra intenter une action en nullité de la première vente. En présence d'une action en nullité attitrée, il lui sera impossible d'obtenir l'annulation de la première vente.

Si la confirmation se produit antérieurement à la seconde vente, elle n'a pas à faire l'objet d'une transcription pour être opposable aux tiers. Cette question de l'opposabilité aux tiers de la confirmation non transcrite, qui a fait l'objet de nombreuses discussions chez les auteurs, a perdu tout intérêt avec le décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière<sup>1668</sup>. Ce décret précise en effet, en son article 28, que « sont obligatoirement publiés au service chargé de la publicité foncière de la situation des immeubles [...] 4° Les actes et décisions judiciaires, énumérés ci-après, lorsqu'ils portent sur des droits soumis à publicité [...] a) Les actes confirmatifs de conventions entachées de causes de nullité ou rescision ». Cette mesure de publicité vise à informer les tiers que le droit publié né d'un contrat entaché d'une cause de nullité a été consolidé<sup>1669</sup>. La sanction du défaut de publication de la confirmation a été expressément prévue par l'article 30 du décret. Elle réside non dans l'inopposabilité de la confirmation, mais dans l'octroi de dommages intérêts<sup>1670</sup>.

**526.** L'exclusion de la sanction de l'inopposabilité est fondée et s'explique par un sens spécifique de cette dernière. Il s'agit de « l'inefficience à l'égard de tiers déterminés par la

---

<sup>1667</sup> Par un arrêt de sa 3<sup>e</sup> chambre civile du 12 janvier 2011, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence. Elle considère désormais que : « les actes et décisions judiciaires portant ou constatant entre vifs mutation ou constitution de droits réels immobiliers sont, s'ils n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble ont acquis du même auteur des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés ». V. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 12 janv. 2011, n°10-10667, *Bull. civ.* III, n°5 ; *D.* 2011. 851, AYNÈS (L.) et p. 2298, obs. MALLET-BRICOU (B.) ; *RTD civ.* 2011. 158, obs. CROCQ (P.) et p. 369 obs. REVET (T.).

<sup>1668</sup> Décret n°55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière, JO du 7 janv. 1955, p. 346. Ce décret a été modifié par l'ordonnance n°2010-638 du 10 juin 2010.

<sup>1669</sup> FOURNIER (A.), *op. cit.*, n°109.

<sup>1670</sup> L'article 30 du décret du 4 janvier 1955 dispose : « 4. Toute personne intéressée qui, ayant publié son propre droit, prouve qu'elle a subi un préjudice à raison soit du défaut de publication avant l'expiration du délai légal, soit de la publicité incomplète ou irrégulière d'un des actes visés aux 3° à 9° de l'article 28, peut demander des dommages et intérêts ».

loi d'un acte dont la pleine efficacité était subordonnée à l'accomplissement d'une formalité de publicité qui a été inobservée »<sup>1671</sup>. Si dans le cadre du décret de 1955 la confirmation doit être publiée, il n'apparaît pas, pour autant, que sa pleine efficacité soit subordonnée au respect de cette formalité. La mesure de publicité n'a pas pour objet de donner pleine efficacité à la confirmation, mais d'assurer une complète information des tiers.

L'article 30 du décret soumet l'octroi de dommages intérêts à deux conditions cumulatives. Il faut d'une part que la « personne intéressée » a « publié son propre droit », et d'autre part, qu'elle rapporte la preuve d'un préjudice subi « à raison soit du défaut de publication avant l'expiration du délai légal, soit de la publicité incomplète ou irrégulière » de l'acte. Si l'on reprend – une nouvelle fois – l'exemple du mineur qui vend un immeuble, puis une fois majeur le vend à un second acquéreur, avant de confirmer la première vente, on perçoit bien que, pour que le second acquéreur obtienne des dommages-intérêt, il faut que le premier acquéreur n'ait pas publié son droit<sup>1672</sup>. Dès que l'acte entaché de nullité aura été publié<sup>1673</sup>, l'acte de la « personne intéressée » n'aura pas pu l'être au regard du principe de l'effet relatif régissant la tenue des registres de publicité foncière. En conséquence, la première condition exigée par l'article 30 du décret ne sera pas remplie.

**527.** La protection offerte au tiers par l'article 1338 du Code civil ne joue donc que pour les droits transmis à l'ayant cause à titre particulier antérieurement à la confirmation. Lorsque le droit litigieux est soumis aux règles de la publicité foncière, la sanction de l'inopposabilité est écartée lorsque la confirmation, antérieure à la transmission du droit, n'a pas été transcrite. La sanction du défaut de publicité de l'acte confirmatif a été expressément prévue par l'article 30 du décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière : il s'agit des dommages-intérêts.

**528.** En définitive, la confirmation constitue un mode de régularisation subjectif de l'acte entaché d'une cause de nullité. La volonté se situe dès lors au cœur de la confirmation : elle « répare » le vice. Ce moyen, par lequel opère la régularisation, s'avère important puisqu'il conditionne, en partie, l'ouverture de la confirmation.

## **Section 2 : L'ouverture de la confirmation**

---

<sup>1671</sup> CORNU (G.), dir., *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° inopposabilité.

<sup>1672</sup> Le service de la publicité foncière vérifie, avant de publier un acte, que l'effet relatif est respecté (v. AYNÈS (L.) et CROCQ (P.), *op. cit.*, n°635).

<sup>1673</sup> Le service de la publicité foncière n'a pas à contrôler la validité des actes qui lui sont présentés, sous réserve d'une exception : la radiation d'une inscription hypothécaire (*Ibid.*).

**529.** Il convient, à présent, de tirer les enseignements de l'analyse proposée de la confirmation - un mode subjectif de régularisation – afin d'en déterminer le domaine. Ce moyen, par lequel la régularisation opère, met en lumière que la confirmation n'est possible que si le vice - la cause de nullité - peut être réparée par une manifestation de volonté<sup>1674</sup>. Cette condition, qui commande l'ouverture de la confirmation, n'est toutefois pas la seule. Deux conditions cumulatives sont nécessaires pour que la confirmation soit possible (§.1). À défaut, la confirmation sera exclue (§.2).

### ***§. 1 - Les conditions nécessaires à l'ouverture de la confirmation***

**530.** L'ouverture de la confirmation est conditionnée par le respect de deux conditions cumulatives. La première réside dans l'existence d'un vice subjectif, c'est-à-dire d'un vice susceptible d'être réparé par une manifestation de volonté<sup>1675</sup>. La seconde est relative au respect de la règle originellement transgressée : la réparation de l'acte doit s'opérer dans le respect de cette règle. Cette exigence ressort d'une part de l'alinéa 2 de l'article 1338 du Code civil précisant que la confirmation doit avoir lieu « après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée », et d'autre part, de l'écueil qui a motivé le rejet de la renonciation à l'action en nullité, à savoir qu'on ne peut pas renoncer à la légalité, au caractère obligatoire d'une règle de droit<sup>1676</sup>. Par conséquent, c'est uniquement si la règle transgressée peut être respectée *a posteriori* que la confirmation peut avoir lieu.

La confirmation est donc conditionnée par l'existence d'un vice subjectif (A), et par la possibilité de respecter, *a posteriori*, la règle transgressée (B).

### **A - L'existence d'un vice subjectif**

**531.** Lorsque le « renouvellement d'un consentement dans des conditions » qui assurent la validité de l'acte peut remédier à la cause de nullité, le vice est considéré comme subjectif<sup>1677</sup>. Sont subjectives, les causes de nullités liées à l'émission d'un consentement. Il en est ainsi des causes de nullité résultant de la méconnaissance d'une règle protectrice du consentement (1), ou d'une règle de pouvoir (2).

#### **1 - Les vices attachés au consentement**

---

<sup>1674</sup> V. *supra* n°480 et s.

<sup>1675</sup> DUPEYRON (C.), *op. cit.*, n°145.

<sup>1676</sup> V. *supra* n°426 et s.

<sup>1677</sup> HÉBRAUD (P.), Préface à la thèse de C. Dupeyron, *op. cit.*, p. III.

**532.** Le consentement consiste en une « volition précédée d'une réflexion »<sup>1678</sup>. Afin de s'assurer d'une part de l'intégrité du consentement et, d'autre part, que celui-ci émane d'une personne apte à émettre une volonté véritable, le législateur a posé des règles. Si les dispositions relatives aux vices du consentement (a) ainsi qu'au formalisme informatif (b) permettent de contrôler l'intégrité du consentement, celles relatives au trouble mental (c) s'attachent plutôt à vérifier que le consentement émane d'une personne en pleine possession de ses moyens.

#### a - Les vices du consentement

**533.** Si les rédacteurs du Code civil n'ont pas expressément énoncé que le consentement devait être éclairé et libre, ils l'ont sous-entendu en énonçant à l'article 1109 « [qu'] il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, s'il a été extorqué par violence, ou surpris par dol ». Cette exigence, posée au sein du titre III du Code civil intitulé « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général », est régulièrement rappelée au sein de diverses dispositions spécifiques<sup>1679</sup>.

Comme on le sait, il y a vice du consentement lorsque la manifestation de volonté a été déterminée sous l'empire d'une erreur spontanée, d'une erreur provoquée ou qu'elle n'a pas été exprimée librement.

**534.** Un acte formé par une rencontre de volonté dont l'une était vicié s'avère donc entaché d'une cause de nullité. Peut-il alors faire l'objet d'une confirmation, soit être réparé par une manifestation de volonté ? La réponse est positive<sup>1680</sup>. Une manifestation de volonté viciée peut être confortée par une nouvelle manifestation de volonté qui devra être exempte de vice et émise en connaissance du vice originaire<sup>1681</sup>. La possibilité de confirmer un acte entaché d'un vice du consentement n'a jamais fait de difficulté et ce, quelle que soit la conception de la confirmation retenue<sup>1682</sup>. Mais si elle est envisageable, la confirmation constitue une option généralement écartée par le contractant victime. D'ailleurs, la confirmation de l'acte est

---

<sup>1678</sup> TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°93.

<sup>1679</sup> Il en est ainsi en matière de mariage avec l'article 180 du Code civil, ou encore dans le domaine des successions et des libéralités avec les articles 777, 901, 930 al. 2 ou encore 1078-5 du Code précité.

<sup>1680</sup> Pour la violence, v. l'art. 1115 du Code civil.

<sup>1681</sup> V. *infra* n° 553 et s., la condition temporelle de la confirmation.

<sup>1682</sup> Pour la théorie dite classique, v. DURANTON (A.), T. XII, *op. cit.*, n°556 ; DEMANTE (A.M.), *op. cit.*, n°309 et 309 bis ; AUBRY (C.) et RAU (C.), T. II, *op. cit.*, n°339.

Pour la théorie dite moderne, v. Couturier (G.), *op. cit.*, n°205 et s.

généralement opposée par le défendeur à l'action afin de faire obstacle au prononcé de la nullité<sup>1683</sup>.

**535.** Aux actes entachés d'un vice du consentement proprement dit, il faut rapprocher ceux atteints de lésion, car celle-ci peut être analysée comme faisant présumer un vice du consentement<sup>1684</sup>. L'admission de la confirmation d'un acte lésionnaire a néanmoins suscité des réticences lorsque la confirmation est analysée comme une réparation et non comme une renonciation.

**536.** En droit français, l'on sait que la lésion n'est admise qu'à titre exceptionnel. L'exemple le plus connu est certainement celui évoqué par l'article 1674 du Code civil, à savoir la lésion des sept douzièmes dans le prix d'un immeuble. Dans cette hypothèse spécifique<sup>1685</sup>, le législateur a expressément envisagé la régularisation *stricto sensu*, c'est-à-dire la faculté pour l'acquéreur de verser au vendeur un complément de prix afin de faire disparaître la cause de rescision pour lésion<sup>1686</sup>. Mais la régularisation *stricto sensu* fait-elle obstacle à l'admission de la confirmation ? Une réponse négative s'impose<sup>1687</sup>, car accepter le contraire reviendrait à omettre la faculté pour le vendeur d'admettre l'erreur sur la valeur commise et de réitérer son consentement à la vente en pleine connaissance de cause. Dans cette hypothèse, l'acquéreur ne verse aucun complément de prix, de sorte qu'il n'est plus question de régularisation *stricto sensu* mais de confirmation. La volonté du vendeur-confirmant exempte de vice et émise en connaissance de la lésion vient s'adjoindre à la volonté originellement émise et viciée<sup>1688</sup>. La possibilité de confirmer un acte entaché de lésion doit donc être reconnue. La confirmation

---

<sup>1683</sup> Pour le dol, v. Cass. com., 30 mai 2000, n°98-12441 (rejet de la confirmation au motif que ses conditions ne sont pas remplies). Pour l'erreur sur les qualités substantielles, v. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 1998, n°96-14890, *Bull. civ.* I, n°97 (rejet de la confirmation au motif que la volonté de l'errans de revendre l'œuvre après avoir eu connaissance de sa véritable nature est insuffisante).

<sup>1684</sup> Sur la conception subjective de la lésion, v. RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, T. II, L.G.D.J., 1957, n°265 ; CARBONNIER (J.), *Droit civil, vol. 2 - Les biens, Les obligations*, Puf, n°959. V. égal. PELLET (R.), *De la ratification des actes entachés de nullité ou confirmation*, Paris : Librairie du recueil général des lois et des arrêts, 1903, p. 79.

<sup>1685</sup> La loi du 8 juillet 1907 concernant la vente des engrais n'a pas prévu cette faculté pour le vendeur. Il n'est pas prévu qu'il puisse « racheter » la lésion à l'acquéreur bénéficiant d'une « action en réduction de prix et dommages-intérêts » (v. l'art. 1<sup>er</sup> de la loi).

<sup>1686</sup> V. par ex. les articles 1681 du Code civil. V. égal. l'anc. art. 891 du Code civil : « le défendeur à la demande en rescision peut en arrêter le cours et empêcher un nouveau partage en offrant et en fournissant au demandeur le supplément de sa portion héréditaire soit en numéraire, soit en nature ».

<sup>1687</sup> *Contra* : MARTIN DE LA MOUTTE (J.), n°122.

<sup>1688</sup> FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XIII, Paris, 1836, p. 438 : v. le discours prononcé par le tribun MOURICAULT devant le corps législatif : « Les moyens de nullité et de restitution résultent de l'incapacité des parties, de l'erreur, du dol, ou de la violence, dont j'ai déjà parlé. Il faut y ajouter la lésion, laquelle, selon les personnes et les actes, est présumée l'effet de circonstances qui n'ont pas laissé au consentement toute sa liberté ».

d'un partage - opéré sous l'empire de l'ancien article 887 du Code civil<sup>1689</sup> -, a d'ailleurs été admise par la Cour de cassation<sup>1690</sup>.

**537.** Les actes entachés d'un vice du consentement, ou d'une lésion sont donc susceptibles de faire l'objet d'une confirmation, la volonté du confirmant étant apte à remédier à la cause de nullité.

Le formalisme informatif, comme son nom l'indique, a pour objet d'éclairer le consentement de son bénéficiaire<sup>1691</sup>. La protection du consentement intervient ici *a priori*. Est-ce que le vice résultant d'un manquement à une règle de formalisme informatif peut être considéré comme subjectif ? Autrement dit, est-ce qu'une manifestation de volonté peut seule remédier au vice résultant du non-respect d'une règle prescrivant un formalisme informatif ?

#### b - Le manquement à une règle de formalisme informatif

**538.** Au regard du but poursuivi par le formalisme informatif - assurer un consentement éclairé - il faut admettre que la confirmation est possible. En effet, faute de respecter le formalisme exigé, le consentement est présumé non éclairé. D'ailleurs, l'exigence d'une mention écrite ne semble avoir pour objet que celui de s'assurer que l'information exigée par le législateur a été délivrée à son destinataire.

**539.** La Cour de cassation admet ainsi que les actes entachés d'une cause de nullité résultant du non-respect d'un formalisme informatif sont susceptibles de faire l'objet d'une confirmation. Elle s'est prononcée en ce sens à propos du formalisme exigé par l'article L.

---

<sup>1689</sup> En présence d'une lésion du plus du quart la victime bénéficiait d'une action en rescision. Depuis la loi n°2006-128 du 23 juin 2008, elle bénéficie d'une action en complément de part (v. l'art. 889 du Code civil).

<sup>1690</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> oct. 1996, n°94-17679. La Cour de cassation rejette le pourvoi fondé sur l'article 1338 du Code civil. Elle énonce que la Cour d'appel, en relevant la victime de la lésion « avait pris possession de la maison de Saint-Brévin et l'avait habitée plusieurs mois seul, mais encore qu'il avait consenti, le 18 février 1987, une promesse de vente de cette maison à un tiers, en se présentant dans l'acte comme propriétaire régulier de l'immeuble autrefois indivis » a pu en déduire qu'elle « avait ratifié le partage du 27 octobre 1986, qui lui avait attribué cet immeuble ».

<sup>1691</sup> La jurisprudence occulte parfois la finalité assignée à la règle de forme, c'est-à-dire délivrer une information afin que le destinataire de celle-ci émette un consentement éclairé. Il en est ainsi de la jurisprudence relative au formalisme entourant la formation d'un cautionnement (Sur l'évolution de la jurisprudence, v. not. PICOD (Y.), « Le formalisme de la mention manuscrite de la caution », in *Leçons du droit civil – Mélanges en l'honneur de François Chabas, Bruylant*, 2011, p. 775). Plusieurs dispositions, notamment du Code de la consommation, imposent un formalisme *ad validitatem* (v. par ex. les art. L. 313-7 et L. 313-8 du Code de la consommation). Mais lorsque la mention émanant de la caution ne correspond pas à celle exigée par le législateur, le juge avant de prononcer la nullité, non seulement ne vérifie pas que le consentement de la caution n'était pas éclairé (v. CABRILLAC (M.), MOULY (C.), CABRILLAC (S.) et PÉTEL (Ph.), *Droit des sûretés*, Litec, 9<sup>e</sup> éd., 2010, n°129), mais il lui est également, de temps à autre, indifférent que la mention inscrite soit conforme à l'esprit de la loi (Cass. com., 5 avril 2011, n° 09-14358, *Bull. civ.* IV, n°55 ; CCC 2011, n°204, note RAYMOND (G.) ; RDC 2011, 906, obs. HOUTCIEFF (D.) ; JCP G 2011, n°26, p. 1279, obs. SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.) ; *Dr. & patr.* 2011, n°205, p. 106, obs. AYNÉS (L.) et DUPICHOT (Ph.)).

231-2 du Code de la construction et de l'habitation<sup>1692</sup>, ou encore au sujet de celui exigé par la caution personne physique et prévu aux articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation<sup>1693</sup>. Dans ce dernier cas, la Cour de cassation a pu juger que la cour d'appel qui a pris le soin de relever que la caution avait « agi en toute connaissance de cause » et « en dépit des conseils contraires de son avocat et de son comptable [...] a[vait] pu déduire que la caution avait entendu réparer le vice affectant son engagement »<sup>1694</sup>. La Haute juridiction fait ainsi expressément apparaître que le consentement de la caution était éclairé.

La Cour a également admis que l'acte ne contenant pas toutes les énonciations prescrites par l'article L. 231-2 du Code de la construction et de l'habitation pouvait faire l'objet d'une confirmation<sup>1695</sup>. Là encore, le formalisme imposé n'a qu'une finalité informative.

**540.** Le manquement à une règle de formalisme informatif constitue donc un vice subjectif. Le bénéficiaire de l'information peut donc tout à fait émettre un consentement en pleine connaissance de cause, c'est-à-dire en connaissance de l'absence de respect du formalisme informatif dans l'acte conclu d'une part, et en connaissance des mentions omises, soit en ayant un consentement éclairé d'autre part. Ce consentement éclairé viendra s'adjoindre au précédent, présumé non éclairé en raison du non-respect du formalisme informatif, et consolidera l'acte. Peu importe que les mentions ne soient pas matérialisées dans l'acte, le but de la règle sera respecté par l'émission d'un consentement éclairé.

**541.** La possibilité d'obtenir la nullité des actes passés sous l'empire d'un trouble mental semblant suivre la même logique que celle qui est l'œuvre dans les hypothèses de nullité pour vice du consentement ou de manquement à une règle de formalisme informatif<sup>1696</sup>, il convient de vérifier si, en pareil cas, le vice entachant l'acte peut également être considéré comme subjectif.

### c - Le trouble mental

---

<sup>1692</sup> V. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 6 juil. 2011, n°10-23438, *Bull. civ.* III, n°123 ; *RDI* 2011, n°10, p. 505, obs. TOMASIN (D.) ; *Construction et Urbanisme* 2011, comm. 135, obs. SIZAIRE (Ch.).

<sup>1693</sup> V. Cass. com., 5 fév. 2013, n°12-11720, *Bull. civ.* IV, n°20 ; *CCC* 2013, comm. 124, note RAYMOND (G.) ; *RDC* 2013, 1540, obs. BARTHEZ (A.-S.) ; *JCP N* 2013, n°18, p. 53, note PIEDELIÈVRE (S.) et n°27, p. 45 obs. SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.) ; *Dr. & patr.* 2013, n°226, p. 68 obs. AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.) et n°227, p. 90, obs. AYNÈS (A.) et DUPICHOT (Ph.).

<sup>1694</sup> Pour une critique de ce verbe « réparer », v. BARTHEZ (A.-S.) obs. préc. ; AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), obs. préc. Mais ces auteurs conçoivent la confirmation comme une renonciation et non comme une régularisation subjective.

<sup>1695</sup> V. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 6 juil. 2011, n°10-23438, *Bull. civ.* III, n°123 ; *RDI* 2011, n°10, p. 505, obs. TOMASIN (D.) ; *Constr. Urb.* 2011, comm. 135, obs. SIZAIRE (Ch.).

<sup>1696</sup> BÉNABENT (A.), n° 70.

542. La loi du 3 janvier 1968 a érigé la santé mentale en condition de validité d'un acte juridique<sup>1697</sup>. En posant que « pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit », l'article 414-1 du Code civil permet de demander la nullité d'un acte passé sous l'empire d'un trouble mental<sup>1698</sup>. Celui-ci agit sur la qualité du consentement émis<sup>1699</sup>, puisque lorsqu'un contractant est sous l'empire d'un trouble mental, il est atteint soit dans sa lucidité ou dans sa capacité à réfléchir, soit dans sa volonté ou dans sa capacité à se décider<sup>1700</sup>. Dès lors, la possibilité de confirmer de tels actes doit être admise car l'acte passé sous l'empire d'un trouble mental s'avère entaché d'un vice subjectif. Par conséquent, une fois ses facultés retrouvées, le contractant pourra émettre un consentement tendant à consolider l'acte litigieux<sup>1701</sup>.

543. En définitive, dès qu'une règle entend assurer l'émission d'un consentement libre et donné en pleine connaissance de cause, sa méconnaissance entraînera un vice subjectif. A notre sens, une manifestation de volonté émise en connaissance de la cause de nullité et exempte du vice originaire, est susceptible de remédier au vice. C'est dire que, en pareille hypothèse, la confirmation s'avère envisageable.

Aux causes de nullité résultant de la méconnaissance des règles protectrices du consentement, il faut ajouter celles résultant de la violation d'une règle de pouvoir. La méconnaissance de ces dernières implique également un vice subjectif.

---

<sup>1697</sup> V. SIMON (O.), « La nullité des actes juridiques pour trouble mental », *RTD civ.* 1974, 707.

<sup>1698</sup> Antérieurement à la loi du 3 janvier 1968, les actes passés sous l'empire d'un trouble mental étaient considérés soit comme inexistantes (v. par ex. DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T. XXIV, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T. I, Paris : A. Durand et L. Hachette Libraires, 2<sup>e</sup> éd., 1870, n°79 ; LAURENT (F.), *Principes du droit civil français*, T. XV, Paris : Librairie Maresq Ainé, 3<sup>e</sup> éd., 1878, n°464), soit comme annulables (v. not. AUBRY (C.) et RAU (C.), T. IV, *op. cit.*, n°343 ; RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *op. cit.*, n°2815. Ces derniers préférèrent parler de nullité en raison de « l'apparence qu'il faut détruire »).

