

Cour de cassation, 1^{re} chambre, 12 octobre 2000.

Président et Rapporteur : M. PARMENTIER,
conseiller faisant fonction de président.

Conclusions : M. WERQUIN,
avocat général.

Plaidants : MM. T'KINT et KIRKPATRICK.

CONVENTION. — ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS. — CAUSE. —
CAUSE ILLICITE. — ORDRE PUBLIC. — LÉSION DES DROITS
DE L'ADMINISTRATION FISCALE. — NULLITÉ ABSOLUE. —
CONNAISSANCE DE LA CAUSE ILLICITE PAR LE COCONTRAC-
TANT.

*Une convention dont le but est de porter atteinte aux droits de
tiers (en l'espèce l'administration fiscale) protégés par une
législation d'ordre public est frappée de nullité absolue dès lors
qu'une partie a contracté à des fins illicites, sans que la
connaissance de celles-ci par le cocontractant ne soit requise.*

(ETAT BELGE, MINISTRE DES FINANCES
C. SPRL AFP ENTREPRISES PROUVE.)

ARRÊT.

LA COUR

Vu l'arrêt attaqué, rendu le 8 décembre 1998 par la cour
d'appel de Liège;

Sur le moyen libellé comme suit, pris de la violation des
articles 6, 1108, 1131, 1315 du Code civil, 870 du Code judi-
ciaire, 4, 10, 15, 43, 45, 59 de la loi du 3 juillet 1969 créant le
Code de la taxe sur la valeur ajoutée, avant sa modification
par la loi du 28 décembre 1992, 4, spécialement §§ 1^{er} et 2, 17,
spécialement § 2, a, 18, 20 et 22 de la sixième directive euro-

R.C.J.B. - 1^{er} trim. 2003

péenne n° 77/388/CEE du Conseil du 17 mai 1977 en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur les chiffres d'affaires, 1^{er}, spécialement alinéa 1^{er}, 2° et 3° de l'arrêté royal n° 1 du 23 juillet 1969 relatif aux mesures tendant à assurer le paiement de la taxe sur la valeur ajoutée, 3, § 1^{er}, 1°, de l'arrêté royal n° 3 du 10 décembre 1969 relatif aux déductions pour l'application de la taxe sur la valeur ajoutée, avant leur modification par l'arrêté royal du 29 décembre 1992, et 149 de la Constitution,

en ce que l'arrêt, par confirmation partielle du jugement entrepris, après avoir admis que « ni *Auto In ni Racimex* ne versent la TVA (au demandeur) », « toutes (les) opérations se déroulent pratiquement le même jour pour chacune des voitures; que (la défenderesse) n'a pas l'occasion de voir les voitures et, de plus, ne cherche pas à vérifier l'état de celles-ci ni à les réceptionner — et d'ailleurs ne le demande même pas —; que certaines voitures n'existent pas — les numéros de châssis étant fictifs pour en tout cas six voitures (...); il a même été constaté, lors de l'enquête pénale, que certains acquéreurs en fin de course sont, avant même le jour de l'achat des voitures par (la défenderesse), en possession des voitures vendues, qui n'ont jamais quitté le show-room originaire » et « qu'il ne peut pas être réclamé de TVA sur les opérations inexistantes (certaines voitures vendues n'existaient même pas) », confirme l'annulation de la contrainte délivrée le 15 septembre 1989 et condamne le demandeur à restituer à la défenderesse une somme de 4.204.300 francs, augmentée des intérêts au taux de 9,6 % l'an depuis le 18 septembre 1989, ainsi qu'aux trois quarts des frais et des dépens des deux instances, aux motifs que « il y a eu un certain circuit des voitures où chacun des intermédiaires a perçu un bénéfice et a payé la TVA à l'exception du dernier maillon, la firme *Auto Mail* qui avait obtenu de l'administration, après une vérification que (la défenderesse) pouvait croire réellement sérieuse (...) une exemption de TVA parce qu'elle destinait les voitures acquises à l'exportation; que c'est à bon droit que le premier juge a décidé à cet égard que les principes de bonne administration impliquent que le redevable doit pouvoir faire confiance à ce qu'il ne peut concevoir autrement que comme des règles fixes de conduite et

d'administration et ne pouvait se rendre compte que l'autorisation donnée par l'administration au garage Auto Mail ne l'avait pas été à bon escient », que « (la défenderesse) argue de sa bonne foi (...) », « qu'il ne peut être soutenu que la SC Racimex n'est pas l'assujetti redevable de la taxe en lieu et place de (la défenderesse) qui lui a versé ladite taxe et pouvait la récupérer — à défaut de fraude établie dans son chef — dès lors qu'elle revendait le bien à une société Auto Mail qui les destinait, aux yeux de (la défenderesse), à l'exportation conformément à une autorisation régulièrement délivrée; qu'il n'est pas plus établi dans le cadre de l'action civile que de l'action pénale que (la défenderesse) avait effectivement connaissance de la fraude commise par Racimex et par Auto Mail » et que « le raisonnement du premier juge doit dès lors être suivi à cet égard de même qu'en ce qui concerne la notion de cause illicite », la motivation du jugement entrepris à laquelle l'arrêt se réfère et qu'il fait sienne étant la suivante : « la cause illicite : (...) si dans le chef de Racimex et d'Auto Mail, le but poursuivi était une vaste fraude, il n'est pas établi que les contrats passés entre Racimex et (la défenderesse) puis entre (la défenderesse) et Auto Mail seraient nuls car ayant une cause illicite; (...) que la cause doit s'entendre des mobiles déterminants des parties; que pour qu'il y ait annulation du contrat à titre onéreux, encore faut-il qu'à tout le moins le mobile illicite d'une partie ait été connu de l'autre, en d'autres termes que ce mobile soit entré dans le champ contractuel » et que « les factures émises par Racimex, leur paiement et celui de la taxe par (la défenderesse), la revente par (la défenderesse) suivant commande de Auto Mail (...) sont des éléments traduisant l'existence d'opérations soumises à la taxe », que « (la défenderesse) se trouvait dans les conditions pour opérer déduction conformément à l'article 45 du Code de la TVA; qu'il ne peut lui être reproché de ne pas avoir porté en compte une TVA sur les opérations qu'elle réalisait avec Auto Mail dès lors qu'elle était en possession d'une attestation d'exonération accordée à cette société jusqu'au 31 décembre 1988 pour vente destinée à l'exportation »,

alors que (...)

R.C.J.B. - 1^{er} trim. 2003

deuxième branche, l'arrêt, par adoption des motifs du jugement entrepris, décide que les conventions intervenues entre la SC Racimex et la défenderesse n'étaient pas nulles du chef de contrariété à l'ordre public, en sorte que la défenderesse était tenue au paiement de la taxe due en raison de ces conventions et, partant, pouvait en exiger la déduction et la restitution au demandeur en vertu de l'article 45 du Code de la TVA; que les dispositions du Code de la TVA sont d'ordre public car elles touchent aux intérêts essentiels de l'État et de la collectivité; que toute convention dont l'objet ou la cause est contraire à l'ordre public est nulle de nullité absolue; que l'article 1131 du Code civil dispose que « l'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet »; que la cause d'une convention synallagmatique constitue le ou les mobiles qui ont déterminé une partie à contracter; que si le mobile déterminant doit être entré dans le champ contractuel, il n'est nullement exigé qu'il soit commun à toutes les parties à la convention synallagmatique; que lorsque la cause d'une convention est contraire à l'ordre public et que sa nullité et en tout cas son inopposabilité est poursuivie par un tiers, en fraude aux droits duquel la convention a été conclue, il suffit que le mobile déterminant de l'une des parties contractantes soit illicite; que l'arrêt constate que le mobile essentiel qui a déterminé la SC Racimex à conclure avec la défenderesse les contrats de vente était l'organisation d'une fraude « carrousel » au détriment du demandeur, dont les droits sont protégés par des dispositions d'ordre public; qu'en conséquence, il n'a pu légalement, par adoption des motifs du premier juge, décider que les conventions de vente intervenues entre la SC Racimex et la défenderesse ne pouvaient être considérées comme nulles pour cause illicite, au motif que la défenderesse était de bonne foi et n'avait pas connaissance de la fraude « carrousel » organisée par ses cocontractants (violation des articles 6, 1108, 1131 du Code civil, 2, 4, 10, 15, 40 et 45 du Code de la TVA);

(...)

Quant à la deuxième branche :

Attendu que, tant par ses motifs propres que par adoption des motifs du premier juge, l'arrêt, d'une part, constate que la

défenderesse a été mêlée à des opérations frauduleuses, appelées « carrousel TVA », relatives à des ventes de voitures et que dans le chef de celui qui lui a vendu des voitures, « le but poursuivi était une vaste fraude » au préjudice du Trésor et, d'autre part, considère que la défenderesse n'avait pas connaissance de cette fraude organisée;

Attendu qu'une convention qui a pour but d'organiser une fraude envers des tiers, en l'espèce le demandeur, dont les droits sont protégés par une législation d'ordre public, a une cause illicite et est frappée de nullité absolue;

Que, s'agissant de l'intérêt général, il suffit que l'une des parties ait contracté à des fins illicites et qu'il n'est pas nécessaire que ces fins soient connues du co-contractant;

Attendu que, partant, l'arrêt ne décide pas légalement que les contrats conclus par la défenderesse ne sont pas nuls pour cause illicite;

Que le moyen, en cette branche, est fondé;

Par ces motifs,

Casse l'arrêt attaqué;

(...)

NOTE

Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques

1. — Introduction. Peu de notions du droit des obligations ont suscité autant de débats passionnés que la cause des actes juridiques (1). On sait

(1) Parmi une littérature particulièrement abondante, voy., outre les ouvrages classiques relatifs à la cause (not. J. DABIN, *La théorie de la cause*, Bruxelles, Van Fleteren, 1919; H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1924, 2^e éd.; L. JOSSE- RAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, Dalloz, 1928; G. DE BOIS-JUZAN, *De la cause en droit français (spécialement en droit civil)*, Bordeaux, Delmas, 1939), H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, t. 2, 1964, p. 461 et suiv.; P. VAN OMME-SLAGHE, « Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne », note sous Cass., 13 novembre 1969, cette Revue, 1970, p. 328 et suiv.; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, t. 1, Paris, Sirey, 1988, 2^e éd., p. 193 et suiv.; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, 1^{er} vol., *Obligations, Théorie générale*, Paris, Montchrestien, 1991, 8^e éd., p. 242 et suiv.; J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 3^e éd., 1993, p. 818 et suiv.; Ph. SIMLER, « Contrats et obligations. Cause. Notion. Preuve. Sanctions », *Juris-Classeur civil*, 1994, art. 1131 à 1133, fasc. 10 et 20; P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*,

toutefois que, dans la controverse qui oppose les causalistes aux anticausalistes, la Cour de cassation a pris résolument le parti des premiers. Dans son arrêt du 13 novembre 1969 (2), elle affirme sans détour : « la validité d'une opération juridique est subordonnée à l'existence d'une cause; (...) cette règle est applicable à tous les actes juridiques tant unilatéraux que bilatéraux et ne reçoit d'exception que dans les cas où la loi admet que l'acte se suffit à lui-même et peut être abstrait de sa cause »; d'autres arrêts sont venus confirmer l'attachement de la Cour à cette condition de validité des actes juridiques (3). Par son arrêt du 21 janvier 2000, la Cour précise toutefois que la cause ne joue un rôle qu'au stade de la formation de l'acte et que sa disparition postérieure n'entraîne pas, en principe, la caducité de celui-ci (4).

Ces décisions ont permis à la Haute Cour d'élaborer, au fil du temps, une théorie d'ensemble de la cause. Certaines questions demeuraient toutefois en souffrance. Ainsi la Cour n'avait-elle pas encore eu l'occasion de trancher le délicat problème de savoir si le mobile illicite (l'adjectif étant entendu dans un sens large, englobant aussi la contrariété aux bonnes mœurs (5)) poursuivi par une seule des parties est une cause de nullité de l'acte ou s'il est nécessaire que ce mobile soit « commun » aux parties contractantes.

C'est dorénavant chose faite avec l'arrêt du 12 octobre 2000 (6). Les faits qui sont à son origine peuvent être résumés comme suit.

Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 71 et suiv.; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, collection « A la rencontre du droit », Diegem, Kluwer, 1999, p. 58 et suiv.; G. VAN MALDEREN, « Oorzaak », in *Bestendig handboek verbintenissenrecht* (ouvrage collectif sous la direction de J. ROODHOOF), Anvers, Kluwer, 2000, p. II.4-88a et suiv.; H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations. Contrats spéciaux. Sûretés*, Paris, Dalloz, 2000, 11^e éd., p. 59 et suiv.; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers, Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, p. 140 et suiv.; W. VAN GERVEN et S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Acco Leuven, Leusden, 2001, p. 80-88; A. VERBEKE et I. VERVOORT, « Oorzaak, voorwaar(-de) oorzaak van onduidelijkheid », in *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Deurne, Kluwer, 2002, p. 521 et suiv.

