

Mémoire sur la théorie moderne des nullités.

Par Jean Baptiste LAFITTE,

sous la direction du professeur M. Lionel ANDREU.



Sommaire :

I - L'affirmation de la théorie moderne en droit positif.

A – Les effets concrets découlant de l'application dénaturée de la théorie moderne.

1 - Panorama des cas de nullité absolue et relative.

2 - L'effet principal de la distinction, l'attribution de l'action en nullité.

3 - Les autres effets de la distinction, en phase de disparaître.

B – La mise en œuvre contrariée de la théorie moderne des nullités.

1 - Les critiques doctrinales.

2 - Une jurisprudence défailante.

3 – Un droit comparé mitigé.

II – La théorie moderne des nullités, un avenir incertain.

A – La théorie moderne moderne entre consécration légale et refondation.

1 - Les projets de réforme, à la rescousse de la théorie moderne.

2 - Une renaissance intellectuelle de la théorie moderne.

B – Une théorie moderne dépassée ?

1 - Les nouvelles théories :

2 - La fin des théories ?

3 - La résurgence de l'inexistence.

Introduction :

« Quand nous faisons une théorie générale dans nos sciences, la seule chose dont nous soyons certains, c'est que toutes ces théories sont fausses absolument parlant. »
Claude Bernard, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, 1865.

- **Définitions et distinctions :**

Dans le langage commun, « la nullité » est ce qui est nul c'est-à-dire sans existence. En droit, la rigueur juridique donne un sens plus précis à la nullité qui est une sanction civile de l'inobservation de l'une des conditions prescrites par la loi pour la formation du contrat. Elle a pour effet de détruire rétroactivement le contrat, de manière à ce qu'il semble ne jamais avoir existé.

Ainsi, si elle a le même effet qu'une résolution, elle n'a pas la même origine puisque la résolution est dû à un circonstance postérieure à la conclusion du contrat. Au contraire, la sanction d'inopposabilité si elle prend son fondement lors de la conclusion du contrat, n'a pas les mêmes effets puisqu'elle autorise simplement les tiers à le méconnaître, à ignorer son existence. Enfin, la nullité se distingue de la caducité qui sanctionne la disparition ultérieure d'un des éléments nécessaires à la survie du contrat. En outre, cette dernière sanction n'a d'effet que pour l'avenir.

Le terme de « théorie » embrasse quant à lui plusieurs définitions, plus ou moins flatteuses. Il peut s'agir d'une simple spéculation de l'esprit qui s'oppose à la pratique qui concerne le concret, l'expérience. Au contraire, ce peut être un fait pratique dont on tire une règle, une loi générale qui a pour but de s'appliquer à un ensemble plus vaste de faits particuliers.

Pour sa part, le nom de « modernité » renvoie à ce qui est contemporain ou à ce qui correspond aux progrès et aux connaissances actuelles.

Ainsi, l'idée d'une théorie moderne des nullités aura pour but d'expliquer l'origine et les critères d'application de cette sanction et des différentes formes qu'elle peut prendre comme le laisse supposer l'utilisation du pluriel « les nullités ».

Mais préalablement à l'examen de la situation actuelle et donc moderne, l'étude de la théorie classique ou ancienne est nécessaire.

- **Les origines, la théorie classique des nullités :**

En effet, les anciens, à savoir les auteurs faisant l'exégèse du Code civil, ont une conception particulière du contrat qu'ils assimilent à un organisme vivant¹. De cette comparaison, il distingue les vices qui atteignent l'acte selon leur gravité, tel des maladies.

Ainsi l'acte mort-né, qui de fait n'a jamais existé est sanctionné par la nullité absolue, cela concerne des conditions de validités fondamentales telles que l'existence du consentement, un objet et une cause licite, le respect du cadre d'un contrat formel.

Au contraire, l'acte malade ou gangrené est simplement passible d'une nullité relative. Cette sanction ne concerne que des éléments secondaires ou réparables du contrat comme les vices du

¹ Pour une illustration à travers un cas d'espèce, D. 1880. 1 145, note Beudant ;

consentement qui peuvent faire l'objet d'une confirmation.

Outre, la possibilité d'une confirmation de l'acte restaurant son intégrité en cas de nullité relative et non en cas de nullité absolue, l'ancienne théorie distinguait d'autres différences entre les deux nullités. La nullité absolue n'avait qu'à être constatée par le juge qui prenait acte d'un état pré-existant, de plus toute personne pouvait invoquer cette nullité contre ce contrat aberrant. Au contraire, la nullité relative doit être prononcée par le juge qui vient ainsi mettre un terme « au souffrance du malade », cette demande ne peut cependant être faite que par les personnes concernées par le contrat et l'invalidité qui l'atteint.

De plus, la théorie classique englobe une dernière notion dont la résurgence actuelle est palpable, celle de l'inexistence. La notion est pourtant floue, il s'agirait du statut d'un contrat inexistant du fait de l'impossibilité pour les parties d'avoir pu opérer une rencontre des consentements. Ainsi, l'inexistence est un état plus grave encore que la nullité absolue, qui s'applique notamment en cas d'absence d'un élément de fait du contrat tel que l'absence d'objet. Dans cette hypothèse, le contrat n'a jamais matériellement existé.

Néanmoins, cette théorie suscitait de nombreuses critiques contre son fondement, sa présentation et sa rigidité. D'une part, la vision organique du contrat fut une notion du dix-neuvième siècle qui n'a que peu de fondement juridique ou même philosophique. D'autre part, la division bipartite semblait-elle aussi artificielle ou tout du moins trop restrictive pour répondre avec efficacité aux différentes situations juridiques auxquelles les juges pouvaient être confrontés. De même, l'importance donnée à la nullité absolue s'est avérée de plus en plus contraignante dans une économie aux enjeux de plus en plus rapides et importants. L'idée même d'un contrat irrémédiablement malade s'opposait aux techniques de sanctions modernes des contrats telles que la nullité partielle au service de l'ordre public économique.

- **Le critère procédurale de distinctions :**

Face à ces critiques, c'est l'école de Dijon qui incarna le renouveau d'une théorie des nullités, la théorie moderne des nullités dite « la théorie du droit de critique ». C'est surtout le professeur Eugène GAUDEMET et son disciple le professeur René JAPIOT qui incarnèrent cette théorie.

Leur théorie décale le critère de la distinction de l'acte vicié à la règle violée. En effet, selon eux ce qui importe est le fondement de la norme qui fonde elle-même la nullité. Peu importe sa gravité, seules peuvent se prévaloir de la violation d'une norme les personnes qui sont protégées par cette norme.

Dés lors, l'ouverture de l'action en nullité se fera en fonction de la relation de la personne à la norme. Le droit de critique est alors le moyen de déterminer la nature de la nullité. Une présentation didactique mais simpliste de la théorie oppose donc toujours deux ensembles :

- Les normes protégeant l'intérêt général, sont donc invoquables par tous et font l'objet d'une nullité absolue ;
- Les normes protégeant l'intérêt privé, seules les personnes protégées par cette norme peuvent s'en prévaloir et elles sont sujettes à une nullité relative.

Pourtant, la théorie de Japiot tendait à dépasser cette division bipartite pour adapter au mieux la sanction à la situation, pour concilier normes violées et intérêts protégés. Dans une retranscription la

plus pure possible, le Professeur Japiot distinguait au moins huit nullités différentes¹ :

- les nullités purement personnelles, c'est-à-dire celles attachées exclusivement à la personne du débiteur ;
- les nullités ouvertes à une seule personne mais dépourvues de caractères exclusivement personnels tel que les vices du consentement ;
- les nullités relatives ouvrant l'exercice du droit de critique à plusieurs personnes à des titres différents, il s'agit notamment des cas d'incapacité où l'action en nullité peut appartenir aux représentants de l'incapable ;
- les nullités relatives ouvrant l'exercice du droit de critique à plusieurs personnes au même titre lorsque la nullité peut être invoqué par un groupement ou plusieurs intéressés ;
- les nullités relatives généralisées sont une forme de nullité absolue que l'on peut néanmoins confirmer ;
- les nullités d'intérêt social que l'on peut assimiler aux nullités d'ordre public de direction ;
- les nullités naturelles qui confinent aux cas d'erreur obstacle ou d'inexistence ;
- les nullités d'intérêt privé général, la notion semble recouvrir certaines nullités d'ordre public de protections qui méritent que tout intéressé puisse les invoquer ;
- les nullités absolues à caractère pénal qui peuvent être soulevées par tous à l'exception de ceux qui en sont à l'origine.

Toutefois, l'ensemble de la doctrine comme la jurisprudence n'a pas consacré ces sous-distinctions et continuent à réfléchir à partir d'une distinction binaire. Dès lors, on peut se demander si la théorie moderne n'a jamais eu une existence effective ?

En effet, la théorie moderne comme sa pratique se sont difficilement affirmées (I). En sus, les profondes transformations du droit civil français font peser des incertitudes quant à sa postérité (II).

1 R. JAPIOT, Des nullités en matières d'actes juridiques – Essai d'une théorie nouvelle, th. Dijon, 1909 ; p. 532 et suiv. Pour une présentation de cette classification ;

I - L'affirmation de la théorie moderne en droit positif.

« *Le fondement de la théorie c'est la pratique.* »

Mao Tsé-Toung, *Le petit livre rouge*, 1964

La mise en place d'un critère de distinction, de catégorie juridique, entraîne pour chacune de ces catégories des conséquences juridiques. Leur étude est nécessaire pour connaître les effets concrets de la théorie moderne (A). Néanmoins, l'application de cette théorie rencontre des obstacles pratiques et intellectuels (B).

A – Les effets concrets découlant de l'application dénaturée de la théorie moderne.

1 - Panorama des cas de nullité absolue et relative¹ :

Si certaines normes appartiennent sans aucun doute à l'une des deux catégories, ce choix ne semble pas toujours pertinent mais surtout il n'est pas évident pour d'autres normes.

- **Les cas de nullités relatives :**

S'agissant de la nullité relative, elle englobe naturellement les différents vices exposés à l'article 1108 du Code civil c'est-à-dire, l'erreur, le dol et la violence. La justification est simple car il s'agit de protéger le consentement personnel du cocontractant. L'ouverture d'une action se fait dans son intérêt exclusif.