<sup>1699</sup> La Cour de cassation évoque régulièrement ce lien entre trouble mental et consentement. V. par ex. Cass. soc., n°11-13930 : « la cour d'appel, qui a souverainement constaté que les documents versés au dossier par Mme X... n'établissaient pas que son époux ait été atteint, au moment de la signature des actes concernant la préretraite, de troubles mentaux de nature à altérer son consentement » ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 22 juin 2010, n°09-14979 : « qu'ayant énoncé à bon droit qu'il appartenait à M. X... de justifier de l'existence d'un trouble mental d'une gravité suffisante pour qu'il n'ait pas été en état d'exprimer une volonté consciente au moment de la signature de l'acte » ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 fév. 2007, n°04-19943 : « a estimé qu'il résultait de façon incontestable de l'ensemble de ces éléments que M. X... ne disposait pas de ses facultés mentales au moment de la signature de l'acte et qu'il n'avait pu donner un consentement éclairé » et Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mai 2002, pourvoi n° 99-16421 : « attendu que la cour d'appel a retenu que le médecin commis par le juge des tutelles le 5 juillet 1993 avait conclu à une altération des facultés mentales de Mme A... et que son avis était conforté par le rapport d'expertise du docteur X... relevant que cette personne n'était pas en état de donner un consentement utile et éclairé à la vente de ses biens immobiliers ; qu'elle a ainsi répondu aux conclusions prétendument omises et légalement justifiées sa décision ». (Souligné par nous).

<sup>1700</sup> TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), n°100.

<sup>1701</sup> Dans l'hypothèse où le contractant ne recouvre jamais son entière lucidité, il sera placé sous un régime de protection. En conséquence, s'il est placé sous curatelle, il ne pourra confirmer l'acte passé qu'avec l'assistance de son curateur, tandis que s'il est placé sous tutelle, le tuteur pourra confirmer l'acte, et suivant la nature de l'opération avec l'autorisation du conseil de famille. (v. TEYSSIE (B.), *Droit civil – Les personnes*, Lexis Nexis, 15<sup>e</sup> éd., 2014, n°634).

## 2 - Les vices attachés à un défaut de pouvoir

**544.** Afin de protéger certaines personnes, le législateur a édicté des règles de pouvoir sanctionnées par la nullité. Ces règles sont liées tantôt à l'incapacité d'émettre un consentement éclairé, tantôt à l'importance de l'acte. Les premières résultent soit de la représentation du mineur ou de la personne protégée<sup>1702</sup>, autrement dit du besoin d'assistance de la personne protégée<sup>1703</sup>, tandis que les secondes renvoient aux hypothèses de cogestion dans le régime légal<sup>1704</sup>. Mais que l'on considère les premières ou les secondes, ces règles sont toutes relatives à l'émission d'un consentement - du seul représentant légal ou de la personne protégée assistée de son représentant dans la première hypothèse, de celui des deux époux dans la seconde. Par conséquent, les actes passés en méconnaissance de ces règles sont, *a priori*, entachés d'un vice subjectif et donc susceptibles d'être confirmés<sup>1705</sup>.

Encore convient-il de le vérifier, ce qui peut être fait à partir de divers exemples relatifs d'abord aux actes passés par un mineur (a), ensuite à ceux effectués par une personne protégée (b), ou enfin par un époux marié sous le régime légal (c).

### a - Le défaut de pouvoir du mineur

**545.** Étant considéré comme « hors d'état de comprendre la portée de ses actions », comme ayant une volonté « rudimentaire, ni assez ferme pour résister, ni assez éclairée pour prévoir »<sup>1706</sup>, le mineur a été jugé « incapable de contracter »<sup>1707</sup>. Il a été frappé d'une incapacité d'exercice générale<sup>1708</sup>. À l'exception des actes usuels<sup>1709</sup>, les actes passés par un mineur sont entachés de nullité car conclus par une personne dépourvue du pouvoir de contracter. Ces actes peuvent-ils être confirmés ?

L'article 1311 du Code civil apporte une réponse positive à cette interrogation. Il dispose que le mineur « n'est plus recevable à revenir contre l'engagement

---

<sup>1702</sup> V. les art. 473 et s. du Code civil relatifs aux actes faits dans la tutelle.

<sup>1703</sup> L'art. 467 du Code civil dispose : « La personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, faire aucun acte qui, en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge ou du conseil de famille ».

<sup>1704</sup> FLOUR (J.) et CHAMPENOIS (G.), *Les régimes matrimoniaux*, Armand-Colin, 2<sup>e</sup> éd., 2001, n°361 et s. ; GOUBEAUX (G.), « La cogestion en régime de communauté : le commencement ou la fin ? », in *Études offertes au doyen Philippe Simler*, Liec-Dalloz, 2006, p. 1314.

<sup>1705</sup> Il convient de souligner, qu'à l'image du mandat, dès lors qu'il est question d'un défaut de pouvoir, le législateur semble donner la préférence au terme « ratification » plutôt qu'à celui de « confirmation ».

<sup>1706</sup> CARBONNIER (J.), *Droit civil – 1/ Les personnes*, Puf, coll. Thémis droit privé, 20<sup>e</sup> éd., 1996, n°162.

<sup>1707</sup> V. l'art. 1124 du Code civil.

<sup>1708</sup> CERMOLACCE (A.), « Les contrats du mineur », *Dr. fam.* 2006, étude n°27.

<sup>1709</sup> MONTANIER (J ;Cl.) et CONTE (P.), « Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé », *JCP* 1986, I, 401 ; BONFILS (Ph.) et GOUTTENOIRE (A.), *Droit des mineurs*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, n°1051 et s. ; GOUTTENOIRE (A.), « La capacité usuelle du mineur », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Hauser*, Dalloz, Lexis Nexis, 2012, p. 163 et s. ; GARÉ (T.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov. 1999, *JCP* 1999, II, 10053 ; v. égal. FARGE (C.), *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II, 1998.

qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il l'a ratifié en majorité, soit que cet engagement fût nul en sa forme, soit qu'il fût seulement sujet à restitution ». Cette disposition ne constitue qu'une application particulière de l'article 1338 du Code civil aux mineurs<sup>1710</sup>. Dans un arrêt du 26 septembre 2012, la première chambre civile de la Cour de cassation a visé les deux dispositions précitées, avant de préciser qu'un mineur « une fois devenu majeur » peut renoncer « sans équivoque à se prévaloir de la nullité de la vente »<sup>1711</sup>. L'admission de la confirmation des actes passés par le mineur doit ici être approuvée. Le mineur étant présumé incapable d'émettre un consentement éclairé, c'est bien la volonté émise qui est en cause. Dès lors, une manifestation de volonté donnée en pleine connaissance de cause permet de remédier au vice résultant de la minorité du contractant, elle pourra consolider l'acte entaché de nullité. Cette volonté éclairée pourra émaner soit du tuteur, soit du mineur lui-même une fois celui-ci devenu majeur ou émancipé<sup>1712</sup>.

Les règles gouvernant la confirmation sont un peu différentes lorsque l'incapacité ne résulte pas de la minorité mais d'un régime légal de protection.

#### b - Le défaut de pouvoir de la personne placée sous un régime de protection

**546.** Les personnes placées sous un régime de protection sont également frappées d'une incapacité. Dès lors la passation des actes conclus par une personne placée sous un régime de protection a été encadrée afin d'assurer sa protection. Mais l'acte passé en méconnaissance de règles de pouvoir édictées peut-il être confirmé ?

**547.** L'article 465, alinéa 4, du Code civil dispose que « pendant [l]e délai [pour agir en nullité de l'acte] et tant que la mesure de protection est ouverte, l'acte prévu au 4<sup>o</sup> peut être confirmé avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué ». L'acte susceptible de faire l'objet d'une confirmation, parmi ceux énumérés à l'alinéa 1<sup>er</sup> de cette disposition, est celui qui a été accompli par le seul tuteur ou curateur alors qu'il « aurait dû être fait par la personne protégée soit seule, soit avec son assistance ou qui ne pouvait être accompli qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué ».

**548.** Cette disposition est critiquable, et suscite une interrogation. Elle s'avère insatisfaisante car elle occulte le parallélisme entre la règle de pouvoir édictée et la personne ayant qualité pour confirmer l'acte. En effet, elle prévoit que la confirmation ne peut avoir lieu « qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué ». Or cette

---

<sup>1710</sup> FENET (P.-A.), T. XIII, *op. cit.*, p. 439.

<sup>1711</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 sept. 2012, n°11-20429.

<sup>1712</sup> MASSIP (J.), *Tutelles des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n°54.

autorisation n'est exigée que pour la passation de certains actes, non pour tous. Il a ainsi été souligné que si l'acte passé par le seul curateur alors qu'il s'agit d'un « acte d'administration entrant dans les pouvoirs du majeur en curatelle, il paraît anormal d'être contraint de demander une autorisation au juge, alors que le majeur protégé avait et a toujours le pouvoir d'accomplir seul l'acte en question »<sup>1713</sup>. La même objection peut être formulée à propos de l'acte qui aurait dû être passé non par le curateur seul, mais par le majeur assisté de son curateur. De tels actes devraient pouvoir être confirmés par les personnes aptes à les passer. Le législateur aurait dû respecter une sorte de « parallélisme des pouvoirs » pour la confirmation. La personne dont le consentement a fait défaut doit pouvoir, par une manifestation de volonté, consolider l'acte.

Cette disposition suscite ensuite une interrogation ayant trait aux actes passés par le seul majeur sous protection, alors qu'il aurait dû être assisté par son curateur. L'alinéa 4 de l'article 465 du Code civil étant silencieux sur la possibilité de les confirmer, peuvent-ils l'être ? La loi ancienne prévoyait que l'action en nullité s'éteignait « par l'approbation que le curateur a pu donner à l'acte »<sup>1714</sup>. Il ressort des débats parlementaires « [qu'] il n'y a en revanche pas lieu de prévoir une possibilité de confirmation [...] dans l'hypothèse d'un empiètement de la personne protégée sur les pouvoirs du curateur ou du tuteur », et ce au motif « [qu'] il suffira que ceux-ci ne demandent pas la nullité pour que l'acte soit maintenu »<sup>1715</sup>. Cette explication n'est pas satisfaisante et elle ne convainc pas<sup>1716</sup>. En effet, la confirmation présente l'intérêt de consolider un acte entaché d'une cause de nullité, et par la même de le mettre à l'abri de toute action en nullité. Dès lors, une confirmation permet de lever l'incertitude sur le sort d'un acte. À cet égard, la confirmation des actes passés par le majeur seul - alors qu'il aurait dû être assisté - aurait dû être prévue par le législateur. D'ailleurs, si l'hypothèse se présentait au juge, il faut souhaiter qu'il applique l'article 1338 du Code civil faute de disposition spéciale prévoyant la confirmation. Peut-être pourrait-il interpréter le discutabile alinéa 4 de l'article 465 comme instaurant une procédure particulière de confirmation, procédure ne concernant que les actes expressément visés par ladite disposition ?

---

<sup>1713</sup> *Ibid.*, n°477.

<sup>1714</sup> V. l'anc. art. 510-1, 2° du Code civil.

<sup>1715</sup> BLESSIG (E.), Rapport n°3557, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n°3462, portant réforme de la protection juridique des majeurs, p. 183. V. égal. (dans les mêmes termes) DE RICHEMONT (H.), Rapport n°212, fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs, p. 175.

<sup>1716</sup> MASSIP (J.), *op. cit.*, n°475.

**549.** Si le terrain des incapacités est propice à la confirmation, celui du régime légal l'est également lorsqu'il est question d'un défaut de pouvoir.

### c - Le défaut de pouvoir de l'époux marié sous le régime légal

**550.** En droit des régimes matrimoniaux, le législateur a prévu des hypothèses de cogestion. En conséquence, le consentement d'un seul époux est insuffisant. Ces dispositions peuvent s'expliquer par l'importance de l'acte en cause. Afin notamment de favoriser la réflexion par la discussion, le législateur a exigé le consentement des deux époux afin d'empêcher que seul l'un des deux contracte un « acte grave »<sup>1717</sup>. Aussi, est-ce que l'époux qui n'a pas consenti à l'acte peut le ratifier par la suite ?

L'article 1427 du Code civil dispose que « si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, peut en demander l'annulation ». La Cour de cassation a considéré que la ratification évoquée par l'article 1427 est une confirmation<sup>1718</sup>. La conception proposée de la confirmation permet, là encore, d'expliquer cette solution légale. La volonté de l'époux n'ayant pas originairement consenti à l'acte vient s'adjoindre à celle de son conjoint, et ainsi consolider l'acte. Cette volonté remédie à la cause de nullité. Celle-ci n'a plus lieu d'être : la règle légale a été respectée.

Une solution identique doit être retenue pour l'acte passé sur le logement de la famille, ou sur les biens le composant, par un époux seul, en méconnaissance de l'article 215 du Code civil<sup>1719</sup>. La jurisprudence, admet d'ailleurs la ratification des actes passés en méconnaissance des règles de cogestion puisque, lorsqu'elle a annulé la promesse de porte fort d'un époux ayant pour objet la ratification de l'autre, elle a énoncé que celle-ci n'a pas eu lieu, et non qu'elle était impossible<sup>1720</sup>.

**551.** En définitive, les actes atteints d'une cause de nullité résultant de la méconnaissance des règles protectrices du consentement ou des règles de pouvoir pourront faire l'objet d'une confirmation car ces causes de nullité sont constitutives de vices subjectifs.

---

<sup>1717</sup> FLOUR (J.) et CHAMPENOIS (G.), *op. cit.*, n°346.

<sup>1718</sup> V. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 1987, n°85-11507, *Bull. civ.* I, n°95 ; *JCP N* 1988, II, 26, note SIMLER (Ph.) ; *Defrénois* 1987, art. 34056, p. 1190, obs. CHAMPENOIS (G.). La Cour de cassation énonce que : « Mais attendu que la ratification de la vente par la femme peut résulter de tout acte qui implique, sans équivoque, sa volonté de la confirmer » ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juillet 1994, n°92-17197, *Bull. civ.* I, n°246 ; *JCP* 95 I 3821, n°18, obs. SIMLER (Ph.). V. égal. CA Nancy, 11 avril 1994, *Dr. fam.*, 1998, comm. 11, note BEIGNIER (B.). Cet arrêt précise que le silence du conjoint, même présent, ne vaut pas confirmation.

<sup>1719</sup> Concernant la cause de nullité édictée par l'article 220-3 du Code civil, la possibilité de ratifier l'acte dépendra de la mesure édictée. Si elle consiste en celle donnée à titre d'illustration par l'article 220-1, soit l'exigence du consentement de l'autre conjoint, alors pour des raisons identiques à celles données pour les articles 1427 et 215 al.3, la confirmation doit être admise lorsque l'acte aura été passé par un époux seul.

<sup>1720</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 oct. 1989, n°88-13631, *Bull. civ.* I, n°315 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 nov. 2006, n°05-17757.

Une manifestation de volonté peut en effet y remédier : elle peut effacer la cause de nullité entachant l'acte. Il reste que cette première condition tenant au vice est, comme on a déjà pu le pressentir, seule insuffisante.

## **B - Le respect de la règle transgressée**

**552.** La confirmation n'est pas systématiquement ouverte en présence d'un vice subjectif. L'exigence du respect de la règle transgressée conditionne également l'ouverture de la confirmation, puisque la règle originellement méconnue ne doit pas demeurer lettre morte. La nature proposée de la nullité - une sanction de la légalité - influence une nouvelle fois son régime. Deux obstacles se dressent face à la possibilité de respecter la règle. L'un est temporel (1), l'autre est relatif à la teneur de la règle violée (2).

### **1 - Les considérations tenant au moment de la confirmation**

**553.** Au regard de l'article 1338 du Code civil, la confirmation doit intervenir à un moment où la règle légale peut être respectée de sorte qu'elle ne pourra ni être concomitante à l'acte objet de la confirmation, ni intervenir alors que la cause à l'origine du vice demeure.

**554.** La confirmation ne peut pas être concomitante à l'acte, objet de la confirmation, puisqu'elle doit être opérée en connaissance de cause. Deux hypothèses se dégagent. Soit la cause de nullité est découverte lors de la conclusion de l'acte, dès lors il n'y a pas de place pour la confirmation. Soit au sein même de l'acte est insérée une clause par laquelle le contractant s'engage à confirmer les vices entachant l'acte, alors cette-dernière ne peut obliger le contractant<sup>1721</sup>. Une telle clause méconnaîtrait en effet les exigences de l'article 1338 du Code civil car la confirmation n'est efficace que si le vice entachant l'acte est identifié. Une clause par laquelle le contractant confirme par avance les vices entachant l'acte pêcherait donc par sa généralité. Cette clause serait ensuite incompatible avec l'exigence tenant au respect, *a posteriori*, de la règle méconnue<sup>1722</sup>. Comment un confirmant ignorant la cause de nullité concernée pourrait-il observer la règle méconnue ?

---

<sup>1721</sup>FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), n°346 ; v. égal. COUTURIER (G.), *op. cit.*, n°251 ; BOUZAT (P.), « De la clause par laquelle une partie dans une convention s'engage à ne pas en demander la nullité », *RCLJ*, 1934, p. 350 et s.

<sup>1722</sup> À cette considération s'ajoute, celle envisagée ensuite, de la disparition du vice. Si la cause de nullité à laquelle il est renoncé dans l'acte objet de la confirmation est constituée par un vice du consentement ou une incapacité, alors la clause sera entachée du même vice. Ainsi, par exemple, comment une clause consentie sous l'empire de manœuvres dolosives peut ensuite être considérée comme remédiant à ce même dol ?

Les clauses d'un acte ayant pour objet sa confirmation sont dénuées d'efficacité<sup>1723</sup>. Le même sort doit être réservé à celles intervenant alors même que la cause à l'origine du vice demeure.

**555.** L'article 1338 du Code civil évoque la considération temporelle conditionnant l'ouverture de la confirmation. Il dispose « [qu'] il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée ». Cette exigence temporelle apparaît également à l'article 1115 du Code civil pour l'hypothèse spécifique de la violence<sup>1724</sup>. Elle vaut, bien entendu, pour les autres vices du consentement. Ainsi, en présence d'un vice subjectif, la confirmation ne pourra intervenir qu'une fois l'origine de la cause de nullité neutralisée, car, dans le cas contraire, la confirmation serait entachée d'une cause de nullité identique à celle à laquelle le confirmant cherche à remédier. Elle serait donc vaine.

Cette considération temporelle implique que si la cause de nullité résulte de la minorité d'un contractant, ce dernier ne pourra confirmer les actes conclus qu'une fois sa majorité acquise<sup>1725</sup>. Le mineur devenu majeur aura également le pouvoir de consolider les actes conclus par son représentant légal<sup>1726</sup>, ou encore, en vertu de l'alinéa 3 de l'article 402 du Code civil, les délibérations irrégulières du conseil de famille<sup>1727</sup>.

Cette même considération apparaît pour les actes accomplis par un majeur seul, alors qu'il aurait dû être assisté ou représenté. Ces actes ne pourront être confirmés qu'une fois la mesure de protection levée<sup>1728</sup>, ou durant la mesure de protection mais en respectant la procédure mise en place par le législateur, procédure que l'on sait stricte<sup>1729</sup>.

Cette considération est également présente lorsqu'une personne souhaite confirmer un acte passé sous l'empire d'un trouble mental. Elle ne pourra opérer une confirmation qu'une fois ses facultés revenues<sup>1730</sup>. C'est en effet à cette unique condition que le consentement émis le sera en pleine connaissance de cause et pourra, dès lors, consolider

---

<sup>1723</sup> V. l'art. 1182 al. 2 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats. Il dispose : « la confirmation est sans effet lorsqu'elle intervient avant la conclusion du contrat ».

<sup>1724</sup> V. CA Douai, 30 oct. 2007, RG n°07/600 : « pour constituer un obstacle à l'action en nullité fondée sur la violence, l'approbation du cocontractant doit s'être manifestée postérieurement aux faits allégués de violence, en application de l'article 1115 du Code Civil ».

<sup>1725</sup> V. par ex., Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 sept. 2012, n°11-20429.

<sup>1726</sup> MASSIP (J.), *op. cit.*, n°54.

<sup>1727</sup> Art. 402 al. 3 : « L'action en nullité peut être exercée [...] par le mineur devenu majeur ou émancipé dans les deux années de sa majorité ou de son émancipation ».

<sup>1728</sup> MASSIP (J.), *op. cit.*, n°532. Pour la curatelle, v. par ex. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 mars 2014, n° 12-29974, *Bull. civ. I*, n°30 ; *AJ fam.* 2014, 315, obs. MONTOURCY (V).

<sup>1729</sup> V. *supra* n°547-548.

<sup>1730</sup> Cette solution résulte du fait que la prescription de l'action en nullité ne court pas à l'encontre du majeur sous l'empire d'un trouble mentale au motif qu'il est empêché d'agir (v. not. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juil. 2009, *Bull. civ. I*, n°150). De la même manière, il faut considérer qu'il est empêché de valablement confirmer.

l'acte. Si cette personne décède, ses héritiers pourront confirmer l'acte<sup>1731</sup>, car en tant que continuateurs de la personne du *de cuius*, les héritiers pourront consentir en connaissance des circonstances de la passation de l'acte, et consolider le consentement émis par leur auteur.

**556.** Toutes ces illustrations montrent qu'une considération temporelle peut faire obstacle à la confirmation d'un acte entaché d'un vice subjectif. L'impossibilité de respecter la règle *a posteriori* constitue un second obstacle à la confirmation d'un acte entaché d'une cause de nullité.

## **2 - La considération tenant à la teneur de la règle**

**557.** La nature de la nullité proposée implique que la confirmation soit opérée dans le respect de la règle originellement transgressée. Dès qu'il sera impossible d'observer la règle méconnue *a posteriori*, il faudra exclure la confirmation. La question de l'observance de la règle ne se pose qu'en présence d'une norme prescrivant un formalisme informatif. En effet, les mécanismes de protection *a posteriori* du consentement constitués par la nullité pour vice du consentement ou par la nullité pour insanité d'esprit n'obéissent qu'à la règle sous-jacente de l'émission d'un consentement libre, éclairé, émanant d'une personne en pleine possession de ses capacités. Dès lors, l'émission d'un consentement d'une qualité parfaite permettra d'assurer le respect de la règle originellement méconnue. Il en va de même lorsque la cause de nullité résulte de la violation d'une règle de pouvoir : l'adjonction postérieure du pouvoir manquant permettra d'assurer le respect de la règle originellement transgressée. Mais observer *a posteriori* la règle méconnue n'est pas aussi aisé lorsque ladite règle prescrit un formalisme informatif. Parmi ces règles, il convient d'isoler celles instaurant un délai de réflexion.

**558.** On sait que les règles de formalisme informatif ont pour objet l'information du contractant. Le législateur escompte que, par l'apposition manuscrite d'une information importante, le contractant prendra pleinement conscience de la portée de son engagement, autrement dit, qu'il émettra un consentement éclairé. Néanmoins, la seule émission d'un consentement éclairé ne permettra pas de respecter rigoureusement la règle méconnue, puisque le contractant ne viendra ni apposer la mention manquante, ni rectifier l'inscription ne correspondant pas exactement à celle imposée par la loi. Il n'en demeure pas moins que l'esprit de la loi, le but poursuivi par le législateur sera sauf. En conséquence, il convient

---

<sup>1731</sup> CICLE-DELFOSE (M.-L.), *J.-Cl. Civil Code*, art. 414-1 à 414-3, fasc. 20 – « Majeurs protégés », dispositions indépendantes de toute protection, 2009, n°171.

d'admettre la confirmation. La jurisprudence se prononce d'ailleurs régulièrement en ce sens<sup>1732</sup>.

**559.** Les règles instaurant un délai de réflexion ont certes vocation à permettre au contractant d'émettre un consentement réfléchi, éclairé, mais ce délai tend surtout à empêcher un contractant de consentir *avant* son expiration. Le législateur a ainsi imposé au contractant, sans possibilité de dérogation, d'attendre avant de s'engager, espérant par là même favoriser sa réflexion. Dès lors, la Cour de cassation a considéré qu'en présence d'un délai de réflexion, tel celui édicté par l'article L. 312-10 du Code de la consommation, l'acceptation ne peut être valablement donnée qu'à l'expiration dudit délai. Elle refuse d'ailleurs que le consommateur renonce au bénéfice de celui-ci<sup>1733</sup>. Il résulte de cette position de la Cour de cassation que le consentement émis par l'emprunteur avant l'expiration du délai ne pourra pas rencontrer celui du prêteur : le contrat ne pourra se former<sup>1734</sup>. Par conséquent, dans cette hypothèse, la confirmation n'est pas envisageable. Ici, il n'est pas question de consentement non éclairé, mais de consentement non émis. Permettre au contractant de confirmer l'acte reviendrait à contourner la règle édictant le délai de réflexion puisque son respect ne peut être assuré *a posteriori*. La seule option ouverte au contractant ayant consenti avant l'expiration du délai de réflexion réside dans la réitération de son consentement une fois le délai écoulé<sup>1735</sup>.