(2) Cass., 13 novembre 1969, cette Revue, 1970, p. 326, note P. VAN OMMESLAGHE.

(3) Voy. ainsi Cass., 5 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 267, cette Revue, 1979, p. 131, note M. VAN QUICKENBORNE, *R.W.*, 1977-1978, col. 440, note J. TIELEMANS; Cass., 17 mai 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 813, *J.T.*, 1992, p. 298, *R.W.*, 1991-1992, p. 684; Cass., 21 janvier 2000, *J.T.*, 2000, p. 573, note P.A. FORIERS (p. 676 et suiv.), *Rec. Cass.*, 2001, p. 101, précédé de la note de M. VAN QUICKENBORNE.

(4) *J.T.*, 2000, p. 573, note P.A. FORIERS (p. 676 et suiv.), *Rec. Cass.*, 2001, p. 101, précédé de la note de M. VAN QUICKENBORNE. La Cour réserve toutefois un sort particulier aux libéralités (sur ce point, voy. not. P.A. FORIERS, *op. cit.*, *J.T.*, 2000, p. 677-678).

(5) Pour ne pas alourdir le texte, nous entendrons, dans la présente note d'observations, l'adjectif « illicite » *sensu lato*, dans un sens incluant aussi l'hypothèse de l'acte immoral. C'est ainsi que l'entend, d'ailleurs, le législateur à l'article 1133 du Code civil. Il nous arrivera toutefois d'employer l'adjectif dans un sens plus étroit (voy. *infra* n° 15 a).

(6) L'arrêt est publié in *Bull.*, 2000, p. 1531, *R.W.*, 2002-2003, p. 416, note approbative d'A. VAN OEVELEN intitulée « Is voor de nietigheid van een overeenkomst wegens een ongeoorloofde oorzaak vereist dat deze gemeen is aan beide partijen? », *R.G.D.C.*, 2001, p. 549, *R.N.B.*, 2001, p. 109, obs. Il est brièvement commenté par Chr. BIQUET-MATHIEU dans la partie « Obligations » de la *Chronique de droit à l'usage du notariat*, Bruxelles, Larcier, vol. 35, 28 mars 2002, p. 269-271.

La S.P.R.L. A.F.P. Entreprise Prouve se trouve mêlée, à son insu, à des opérations frauduleuses portant sur des ventes de voitures qui sont connues, en pratique, sous le nom de fraude « carrousel » à la T.V.A. (7). A diverses reprises, la société Racimex lui avait vendu des véhicules automobiles, sans qu'elle les eût vus ni réceptionnés. A chaque fois, la S.P.R.L. s'acquitta du paiement de la T.V.A. et revendit immédiatement les voitures à la société Auto Mail. Cette dernière, ayant produit une attestation d'exonération de ladite taxe, valable jusqu'au 31 décembre 1988, pour vente destinée à l'exportation, ne se vit porter en compte aucune taxe sur ces ventes. En réalité, l'administration fiscale n'avait pas délivré cette attestation à bon escient, et les véhicules ne furent pas exportés. Ils n'avaient jamais quitté la salle d'exposition originaire et se trouvaient parfois déjà entre les mains de leurs acquéreurs définitifs avant l'acquisition par la S.P.R.L.; certains véhicules n'existaient d'ailleurs pas.

La S.P.R.L. A.F.P. Entreprise Prouve, qui est le maillon intermédiaire de cette fraude, prétend déduire la T.V.A. payée à son vendeur. L'administration fiscale s'y oppose et délivre contrainte contre elle. Tant le premier juge que la Cour d'appel de Liège annulent cette contrainte et condamnent l'État belge à restituer une somme de plus de quatre millions de francs majorée des intérêts. Il n'est, estiment les magistrats, nullement établi que la S.P.R.L. avait effectivement connaissance de la fraude commise par Racimex et Auto Mail. Les conventions de vente de voitures intervenues entre Racimex et la société A.F.P. Entreprises Prouve ne sont donc pas nulles du chef de contrariété à l'ordre public, en sorte que cette dernière société devait bien acquitter la T.V.A. sur ces opérations et peut, partant, en exiger la déduction et la restitution à l'État en vertu de l'article 45 du Code de la T.V.A. Le motif le plus important pour notre propos est libellé comme suit : « si dans le chef de Racimex et d'Auto Mail, le but poursuivi était une vaste fraude, il n'est pas établi que les contrats passés entre Racimex et (*la S.P.R.L.*) puis entre (*celle-ci*) et Auto Mail seraient nuls car ayant une cause illicite; (...) la cause doit s'entendre des mobiles déterminants des parties; (...) pour qu'il y ait annulation du contrat à titre onéreux, encore faut-il qu'à tout le moins le mobile illicite d'une partie ait été connu de l'autre, en d'autres termes que ce mobile soit entré dans le champ contractuel ».

Le pourvoi introduit par l'État belge comprend un seul moyen, qui est subdivisé en trois branches. La deuxième branche — la seule à nous intéresser pour les besoins de cette note — est prise de la violation des articles 6, 1108, 1131 du Code civil ainsi que des articles 2, 4, 10, 15, 40 et 45 du Code de la T.V.A. Selon la demanderesse en cassation, la cour d'appel « n'a pu légalement (...) décider que les conventions de vente intervenues entre la S.C. Racimex et la défenderesse ne pouvaient pas être considérées comme nulles pour cause illicite, au motif que la défenderesse était de

(7) Sur le régime fiscal des véhicules automobiles, voy. J. BUBLOT, *Le régime fiscal de l'automobile. Etude des impôts sur les revenus et de la T.V.A. applicables à l'acquisition et à l'utilisation de l'automobile*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 49 et suiv.

bonne foi et n'avait pas connaissance de la fraude 'carrousel' organisée par ses cocontractants ».

La Cour de cassation accueille le pourvoi dans des termes dont la clarté n'a d'égale que la fermeté.

La Cour affirme, en un premier temps, qu'« une convention qui a pour but d'organiser une fraude envers des tiers (*en l'espèce, le Trésor*) dont les droits sont protégés par une législation d'ordre public, a une cause illicite et est frappée de nullité absolue ». Puis elle déclare que « s'agissant de l'intérêt général, il suffit que l'une des parties ait contracté à des fins illicites et qu'il n'est pas nécessaire que ces fins soient connues du cocontractant ». La cassation s'impose, dès lors, le juge du fond n'ayant pas décidé légalement que les contrats conclus par l'acheteur « ne sont pas nuls pour cause illicite ».

2. — Plan de l'étude. Pour la Haute Cour, les mobiles illicites qu'une partie garde secrets sont donc en soi cause de nullité du contrat de vente, et plus largement de toute convention conclue à titre onéreux. C'est, à l'évidence, une décision de principe qui est ainsi prononcée.

L'arrêt détonne, car, sans être inédite, une telle sévérité n'avait rallié que peu de suffrages en doctrine. Les auteurs lui préféreraient généralement la thèse du mobile « commun », plus favorable aux intérêts du « contractant irréprochable » (8). À cet égard, la question que A. De Bersaques posait, en 1950, au seuil de l'étude qu'il consacrait précisément à notre problème, est on ne peut plus éloquente : « Suffit-il pour qu'une créance soit nulle, du chef de cause illicite, que son titulaire ait eu connaissance du but répréhensible que son cocontractant poursuit au moyen de la prestation stipulée au profit de ce dernier ou bien faut-il, en outre, que le créancier ait eu la volonté de coopérer à cette fin coupable ? » (9). Ainsi donc, l'éminent auteur écartait-il, d'emblée, la thèse que la Cour de cassation allait adopter, en fin de compte, cinquante ans plus tard !

C'est une délicate question de politique juridique (10) qui est au cœur de nos observations et qui illustre, de manière éclatante, le caractère dialecti-

(8) A. WEILL, « Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l'action en nullité », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, 1978, p. 1166.

(9) Note sous Liège, 11 janvier 1949, cette Revue, 1950, p. 323.

(10) L'illicéité des motifs a déjà fait l'objet de plusieurs études dans cette Revue. Voy. A. DE BERSAQUES, *op. cit.*, cette Revue, 1950, p. 323-337 ; J. DABIN, « Cause illicite en matière de donations entre concubins », note sous Cass., 13 novembre 1953, cette Revue, 1954, p. 7 et suiv. ; J. DABIN, « *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* : fondement, conditions et champ d'application de l'adage. 'Quid' pour les choses données en gage ? », note sous Cass. (aud. plén.), 8 décembre 1966, Cette Revue, 1967, p. 27-29. Pour un aperçu des thèses en présence, voy. C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, « Théorie générale des obligations. La notion d'obligation. La formation des contrats et la capacité des parties contractantes », *Les Nouvelles. Droit civil*, t. IV, Bruxelles, Larcier, 1957, p. 326 et suiv., n^{os} 1189 et suiv. ; A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 417 et suiv.

Les modèles de droit uniforme récents ne traitent pas de la question. Leurs auteurs ont, en effet, écarté délibérément de leurs réflexions la problématique de l'invalidité du contrat pour illégalité ou immoralité [art. 4 : 101 des Principes de droit européen des

que de la pensée juridique (11). Deux préoccupations éminemment respectables entrent en conflit : d'une part, la sauvegarde de l'intérêt général qui milite en faveur d'une annulation de l'acte juridique, dès lors qu'un mobile illicite peut être décelé, qu'il soit personnel à une partie ou commun aux contractants ; d'autre part, l'équité, la sécurité juridique (12) qui plaident en faveur des intérêts de la partie innocente et donc contre l'annulation.

Annonçons-le d'emblée : la solution que la Cour de cassation adopte recueille notre approbation, même si les intérêts du cocontractant innocent s'en trouvent sacrifiés sur l'autel de l'intérêt général (II et III). Notre adhésion n'est toutefois pas inconditionnelle : la sévérité de la Cour doit être contrebalancée par des mesures protectrices de ce contractant irréprochable, à raison, précisément, de sa bonne foi (IV). Mais avant d'entrer dans le vif du sujet, il est utile de cerner le contexte dans lequel s'inscrit la controverse : la cause des actes juridiques et le contrôle judiciaire portant sur la licéité de ces actes (I).

I. — LE CONTEXTE DE L'ARRÊT

3. — Le contrôle judiciaire de licéité du contrat. Aux termes de l'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil, les conventions ne font la loi des parties que dans la mesure où elles sont « *légalement formées* ». Ainsi le principe de la liberté contractuelle doit-il composer notamment avec la police du contrat fondée sur la sauvegarde de l'intérêt général (13). Divers textes du Code traitent de cette exigence de licéité des conventions, qui concerne plus largement tout acte juridique (14).

Le premier texte, qui est aussi le plus connu, est l'article 6 : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Une série de textes explicitent le contrôle que les cours et tribunaux peuvent exercer de ce chef. Les juges doivent, tout d'abord, veiller à la licéité de l'objet (15) ; les articles 1128 et 1130, alinéa 2,

contrats (*Principles of European Contract Law*, parts I and II, éd. par O. LANDO et H. BEALE, La Haye, Londres, Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 41) ; art. 3.1 des Principes relatifs aux contrats du commerce international (Unidroit, Rome, 1994, p. 68)]. Les Principes ne traitent pas davantage de la cause.

(11) A ce propos, voy. C. RENARD, « Les caractères de la pensée juridique », in *En hommage à Claude Renard. Textes choisis*, Faculté de Droit, d'Économie et de Sciences sociales de l'Université de Liège, 1980, p. 281 et suiv.

(12) Laquelle est un principe général du droit (Cass., 7 décembre 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 1183).

(13) A ce propos, voy. X. DIEUX, « Le contrat : instrument et objet de dirigisme ? », in *Les obligations contractuelles*, Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, p. 259-284.

(14) À bon droit, la doctrine et la jurisprudence appliquent aux actes unilatéraux les dispositions relatives aux obligations conventionnelles. C'est ainsi que la souscription et la libération de l'apport en capital à une société anonyme peuvent être annulées pour cause illicite (Cass., 18 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 917).

(15) Sur la licéité de l'objet, voy. R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen », *T.P.R.*, 1994, p. 371 et suiv. ; L. CORNELIS, *op. cit.*, 2000, p. 128 et suiv. ; et, parmi beaucoup d'autres décisions, voy. Cass., 9 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 322, *R.W.*, 1991-1992, p. 1294, note ;

se font l'écho de cette exigence. Aux termes des articles 900 et 1172, les tribunaux doivent aussi s'enquérir de la licéité des éléments adventices à l'acte juridique que sont les conditions. Enfin, trois textes — les seuls à nous intéresser dans le cadre de cette note — traitent de la licéité de la cause. L'article 1108, *in fine*, exige pour la validité d'une convention « *une cause licite dans l'obligation* ». Les articles 1131 et 1133 explicitent cette exigence : aux termes du premier, « *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* » ; quant au second, il précise que « *La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* » (16).