De même, la nullité relative inclut la lésion qui est un mécanisme de rééquilibrage du contrat, lorsque celui-ci est dès l'origine souscrit au désavantage du cocontractant. Dès lors cette hypothèse ouvre une action dans son intérêt privé. Pourtant on peut remarquer qu'historiquement les dispositions sur la lésion concernaient notamment la société paysanne comme l'illustrent ces domaines d'application particuliers tels que la vente d'engrais. Le législateur avait mis en place ces dérogations dans le but de limiter l'exploitation des campagnes et leurs désertifications, la norme servait donc à l'origine un intérêt général.

Enfin, la nullité relative couvre le domaine des incapacités d'exercice. Ce domaine englobe à la fois les mineurs et les majeurs protégés, c'est l'article 1125 du Code civil qui les y intègre implicitement en disposant que : « *Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité de ceux avec qui elles ont contracté.* »

Le législateur prévoit aussi pour les personnes subissant un trouble mental que la nullité est relative à leur égard en disposant que : « *De son vivant, l'action en nullité n'appartient qu'à l'intéressé.* »²

La solution choisie ici peut être à double tranchant notamment dans le cas des majeurs protégés. En effet, la minorité ou les troubles mentaux sont par principe des états temporaires. En revanche, le majeur protégé peut ne jamais retrouver sa pleine capacité d'exercice. Dès lors, la nullité relative ne permet pas de pallier l'attentisme potentiel des représentants légaux de l'incapable majeur.

1 Pour un panorama complet mais ancien voir la Thèse de Olivier GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, 1999, p.213 à 219 ;

2 Article 414-2 du Code civil depuis la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 ;

- **Les cas de nullités absolues :**

Quant à la nullité absolue, elle sanctionne en premier lieu le contrat dont l'objet ou la cause est illicite ou immoral.

L'illicéité découle de sa nature même. La loi est l'expression de la volonté générale, violer ses prescriptions expresses atteint à l'intérêt général.

Quant à l'immoralité cette cause de nullité est réduite à peu de chose¹, par principe elle ne s'appliquait que lorsque la société à travers le juge estimait que son intervention relevait de l'intérêt général.

Hormis, ces deux points toutes les autres situations de nullité absolue sont incertaines. Cette incertitude fournit de nombreux détracteurs à la théorie moderne comme nous le verrons par la suite.

- **Les cas litigieux :**

Ces difficultés sont particulièrement soulignées dans le cas des nullités d'ordre public. En effet, le législateur a développé tout un corps de règles contraignantes basé sur l'article 6 du Code civil qui dispose : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.* » Autrement dit l'ordre public est une limite à l'autonomie de la volonté. Le propre de ces dispositions est de ne pas pouvoir être écarté par les dispositions du contrat conclu entre les parties.

Cependant, la jurisprudence comme la doctrine ont subdivisé les règles d'ordre public entre deux catégories, les règles d'ordre public de protection et les règles public de direction. L'ordre public de direction a pour objectif d'orienter l'activité économique au nom de l'intérêt général. Au contraire, l'ordre public de protection se contente de protéger les intérêts de personnes particulières. Il s'agit le plus souvent des parties faibles, de situations contractuelles déséquilibrées telles que l'employeur face à l'employé, l'assureur face à l'assuré, le bailleur face au locataire ou le consommateur face au producteur.

Or, à la faveur de ces deux conceptions, la jurisprudence sanctionne d'une nullité absolue la violation des règles d'ordre public de direction et d'une nullité relative la violation des règles d'ordre public de protection.

C'est ignorer pourtant la notion plus globale d'ordre public qui si elle n'a pas de définition véritable, repose sur l'idée d'un intérêt général, supérieur aux intérêts privés. Le doyen CARBONNIER parlait quant à lui d'un « intérêt social » : « *L'idée générale - et vague - est celle d'un intérêt social essentiel, incomparablement supérieur aux intérêts privés en jeu.* »²

Dés lors, le fait de sanctionner une nullité d'ordre public par la nullité relative n'est pas naturel, c'est pourtant la solution qu'adopte de plus en plus systématiquement la jurisprudence des juridictions civiles³.

En outre, la sanction de la violation des règles de formes notamment lorsqu'elles sont

1 Pour illustration, le revirement jurisprudentiel sur les conventions adulterines – Civ1ere, 3 février 1999, Bull. Civ, I n°43 ; D. 1999 p.267 ;

2 Pour un panorama retraçant l'éclatement de la notion d'ordre public, Bulletin d'information de la Cour de cassation du 15 avril 2011, *Retour sur l'ordre public en droit du travail et son application par la Cour de cassation*, p.6 ;

3 À titre d'illustration, Cour de cassation, 3e civ., 6 juill. 2011, Sté PCA maisons c/ Nessakh- Ruiz, n° 10-23.438 : D. 2011. 1971 ;

exigées ad solemnitatem pose une problématique relativement semblable à celle des nullités d'ordre public. Dans ces hypothèses, la nullité absolue semble privilégiée. Mais le professeur JAPIOT n'y était pas favorable lorsque la règle protégeait les intérêts d'une des parties.

D'ores et déjà, la simple distinction entre la nullité absolue et relative est imparfaite et appelle à des modifications comme la création d'autres catégories de nullité telles que le souhaitait JAPIOT. Mais, avant d'examiner plus en détail les imperfections de la distinction, il s'agit de présenter ces effets.

2 - L'effet principal de la distinction, l'attribution de l'action en nullité :

La théorie moderne porte aussi le nom de la théorie du droit de critique car elle se concentre avant tout sur sa détermination. En fonction de l'intérêt privé ou non, le cercle des personnes pouvant critiquer le contrat sera plus ou moins large.

Conformément à la solution classique, la nullité absolue peut être invoquée par toutes les personnes y ayant intérêt ainsi que par le ministère public. Cette large ouverture se justifie efficacement dans le prisme de la théorie moderne. L'atteinte à l'intérêt général justifie la multiplication des possibilités de purger les contrats d'une telle atteinte. Le professeur COUTUTRIER explique à ce titre que la « *généralisation du droit de critique tend à multiplier les chances d'une dénonciation de l'illicite* ».

Au contraire, les cas de nullités relatives ne sont ouverts que pour les personnes couvertes par la règle protégeant un intérêt privé. Autrement dit, « *L'action en nullité [relative] n'appartient en propre qu'aux personnes protégées.* »¹

En premier lieu sont donc concernées les victimes des différents vices du consentements faisant l'objet d'une nullité relative (erreur, dol, violence et plus largement la lésion), mais aussi de la violation d'une incapacité d'exercice ou d'une règle d'ordre public de protection particulière.

En outre, la loi peut fournir expressément cette protection à un tiers, on peut par exemple citer l'ancien mais toujours utilisé mécanisme de l'usufruit qui confère en vertu de l'article 595 alinéa 4 une action en nullité relative au nu propriétaire contre certains actes concluent entre l'usufruitier et une tiers cocontractant².

Puisque seules ces personnes ont la possibilité d'ester en justice contre les actes qu'ils estiment leurs nuire, il est naturel qu'elles aient la possibilité de confirmer ou non le contrat ³, c'est à elles même de juger de leur propre intérêt.

De fait, le véritable enjeu de la nullité relative est de savoir jusqu'où celle-ci s'étend à d'autres personnes qui ne sont pas expressément protégées par les règles de droit.

Ainsi et évidemment, les représentants légaux des mineurs ou des majeurs sous tutelles mais aussi les ayants titres universels peuvent se prévaloir des cas de nullité relative des personnes qu'ils représentent.

De même dans les conditions de l'action oblique et en vertu de l'article 1166 du Code civil, le créancier peut au nom de son débiteur exercer une action en nullité relative.

1 J. GHESTIN, traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation, tome 2, n°754;

2 O. GOUT, thèse le juge et l'annulation du contrat, p. 238 n°353;

3 Voir infra, les autres effets de la distinction;

Néanmoins, la conciliation de la nullité relative avec la transmission de l'action est plus complexe. En effet, en se fondant sur la théorie de l'accessoire la jurisprudence a de plus en plus estimé que la transmission d'un contrat ou d'un bien transmettait les droits accessoires à ceux-ci dont l'action en nullité.

Ainsi, des ayants causes à titres particuliers peuvent-ils se retrouver détenteurs d'une action en nullité relative pour une règle qui ne les protégeaient pas à l'origine ?

Il semble d'un point de vue théorique que la nullité relative protégeant un intérêt privé à un moment donné, il n'est pas possible que l'ayant à titre particulier se prévaut d'une règle de protection qui ne le concerne pas. C'est d'ailleurs la position adoptée dans un arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 1995 dans lequel la haute juridiction civile refuse de concéder à un ayant cause à titre particulier l'action en nullité de l'article 502 du Code civil en cas d'incapacité du cocontractant, celle-ci étant réservée aux tiers intéressés tels que le tuteur et les héritiers ou l'auteur de l'acte suite à la mainlevée de sa tutelle.

D'un point de vue pratique, la solution laisse à désirer notamment si elle est généralisée puisqu'elle est rigide et ne devrait s'appliquer par principe qu'au règle d'ordre public de protection. Au contraire, le dol originel découvert par l'ayant cause à titre particulier doit pouvoir être contesté sous peine de produire un effet extinctif de l'action indésirable.

3 - Les autres effets de la distinction, en phase de disparaître :

Plusieurs effets concrets découlent de la distinction mise en place. Leur étude est nécessaire pour appréhender l'importance de cette théorie et de ces conséquences. Il s'agit de la confirmation et de la prescription.

La confirmation s'entend de l'acte par lequel une personne renonce unilatéralement à se prévaloir de la nullité d'un acte juridique. La confirmation peut être expresse ou tacite, et en particulier résulter d'une exécution spontanée.

Un acte nul d'une nullité absolue ne peut faire l'objet d'une confirmation. C'est la solution classique comme moderne, néanmoins, la théorie moderne ne fonde pas cette impossibilité sur la gravité du vice mais plutôt sur l'inviolabilité de l'intérêt général qui s'oppose à ce qu'une volonté seule puisse réguler un tel acte.