**560.** Le caractère d'ordre public de la règle méconnue demeure donc étranger à l'ouverture – ou non – de la confirmation. Ce qui importe c'est la possibilité ou l'impossibilité de respecter *a posteriori* la règle méconnue lors de la confirmation. En définitive, la confirmation est ouverte lorsque deux conditions cumulatives sont réunies : l'acte est entaché d'un vice subjectif et la règle originellement méconnue peut être respectée *a posteriori*. En conséquence, les actes entachés d'un vice objectif ne peuvent qu'être exclus du champ de la confirmation en raison tant de l'inaptitude de la volonté à réparer le vice, qu'à l'impossibilité de respecter *a posteriori* la règle transgressée.

## **§.2 - L'exclusion de la confirmation**

**561.** Au regard des frontières du domaine de la confirmation, certains actes ne sauraient pouvoir être confirmés. Il s'agit de ceux qui sont entachés d'un vice insusceptible

---

<sup>1732</sup> V. les arrêts cités *supra* n°538 et s.

<sup>1733</sup> V. not. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 déc. 1997, n°95-15494, *Bull. civ.* I, n°368. Et v. *supra* n°181 et s.

<sup>1734</sup> V. PIEDELIÈVRE (S.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 déc. 1997 et Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 1998, *JCP* 1998, II, 10148.

<sup>1735</sup> V. not. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janv. 2000, n°97-20750 ; CCC 2000, n°117, obs. RAYMOND (G.) ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 nov. 2005, n°03-20918.

d'être réparé par le seul effet d'une manifestation de volonté émise dans des conditions assurant le respect de la règle originellement méconnue (A). Tous les actes répondant à ces conditions ne sont pas pour autant exclus du domaine de la confirmation. Il faut, ici aussi<sup>1736</sup>, tenir compte des exceptions prévues par le législateur. À l'article 1340 du Code civil, il autorise la confirmation d'un acte entaché d'un vice objectif<sup>1737</sup>. Il conviendra donc d'envisager les exceptions possibles au domaine précédemment attribué à la confirmation (B).

### **A - L'impossibilité de remédier à la cause de nullité en respectant la règle méconnue**

**562.** Lorsqu'une cause de nullité est exclue du domaine de la confirmation (1), seule la réfection est envisageable (2).

#### **1 - Les causes de nullité exclues**

**563.** On sait que la confirmation s'analyse en une régularisation subjective : une manifestation de volonté émise en pleine connaissance de cause, s'adjoint à la première, et remédie à la cause de nullité. Dès lors, seuls les vices subjectifs peuvent être réparés par une manifestation de volonté. Sont donc insusceptibles de confirmation les actes entachés d'une cause de nullité réfractaires à la force de la volonté, autrement dit d'un vice objectif. D'ailleurs, dans ces hypothèses, respecter *a posteriori* la règle méconnue s'avèrera impossible.

**564.** Les premières causes de nullité réfractaires à la confirmation sont celles liées à la formation du contrat, autres que celles protégeant le consentement. Chacun sait qu'un contrat se forme lorsque les volontés des parties à l'acte se rencontrent sur un objet et une cause, et se coulent éventuellement dans un formalisme constituant. Une manifestation de volonté unilatérale est incapable de remédier à de telles causes de nullité. D'ailleurs, dans l'hypothèse de l'absence de consentement, une volonté unilatérale émanant de la personne dont le consentement fait défaut viendrait parfaire le contrat et non opérer une confirmation. La Cour de cassation refuse qu'un acte juridique nul pour absence de consentement puisse faire l'objet d'une confirmation<sup>1738</sup>. De la même manière, la confirmation doit être exclue lorsque les volontés ne se rencontrent pas sur un objet identique. Il faut en effet considérer que l'acte entaché d'une erreur obstacle ne peut pas être confirmé. Les parties ne se sont pas

---

<sup>1736</sup> V. *supra* n°409 et s. pour les délais dérogeant au délai de droit commun, et n°437 pour l'admission de l'acquiescement au jugement.

<sup>1737</sup> V. *infra* n°572.

<sup>1738</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 nov. 2006, n°04-19109 ; *Dr. fam.* 2007, comm.28, obs. LARRIBAU-TERNEYRE (V.). La Cour de cassation énonce que « l'acte frappé de nullité absolue pour absence de consentement » n'est « pas susceptible de confirmation ».

accordées sur l'objet du contrat<sup>1739</sup>. Par conséquent, comme dans l'hypothèse de l'absence de consentement, une éventuelle manifestation unilatérale de volonté concordant avec celle du cocontractant s'analysera comme un consentement à l'acte, et non comme une confirmation<sup>1740</sup>.

Une manifestation unilatérale de volonté ne peut pas plus « réparer » un acte dont l'objet est illicite. Comment une manifestation de volonté pourrait remédier à la cause de nullité résultant d'un objet hors du commerce ? La volonté y est impuissante. Une fois la règle méconnue, la seule possibilité d'en assurer le respect consiste en l'anéantissement rétroactif de l'acte.

Une manifestation de volonté ne peut pas plus suppléer au non-respect d'un formalisme constituant. Dès 1804, les rédacteurs du Code civil soulignaient l'impossibilité de confirmer des actes entachés d'un vice de forme au motif que « ces vices n'existeraient pas moins, quoique l'acte fût confirmé »<sup>1741</sup>. Comment en effet une manifestation unilatérale de volonté pourrait-elle remédier, par exemple, à l'absence d'acte notarié<sup>1742</sup> ? Comment une manifestation unilatérale de volonté pourrait-elle suppléer l'absence du formalisme exigé par l'ancien article L. 121-64 du Code de la consommation pour l'acceptation de l'offre de conclure un « contrat de réservation »<sup>1743</sup> ?

**565.** On sait que le législateur cherche parfois à empêcher la formation de situations potentiellement délicates. On a précédemment envisagé l'interdiction pour l'administrateur d'une société de conclure un contrat de travail avec cette dernière<sup>1744</sup>. Lorsque la prohibition a été méconnue, la seule façon de donner pleine efficacité à la règle transgressée est d'anéantir l'acte. Là encore, une manifestation unilatérale de volonté ne peut réparer le vice : elle restera sans effet. La confirmation ne peut qu'être exclue. On sait d'ailleurs que la Cour de cassation refuse que soient confirmés les contrats de travail conclus entre une société et l'un de ses administrateurs en fonction<sup>1745</sup>.

---

<sup>1739</sup> Cass. com., 15 avril 2008, n°07-12645 et Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 21 mai 2008, n°07-10772, *Bull. civ.* III, n°92 ; *RDC* 2008, 716, obs. GENICON (I).

<sup>1740</sup> V. déjà, sur l'absence d'objet ou de cause, RENCKHOFF (H.), *De la confirmation des actes entachés de nullité*, Paris : Imprimerie Moquet, 1885, p. 105 et s., spéc., p. 108.

<sup>1741</sup> FENET (P.A.), T. XIII, *op. cit.*, p. 301.

<sup>1742</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 fév. 2007, n°04-18738.

<sup>1743</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 26 janv. 2011, n°09-71836, *Bull. civ.* I, n°14 ; *JCP* 2011, 566, obs. SERINET (Y.-M.). La signature de l'acte authentique n'emporte pas « confirmation » de l'acceptation de l'offre dans des formes ne respectant par les prescriptions légales. Elle n'a pas pour effet de « purger » de ses vices la formation du contrat. v. égal. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 janv. 1994, n°92-12561 ; *CCC* 1994, n°85, note RAYMOND (G.) pour la méconnaissance des dispositions relative à l'acceptation de l'offre de crédit édictées par la loi n°78-22 du 19 janvier 1978.

<sup>1744</sup> V. *supra* n°179.

<sup>1745</sup> V. not. Cass. Soc., 21 fév. 2006, n°04-41272 ; v. égal. pour la méconnaissance de l'art. 225-44 du Code de commerce, Cass. soc., 11 juin 2008, n°06-45982. La Cour de cassation permet cependant, une fois la situation

C'est également par précaution que le législateur a instauré des incapacités de jouissance spéciales. Il exprime, par ce biais, sa défiance envers certaines catégories de personnes, placées dans une situation déterminée, en leur interdisant d'acquiescer des droits limitativement énumérés<sup>1746</sup>. Par exemple, l'article 1596 du Code civil, tend à éviter un éventuel conflit entre les intérêts de l'administrateur et ceux des personnes dont il a pour mission de gérer les biens<sup>1747</sup>. L'article 1597 du Code civil cherche à « éviter les abus d'influence et en toutes hypothèses les soupçons injurieux »<sup>1748</sup>. Il s'agit d'une « sauvegarde contre les malversations »<sup>1749</sup>. Ces incapacités tendent donc à empêcher les éventuels abus d'influence<sup>1750</sup>. Une fois la règle prescrivant l'incapacité de jouissance méconnue, il est impossible de la respecter ultérieurement. La confirmation ne peut donc qu'être exclue. Pourtant, à propos de l'incapacité de jouissance édictée par l'article 1596 du Code civil, la jurisprudence a admis théoriquement la possibilité de confirmer l'acte<sup>1751</sup>. Une telle solution doit être abandonnée car admettre la confirmation reviendrait à octroyer aux volontés individuelles la possibilité de méconnaître une condition de validité de leur acte. Ne serait-ce pas ôter, à cette règle, son caractère obligatoire ?

**566.** Dès lors que le vice est objectif, dès lors que la règle transgressée ne peut être respectée *a posteriori*, la confirmation doit être exclue. Seule la réfection peut être envisagée.

## 2 - L'alternative à la confirmation : la réfection

---

potentiellement litigieuse ayant pris fin, aux parties de « maintenir leur commune volonté » (v. Cass. soc., 11 juin 2008, n°06-45982. Elle énonce que « si l'acte nul de nullité absolue ne peut être rétroactivement confirmé, les parties peuvent renouveler leur accord ou maintenir, même tacitement, leur volonté commune lorsque la cause de nullité a disparu, la cour d'appel, qui n'a pas recherché si la société n'avait pas ratifié l'accord après la cessation du mandat social, en employant M. X... aux conditions qui avaient été convenues antérieurement, a privé sa décision de base légale »).

<sup>1746</sup> MALAURIE (Ph.), *Les personnes – La protection des mineurs et des majeurs*, L.G.D.J, 7<sup>e</sup> éd., 2014, n°507 ; v. égal. LACOUR (C.), « L'extension de l'incapacité spéciale de recevoir de l'article 909 du Code civil : droit positif et prospectif », *Dr. fam.*, 2010, étude 35, n°26 et s.

<sup>1747</sup> BARRET (O.), *Rep. Civil. Dalloz*, v° Vente (2<sup>o</sup> Formation), janvier 2007, n°222 ; LE GUIDEC (R.) et CHABOT (G.), *J.-Cl. civil Code*, art. 1594 à 1597, fasc. 120, « Vente – Capacité des parties », n°7.

<sup>1748</sup> LE GUIDEC (R.) et CHABOT (G.), *J.-Cl civil Code*, art. 1594 à 1597, fasc. 120, « Vente – Capacité des parties », n°48.

V. égal. les propos de PORTALIS devant le corps législatif : « il [l'officier ou l'auxiliaire de justice] menace par le scandale de ses procédés hostiles et intéressés, les familles qu'il ne doit que rassurer par ses lumières et ses vertus ».

<sup>1749</sup> GAUTIER (P.-Y.), obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 15 mai 1991, *RTD civ.* 1992, 406.

<sup>1750</sup> V. égal. les articles 909 al. 1<sup>er</sup>, 907 al. 1<sup>er</sup>, 909 al. 3 et 1125-1 du Code civil et l'art. L. 331-4 du CASF.

<sup>1751</sup> V. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 2 juil. 2008, n°07-15509, *Bull. civ.* III, n°120 ; *RTD civ.* 2008, 675, obs. FAGES (B.).

**567.** L'alternative à la confirmation est bien connue, il s'agit de la réfection<sup>1752</sup>. Lorsque la confirmation s'avère impossible, les parties doivent refaire leur contrat dans des conditions qui en assurent la validité, autrement dit en respectant la règle précédemment méconnue. L'article 1339 du Code civil illustre l'ouverture de la réfection dans l'hypothèse de la donation nulle en la forme. Il dispose que « le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs, nulle en la forme ; il faut qu'elle soit refaite en la forme légale ».

**568.** Lorsque les parties optent pour la réfection, elles « créent un acte distinct du précédent, avec lequel il n'a d'autre lien que de réaliser le même résultat, expurgé de ce qui justifiait la nullité »<sup>1753</sup>.

On sait que la Cour de cassation a assoupli l'exigence d'un renouvellement des consentements pour la réfection en présence d'une nullité temporaire<sup>1754</sup>. Après avoir rappelé l'impossibilité de confirmer l'acte, elle précise aux parties à l'acte les alternatives qui leur sont offertes. Elle énonce ainsi régulièrement que « si l'acte nul, de nullité absolue, ne peut être rétroactivement confirmé, il est loisible aux parties de renouveler leur accord ou de maintenir leur commune volonté lorsque la cause de nullité a cessé »<sup>1755</sup>. Elle autorise donc les parties à seulement « maintenir leur volonté ». Il reste que dans une telle hypothèse, la Haute juridiction exige, comme pour la confirmation<sup>1756</sup>, une manifestation de volonté dénuée d'équivoque<sup>1757</sup>.

**569.** La différence avec la confirmation demeure cependant de taille. Elle concerne la date de l'acte - qui n'est pas sans incidence sur la loi applicable<sup>1758</sup> - ou encore la perception

---

<sup>1752</sup> Il convient de souligner que le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations ne prévoit pas la possibilité de réfection. Sur ce point, v. WICKER (G.) et BOUCARD (H.), « Les sanctions relatives à la formation du contrat », *JCP* 2015, supplément au n°21, p. 32 et s., spéc. n°8.

<sup>1753</sup> GHESTIN (J.), note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 15 fév. 1972, *D.* 1973, 417, spéc., 420.

<sup>1754</sup> V. *supra* n°175 et s.

<sup>1755</sup> V. par ex. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 fév. 2007, n°04-18738.

<sup>1756</sup> V. *supra* n°482 et s.

<sup>1757</sup> V. par ex. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 fév. 2011, n°09-72413 : « attendu que si Mme X... faisait valoir qu'il était loisible aux parties de renouveler leur accord lorsque la cause de nullité avait cessé, elle n'invoquait aucun élément traduisant la volonté expresse de son ex-mari de réitérer son engagement postérieurement à la date à laquelle le jugement de divorce était devenu irrévocable » ; Cas. civ. 3<sup>e</sup>, 5 oct. 2011, n°09-70571 : « la cour d'appel, qui a répondu aux conclusions et procédé, par une appréciation souveraine de la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis et de la commune intention des parties, à la recherche prétendument omise, en a déduit à bon droit qu'étant frappés de nullité absolue pour avoir été conclus par une société inexistante, les contrats n'étaient pas susceptibles de confirmation ou de ratification par un acte unilatéral, exprès ou tacite, de la part de la société après son immatriculation, et, qu'en l'absence de justification de démarches des parties exprimant leur intention commune de procéder à la réfection des actes nuls en leur substituant de nouveaux accords (ou en les réitérant), l'irrégularité ne pouvait être couverte après le 5 janvier 1990 ni par les actes d'exécution de ces contrats ni par l'attitude ou le comportement des associés à l'égard des tiers ».

<sup>1758</sup> V. GHESTIN (J.), note sous Cass. com. 3 oct. 1972, *D.* 1974, 239, spéc. p. 241.

des éventuels fruits de la chose objet du contrat entaché de nullité<sup>1759</sup>. L'acte faisant l'objet d'une confirmation a pour date celle de sa formation car la confirmation consolide l'acte et ne constitue pas une formation de celui-ci dans le temps<sup>1760</sup>. En revanche, dans l'hypothèse d'un renouvellement de l'accord, ou d'un maintien de la commune volonté une fois la cause de nullité disparue, la date de l'acte sera celle du renouvellement dans la première hypothèse, et celle de la disparition de la cause de nullité dans la seconde. La réfection n'a aucune portée rétroactive.

**570.** En définitive, lorsque le vice entachant l'acte ne peut pas être réparé par une manifestation de volonté émise dans des conditions assurant le respect de la règle originellement méconnue, seule la réfection de l'acte est possible. Il reste que, dans le domaine de la confirmation comme dans celui de la prescription, le législateur a édicté des dispositions propres à certaines causes de nullité.

## **B - Une exclusion écartée par exception**

**571.** Comme en matière de prescription ou de renonciation à l'action, le législateur peut apporter des tempéraments dans le domaine de la confirmation. S'il est d'ailleurs déjà intervenu à travers l'article 1340 du Code civil (1), il convient de préconiser l'instauration de nouvelles exceptions (2).

### **1 - Le tempérament instauré : l'article 1340 du Code civil**

**572.** L'article 1340 du Code civil dispose que « la confirmation ou ratification, ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayants cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer soit les vices de forme, soit toute autre exception »<sup>1761</sup>. L'acte de donation entaché d'un vice résultant du manquement à une règle de formalisme constituant peut faire l'objet d'une confirmation. Cette faculté offerte aux héritiers constitue une exception à l'impossibilité de confirmer un acte entaché d'un vice objectif. Cette impossibilité, soulignée par les rédacteurs du Code civil, s'explique par l'absence d'incidence

---

<sup>1759</sup> Si l'article 549 du Code civil permet au possesseur de bonne foi d'acquérir les fruits, l'article 550 précise que « le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices » et qu' « il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus ». Dès lors, le possesseur doit restituer les fruits à compter du jour où il a eu connaissance de la cause de nullité entachant son titre (v. Cass. civ., 8 janv. 1936, *DH* 1936, 97 : « Attendu que le possesseur ne fait les fruits siens qu'autant qu'il est de bonne foi et qu'il doit, en conséquence, restituer, avec la chose qu'il possédait en vertu d'un contrat nul, les fruits par lui perçus depuis le moment où il a eu connaissance de la nullité de son titre).

<sup>1760</sup> V. *supra* n°498 et s.

<sup>1761</sup> Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations « reprend la substance des articles 1339 et 1340 » du Code civil. V. WICKER (G.) et BOUCARD (H.), art. préc., n°19.

de la volonté sur la cause de nullité. Comment la seule volonté pourrait-elle remédier au non-respect d'un formalisme constituant<sup>1762</sup> ? Afin de permettre la confirmation de la donation nulle en la forme, les rédacteurs du Code civil ont édicté une exception à l'article 1338 du Code civil<sup>1763</sup>.

**573.** À l'image des dispositions où le législateur précise les titulaires de l'action, ou édicte un délai de prescription particulier, il a ici posé un trait du régime de la nullité de la donation nulle en la forme. Il a affirmé expressément la possibilité pour les « héritiers ou ayants cause du donateur, après son décès » de confirmer la donation. Ce trait de régime constitue une exception au régime de droit commun de la nullité. Elle est justifiée par le changement de circonstances, et doit être approuvée au regard de la volonté de respecter les souhaits du *de cuius* que peuvent manifester les héritiers<sup>1764</sup>. Afin de respecter la volonté du *de cuius*, ces derniers pourraient certes s'abstenir d'exercer l'action en nullité, mais une telle option serait source d'incertitude pour le bénéficiaire.

**574.** Cette même considération doit conduire à l'instauration d'exception dans les hypothèses où le législateur a octroyé un droit dont il a assuré l'effectivité par la sanction de la nullité.

## 2 - Les tempéraments à instaurer

**575.** Dans le cadre de différentes dispositions – baux d'habitation<sup>1765</sup>, indivision<sup>1766</sup>, bail rural<sup>1767</sup> – le législateur a instauré un droit de préemption. Pour assurer l'effectivité de ce droit, il sanctionne, par la nullité, l'acte passé en sa méconnaissance<sup>1768</sup>. Ainsi, par exemple, la loi du 6 juillet 1989 dispose en son article 15, II que « lorsqu'il est fondé sur la décision de

---

<sup>1762</sup> V. *supra* n°564.

<sup>1763</sup> V. *supra* n°172 et s.

<sup>1764</sup> V. *supra* n°173.

<sup>1765</sup> V. Part. 15, II de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986. V. égal. Part. 10 de la loi n°75-1351 du 31 déc. 1975 relative à la protection des habitants de locaux à usage d'habitation modifiée par la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

<sup>1766</sup> V. Part. 815-16 du Code civil qui dispose qu'est « nulle toute cession ou toute licitation opérée au mépris des dispositions des articles 815-14 et 815-15 du Code civil », soit la cession ou licitation faite au mépris du droit de préemption établi au profit des coindivisiaires.

<sup>1767</sup> Le Code rural sanctionne également par la nullité la méconnaissance du droit de préemption bénéficiant à la SAFER (v. les art. L. 143-1 et s. du Code rural et plus spéc. l'art. L. 143-8 qui opère un renvoi aux articles L. 412-8 à L. 412-11 pour la sanction de la méconnaissance du droit de préemption), ou au preneur à bail rural (v. les art. L. 412-1 et s. du Code rural et plus spéc. les art. L. 412-10, L. 412-11 et L. 412-12 qui évoquent l'action en nullité au profit du bénéficiaire du droit de préemption).

<sup>1768</sup> V. not. PILLET (G.), « Préemption et retraits », *Rep. Civ. Dalloz*, mars 2010, n°59.

vendre le logement, le congé doit, à peine de nullité, indiquer le prix et les conditions de la vente projetée. Le congé vaut offre de vente au profit du locataire : l'offre est valable pendant les deux premiers mois du délai de préavis »<sup>1769</sup>. Il est bien question ici de protection du droit préférentiel octroyé légalement puisqu'à la différence du droit de préférence conventionnel la seule preuve de la violation des prescriptions légales suffit<sup>1770</sup>. Le demandeur n'a pas à démontrer la mauvaise foi du tiers pour obtenir la nullité de la vente passée au mépris de son droit<sup>1771</sup>.

**576.** La cause de nullité entachant l'acte résultant de la méconnaissance du droit de préemption ne peut pas faire l'objet d'une confirmation : il est en effet impossible de respecter, *a posteriori*, la règle méconnue. Dans cette hypothèse, un tempérament à l'impossibilité de confirmer un acte en méconnaissance d'un droit de préemption doit être introduit.

**577.** Ce tempérament se justifie au regard du régime de l'action en nullité de la cession ou licitation opérée en méconnaissance du droit de préemption. À titre d'illustration, on peut procéder à l'analyse de la procédure instaurée par le législateur pour protéger le droit de préemption instauré à l'article 815-14 du Code civil.

Ce droit de préemption bénéficie aux indivisaires lorsque l'un d'eux souhaite vendre ses parts « à une personne étrangère à l'indivision ». L'indivisaire, qui entend céder ses parts, doit « notifier par acte extrajudiciaire aux autres indivisaires le prix et les conditions de la cession projetée ainsi que les nom, domicile et profession de la personne qui se propose d'acquérir ». L'article 815-16 du Code civil précise que la cession passée en méconnaissance du droit de préemption des coïndivisaires est nulle. Il précise le régime de l'action en nullité : il

---

<sup>1769</sup> V. égal. l'art. 10 de la loi du 31 déc. 1975 relative à la protection des habitants de locaux à usage d'habitation modifiée par la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

<sup>1770</sup> Il reste que cette protection du droit préférentiel est limitée, encadrée par le législateur. Il a ainsi entendu éviter les abus. En cas d'exercice du droit de préemption, son bénéficiaire doit réaliser l'acte de vente authentique dans un délai déterminé à peine de nullité de sa déclaration de préemption (v. par ex. les art. L. 412-8 al. 4 du Code rural et 815-14 al. 3 du Code civil. V. égal. l'art. 15, II de la loi du 6 juillet 1989).

<sup>1771</sup> V. Cass. ch. Mixte, 26 mai 2006, n°03-19376, *Bull. civ.*, ch. mixte, n°4 : « si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ». v. auparavant pour la seule nullité : Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 26 oct. 1982, n°81-11733, *Bull. civ.* III, n°208. La Cour de cassation énonce que « la nullité de la vente qui porterait atteinte aux droits de l'acquéreur, présumé de bonne foi, ne peut être ordonnée que si Mme C... avait contracté avec maître Y... dans des conditions frauduleuses ; que cette fraude implique qu'elle avait connaissance non seulement de l'existence de la clause de préférence, mais encore de l'intention des bénéficiaires de s'en prévaloir ».

s'agit d'une action attitrée qui se prescrit par cinq ans<sup>1772</sup>. Autrement dit, lorsque le droit de préemption aura été méconnu l'acquéreur se trouvera dans une situation incertaine quant au sort de la vente pendant cinq ans.