4. — **La cause.** Il n'entre pas dans nos intentions de dresser l'inventaire des diverses théories de la cause qui ont été défendues en doctrine. Elles sont légion. Qu'il nous suffise de rappeler, pour les besoins de la présente note, que la cause désigne le « pourquoi » de l'obligation ou de l'acte juridique (17) (18).

Cass. fr. civ., 29 juin 1994, *J.T.*, 1995, p. 149 (atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes : contrat tendant à l'abandon de l'enfant à sa naissance par la mère porteuse) ; Cass., 10 décembre 1998, *R.G.D.C.*, 2000, p. 65 (vente d'animaux élevés aux hormones) ; Cass., 25 septembre 2000, *R.N.B.*, 2001, p. 50, obs. J. SACE (location portant sur des biens du domaine public) ; Liège, 16 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1023, obs. B. LOUVEAUX (nullité du contrat d'entreprise, en raison de la violation de la loi du 15 décembre 1970 sur l'exercice des activités professionnelles dans les petites et moyennes entreprises du commerce et de l'artisanat).

Deux arrêts récents de la Cour de cassation méritent de retenir l'attention (Cass., 8 avril 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 487, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1720, *D.A.O.R.*, 2000, p. 356, note F. MOURLON BEERNAERT, intitulée « La théorie de l'objet illicite à la lumière de la théorie (moderne) de la cause », *R.D.C.*, 1999, p. 855, note I. CLAES, « *Geen bouwvergunning, verlies van elke rechtsbescherming ?* » ; Cass., 14 septembre 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1339, avec les conclusions av. gén. HENKES, *R.D.C.*, 2001, p. 161). De ces arrêts, il résulte que l'objet du contrat (dans la première espèce, un contrat d'assurance couvrant le risque d'incendie d'un chalet construit sans autorisation) n'est illicite que s'il crée ou maintient une situation illégale. Il y a là un affinement de la notion d'objet illicite comme cause de nullité (Chr. BRQUET-MATHIEU, *op. cit.*, 2002, p. 274-275).

(16) Ce texte s'inspire des écrits de POTHIER : « Tout engagement doit avoir une cause honnête (...). Lorsque la cause, pour laquelle l'engagement a été contracté, est une cause qui blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes mœurs, cet engagement est nul, ainsi que le contrat qui le renferme » (« *Traité des obligations* », in *Œuvres de R.-J. Pothier*, nouv. éd. par M. DUPIN, aîné, Bruxelles, Amsterdam, t. 1, 1829, p. 13). L'inspiration est évidente, sans que l'on puisse cependant parler d'une reproduction servile.

(17) P.A. FORIERS (*op. cit.*, 1998, p. 5-6 et p. 86-87) fait judicieusement remarquer que le concept de cause est ambigu. Tantôt l'on parle de la cause de l'obligation (voy. ainsi l'article 1131 du Code civil), tantôt de la cause de la convention (voy. ainsi l'article 1132 du Code civil). Nous ne développerons pas cette question, dont l'intérêt semble avant tout théorique (voy. et comp. les distinctions proposées par H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, 1991, p. 248 et suiv. ; Ph. SIMLER, *op. cit.*, *Juris-Classeur civil*, art. 1131 à 1133, fasc. 10, 1994, p. 5 et suiv.). La Cour de cassation semble, d'ailleurs, ne pas attacher d'importance particulière à la distinction (voy. Cass., 24 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 101 ; Cass., 25 mai 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 1015, *R.W.*, 1989-1990, p. 331, où l'on peut lire que « l'article 1131 du Code civil dispose uniquement que *les obligations ou les conventions (nous soulignons)* qu'il définit ne peuvent avoir aucun effet »). La distinction présente toutefois un intérêt, lorsque l'illicéité affecte les mobiles de l'un des associés, dans une société à responsabilité limitée (voy. *infra* n° 14).

(18) Nous ne nous attarderons pas sur un autre sens du mot : la cause efficiente de

Selon la théorie classique, qui s'inscrit dans le droit fil des écrits de Domat et de Pothier (19), ce « *cur debetur?* » (20) est nécessairement objectif, abstrait des mobiles individuels des parties. La cause est la raison immédiate pour laquelle une personne s'engage. Dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation d'une partie n'est autre que l'objet de l'obligation de son cocontractant; dans les donations et les autres contrats de bienfaisance, la cause est l'intention libérale; dans les contrats réels, enfin, l'obligation de restitution qui pèse sur le débiteur a pour cause la remise que lui a faite son créancier (21). La notion peut toutefois être comprise dans un sens subjectif, correspondant à ce qu'il est convenu d'appeler la « doctrine des mobiles ». C'est alors le mobile extrinsèque qui détermine une des parties ou les différentes parties à conclure l'acte juridique : c'est la « cause 'mobile-but' » (22), que l'on désigne aussi par l'expression de « cause impulsive et déterminante ». à l'inverse de la cause objective, les motifs qui poussent une personne à donner le jour à un acte juridique — qu'il soit unilatéral ou conventionnel — sont subjectifs et partant nécessairement variables.

D'anciens commentateurs du Code civil ont dénié aux juges le pouvoir de se prononcer sur la licéité des mobiles des parties, ceux-ci fussent-ils déterminants de leur consentement (23). L'autonomie des volontés ne pouvait, à leurs yeux, tolérer un tel contrôle que l'on n'était pas loin de comparer à une forme d'inquisition judiciaire (24). À suivre cette thèse, les juges auraient donc dû se borner à contrôler la conformité de la seule cause objective à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Bon nombre d'actes juridiques, d'apparence irréprochable mais en réalité inspirés par des motifs vicieux, auraient ainsi pu passer au travers des mailles du filet. Dans les contrats synallagmatiques et les contrats réels, le contrôle de la licéité de la cause aurait, en effet, fait double emploi avec celui qui porte sur la licéité de l'objet (25). Pire : dans les actes à titre gratuit, et notamment les dona-

l'obligation, qui désigne l'événement qui engendre l'obligation ou, si l'on préfère, la source de l'obligation (contrats, faute aquilienne, quasi-contrats, etc.). De même sort de notre propos la cause catégorique, qui permet de qualifier les contrats et donc de les distinguer entre eux (G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, t. 1, 1988, p. 206-208; J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, t. 4, Paris, P.U.F., 20^e éd., 1996, p. 128; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Paris, L.G.D.J., 1999, 632 p.).

(19) DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel; le droit public et legum delectus*, t. 1, Paris, Théodore de Hansy, 1745, p. 20, art. V et VI; POTHIER, *op. cit.*, t. 1, 1829, p. 13.

(20) Pour reprendre la formule célèbre d'OUDOT, qui est le premier auteur à avoir posé le problème en ces termes.

(21) Cette division tripartite ne rend toutefois pas compte de la cause dans tous les actes juridiques (R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, p. 531-533).

(22) H. DE PAGE, *Traité*, t. 2, 1964, p. 468.

(23) C'est tout particulièrement le cas de Th. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 7, Paris, F. Pichon, 1894, p. 116 et suiv. Voy. aussi les obs. anonymes sous Cass. fr. req., 1^{er} avril 1895, *D.*, 1895, I, p. 263, notes 3 et 4.

(24) J. CARBONNIER, *op. cit.*, t. 4, 1996, p. 123.

(25) H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, 2000, p. 64. Un simple exemple suffira à prouver les limites du contrôle judiciaire de licéité qui serait fondé sur la seule cause objective. Prenons le cas de la vente d'une maison de tolérance. L'obligation du

tions et testaments, la théorie classique aurait été systématiquement prise en défaut, puisque la volonté abstraite de bienfaisance (*l'animus donandi*, dans les donations), coupée de ses motifs extrinsèques, est nécessairement irréprochable (26).

Il est improbable que les auteurs du Code civil aient entendu limiter de manière aussi drastique le contrôle de licéité fondé sur la cause des actes juridiques. Aussi la doctrine (27) s'est-elle accordée, assez rapidement, pour apprécier l'illicéité au regard des motifs particuliers des parties. Du reste, la jurisprudence avait pris les devants, n'hésitant pas, dès le dix-neuvième siècle, à « sonder les cœurs » (28) des parties, que ce soit en matière de libéralités ou de contrats à titre onéreux; la jurisprudence est innombrable, tant en Belgique qu'en France (29). En assimilant cause illicite et « fins illi-

vendeur est nulle en raison de l'illicéité de son objet; quant à l'obligation de payer le prix qui incombe à l'acheteur, elle est nulle en raison de l'illicéité qui affecte sa cause objective. Ce raisonnement ne peut toutefois être tenu pour la vente d'une maison d'habitation que l'acheteur compte affecter à l'exercice d'activités immorales : l'objet de l'obligation du vendeur n'étant pas répréhensible, la cause objective de l'engagement de son cocontractant ne peut encourir le moindre reproche.

(26) L. JOSSERAND, *op. cit.*, 1928, p. 163 ainsi que p. 200-201.

(27) Parmi beaucoup d'autres, voy. H. CAPITANT, *op. cit.*, 1924, p. 239 et suiv.; L. JOSSERAND, *op. cit.*, 1928, p. 162 et suiv.; G. DE BOIS-JUZAN, *op. cit.*, 1939, p. 321; Ch. BEUDANT, *Droit civil français*, t. 8, 2^e éd., p. 138; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, L.G.D.J., 1949, 4^e éd., p. 59 et suiv.; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, Paris, L.G.D.J., 1957, p. 109 et suiv.; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., t. 6, *Obligations* par P. ESMEIN, Paris, L.G.D.J., 1952, p. 352 et suiv.; H. DE PAGE, *Traité*, t. 2, 1964, p. 470; P. VAN OMMEFLAGHE, « Examen de jurisprudence. Les obligations (1968-1973) », cette Revue, 1975, p. 343; R. KRUTHOF, H. MOONS et C. PAULUS, « Overzicht van rechtspraak (1965-1973). Verbintenissen », *T.P.R.*, 1975, p. 492 et suiv.; P.A. FORIERS, « L'objet et la cause du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, p. 154-156; G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, t. 1, 1988, p. 213 et suiv.; J. GHESTIN, *op. cit.*, 1993, p. 891; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1994, p. 398 et suiv., spéc. p. 413 et suiv.; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Cours de droit civil*, t. 6, *Les obligations*, Paris, Cujas, 1997, 8^e éd., p. 293-295; M. COIPEL, *Éléments...*, 1999, p. 65; L. CORNELIS, *op. cit.*, 2000, p. 144 et suiv.; W. VAN GERVEN et S. COVEMAEKER, *op. cit.*, 2001, p. 84 et suiv.

(28) M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, t. 6 par P. ESMEIN, 1952, p. 354.

(29) Voy. ainsi, parmi beaucoup d'autres, pour la jurisprudence belge : Cass., 8 novembre 1860, *Pas.*, 1861, I, p. 159; Cass., 14 mai 1903, *Pas.*, 1903, I, p. 216; Cass., 13 novembre 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 190, note R.H., cette Revue, 1954, p. 5, note J. DABIN (à propos des mobiles en matière de donations et de legs); Cass., 8 décembre 1966 (audience plénière), *Pas.*, 1967, I, p. 434, précédé des concl. proc. gén. R. HAYOIT de TERMICOURT, cette Revue, 1967, p. 5, note J. DABIN (à propos d'un contrat à titre onéreux); Cass., 19 janvier 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 640, note W.G.; Cass., 28 avril 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 878; Cass., 5 mars 1999, *Bull. Cass.*, 1999, p. 329, *J.T.*, 2000, p. 193, précédé de la note de J. KIRKPATRICK (bien qu'il en paraisse assez éloigné, cet arrêt est cité en note sous la décision présentement analysée dans le *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, 2000, p. 1531); Comm. Bruxelles, 12 décembre 1946 et, sur appel, Bruxelles, 11 mars 1948, *J.C.B.*, 1948, p. 140, obs. R.D.; Comm. Bruxelles, 25 mars 1949, *J.C.B.*, 1950, p. 263, obs.; Bruxelles, 26 mai 1950, *J.C.B.*, 1950, p. 230; Gand, 15 janvier 1991, *R.W.*, 1991-1992, p. 467; Civ. Liège, 19 février 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 620; Bruxelles, 9 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1017; Civ. Termonde, 31 décembre 1997, *D.C.C.R.*, 2000, p. 46; J.P. Gand, 6 mars 1998, *T.G.R.*, 1999, p. 157; Gand, 7 septembre 1999, *D.C.C.R.*, 2000, p. 43. Nous ne nous attarderons pas sur la jurisprudence, critiquable, qui fonde la sanction de la lésion qualifiée sur les articles 1131 et 1133 du Code civil; entre autres griefs,

cites » (30), l'arrêt ici annoté s'inscrit dans cette longue tradition jurisprudentielle (31).