Au contraire, l'acte encourant une nullité relative est en principe susceptible de confirmation. Si bien que certains ont proposé une définition de la confirmation englobant simplement les vices susceptibles n'atteignant qu'à l'intérêt privé et donc faisant l'objet d'une nullité relative. Dès lors, *« la confirmation est une décision qui intervient lorsque la manifestation de volonté de la part de celui qui l'a prise était nulle pour avoir été consentie alors que le promettant se trouvait en état d'incapacité ou parce que sa détermination se trouvait entachée d'un vice du consentement ou encore parce que la validité de cet engagement nécessitait l'utilisation d'une forme obligatoire et que cette forme n'a pas été respectée. »*¹

Néanmoins, la question de la confirmation se pose en matière de nullité relative lorsque la règle édictée bien que protégeant un intérêt privé met en place une règle d'ordre public de protection. Dans cette hypothèse, la possibilité d'une confirmation viderait de son contenu la norme protectrice.

Quant à la prescription, elle a pour effet au delà d'un certain délai d'interdire au titulaire

1 G. COUTURIER, *De la confirmation des actes nuls*, LGDJ, 1972;

d'un droit d'agir en justice pour en obtenir l'exécution. On a pu parler à son égard de « confirmation présumée ».

Depuis la réforme de la prescription du 18 juin 2008, la distinction de délai de prescription entre la nullité relative et absolue a disparu. En vertu de l'article 1304 du Code civil, elles sont toutes deux soumises à la prescription quinquennale.

La prescription de l'action en nullité absolue était celle « du droit commun », c'est-à-dire la prescription trentenaire de l'article 2262 du Code civil et cela depuis un arrêt de la chambre des requêtes du 5 mai 1870¹, aujourd'hui abrogée par l'article 2224 du Code civil.

Cette différence qui se justifiait pourtant dans la théorie moderne par la protection que mérite l'intérêt général a donc disparu. Cet effacement est préjudiciable à l'existence d'une théorie des nullités, car les différences entre les deux nullités ne sont plus significatives. C'est aussi cette disparition qui mène en partie à la tentation de ressusciter l'inexistence qui n'est pas soumise par principe à un délai de prescription².

B – La mise en œuvre contrariée de la théorie moderne des nullités.

1 - Les critiques doctrinales.

Le premier reproche fait à la théorie moderne des nullités d'un point de vue conceptuel est celui de la confusion du critère de distinction fondant cette théorie, nombre de doctrinaires remarquent que la distinction entre l'intérêt général et l'intérêt privé est artificielle.

En effet, l'intérêt général semble irriguer par principe toutes normes de droit sanctionnées judiciairement sinon elles n'auraient pas été édictées. Au contraire, l'existence d'une action suppose par principe l'existence d'un intérêt privé qui mène cette action. De ce dernier constat, Rémy LICHBACHER en déduit que la théorie moderne des nullités est naturellement défavorable à la nullité absolue, il estime qu'elle tend à réduire son champ d'action au profit de la nullité relative, il propose donc un autre critère de distinction, l'objectif que poursuit le juge saisi³.

Pour sa part, la notion d'intérêt privé qui se limiterait à la protection d'une personne semble peu réaliste, notamment en ce que les intérêts privés sont aussi défendus par les droits fondamentaux qui sont pourtant des normes supérieures⁴.

Ainsi, la distinction à la base de cette théorie semble déjà fragile. M. MEKKI résume cette fragilité, dans son étude offerte au doyen Philippe SIMLER, en expliquant que le critère de l'intérêt général n'est pas « opérationnel » car les notions utilisées sont floues, abstraites, trop vastes et n'ont pas de définitions arrêtées.

Toutefois, d'autres auteurs relèvent que le professeur JAPIOT avait déjà envisagé ces nuances en proposant des sous-distinctions dans les deux catégories précitées⁵.

Mais, ces sous-catégories font l'objet elles aussi de critiques. Elles constitueraient une complication inutile, puisque plus de neuf catégories juridiques sont distinguées ce qui interdit toute présentation accessible et didactique. Cette difficulté peut expliquer qu'elles étaient marginalisées par les

1 D. 1880. 1 145, note BEUDANT ;

2 Cf infra, la résurrection de l'inexistence ;

3 Cf infra, les nouvelles théories proposées ;

4 MEKKI, L'intérêt général et le contrat, n° 1023;

5 Cf supra, introduction - le critère procédural de distinction;

praticiens.

Pire, ces sous-catégories ne seraient qu'une résurgence des catégories posées par les juges de l'ancien régime, le Professeur JAPIOT voulant réhabiliter leurs solutions. La vacuité du critère de l'intérêt général imposerait ainsi un retour déguisé à une casuistique, un pragmatisme jurisprudentiel et la qualification de moderne ne serait qu'un argument psychologique, la théorie étant en fait néo-classique¹. En réaction, certains auteurs proposent l'abandon de toutes théories sur l'autel du pragmatisme en prônant une liberté du juge quant au choix de la sanction et à son étendue.

On peut aussi soulever la contradiction qui est celle de considérer le droit de critique alors que l'on s'interroge sur la qualité de l'acte. C'est en fonction du contrat proprement dit que l'on va déterminer l'existence d'une nullité ou pas. L'intérêt à agir n'étant qu'un aspect préalable à cet examen. On remarque d'ailleurs que si l'intérêt à agir est toujours nécessaire pour que l'examen de l'acte est lieu, celui-ci n'aboutit pas forcément au prononcé de la nullité. Le critère procédural semble donc artificiellement se substituer à un critère substantiel.

La jurisprudence ne s'est d'ailleurs pas fourvoyée dans cette théorie, elle tend à l'appliquer par principe mais utilise aussi à l'occasion le critère organique pour rendre ses décisions (et même la notion d'inexistence comme cela sera exposé plus tard).

2 - Une jurisprudence défailante :

Plusieurs points de tension dans la jurisprudence mettent à jours les difficultés évoquées par la doctrine et nourrissent ses travaux. La jurisprudence sur la sanction du prix dérisoire est symptomatique de ces difficultés. D'autres jurisprudences posent, elles aussi, des problèmes.

- **La jurisprudence sur le prix dérisoire :**

En matière de vil prix la doctrine a pu parler de « *champ de bataille des nullités* »² pour illustrer l'opposition entre la chambre commerciale et la troisième chambre civile de la cour de cassation.

En effet, la chambre commerciale rompant avec la jurisprudence peu à peu mise en place par les autres chambres en matière de défaut de cause³, a rendu un arrêt le 23 octobre 2007 où elle sanctionne la vente sans prix sérieux par la nullité absolue. Elle précise que cette nullité se justifie par « *l'absence d'un élément essentiel au contrat* ». La cour fonde donc sa décision sur la base de l'ancienne théorie de l'acte vicié, celui-ci ne peut survivre en présence d'une telle atteinte.

En l'espèce, une personne privée avait vendu la majorité de ses parts dans une SCI pour un franc symbolique alors que cette SCI gérait des parkings dans Paris et qu'elle n'était pas endettée. Si l'existence du prix dérisoire ne fait donc que peu de doute, la personne avait attendu plus de cinq ans pour agir, laissant s'écouler le délai prévu pour la nullité relative.

Dés lors, la solution semble se justifier par le souhait du juge de procéder ainsi à une éviction de ce

1 La théorie des nullités – Le centenaire d'une mystification, Alexis POSEZ, RTD civ. 2011 p.647 et suivante point 31 à 35 ;

2 D. 2012 p. 459 Panorama du droit des contrats - Soraya Amrani MEKKI et Mustapha MEKKI;

3 Pour illustration Cass. civ. 3°, 29 mars 2006, Bull. Civ. III, n°88, p. 73 ; D. 2007,477, note J. GHESTIN ou Cass. Civ 1re, 9 novembre 1999, Bull. Civ. I, n°293, p. 190 ; D. 2000, 507 note A. CRISTAU;

contrat qui heurte l'ordre juridique français d'où la référence à l'absence essentielle¹. De fait, la seule solution du juge était de recourir à la nullité absolue.

La troisième chambre civile de la Cour de cassation a par la suite rendu un arrêt de rejet datant du 21 sept 2011, où elle juge d'une part que « *le prix dérisoire n'était pas inexistant mais nul pour défaut de cause* » et d'autre part que cette nullité qui « *relevait d'intérêt privé, était, s'agissant d'une nullité relative, soumise à la prescription quinquennale* ». Elle se place donc résolument dans l'optique de la théorie moderne des nullités.

Cette arrêt peut s'interpréter comme un véritable coup de semonce adressé à la chambre commerciale. Il incarne d'abord une véritable déclaration d'intention de la part de la haute juridiction civile de sanctionner toutes autres solutions différentes comme le laisse entendre le champ lexical de l'arrêt suggérant un contrôle strict : « *la cour d'appel a retenu à bon droit... [...] et en a exactement déduit que* ».

En outre, la troisième chambre civile semble anticiper à cette occasion une future solution contraire de la chambre commerciale en annonçant par avance sa position. En effet, elle indique clairement que le prix dérisoire n'est pas un cas d'inexistence. Or, suite à la réforme de la prescription de 2008 la chambre commerciale serait obligée de recourir à la notion d'inexistence si elle souhaite à nouveau contourner le délai d'action de cinq ans qui concerne maintenant aussi la nullité absolue. La question est donc maintenant de savoir si la chambre commerciale osera faire un tel pas ? Au contraire, la solution à ce litige n'est-elle pas d'établir un délai de prescription de dix ans pour la nullité absolue comme l'envisage différents projets de réforme ?

- **La jurisprudence sur les transactions en droit du travail.**

Cet exemple, si il est l'un des plus caractéristiques n'est pas le seul. Ainsi, l'arrêt du 28 mai 2002 rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation montre au contraire l'hypertrophie du domaine de la nullité relative.

En l'espèce, il s'agissait de la contestation d'une transaction conclue entre l'entretien préalable et la réception de la lettre de licenciement. Or un arrêt de la même chambre du 29 mai 1996, publié au bulletin, avait posé le principe que : « *la transaction ayant pour objet de mettre fin au litige résultant d'un licenciement ne peut valablement être conclue qu'une fois la rupture intervenue et définitive.* »

C'est donc d'une nullité pour défaut d'objet dont il s'agissait d'estimer la nature dans ce cas. Poursuivant la conception classique aboutit inévitablement à la sanction par la nullité absolue à ce défaut essentiel à la vie du contrat. La Cour de cassation en application de la théorie moderne a régulièrement sanctionné cette situation sur le terrain de la nullité absolue². En effet, le défaut d'objet est un défaut qui relève de l'intérêt général puisque le système juridique français ne peut pas supporter un contrat sans objet. Dès lors, le juge appliquait un panaché de théorie moderne et classique pour choisir de sanctionner le défaut d'objet d'une transaction.