Cette situation n'est pas satisfaisante car un indivisaire n'a jamais l'obligation d'exercer son droit de préemption. Lorsqu'il se voit notifier la vente, c'est-à-dire la possibilité d'exercer son droit de préemption, l'indivisaire a la faculté de l'exercer dans le délai d'un mois. C'est donc seulement si le coindivisaire entend se prévaloir de son droit de préemption qu'il doit impérativement se manifester dans le délai imparti. Dès lors il faudrait admettre, dans l'hypothèse où le droit de préemption a été méconnu, que le coindivisaire puisse informer le vendeur de son refus de se prévaloir de son droit de préemption. Cette manifestation de volonté unilatérale viendrait consolider l'acte entaché de nullité et mettre fin à l'incertitude du vendeur et surtout de l'acquéreur.

Il faudrait donc adjoindre à l'article 815-16 du Code civil, qui évoque le régime de l'action en nullité de la cession ou licitation opérée en méconnaissance des articles 815-14 et 815-15 dudit Code, un second alinéa rédigé comme suit : « Toutefois, les indivisaires peuvent confirmer l'acte passé en méconnaissance de la procédure de notification »<sup>1773</sup>.

**578.** En définitive, il serait souhaitable d'introduire des exceptions à l'impossibilité de confirmer un acte entaché de nullité lorsque plusieurs conditions sont remplies. Il faudrait tout d'abord que la cause de nullité résulte de la méconnaissance d'un droit octroyé. Ensuite, il serait nécessaire que l'exercice de ce droit ne soit pas obligatoire, autrement dit que son bénéficiaire puisse refuser de l'exercer. Il serait enfin requis que l'action en nullité soit une action attitrée et obéisse au minimum à la prescription de droit commun. En effet, dans le cas contraire, la situation d'incertitude pourrait prendre fin plus rapidement par l'écoulement d'un délai de prescription abrégé. L'intérêt d'introduire une exception se trouverait limité, voire inexistant<sup>1774</sup>.

---

<sup>1772</sup> L'art. 815-16 du Code civil dispose : « Est nulle toute cession ou toute licitation opérée au mépris des dispositions des articles 815-14 et 815-15. L'action en nullité se prescrit par cinq ans. Elle ne peut être exercée que par ceux à qui les notifications devaient être faites ou par leurs héritiers ».

<sup>1773</sup> Concernant les droits de préemption prévus et régis par le Code rural et de la pêche maritime, le risque que le droit de préemption soit méconnu est minime. En effet, le bénéficiaire de ce droit doit en être informé soit par le notaire instrumentant la vente (art. L. 412-8), soit en cas de vente par adjudication judiciaire par le secrétaire greffier en chef (art. L. 412-11).

<sup>1774</sup> L'intérêt de telles exceptions pourrait également se trouver limité si l'article 1183 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations devenait « droit positif ». Cet article dispose : « une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion ».

Il reste que dans notre hypothèse, le bénéficiaire du droit de préemption ne serait pas « partie » à l'acte. Dès lors cette disposition trouverait-elle à s'appliquer ?

### Conclusion du Chapitre 3

**579.** L'étude de l'article 1338 du Code civil, à la lumière de la nature de la nullité proposée, conduit à analyser la confirmation comme un acte juridique unilatéral et consensuel dont l'objet est d'opérer une régularisation subjective. Le vice entachant l'acte – la cause de nullité – va être réparé par l'adjonction d'une manifestation de volonté émise en connaissance du vice et dans le respect *a posteriori* de la règle originellement méconnue. La réparation de l'assise substantielle de la nullité emportera l'extinction de son aspect « réaction », de sorte que l'action en nullité ne pourra plus être invoquée, l'exception de nullité ne pourra plus être soulevée.

**580.** Cette conception de la confirmation permet de prendre en compte tant les deux aspects de la nullité – son assise substantielle et son aspect « réaction » –, que sa finalité, à savoir le respect de la légalité.

La confirmation permet en effet une restauration de la légalité transgressée puisqu'elle remédie à l'assise substantielle de la nullité. Une fois l'assise substantielle de la nullité disparue, son aspect « réaction » est neutralisé puisque le juge, s'il est appelé à se prononcer, prendra en compte tant l'acte, que la greffe postérieurement réalisée.

**581.** L'analyse de la confirmation en une régularisation subjective influence directement son ouverture. Celle-ci est conditionnée par l'existence d'un vice subjectif, puisque la régularisation s'opère par la seule force de la volonté, et par le respect de la règle transgressée. En effet, tant que la règle originellement méconnue ne peut pas être respectée, aucune confirmation ne peut avoir lieu. Cet obstacle peut être temporaire lorsque le vice est susceptible de cesser, comme dans le cas d'un vice du consentement, il peut également être permanent, comme lorsqu'un délai de réflexion a été ignoré. Dans cette dernière hypothèse, seule la réfection sera envisageable.

**582.** Ceci précisé, et de même qu'en matière de prescription ou de renonciation à l'action, il convient d'envisager l'existence de dispositions légales spéciales. En ce domaine également le législateur a, quelque fois, précisé le régime de certaines causes de nullité. Il a ainsi permis, à l'article 1340 du Code civil, la confirmation d'un acte entaché d'un vice objectif. Il conviendrait d'ailleurs de préconiser l'édition de dérogations lorsque deux conditions cumulatives sont réunies. Il faudrait d'une part que la cause de nullité résulte de la méconnaissance d'un droit octroyé par le législateur et, d'autre part, que le bénéficiaire de ce droit possède la faculté de ne pas l'exercer. Dans une telle hypothèse, qui est notamment celle

de la méconnaissance du droit de préemption attribué à l'indivisaire, la situation d'incertitude ne peut satisfaire. Elle doit pouvoir prendre fin.

## Conclusion de la 2<sup>nd</sup>e partie

583. À l'issue de cette étude, nous prôtons un régime commun à toutes les causes de nullité. À l'unique nature proposée de la nullité, nous préconisons d'attacher des règles communes, déterminées tant au regard de la nature de la nullité avancée – une sanction judiciaire de la légalité – que des dispositions légales spécifiques.

584. En tant que sanction judiciaire, la nullité implique l'exercice d'une action en justice. Il a donc fallu s'attacher d'une part, à la détermination des sujets de l'action et, d'autre part, aux règles gouvernant les deux obstacles objectifs qui sont couramment attachés à la recevabilité de l'action en nullité, à savoir la prescription et la renonciation à l'action.

En premier lieu, l'action en nullité étant une action comme les autres, ses sujets doivent être déterminés selon le droit commun de la procédure civile, autrement dit par la mise en œuvre de la distinction des actions attitrée et banale. Cette distinction s'est avérée étrangère à la distinction doctrinale des nullités relative et absolue, aussi bien parce que le titre et l'intérêt protégé ne coïncident pas systématiquement, que parce qu'intérêt protégé et intérêt à agir ne recouvrent pas la même réalité. L'action est attitrée lorsque le législateur a expressément précisé les titulaires de l'action. Lorsque le législateur est demeuré silencieux, l'action est qualifiée de banale : toute personne présentant un intérêt direct, personnel et légitime peut alors agir. Cet intérêt se matérialise par l'existence d'un mal légitime atteignant personnellement le demandeur auquel le prononcé de la nullité de l'acte pourra remédier.

En second lieu, il a fallu confronter la nature de la nullité proposée aux deux obstacles objectifs communément attachés à l'existence de l'action en nullité : la prescription et la renonciation à l'action.

La nature de sanction de la nullité conduit à soutenir que la prescription n'atteint que la seule action en nullité. Elle n'a aucune incidence sur l'assise substantielle de la nullité – la cause de nullité –, ce qui explique la perpétuité de l'exception de nullité. Déterminer le délai de prescription de l'action, ainsi que son point de départ, n'est pas plus aisé depuis la réforme opérée par la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile. Les dispositions propres à certaines causes de nullité sont encore nombreuses : autrement dit, en ce domaine, la loi n'a pas atteint son objectif d'unification. Ce constat implique de se tourner vers la dialectique du droit commun et du droit spécial pour arrêter le raisonnement à tenir. En l'absence de disposition spéciale, il faut se tourner vers le droit commun de la prescription, c'est-à-dire vers l'article 2224 du Code civil car l'action en nullité doit intégrer, en raison de son caractère ouvert, la catégorie des actions personnelles. En

présence d'une disposition spéciale, il faut apprécier si cette disposition entre en contradiction avec le droit commun. Seule l'existence d'une antinomie justifiera la mise en œuvre de l'adage *lex specialia generalibus derogant*.

La renonciation à l'action ne peut être assimilée ni à l'abstention, ni à la confirmation : elle constitue un mode spécifique d'extinction de l'action. La renonciation anticipée à l'action en nullité – c'est-à-dire avant tout établissement d'un lien d'instance – doit être exclue en raison de la finalité de l'action en nullité : le rétablissement de la légalité transgressée. Il est seulement possible de renoncer à un droit subjectif ou à une prérogative qui n'intéresse que son seul titulaire. Tel ne peut être le cas de l'action en nullité. Une fois le lien d'instance créé, la renonciation est dénommée « désistement ». Pour les mêmes raisons que précédemment, le désistement d'action doit être rejeté. Finalement, seul l'acquiescement au jugement, qui emporte extinction des voies de recours, peut être admis, car dans cette hypothèse, un tiers impartial se sera prononcé sur la validité de l'acte litigieux.

**585.** Enfin, il nous restait à analyser la confirmation, obstacle traditionnel au prononcé de la nullité. La confirmation est régie par l'article 1338 du Code civil. La lettre de cette disposition s'est avérée parfaitement compatible avec les deux composantes de la nullité : son assise substantielle et son aspect « réaction ». La confirmation a été analysée comme une régularisation subjective : l'assise substantielle de la nullité est réparée par une manifestation de volonté émanant d'une personne ayant qualité pour confirmer. Elle n'est possible que si la règle méconnue peut être respectée *a posteriori* car la régularisation emporte extinction des actions et moyens pouvant être invoqués à l'encontre de l'acte, objet de la confirmation. En conséquence, il faut que la légalité, qui ne pourra pas être restaurée par l'annulation de l'acte, ait été respectée lors de la confirmation. Finalement, cette dernière est ouverte, sauf exception, lorsque deux conditions cumulatives sont remplies : un vice subjectif d'une part, et la possibilité de respecter *a posteriori* la règle méconnue d'autre part.

## Conclusion générale

**586.** Au départ, le constat était dual. Premièrement, la distinction des nullités relative et absolue est ancrée dans notre droit et constituerait un instrument de connaissance du droit puisque de la mise en œuvre du critère de distinction est déduit l'entier régime d'une cause de nullité. Secondement, la distinction des nullités relative et absolue est régulièrement contestée, malmenée par des auteurs, par la jurisprudence et par le législateur. Non seulement elle serait source d'incertitudes, car son critère de distinction manque de caractère opératoire, mais elle serait également à écarter pour la détermination du régime de différentes causes de nullité, le législateur ayant lui-même multiplié les régimes ne correspondant ni à celui de la nullité relative, ni à celui de la nullité absolue.

**587.** En conséquence, doutant aussi bien du caractère opératoire de cette distinction, que de la pertinence de la conserver, voire de l'inscrire au sein du Code civil, nous nous sommes attachés, dans un premier temps, à la confronter aux trois traits essentiels que doit posséder une distinction binaire pertinente : un critère de distinction sûr, fondant des différences de régime certaines, justifiées par une différence de nature entre les deux composantes de la distinction.

De cette confrontation, il est ressorti que la distinction des nullités relative et absolue ne possède ni critère de distinction solide, ni différence de régime certaine, ni différence de nature.

**588.** D'abord, la distinction des nullités relative et absolue ne possède aucun critère de distinction solide.

Le critère de l'intérêt, premier d'un point de vue temporel puisqu'il apparaît au XVI<sup>e</sup> siècle, manque de caractère opératoire. Vouloir tracer une frontière étanche entre intérêt particulier et intérêt général s'avère vain. En conséquence, plusieurs causes de nullité peuvent être qualifiées tant de nullité relative que de nullité absolue. Tel est le cas, par exemple de la nullité pour absence de cause, de la nullité pour condition suspensive impossible, ou de la nullité d'une clause d'indexation illicite. On a également pu mettre en lumière, à plusieurs reprises, qu'une règle qui, *a priori*, serait protectrice d'un intérêt particulier, reflète toujours, de façon sous-jacente, une certaine conception du bien commun. Et, qu'inversement, il est toujours possible de voir dans une règle protectrice de l'intérêt général, la protection d'un intérêt particulier.

Le critère de la gravité du vice, critère prôné par les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle, est apparu comme purement doctrinal et originaire du siècle de l'exégèse. La notion de gravité, inhérente à ce critère, implique une appréciation subjective. En conséquence, ce critère présente un caractère labile qui lui ôte une grande partie de son caractère opératoire. Il doit donc, comme le critère de l'intérêt, être repoussé.

**589.** Ensuite, l'opposition de régimes attachée à la distinction des nullités relative et absolue s'est avérée artificielle et rigide.

Artificielle, puisque les auteurs ont construit, quel que soit le critère retenu, le régime de la nullité absolue par opposition à celui de la nullité relative. Preuve en est que le critère de l'intérêt protégé est incapable d'expliquer le régime de la nullité absolue. Pourquoi, en effet, l'action en nullité absolue n'est-elle pas réservée au seul ministère public ?

Rigide, puisqu'en principe le caractère d'une cause de nullité détermine son entier régime. Or le juge, refusant parfois de se laisser enfermer dans le carcan de la distinction, la malmène de trois manières. Il lui arrive ainsi soit de déterminer le caractère de la nullité en fonction du régime souhaité, soit d'occulter la qualification, soit de rapprocher les régimes de la nullité relative et de la nullité absolue. Quant au législateur, il a multiplié les dispositions relatives au régime de certaines causes de nullité qui ne peuvent être rattachées ni au régime de la nullité relative, à celui de la nullité absolue. En outre, par la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile il a certainement anéanti l'un des traits distinctifs des régimes attachés à la distinction.

**590.** Enfin, l'étude de la nature de la nullité a mis en lumière que la nullité ne constitue ni un état de l'acte, ni un droit de critique. Elle revêt une unique nature : il s'agit d'une sanction de la légalité qui doit être prononcée. En tant que sanction, elle possède une assise substantielle matérialisée par la cause de nullité, autrement dit le vice, et un aspect « réaction » résultant de son prononcé, à savoir le rétablissement de la légalité transgressée. En pratique, la nullité revêtira le plus souvent un caractère judiciaire soit parce que le domaine dans lequel elle intervient l'impose, soit parce que les parties ne s'accorderont pas sur la nullité de leur acte. Son prononcé passera alors par l'exercice d'une action : l'action en nullité. Cette dernière ne possède aucune spécificité, si ce n'est son appartenance au contentieux objectif. Cette action tend en effet non pas à la reconnaissance d'un droit subjectif, mais au rétablissement de la légalité transgressée. Mais cette circonstance s'avère sans incidence sur le régime de la nullité. D'ailleurs, rien ne justifie que la règle substantielle à laquelle la nullité est attachée conditionne, *a priori*, le régime de la nullité.

**591.** À l'issue de l'analyse de la distinction des nullités relative et absolue, il nous a fallu conclure à son nécessaire abandon. Mais écarter une distinction censée ordonner le droit n'implique pas nécessairement une porte ouverte au désordre. Pour suppléer à l'abandon de la distinction des nullités relative et absolue, nous avons choisi de tirer toutes les conséquences de la nature unique de la nullité : à une nature unique doit correspondre un seul régime. Dans un second temps, nous nous sommes donc attachés à dégager des règles de mise en œuvre communes à toutes les causes de nullité.

Ces règles communes résultent de la réponse apportée à quatre questions : Qui peut agir ? Dans quel délai ? Est-ce qu'il est possible de renoncer à l'action en nullité ? Quand la confirmation d'un acte entaché de nullité est-elle envisageable ? Afin de dégager les réponses à chacune de ces interrogations nous nous sommes fondés tant sur la nature de la nullité – une sanction judiciaire de la légalité –, que sur les dispositions propres aux nullités ou à certaines causes de nullité.

**592.** L'action en nullité étant une action comme les autres, pour déterminer les sujets de cette action, nous nous sommes tournés vers le droit commun de la procédure civile, autrement dit vers l'article 31 du Code de procédure civile. Cette disposition consacre la distinction des actions attitrée et banale, distinction totalement étrangère à celle doctrinale des nullités relative et absolue puisque d'une part, titre et intérêt protégé ne coïncident pas systématiquement et, d'autre part, intérêt protégé et intérêt à agir ne recouvrent pas la même réalité. Déjà connue du droit positif en matière de nullités, la mise en œuvre de la distinction des actions attitrée et banale doit constituer la règle. Seule cette distinction doit gouverner la détermination des titulaires de l'action en nullité. Ainsi, soit le législateur a expressément précisé les titulaires de l'action en nullité et alors l'action leur est réservée, elle est attitrée, soit il n'a rien prévu et alors l'action est banale, c'est-à-dire ouverte à toute personne pouvant justifier d'un intérêt à agir personnel, actuel, direct et légitime. Un plaideur présentera un tel intérêt lorsque le prononcé de la nullité de l'acte litigieux permettra de remédier au mal légitime qui l'atteint personnellement.

**593.** Ensuite, les obstacles objectifs à l'existence de l'action visent d'une part le respect du temps pour agir, d'autre part l'absence de renonciation à l'action.

D'une part, le temps pour agir. Dans le domaine des nullités, le temps n'agit que sur l'action. Il ne peut en aucun cas venir consolider l'assise substantielle de la nullité, raison pour laquelle l'exception de nullité est perpétuelle. Le législateur, malgré sa volonté unificatrice, a posé ou maintenu de nombreux délais spéciaux. Aussi, déterminer le délai de prescription d'une action en nullité invite à se tourner vers la dialectique du droit commun et

du droit spécial. Le droit commun de la prescription de l'action en nullité est constitué par celui de l'action personnelle, autrement dit il figure à l'article 2224 du Code civil. En présence d'une disposition spéciale incompatible avec le droit commun, l'adage *lex specialia generalibus derogant* commande de faire prévaloir la disposition spéciale dans le domaine qui est le sien.

D'autre part, la renonciation à l'action. La renonciation constitue un mode spécifique d'extinction de l'action, qui se distingue tant de l'abstention que de la confirmation. Cet obstacle ne concerne pas l'action en nullité, puisque la renonciation est admise uniquement si elle porte sur un droit subjectif intéressant son seul titulaire. Certes l'action en justice constitue un droit subjectif, mais c'est le droit qu'elle tend à faire valoir qui est l'objet de la renonciation. En conséquence, c'est ce droit qu'il faut scruter pour déterminer si la renonciation est – ou non – possible. Or, l'action en nullité tend au rétablissement de la légalité transgressée et non à faire valoir un droit subjectif. En conséquence, renoncer à l'action en nullité revient à renoncer à demander le rétablissement de la légalité transgressée. La légalité ne pouvant être considéré comme un droit subjectif, ou comme intéressant le seul demandeur à l'action, il faut exclure l'action en nullité du domaine de la renonciation. Le cadre de l'instance ne change rien à cette exclusion : se désister de l'action en nullité doit être interdit pour les mêmes raisons que celles motivant le rejet de la renonciation anticipée. On admettra toutefois la possibilité d'acquiescer au jugement, car même si l'acquiescement emporte extinction des voies de recours, un tiers indépendant et impartial se sera prononcé sur la légalité de l'acte dont la validité était contestée.

**594.** Enfin, nous nous sommes attachés à analyser la confirmation, obstacle spécifique au prononcé de la nullité. La confirmation d'un acte entaché d'une cause de nullité est expressément prévue par l'article 1338 du Code civil. L'étude de cette disposition nous a conduit à analyser la confirmation non comme une renonciation, mais comme une régularisation subjective. Le vice entachant l'acte – la cause de nullité – va être réparé par une manifestation de volonté émise en toute connaissance de cause par une personne ayant qualité pour confirmer. Cette « réparation » emportera extinction des moyens et actions qui pouvaient être invoqués à l'encontre de l'acte. Dès lors l'ouverture de la confirmation est conditionnée tant par la nature de la confirmation que par celle de la nullité. Si la première implique un vice subjectif, la seconde exige que la règle originellement méconnue puisse être respectée *a posteriori*.

**595.** À l'arrivée, la proposition prône l'unicité : à une nature unique correspond un régime unique. À la nature de sanction judiciaire de la légalité proposée, nous préconisons

d'attacher un seul régime. Pour déterminer le régime d'une cause de nullité, quelle qu'elle soit, nous suggérons trois règles :

1 - La détermination des sujets de l'action dépend de la mise en œuvre de la distinction des actions attitrée et banale. En présence d'une action banale, le demandeur doit pouvoir justifier d'un mal personnel et légitime susceptible de prendre fin par le prononcé de la nullité.

2 - La détermination du délai de prescription de l'action en nullité résulte de la dialectique du droit commun et du droit spécial. La catégorie des actions personnelles étant ouverte, l'action en nullité doit y être rangée. En conséquence, le droit commun de la prescription de l'action en nullité trouve sa source dans l'article 2224 du Code civil. En présence d'une antinomie entre la disposition propre à une cause de nullité et le droit commun de la prescription, l'adage *lex specialia generalibus derogant* conduira à faire prévaloir la disposition spéciale dans le domaine qui est le sien.

3 - La confirmation est distincte de la renonciation à l'action qui est exclue pour l'action en nullité. Elle s'analyse comme une régularisation subjective. Son ouverture est conditionnée aussi bien par cette nature, que par celle de la nullité proposée. L'acte entaché de nullité peut donc être confirmé si deux conditions cumulatives sont remplies : il doit être atteint d'un vice subjectif, et la règle méconnue doit pouvoir être respectée *a posteriori*.



## BIBLIOGRAPHIE

### I - TRAITÉS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX.

#### A. ANTÉRIEURS AU XIX<sup>E</sup> SIÈCLE.

BOUHIER, *Œuvres de jurisprudence*, recueillies et mises en ordre par Joly de Bevy, Dijon : Frantin, 1787.

COQUILLE (G.), *Les coutumes du pays et duché de Nivernois*, Paris, 1610.

D'AGUESSEAU, *Œuvres du Chancelier d'Aguesseau*, T. III contenant les plaidoyers prononcés au Parlement en qualité d'Avocat général dans les années 1694 et 1695, Paris : chez les libraires associés, 1762.

- *Œuvres du Chancelier d'Aguesseau*, T. IV contenant les plaidoyers prononcés au Parlement en qualité d'Avocat général depuis le mois d'avril 1696, et dans les années 1697, 1698 et 1699, Paris : chez les libraires associés, 1764.

D'ARGENTRÉ (B.), *Commentarii in consuetudines ducatus britanniae, aliquo tractatus actus varii*, Nantes : P. Dorioy imprimeur du Roi, 3<sup>e</sup> éd., 1621.

DENISART (J.-B.), *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, T. III, Paris : Desaint, 7<sup>e</sup> éd., 1771.

DOMAT (J.), *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Nouvelle édition, T. I, Paris, 1756.

DUNOD, *Traité des prescriptions, de l'aliénation des biens d'Église, et des dixmes*, Dijon : A. De Fay, 1730.

MERLIN (Ph.-A.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, mis en ordre et publié par Guyot, T. XII, 1784.

#### B. XIX<sup>E</sup> SIÈCLE.

ACCOLAS, *Manuel de Droit civil – commentaire philosophique et critique du Code napoléon contenant l'exposé complet des systèmes juridiques*, Paris : Germer Baillièrre Libraire-éditeur, 1874.

AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, T. I, Strasbourg : F. Lagier Libraire éditeur, 1839.

- *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, T. II, Strasbourg : F. Lagier Libraire éditeur, 1839.
- *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, T. IV, Strasbourg : F. Lagier Libraire éditeur, 1839.
- *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, T. I, Paris : Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 4<sup>e</sup> éd., 1869.
- *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, T. IV, Paris : Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 4<sup>e</sup> éd., 1869.
- *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, T. V, Paris : Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 4<sup>e</sup> éd., 1869.

BUGNET (J.-J.), *Œuvres de Pothier, T. III - Traité du contrat de vente, Traité des contrats, Traité du contrat de constitution de rente*, Paris : Henri Plon, 2<sup>e</sup> éd., conforme à la première, 1861.

- *Traité du contrat de mariage*, Paris : Henri Plon, 2<sup>e</sup> éd., conforme à la première, 1861.