Propice à la sauvegarde de l'intérêt général, cette « rallonge du contrôle » (32) comporte toutefois le risque, si elle est appliquée avec trop de rigueur, de compromettre gravement la stabilité du contrat et, partant,

on peut lui reprocher de confondre le but du contrat et les moyens (abus des faiblesses, de l'ignorance, des passions, etc. de l'autre partie) qui sont employés pour atteindre cet objectif (A. DE BERSAQUES, « La lésion qualifiée et sa sanction », note sous Comm. Bruxelles, 20 février 1970, cette Revue, 1977, p. 23-27; C. GOUX, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse et comparaisons », in *La théorie générale des obligations*, vol. 27 de la C.U.P., décembre 1998, p. 50-51).

Pour la jurisprudence française, voy. not. Cass. fr. civ., 4 janvier 1832, *S.*, 1832, I, p. 145; Cass. fr. req., 3 juin 1863, *D.P.*, 1863, I, p. 429; Cass. fr. civ., 15 décembre 1873, *D.P.*, 1874, I, p. 222; Cass. fr. req., 11 novembre 1890, *D.P.*, 1891, I, p. 484; Cass. fr. req., 1^{er} avril 1895, *Pas.*, 1895, IV, p. 139, *D.*, 1895, I, p. 263, notes; Cass. fr. civ., 23 juin 1879, *D.*, 1879, I, p. 367; Cass. fr. req., 17 juillet 1905, *D.P.*, 1906, I, p. 72; Cass. fr. req., 17 avril 1923, *D.P.*, 1923, I, p. 172; Cass. fr. civ., 8 janvier 1964, *D.*, 1964, jur., p. 267, note; Civ. Seine, 2 juillet 1932, *D.H.*, 1932, p. 502, obs.

(30) Dans la présente note, nous tiendrons les termes « fins », « mobiles » et « motifs » pour synonymes. Certains auteurs opèrent cependant une distinction, qui paraît fort théorique, entre ces deux dernières notions (sur cette opinion, voy. F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, L.G.D.J., 1957, p. 227-229).

(31) A dessein, nous nous sommes borné, dans le corps du texte, à l'examen de la cause sous le seul angle de sa licéité. Or l'article 1131 traite aussi de l'absence de cause et de la fausse cause — ce qui relève non plus de l'utilité sociale de celle-ci mais de son utilité individuelle. Quelle acception reçoit la cause dans cet autre contexte? Il y a une controverse sur ce point. Dans ses remarquables observations sous Cass., 13 novembre 1969 (cette Revue, 1970, p. 328 et suiv.), P. VAN OMMESLAGHE plaide avec force en faveur d'une conception unitaire, que ce soit pour la nullité en raison de l'absence ou de la fausseté de la cause ou en raison de l'illicéité de celle-ci : elle doit s'entendre, à chaque fois, du mobile déterminant qui a pénétré dans le champ contractuel. L'éminent auteur rejette ainsi la thèse intermédiaire qui prévaut toujours en France et qu'adoptent encore certains auteurs belges (en France, voy. par ex. J. CARBONNIER, *op. cit.*, t. 4, 1996, p. 118 et suiv.; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, t. 6, 1997, p. 291 et suiv.; H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, 2000, p. 60 et suiv. Pour la Belgique, voy. not. M. COIPPEL, *Eléments...*, 1999, p. 65 et, dans une certaine mesure, P.A. FORIERS, *op. cit.*, 1998, p. 87 et suiv.). Selon cette dernière opinion, le législateur emploie le mot « cause » en deux acceptions différentes : de manière objective, lorsqu'il s'agit de vérifier si la cause existe ou si elle n'est pas fausse; de manière subjective, lorsque l'on s'enquiert de sa licéité (Cass. fr. civ., 12 juillet 1989, *Bull. Civ.*, 1989, I, p. 194, n° 293).

Nous n'avons pas à nous prononcer sur cette controverse, qui sort des limites de la présente note. Tout au plus ferons-nous remarquer que, si elle retient la théorie des mobiles en matière d'illicéité, la Cour de cassation ne renonce pas pour autant à la définition classique. On en veut pour preuve l'arrêt du 21 janvier 2000 (*Rec. Cass.*, 2001, p. 101, précédé de la note de M. VAN QUICKENBORNE, *J.T.*, 2000, p. 573, note P.A. FORIERS (p. 676 et suiv.)), aux termes duquel « la cause d'une libéralité testamentaire ne réside pas exclusivement dans l'intention libérale du disposant, mais dans celui des mobiles qui l'a inspiré principalement et qui l'a conduit à léguer », dans lequel la Cour fait coexister les deux définitions de la cause (S. STIJNS et I. CLAES, « Het algemeen regime van de verbintenissen », in *Verbintenissenrecht* (Thémis. School voor postacademische juridische vorming), Bruges, die Keure, 2000-2001, p. 9). L'arrêt du 13 mars 1981 (*R.W.*, 1982-1983, col. 1049, obs.) doit également être relevé; la Cour y définit la cause d'un contrat de vente en termes exclusivement objectifs.

(32) F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Précis Dalloz, Paris, 5^e éd., 1993, 2000, p. 266.

la sécurité juridique (33). Aussi s'impose-t-il de fixer des balises aux investigations psychologiques du juge.

Nous en venons ainsi à notre question : ne faut-il pas, dans cette perspective, exiger que ce mobile malhonnête soit commun aux parties ?

Deux courants se partagent la doctrine. Une première opinion exige du mobile illicite qu'il soit commun aux parties (II); une seconde se contente d'un mobile illicite unilatéral (III).

II. — LA THÈSE REJETÉE PAR LA COUR DE CASSATION : LE MOBILE ILLICITE « COMMUN »

5. — Une thèse à plusieurs variantes. Son fondement. Pour les actes unilatéraux et les contrats à titre gratuit, un large accord règne, en doctrine et en jurisprudence, en faveur du mobile illicite unilatéral comme cause de nullité; nous aurons l'occasion d'y revenir (voy. *infra* n° 14).

Cette solution est, en revanche, généralement exclue dans les conventions conclues à titre onéreux : nombre d'auteurs exigent que le motif « vicieux » (34) soit « commun » aux parties. Dans la récente étude qu'elle a consacrée au régime des nullités et inopposabilités, M. von Kuegelgen exprime, par une formule forte, la raison principale pour laquelle le mobile secret d'une partie est sans incidence sur la validité du contrat : « En ce cas, l'ordre public doit en effet (...) s'effacer devant le principe de sécurité juridique qui doit présider aux relations conventionnelles, ce principe constituant d'ailleurs un principe général de droit au sens où l'entend la Cour de cassation » (35). On retrouve cette idée sous bien d'autres plumes (36). L. Jossierand ne soutenait pas autre chose, lorsqu'il écrivait septante ans auparavant : « Constamment, c'est sous l'angle contractuel que les mobiles sont envisagés dans les opérations onéreuses telles que le prêt ou la vente, en négligeant les raisons demeurées personnelles à l'une des parties et ignorées de l'autre : il est assurément de toute justice que le sort d'un contrat ne soit pas à la merci d'un mobile qui est demeuré *in mente retentum* et qui n'a donc pas revêtu une signification contractuelle : comprendrait-on, par exemple, qu'un bailleur de fonds se vît opposer la nullité du prêt par lui consenti, sous le prétexte que l'emprunteur se proposait, dans le tréfonds de son âme, de donner aux deniers et qu'il leur a donné effectivement une destination illicite et même criminelle ? C'en serait

(33) R. DEMOGUE signalait déjà ce « conflit entre le désir légitime de moraliser les rapports privés et le désir de respecter la sécurité individuelle, de ne pas se mêler sans motif des raisons lointaines pour lesquelles on agit » (*op. cit.*, t. 2, 1923, p. 530).

(34) Pour reprendre l'adjectif qualificatif adopté par L. JOSSEIRAND, *op. cit.*, 1928, p. 137 et suiv.

(35) M. VON KUEGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », in *Les obligations contractuelles*, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, p. 590-591.

(36) En ce sens aussi, voy. Ph. SIMLER, *op. cit.*, fasc. 20, 1994, n° 111.

fait alors de la sécurité des transactions dont la destinée serait à la merci des résolutions secrètes de l'une des parties » (37).

Nous aurons l'occasion de nous interroger sur le bien-fondé de cette position, dans la troisième partie de cette note (*infra* n° 10). Pour le moment, notre propos est uniquement de faire observer que les auteurs qui se réclament de cette thèse ne donnent pas la même acception à l'adjectif « commun » (38). Qui ne voit que cette polysémie est elle-même source d'une certaine insécurité juridique ?

6. — Première variante : le mobile illicite doit être connu de l'autre partie. Selon une première opinion (39), seul le mobile illicite dont l'autre partie a connaissance (40) est cause de nullité du contrat. C'est, d'ailleurs, à cette analyse que la Cour d'appel de Liège s'est ralliée dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt analysé (41).

La Cour de cassation française a consacré cette solution dans un important arrêt du 12 juillet 1989 (42). En l'espèce, une vente d'ouvrages et de matériel d'occultisme avait été conclue entre deux parapsychologues. Le prix n'en ayant pas été payé, le vendeur réclama paiement en justice. Il se vit débouté au motif que le contrat avait une cause illicite (43). En réponse au pourvoi pris de la violation des articles 1131, 1133 et 1589 du Code civil, la Cour déclara que le vendeur « ne pouvait (...) ignorer que la vente de matériel d'occultisme (...) était destinée à permettre (à l'acheteuse) d'exercer le métier de devin ; que la cour d'appel n'avait donc pas à rechercher si (le vendeur) connaissait le mobile déterminant de l'engagement de (l'acheteuse), une telle connaissance découlant des faits de la cause ».

(37) L. JOSSEMERAND, *op. cit.*, 1928, p. 203-204.

(38) En ce sens aussi, voy. M.-H. MALEVILLE, note, *J.C.P.*, 1998, II, 10202, n° 2 à 4; A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 418.

(39) Voy. not. G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, t. 1, 1988, p. 216.

(40) La preuve de cette connaissance peut s'induire des circonstances dans lesquelles l'acte est conclu (par exemple le prêt d'argent consenti à un joueur dans la salle de jeux : Ph. SIMLER, *op. cit.*, fasc. 20, 1994, p. 28, n° 109).

(41) En ce sens aussi, voy., pour la jurisprudence belge, Comm. Bruxelles, 17 mars 1944 et 6 avril 1944, *J.C.B.*, 1942-1944, p. 318; Comm. Bruxelles, 9 mars 1944 et 17 mars 1944, *J.C.B.*, 1942-1944, p. 318; Comm. Bruxelles, 13 octobre 1951, *J.C.B.*, 1952, p. 156; Civ. Bruxelles, 6 mars 1958, *Pas.*, 1960, III, p. 77; J.P. Etterbeek, 9 mai 1977, *J.J.P.*, 1979, p. 75 et, semble-t-il, Anvers, 15 février 1999, *R.W.*, 2001-2002, p. 166.

(42) Cass. fr. civ., 12 juillet 1989, *Bull. civ.*, 1989, I, p. 194, n° 293, *Gaz. Pal.*, 1991, 1^{er} sem., p. 374, note F. CHABAS, *J.C.P.*, 1990, II, n° 21546, obs. Y. DAGORNE-LABBE; J. MESTRE, « Jurisprudence française en matière de droit civil », *Rev. trim. dr. civ.*, 1990, p. 468-470. Pour de nombreuses réf., voy. Ph. SIMLER, *op. cit.*, fasc. 20, 1994, p. 28-29, n° 109 et 110. Voy. par exemple Cass. fr. req., 17 avril 1923, *D.P.*, 1923, I, p. 172 (prêt d'une somme d'argent à une femme mariée afin qu'elle puisse prendre la fuite avec son amant à l'étranger — le bailleur de fonds avait pleine « connaissance des raisons » qui avaient justifié l'emprunt); Cass. fr. req., 4 août 1947, *Gaz. Pal.*, 1947, II, tables, v° « Obligations », p. 65, n° 4; Colmar, 18 janvier 1938, *D.H.*, 1938, p. 234, obs.; Paris, 12 mai 1949, *Gaz. Pal.*, 1949, II, p. 48, note.

(43) A l'époque, le « métier de deviner et de pronostiquer, ou d'expliquer les songes » était interdit par la loi pénale. L'activité n'est toutefois plus constitutive d'infraction pénale, en droit français. Pour le droit belge, voy. l'article 563, 1°, du Code pénal (A. LORENT, « Contraventions du Code pénal », in *Droit pénal et procédure pénale*, Kluwer, 2001, p. 111-114).

Selon H. De Page (44), notre Cour de cassation aurait également adopté cette solution dans un arrêt du 21 octobre 1942 (45). Il semble toutefois que la portée de cette décision soit différente. Sans doute, la Cour y relève-t-elle que « la convention litigieuse était interdite par la loi pénale et qu'elle présentait ce caractère illicite au regard des deux parties ». Mais il s'agit, pour la Cour, d'examiner le pourvoi pris de la violation des articles 1131, 1133, 1235, 1376 et 1377 du Code civil, en raison du refus du juge d'ordonner la restitution du prix de vente : « en décidant que le demandeur était non recevable à répéter en justice les sommes qu'il avait volontairement payées au défendeur en exécution de pareille convention, l'arrêt attaqué n'a violé aucune des dispositions légales visées au moyen ». L'arrêt se situe donc sur le terrain des restitutions consécutives à l'annulation et non sur celui des conditions de la nullité pour cause illicite.