Il faut attendre l'arrêt du 28 mai 2002 pour que la Cour se conforme à la théorie moderne des nullités qui a presque un siècle déjà à la date de la décision. La solution est très claire : « *la nullité*

1 Defrénois 2007, article 37607 – 66, p. 1253 note de M. LICHBACHER ;

2 Cass.com., 22 novembre 1988, JCP 89, IV, 32. Cass. soc, 24 octobre 2000, Bull. Civ., n°344, p. 264 : « *la nullité d'une transaction peut être invoquée par l'une ou l'autre partie* »;

d'une transaction résultant de ce qu'elle a été conclue avant la notification du licenciement est un nullité relative instituée dans l'intérêt du salarié, qui ne peut, dès lors être invoquée par l'employeur. » Le glissement est facilement compréhensible, il s'agit de protéger l'intérêt du travailleur mais cette solution ne répond pas à plusieurs autres problèmes, d'une part, comment expliquer que le ministère public puisse même dans le cas de la nullité relative contester le contrat au nom de l'intérêt général ? D'autre part, une telle solution en droit du travail ne limite-t-elle pas excessivement l'action des syndicats qui peuvent prendre le relais des salariés qui sont pourtant couramment considérés comme une partie faible à protéger ? Enfin, comment justifier que des contrats n'ayant pas d'objet puisse subsister même si en l'espèce une confirmation semble raisonnablement envisageable ?

De nombreuses incertitudes et interrogations pèsent donc sur la concrétisation de la théorie moderne en droit positif. Plus de cent ans après sa présentation la théorie moderne des nullités doit donc s'adapter ou disparaître.

3 – Un droit comparé mitigé :

La thèse du professeur JAPIOT ostracise les différents droits européens dont la comparaison pourrait tantôt la desservir mais aussi renforcer sa légitimité. Il ignore volontairement un passé commun romaniste aux différentes théories des nullités européennes et cela même dans le droit de common law.

En effet, force est de constater que les grands droits européens reprennent la distinction bipartites :

- le droit allemand distingue au paragraphe 141 et suivants du Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) la nullité de plein droit, dites *Nichtigkeit*, qui ne peut faire l'objet que d'une réfection face à une nullité que seule les parties peuvent dénoncer que l'on nomme *Anfechtbarkeit* ;
- le droit italien à travers les articles 1418 et suivants du Codice civile a consacré la doctrine opposant les sanctions de *nullita* et *annulabilita* ;
- Le droit anglais lui aussi pose une distinction nette entre les contrats *void*, nuls de plein droit et les contrats simplement *voidable* ou annulables. Le contrat *void* se rapproche de celui frappé d'une nullité absolue, le contrat est considéré comme n'avoir jamais existé. Les deux parties peuvent l'invoquer et, lorsque ses conditions de mise en œuvre sont satisfaites, les juges n'ont pas le pouvoir de refuser cette sanction. Le contrat *voidable* renvoie à la nullité relative du droit français car la partie victime de l'erreur dispose d'une option entre la confirmation ou la *rescission* du contrat.

Le fait de vouloir dépasser cette distinction fondamentale entre contrat nul et annulable en créant une multitude de statuts intermédiaires semble donc défier une logique plus globale et ancienne. Néanmoins, une étude plus approfondie du droit anglais montre certaines similitudes avec la théorie moderne et ouvrent des pistes envisageables pour son futur.

Pour commencer, Madame Michelle CUMYN dans son ouvrage sur la nullité contractuelle¹ note que l'essence du droit anglais et d'être processuel, c'est aussi ce qui guide les distinctions des

¹ M. CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, coll. Bibliothèque de droit privé », t. 376, Paris, L.G.D.J, 2002, n°103 et s., p.69-74 notamment ;

nullités, à l'instar du droit de critique français. C'est ainsi que les contrats *void*, dont la nullité est absolue ont été mis en place par les cours de common law alors que les contrats *voidable* sont un recours en equity law.

La nullité absolue ne peut se confondre dans cette vision à une nullité relative car cette première n'est pas annulable. C'est pourquoi, le recours en équité est d'abord plus large et plutôt que d'enfermer ce droit dans un délai de prescription fixe, le droit anglais accorde au juge un pouvoir d'appréciation qui peut le conduire à refuser de prononcer la nullité en raison de l'échéance du délai raisonnable.

Le droit romain connaissait une distinction similaire entre les nullités de plein droit dites *ab initio* déduites du jus civile face aux nouveaux recours en nullité relative introduits par les prêteurs sur le principe de l'équité dites *restitutio in integrum*.

Dés lors, la nullité absolue et la nullité relative ne peuvent plus se confondre, elles se distinguent par leur fonction d'une part il s'agit de sanctionner un droit et de l'autre il s'agit de rééquilibrer le contrat. Or, le critère moderne du droit de critique assurerait selon le professeur CUMYN, une distinction nette entre les contrats annulables où l'action reste entre les mains d'intérêt particulier et les contrats nuls qui violent l'intérêt général.

À cet égard, on peut citer le droit québécois qui est souvent cité comme une synthèse des traditions civilistes et anglo-saxonnes, il consacre aux articles 1417 à 1420 du Code civil du Québec une distinction des nullités à partir de l'intérêt protégé. Il est intéressant de voir la construction légale québécoise :

- Article 1416 : « *Tout contrat qui n'est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation peut être frappé de nullité.* »
- Article 1417 : « *La nullité d'un contrat est absolue lorsque la condition de formation qu'elle sanctionne s'impose pour la protection de l'intérêt général.* »
- Article 1418 : « *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.*
Le contrat frappé de nullité absolue n'est pas susceptible de confirmation. »
- Article 1419 : « *La nullité d'un contrat est relative lorsque la condition de formation qu'elle sanctionne s'impose pour la protection d'intérêts particuliers; il en est ainsi lorsque le consentement des parties ou de l'une d'elles est vicié.* »
- Article 1420 : « *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.*
Le contrat frappé de nullité relative est susceptible de confirmation. »

En liant la notion d'intérêt général, de nullité absolue et d'obligation du relevé d'office face à l'intérêt privé qui se traduit en nullité relative sans relevé d'office, le droit québécois a donc précisé en détail la distinction entre nullité relative et absolue tout en prévoyant ses conséquences et on a par le biais de l'obligation de relevé d'office une parfaite transcription de la notion de contrats *void* ou *voidable*. Cependant, pour limiter les conséquences des nullités quasi-automatiques qu'induit le relevé d'office, le législateur québécois a raisonnablement limité l'aire d'influence de la nullité absolue en précisant à l'article 1421 : « *À moins que la loi n'indique clairement le caractère de la nullité, le contrat qui n'est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation est présumé n'être frappé que de nullité relative.* »

Cette vision québécoise n'est pourtant pas très prégnante en droit français, les ouvrages ne lient pas l'obligation ou non de relever un moyen d'office aux effets de la nullité absolue ou relative. Cette piste semble pour autant intéressante pour expliquer leurs différences de natures. Ni les auteurs, ni les projets de loi¹ ne reprennent à leur compte ce point-là gardant ainsi l'idée française de la nullité qui s'exerce dans tous les cas de plein droit sauf exceptions².

Partisans et détracteurs de la thèse de l'École de Dijon se déchirent donc sur une construction fragile, ce vieux débat fait donc l'objet d'importants travaux de droit prospectif et de propositions doctrinales.

1 Cf infra les projets de réforme, les nouvelles théories ;

2 Pour un panorama des nullités facultatives : *Les nullités facultatives*, Pascal RUBELIN, étude offerte au Doyen Phillipe SIMLER, Dalloz Litec 2006, p. 681 et suivante ;

II – La théorie moderne des nullités, un avenir incertain.

« Dès que nous sommes en mesure de comprendre une théorie, une autre vient prendre sa place. »
Carl Edward Sagan, *Contact*, 1985

Alors même que des projets de lois tentent de rétablir la pertinence de la distinction moderne, d'autres proposent déjà de nouvelles théories pour repenser la sanction de la nullité (A). Au-delà, la théorie moderne semble parfois déjà dépassée ou en tout cas marginalisée (B).

A – La théorie moderne moderne entre consécration légale et refondation.

1 - Les projets de réforme, à la rescousse de la théorie moderne :

Les différents projets proposent de traduire dans la loi, le critère de distinction de la théorie moderne. Ils tentent plus ou moins de prendre en compte les critiques adressées à la solution actuelle, néanmoins aucun d'entre eux ne semblent entièrement satisfaisant.

- **La proposition du projet Catala :**

Le premier d'entre eux l'avant projet de réforme du 22 septembre 2005 dit projet Catala, met en exergue la théorie moderne des nullités, puisqu'il prévoit de créer un article 1129-1 du Code civil disposant que :

« La nullité est dite absolue ou d'ordre public lorsque la règle violée est ordonnée à la sauvegarde de l'intérêt général.

Elle est dite relative ou de protection lorsque la règle violée est ordonnée à la sauvegarde d'un intérêt privé. Toutefois, lorsque l'intérêt privé procède d'une valeur fondamentale, comme la protection du corps humain, la nullité revêt un caractère absolu. »

On remarque que le projet prend donc en compte, la critique faite à la théorie moderne de « rogner » peu à peu le domaine de la nullité absolue, ou en tout cas de virtuellement englober des domaines où la nullité relative n'a pas sa place. C'est pourquoi, l'article précise l'exclure de la nullité relative lorsque des valeurs fondamentales sont mises en jeu. Il donne l'exemple concret des conventions sur le corps humain. Le recours à la notion de valeur fondamentale permet de rester sur un terrain proche de celui de l'intérêt à agir, c'est un déplacement du critère processuel à un critère philosophique mais sans doute plus souple et moins artificiel, le juge pourrait ainsi adapter ces solutions au cas par cas tout en les fondant sur un texte général.

En outre, le projet Catala souhaite rétablir dès 2005 la pertinence, avant même la réforme de la prescription venant en 2008, elle envisage les conséquences de l'accélération des échanges économiques et de l'impératif de sécurité juridique en disposant à l'article 1130 du Code civil :

« L'action en nullité absolue se prescrit par dix ans et l'action en nullité relative par trois ans, à moins que la loi n'en ait disposé autrement. »

L'intérêt de cette disposition est double, réduire le temps moyen de la prescription de vingt ans (par rapport au délai de 30 ans qui s'appliquait jusqu'en 2008) pour la nullité absolue et de deux ans pour la nullité relative ce qui permet de renforcer la sécurité juridique des conventions (ce délai de trois ans est déjà très présent dans des textes spéciaux du droit des affaires).