- DELVINCOURT (C.-E.), *Cours de Code civil*, T. I et T. II, Paris : l'Auteur et Fournier, 1819.
- DEMANTE (A.-M.), *Cours analytique de Code Napoléon*, T. V, art. 1101-1386, Continué depuis l'article 980 par E. Colmet de Santerre, Paris : Henri Plon Imprimeur éditeur, 1865.
- *Programme du cours de droit civil français fait à l'école de Paris*, T. II, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Alex Gobelet Libraire, 1840.
- DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon T. XXIV, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T. I, Paris : A. Durand et L. Hachette Libraires, 2<sup>e</sup> éd., 1870.
- *Cours de Code Napoléon T. III, Traité du mariage et de la séparation de corps*, T. I, Paris : A. Durand et L. Hachette Libraires, 4<sup>e</sup> éd., 1869.
  - *Cours de Code Napoléon T. VIII, Traité de la minorité de la tutelle et de l'émancipation*, T. II, Paris : A. Durand et L. Hachette Libraires, 4<sup>e</sup> éd., 1870.
  - *Cours de Code Napoléon T. XXIX, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T. VI, Paris : Imprimerie générale, A. Durand et L. Hachette Libraires, 4<sup>e</sup> éd., 1876.
- DURANTON (A.), *Cours de Droit français suivant le Code civil*, T. III, Alex-Gobelet Libraire, Paris, 2<sup>e</sup> éd., 1828.
- *Cours de droit français suivant le code civil*, T. X, Paris : Alex-Gobelet Libraire, 3<sup>e</sup> éd., 1834.
  - *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. XII, Paris : Alex-Gobelet Libraire, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1831.
  - *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. XVIII, Paris : Alex-Gobelet Libraire, 3<sup>e</sup> éd., 1834.
- FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. I, Paris : Imprimerie de Ducassois, 1827.
- *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. IX, Paris : Imprimerie de Marchand du Breuil, 1827.
  - *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XIII, Paris : Imprimerie d'H. Tilliard, Videcoq Libraire, 1836.
- LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, T. I, Paris : Librairie Maresq Ainé, 3<sup>e</sup> éd., 1878.
- *Principes de droit civil français*, T. II, Paris : Librairie Maresq Ainé, 3<sup>e</sup> éd., 1878.
  - *Principes de droit civil français*, T. XV, Paris : Librairie Maresq Ainé, 3<sup>e</sup> éd., 1878.
  - *Principes de droit civil français*, T. XVI, Paris : Librairie Maresq Ainé, 3<sup>e</sup> éd., 1878.
  - *Principes de droit civil français*, T. XVIII, Paris : Librairie Maresq Ainé, 3<sup>e</sup> éd., 1878.
  - *Principes de droit civil français*, T. XIX, Paris : Librairie Maresq Ainé, 3<sup>e</sup> éd., 1878.
  - *Principes de droit civil français*, T. XXV, Paris : Librairie Maresq Ainé, 3<sup>e</sup> éd., 1878.
  - *Principes de droit civil français*, T. XXVIII, Paris : Librairie Maresq Ainé, 3<sup>e</sup> éd., 1878.
- LOCRÉ (J. G.), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, T. IV, Paris : Treuttel et Würtz Libraires, 1827.
- *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, T. XI, Paris : Treuttel et Würtz Libraires, 1827.
  - *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, T. XII, Paris : Treuttel et Würtz Libraires, 1828.
  - *La législation civile, commercial et criminelle de la France*, T. XV, Paris : Treuttel et Würtz Libraires, 1828.
- MARCADÉ (V.-N.), *Explication théorique et pratique du Code napoléon*, T. I, Paris : Delamotte et fils éditeurs, 7<sup>e</sup> éd., 1873.

- *Explication théorique et pratique du Code napoléon*, T. II, Paris : Delamotte et fils éditeurs, 7<sup>e</sup> éd., 1873.
- *Explication théorique et pratique du Code napoléon*, T. IV, Paris : Delamotte et fils éditeurs, 7<sup>e</sup> éd., 1873.
- *Explication théorique et pratique du Code napoléon*, T. V, Paris : Delamotte et fils éditeurs, 7<sup>e</sup> éd., 1873.

TOULLIER (C.), *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*, T. VII, Paris : B. Wareae, 1816.

TROPLONG (R.-T.), *De la vente*, T. II, Paris : Charles Hingray, 5<sup>e</sup> éd., 1856.

- *Du cautionnement et des transactions*, Paris : Charles Hingray, 1846.

## C. XX<sup>E</sup> SIÈCLE.

AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, T. I, Paris : Marchal et Godde, 6<sup>e</sup> éd., par Bartin, 1936.

- *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, T. IV, Paris : Marchal et Godde, 6<sup>e</sup> éd., par Bartin, 1936.
- *Droit civil français*, T. V, Paris : Éditions Techniques S.A., 7<sup>e</sup> éd., par Esmein, 1952.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Précis de droit civil*, T. I, Paris : Sirey, 8<sup>e</sup> éd., 1903.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil - Des obligations*, T. III, Paris : Librairie de la société du recueil Sirey et du journal du palais, 3<sup>e</sup> éd., 1908.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et SAIGNAT (L.), *Traité théorique et pratique de Droit civil – De la vente et de l'échange*, Paris : Librairie de la Société du recueil Sirey, 3<sup>e</sup> éd., 1908.

BEUDANT, *Cours de droit civil français – Les contrats et les obligations*, Paris : Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1906.

- *Cours de droit civil français – Les contrats et les obligations*, Paris : Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 2<sup>e</sup> éd., par Voirin, 1936.

BONNECASE, J., *Supplément au traité théorique et pratique de Baudry-Lacantinerie*, T. III, Paris : Sirey, 1926.

CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit civil – Notions générales*, 3<sup>e</sup> éd., Pedone éditeur, Paris, 1912.

CARBONNIER (J.), *Cours d'enregistrement, Licence 3<sup>ème</sup> année – Capacité 2<sup>ème</sup> année*, 1956-1957, Les cours de droit, 158 rue Saint-Jacques, Paris V.

COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, T. II, Dalloz, Paris, 1915.

- *Traité de droit civil, T. I, Introduction générale, Institutions civile et judiciaires, personnes et famille*, Refondu par L. Julliot de la Morandière, Dalloz, Paris, 1957.

CORNU (G.), *Les régimes matrimoniaux*, Puf, coll. Thémis droit privé, 9<sup>e</sup> éd., 1997.

CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, Puf, coll. Thémis droit privé, 3<sup>e</sup> éd., 1996.

CUCHE (P.) et VINCENT (J.), *Précis de procédure civile et commerciale*, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 1960.

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, T. I, La règle de Droit – Le problème de l'État, Paris : E. Bocard, 3<sup>e</sup> éd., 1927.

- *Traité de droit constitutionnel – T. II : La théorie générale de l'État, 1<sup>ère</sup> partie, Éléments, fonctions et organes de l'État*, Paris : E. Bocard, 3<sup>e</sup> éd., 1928.

- FERRAND (F.), *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997.
- GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, Les obligations - Le contrat : la formation*, L.G.D.J, coll. *Traité*, 2<sup>e</sup> éd., 1988.
- GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) et avec le concours de Fabre-Magnan (M.), *Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, Introduction générale*, L.G.D.J, 4<sup>e</sup> éd., 1994.
- GIFFARD (A.-E.), *Droit romain et ancien droit français (obligations)*, avec la collaboration de R. Villiers, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1967.
- GLASSON (E.) et TISSIER (A.), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, T. I, Paris : Sirey, 3<sup>e</sup> éd., 1925.
- HAUSER (J.) et HUET-WEILLER (D.), *Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, La famille – fondation et vie de la famille*, L.G.D.J, 2<sup>e</sup> éd., 1993.
- JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, T. I, Librairie du recueil Sirey, 3<sup>e</sup> éd., 1938.
- LEVENEUR (L.) et LEVENEUR (S.), *Leçons de droit civil, T. IV- vol. 2, Successions-Libéralités*, Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd., 1999.
- LYON-CAEN (Ch.) et RENAULT (L.), *Traité de droit commercial*, T. 2, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 4<sup>e</sup> éd., 1908.
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil, T. I, Introduction générale à l'étude du droit et des institutions judiciaires – Le statut des personnes physiques et morales*, Sirey, 1956.
- *Droit civil – T. I, Introduction générale à l'étude du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1972.
- MAZEAUD (H., L. et J.), *Leçons de droit civil*, T. I, Montchrestien, 3<sup>e</sup> éd., 2<sup>e</sup> tirage, 1965.
- *Leçons de droit civil*, T. I, Montchrestien, 4<sup>e</sup> éd., par M. de Juglart, 1970.
- MAZEAUD (H., L., et J.), Chabas (F.), *Leçons de droit civil, T. I, vol.3, La famille*, Montchrestien, 7<sup>e</sup> éd., par Leveneur (L.), 1995.
- MOTULSKY (H.), *Droit processuel*, Montchrestien, 1973.
- OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.), *Histoire du droit privé, T. III, Le droit familial*, Puf, coll. *Thémis*, 1968.
- PICARD (M.) et BESSON (A.), *Les assurances terrestres, T. I, Le contrat d'assurance*, L.G.D.J, 5<sup>e</sup> éd. par A. Besson, 1982.
- PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français, T. VI, Obligations*, 1<sup>ère</sup> partie, par P. Esmein, L.G.D.J, 1952.
- PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, T. I, Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de législation comparée, Paris, 2<sup>e</sup> éd., 1902.
- RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, T. II, obligations et droits réels*, L.G.D.J, 1957.
- SAVATIER (R.), *Cours de droit civil*, T. II, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 2<sup>e</sup> éd., 1949.
- SOLUS (H.) et PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, T. I, Sirey, 1961.
- STARCK (B.), ROLLAND (H.) et BOYER (L.), *Droit civil – Les obligations, 2. Le contrat*, Litec, 6<sup>e</sup> éd., 1998.
- WITZ (C.), *Droit privé allemand – 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, 1992.

## D. XXI<sup>E</sup> SIÈCLE.

- AMRANI-MEKKI (S.) et STRICKLER (Y.), *Procédure civile*, Puf, coll. Thémis droit, 2014.
- ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), *Droit civil – contrats spéciaux*, Litec, 7<sup>e</sup> éd. par J. Raynard, 2013.
- AYNÈS (L.) et CROCQ (P.), *Les sûretés - La publicité foncière*, L.G.D.J, 9<sup>e</sup> éd., 2015.
- BEIGNIER (B.), *Droit des assurances*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2011.
- BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, L.G.D.J, coll. Domat droit privé, 14<sup>e</sup> édition, 2014.
- *Droit de la famille*, L.G.D.J, coll. Domat droit privé, 3<sup>e</sup> éd., 2014.
  - *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, L.G.D.J, coll. Domat droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2015.
- BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.) et CIMAMONTI (S.), *Traité de Droit civil sous la direction de J. Ghestin - Droit de la famille*, L.G.D.J, coll. Domat droit privé, 3<sup>e</sup> éd., 2014.
- *Les biens*, L.G.D.J, 2<sup>e</sup> éd., 2010.
- BIGOT (J.), avec la collab. de Bellando (J.-L.), Cabrillac (S.), Jadaud (B.), Moreau (J.) et Parleani (G.), *Traité de droit des assurances, T. I, Entreprises et organismes d'assurance*, L.G.D.J, 3<sup>e</sup> éd., 2011.
- BIGOT (J.), BAILLOT (Ph.), KULLMANN (J.) et MAYAUX (L.), *Traité de droit des assurances, sous la direction de J. Bigot, T. 4, Les assurances de personnes*, préface de G. Durry, L.G.D.J, 2007.
- BONFLIS (Ph.) et GOUTTENOIRE (A.), *Droit des mineurs*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2014.
- BOURASSIN (M), BRÉMOND (V), JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), *Droit des sûretés*, Sirey université, 4<sup>e</sup> éd., 2014.
- BROYELLE (C.), *Contentieux administratif*, L.G.D.J, 3<sup>e</sup> éd., 2015.
- CABRILLAC (M.), MOULY (C.), CABRILLAC (S.) et PÉTEL (Ph.), *Droit des sûretés*, Litec, 9<sup>e</sup> éd., 2010.
- CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, Lexis Nexis, 8<sup>e</sup> éd., 2013.
- CALAIS-AULOY (J.) et TEMPLE (H.), *Droit de la consommation*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2015.
- CARBASSE (J.-M.), *Manuel d'introduction historique au droit*, Puf, coll. Droit fondamental, 6<sup>e</sup> éd. mise à jour, 2015.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil, vol. 1, Introduction – Les personnes – La famille, l'enfant, le couple*, Puf, coll. Quadrige, 1<sup>ère</sup> éd., 2004.
- *Droit civil, vol. 2, Les biens. Les obligations*, Puf, coll. Quadrige, 1<sup>ère</sup> éd., 2004.
  - *Droit civil, T.4, Les obligations*, coll. Thémis, Puf, 22<sup>e</sup> éd., 2000.
  - *Sociologie juridique*, Puf, coll. Quadrige, 2<sup>e</sup> éd., 2004.
- CHABANOL (D.), *La pratique du contentieux administratif*, Lexis Nexis, coll. Droit & professionnels, 11<sup>e</sup> éd., 2015.
- CHAGNY (M.) et PERDRIX (L.), *Droit des assurances*, L.G.D.J, 3<sup>e</sup> éd., 2014.
- COEURET (A.), GAURIAU (B.) et MINÉ (M.), *Droit du travail*, Sirey, 3<sup>e</sup> éd., 2013.
- COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2015.
- COLOMER (A.), *Droit civil – Régimes matrimoniaux*, Litec, 12<sup>e</sup> éd., 2004.
- DELEBECQUE (Ph.) et GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial – droit commercial*, T. 2, L.G.D.J, 17<sup>e</sup> éd., 2004.

- DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, Économica, Coll. Corpus histoire du droit dirigé par A. Rigaudière, 2<sup>e</sup> éd., 2012.
- FABRE-MAGNAN (M.), *Introduction générale au droit, Cours et méthodologie*, Puf, coll. Licence, 2009.  
- *Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral*, Puf, coll. Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2012.
- FAGES (B.), *Les obligations*, L.G.D.J, 5<sup>e</sup> éd., 2015.
- FAVENNEC-HERY (F.) et VERKINDT (P.-Y.), *Droit du travail*, L.G.D.J, 4<sup>e</sup> éd., 2014.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil – Les obligations – 1. L’acte juridique*, Sirey université, 16<sup>e</sup> éd., 2014.
- FLOUR (J.) et CHAMPENOIS (G.), *Les régimes matrimoniaux*, Armand-Colin, 2<sup>e</sup> éd., 2001.
- GERMAIN (M.) et MAGNIER (V.), *Traité de droit des affaires – Les sociétés commerciales*, T. 2, L.G.D.J, 21<sup>e</sup> éd., 2014.
- GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil, La formation du contrat, T. II : L’objet et la cause – Les nullités*, L.G.D.J, 4<sup>e</sup> éd., 2013.
- GIRARD (P.-F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, Rééd. présentée par J.-Ph. Lévy, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2003.
- GRIMALDI (M.), *Droit civil - Libéralités, Partages d’ascendants*, Litec, 2000.
- GUINCHARD (S.), CHAINIAS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile - droit interne et droit de l’Union européenne*, Dalloz, 32<sup>e</sup> éd., 2014.
- GUINCHARD (S.), BANDRAC (M.) et al., *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2005.
- GUYOMAR (M.) et SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. Hypercours, 3<sup>e</sup> éd., 2014.
- HÉRON (J.) et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 4<sup>e</sup> éd., 2010.  
- et 6<sup>e</sup> éd., L.G.D.J, coll. Domat droit privé, 2015.
- JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficulté*, Lexis Nexis, 8<sup>e</sup> éd., 2013.
- JEULAND (E.), *Droit processuel général*, L.G.D.J, coll. Domat droit privé, 3<sup>e</sup> éd., 2014.
- JUBAULT (Ch.), *Droit civil, Les successions, les libéralités*, Montchrestien, coll. Domat droit privée, 2<sup>e</sup> éd., 2010.
- LE CORRE (P.-M.) et LE CORRE-BROLY (E.), *Droit du commerce et des affaires – Droit des entreprises en difficulté*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 2006.
- LAMBERT-FAIVRE (Y.) et LEVENEUR (L.), *Droit des assurances*, Dalloz, 13<sup>e</sup> éd., 2011.
- LARROUMET (Ch.), *Droit civil, T. III Les obligations, le contrat – 1<sup>ère</sup> partie, Conditions de formation*, Économica, 6<sup>e</sup> éd., 2007.
- LÉVY (J.-Ph.) et CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2010.
- MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.), *Droit des obligations*, Ellipses, 2008.
- MALAUURIE (Ph.) et AYNÈS (L.), *Les biens*, Defrénois, 6<sup>e</sup> éd., 2015.
- MALAUURIE (Ph.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, L.G.D.J, 7<sup>e</sup> éd., 2014.
- MALAUURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Les obligations*, L.G.D.J, 7<sup>e</sup> éd., 2015.
- MALAUURIE (Ph.) et MORVAN (P.), *Introduction au droit*, L.G.D.J, 5<sup>e</sup> éd., 2014.

MALAURIE (Ph.), *Les personnes – La protection des mineurs et des majeurs*, L.G.D.J, 7<sup>e</sup> éd., 2014.

MALIVAUD (PH.), *Droit des obligations*, Litec, 10<sup>e</sup> éd., 2007.

MALINVAUD (PH.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, Lexis-Nexis, 17<sup>e</sup> éd., 2014.

PACTEAU (B.), *Contentieux administratif*, Puf, coll. droit fondamental, 7<sup>e</sup> éd., refondue, 2005.

- Manuel de contentieux administratif, Puf, 3<sup>e</sup> éd. mise à jour, 2014.

PÉROCHON (F.) et BONHOMME (R.), *Entreprises en difficultés – Instruments de crédit et de paiement*, L.G.D.J, 8<sup>e</sup> éd., 2009.

PICOD (Y.) et DAVO (H.), *Droit de la consommation*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 2010,

PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. Hyper Cours, 5<sup>e</sup> éd., 2013.

- et 6<sup>e</sup> éd., 2015.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficultés*, L.G.D.J, coll. Domat droit privé, 9<sup>e</sup> éd., 2014.

TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2015.

TERRÉ (F.) et FENOUILLET (D.), *Droit civil – Les personnes, Personnalités – Incapacité, Protection*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2012.

TERRÉ (F.) et SIMLER (Ph.), *Droit civil – Les régimes matrimoniaux*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2015.

TERRÉ (F.) et SIMLER (Ph.), *Droit civil – Les biens*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014.

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil – Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013.

## II - OUVRAGES SPÉCIAUX : THÈSES ET MONOGRAPHIES.

BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, préf. G. Lebreton, L.G.D.J, 2002.

BALAT (N.), *Essai sur le droit commun*, th. dactyl. Paris II, 2014.

BANDRAC (M.), *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, *Économica*, 1984.

BASTIAN (D.), *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Paris, 1929.

BATIFFOL (H.), *Problèmes de base de philosophie du droit*, L.G.D.J, 1979.

BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2004.

- *Méthodologie juridique*, Puf, coll. Thémis, 2001.

BERTHIAU (D.), *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. J.-L. Souriou, L.G.D.J, 1999.

BLUMANN (C.), *La renonciation en droit administratif*, préf. J. Lamarque, L.G.D.J, 1974.

BONNARD (R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration – Étude de droit administratif comparé*, Avant-propos de B. Pacteau, Dalloz, 2006.

BOURGEON (Ph.), *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques en droit romain et en droit français*, Dijon : Imprimerie R. Aubry, 1885.

- BOYER (L.), *La notion de transaction : contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Sirey, 1947.
- BUFNOIR, *Propriété et contrats*, Paris : Arthur Rousseau, 2<sup>e</sup> éd., 1924.
- CAPITANT (H.), TERRÉ (F.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 2008.
- CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, L.G.D.J, 9<sup>e</sup> éd., 1998.
- COTTET (M.), *Essai critique de la notion de l'accessoire en droit privé*, préf. J. Rochfeld, L.G.D.J, 2013.
- COUTURIER (G.), *La confirmation des actes nuls*, préf. J. Flour, L.G.D.J, 1972.
- CUMYN (M.), *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2002.
- DABIN (J.), *Le droit subjectif*, réed. 1952, préf. C. Atias, Dalloz, 2008.
- *Droit subjectif et prérogatives juridiques – Examen des thèses de M. Paul Roubier*, Bruxelles : Palais des académies, 1960.
- DELEGOVE (N.), *Le droit commun et le droit spécial*, th. dactyl. Paris II, 2011.
- DESDEVISES (Y.), *Le contrôle de l'intérêt légitime* (Essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action), thèse dactyl., Nantes, 1973.
- DESHAYES (O.), *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier*, préf. G. Viney, L.G.D.J, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2004.
- DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel ; Le droit public et legum delectus*, T. I, Paris, 1756.
- DROGOUL (F.), *Essai d'une théorie générale des nullités*, Th. Aix, 1902.
- DUPEYRON (C.), *La régularisation des actes nuls*, préf. P. Hébraud, L.G.D.J, 1973.
- EL-GAMMAL (M.), *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*, L.G.D.J, 1967.
- FARGE (C.), *L'autonomie du mineur en matière contractuelle*, thèse Paris II, 1998.
- FARJAT (G.), *L'ordre public économique*, préf. B. Goldman, L.G.D.J, 1963
- FRYDMAN (B.), *Le sens des lois*, Bruylant et L.G.D.J, 2<sup>e</sup> éd., 2007,
- GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, publiée par H. Desbois et J. Gaudemet, réed. Dalloz, 2004, présentée par D. Mazeaud.
- *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Librairie du recueil Sirey, 1935.
- GAUDEMET (J.), *Sociologie historique du droit*, Puf, 2000.
- GAUDEMET (S.), *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Economica, 2006.
- GÉNY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, T. I et T. II, Préf. R. Saleilles, 2<sup>e</sup> éd., L.G.D.J, 1919.
- *Science et Technique en droit privé positif*, T. I, Sirey, 1913.
- GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Les conflits de lois en matière de nullités*, Dalloz, 1967.
- GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, L.G.D.J, 2006.
- GHOZI (A.), *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, préf. D. Tallon, L.G.D.J, 1980.
- GODART (J.) et PERRAUD-CHARMANTIER (A.), *Code des assurances – Commentaire pratique et complet de la loi du 13 juillet 1930, relative au contrat d'assurance*, Paris Éditions techniques S.A, 3<sup>e</sup> éd., 1947.

- GOLDIE-GENICON (C.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, L.G.D.J, 2009.
- GOUEZEL (A.), *La subsidiarité en droit privé*, préf. P. Crocq, Economica, 2013.
- GOUT (O.), *Le juge et l'annulation du contrat*, préf. P. Ancel, PUAM, 1999.
- GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. G. Ghestin, L.G.D.J, 1992.
- GUERRIERO (M.-A.), *L'acte juridique solennel*, thèse Toulouse, 1975.
- GUGGENHEIM (D.), *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé – Essai d'une théorie générale*, L.G.D.J, 1970.
- GROSCLAUDE (L.), *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, Th. dactyl. Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), 1997.
- HART (H.-L.-A.), *Le concept de droit*, traduit de l'anglais par van de Kerchove (M.), Bruxelles : Presse Universitaire de Saint Louis, Facultés universitaires Saint Louis, 2<sup>e</sup> éd., 2005.
- HARTEMANN (E.), *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, thèse Nancy, Typographie de G. Crépin-Leblond, 1889.
- IHERING (R.), *Le combat pour le droit*, traduit de l'allemand par Alexandre François Meydieu, Paris, 1875.
- IONASCO (T.) et BARASCH (E.-A.), *La conception de la nullité des actes juridiques dans le droit civil socialiste roumain*, préf. M. Ancel, L.G.D.J, 1978.
- JAOUEN (M.), *La sanction prononcée par les parties au contrat – Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, préf. D. Mazeaud, Economica, 2013.
- JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Thèse Dijon, éd. Arthur Rousseau, 1909.
- JEAMMAUD (A.), *Des oppositions de normes en droit privé interne*, th. dactyl. Lyon III, 1975.
- JEULAND, (E.), *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, préf. L. Cadet, L.G.D.J, 1999.
- JUILLET (C.), *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, Defrénois-Lextenso éditions, 2009.
- JUREDIEU (F.), *Ratification et acte juridique*, préf. C. Ophèle, avant-propos de G. Pignarre, Institut universitaire Varenne, coll. des thèses, 2013.
- KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962.
- KLEIN (J.), *Le point de départ de la prescription*, préf. N. Molfessis, Economica, 2013.
- LAFOND (J.), *Les baux d'habitation*, Litec, 7<sup>e</sup> éd., 2007.
- LEPETIT-COLLIN (H.), *Recherches sur le plein contentieux objectif*, préf. Y. Gaudemet, L.G.D.J, 2011.
- LUTZESCO (G.), *Essai sur la nullité des actes juridiques à caractère patrimonial (Étude de droit civil français)*, thèse Paris, Sirey, 1938.
- LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles*, Préf. A. Ghozi, ed. Panthéon-Assas, 2007.
- MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral*, Université de Toulouse, 1951.
- MASSIP (J.), *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois – Lextenso éditions, 2009.
- MASSIS (Th.), *Le contrat préliminaire dans la vente d'immeuble à construire*, Thèse Paris II, 1979.

- MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), *Le raisonnement juridique*, Puf, 2001.
- MAUCLAIR (S.), *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, préf. T. Azzi, Institut Universitaire Varenne, 2013.
- MÉKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat*, préf. J. Ghestin, L.G.D.J, 2004.
- MORTET (C.), *Étude sur la nullité des contrats dans le droit romain, l'ancien droit français et le code civil*, thèse Paris, Typographie de Lahure, 1878.
- MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, préf. J.-L. Souriou, éd. Panthéon-Assas, 1999.
- MOTULSKY (H.), *Écrits - vol. 1 : Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973.
- *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Sirey, 1948.
- OUERDANE-AUBERT DE VINCELLE (C.), *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. Lequette, Dalloz, 2002.
- PIAZZON (Th.), *La sécurité juridique*, préf. L. Leveneur, Defrénois, 2009.
- PIZE (J.), *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, thèse Lyon, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, 1897.
- POSEZ (A.), *L'inexistence du contrat*, thèse dactylographiée Paris II, 2010.
- POULET (L.), *Transaction et protection des parties*, préf. Y. Lequette, L.G.D.J, 2005.
- POUYAUD (D.), *La nullité des contrats administratifs*, préf. P. Weil, L.G.D.J, 1991.
- RASCHEL (L.), *Le droit processuel de la responsabilité civile*, Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc, T. 25, IRJS éditions, 2010.
- RENCKHOFF (H.), *De la confirmation des actes entachés de nullité*, Paris, Imprimerie Moquet, 1885
- ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, L.G.D.J, 1999.
- ROLAND (H.) et Boyer (L.), *Adages du droit français*, Litec, 3<sup>e</sup> éd., 1992.
- ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, préf. de D. Deroussin, réed. Dalloz, 2005.
- *Théorie générale du droit – Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, préf. de D. Deroussin, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2005.
- SADI (D.), *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, préf. F. Labarthe, Mare&Martin, 2015.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Le droit de préemption*, L.G.D.J, 1979.
- SOLON (V.), *Traité des nullités des conventions et des actes, en matière civile*, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, Bruxelles, 1836.
- TERRÉ (F.) dir., *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2009.
- VALDELIÈVRE (F.), *La confirmation des actes nuls*, th. dact., Paris, 1964.
- VIZIOZ (H.), *Études de procédure*, préface de S. Guinchard, Dalloz, 2011.
- VON SAVIGNY (F. C.), *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, Trad. A. Dufour, Puf, coll. Léviathan, 2006.

## I. ARTICLES, CHRONIQUES, CONTRIBUTIONS ET RAPPORTS.

- ADIDA-CANAC (H.), « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », in *La vérité*, Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation, La documentation française, p. 105.
- AMRANI-MEKKI (S.), « indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Defrénois* 2002, 355, art. n°37505.
- ANSAULT (J.-J.), « Le contrôle de l'intérêt à agir en nullité des délibérations sociales », *Rev. Sociétés* 2012, 7.
- ARHAB (F.), « Les conséquences de la nullité (ou de la résolution) d'un contrat au sein des groupes de contrats », *R.R.J.* 1999-1, p. 167 et s.
- ARTZ (J.-F.), « Les clauses réputées non écrites en droit de la copropriété », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy – Etudes de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 29.
- ATIAS (Ch.), « La constitution des actes juridiques », *D.* 2008, Ch., p. 743
- AUBERT (J.-L.), « Le droit pour le créancier d'agir en nullité des actes passés par son débiteur (un aspect particulier de la théorie générale des nullités) », *RTD civ.* 1969, 692.
- AUBERT DE VINCELLES (C.), « Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir », *RDC* 2007, 983.
- AUGUSTIN (J.-M), L'adage : « Voies de nullité n'ont point lieu », in *La théorie des nullités – Études réunies par M. Boudot et P. M. Vecchi*, Université de Poitiers, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales, L.G.D.J, 2008, p. 53.
- AZAVANT (M.), « Regard civiliste sur la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple », *Dr. fam.* 2006, Étude 40.
- BAILLEUL (D.), « L'intérêt d'un « intérêt à agir » en matière d'excès de pouvoir », *LPA* 2003, n°24, p. 6.
- BAILLOD (R.), « À propos des clauses réputées non écrites », in *Mélanges dédiés à L. Boyer*, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 15.
- BANDRAC (M.), « L'action en justice droit fondamental », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 5.
- « Les tendances récentes de la prescription extinctive en droit français », *RIDC* 1994, p. 359.
- BARDOUX (A.), « Recours des tiers en contestation de la validité du contrat administratif : contours d'une évolution tant attendue », *Revue Lamy de la concurrence* 2014, n°40, p. 81.
- BARRIÈRE (L.-A.), « Propos introductifs », in *La sanction – Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin (Lyon 3)*, L'harmattan, 2007, p. 17
- BÉNABENT (A.), « Pour la Cour de cassation aussi, mais autrement... », *D.* 1989, ch., p. 222.
- BERGEL (J.-L.), « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, 255.
- BOFFA (R.), « La validité du contrat », *Gaz. Pal.*, 2015 n°120, p. 18
- BOLARD (G.), « Notre belle action en justice », in *De Code en Code – Mélanges Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 18.
- « Qualité ou intérêt pour agir ? », in *Mélanges Guinchard, « Justices et Droit du procès – Du légalisme procédural à l'humanisme processuel »*, Dalloz, 2000, p. 602.

- BORGA (N.), « Effets de la transaction à l'égard des tiers », in *La transaction – Propositions en vue de la réforme du titre XV Livre troisième du Code civil « Des transactions »*, La documentation française, 2014, p. 192.
- BOUDOT (M.), « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles », in *La théorie des nullités – Études réunies par M. Boudot et P. M. Vecchi*, Université de Poitiers, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales, L.G.D.J., 2008, p. 80.
- BOUZAT (P.), « De la clause par laquelle une partie dans une convention s'engage à ne pas en demander la nullité », *RCLJ*, 1934, 350.
- BREDIN (J.-M.), « Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XIII, 1959-1960*, Dalloz, 1963, p. 361.
- BRENNER (C.) et LÉCUYER (H.), « La réforme de la prescription », *JCP N* 2009, n°12, étude n°1118.
- BRENNER (C.), « L'action paulienne et la défense du droit de poursuite des créanciers contre les actes de soustraction ou d'appauvrissement », in *Colloque organisé par l'Association des Avocats Praticiens des Procédures et de l'Éxecution – Les poursuites contre les tiers non débiteurs, vendredi 16 sept. 2011*.
- BRUSCHI (M.), « L'impossible oublié : pour l'application de la maxime Quae temporalia aux délais préfix », in *Le droit dans le souvenir – Liber amicorum Benoît Savelli*, PUAM, 1998, p. 183.
- CANIVET (G.), « La motivation brève en question », in *Le juge de cassation à l'aube du 21<sup>e</sup> siècle*, Actes du congrès de l'association des Hautes Juridictions de Cassation des pays ayant en partage l'usage du français, Marrakech - 17 au 19 mai 2004.
- CARBONNIER (J.), « La renonciation au bénéfice de la loi en droit privé – Rapport général », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, T. XIII, 1959-1960*, Dalloz, 1963, p. 288.
- CASTRO Y BRAVO (F.), « Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé espagnol », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, T. XIII, 1959-1960*, Dalloz, 1963, p. 304.
- CERMOLACCE (A.), « Les contrats du mineur », *Dr. fam.* 2006, étude n°27.
- CHAINAIS (C.) et FENOUILLET (D.), « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique – Présentation et conclusions de la recherche collective », in *La sanction en droit contemporain, vol. 1 - La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, Coll. L'esprit du droit, 2012, p. XI.
- CHAPPERT (A.), « Les incidences fiscales de l'annulation, de la modification, de la régularisation et de l'usage d'un contrat », *Deffrénois*, 1993, art. 35661, p. 1321.
- CHARMONT (J.) et CHAUSSE (A.), « Les interprètes du Code civil », in *Le Code civil 1804-1904, livre du centenaire*, T. 1<sup>er</sup>, Paris, Arthur Rousseau éditeur, 1904, p. 134.
- CHEVALLIER (J.), « Rapport général », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, *Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV*, Dalloz, 1965, p. 515.
- CLAUDEL (E.), « Les injonctions », in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, *LPA* 2005, n°14, p. 23.
- CORPART (I.), « Les retombées en droit de la famille de la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *RJPF*, n°9, p. 8.

- COTTEREAU (V.), « La clause réputée non écrite », *JCP* 1993, I, 3691.
- COUTURIER (G.), « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Études offertes à J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 95.
- DAGOT (M.), « Le cautionnement de l'un de ses administrateurs par une société anonyme coopérative de construction », *JCP* 1970. I. 2332.
- DESHAYES (O.), « Formation du contrat », in *Le droit commun européen de la vente – Examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*, sous la direction de Olivier Deshayes, Société de législation comparée, 2012, p. 95.
- avec LAITHIER (Y.-M.), « L'exception de nullité du contrat est-elle une défense au fond ou une demande reconventionnelle ? », *D.* 2011, 1870.
- DIZIER (A.) et GAUDEMET (M.), « À propos du recours des tiers contre le contrat administratif : nouvelle tentative de rationalisation du Conseil d'Etat », *D.* 2014, 1179.
- DUFOUR (A.), « De l'école du Droit naturel à l'école du droit historique – Étude critique pour le bicentenaire de la naissance de Savigny », *Arch. phil. dr.*, T. 26 - *l'utile et le juste*, Sirey, 1981, p. 328.
- EISENMANN (Ch.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD*, T. XI - *La logique du droit*, Sirey, 1966, p. 25.
- FAUVARQUE-COSSON (B.) et FRANÇOIS (J.), « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *D.* 2008, 2512.
- « L'ordre public », in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 473.
- FENOUILLET (D.), « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 487.
- FORRAY (V.), « Commentaire complémentaire de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *RTD com.* 2008, 661.
- GAUDET (S.), « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse », *R.D.McGill*, 1995, 311.
- GAUTIER (P.-Y.), « Les degrés de l'esprit de sacrifice : sur l'inégalité des concessions réciproques », *RTD civ.*, 1992, 783.
- GIVERDON (Cl.), « La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice », *D.* 1952, Ch., p. 85.
- GJIDARA (S.), « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA* 26 mai 2004, n°105, p. 3.
- GORÉ (F.), « Rapport général », in *Travaux de l'association H. Capitant*, T. XX – *Les modes non formels d'expression de la volonté*, Dalloz, 1972, p. 10.
- GOUTTENOIRE (A.), « La capacité usuelle du mineur », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Hauser*, Dalloz, Lexis Nexis, 2012, p. 163.
- GUYON (Y.), « Les dispositions légales de la loi n°78-79 du 4 janvier 1978 portant réforme des sociétés », *rev. sociétés*, 1979, 1.
- HAGE CHAHINE (F.), « La sanction de l'absence de cause au moment de la formation du contrat », in *Une certaine idée du droit – Mélanges offerts à André Decocq*, Litec, 2004, p. 327.

- « Le rationnel et l'empirique dans la notion d'inexistence en matière d'actes juridiques », in *Le monde du droit – Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 529.
- HAMELIN (J.-F.), « Le caractère judiciaire de la nullité à l'heure de la réforme du droit des contrats », *LPA* 2014, n°245, p. 4.
- HANNOUN (C.), « Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés », *Rev. des Sociétés* 1991, 45.
- HÉBRAUD (P.), « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », in *Études offertes à Pierre Kayser*, T. II, PUAM, 1979, p. 1.
- HERVIEU (M.), « Ordre public économique de direction, ordre public de protection : l'avenir de la distinction », in *Au-delà des Codes – Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 317.
- HONORAT (J.), « Les indexations contractuelles et judiciaires », in *Études offertes à J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 251.
- HOUIN (R.), « Avant-projet de textes sur les nullités des actes juridiques », in *Travaux de la commission de réforme du Code civil – année 1946-1947*, Librairie du recueil sirey, 1948.
- HOUTCIEFF (D.), « Les sanctions des règles de formation des contrats », in *Pour une réforme du droit des contrats, sous la direction de F. Terré*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2009.
- JESTAZ (Ph.), « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, ch., p. 33.
- KAYSER (P.), « Les nullités d'ordre public », *RTD civ.* 1933, 1115.
- KENFACK (H.), « Clause d'adhésion obligatoire à une association de commerçants : le triomphe du droit commun et de l'esprit du droit des affaires », *D.* 2012, 2490.
- KDHIR (M.), « Vers la fin de la sécurité juridique en droit français ? », *Rev. adm.* 1993, 538.
- KULLMANN (J.), « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, ch., p. 59.
- LALIGANT (M.), « La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif », *RDP* 1971, 43.
- LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Du nouveau sur la prescription des actions en nullité du mariage », *Dr. fam.*, 2008, comm. 97.
- LASSERRE-KIESOW (V.), « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *RDC* 2009, 1449, spéc., 1452.
- LEMOULAND (J.-J.), « Mariage - Concubinage - Pacte civil de solidarité », *D.* 2006, 1414.
- LEQUETTE (Y.), « Responsabilité versus vices du consentement », in *Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 363.
- LEROYER (A.-M.), « Loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *RTD civ.* 2008, 563.
- LINDON (R.), « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1975, I, 2681.
- MALAUURIE (Ph.), « La réforme de la prescription civile », *Defrénois* 2008, art. 38842, p. 2029.
- MANARA (C.), « L'abus par le consommateur de son droit », *LPA* 1998, n°59, p. 5.
- MARIN PEREZ (P.), « La renonciation eu bénéfice de la loi en droit civil espagnol », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. XIII, 1959-1960, Dalloz, 1963, p. 443.

- MASCALA (C.), « Préface – variations sur la sanction », in *À propos de la sanction*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, coll. Les travaux de l'IFR - Mutations des normes juridiques, p. 1.
- MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), « Esprit de géométrie et esprit de finesse : la pensée en "3D" », in *Mélanges offerts à R. Gassin : Sciences pénales et sciences criminologiques*, PUAM, 2007, p. 435.
- « Réflexions sur la distinction », in *Mélanges Christian Mouly*, T. I, Litec, 1998, p. 53 et s.
- MAYER (L.), « La transaction, un contrat spécial ? », *RTD civ* 2014, 523.
- MAYER (P.), « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Revue de l'arbitrage*, 1994, n°4, 618.
- MAZEAUD (H.), « La lésion d'un « intérêt légitime juridiquement protégé », condition de la responsabilité civile », *D.* 1954, Ch., p. 39.
- MAZEAUD (D.), « Groupes de contrats : liberté contractuelle et réalité économique », *D.* 2011, 566.
- MEKKI (M.), « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », *RDC* 2006, 679.
- « Considérations sociologiques sur le droit des sanctions », in *Les sanctions en droit contemporain, vol. 1 - La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, Coll. L'esprit du droit, 2012, p. 31.
- MIGNOT (M.), « Réforme de la prescription : le point de départ du délai », *Defrénois* 2009, art. 38896, p. 393.
- MONACHON DUCHÊNE (N.), « La protection du délai de réflexion de l'emprunteur immobilier », *JCP*, 2004, I, 152.
- MORAND (C.-A.), « La sanction », *Arch. phil. dr.*, T. 35, « *Vocabulaire fondamental du droit* », Sirey, 1990, p. 295.
- MOURY (J.), « La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L.650-1 du Code de commerce », *D.* 2006, 1743.
- NGUYEN (X. C.), « La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966 », *D.* 1968, ch. p. 35.
- NIBOYET (M.-L.), « Action en justice », *Droits 2001/34 - Mots de la Justice*, p. 84.
- PAILLER (P.), « L'opposabilité de la transaction aux tiers », *RLDC* 2015, n°126, p. 59.
- PANCRAZI (M.-E.), « La couverture de l'invalidité », in *Lamy droit des contrats*, Étude 276.
- PIC (P.), « Des nullités de sociétés pour incapacité légale et spécialement de la nullité des sociétés entre époux », *RTD civ.* 1907, 488.
- PICOD (Y.), « Le formalisme de la mention manuscrite de la caution », in *Leçons du droit civil – Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruylant, 2011, p. 775.
- PIGNARRE (L.-F.), « La contrepartie financière de la clause de non concurrence et le droit des obligations : jeux d'influence », *Revue de droit du travail*, 2009, p. 151
- PIMONT (S.), « Peut-on réduire le droit en théories générales », *RTD civ.* 2009, 417.
- POIVEY-LECLERQ (H.), « Les créanciers face à la fraude des époux », *Dr. & Patr.* 1995, n°30, p. 20.

- POLLAUD-DULIAN (F.), « Du droit commun au droit spécial – et retour », *in Aspects contractuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925.
- POSEZ (A.), « La théorie des nullités. Le centenaire d'une mystification », *RTD civ.* 2011, 647.
- POUYAUD (D.), « Le contentieux des contrats publics en Europe - France », *RFDA* 2011, 6.
- « Les mutations du contentieux de la validité des contrats », *in L'intérêt général – Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 541.
- RABU (G.), « Le regain d'attractivité des titres associatifs », *Journal des sociétés* 2015, n°128, p. 47.
- RAYNAUD (P.), « La renonciation à un droit », *RTD civ.* 1936, 763.
- « Le désistement d'instance - Contribution à l'étude de la renonciation à un droit », *RTD civ.* 1942, 1.
- RÉMY (Ph.), « Éloge de l'exégèse », *Revue de la recherche juridique – droit prospectif*, 1982-2, PUAM, p. 254.
- RENARD (C.) et VIEUJEAN (E.), Rapport sur la nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge, *in Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV*, Dalloz, 1965, p. 521.
- RENARD (G.), « L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au moyen-âge », *Nouvelle revue historique de droit français*, 1903, p. 212.
- RIEG (A.), « Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français », *in Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1968, p. 51.
- RIGAUX (F.), « Les renonciations au bénéfice de la loi en droit civil Belge », *in Travaux de l'Association Henri Capitant, T. XIII*, 1959-1960, Dalloz, 1963, p. 388.
- RIPERT (G.), « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Génys*, T. II, Sirey, 1934, p. 347.
- RIVEIRO (J.), « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *in Mélanges P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 675.
- RUBELLIN (P.), « les nullités facultatives », *in Mélanges Ph. Simler*, p. 679.
- SAINT-ALARY (R.), « Vente d'immeubles à construire », *JCP* 1968, I, 2146.
- SAINTOURENS (B.) et EMY (Ph.), « Nouvelle étape de « simplification » du droit des sociétés par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 », *Revue des sociétés* 2012, 335.
- SAUTEL (O.), « Sur la déchéance en droit privé (Contribution à la théorie de la permanence de la cause) », *D.* 1999, ch., p. 487.
- SEILLAN (Y.), « L'acte abdicatif », *RTD civ.* 1966, 686.
- SERINET (Y.-M.), « La qualité du défendeur », *RTD civ.* 2003, 203.
- « Le juge et l'illicéité du contrat », *in Le renouveau des sanctions contractuelles sous la direction de F. Collart-Dutilleul et C. Coulon*, *Économica*, 2007, p. 85 et s.
  - « Retours variés sur l'exception de nullité contractuelle et sa prescription », *RDC* 2009, 1516.
- SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), « Les conséquences de l'annulation d'un contrat », *JCP G*, 1989, I, 3397.
- SIMLER (Ph.), « La sanction de l'absence de cause », *in Mélanges en l'honneur d'Yves Serra – Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Dalloz, 2006, p. 414.

- SIMON (O.), « La nullité des actes juridiques pour trouble mental », *RTD civ.* 1974, 707.
- STIEFEL (E.), « Le sinistre dans l'assurance de responsabilité (étude de droit comparé) », *RGAT*, 1936, 721.
- STORCK (M.), « L'exception de nullité en droit privé », *D.* 1967, Ch. XIII, p. 69.
- TAURAN (Th.), « Les distinctions en droit civil », *LPA* 2000, n°70, p. 5.  
 - « Les distinctions en droit commercial », *LPA* 2000, n°182, p. 9.
- TERNEYRE (Ph.) et GOURDOU (T.), « Les référés précontractuels et contractuels après l'ordonnance du 7 mai 2009 », *BJCP* 2009, 358.
- THÉRY (Ph.), « Le litige en droit judiciaire privé – Petits exercices de procédure élémentaire », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard « Justices et droit du procès – Du légalisme procédural à l'humanisme processuel »*, Dalloz, 2010, p. 853.
- TOUFFAIT (A.) et TUNC (A.), « Pour une motivation plus explicite des arrêts de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, 487.
- TRESCASES (A.), « Les délais préfixes », *LPA*, 30 janv. 2008, n°22, p. 6.
- VIRIOT-BARRIAL (D.), « Commentaire de la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *D.* 2006, 2350.
- VIVANT (M.), « Le plan en deux parties, ou de l'arpentage considéré comme un art », in *Études offertes à P. Catala : le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Litec, 2001, p. 969.
- WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux. Mélanges en l'honneur d'Y. Serra*, Dalloz, 2006, p. 455.  
 - avec BOUCARD (H.), « Les sanctions relatives à la formation du contrat », *JCP* 2015, supplément au n°21, p. 32.
- WIEDERKEHR (G.), « La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau Code de procédure civile », in *Mélanges offerts à P. Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 949.  
 - « Une notion controversée : l'action en justice », in *Études offertes au Doyen Ph. Simler*, Lexis Nexis / Dalloz, 2006, p. 903.  
 - « La légitimité de l'intérêt pour agir », in *Mélanges en l'honneur de S. Guinchard « justices et droit du procès – du légalisme procédural à l'humanisme processuel »*, Dalloz, 2010, p. 877.
- WITZ (C.), « La consécration de l'inexistence par plusieurs instruments d'uniformisation du droit », in *Études offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 729.

## II. JURIS-CLASSEUR, ENCYCLOPÉDIES, ET DICTIONNAIRES.

- ALLAND (D.) et RIALS (S.), dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, 2003.
- CORNU (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, Puf, coll. Quadrige, 9<sup>e</sup> éd., 2011.
- ROBERT (P.), *Le petit Robert*, Texte remanié et amplifié sous la direction de J. Rey-Debove et A. Rey, 2014.

### *Répertoire civil Dalloz*

- DESHAYES (O.), « ayant cause ».

- FOURNIER (A.), « Publicité foncière ».
- GRÉAU (F.), « Action oblique ».
- HAUSER (J.) et Lemouland (J.-J.), « Ordre public et bonnes mœurs ».
- PICOD (Y.), « Nullité ».

*Répertoire de procédure civile Dalloz*

- AMRANI-MEKKI (S.), « délai ».
- PILLET (G.), « Prémption et retraits ».

*Juris-classeur civil*

- SANA-CHAILLE DE NERE (S.), *art. 1338 à 1340, Fasc. 10* : « Contrats et obligations – Confirmation des actes nuls ».
- SANA-CHAILLE DE NERE (S.), *1304 à 1314, Fasc. 10* : « Nullité ou rescision des conventions – généralités : nullité ».

*Jurisclassseur procédure civile*

- DESDEVICES (Y.), *Fasc. 126-3* : « Action en justice ».
- DESDEVICES (Y.), *Fasc. 125* : « Action en justice – généralités ».
- DESDEVICES (Y.), *Fasc. 126-2* : « Intérêt ».
- FRICERO (N.), *Fasc. 682* : « Désistement ».
- FRICERO (N.), *Fasc. 683* : « Acquiescement ».
- GOUT (O.), *Fasc. 100* : « Ministère public – Attributions judiciaires en matière civile ».

### III. RAPPORTS

BÉTEILLE (L.), Rapport n°83 (2007-2008) fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. Jean-Jacques HYEST portant réforme de la prescription en matière civile.