Partisans de cette opinion, H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas (46) n'hésitent pas à franchir un pas supplémentaire, puisqu'ils assimilent à la connaissance effective le cas où l'ignorance du cocontractant est fautive (47). La Commission française de réforme du Code civil avait également retenu cette thèse dans son article 43 : « L'acte n'est pas valable lorsque la volonté de son auteur ou d'un de ses auteurs a été déterminée par un motif contraire à une disposition légale impérative ou à l'ordre public. Le caractère impulsif ou déterminant du motif doit résulter de la nature et du contenu de l'acte ou des circonstances dans lesquelles celui-ci a été formé. Dans les actes plurilatéraux à titre onéreux, ce caractère ne peut être retenu que si les parties le connaissaient ou devaient normalement le connaître » (48).

7. — Deuxième variante : le mobile illicite doit avoir « pénétré dans le champ contractuel ». Selon une autre opinion, qui est assez largement accréditée en Belgique (49), la simple connaissance par une partie de l'illicéité du but poursuivi par son cocontractant ne suffit pas à justifier l'annulation de l'opération. Il est nécessaire que le mobile ait pénétré dans

(44) H. DE PAGE, *Traité*, t. 1, 1962, p. 133, note 3.

(45) Cass., 21 octobre 1942, *Pas.*, 1942, I, p. 237, note R.H.

(46) H., L. ET J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, 1991, p. 254.

(47) En ce sens, voy. Comm. Bruxelles, 3 novembre 1948, *J.C.B.*, 1949, p. 240.

(48) C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, *op. cit.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, t. IV, 1957, p. 327-328, n° 1189^{ter}.

(49) X. DIEUX, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 262; D. DEVOS, « Propos sur la répression de la fraude en droit privé », note sous Bruxelles, 8 septembre 1984, *R.D.C.*, 1985, p. 288; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974-1982). Les obligations », cette Revue, 1986, p. 103, n° 40; M. VON KUEGELGEN, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, 2000, p. 590-591. Voy. aussi H. CAPITANT, *op. cit.*, 1924, p. 24; L. JOSSERAND, *op. cit.*, 1928, p. 202-203, qui parle d'un mobile « *ex pacto* » (sont retenus « les mobiles communs aux deux parties, ceux qui existent *ex utraque parte* », c'est-à-dire ceux qui ont « pénétré dans le cercle de la convention et qui ont donc une valeur contractuelle »).

le champ contractuel. Aussi faut-il que l'autre partie ait accepté ce but (50); cette acceptation peut toutefois n'être que tacite (51).

La preuve d'une telle acceptation est difficile à établir, car, le plus souvent, les motifs demeurent « rigoureusement personnels » (52).

Cette opinion a trouvé un large écho parmi la jurisprudence belge du fond (53). Il convient, pour la France, de relever un arrêt rendu par la première chambre de la Cour de cassation, le 4 décembre 1956 (54), qui a été souvent présenté comme une décision de principe (55). Le juge du fond avait refusé d'annuler, pour cause immorale ou illicite, une convention de bail d'immeuble assortie d'une promesse unilatérale de vente en faveur du locataire, alors pourtant que celui-ci y avait ouvert une maison de tolérance. Pour les magistrats, « la preuve n'*était* aucunement rapportée que lors de la passation du bail, comme lors de sa prorogation conventionnelle, les parties (*eussent*) convenu de l'exploitation dans les lieux loués d'une maison de tolérance ». Après avoir rappelé que « seule l'obligation sur une cause illicite ne peut avoir d'effet » et reproduit l'attendu précité des juges du fond, la Cour refuse de casser la décision soumise à sa censure. Bien que l'interprétation de cet arrêt soit délicate, il semble bien s'en dégager l'idée selon laquelle la simple connaissance du mobile coupable est inopérante : il est nécessaire que les parties soient « convenues » de la fin illicite. Certains auteurs français ont cependant une autre lecture de l'arrêt, qui le rattache à la première variante. Commentant cette décision, J. Ghestin écrit ainsi : « Dans les contrats à titre onéreux le motif illicite ou immoral doit, selon

(50) L'expression « avoir pénétré dans le champ contractuel » est ambiguë. On la rencontre parfois aussi comme signifiant la simple connaissance du mobile de l'autre partie (voy. not. H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, 2000, p. 68-69). C'est d'ailleurs en ce sens que la Cour d'appel de Liège l'a comprise dans l'affaire qui a abouti à l'arrêt annoté.

(51) P. VAN OMMESLAGHE, « Examen », cette Revue, 1986, p. 103, n° 40.

(52) G. RIPERT, *op. cit.*, 1949, p. 64. Voy. aussi M.-H. MALEVILLE, « Annulation d'un contrat pour cause illicite ou immorale », *J.C.P.*, 1998, II, 10202, n° 7. Comme le relève fort justement Ph. SIMLER (*op. cit.*, fasc. 20, 1994, p. 27, n° 108), « dans l'immense majorité des contrats à titre onéreux les parties ont par définition même des intérêts antagonistes. Il est, pour cette raison, très peu probable qu'elles aient pu avoir un projet véritablement commun. (...) L'existence d'un motif déterminant véritablement commun n'est certes pas impensable, notamment dans des contrats où les intérêts des parties sont, précisément, convergents, tels que le contrat de société ou d'association, ou même, exceptionnellement, dans des contrats antagonistes, mais où chacun peut néanmoins être intéressé par les objectifs de l'autre. (...) Il reste, néanmoins, que le champ d'application de la cause subjective serait singulièrement étroit si l'exigence d'un motif déterminant véritablement commun était formulée ».

(53) Voy. ainsi Mons, 9 septembre 1975, *R.G.E.N.*, 1978, n° 22239, p. 183, obs.; Bruxelles, 8 septembre 1984, *R.D.C.*, 1985, p. 277, note D. DEVOS; Civ. Liège, 3 juin 1985, *J.L.*, 1985, p. 430; Civ. Nivelles, 6 février 1990, *R.G.D.C.*, 1990, p. 365; Bruxelles, 9 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1017; Comm. Bruges, 3 décembre 1998, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 419, note A. FORIERS. En ce sens aussi, à propos de l'absence de cause, voy. Bruxelles, 2 février 1977, *R.N.B.*, 1977, p. 591, obs.

(54) Cass. fr. civ., 4 décembre 1956, *J.T.*, 1957, p. 296, *Gaz. Pal.*, 1957, I, p. 183, note, *Sem. jur.*, 1957, II, n° 10008, obs. J. MAZEAUD.

(55) A. WEILL, *op. cit.*, in *Mélanges Gabriel Marty*, 1978, p. 1168-1169; J. CARBONNIER, *op. cit.*, t. 4, 1996, p. 132.

la jurisprudence, être connu des deux parties »; « il faut donc que le but illicite ou immoral soit entré dans le champ contractuel. Mais il n'est pas nécessaire qu'il ait fait l'objet d'un accord formel. Il suffit qu'il ait été commun aux deux parties ou, tout au moins, qu'il ait été connu de celle des parties dont il n'avait pas déterminé le consentement » (56) (57).

8. — Troisième variante : le cocontractant doit coopérer au mobile illicite. Quelques auteurs entendent le caractère « commun » du mobile illicite dans un sens particulièrement étroit.

Dans une intéressante étude qu'il a consacrée à la question en 1950 (58), A. De Bersaques estime ainsi que la seule connaissance du motif coupable ne suffit pas à invalider la créance du cocontractant. Il semble toutefois aller au-delà de l'opinion précédente qui se satisfait d'une acceptation du mobile illicite : il attend de l'autre partie qu'elle *coopère* à cette fin malhonête (59). Une telle collaboration peut se déduire du fait qu'elle participe aux bénéfices de l'opération illicite ou immorale; « elle pourra également être présumée, alors même que le contrat ne procure aucun profit exceptionnel au 'complice' si, ne rentrant pas dans l'exercice normal de sa profession, aucune nécessité ne l'obligeait à conclure cette convention » (60) (61). Cette opinion très restrictive a eu un certain écho en jurisprudence (62).

9. — Opinion de H. De Page. Dans son *Traité élémentaire de droit civil belge*, H. De Page défend une opinion originale, qui distingue selon que le contrat viole les bonnes mœurs ou l'ordre public (63).

« Une convention contraire aux bonnes mœurs, écrit-il, ne peut être annulée que lorsque l'illicéité a été le but poursuivi par les deux parties, le but commun des cocontractants. La solution s'impose, semble-t-il. La théorie de la 'cause' immorale (pour reprendre l'expression traditionnelle) étant la théorie des mobiles (...), et supposant par conséquent un élément extrinsèque au contrat lui-même (...), il peut parfaitement se faire que le but illicite poursuivi par l'un des cocontractants ait été ignoré de l'autre. Dans ce cas, le contrat doit être maintenu, parce que la bonne foi doit être protégée.

(56) J. GHESTIN, *op. cit.*, 1993, p. 905.

(57) Voy. aussi H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1957, p. 330.

(58) A. DE BERSAQUES, *op. cit.*, cette Revue, 1950, p. 323-337.

(59) A. DE BERSAQUES, *op. cit.*, cette Revue, 1950, p. 333 et suiv.

(60) A. DE BERSAQUES, *op. cit.*, cette Revue, 1950, p. 337.

(61) En ce sens aussi, voy. J. LIMPENS et J. VAN DAMME, « Examen de jurisprudence (1953 à 1955). Les obligations », cette Revue, 1956, p. 211-212; J. LIMPENS et J. VAN DAMME, « Examen de jurisprudence (1956 à 1959). Les obligations », cette Revue, 1960, p. 370-371.

(62) Voy. not. Civ. Courtrai, 21 juin 1951, *R.W.*, 1951-1952, col. 1013; Cons. Prud. Appel Liège, 16 novembre 1949, *J.L.*, 1949, p. 119; Comm. Bruxelles, 24 janvier 1953, *J.C.B.*, 1953, p. 115, obs. R. Deb.; Liège, 19 mai 1964, *J.L.*, 1964-1965, p. 2; J.P. Saint-Gilles-Bruxelles, 30 juin 1981, *R.W.*, 1982-1983, col. 591; Gand, 16 janvier 1986, *J.T.*, 1989, p. 108. Voy. aussi, semble-t-il, Grenoble, 5 décembre 1945, *S.*, 1946, II, p. 22, note; Rouen, 27 juin 1950, *S.*, 1951, II, p. 43, note 1.

(63) H. DE PAGE, *Traité*, t. 1, 1962, p. 133-134, n° 94B. Voy. aussi p. 123-124.

L'annulation ne peut donc être poursuivie que si le but a existé dans l'intention commune des cocontractants ».

L'éminent civiliste raisonne tout différemment pour la contrariété à l'ordre public : « La même règle ne semble pas devoir être suivie en matière de conventions contraires à l'ordre public. D'abord parce que l'illicéité est plus grave qu'en matière de conventions contraires aux bonnes mœurs, et qu'il serait inadmissible de maintenir, pour quelque motif que ce soit, un contrat contraire à l'ordre public; ensuite, parce que l'illicéité résulte, en cette matière, du contrat lui-même, *ex re ipsa*, car nul n'est censé ignorer la loi. La bonne foi, qui fonde la solution en matière de conventions contraires aux bonnes mœurs, ne peut donc être invoquée ici » (64). Selon H. De Page, le mobile unilatéral suffit donc lorsque l'ordre public est enfreint.

III. — LA THÈSE RETENUE PAR LA COUR DE CASSATION : LE MOBILE ILLICITE UNILATÉRAL

10. — Les faiblesses de la thèse précédente. La thèse du mobile commun prête le flanc à la critique sous chacune de ses variantes.

a) La première critique est vénielle. Les nuances entre certaines variantes de la première thèse sont souvent subtiles et difficiles à percevoir en pratique (65). Où s'arrête ainsi la simple connaissance d'un mobile et où commence son acceptation? Comme l'écrit A. Weill, « une telle connaissance (*est*) parfois proche d'une certaine complaisance, voire d'une complicité » (66); et quelques pages plus loin, il ajoute : « l'on admettra que la connaissance par un contractant du mobile illicite ou immoral qui anime l'autre partie implique de sa part la volonté de permettre la réalisation du but irrégulier, donc l'intention commune » (67).

(64) *Id.*, *ibid.*

(65) Pour un constat analogue en droit français, voy. M.-H. MALEVILLE, *op. cit.*, *J.C.P.*, 1998, II, 10202, n° 2 et pour le droit belge, voy. A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 418.

(66) A. WEILL, *op. cit.*, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, 1978, p. 1167.