Ces délais conservent une différence notable et appréciable entre les deux que l'atteinte à l'intérêt général justifie amplement.

- **Les propositions du projet Terré :**

Pour sa part, le projet Terré paru en 2008 semble avoir une position moins innovatrice, l'article 79 du projet Terré dispose simplement que :

« La nullité est absolue lorsque la règle violée tend à sauvegarder l'intérêt général. Elle est relative lorsqu'elle ne protège qu'un intérêt privé. »

On s'aperçoit que l'intérêt général ne fait pas l'objet d'une protection particulière comme le projet Catala tendait à le faire. Cependant, la formulation de l'article est plus large, puisque la nullité absolue s'étend aux contrats qui « tendent » à protéger l'intérêt général. Une telle formulation pourrait encourager les juges à envisager plus facilement le but de la norme et à prévoir des cas de nullités absolues pour les nullités d'ordre public de protection ou dans des cas de nullités d'éviction¹.

Sur le plan de la prescription le projet prévoit à l'article 84 de ses propositions :

« L'action en nullité absolue se prescrit par dix ans et l'action en nullité relative en cinq ans, à moins que la loi n'en ait disposé autrement. »

Prenant acte de la réforme qui venait juste d'avoir lieu, le projet Terré tend à respecter la volonté du législateur et maintient la nullité relative dans un délai de cinq ans. De plus, certains reprochent au délai de trois ans proposé par le projet Catala d'être trop adapté aux professionnels alors qu'il s'agit ici de prévoir les textes généraux sur la nullité s'appliquant à tous par défaut.

Néanmoins, et malgré des réserves² par souci de cohérence, le projet Terré propose lui aussi que l'action en nullité absolue se prescrive en dix ans, rétablissant ainsi une pertinence à la distinction.

- **Les propositions du projet de la Chancellerie :**

Très récemment, Mme Christianne TAUBIRA, Ministre de la justice et Garde des Sceaux, a à son tour annoncé une grande réforme du droit des contrats. Un projet de la Chancellerie a été élaboré puis présenté le 27 novembre 2013 en conseil des ministres. Néanmoins, le 15 janvier 2014 le Sénat a rejeté ce texte car il autorisait le gouvernement à légiférer par ordonnance sur ce point.

Néanmoins, un tel retard n'est pas préjudiciable en ce qui concerne la nullité des contrats, puisque la Chancellerie semble avoir fait preuve d'une extrême mesure en la matière. En effet, les articles 87 et suivant du projet mettent en place le plus simplement possible la théorie moderne des nullités comme l'illustre l'article 87 du projet :

« La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général.

Elle est relative lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé. Il en est ainsi en cas de vice du consentement et de défaut de capacité. »

Le projet de la Chancellerie ne prend en compte aucune des critiques de la doctrine et ne semble pas non plus anticiper les réticences des juridictions civiles. Ainsi, le domaine de la nullité absolue n'est en aucun cas sauvegardé ou restauré. Mais surtout, la réforme ne s'étend pas au domaine de la prescription comme où s'accordaient pourtant les projets Terré et Catala. Or, la mise en place d'une distinction dont la seule conséquence est la possibilité ou non d'une confirmation paraît légère.

De fait, ce dernier projet est sans doute le plus à même de voir le jour. Il peut paraître regrettable qu'il soit fait « a minima ». Ne réglant pas de problème à part indiquer clairement le choix du législateur à la jurisprudence. Le projet gouvernemental contrairement aux projets savants ne

1 Voir infra, la proposition de M. LICHBACHER ;

2 Dimitri HOUTCIEFF explique sur ce point qu'il n'est « pas rationnellement déterminant. », *Pour une réforme du droit des contrats*, sous la direction de François TERRE, p. 224 ;

permet même pas de sauvegarder la distinction que certains estiment déjà dépassée.

Enfin, tous ces projets ne s'inspirent pas du droit québécois en ce qu'il lie les différentes nullités au régime du relevé d'office. Ces projets ne vont donc pas sur le chemin de l'émergence d'un droit commun européen fusionnant la théorie moderne des nullités et la distinction bipartite anglaise. Il peut paraître contradictoire ou timide d'officialiser la théorie de M. JAPIOT sans pour autant dépasser la dualité absolue/relative et la rigidité qu'il dénonce.

2 - Une renaissance intellectuelle de la théorie moderne :

D'autres auteurs appellent à une évolution de la théorie moderne.¹ Il s'agit principalement de lever les incertitudes entravant son application et d'appliquer réellement les propositions des Professeurs GAUDEMET et JAPIOT.

Pour commencer il s'agirait de définir plus précisément la notion d'intérêt privé que les auteurs et la jurisprudence utilisent sous différents aspects ².

Cela permettrait d'une part de mieux définir son champ d'application par rapport à la nullité absolue et à éviter les empiétements de l'un sur l'autre. D'autre part, ce serait l'occasion de distinguer l'intérêt personnel de l'intérêt privé. En effet, un intérêt privé peut concerner un groupe large de personnes mais ne concerne pas pour autant l'intérêt général. Ainsi, est-ce le cas pour la nullité des conventions réglementées en droit des sociétés que la jurisprudence considère comme une nullité absolue.³

Dés lors, pour éviter les solutions dogmatiques et extrêmes, il faut revenir à la proposition de JAPIOT qui souhaitait substituer « *le procédé des solutions en bloc pratiqué par la doctrine classique* » (nullité absolue qui est invoquable par tous, sans confirmation et au long délai de prescriptions face à une nullité relative invoquable uniquement par les personnes strictement intéressées, confirmable et au bref délai de prescription), à celui « *des solutions distinctes pour chaque question* »⁴. Il ne s'agirait pas dans ce cas et selon lui d'une casuistique puisque les solutions tourneraient toujours autour de la notion centrale de l'intérêt plus ou moins privé.

Par exemple, un régime mixte serait ainsi souhaitable en matière de droit de la consommation, où si les règles édictées sont naturellement protectrices du consommateur et donc de son intérêt privé, cela limite l'action de tiers protecteurs et en outre la possibilité d'une confirmation vide de tous sens ces règles.

B – Une théorie moderne dépassée ?

1 - Les nouvelles théories :

Les faiblesses de la théorie moderne poussent à l'élaboration de nouvelles solutions plus satisfaisantes.

1 RDC, 2008 n° 2, P. 234 obs. T. GENICON ;

2 Voir la thèse de MEKKi précédemment citée n° 1022 p.601 ;

3 Cass. ch. mixte, 10 juill. 1981, Bull. civ. ch. mixte, n° 7 ;

4 Voir sa thèse précédemment citée p. 365 ;

- **La nullité selon le résultat recherché du professeur LICHBACHER :**

Certains auteurs proposent de nouvelles théories. On peut par exemple citer la proposition de M. Rémy LICHBACHER qui distingue les nullités selon l'objectif qu'elles poursuivent, le résultat qu'on attend d'elles¹.

Ainsi, il propose d'instituer trois nullités :

- Une nullité de « restauration » pour expurger les contrats viciés d'un déséquilibre à la disposition du cocontractant et donc susceptible de confirmation et soumise à une courte prescription.
- À l'opposé, une nullité « d'éviction » pour écarter les contrats les moins tolérables pour le droit français, ces nullités importantes justifieraient une imprescriptibilité de l'action en nullité celles-ci sont de son propre aveu peu nombreuses.
- Enfin, entre ces deux catégories, M. LICHBACHER propose une nullité « d'alerte » qui permet de sanctionner des figures contractuelles sans norme le justifiant expressément mais que le juge estime devoir circonscrire, elles seraient soumises à un délai de prescription médian.

Cette nouvelle partition a notamment pour effet de restaurer la catégorie des nullités absolues à travers les nullités d'éviction, malgré l'intérêt privé qui peut être décelé dans toutes contestations d'un contrat par un particulier. Le juge pourra au delà de cet intérêt immédiat, écarter les contrats n'entrant pas dans les modèles prévus et les régimes normatifs qui les encadrent néanmoins ils sont peu nombreux. En revanche, elle conserve l'idée d'une nullité relative efficace et opérationnelle. Enfin, les nullités d'alerte présentent un régime de compromis lorsque l'intérêt privé et général se mêlent.

- **La proposition de l'élément vicié du professeur POSEZ :**

De même, M. Alexis POSEZ propose dans son article « *la théorie des nullités – le centenaire d'une mystification* » propose de passer à la théorie de l'élément vicié.

Dans cette hypothèse, la distinction entre nullité relative et nullité absolue se fonde sur l'élément du contrat vicié, autrement dit une distinction basée sur la différence d'objet affectée par le vice.

Si il s'agit de la validité du consentement, c'est-à-dire un élément externe au contrat proprement dit, c'est un cas de nullité relative, car la partie intéressée est auteur de son propre consentement ce qui justifie par ailleurs qu'il puisse confirmer ou non le contrat et que l'action en prescription soit courte. Au contraire, si l'examen s'exerce sur l'un des éléments internes au contrat formé suite au consentement, la nullité est alors absolue. Elle peut être soulevée par toutes les personnes ayant intérêt à agir. Néanmoins, les parties peuvent toujours par un nouvel accord, confirmer le contrat si elles respectent les droits des tiers nait de sa formation. Mais, le juge doit pourtant relever d'office ces moyens de nullité si les parties ne le font pas.

Pour le professeur POSEZ, cette nouvelle nomenclature a l'avantage de réduire drastiquement les points de friction entre les deux catégories. Les quelques conflits survivants pouvant être facilement réglés au cas par cas. Ainsi, l'acte notarié requis ad validatem si il concerne à la fois le consentement et la forme du contrat, serait une nullité absolue car la forme notariale permet de

1 Pour une présentation complète mais synthétique de sa proposition, *Où en est la Cour de cassation en matière de nullité absolue ?* Rémy LICHBACHER, Defrénois 2007, article 38697 n°74 ;

recourir à l'autorité publique.

Ces diverses propositions n'ont pas eu, semble-t-il d'impact sur les projets de réforme du droit des obligations.