BLESSIG (E.), Rapport n°3556 et n°3557, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n°3462, portant réforme de la protection juridique des majeurs.

- Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n°433), adoptée par le Sénat, portant réforme de la prescription en matière civile.

DE RICHEMONT (H.), Rapport n° 11 (2006-2007) fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 11 octobre 2006, relatif à la proposition de loi instituant la fiducie.

- Rapport n°212, fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs.

HYEST (J.-J.), PORTELLI (H.) et Richard YUNG (R.), Rapport d'information fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par la mission d'information sur le régime des prescriptions civiles et pénales.

### IV. NOTES DE JURISPRUDENCE, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS.

- ALBIGES (C.), note sous Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 8 déc. 1999, *D.* 2001, 269.
- note sous Cass. com., 15 oct. 2013, *Gaz. Pal.* 2013, n°331-332, p. 15.
- AMRANI-MEKKI (S.), obs. sous Cass. civ.3<sup>e</sup>, 6 juil. 2011, *D.* 2012, 459.
- obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 21 sept. 2011, *D.* 2012, 466.
- ATIAS (C.), note sous Cass. com., 18 oct. 1994, *D.* 1995, 180.
- AUBERT (J.-L.), obs. sous CA d'Amiens, 9 déc. 1974, *Defrénois*, 1976, art. 31069, n°3, p. 494.
- obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 22 avril 1976, *Defrénois* 1977, art. 31350, n°40, p. 459.
  - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 nov. 1989, *Defrénois* 1990, art. 34802, n°51, p. 738.
  - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 fév. 1993, *Defrénois* 1995, art. 35663, n°129, p. 1375.
  - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 janv. 1995, *Defrénois* 1995, art. 36024, n°19, p. 345.
  - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 1998, *Defrénois*, 1998, art. 36815, n°75, p. 749.
  - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 nov. 1999, *Defrénois*, 2000, art. 37107, n° 10, p. 250.
- AUQUE (F.), note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 4 mai 2006, *RJC* 2006, 470.
- AYNÈS (A.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 avril 2013, *Dr. & Patr.* 2013, n°227, p. 90.
- AYNÈS (L.), note sous Cass. ch. Mixte, 8 juin 2007, *RLDC* sept. 2007, 25.
- obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 12 janv. 2011, *D.* 2011, 851.
  - obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 24 oct. 2012, *Dr. & Patr.* 2013, n°226, p. 69.
- BARBIER (H.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 avril 2013, *RTD civ.* 2014, 374.
- obs. sous Cass., ch. mixte, 17 mai 2013, *RTD civ.* 2013, 597.
  - obs. sous Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 16 janvier 2014, *RTD civ.* 2014, 371.
  - obs. sous Cass. com., 13 mai 2014, *RTD civ.* 2015, 646.
- BARBIÈRI (J.-F.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 2010, *Rev. sociétés* 2010, 509.
- BARTEZ (A.-S.), obs. sous Cass. Com., 5 fév. 2013, *RDC* 2013, 1450.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 avril 2013, *RDC* 2014, 230.
- BEAUGENDRE (S.), note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 2 juin 1999, *D.* 2000, 733.
- BEIGNIER (B.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 sept. 2004, *Dr. fam.* 2004, comm. 206.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 2010, *Dr. fam.* 2010, comm. 61.
- BERNARD, concl. sur CE, 19 oct. 1962 « Brocas », *D.* 1962, 701.
- BEUDANT (C.), note sous Req., 5 mai 1879, *D.* 1880, 1, 145.
- BERR (J.-C.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juil. 1995, *D.* 1996, somm. 187.
- BILLIAU (M.) et MOURY (J.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 oct. 2000, *D.* 2001, 952.
- BINET (P.), obs. sous Cass. civ., 17 déc. 1913, *D.* 1914, 1, 261.
- BOILLOT (C.), note sous Cass. com., 21 sept. 2010, *Rev. sociétés* 2011, 311.
- BOULANGER (J.), note sous Cass. civ., 26 oct. 1943, *D.* 1946, 301.
- BOULOC (B.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 oct. 2007, *RTD com.* 2008, 407.
- obs. sous Cass. com., 20 mars 2012, *RTD com.* 2012, 835.
- BRACONNIER (S.), note sous CE, 4 avril 2014, *RDI* 2014, 344.
- BRETON (A.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 déc. 1971, *D.* 1972, 173.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 janv. 1983, *D.* 1983, 317.

CABANNES (J.), concl. sur Ass. Plén., 28 mai 1982, *D.* 1983, 117.

CAFFIN-MOI (M.), note sous Com., 10 juil. 2012, *D.* 2012, 2772.

CARBONNIER (J.), note sous Cass. civ. sect. soc., 24 avril 1952, *RTD civ.* 1953, 126.  
 - note sous Cass. civ., 17 déc. 1959, *RTD civ.* 1960, 489.

CARON (Ch.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 fév. 2008, *CCE* 2008, n°4, p. 29.

CASEY (J.), obs. sous Cass. ch. Mixte, 8 juin 2007, *JCP G* 2007, Act. 274.

CHABAS (F.), obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 15 avr. 1980, *RTD civ.* 1981, 155.

CHAMPAUD (C.), obs. sous Cass. soc., 21 nov. 2006, *RTD com.* 2007, 141.

CHAMPENOIS (G.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 2010, *Deffrénois* 2011, art. 39206, p. 364

CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU (A.-L.), note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 7 fév. 2012, *Rev. sociétés* 2012, 622.

CHANTEPIE (G.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 oct. 2007, *D.* 2008, 954.

CHEVALLIER (J.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 1966, *RTD civ.* 1967, 148.

COLLART-DUTLLEUL (Ph.), note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 2 juin 1999, *RDI*, 1999, 466.

CRÉMIEU (L.), note sous Cass. civ. 6 juil. 1925, *D.* 1926, 1, 25.

CROCQ (P.), obs. sous Cass., ch. Mixte, 8 juin 2007, *RTD civ.* 2008, 331.  
 - obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 12 janv. 2011, *RTD civ.* 2011, 158.  
 - « Droit des suretés mai 2012 - mai 2013 », *D.* 2013, 1706.

DACOSTA (B.), « De Martin à Bonhomme, le nouveau recours des tiers contre le contrat administratif », concl. sur CE, 14 avril 2014 « Département de Tarn-et-Garonne », *RFDA*, 2014, 425.

DALEAU (J.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 janv. 2007, *D.* 2007, 586.

DEFRÉNOIS (J.), note sous Cass. civ. 12 oct. 1965, *Deffrénois*, 1965, art. 28774, p. 893.

DELPECH (X.), obs. sous Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, *D.* 2013, 1658.

DEMOGUE (R.), note sous CA Paris, 2<sup>e</sup> ch., 19 juin 1935, *RTD civ.* 1935, 832.

DERRUPPÉ (J.), obs. sous Cass. com., 16 janv. 1996, *RTD com.* 1996, 239.

DESBOIS (H.), obs. sous TGI Paris, 1<sup>er</sup> juil. 1971, *RTD com.* 1972, 95.

DESHAYES (O.), obs. sous Cass. com., 10 juil. 2012, *RDC* 2013, 91.

DUMONT (F.), note sous Cass. soc., 2 fév. 2006, *JCP S* 2006, n°12, p. 37-38.

DUMONT-LEFRAND (M.-P.), obs. sous Cass. com., 27 janv. 2015, *Gaz. Pal.* 2015, n°78, p. 12.

ESMEIN (P.), note sous Cass. civ., 16 nov. 1932, *S.* 1934, 1, 1.

FAGES (B.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 nov. 1999, *RTD civ.* 2000, 568.  
 - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juin 2003, *RTD civ.* 2004, 280.  
 - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 janv. 2007, *RTD civ.* 2007, 346.  
 - obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 23 janv. 2008, *RTD civ.* 2008, 292.  
 - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 2012, *RTD civ.* 2012, 526.

FAVENNEC-HÉRY (F.), obs. sous Cass. soc., 15 sept. 2010, *Dr. soc.* 2010, 1256.

- FENOUILLET (D.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 oct. 2007, *RDC* 2008, 351.
- FOREST (G.), obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 8 oct. 2008, *D.* 2008, 2667.
- GAILLARD (E.), note sous Ass. Plén., 28 mai 1982, *D.* 1983, 349.
- GARÉ (T.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov. 1999, *JCP* 1999, II, 10053.
- GAUTIER (P.-Y.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 1993, *RTD civ.* 1994, 634.
  - obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 22 mai 1997, *RTD civ.* 1997, 960.
  - obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 10 fév. 1999, *RTD civ.* 1999, 856.
  - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 nov. 2005, *RTD civ.* 2006, 138.
- GENICON, (Th.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 oct. 2007, *RDC* 2008, 234.
  - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mai 2009, *RDC* 2009, 1348.
  - obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 26 juin 2013, *RDC* 2013, 1299.
  - obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 21 mai 2014, *RDC* 2014, 605.
- GHESTIN (J.), obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 21 sept. 2011, *JCP* 2011, 1276.
  - obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 11 fév. 2014, *JCP* 2014, n°24.
- GIVORD (F.), obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> avril 1987, *RDI* 1987, 485.
- GOBERT (M.), note sous Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 oct. 1969, *JCP* 1970, II, 16501.
- GRIMALDI (M.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 sept. 2013, *RTD civ.* 2014, 424.
- GROUDEL (H.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 oct. 2002, *D.* 2004, somm. 915.
- HAURIOU (M.), note sous CE, 29 mars 1901 « Casanova », *S.* 1901, III, 33.
- HAUSER (J.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 nov. 2005, *RTD civ.* 2006, 92.
  - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janv. 2010, *RTD civ.* 2010, 304.
- HÉBRAUD (J.), note sous Cass. soc., 9 janv. 1954, *RTD civ.* 1954, 344.
- HÉRON (J.), note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 14 fév. 1985, *JCP* 1988, II, 21030.
- HONORAT (J.), obs. sous Cass. com., 17 janv. 1989, *Deffrénois* 1989, art. 34612, n°1, p. 1268.
- HONTEBEYRIE (A.), note sous Cass. com., 5 sept. 2013, *D.* 2014, 244.
- HOUTCIEFF (D.), note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 14 mai 2003, *Dr. & Patr.* 2003, n°118, p. 109-110.
  - note sous Cass., ch. Mixte, 8 juin 2007, *D.* 2007, 2201.
  - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 2010, *Gaz. Pal.* 4-5 août 2010, p. 20
  - obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 21 sept. 2011, *Gaz. Pal.* 2011, n°303, p. 18.
  - obs. sous Cass. com., 21 fév. 2012, *Gaz. Pal.* 2012, n°99, p. 18.
  - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 2012, *Gaz. Pal.* 2012, n°186, p. 15.
  - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 janv. 2013, *Gaz. Pal.* 2013, n°100-101, p. 17.
  - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 avril 2013, *Gaz. Pal.* 2013, n°183, p.13.
  - obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 11 fév. 2014, *Gaz. Pal.* 2014, n°183, p. 15.
- HOVASSE (H.), note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 6 oct. 2004, *JCP E* 2004, n°49, p. 1933.
  - note sous Cass. com., 3 avril 2013, *JCP E* 2013. 1328.
- ICARD (J.), obs. sous Cass. soc., 30 avril 2014, *Cahiers sociaux du Barreau de Paris* 2014, n° 264, p. 361.
- JOURDAIN (P.), obs. sous Cass. com., 10 juil. 2012, *RTD civ.* 2012, 732.

- LAITHIER (Y.-M.), obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 10 mai 2007, *RDC* 2007, 1229.
- obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 8 oct. 2008, *RDC* 2009, 53.
  - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 janv. 2013, *RDC* 2013, 537.
  - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 avril 2013, *RDC* 2013, 1310.
  - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 janvier 2015, *RDC* 2015, 226.
- LANDRON, concl. sur CE (Ass.), 19 nov. 1955, *RPDA*, 1956, 25.
- LARRIBAU-TERNEYRE (V.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mars 2006, *Dr. fam.* 2006, comm. 118.
- note sous CA Douai, 17 nov. 2008, *Dr. fam.* 2008, comm. 167.
- LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 avril 2013, *D.* 2013, 1460.
- LATINA (M.), obs. sous Cass. com., 13 mai 2014, *RDC* 2015, 627.
- LEBORGNE (A.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janv. 2010, *RJPF* 2010, n°14, p. 18
- LE CANNU (P.), note sous Cass. com., 17 janv. 1989, *Bull. Joly* 1989, 247.
- note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 6 oct. 2004, *Bull. Joly* 2005, 114.
- LÉCUYER (H.), note sous Cass. com., 3 avril 2007, *Dr. sociétés* 2007, n°10, p. 11.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 oct. 2007, *JCP E* 2008, n°9, p. 35.
- LE GALLOU (C.), obs. sous Cass. com., 13 mai 2014, *RLDC* 2014, n°117, p. 13.
- LEGEAIS (D.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 juin 2007, *RTD com.* 2007, 817.
- obs. sous Cass. com., 5 fév. 2013, *revue des Sociétés* 2013, p. 479.
  - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 avril 2013, *JCP E* 2013, n°18, p. 40.
  - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 avril 2013, *RTD com.* 2013, 564.
- LEMOULAND (J.-J.) et VIGNEAU (D.), obs. sous CA Douai, 17 nov. 2008, *D.* 2010, 728.
- LEVENEUR (L.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 fév. 1993, *CCC* 1993, comm. 128.
- note sous Com., 18 oct. 1994, *CCC* 1995, comm. 1.
  - note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1999, *CCC* 2000, comm. 5.
  - note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janv. 2000, *CCC* 2000, comm. 117.
  - note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mai 2009, *CCC* 2009, comm. 213.
  - note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 avril 2013, *CCC* 2013, comm. 154.
- LEVILLAIN (N.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 sept. 2013, *AJ Fam.* 2013, 640.
- LÉVY (J.-Ph.), note sous CA d'Amiens, 9 déc. 1974, *JCP* 1975, II, 18135.
- LIBCHABER (R.), note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 9 mars 2005, *Deffrénois* 2005, art. 38207, n°54, p. 1240.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 oct. 2007, *Deffrénois* 2007, art. 38697, n°74, p. 1729.
  - note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 23 janv. 2008, *Deffrénois* 2008, art. 38740, n°2, p. 688.
  - note sous Cass. Com., 5 fév. 2013, *D.* 2013, 1113.
- LIENHARD (A.), obs. sous Cass. com., 21 sept. 2010, *D.* 2010, 2221.
- obs. sous Cass. com., 2 déc. 2014, *D.* 2014. Actu. 869.
- MALAUURIE (Ph.), note sous CA Poitiers, 18 déc. 1953, *D.* 1954, 522.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 1966, *D.* 1966, 553.
  - note sous jugement du TGI d'Albi du 13 juil. 1973, *Deffrénois* 1974, art. 30808, p. 1478.
  - note sous CA d'Amiens, 9 déc. 1974 et CA de Toulouse, 5 mars 1974, *D.* 1975, 774.
- MALLET-BRICOU (B.), obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 12 janv. 2011, *D.* 2011, 2298.

MARGEAT (H.), note sous TGI Paris (1<sup>ère</sup> Ch.), 7 avril 1993, *R.G.A.T.* 1993, 569.

MARTIN (D.R.), note sous Cass. ch. Mixte, 8 juin 2007, *D.* 2008, 881.

MARTIN-SERF (A.), obs. sous Cass. com., 6 mai 1997, *RTD com.* 1999, 201.  
 - obs. sous Cass. com., 21 sept. 2010, *RTD com.* 2011, 419.

MASSIP (J.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 déc. 2008, *Deffrénois* 2009, art. 38910, n°5, p. 549.  
 - note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 2010, *Deffrénois* 2010, art. 39137, p. 1466.

MAURY (J.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juil. 1995, *R.G.A.T.* 1995, 929.

MAYAUX (L.), note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 16 nov. 2006, *R.G.A.T.* 2007, 75.

MAZEAUD (J.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 1966, *JCP* 1967, II, 15038.

MAZEAUD (D.), note sous Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 24 janvier 2002, *D.* 2002, 2559.  
 - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 janv. 2006, *RDC* 2007, 708.  
 - obs. sous Cass. com., 24 avril 2007, *RDC* 2008, 276.

MERCAT-BRUN (M.), obs. sous Cass. soc., 15 sept. 2010, *RDT* 2011, 31.

MESTRE (J.), obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 10 fév. 1999, *RTD civ.* 1999, 616.

MONACHON-DUCHÊNE (N.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 déc. 1998, *JCP E* 1999, 1106.

MORTIER (R.), obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 24 oct. 2012, *Dr. sociétés* 2013, n°2, p. 26.

MOURY (J.), note sous Cass. com., 20 mars 2012, *Rev. sociétés* 2012, 582.

NEAU-LEDUC (C.), obs. sous Cass. soc., 28 janv. 2009, *RDC* 2009, 1129.

NERSON (R.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 1966, *RTD civ.* 1967, 381.

NGUYEN (P. D.), note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 5 déc. 1978, *D.* 1980, 222.

DOUCHY-LOUDOT (M.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 déc. 2008, *Procédures*, 2009, n°2, p. 21.

PATARIN (J.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> déc. 1976, *JCP* 1977, II, 18625.  
 - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 janv. 1983, *RTD civ.* 1983, 773.  
 - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 déc. 1990, *RTD civ.*, 1992, 157.

PENNEAU (J.), note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 26 janv. 1972, *D.* 1975, 22.

PICARD (J.), note sous jugement du TGI d'Albi du 13 juil. 1973, *JCP* 1973, II, 17579.  
 - note sous CA de Toulouse, 5 mars 1974, *JCP* 1975, II, 18034.

PIEDELIEVRE (S.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mars 1997, *Deffrénois* 1997, art. 36649, p. 1131.  
 - note sous Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 déc. 1997 *JCP*, 1998, II, 10148.  
 - note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 1998, *JCP E* 1998, 1731.  
 - note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 fév. 2001, *JCP E* 2001, 1580.  
 - note sous Cass., ch. Mixte, 8 juin 2007, *JCP E* 2007, 1861.  
 - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 avril 2013, *Gaz. Pal.* 2013, n°192, p. 18.

PIETTE (G.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 avril 2013, *D.* 2013, 1460.

PILLET (G.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mai 2009, *LEDC* 2009, 6.

PLESSIX (B.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 janv. 2013, *RFDA* 2013, 541.

POISSON (E.), note sous Colmar 8 mars 1972, *D.* 1973, 158.

POUMARÈDE (M.), obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup> 21 sept. 2011, *RDI* 2011, 623.

- PUIGELIER (C.), note sous Cass. soc. 25 juin 1996, *D.* 1997, 341.
- note sous Cass. soc., 21 nov. 2006, *JCP S* 2007, n°4, p. 23.
- RADÉ (Ch.), note sous Cass. soc., 28 janv. 2009, *LPA* 2009, n°156, p. 15.
- RAYMOND (G.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mars 1997, *CCC* 1997, comm. 87.
- obs. sous Cass. com., 7 fév. 2012, *CCC* 2012, comm. 138.
- RAYNARD (J.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juin 2003, *RTD civ.* 2003, 771.
- REIFEGERSTE (S.), note sous Cass. com., 21 sept. 2010, *JCP E* 2010, 1946.
- REVET (T.), obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 12 janv. 2011, *RTD civ.* 2011, 369.
- ROUQUET (Y.), note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 23 janv. 2008, *D.* 2008, 349.
- ROZÈS (L.), obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 17 nov. 2007, *D.* 2008, 1645.
- RUET (L.) obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 4 mai 2006, *Defrénois* 2006, art. 38451, n°5, p. 1416.
- SAVATIER (R.), note sous Cass. civ. sect. soc., 24 avril 1952 et 16 mai 1952, *D.* 1952, 721.
- SAVAUX (E.), note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 8 oct. 2008, *Defrénois* 2008, art. 38874, n°6, p. 2520.
- SAINTOURENS (B.), note sous T. com. Bordeaux 7<sup>e</sup> ch. civ., 15 nov. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 2, p. 197.
- note sous T. com., Paris 2<sup>e</sup> ch., 25 nov. 2003, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 2, p. 376.
  - note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 juin 2006, *RTD com.* 2007, p. 675.
  - note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 10 mai 2007, *revue des sociétés* 2007, 775.
- SEILLER (B.), obs. sous CE, 4 avril 2014, *Gaz. Pal.* 2014, n°151, p. 11.
- SERINET (Y.-M.), obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 20 nov. 2002, *JCP* 2003, I, 122.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 2010, *RDC* 2010, 1354.
  - note sous AP, 22 avril 2011, *JCP* 2011, 715.
  - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 2012, *JCP* 2012, 1377.
- SIMLER (Ph.), note sous Cass., ch. Mixte, 8 juin 2007, *JCP* 2007, II, 10138.
- SORTAIS (J.-P.), note sous Cass. com., 26 avril 2000, *LPA* 9 avril 2008, n°72, p. 11.
- STEMMER (B.), note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 5 déc. 1978, *JCP* 1979, II, 149.
- STOFFEL-MUNCK (Ph.), obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 24 oct. 2012, *Dr. & Patr.* 2013, n°226, p. 69.
- obs. sous Com., 10 juil. 2012, *Dr. & Patr.* 2013, n°221, p. 79.
- THÉRY (Ph.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 fév. 2008, *RTD civ.* 2008, 714.
- TOMASIN (D.), obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 6 juil. 2011, *RDI* 2011, 505.
- VAREILLE (B.), obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 2010, *RTD civ.* 2010, 365.
- VATINET (R.), note sous Cass. soc., 10 juil. 2002, *Dr. soc.* 2002, 949.
- VIANDIER (A.) et Caussain (J.-J.), obs. sous Cass. soc., 25 juin 1996, *JCP* 1996, I, 3980, n°12.
- VOIRIN (P.), note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 mai 1959, *JCP* 1959, II, 11202.
- WEBER (J.-F.), concl. sur Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1999, *JCP* 2000, II, 10 236.

# Index

## Les numéros renvoient aux paragraphes

### A

#### Action

- attitrée, 307 et s.
- banale, 307 et s. ; 339.
- droit commun, 301.
- droit de critique (et), 274.
- en nullité, 272 et s.
- non concurrence (de), 353.
- réputée non écrite, 261.

#### Condition impossible

- nullité, 92.

#### Administrateur

- nullité du contrat de travail.
  - ° caractère de la nullité, 179.
  - ° confirmation, 179 ; 565.

#### Assurance vie

- action attitrée, 322.
- nullité, 164 et s.

#### Ayant Cause

- action en nullité (transmission)
  - ° ayant cause à titre universel, 334.
  - ° avant cause à titre particulier, 335.

### B

#### But

- Critère
  - v. intérêt protégé.

### C

#### Caution

- nullité pour vice du consentement du débiteur principal, 319.

#### Cause

- absence (de), 88 et s.

#### Clause

- couperet, 353.
- indexation, 94.

#### Confirmation

- acte abdicatif, 495 et s.
- acte réceptice, 453.
- acte unilatéral, 450.
- auteur, 485 et s.
- conditions
  - ° consentement, 482 et s.
  - ° vice subjectif, 531 et s.
  - ° respect de la règle de droit, 552 et s.
- effet
  - ° parties, 494 et s.
  - ° tiers, 503 et s.
- ratification (et), 476.
- renonciation (et), 421.

#### Contentieux objectif

- action en nullité, 276 ; 279.
- contentieux subjectif (et), 275 et s.
- droit administratif, 287 et s.

#### Créancier

- action oblique, 368-369.

#### Critère de distinction

- but / intérêt protégé
  - v. intérêt protégé
- gravité du vice
  - v. gravité du vice

### D

#### Déchéance, 4 ; 254.

## **Délai**

- butoir, 404.
- prescription (de)
  - v. prescription.
- préfix, 201 ; 385.
- réflexion (de), 182 ; 559.

## **Désistement**

- action, 436
- acquiescement (et), 437.
- instance, 436

## **Drogoul, 47, 58, 128, 221, 232,**

## **Droit de critique**

- conception de la nullité, 232 et s.
- droit d'action (et), 274.

## **E**

### **Exception de nullité**

- conditions
  - ° exécution, 202.
  - ° délai de prescription, 201.
  - ° délai préfix, 201, 390.
- perpétuité, 188 ; 390.

### **État de l'acte**

- assise substantielle, 252 ; 256.
- nature de la nullité, 221 ; 225 ; 229.

## **F**

### **Formalisme**

- informatif, 490 ; 538 et s. ; 558.
- Constituant, 564 ; 572.