(67) A. WEILL, *op. cit.*, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, 1978, p. 1169-1170. Comp. dans un sens assez proche J. DABIN, *op. cit.*, cette Revue, 1967, p. 29. Certaines décisions sont révélatrices de cette difficulté. Voy. ainsi Civ. Liège, 14 novembre 1896, *J.L.*, 1897, p. 101 (« le marchand qui livre à crédit un mobilier à un tenancier de maison de débauche, sachant que ce mobilier est destiné à garnir une maison de ce genre, coopère directement à l'exploitation de la débauche... » (nous soulignons)); Comm. Liège, 29 janvier 1914, *J.L.*, 1914, p. 128 (« l'action en justice ne doit être refusée au fournisseur d'un établissement illicite ou immoral, que s'il s'est rendu complice de la turpitude de l'exploitant et a traité avec celui-ci dans le but de rendre possible sa peu intéressante profession; (...) il n'apparaît pas que tel ait été le but poursuivi par le demandeur, ni que celui-ci ait connu la profession honteuse exercée par la défenderesse pas plus que la destination immorale des fournitures litigieuses » (nous soulignons)); Bruxelles, 10 juillet 1957, *Pas.*, 1958, II, p. 267 (dont la motivation contient diverses expressions (« connaissance commune », « communauté d'intérêt ou à tout le moins une entente préalable », « but illicite commun »)).

b) Venons-en au deuxième grief, qui est plus grave. La thèse du mobile commun est échafaudée sur une hypothèse de travail qui, si elle ne confine pas au cas d'école, semble toutefois assez marginale : un contractant invoque la nullité de la convention, en faisant état, au détriment de l'autre partie de bonne foi, d'un mobile illicite qu'il a tenu secret au moment de contracter. La consultation de la jurisprudence confirme à quel point ce cas de figure est exceptionnel (68) ; le plus souvent, c'est, en pratique, la partie innocente ou un tiers intéressé qui, découvrant ce mobile, souhaite exercer un droit de critique contre cet acte. Sans doute n'est-ce pas l'effet du hasard si l'arrêt rendu par la Cour de cassation belge était relatif à une action en nullité intentée par un tiers et si celui rendu par la Cour de cassation française le 7 octobre 1998 (voy. *infra* n° 12) concernait une action introduite par la partie innocente.

Paradoxalement, la thèse du mobile commun, qui se veut favorable à la partie innocente, se retourne ainsi, dans les faits, le plus souvent contre elle ; il lui est, à raison de sa bonne foi, impossible de se prévaloir de la nullité (69). En protégeant la partie malhonnête, la thèse constitue ainsi une « prime à la ruse et à la dissimulation » (70).

Certains de ses partisans ont eu le mérite d'apercevoir la difficulté et de tenter d'y apporter une réponse. C'est le cas de J. Mazeaud, dans la note qu'il a consacrée à l'arrêt précité de la Cour de cassation française du 4 décembre 1956 (71). Tout en approuvant cette décision, l'auteur se montre sensible au sort du bailleur qui est aux prises avec un locataire proxénète. Cette turpitude trouve, à ses yeux, sa sanction dans l'article 1184 du Code civil, qui ouvre une action en résolution pour faute contractuelle. La mise en œuvre du but immoral par le locataire constitue, en effet, un manquement à l'obligation de conserver la destination des lieux, et à tout le moins une violation de l'article 1728 du Code civil, qui impose au preneur d'« user de la chose louée en bon père de famille ». S'il est séduisant, le raisonnement est toutefois d'un intérêt limité en pratique. Ainsi ce remède judiciaire est-il inconcevable, lorsque c'est d'un contrat unilatéral qu'il est question : comment, par exemple, le prêteur pourra-t-il mettre fin au prêt, s'il apprend que l'emprunteur était animé de mobiles illicites ? Par ailleurs, il est des contrats synallagmatiques pour lesquels cette cause de dissolution n'est pas envisageable : il suffit de songer aux contrats à exécution instantanée (par exemple, une vente), où l'illicéité des mobiles d'une partie ne se prolonge pas, au plan des effets du contrat, par la commission d'une faute contractuelle. Une personne achète, par exemple, une arme pour commettre un délit ; tout répréhensible qu'il soit, le passage

(68) Voy. toutefois Comm. Liège, 29 janvier 1914, *J.L.*, 1914, p. 128 ; Rouen, 27 juin 1950, *S.*, 1951, II, p. 43, note 1.

(69) Ph. SIMLER, *op. cit.*, fasc. 20, 1994, p. 29, n° 111. En ce sens aussi, voy. M.-H. MALEVILLE, *op. cit.*, *J.C.P.*, 1998, II, 10202, n° 7 ; H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, 2000, p. 92-93 ; A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 419.

(70) G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité*, t. 2, 1957, p. 128 ; A. WEILL, *op. cit.*, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, 1978, p. 1175.

(71) J. MAZEAUD, *op. cit.*, *Sem. jur.*, 1957, II, n° 10008.

à l'acte ne peut être analysé comme étant une faute contractuelle, qui permettrait au vendeur, de bonne foi, d'agir sur le pied de l'article 1184 du Code civil.

On évoque parfois la piste du dol par réticence (72). En dissimulant la fin illicite qu'il poursuit, la partie malhonnête viole intentionnellement son obligation de renseignement, ce qui autorisera le cocontractant à postuler l'annulation. La solution qu'offre ce raisonnement est intéressante (73), puisqu'au rebours de la résolution judiciaire, elle peut s'appliquer à tout acte juridique. À l'analyse, elle n'en reste pas moins une cotte mal taillée. Sans doute permet-elle de protéger la partie honnête. Mais l'action en nullité pour dol est simplement relative, alors que le caractère illicite des motifs postule que soit reconnu un droit de critique de l'acte aussi large que possible.

c) Nous arrivons ainsi à notre troisième critique qui se situe sur le plan de l'intérêt général : la thèse du mobile commun raréfie les possibilités d'annuler les contrats, en plaçant les intérêts particuliers de la partie innocente sur un piédestal (74).

L'intérêt de la société étant en péril, il faut, au contraire, faciliter la contestation de la validité de l'acte, et donc permettre à chaque partie, mais aussi aux tiers de réclamer la nullité.

11. — La réaction d'une partie de la doctrine. Ces critiques, et plus particulièrement les deux dernières, ne pouvaient que justifier une remise en cause de la thèse traditionnelle.

Des voix autorisées se sont élevées contre cette opinion dès la première moitié du vingtième siècle. Dans son ouvrage fondamental *La règle morale dans les obligations civiles* (75), G. Ripert écrit ainsi : « On objecte encore que ce motif peut être inconnu de l'autre partie et que, dans ce cas, il est injuste de briser le contrat. Mais ne serait-il pas plus injuste encore de le maintenir parce que l'une des parties a réussi à dissimuler le motif qui la faisait agir ? Que le vendeur connaisse ou non au moment du contrat la destination honteuse que l'acquéreur se propose de donner à l'immeuble qu'il acquiert, l'acte d'acquisition n'en est pas moins inspiré par un motif immoral, et il serait singulier que le vendeur fût moins protégé à cause de sa bonne foi ». G. Ripert et J. Boulanger abondent en ce sens, dans leur traité : « On ne peut exiger que le cocontractant ait eu connaissance du motif illicite ou immoral, parce que ce serait accorder une prime à la ruse

(72) *Id.*, *ibid.*

(73) Voy. Comm. Bruxelles, 18 décembre 1952, *J.C.B.*, 1953, p. 93, obs., qui permet d'illustrer, sous ce rapport, la proximité entre l'annulation pour dol et celle qui est fondée sur l'illicéité.

(74) J. GHESTIN, *op. cit.*, 1993, p. 906-908. Comp. avec les propos de PORTALIS qui figurent dans le second exposé des motifs du titre préliminaire : « Le maintien de l'ordre public dans une société est la loi suprême. Protéger des conventions contre cette loi, ce serait placer des volontés particulières au-dessus de la volonté générale, ce serait dissoudre l'État » (LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. 1, Bruxelles, Tarlier, 1836, p. 306, n° 19).

(75) G. RIPERT, *op. cit.*, 1949, p. 68-69.

et à la dissimulation : dans le cas, par exemple, où l'acquéreur a eu l'habileté de cacher au vendeur que l'immeuble devait être affecté à l'usage d'une maison de débauche, on ne saurait faire porter au vendeur le poids de l'ignorance où il a été tenu et lui dénier le droit d'attaquer le contrat pour cause immorale » (76). Commentant l'arrêt précité de la Cour de cassation française du 4 décembre 1956, H. et L. Mazeaud plaident également en faveur de l'abandon de la solution dominante (77). Ils sont suivis vingt ans plus tard par A. Weill qui écrit dans une étude célèbre : « chacun des contractants poursuit une fin qui lui est personnelle, et il y a cause illicite ou immorale dès lors que le motif de l'un des contractants est entaché d'illégalité ou d'immoralité, que ce motif ait été ou non 'commun' » (78). A la fin des années quatre-vingts et dans les années nonante, cette thèse a fait de plus en plus d'émules en doctrine française; J. Ghestin (79) et C. Guelfucci-Thiebiège s'y sont notamment ralliés (80). Cette dernière écrit ainsi : « L'intérêt général servi par la nullité absolue doit être indifférent aux circonstances particulières. L'ignorance du but illicite ou immoral recherché par l'autre partie ne doit pas empêcher l'obtention de la nullité par l'un ou l'autre contractants. La protection de l'intérêt général, soumise à la dénonciation de l'illicite, est à ce prix. » (81).

Ces idées n'ont, à ce jour, guère rencontré de succès en droit belge. Dans leur grande majorité, la doctrine et la jurisprudence (82) y sont, en effet, restées fermement attachées à la thèse du mobile commun. Seuls à notre connaissance, W. Rauws (83) et M. Coipel en préconisent l'abandon (84). Ce dernier écrit dans ses *Éléments de théorie générale des contrats* (85) : « la sécurité juridique ne peut être préférée à l'intérêt général ». Dans son traité, H. De Page défend certes cette opinion, mais uniquement en présence d'une contrariété de la convention à l'ordre public (86).

(76) G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité*, t. 2, 1957, p. 128. Voy. aussi Ch. BEUDANT, *op. cit.*, t. 8, p. 142; R. DEMOGUE, *op. cit.*, t. 2, 1923, p. 745, n° 845bis qui donne un exemple (« Un déserteur, un insoumis s'embauche chez un patron de bonne foi pour se soustraire aux recherches. Lui seul connaît le but illicite. Le contrat est cependant nul »).

(77) *Rev. trim. dr. civ.*, 1957, p. 330.

(78) A. WEILL, *op. cit.*, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, 1978, p. 1172-1173.

(79) J. GHESTIN, *op. cit.*, 1993, p. 906-908.

(80) Dans sa thèse intitulée *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 50 et suiv.

(81) C. GULEFUCCI-THIEBIERGE, *op. cit.*, 1992, p. 51.

(82) Voy. toutefois Comm. Bruxelles, 16 juillet 1938, *J.C.B.*, 1940, p. 32; C. trav. Gand, 12 décembre 1988, *R.W.*, 1988-1989, 1437, note W. RAUWS, et incidemment Comm. Bruxelles, 13 juillet 1942, *J.C.B.*, 1942-1944, p. 314; Civ. Turnhout, 1^{er} septembre 1997, *R.W.*, 1999-2000, p. 682. Pour mémoire, on peut ajouter la jurisprudence, isolée il est vrai, qui fonde la sanction de la lésion qualifiée sur les articles 1131 et 1133 du Code civil (C. GOUX, *op. cit.*, 1998, p. 51).

(83) W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst : nietigheid, ontbinding en overmacht*, Anvers, Kluwer, 1987, p. 306.

(84) Voy. aussi les obs. anonymes parues sous Comm. Bruxelles, 18 décembre 1952, *J.C.B.*, 1953, p. 106; concl. av. gén. E. KRINGS, sous Cass., 17 avril 1970, *A.C.*, 1970, p. 763.

(85) M. COIPEL, *Éléments...*, 1999, p. 65, n° 77.

(86) *Traité*, t. 1, 1962, p. 133-134, n° 94 B.

12. — Le précédent de la Cour de cassation française. Pour minotaire qu'elle soit, c'est la thèse du mobile unilatéral qui a recueilli les faveurs de la Cour de cassation, dans l'arrêt annoté. La Cour suprême française avait d'ailleurs tracé la voie, quelque temps auparavant, dans l'arrêt *Malvezin c. Grostabussiat* du 7 octobre 1998 (87).

En l'espèce, M. Malvezin avait emprunté à son épouse une certaine somme remboursable avec un préavis de trois mois. Après leur divorce, M^{me} Malvezin, devenue entre-temps M^{me} Grostabussiat, convint avec son ex-époux, par acte du 14 juin 1989, d'un remboursement du prêt sous la forme d'une augmentation de la pension alimentaire versée à celle-ci. En 1993, Madame Grostabussiat assigna l'emprunteur en remboursement du solde du prêt. Se voyant opposer la nouvelle convention prévoyant un paiement étalé dans le temps, la créancière demanda l'annulation de celle-ci pour cause illicite : par cette convention, son ex-époux avait cherché, selon elle, à réaliser des déductions fiscales illicites, dans la mesure où il déduisait de son revenu imposable le montant de la pension, laquelle incluait le remboursement du prêt. Le juge du fond accueillit l'action en nullité. M. Malvezin forma un pourvoi contre cette décision, au motif que son ex-épouse ignorait, lors de la conclusion de la convention intervenue en 1989, le but illicite qu'il poursuivait. Il ne pouvait donc, estimait-il, être question d'une annulation pour cause illicite.