2 - La fin des théories ?

Enfin, nombreux sont ceux qui dénoncent l'idée d'une théorisation. Ils prônent plutôt l'idée d'une jurisprudence sur mesure où chaque cause de nullité aurait sa propre sanction¹. Il n'est dans leur optique même pas nécessaire de conserver la construction détaillée du Professeur JAPIOT.

Dans cette optique de déthéorisation, M. Mustapha MEKKI dans son article : *Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par le contraire*, distingue trois étapes de vérification de la validité du contrat :

- une vérification formelle au regard des normes internes et européennes ;
- une appréciation axiologique par rapport aux droits fondamentaux (on retrouve d'ailleurs cet aspect dans le projet Catala à l'article L1129-1 du Code civil ²);
- un bilan empirique, c'est-à-dire un bilan économique et social du contrat ;

Or, dans ces différentes étapes le juge n'est pas l'unique acteur, on parle d'un « *processus récursif et multilatéral* » où les parties tiennent un rôle de plus en plus important comme l'illustre déjà certaines normes des principes européens du droit des contrats dits Principes Lando qui prévoit un système limité de notification de la nullité par une partie à l'autre sans intervention du juge³. Ce glissement est pourtant étranger à la conception française de la nullité que l'on « découvre ».

En outre, ce courant de pensée prône une prise en compte accrue des effets du contrat qui permet un rapprochement pragmatique du contrat et de la solution du juge. D'une part en vérifiant la validité du contrat au moment de son exécution, il s'agit alors d'un « *pragmatisme temporel* ».

Au soutien de ce mouvement, un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 22 novembre 2005 a semblé adopter cette conception en considérant qu'une clause compromissaire nulle au jour de sa constitution peut être validée au jour de ses effets par la loi nouvelle qui ne la considère plus comme illicite. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de collaboration conclut entre des avocats qui avait pris fin avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Toutefois le contrat comprenait une clause compromissaire mise en œuvre sous l'empire de la loi du 15 mai 2000 introduisant l'article 2061 du Code civil qui lui valide cette clause. Or, la Haute juridiction civile a estimé qu'au stade de sa mise en œuvre, cette clause était tout à fait valable⁴. Mais il faut relativiser cette jurisprudence car le domaine des clauses compromissaires est guidé par une grande tolérance de la Haute juridiction civile qui est influencée par le principe de validité des conventions d'arbitrages.

1 Déjà DROGOUL envisageait cette hypothèse dans sa thèse *Essai d'une théorie générale des nullités*, Aix 1901 - J. CHEVALIER et G. DURRY, *Inexistence, nullité et annulabilité*, Travaux Association Henri Capitant, DALLOZ, 1962 - J. FLOUR, J.L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, Sirey, 14^{ème} édition, 2010, n°328 ;

2 Cf supra, les projets de réforme ;

3 Article 4 : 113 des principes Lando :

« (1) L'annulation doit être notifiée dans un délai raisonnable, eu égard aux circonstances, à partir du moment où la partie qui annule a connu ou aurait dû connaître les faits pertinents, ou a pu agir librement. (2) Une partie peut toutefois annuler une clause particulière en vertu de l'article 4:110 en notifiant l'annulation dans un délai raisonnable après que l'autre partie se soit prévalu de la clause. »

4 Cass. civ. 1^{re}, 22 nov. 2005, « *L'actuel article 2061 du Code civil serait rétroactif* », D. 2006, p. 277 et s., note Th. LE BARS et P. CALLÉ, JCP G 2006, II, 10015, note E. CORNUT ;

D'autre part, cette notion de pragmatisme en matière de nullité des contrats appelle à une appréciation des effets réels d'un contrat. Dans cette hypothèse sont notamment pris en compte, les atteintes par le contrat portées aux droits comme à son environnement juridique, économique et politique (on remarque à cette occasion qu'il ne s'agit que d'un glissement du curseur de la gravité du vice, à celui de la gravité des effets du vice, s'agit-il alors d'un classicisme pragmatique ?). Il s'agit ici d'un « pragmatisme substantiel ».

Ce pragmatisme s'articulerait autour de deux principes :

- Il n'y a a « *pas de nullité sans grief* », c'est-à-dire sans un préjudice patrimonial ou extra-patrimonial¹. La sanction de la validité du contrat serait alors proscrite aux seules situations la nécessitant ;
- Il n'y a « *pas de nullité sans disproportion* », les différents éléments du contrat et notamment les clauses particulières sont appelés à être examinés au regard des droits fondamentaux de plus en plus prégnants dans notre droit.
À titre d'exemple on peut citer les clauses fréquemment rencontrées en droit du travail. Tel est déjà le cas pour les clauses d'exclusivité, de résidence ou de mobilité qui ne sont licites qu'à la condition que l'atteinte à la liberté du travail qui en découle soit proportionnée².

Cette proposition donne une part importante à la casuistique, comme le reconnaît lui-même le Professeur MEKKI, les jugements rendus seront « *plus subtils et moins prévisibles* » bien que sans doute tempérés à l'extrême.

Il reste que nombre d'auteurs craignent une telle imprévisibilité notamment face à l'insécurité juridique et qu'elle entraîne ainsi la perte de catégories didactiques et pédagogiques³. Sans doute, le contrôle de proportionnalité cher à M. MEKKI, doit être effectué entre l'opportunité des décisions et leur prévisibilité.

3 - La résurgence de l'inexistence :

L'inexistence est défini dans le Vocabulaire juridique Capitant comme le « *défaut d'existence d'un acte juridique – en général assimilé à une nullité absolue – résultant de l'absence d'un élément constitutif essentiel à sa formation.* »

Cette définition a néanmoins le mérite de mettre en exergue la question de la nature de la sanction de l'inexistence; est-ce une forme extrême de la nullité absolue ou au contraire un type de sanction bien distinct du régime de la nullité ? Cette dernière hypothèse est favorisée par les penseurs tels que Denis MAZEAUD ⁴ qui y voit une sanction indépendante de la théorie des nullités ce qui justifie son retour en grâce malgré les projets de codification de la théorie moderne.

Quoiqu'il en soit, cette notion est liée à la théorie classique des nullités. Sa définition elle-même est intimement liée à la gravité du vice en parlant de « *l'absence d'un élément constitutif essentiel* ». Cette notion voit d'abord le jour sous la plume des glossateurs du Code civil et notamment de

1 G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, PUF, voir à « Grief »;

2 Pour illustration, (Cass. soc., 12janv. 1999, Bull. civ. V, no 7 et 13 avr. 2005, RDC 2005, p. 1107, obs. Ch. RADÉ ;

3 F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, Les obligations, Précis Dalloz, 10^{ème} édition, 2009, n°89 ;

4 *Les sanctions contractuelles : contradictions, approximations, imprécisions, etc...*, D. 2011. 2711, Denis MAZEAUD p. 2713 notamment ;

ZACHARIE¹ qui déduisent la notion d'inexistence du silence des textes sur certains vices du mariage en considérant que « *la loi n'a pas à prévoir ou organiser une action d'elle même impossible*². L'inexistence permettait ainsi de dépasser le principe « *pas de nullité sans texte* ». Le concept s'est ensuite développé pour devenir la clef de secours des juridictions civiles.

Avec l'avènement de la théorie moderne la notion a disparu pendant longtemps du champ de la pratique juridique. Les deux concepts semblaient par nature inconciliables, la notion d'inexistence étant intrinsèquement proche de celle de gravité du vice et pourtant le Professeur JAPIOT l'admet dans des « *cas extrêmes où, en raison, il est impossible de dire qu'il y ait un acte* »³. Dès lors, l'inexistence peut cohabiter avec la théorie moderne.

Sans nous introduire davantage dans le débat d'une sanction autonome ou non, il n'en reste pas moins que l'inexistence est un instrument étroitement lié à la pratique de la nullité absolue et que la principale justification à son retour est dû à l'ostracisme que subit celle-ci. Confrontés à un instrument trop rigide praticiens et juristes tendent à construire de nouveaux outils à leurs dispositions.

Cette résurrection semble prendre deux formes que nous étudierons successivement. On observe d'abord une excavation jurisprudentielle accompagnée d'une construction doctrinale et normative.

La jurisprudence en la matière est peu fournie mais néanmoins persistante preuve si il en est que « l'inexistence existe » comme l'explique Jacques MESTRE.

On peut relever, par exemple, l'arrêt de la première chambre civile du 10 juin 1986⁴, dans lequel la haute juridiction civile dispose : « *il ne pouvait y avoir prescription de l'action en nullité d'un acte auquel faisait défaut l'un de ses éléments essentiels* ». Bien que cette consécration soit implicite, son utilité est avérée. Les intentions du juge sont flagrantes, il s'agit d'échapper à l'écoulement du temps, à la prescription pour parvenir à écarter l'acte. En l'espèce, il s'agissait d'une donation dont on reprochait au donataire de ne pas l'avoir accepté. Autant dire qu'avec la réforme de 2008, la tentation des juges est encore plus grande d'élargir le champ de l'inexistence.

D'autres jurisprudences plus ou moins anciennes attestent de la survivance de la notion⁵. Plus récemment, la première chambre civile de la Cour de cassation a rendu un arrêt encore plus explicite le 25 octobre 2005⁶.

En effet, par une analyse a contrario et dans le cas particulier des conventions d'arbitrage, la haute juridiction civile reconnaît explicitement l'inexistence pour en limiter les effets : « *En application du principe de validité de la convention d'arbitrage et de son autonomie en matière internationale, la nullité non plus que l'inexistence du contrat qui la contient ne l'affectent.* » En l'espèce, la convention d'arbitrage se révélait être un faux, ce qui peut justifier le recours à l'inexistence pourtant la limitation de ses effets par le principe de validité de la convention d'arbitrage est aussi paradoxale. Puisqu'il ne s'agit pas alors de valider un acte vicié mais lui donner une existence

1 ZACHARIAÉ, le droit civil français, trad. Massé et Vergé, 1854, t.1, p. 169 et s. ;

2 DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon, t. III, n°11 et 335 ;

3 p. 669 de sa thèse auparavant cité ;

4 Cass. 1re civ., 10 juin 1986, RTD Civ. 1987, p. 535 – J. MESTRE ;

5 Req. 30 déc. 1902, S. 1903.1.257, note A. TISSIER ; Civ. 3ème, 6 dec 1978, Gaz. Pal. 1979.1.217, note R.D. ; Paris, 8 février 1984, Gaz. Pal. 1984, somm. p. 174 inexistence du fait de l'indétermination du prix ; Cass. com, 16 juin 1992, D. 1993, jurispr., p. 508 et s., obs. L. COLLET ; Civ. 3ème, 15 déc. 1999, JCP 2000. II. 10236, note BILLIAU ;

6 Cass. Civ 1ère, 25 octobre 2005, D. 2006 p. 199, avis J. SAINTE-ROSE ;

fictive.