## **G**

### **Gravité du vice**

- critère, 19 et s.

## **I**

### **Injonction, 254.**

### **Incapacité**

- confirmation, 547

## **Inexistence, 6.**

### **Inopposabilité**

- confirmation (de la), 516
- nullité (et), 4.

### **Intérêt à agir**

- appréciation, 344.
- caractères
  - ° certain, personnel et direct, 341 et s.
  - ° légitime, 345 et s.
- définition, 318, 341.
- intérêt protégé (et), 318 et s.
- ministère public
  - v. ministère public
- parties, 359 et s.
- prescription, 401 et s.
- tiers, 362 et s.

### **Intérêt protégé**

- but, 47.
- caractère opératoire, 82 et s.
- critère
  - ° distinction, 50 et s. ; 59.
  - ° sous distinction, 55 et s.
- intérêt à agir (et), 318 et s.

## **J**

### **Japiot**

- action en nullité, 234 ; 242.
- confirmation, 472 ; 508.
- droit de critique, 232 et s.
- théorie classique (et), 221 et s.

### ***Jus civile / jus praetorium, 35, 40.***

## **M**

### **Ministère public**

- intérêt à agir, 356 et s.

## **N**

### **Nullité**

- absolue, 51 ; 65 ; 69 et s. ; 74 et s.
- d'ordre public, 65.

- conventionnelle, 264 et s.
- facultative, 259.
- judiciaire, 261 ; 263 et s.
- nature
  - v. sanction
  - v. état de l'acte.
  - v. droit de critique.
- relative, 51 ; 68 et s. ; 76 et s.
- respective, 51.

## O

### Opposabilité

- nullité (régime de la), 291.
- nullité conventionnelle, 267.

### Ordre public

- confirmation, 181 ; 560.
- de protection, 83 ; 181.
- de direction, 94.
- ministère public, 357.

## P

### Prescription

- délais (de), 191 et s. ; 392 et s.
- délais préfix, 201.
- droit commun, 397 et s.
- *Lex specialia...*, 394 ; 407 et s.
- objet, 387.
- point de départ, 403 et s. ; 413.
- *Quae temporalia...*, 188.
- Réforme (de la), 197 et s. ; 386 ; 392.

### Preuve

- cause de nullité, 329.
- confirmation, 519.

### Procédures collectives

- article L. 650-1 du Code de commerce, 96.
- nullité des actes de la période suspecte.
  - ° action attitrée, 322.
  - ° nature de la nullité, 169.

### Publicité foncière

- confirmation, 523 et s.

## R

### Réfection, 563 et s.

### Régime

- action en nullité (de l'), 281 et s.
- distinction des nullités relative et absolue (de la), 117 et s.

### Règle de droit

- respect
  - v. confirmation

### Régularisation

- effets
  - ° à l'égard des parties, 494 et s.
  - ° à l'égard des tiers, 503 et s.
- objective et subjective, 489 et s.
- subjective, 456 et s.

### Renonciation

- abstention (et), 419.
- action en nullité, 426 et s.
- confirmation (et), 421
- désistement (et), 435

### Responsabilité civile, 251.

## S

### Sanction

- définition, 251.
- finalités, 253
- légalité, 253 et s.
- nature de la nullité, 252.

## T

### Transaction, 264 ; 267.

### Tiers

- confirmation, 503 et s.

- intérêt à agir, 362 et s.

## V

### **Vente**

- chose d'autrui, 319.

**Vices du consentement**, 533 ; 555.

### **Vice subjectif**

- manquement à une règle de pouvoir
  - ° mineur, 545 ; 555.
  - ° personne protégée, 546 et s. ; 555.
  - ° cogestion, 550.
- notion, 530.
- trouble mental, 542.
- vice du consentement, 533 ; 555.

# Table des matières

<b>Liste des principales abréviations.....</b>	<b>8</b>
<b>Liste des ouvrages cités en forme abrégée .....</b>	<b>10</b>
<b>Plan sommaire .....</b>	<b>12</b>
<b>Introduction.....</b>	<b>14</b>
<b><u>1ère Partie</u> - Pour un abandon de la distinction des nullités relative et absolue.....</b>	<b>28</b>
<b><u>Chapitre 1</u> - Des critères de distinction non convaincants.....</b>	<b>30</b>
Section 1 - La gravité du vice.....	30
§.1 - Un critère doctrinal .....	31
A - Un critère dénué de fondement légal.....	31
1 - L'intention du législateur déformée.....	32
2 - Le refus du législateur de consacrer une distinction binaire des nullités .....	37
B - Un critère naissant au XIX <sup>e</sup> siècle .....	40
1 - Le droit romain : la distinction du <i>jus civile</i> et du <i>jus praetorium</i> .....	42
2 - L'Ancien droit : l'absence de distinction fondée sur la gravité du vice .....	43
3 - L'apparition de l'inexistence au XIX <sup>e</sup> siècle.....	46
§.2 - Un critère labile.....	47
Section 2 - Le but poursuivi par le législateur : l'intérêt protégé .....	50
§.1 - Un critère doctrinal .....	50
A - La pérennité du recours à l'intérêt.....	50
1 - L'apparition du critère de l'intérêt au XVI <sup>e</sup> siècle .....	51
2 - Un critère supplanté au XIX <sup>e</sup> siècle.....	54
3 - Un critère replacé au cœur de la théorie des nullités au XX <sup>e</sup> siècle.....	57
B - Un critère aux prétendues vertus explicatives.....	59
1 - Un critère censé expliquer la démarche du législateur.....	59
□□□ Le rejet de l'amalgame entre nullité d'ordre public et nullité absolue.....	62
b - L'intérêt face à la qualification de nullité relative.....	65
c - L'intérêt face à la qualification de nullité absolue .....	66
2 - Un critère parfois explicatif de la démarche du juge .....	69
a - L'absence de référence formelle à l'intérêt lors de la qualification d'une nullité absolue.....	70
b - La référence formelle à l'intérêt protégé : l'absence de doute levé quant au caractère relatif de la nullité .....	72
c - L'absence de référence formelle au critère de l'intérêt : le signe de sa difficile mise en œuvre .....	74

§.2 - Un critère dénué de caractère opératoire.....	75
A - L'absence de frontière étanche entre intérêt général et intérêt particulier.....	76
B - Les manifestations de l'absence de caractère opératoire du critère de l'intérêt....	78
1 - Le caractère de la nullité pour absence de cause.....	79
2 - Le caractère de la nullité pour condition suspensive impossible.....	81
3 - Le caractère de la nullité d'une clause d'indexation illicite .....	82
4 - Le caractère de la nullité prévue par l'article L. 650-1 du Code de commerce...	84
Section 3 - les critères alternatifs .....	85
§.1 - Une proposition pragmatique : la combinaison d'un critère qualitatif et d'un critère quantitatif.....	86
A - Exposé de la proposition .....	86
B - Critique de la proposition .....	87
1 - Une détermination des domaines respectifs des nullités relative et absolue délicate .....	88
2 - La perte de cohérence de la théorie des vices du consentement.....	88
§.2 - L'origine de la règle : la distinction du droit strict et de l'équité.....	89
A - Exposé du critère.....	89
B - Critique du critère.....	90
<b><u>Conclusion du chapitre 1</u></b> .....	<b>94</b>
<b><u>Chapitre 2 - Une opposition de régimes non pertinente</u></b> .....	<b>96</b>
Section 1 - L'existence injustifiée d'une opposition de régimes .....	96
§.1 - Une dualité incontestée en doctrine jusqu'au XX <sup>e</sup> siècle .....	97
A - L'apparition en Ancien droit d'un lien entre la nature de la nullité et son régime	97
B - Le maintien d'un lien au XIX <sup>e</sup> siècle malgré son absence du Code civil.....	99
1 - Le choix des rédacteurs du Code civil : la souplesse par le rejet de tout lien..	100
2 - Le choix des auteurs du XIX <sup>e</sup> siècle : la rigidité par le maintien d'un lien .....	102
§.2 - Un rejet apparent du lien entre la nature et le régime dans la thèse de JAPIOT .....	104
A - La position : le rejet du lien .....	104
B - La réalité : une faculté de maintien offerte .....	105
§.3 - Le maintien d'un lien entre la nature de la nullité et son régime dans la doctrine contemporaine majoritaire .....	106
A - Un lien de nouveau justifié par le critère de l'intérêt.....	107
B - Un lien à abandonner : l'inaptitude de l'intérêt à justifier le régime de la nullité absolue.....	109
1 - L'absence de lien entre l'intérêt général et le cercle des titulaires de l'action	109
2 - L'absence de lien entre l'intérêt général et l'absence de confirmation .....	110
3 - L'absence de lien entre l'intérêt général et le délai de prescription .....	112
Section 2 - Le carcan de l'opposition de régimes .....	114
§.1 - L'opposition de régimes, cause de dévoiement de la distinction .....	115

A - La qualification déterminée en fonction du trait de régime souhaité .....	115
1 - Les tentatives d'instrumentalisation de la qualification par les demandeurs à l'action.....	115
2 - La qualification instrumentalisée : l'ancienne nullité du contrat de mariage conclu par un mineur .....	116
B - La qualification occultée lors de la détermination du trait de régime souhaité ...	117
§.2 - Le rapprochement des régimes .....	119
A - Le cercle des titulaires de l'action .....	120
1 - L'ouverture de l'action à des personnes autres que la personnes protégée .....	120
a - L'exemple de l'ancienne nullité du partage d'ascendant pour omission d'un héritier .....	120
b - L'exemple de la nullité de la société en nom collectif pour minorité d'un associé .....	121
2 - La fermeture de l'action à « tout intéressé ».....	123
a - L'exemple de la nullité de l'assurance-vie souscrite sur la tête d'autrui .....	123
b - La nullité des actes passés durant la période suspecte.....	126
B - Les tempéraments aux principes doctrinaux régissant la confirmation .....	128
1 - La confirmation possible de l'acte entaché de la nullité absolue édictée à l'article 931 du Code civil.....	128
2 - Le maintien de la commune volonté des parties comme tempérament jurisprudentiel à l'impossible confirmation d'un acte atteint de nullité absolue..	130
3 - L'appartenance de la règle à l'ordre public de protection un obstacle possible à la confirmation .....	134
C - L'absence d'une dualité de régime quant au temps pour invoquer la nullité .....	138
1 - L'extinction de l'action par l'écoulement du temps : du rapprochement à l'identité de délai.....	139
a - Les atteintes à la dualité de régime avant la réforme de la prescription .....	139
α - La diminution du délai pour agir en nullité absolue .....	139
β - L'existence de délais transcendants la distinction des nullités relative et absolue .....	141
b - L'incidence de la loi du 17 juin 2008 : l'identité de délai .....	144
2 - L'exception de nullité : l'absence d'incidence de la distinction.....	146
a - Des conditions identiques quel que soit le caractère de la nullité.....	146
b - L'exécution de l'obligation : un obstacle à l'exception de nullité indifférent à la distinction des nullités relative et absolue .....	148
Section 3 - Le caractère illusoire des qualités attachées à la distinction.....	150
§.1 - Une source de pédagogie trompeuse .....	150
§.2 - Une source de sécurité seulement apparente.....	152
<b>Conclusion du Chapitre 2 .....</b>	<b>155</b>

<b>Chapitre 3 - Une nature unique appelant un régime unique.....</b>	<b>157</b>
Section 1 - L'identification de la nature de la nullité .....	158
§. 1 - Le rejet des conceptions proposées en doctrine.....	158
A - Le rejet de la nullité-état de l'acte .....	158
1 - Une conception attribuée aux auteurs du XIX <sup>e</sup> siècle .....	159
a - Une systématisation à l'origine de la nullité-état de l'acte.....	159
b - Une dualité de conception retenue au XIX <sup>e</sup> siècle.....	162
2 - Le rejet de la conception de la nullité-état de l'acte .....	164
B - Le rejet de la conception de JAPIOT .....	165
1 - Exposé de la conception de la nullité-droit de critique.....	165
2 - Critique de la conception de la nullité-droit de critique.....	168
a - L'occultation de l'assise substantielle de la nullité .....	168
b - L'omission de l'indépendance réciproque de la nullité et du droit de critique .....	168
c - La mise en œuvre proposée de la nullité à rejeter.....	170
α - L'incompatibilité de l'absence de véritable action en nullité avec le droit positif.....	171
β - Critique des positions de JAPIOT relative à l'exercice du droit de critique en vue de faire apparaître le vice.....	172
§.2 - Pour une conception unique selon laquelle la nullité constitue une sanction à prononcer .....	174
A - La nullité : une sanction de la légalité .....	175
1 - Une sanction.....	175
2 - La finalité de la sanction : le respect de la légalité.....	177
B - Une sanction n'opérant pas de plein droit.....	181
1 - La nécessité de prononcer la nullité.....	181
2 - Les titulaires du pouvoir d'annulation .....	185
a - La nullité convenue par les parties : la nullité conventionnelle .....	185
b - Les limites de la nullité conventionnelle : l'intérêt de la nullité judiciaire .	188
Section 2 - À l'unique nature de sanction judiciaire, un régime unique.....	190
§.1 - L'identification de l'action en nullité .....	191
A - La banalité de l'action en nullité : une action pouvant naître de l'émission d'une prétention.....	191
B - L'originalité de l'action en nullité : une action appartenant au contentieux objectif .....	194
§.2 - L'exclusion d'un régime exorbitant du droit commun .....	197
A - Au regard des conditions d'ouverture de droit commun de l'action.....	198
B - Au regard de l'absence de spécificité de l'action en nullité .....	200

1 - L'absence d'impact du caractère objectif du contentieux sur les conditions d'ouverture de l'action.....	200
2 - La détermination du régime de l'action en nullité au regard de la règle édictant la cause de nullité : une erreur .....	203
<b><u>Conclusion du chapitre 3</u></b> .....	<b>206</b>
<b>Conclusion de la 1<sup>ère</sup> Partie</b> .....	<b>208</b>
<b><u>Partie 2 - Pour des règles communes à toutes les causes de nullité</u></b> .....	<b>210</b>
<b><u>Chapitre 1 - Une détermination de droit commun des sujets de l'action</u></b> .....	<b>212</b>
Section 1 - La distinction des actions attitrée et banale.....	213
§. 1 - L'identification de la distinction .....	213
A - La teneur de la distinction.....	214
B - Une distinction étrangère à la distinction doctrinale des nullités relative et absolue .....	217
1 - L'absence de correspondance systématique entre le titre et l'intérêt protégé	217
2 - L'absence d'assimilation de l'intérêt à agir et de l'intérêt protégé.....	220
§. 2 - La mise en œuvre de la distinction des actions attitrée et banale.....	224
A - Une mise en œuvre déjà présente en droit positif .....	224
B - Les grilles de lecture proposées.....	226
1 - La généralisation de la distinction des actions attitrée et banale.....	226
2 - La transmission conditionnée des actions attitrées aux ayants cause .....	229
Section 2 - L'intérêt à agir condition de l'action banale .....	233
§. 1 - L'identification de l'intérêt à agir .....	233
A - Un intérêt à agir direct, actuel et personnel.....	233
B - La légitimité de l'intérêt à agir .....	236
1 - La nature de la nullité excluant le contrôle de la légitimité de l'action.....	238
2 - Le contrôle de la légitimité du mal invoqué limitant le cercle des demandeurs .....	239
§. 2 - La caractérisation de l'intérêt à agir.....	242
A - L'intérêt à agir du ministère public.....	242
B - L'intérêt à agir des parties à l'acte .....	244
C - L'intérêt à agir des tiers .....	247
1 - Les demandeurs dont la conclusion de l'acte a violé les droits .....	247
2 - L'intérêt à agir du tiers évincé.....	249
3 - L'intérêt à agir des créanciers .....	250
4 - L'intérêt à agir au sein des groupes de contrat.....	251
5 - L'intérêt à agir des personnes morales représentant un intérêt collectif .....	253
<b>Conclusion du Chapitre 1</b> .....	<b>256</b>
<b><u>Chapitre 2 - Les obstacles objectifs à l'existence de l'action</u></b> .....	<b>258</b>

Section 1 - L'obstacle tenant à la prescription de l'action en nullité .....	259
§.1. L'extinction de la seule action en nullité par l'écoulement du délai .....	259
§.2 - La détermination du délai de prescription lato sensu.....	262
A - Le droit commun de la prescription de l'action en nullité .....	265
1 - La durée du délai de prescription .....	265
2 - Le point de départ du délai de prescription.....	266
B - Le jeu de l'adage <i>lex specialia generalibus derogant</i> conditionné par une antinomie .....	270
1 - La durée de la prescription <i>lato sensu</i> .....	270
2 - Le point de départ du délai de prescription <i>lato sensu</i> .....	273
Section 2 - L'absence d'obstacle tenant à la renonciation à l'action .....	275
§. 1 - La renonciation : une cause spécifique d'extinction de l'action .....	276
A - Le rejet du rapprochement de l'abstention et de la renonciation.....	276
B - Le rejet de l'assimilation de la confirmation à la renonciation.....	277
§. 2 - Une cause d'extinction exclue pour l'action en nullité.....	278
A - L'impossible renonciation anticipée à l'action en nullité.....	279
1 - L'exigence d'un droit subjectif ou d'une protection légale excluant la nullité. ....	279
2 - L'exigence d'un droit intéressant son seul titulaire excluant la nullité.....	281
B - L'incidence du cadre de l'instance .....	285
<b>Conclusion du Chapitre 2 .....</b>	<b>288</b>
<b>Chapitre 3 - La confirmation de l'acte entaché de nullité .....</b>	<b>290</b>
Section 1 : L'identification de la confirmation.....	291
§.1 - La confirmation, un acte juridique .....	291
A - Un acte juridique unilatéral.....	291
B - Un acte juridique consensuel .....	292
§.2 - L'objet de la confirmation .....	295
A - Une régularisation.....	295
1 - L'argument textuel .....	295
a - La lettre de l'article 1338 occultée par les partisans de la théorie dite moderne .....	296
b - La restauration de la lettre de l'article 1338 du Code civil .....	297
α - La doctrine des auteurs du XIX <sup>e</sup> siècle.....	297
β - L'aspect substantiel de la nullité doit être au cœur de la confirmation ..	299
2 - L'argument jurisprudentiel.....	300
a - Le rappel systématique des deux conditions de fond de la confirmation ....	300
b - L'absence de consécration de la conception de la confirmation-renonciation .....	301
3 - L'argument fondé sur le parallèle avec la ratification.....	303
B - Le moyen de la régularisation : la seule volonté.....	305

1 - Les caractéristiques de la volonté apte à réparer l'acte entaché d'une cause de nullité.....	306
a - Une manifestation de volonté univoque.....	306
b - Une manifestation de volonté émanant d'une personne ayant qualité pour confirmer .....	308
2 - Le moyen de la régularisation : le critère de distinction de la confirmation et de la régularisation <i>stricto sensu</i> .....	309
§. 3 - L'effet de la confirmation.....	312
A - À l'égard des parties à l'acte .....	312
1 - Un effet abdicatif à la portée relative .....	312
2 - La consolidation des effets de l'acte.....	314
B - À l'égard des tiers .....	316
1 - La réserve de l'article 1338 du Code civil.....	316
a - Le fondement de la réserve du droit des tiers.....	316
α - Le rejet des explications avancées .....	316
β - L'explication retenue : la protection des droits acquis contre l'effet validant .....	318
b - Le domaine de la réserve du droit des tiers.....	319
2 - La protection résultant de la réserve de l'article 1338 du Code civil .....	320
a - La protection par l'inopposabilité.....	320
α - Le principe de l'inopposabilité.....	320
β - L'importance de la date de la confirmation.....	321
b - L'incidence des règles de la publicité foncière.....	322
Section 2 : L'ouverture de la confirmation.....	325
§. 1 - Les conditions nécessaires à l'ouverture de la confirmation.....	326
A - L'existence d'un vice subjectif.....	326
1 - Les vices attachés au consentement.....	326
a - Les vices du consentement .....	327
b - Le manquement à une règle de formalisme informatif.....	329
c - Le trouble mental.....	330
2 - Les vices attachés à un défaut de pouvoir .....	332
a - Le défaut de pouvoir du mineur .....	332
b - Le défaut de pouvoir de la personne placée sous un régime de protection .....	333
c - Le défaut de pouvoir de l'époux marié sous le régime légal .....	335
B - Le respect de la règle transgressée.....	336
1 - Les considérations tenant au moment de la confirmation.....	336
2 - La considération tenant à la teneur de la règle.....	338
§.2 - L'exclusion de la confirmation.....	339

A - L'impossibilité de remédier à la cause de nullité en respectant la règle méconnue .....	340
1 - Les causes de nullité exclues .....	340
2 - L'alternative à la confirmation : la réfection.....	342
B - Une exclusion écartée par exception .....	344
1 - Le tempérament instauré : l'article 1340 du Code civil .....	344
2 - Les tempéraments à instaurer .....	345
<b>Conclusion du Chapitre 3 .....</b>	<b>348</b>
<b>Conclusion de la 2<sup>nd</sup>e partie .....</b>	<b>350</b>
<b>Conclusion générale .....</b>	<b>352</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>358</b>
<b>Index .....</b>	<b>382</b>
<b>Table des matières .....</b>	<b>386</b>

**Résumé :** La distinction doctrinale des nullités relative et absolue apparaît dans notre droit au XVI<sup>e</sup> siècle. Depuis, la doctrine enseigne que de sa mise en œuvre, découle l'entier régime d'une cause de nullité.

Le caractère opératoire de cette distinction est régulièrement interrogé, voire contesté. Cette circonstance, ajoutée à celle de sa probable consécration lors de la prochaine réforme du droit des obligations, incite à éprouver la pertinence de cette distinction.

Pour assurer sa fonction d'instrument de connaissance du droit, la distinction des nullités relative et absolue doit, comme toute distinction binaire, posséder trois caractéristiques : premièrement un critère de distinction solide assurant son caractère opératoire, deuxièmement une différence de régime significative entre les deux éléments composant la distinction et conférant tout son intérêt à celle-ci, troisièmement une différence de nature entre les deux composantes, établie par le critère choisi, et justifiant la disparité de régime.

Or, à l'analyse, la distinction des nullités relative et absolue ne possède ni critère de distinction sûr, ni différence de régime incontestée, ni dualité de nature.

L'étude de la nature de la nullité nous conduira à retenir une nature unique : la nullité sera analysée comme une sanction de la légalité, qui doit être prononcée. Le plus souvent, elle le sera par le juge et revêtira alors un caractère judiciaire.

Dès lors, à l'unique nature de sanction judiciaire de la légalité il est proposé d'attacher un seul régime, autrement dit, des règles communes à toutes les causes de nullité. La nature commandant le régime, ce dernier doit être élaboré en considération de la nature de la nullité proposée. Il conviendra néanmoins de prendre également en considération les dispositions légales spécifiques à certaines causes de nullité.

**Descripteurs :** nullité - sanction – légalité - action en nullité - renonciation - confirmation - régularisation subjective - intérêt protégé - intérêt à agir - contentieux objectif.

**Summary:** The scholarly distinction of relative and absolute nullities appeared in our law during the sixteenth century. Ever since, scholarly opinion has been that the entire regime of a cause of nullity depends on the implementation of this distinction. The operational nature of this distinction is regularly questioned, and even discussed. Yet, its probable establishment by the upcoming reform of the law of obligations urges a scrutiny of this distinction's relevance. In order to fulfil its task of knowledge of the law, the distinction of relative and absolute nullities must, like every binary distinction, possess three characteristics: firstly, a solid criterion of distinction must enable it to be operational; secondly, the two parts of the distinction must correspond to two sets of significantly different rules, this difference being the heart of the distinction; and thirdly, a difference in the nature of the two parts of the distinction, established by the chosen criterion, and justifying the difference of regimes.

However, after close analysis, the distinction of relative and absolute nullities possesses neither a reliable criterion of distinction, nor an uncontested difference in the regimes, nor a duality of nature.

The study of the nullity's nature will enable us to state that nullity has a uniform nature: nullity will be analysed as a sanction of the act's legality that must be imposed. More often than not, it will be imposed by the judge and will have a judicial nature.

Thus, the uniform nature of judicial sanction of the act's legality must correspond to a single regime, in other words it must correspond to rules that are common to all causes of nullity. Since the nature conditions the regime, the latter must be established by taking into consideration the nature of the proposed nullity. Nevertheless, it is necessary to also take into consideration the legal provisions specific to certain causes of nullity.

**Keywords:** nullity - sanction – legality - action in nullity - renunciation - confirmation – subjective regularisation – protected interest – interest in taking a legal action – objective litigation.