Sensible, sans doute, à la levée de boucliers que son arrêt du 12 juillet 1989 avait provoquée en doctrine (88), la Cour de cassation française a rompu avec sa jurisprudence, en termes solennels : « un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat ».

13. — Une solution digne d'être approuvée. Ces deux arrêts de principe condamnent formellement la théorie de la simple connaissance et, *a fortiori*, toutes les autres thèses plus restrictives. Que le mobile soit demeuré dans le for intérieur de la partie malhonnête, qu'il ait été porté à la connaissance de l'autre partie, lors de la conclusion du contrat, qu'il

(87) L'arrêt (*Bull.*, 1998, I, p. 198, n° 285) a fait l'objet de nombreux commentaires, généralement approuvatifs : D. MAZEAUD, « Contrats et obligations. Cause illicite ou immorale. Motif déterminant. Motif connu par les cocontractants (non). Nullité (oui) », *Répertoire notariat Defrénois*, 1998, I, p. 1408 et suiv. ; M.-H. MALEVILLE, note, *J.C.P.*, 1998, II, n° 10202 ; O. TOURNAFOND, « L'influence du motif illicite ou immoral sur la validité du contrat (à propos de l'arrêt de la 1^{re} Chambre civile de la Cour de cassation du 7 octobre 1998) », *D.*, 1999, chron., p. 237 et suiv. ; Chr. JAMIN, « Un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du caractère immoral ou illicite du motif déterminant de la conclusion du contrat », in *Chronique de droit des obligations sous la direction de Jacques Ghestin*, *J.C.P.*, 1999, I, p. 368 et suiv. ; V. CHARIOT, note, *Répertoire du Notariat Defrénois*, 1999, « Doctrine et jurisprudence », art. 36990. Tous ces auteurs y voient une décision de principe.

(88) Voy. par exemple J.-L. AUBERT, « Chronique de jurisprudence civile générale. Obligations et protection des consommateurs », *Rép. not. Defrénois*, 1990, I, p. 358 et suiv. ; J. MESTRE, « Jurisprudence française en matière de droit civil », *Rev. trim. dr. civ.*, 1990, p. 470.

ait été accepté par elle, ou, pire, que le cocontractant ait coopéré à cette fin illicite, tout cela est désormais sans importance, au regard de notre question : la nullité s'impose, pourrait-on dire, en tout état de cause (89).

Par cette subjectivisation accrue de la notion de cause (90), la jurisprudence permet, aux articles 1131 et 1133 et par-delà à l'article 6 du Code civil, de jouer pleinement leur rôle de « gardiens de l'ordre public et des bonnes mœurs » (91). De la sorte se trouve rappelée, en termes vigoureux, l'idée selon laquelle la convention n'est pas seulement la chose des parties mais qu'elle remplit aussi un rôle social (92).

Sans doute certains ne manqueront-ils pas de faire observer qu'une telle jurisprudence ne se concilie pas avec le régime de l'erreur sur le mobile déterminant, qui ne vicie la convention que lorsque celui-ci est entré dans le champ contractuel (93). On sait, en effet, qu'afin de ne pas surprendre le cocontractant, il est nécessaire que l'élément qui détermine une personne à conclure une convention soit connu et accepté par celui-ci (94). D'aucuns ajouteront peut-être que cette jurisprudence crée également une disparité avec le régime de l'illicéité de l'objet du contrat, laquelle est nécessairement commune aux parties (95).

À la réflexion, de telles différences ne nous paraissent pas choquantes (96). Il ne faut, en effet, pas, en cette matière qui doit beaucoup à la jurisprudence (97), chercher à tout prix l'homogénéité des solutions (98). Au demeurant, comme l'écrivait si justement C. Renard, « le droit ne peut avoir de parfaite cohérence logique. La logique juridique n'est

(89) La distinction peut toutefois retrouver un certain intérêt pour l'application de l'adage « *In pari causa turpitudinis...* » (voy. *infra* n° 24).

(90) O. TOURNAFOND, *op. cit.*, D., 1999, chron., p. 237.

(91) Pour reprendre l'expression de H. CAPITANT, *op. cit.*, 1924, p. 10. Voy. aussi M.-H. MALEVILLE, note, *J.C.P.*, 1998, II, n° 10202, n° 8.

(92) R. DEMOGUE, *op. cit.*, t. 2, 1923, p. 594 (« Les contrats ne sont pas des produits de la libre volonté, mais des moyens pour atteindre dans la liberté, avec la variété qu'elle comporte, des buts d'utilité sociale »); G. RIPERT, *op. cit.*, 1949, p. 68-69; Chr. JAMIN, *op. cit.*, *J.C.P.*, 1999, I, p. 369.

(93) Sur cette exigence, voy. J. GHESTIN, *op. cit.*, 1993, p. 905, note 346; Ph. SIMLER, *op. cit.*, fasc. 20, 1994, p. 29, n° 110; X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1995, p. 111-113. Cons. Cass. fr. civ., 6 décembre 1988, *Bull.*, 1988, IV, p. 225, n° 334. Comp. A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 420-421.

(94) Comme l'écrit J. MAZEAUD, « Ce qui est vrai du motif erroné l'est également du motif immoral; il est sans influence sur la formation du contrat lorsqu'il n'est pas partagé » (*Sem. Jur.*, 1957, II, n° 10008).

(95) Quant au fait que l'illicéité de l'objet est nécessairement commune, voy. P.A. FORIERS, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 156.

(96) En ce sens aussi, voy. V. CHARIOT, *op. cit.*, *Rép. not. Defrénois*, 1999, « Doctrine et jurisprudence », art. 36990, p. 606.

(97) Il suffit de songer au glissement sémantique qu'a connu la notion de « substance » (art. 1110, C. civ.) ou à la condition d'excusabilité à laquelle l'erreur simple doit satisfaire (sur tout ceci, voy. M. COIPEL, *Éléments...*, 1999, p. 50-52).

(98) C'est ainsi, par exemple, que l'erreur sur le mobile déterminant d'une donation est cause de nullité, même si ce mobile n'a pas pénétré dans le champ contractuel (P.A. FORIERS, *La caducité...*, *op. cit.*, 1998, p. 100, note 320 (citant les auteurs *pro et contra*)).

pas une logique purement rationnelle; c'est une logique sociale. Partant, c'est un jeu fort stérile que de dénoncer les apparentes contradictions du droit. En réalité, les contradictions du droit et les techniques déroutantes qu'il emploie (...) sont les manifestations de l'effort visant à intégrer dans l'ordre juridique existant les phénomènes nouveaux de la vie » (99).

14. — Une jurisprudence identique pour tous les actes juridiques. La solution retenue par la Cour offre l'avantage non négligeable d'aligner le régime des contrats à titre onéreux sur celui des actes unilatéraux et des donations. À l'heure actuelle, tous les actes juridiques, qu'ils soient unilatéraux ou bilatéraux, qu'ils soient conclus à titre gratuit ou à titre onéreux, sont, relativement à la question qui nous occupe, logés à la même enseigne.

Un large accord existe depuis toujours sur le caractère que doit revêtir le mobile illicite dans les actes unilatéraux (100). En raison même de la nature de l'acte — qui n'exige, pour sa perfection, que l'émission d'une seule volonté —, le mobile illicite qui anime son auteur ne peut que lui être personnel (101). C'est ainsi que le testament doit être annulé dès l'instant où le testateur est mû par un tel dessein (102).

Selon l'opinion dominante (103), le mobile illicite qui a guidé le donateur suffit en soi à justifier la nullité de l'acte de disposition (104) : peu importe que le bénéficiaire fût tenu dans l'ignorance de ce motif, au moment où il a accepté la gratification (105). Cette sévérité (106) est justifiée par trois

(99) C. RENARD, *op. cit.*, 1980, p. 285.

(100) Sur la cause des actes unilatéraux, voy. J. MARTIN de la MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Paris, Sirey, 1951, p. 223 et suiv.

(101) C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, *op. cit.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, t. IV, 1957, p. 327, n° 1189bis; P. VAN OMME-SLAGHE, *op. cit.*, cette Revue, 1970, p. 343.

(102) J. DABIN, *op. cit.*, cette Revue, 1954, p. 15; A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 418.

(103) L. JOSSE-RAND, *op. cit.*, 1928, p. 201-203; C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, *op. cit.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, t. IV, 1957, p. 327, n° 1189ter; J. MAZEAUD, *op. cit.*, *Sem. jur.*, 1957, II, n° 10008; P.A. FORTIERS, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 154; G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, t. 1, 1988, p. 216; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1994, p. 414.

(104) Pour mémoire, signalons l'arrêt de la Cour de cassation française du 3 février 1999 qui, sous le visa des articles 1131 et 1133 du Code civil, déclare que « n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire » (*Bull. civ.*, 1999, I, p. 29, n° 43). C'est une rupture radicale d'avec la jurisprudence antérieure de la Cour (Chr. LARROUMET, « La libéralité consentie par un concubin adultère », *D.*, 1999, chron., p. 351).

(105) Le donateur qui agirait en nullité s'expose toutefois à des dommages et intérêts envers son cocontractant (J. DABIN, *op. cit.*, cette Revue, 1954, p. 16; P. VAN OMME-SLAGHE, *op. cit.*, cette Revue, 1970, p. 342, note 42).

(106) On doit toutefois relativiser cette sévérité. La jurisprudence rendue sur la question est, en effet, peu abondante. Ph. SIMLER avance une explication plausible : « La rareté des décisions sur ce point s'explique sans doute par le fait que, lorsque le disposant a été déterminé par un motif illicite ou immoral, le gratifié ne peut, dans la généralité des cas, prétendre l'avoir ignoré, même s'il n'a pas été explicité, pour la simple raison que ce motif se rapporte précisément à sa propre situation, de concubine, d'enfant ou encore

considérations différentes (107) : la traditionnelle défiance qu'affichent le législateur et la jurisprudence à l'endroit des libéralités; la prédominance du consentement du donateur, dans la conclusion du contrat; le fait, enfin, que le donataire, qui conteste la nullité de la donation, lutte seulement *de lucro captando* (il cherche à conserver un avantage qu'il a obtenu sans contrepartie), au contraire du cocontractant irréprochable dans les contrats à titre onéreux, qui lutte *de damno evitando* (il cherche à éviter une perte). À ces raisons, dont le bien-fondé a parfois été contesté, à juste titre d'ailleurs (108), s'ajoute désormais l'idée plus fondamentale de la précellence de l'intérêt général.

Ce nouveau fondement n'est pas sans conséquence pratique. Il permet au contrôle judiciaire de conquérir de nouveaux domaines. C'est ainsi que la libéralité doit être annulée, même lorsque le motif vicieux existe dans le chef du donataire (109).

La jurisprudence nouvelle a également des incidences non négligeables sur les conditions de régularité des sociétés (110). L'engagement de l'associé qui est animé d'un mobile illicite inavoué est annulable dans les sociétés à responsabilité limitée, sans toutefois que cette nullité n'ait d'incidence sur la validité de la société elle-même (111). En revanche, nullités de l'engagement et de la société vont de pair dans les autres formes de sociétés (112).

15. — Portée de l'arrêt du 20 octobre 2000 quant aux « fins illicites ». Selon la Cour de cassation, « il suffit que l'une des parties ait contracté à des fins illicites... ».

Il faut se garder de prendre cet attendu lapidaire au pied de la lettre. Trois précisions doivent être données, qui permettent d'en cerner la portée.

d'époux sur le point de se séparer de son conjoint » (Ph. SIMLER, *op. cit.*, fasc. 20, 1994, p. 32, n° 129). En ce sens aussi, voy. G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, t. 1, 1988, p. 216.

(107) R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1994, p. 414.

(108) A. WEILL, *op. cit.*, in *Mélanges Gabriel Marty*, 1978, p. 1177-1179; W. RAUWS, *op. cit.*, 1987, p. 308-309; A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 418.

(109) Certains auteurs paraissent admettre déjà antérieurement (voy. ainsi P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, cette Revue, 1970, p. 342).

(110) En ce sens semble-t-il, voy. M. BILLIAU, « Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXI^e siècle », in *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, 2001, p. 125, note 15.