La majorité hostile de la doctrine dénonce le caractère fonctionnel de la notion d'inexistence qui n'est utilisée qu'en opportunité par le juge. Sans aucun fondement, elle ne devrait pas être utilisée. Mais ce caractère « fonctionnel » semble se tarir. Puisque certains notent une consécration législative de la notion d'inexistence à travers la sanction des clauses réputées non écrites. On observe aussi la multiplication d'instruments d'uniformisation internationale reconnaissant cette notion¹.

La consécration implicite par le biais du système des clauses réputées non écrites est une théorie partagée par plusieurs auteurs².

Pour le professeur Jérôme KULLMAN³, la clause réputée non écrite met en place une fiction d'inexistence qui prend peu à peu du terrain sur la clause nulle. Si la notion est distincte de celle consacrée par la jurisprudence, l'auteur remarque que leur fondement intellectuel est identique. Il remarque ainsi que l'inexistence véhiculée par ce mécanisme est distincte de la nullité. Si l'inexistence constate, la nullité détruit. Néanmoins, il souhaite que les deux instruments ne s'empêchent pas mais se complètent.

Cette consécration implicite n'est pas qu'une pure imagination de la doctrine, puisque la jurisprudence a explicitement lié les deux notions dans un arrêt de la troisième chambre civile datant du 9 mars 1988⁴.

En l'espèce, l'une des clauses d'un règlement de copropriété prévoyait de déroger aux exigences légales de la loi du 10 juillet 1965 de prendre certaines décisions à l'unanimité. Or, la haute juridiction civile en déduit : « *une clause réputée non écrite étant censée n'avoir jamais existée, le syndicat des copropriétaires, comme tout copropriétaire intéressé peut, à tout moment, faire constater l'absence de conformité des clauses du règlement de copropriété aux dispositions légales et établir une répartition des charges conforme à ces dispositions.* »

L'inexistence fictive existe donc bel et bien mais cette consécration n'est pas uniquement nationale.

D'une part, l'inexistence semble implicitement consacrée par la Convention de Vienne dans les hypothèses les plus facilement acceptées même en droit interne. Ainsi peut-on déduire un cas d'inexistence de l'article 19 alinéa 1er qui dispose que la réponse du pollicité modifiant l'offre initial : « est un rejet de l'offre et constitue une contre-offre ». Il en est de même pour l'offre acceptée après le délai d'expiration, les contrats victimes d'une erreur obstacle, etc....

D'autre part, les principes Unidroit et les principes du droit européen du contrat consacrent eux aussi implicitement l'inexistence, notamment en distinguant deux sanctions du contrat, la non-formation du contrat d'un côté et la nullité d'autre part. Or, la non-formation du contrat peut s'assimiler à l'inexistence. Ces deux corps de règles s'appliquent dans des situations similaires à la Convention de Vienne.

1 Voir le Panorama complet de Claude WITZ, *la consécration de l'inexistence par plusieurs instruments d'uniformisation du droit* ; Dalloz Litec 2006 ;

2 En premier et non des moindres : J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, Les obligations, 22^{éd.}, 2000, PUF, n°109 ;

3 Voir son analyse complète KULLMANN, « *Remarques sur les clauses réputées non écrites* » D. 1993 Chron. 59 ou la thèse de S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, Economica, 2006, préf. LEQUETTE ;

4 Civ. 3^{ème}, 9 mars 1988, D. 1989 143, note Christian ATIAS ;

Enfin et surtout, l'avant projet de Code européen des contrats consacre expressément la notion d'inexistence. Tout l'intérêt des normes proposées à cette occasion est de voir la relation que le projet met en place avec la nullité.

En effet, le Code propose à l'article 137 alinéa 1er une clause générale sur l'inexistence qui peut encourager à appliquer cette sanction à des cas de nullité et notamment en cas de vice du consentement : « *Il n'existe aucun contrat en l'absence d'un fait, ou d'un acte, ou d'une déclaration qui puisse être extérieurement reconnu et ramené à la notion sociale de contrat* ». Mais les savants à l'origine du projet ont limité l'importance de l'inexistence, c'est ainsi que le projet prévoit également à l'alinéa 3 du même article qu' « *en cas de doute, on estimera qu'il y a nullité et non pas inexistence.* »

En outre, ce projet consacre les effets classiques de l'inexistence qui lui ont valu son titre de super nullité, le contrat ne peut être confirmé et ne souffre pas d'un délai de prescription.

La disparition de l'inexistence fut donc l'un des méfaits d'une application faussée de la théorie moderne des nullités. C'est aussi cette application faussée qui a conduit à sa résurrection et même au dépassement de la notion. Désormais, l'inexistence n'est plus forcément liée au régime de la nullité. C'est une sanction distincte et pourtant intrinsèquement destinée à compléter le champ de la nullité.

À l'heure des projets de réforme du Code civil, la question est de savoir si la notion mérite une consécration légale. Ce n'est pas l'avis du Professeur WITZ malgré l'exemple savant du code européen. En effet, la notion n'a pas eu besoin d'une telle consécration pour subsister, elle est ainsi pleinement malléable pour les besoins de la jurisprudence tout en gardant une certaine cohérence. Cependant, une consécration éviterait au législateur de voir ses dispositions sur la nullité contournées pour être vidées de leur sens.

Un simple retour à un délai plus long de la prescription pour la nullité absolue permettrait sans doute de régler le problème en marginalisant à nouveau l'inexistence et en la réservant comme le souhaitait le professeur JAPIOT à des hypothèses exceptionnelles.

Conclusion générale :

- **Un bilan mitigé, les leçons à en tirer :**

Tout d'abord, force est de constater que la doctrine comme la jurisprudence n'ont jamais repris dans toute leur pureté les travaux du Professeur JAPIOT.

Sur les deux grands axes qu'il développe, à savoir, l'utilisation du critère de l'intérêt à agir et la fin de la dualité des régimes de nullité, ce dernier point a été totalement ignoré par tous les praticiens. Les projets de réforme et tous les droits contemporains reprennent cette double partition entre nullité absolue et relative que M. JAPIOT voulait abolir. Une future théorie devrait donc persister à reposer sur cette séparation qui fait consensus et dont les vertus didactiques sont reconnues.

Néanmoins, il ne faut pas ignorer les critiques adressées à la conception actuelle. Le critère de l'intérêt général n'est pas opérationnel ce qui provoque la marginalisation de la nullité absolue. Ce critère doit donc être précisé, encadré. Si l'on réaffirme la distinction alors il faut aussi restaurer des effets distincts.

Il s'agit donc de refuser une déthéorisation qui détruirait toute prévisibilité des décisions tant dans les solutions prononcées que dans leurs effets. Au contraire, la nature de la nullité absolue comme sanctionnant la violation d'une règle d'intérêt général exige une discipline stricte aux juges alors que la nullité relative et ses subtilités exigent de fournir aux jugements des instruments adaptables.

Enfin, cette démarche ne doit pas ignorer les exigences modernes du droit des contrats, un rapprochement avec les droits européens et une prise en compte d'un souci d'efficacité et de célérité juridique.

- **La proposition d'une distinction restaurée aux effets précisés :**

Pour commencer, il s'agit de consacrer la distinction entre nullité relative et absolue en fonction de l'intérêt à agir dans une démarche semblable à celle des différents projets de réforme du droit des obligations.

Il faut choisir une définition claire et simple qui si il pose les termes de la distinction ne bloque pas l'interprétation du juge. Ainsi, la définition du projet Catala qui s'attache à recouvrir parfaitement les positions actuelles de la jurisprudence semble à ce titre moins souple au contraire de celle du projet Terré et du projet de la Chancellerie.

Néanmoins, la définition du Projet Catala dans un second alinéa tend à encourager le juge à déceler des nullités absolues lorsque les valeurs fondamentales sont atteintes dans un contrat. Cette invitation peut être utilement reprise pour maintenir un domaine à la nullité absolue et pour offrir de nouvelles opportunités aux juges.

Article 1 :

« La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général.

Elle est relative lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé.

Toutefois, lorsque l'intérêt privé procède d'une valeur fondamentale, la nullité revêt un caractère absolu. »

Par la suite, il faut réhabiliter l'utilité de cette distinction en restaurant des délais de prescriptions différents. La tentation des juges du contrat à utiliser l'imprévisible inexistence sera

ainsi limitée. Une disposition pourrait limiter cet effet autrement en créant une sanction d'inexistence indépendante suivant son propre régime, mais la notion ne semble pas encore avoir rencontrée un consensus intellectuel le permettant.

En outre, un délai de prescription plus long pour la nullité absolue se justifie naturellement par la protection de l'intérêt général. Ce rallongement doit être mesuré pour assurer une certaine sécurité juridique aux contrats. Le raccourcissement de la prescription de la nullité relative ne semble pas opportun puisque ce délai n'a pas fait l'objet de critique. À ce titre la proposition du projet Terré semble la plus optimale.

Article 2 :

« L'action en nullité absolue se prescrit par dix ans et l'action en nullité relative en cinq ans, à moins que la loi n'en ait disposé autrement. »

Mais surtout, il s'agit de se rapprocher des autres conceptions européennes en réintroduisant la notion de contrat nul et annulable, à l'instar des contrats void et voidable ou *nullita* et *annulabilita*. Cette évolution a aussi pour avantage d'ancrer les dispositions sur la nullité dans une perspective historique qui la légitime.

Mais aussi et surtout elle permet d'encore renforcer la distinction entre nullité absolue et nullité relative. Le code québécois est à ce titre un exemple. Il oblige les juges à relever d'office les cas de nullités absolues c'est ainsi un gage de prévisibilité, les parties sauront à quoi s'en tenir face à ce domaine de nullité. Toutefois, le code québécois fait preuve d'une rigidité excessive en interdisant aux juges de relever d'office les cas de nullités relatives. Il peut paraître plus opportun de laisser toutes les nullités relatives à la portée du juge sous son pouvoir discrétionnaire, ainsi les cas de nullités relatives seraient proches des cas de nullités facultatives¹.

Ce faisant, les juges pourront distinguer des nullités particulières qu'ils relèvent au contraire d'autres. Ainsi, naît entre les lignes une troisième catégorie de nullité médiane qui recouvre en partie la notion de nullité d'alerte qu'évoque le professeur LICBACHER, celle que les juges relèvent de leurs propres initiatives. C'est là un outil adaptable et efficace entre les mains du juge.

Article 3 :

*« Les cas de nullités absolues doivent être relevé d'office par le tribunal.
Les cas de nullités relatives peuvent être relevé d'office par le tribunal. »*

Dans un même souci d'efficacité de la sanction de la nullité absolue il ne semble pas opportun d'en permettre la confirmation. Au contraire, la nullité relative doit pouvoir être confirmée. Néanmoins, il s'agit de prendre en compte la particularité de certains domaines de la nullité relative tels que les nullités d'ordre public de protection. Ainsi, le législateur doit pouvoir déroger à un principe général de possibilité de confirmation des actes nuls. Une fois de plus, l'ombre d'une troisième catégorie médiane de nullité apparaît à travers cette souplesse que souhaitait le professeur JAPIOT et d'autres à sa suite.

Article 4 :

*« Les contrats atteints d'une nullité absolue ne peuvent être confirmés.
Les contrats atteints d'une nullité relative peuvent être confirmés, sauf si la loi en dispose autrement. »*

1 Pour une analyse complète des nullités facultatives et leurs enjeux, Pascal RUBELLIN, *les nullités facultatives, étude offerte au Doyen Phillipe SIMLER*, Dalloz Litec 2006, p. 679 et suivante ;

La synthèse de ses propositions, si elle change la conception actuelle de la nullité, est de nature à satisfaire l'ensemble de la doctrine.

D'une part, la nullité absolue se maintient en redevenant un instrument de nettoyage du droit des contrats. Mais parallèlement, la nullité relative s'imprègne du pragmatisme nécessaire à la prise en compte des différents degrés d'intérêts privés. Ainsi, le législateur pourra interdire la confirmation des contrats de consommation.

D'autre part, les praticiens retrouvent un instrument didactique et utile alors même que les juges gardent des marges de manœuvres. La préservation de cet édifice, si elle se renforce à travers son inscription dans le marbre de la loi ne se fera que si la jurisprudence en profite pour clarifier les derniers points de friction entre les deux catégories de nullité et qu'elle s'abstient d'autres revirements.

Enfin, tout en conservant les enseignements de JAPIOT un tel choix inscrit le droit français dans un contexte plus global d'harmonisation du droit européen sans perdre néanmoins sa nature propre.

Table des matières,

Sommaire.....	p.2
----------------------	------------

Introduction :.....	p.3 à 5
----------------------------	----------------

- Définitions et distinctions.....p.3
- Les origines, la théorie classique des nullités.....p.3
- Le critère procédurale de distinctions.....p.4

I - L'affirmation de la théorie moderne en droit positif	p.6 à 15
---	-----------------

A – Les effets concrets découlant de l'application dénaturée de la théorie moderne.....	p.6
--	------------

1 - Panorama des cas de nullité absolue et relative.....	p.6
---	------------

- Les cas de nullités relatives.....p.6
- Les cas de nullités absolues.....p.7
- Les cas litigieux.....p.7

2 - L'effet principal de la distinction, l'attribution de l'action en nullité.....	p.8
---	------------

3 - Les autres effets de la distinction, en phase de disparaître.....	p.9
--	------------

B – La mise en œuvre contrariée de la théorie moderne des nullités.....	p.10
--	-------------

1 - Les critiques doctrinales.....	p.10
---	-------------

2 - Une jurisprudence défailante.....	p. 11
--	--------------

- La jurisprudence sur le prix dérisoire.....p. 12
- La jurisprudence sur les transactions en droit du travail.....p.12

3 – Un droit comparé mitigé.....	p.13
---	-------------

II – La théorie moderne des nullités, un avenir incertain	p.16 à 24
--	------------------

A – La théorie moderne moderne entre consécration légale et refondation..	p.16
1 - Les projets de réforme, à la rescousse de la théorie moderne.....	p.16
• Les propositions du projet Catala.....	p.16
• Les propositions du projet Terré.....	p.17
• Les propositions du projet de la Chancellerie.....	p.17
2 - Une renaissance intellectuelle de la théorie moderne.....	p.18
B – Une théorie moderne dépassée ?.....	p.18
1 - Les nouvelles théories.....	p.18
• La nullité selon le résultat recherché du professeur LICHBACHER.....	p.19
• La proposition de l'élément vicié du professeur POSEZ.....	p.19
2 - La fin des théories ?.....	p.20
3 - La résurgence de l'inexistence.....	p.21
Conclusion générale.....	p.25 à 27
• Un bilan mitigé, les leçons à en tirer.....	p.25
• La proposition d'une distinction restaurée aux effets précisées.....	p.25
Table des matières.....	p.28 à 29
Bibliographie.....	p.30 à 31

Bibliographie :

- **Ouvrages généraux :**

- **F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE**,
Les obligations, Précis Dalloz, 10^{ème} édition, 2009 ;
- **J. FLOUR, JL. AUBERT et E. SAVAUX**,
Les obligations, Sirey, 14^{ème} édition, 2010 ;
- **P. MALAURIE, L. AYNÉS et P. STOFEL-MUNCK**,
Les obligations, Defrénois, 5^{ème} édition, juillet 2011 ;

- **Thèses :**

- **F. DROGOUL**,
Essai d'une théorie générale des nullités, Aix 1901 ;
- **R. JAPIOT**,
Des nullités en matières d'actes juridiques – Essai d'une théorie nouvelle, Dijon, 1909 ;
- **E. GAUDEMET**,
Théorie générale des obligations, première édition 1937, présentation de Denis MAZEAUD, bibliothèque Dalloz, réédition 2004 ;
- **G. COUTURIER**,
La confirmation des actes nuls, Thèse Paris, 1969, L.G.D.J. ;
- **C. GUELFUCCI – THIBIERGE**,
Nullité, restitutions et responsabilité, préface de Jacques GHESTIN, Bibliothèque de droit privé, tome 218, LGDJ 1992 ;
- **O. GOUT**,
Le juge et l'annulation du contrat, préface de Pascal ANCEL, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 1999 ;
- **M. CUMYN**,
La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles, coll. Bibliothèque de droit privé », t. 376, Paris, L.G.D.J., 2002 ;
- **M. MEKKI**,
L'intérêt général et le contrat, études offertes au doyen Phillipe SIMLER, Préf. de Jacques GHESTIN, Bibliothèque de droit privé, Tome 411, Paris, L.G.D.J., 2004 ;

- **Monographie :**

- **J. CHEVALIER et G. DURRY**,
Inexistence, nullité et annulabilité, Travaux Association Henri Capitant, Dalloz, 1962 ;
- **KULLMANN**,
Remarques sur « les clauses réputées non écrites », D. 1993 Chron. 59 ;
- **ADIDA-CANAC**,
Actualité de l'inexistence des actes juridiques, rapport annuel de la Cour de cassation, p. 105 ;
- **M. MEKKI**,
Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires, RDC

2006 p.679 ;

- **A. POSEZ**,
La théorie des nullités – Le centenaire d'une mystification, RTD civ. 2011 p.647 et suivante ;
- **S. A. MEKKI et M. MEKKI**,
Droit des contrats – La validité du contrat – décembre 2010 – janvier 2012, Dalloz 2012 p. 459 ;
- **P. RUBELIN**,
Les nullités facultatives, étude offerte au Doyen Phillipe SIMLER, Dalloz Litec 2006, p. 679 et suivante ;
- **Claude WITZ**,
La consécration de l'inexistence par plusieurs instruments d'uniformisation du droit, étude offerte au Doyen Phillipe SIMLER, Dalloz Litec 2006, p.729 et suivante ;

• **Notes de jurisprudences :**

- **C.Crim, 2 janvier 1880**,
D. 1880, I 145, note BEUDANT ;
- **Cass. 1re civ., 10 juin 1986**,
Des sanctions du contrat non ou mal formé, RTD Civ. 1987, p. 535, obs. J. MESTIV ;
- **Civ. 3ème, 9 mars 1988**,
D. 1989 143, obs. Christian ATIASRE ;
- **Cass. civ. 1re, 9 nov. 1999**,
De quelques limites au jeu de la nullité, RTD Civ. 2000. 568, obs. J. MESTRE et B. FAGES ;
- **C. soc., 28 mai 2002, Bull. Civ V**,
La théorie « moderne » des nullités : une conception qui n'en finit pas d'échouer à s'imposer, Rémy LICHBACHER, Defrénois 2002, article 37607 n°66 ;
- **Cass. civ. 1re, 22 nov. 2005**,
« *L'actuel article 2061 du Code civil serait rétroactif* », D. 2006, p. 277 et s., note Th. LE BARS et P. CALLÉ, JCP G 2006, II, 10015, note E. CORNUT ;
- **Cass. Com., 23 octobre 2007, Bull. Civ. IV :**
 - *Où en est la Cour de cassation en matière de nullité absolue ?* Rémy LICHBACHER, Defrénois 2007, article 38697 n°74 ;
 - RDC, 2008 n° 2, P. 234 obs. T. GENICON ;
- **Cass. civ. 3ème, 21 septembre 2011**,
Les sanctions contractuelles : contradictions, approximations, imprécisions, etc..., D. 2011. 2711, Denis MAZEAUD ;
- **Cass. civ., 6 juillet 2011**,
Les énonciations de l'article L. 231-2 du CCH sont d'un ordre public de protection, RDI 2011, p. 505, Daniel TOMASIN ;

• **Projets de réforme :**

- *Rapport Catala – Les sanctions*, Philippe SIMLER, Septembre 2005, p. 33 et suivante ;
- *Pour une réforme du régime général des obligations*, sous la direction de M. François TERRÉ, Dalloz, 2008 et plus particulièrement, *Les sanctions des règles de formation*

- des contrats*, Dimitri HOUTCIEFF p.223 ;
- *Avant-projet de réforme du droit des obligations*, document de travail de la Chancellerie du 23 octobre 2013 ;