(111) Voy. les intéressantes réflexions de S. GILCART, « Apport frauduleux, action paulienne et nullité pour cause illicite », obs. sous Bruxelles, 19 octobre 1998 et Anvers, 6 mars 2000, *J.D.S.C. (Recueil annuel de jurisprudence en droit des sociétés commerciales)*, Bruxelles, Kluwer éditions juridiques, 2002, 4^e éd., p. 30. L'auteur examine la sanction qu'encourt l'apport frauduleux en droit des sociétés, à la lumière de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 octobre 1998 déjà cité (voy. *supra* n° 12). A ses yeux, elle ne consiste pas dans l'inopposabilité de l'apport au seul créancier poursuivant, mais dans l'annulation de l'engagement de l'associé qui a effectué cet apport, pour cause illicite; « l'associé-apporteur s'est, en effet, engagé dans la société dans le but de soustraire ses biens à l'emprise de ses créanciers personnels ».

(112) Sur la question, voy. S. GILCART, « Les règles de constitution des S.A., S.P.R.L. et S.C.R.L. », livre 14.2, vol. 1^{er}, du *Guide juridique de l'entreprise*, Kluwer, ouvrage collectif sous la dir. de M. COPEL et P. WÉRY, 2000, p. 34 et suiv.

a) Cet arrêt est libellé en fonction de l'hypothèse qui était soumise à la Cour suprême : celle de la cause unilatérale qui est contraire à la législation fiscale. S'agissant d'une décision de principe, il ne faut toutefois pas la confiner dans une interprétation aussi étroite. On sait que la loi n'est pas la seule source de l'ordre public ; il faut notamment compter avec certains principes généraux du droit et avec les dispositions de droit international directement applicable (113). Quelle que soit la norme de droit transgressée, qu'elle soit ou non écrite, le mobile unilatéral illicite doit être sanctionné de manière identique (114).

La Cour de cassation ne traite que du mobile « illicite », alors que l'arrêt *Malvezin c. Grostabussiat* visait aussi de manière explicite le motif immoral (115). Faut-il, *a contrario*, en déduire que, suivant en cela l'opinion de H. De Page (116), la Cour estime que le mobile immoral n'est cause de nullité que s'il est commun aux parties ?

Nous ne le pensons pas (117). Sur le plan théorique, l'ordre public et les bonnes mœurs reçoivent certes des définitions différentes (118). La doctrine moderne relève toutefois fort justement que de nombreuses décisions invoquent les deux notions concomitamment, sans les distinguer (119). La méconnaissance de l'ordre public et l'atteinte aux bonnes mœurs sont, d'ailleurs, sanctionnées de manière identique, que ce soit pour l'application de l'adage « *Nemo auditur...* » ou pour la mise en œuvre de la maxime « *In pari causa turpitudinis...* » (voy. *infra* nos 19, 23 et 24). On ajoutera enfin que l'article 1133 définit, au demeurant, l'adjectif « illicite » en des termes généraux qui englobent aussi bien la violation de la loi que celle de l'ordre public et des bonnes mœurs (120).

(113) X. DIEUX, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 260 ; J.-F. ROMAIN, « L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme », in *L'ordre public, concept et application*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 12. Voy. en jurisprudence notamment Cass., 1^{er} février 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 359, note W.G. : « une obligation est nulle non seulement lorsqu'elle a une cause prohibée par la loi, mais encore lorsque la cause est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public (...) ; le juge, en s'abstenant de rechercher si, en dehors de l'article 113 du Code pénal, l'engagement n'avait pas une cause prohibée par une autre disposition légale ou n'était pas contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, a violé les dispositions légales visées au moyen » (notamment les articles 6, 1108, 1131 et 1133 du Code civil).

(114) Il faut raisonner de même pour le mobile unilatéral qui contreviendrait à une loi impérative. Avec toutefois cette particularité que la nullité sera alors simplement relative.

(115) Comme le remarque Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, 2002, p. 271.

(116) H. DE PAGE, *Traité*, t. 1, 1962, p. 133-134, n° 94 B.

(117) Voy. une intéressante illustration dans Comm. Bruxelles, 16 juillet 1938, *J.C.B.*, 1940, p. 32.

(118) Est d'ordre public toute disposition « qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral d'une société déterminée » (voy. not. Cass., 15 mars 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 885 ; Cass., 10 novembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 309 ; Cass., 28 septembre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 131). Sur les rapports entre ordre public et bonnes mœurs, voy. J.-F. ROMAIN, *op. cit.*, 1995, p. 14 et suiv. ; M. COIPEL, *Eléments...*, 1999, p. 61 et suiv.

(119) X. DIEUX, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 270.

(120) Ce que rappelle Cass., 15 mai 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 292.

b) La Cour ne qualifie pas les fins illicites qui sont de nature à justifier l'annulation de l'acte. Faut-il en conclure que la mise au jour de toute arrière-pensée malhonnête peut compromettre la validité de celui-ci ?

Pareil raisonnement (121) solliciterait indûment les termes de l'arrêt. La Cour était, en effet, saisie exclusivement de la question de savoir si un mobile illicite unilatéral est admissible comme cause de nullité. Elle n'avait pas à rappeler l'idée largement admise, selon laquelle le mobile illicite doit être nécessairement déterminant : il doit être « principalement à l'origine de la décision de contracter » (122). Fussent-ils entachés d'un tel grief, les motifs qui seraient accessoires ou même secondaires n'entrent donc pas en ligne de compte (123). On notera avec intérêt que, dans l'arrêt *Malvezin c. Grostabussiat*, la Cour de cassation française rappelle que le motif illicite unilatéral doit être déterminant de la conclusion du contrat.

Il ne faut pas se cacher que faire le départ, dans l'acte de volonté, entre les motifs principaux et les autres mobiles est une tâche malaisée (124). Certains auteurs vont jusqu'à considérer que ce travail d'introspection psychologique repose sur une bonne part de verbalisme, se demandant même « s'il n'y a pas que cela » (125). Et dans leurs commentaires de l'arrêt *Malvezin c. Grostabussiat*, certains interprètes français prédisent la disparition de cette condition, « dans la mesure où tout motif illicite risque d'être jugé déterminant » (126).

(121) Ce que M. DEFOSSEZ (« Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations », *Rev. trim. dr. civ.*, 1985, p. 523) appelle le « psychologisme absolu de la notion de cause illicite ».

(122) A. WEILL, *op. cit.*, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, 1978, p. 1166. En ce sens aussi, voy. P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, cette Revue, 1970, p. 341; J. GHESTIN, *op. cit.*, 1993, p. 904-905; Ph. SIMLER, *op. cit.*, fasc. 20, 1994, p. 27-28, n^{os} 105 et 106; L. CORNELIS, *op. cit.*, 2000, p. 144 et suiv.; G. VAN MALDEREN, « Oorzaak », in *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, *op. cit.*, 2000, p. II.4-94; W. VAN GERVEN et S. COVEMAEKER, *op. cit.*, 2001, p. 85. Voy. aussi Cass., 14 mai 1903, *Pas.*, 1903, I, p. 216; Cass., 13 novembre 1953, cette Revue, 1954, p. 5, note J. DABIN, *Pas.*, 1953, I, p. 190, note R.H.; Cass. fr. civ., 12 juillet 1989, *Bull. civ.*, 1989, I, p. 194, n^o 293 (« celui en l'absence duquel l'acquéreur ne se serait pas engagé »); Gand, 16 janvier 1986, *J.T.*, 1989, p. 108; Gand, 15 janvier 1991, *R.W.*, 1991-1992, p. 467.

(123) F. CHABAS donne un exemple intéressant. Il cite le cas d'une personne qui achèterait une maison pour y prendre sa retraite, pour jouir du climat de la région, etc. L'acheteur nourrirait toutefois aussi le dessein de louer en fin de semaine une des pièces de l'immeuble à des personnes qui s'y livreraient à la débauche (activité immorale) ou qui viendraient y consommer des drogues (activité illicite). « Même si cette dernière activité n'avait pas été possible, il est, supposons-le, prouvé en l'espèce qu'il aurait quand même acheté; le motif n'est donc pas déterminant » (*op. cit.*, *Gaz. Pal.*, 1991, 1^{er} sem., p. 375).

(124) G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité*, t. 2, 1957, p. 127; M. DEFOSSEZ, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1985, p. 529; Ph. SIMLER, *op. cit.*, fasc. 20, 1994, p. 27-28, n^{os} 105 et 106.

(125) J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Paris, A. Colin, 2000, p. 187. Voy. aussi H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, 2000, p. 68; V. CHARIOT, *op. cit.*, *Rép. not. Defrénois*, 1999, « Doctrine et jurisprudence », art. 36990, p. 607-608.

(126) V. CHARIOT, *op. cit.*, *Rép. not. Defrénois*, 1999, « Doctrine et jurisprudence », art. 36990, p. 607-608; Chr. JAMIN, *op. cit.*, *J.C.P.*, 1999, p. 369.

Le caractère impulsif et déterminant du mobile illicite nous paraît néanmoins devoir être maintenu comme condition de nullité, sous peine de donner au primat de l'intérêt général une portée excessive et de fragiliser du même coup trop d'opérations juridiques (127). Au demeurant, si les investigations auxquelles le juge doit se livrer ne laissent pas d'être délicates (128), elles n'ont rien d'exceptionnel. C'est ainsi qu'il incombe aussi au juge, saisi d'une action en nullité d'un contrat, d'apprécier si l'erreur simple, le dol ou la violence ont bien joué un rôle déterminant dans la conclusion du contrat; de même lui appartient-il de vérifier si la clause contractuelle qu'il annule a été déterminante de la conclusion de la convention tout entière (129).

c) On ne doit pas attacher une valeur particulière au pluriel employé par la Cour. La mise en évidence d'une seule fin illicite suffit à justifier la nullité de l'acte, dès lors qu'elle a bien joué un rôle déterminant.

La découverte d'un mobile déterminant qui serait irréprochable ne permet donc pas de purger l'acte de l'illicéité qui entache un autre de ses motifs déterminants (130). La Cour a déjà eu l'occasion de s'exprimer sur ce point, dans un arrêt du 13 novembre 1953 (131).

16. — Questions diverses : titularité du droit de critique; prescription extinctive; preuve de l'illicéité. a) Une décision de justice est nécessaire pour faire disparaître l'acte de l'ordonnancement juridique. La théorie de l'inexistence a, en effet, vécu, même en présence d'un acte qui est entaché d'une cause illicite (132).

(127) A. WEILL, *op. cit.*, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, 1978, p. 1166.

(128) La distinction entre les mobiles déterminants et ceux qui ne le sont pas est une question de fait, qui relève du pouvoir d'appréciation du juge du fond. « C'est à la perspicacité du juge d'opérer les discernements convenables » (J. DABIN, *op. cit.*, cette Revue, 1954, p. 20).

(129) Ph. SIMLER, *op. cit.*, fasc. 20, 1994, p. 27-28, n^{os} 105 et 106. Voy. aussi l'article 33, § 1^{er}, alinéas 1 et 2, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur.

(130) G. RIPERT, *op. cit.*, 1949, p. 67; P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, cette Revue, 1970, p. 341; X. DIEUX, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 261; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1994, p. 413-414.

(131) Cass., 13 novembre 1953, cette Revue, 1954, p. 5, note J. DABIN, *Pas.*, 1953, I, p. 190, note R.H., *J.T.*, 1954, p. 167, note R. SPILMAN (arrêt rendu à propos de la pluralité des mobiles en matière de donations ou de legs, mais dont l'enseignement est transposable aux autres actes juridiques) : « si la situation de concubinage n'entraîne pas entre l'auteur et le bénéficiaire de libéralités, d'incapacité de disposer et de recevoir, le fait que des donations ou legs ont eu lieu en vue de faire naître, de maintenir ou de rémunérer des relations illicites ou immorales justifie l'annulation de ces libéralités; (...) il en est ainsi même si les donations ou legs ont eu aussi un autre mobile, dès le moment où l'un des mobiles déterminants a été la naissance, le maintien ou la rémunération des relations immorales ». Voy. aussi Bruxelles, 26 février 1980, *R.W.*, 1982-1983, col. 507; Civ. Bruxelles, 1^{er} octobre 1980, *R.R.D.*, 1983, p. 136; C. trav. Gand, 12 décembre 1988, *R.W.*, 1988-1989, 1437; Gand, 15 janvier 1991, *R.W.*, 1991-1992, p. 467. En doctrine, voy. not. X. DIEUX, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 261; W. RAUWS, *op. cit.*, 1987, p. 304.

(132) Relativement à la doctrine ancienne, voy. not. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, Paris, A. Durand et Pédone, t. 16, 1875, p. 213.

S'agissant d'une nullité absolue (133), le droit de critique doit être ouvert de la manière la plus large qui soit.

Il ne fait aucun doute que le cocontractant innocent peut contester la validité de l'acte (134). Faut-il également reconnaître ce droit à la partie coupable? Même si certains répugnent à cette idée, la réponse nous paraît devoir être affirmative : elle est commandée par le caractère absolu de la nullité (135). Par ailleurs, tout tiers peut, dès lors qu'il justifie d'un intérêt légitime, exercer l'action en nullité (136). Le droit de critique est également ouvert au ministère public, qui, en vertu de l'article 138, alinéa 2, du Code judiciaire, peut agir, « chaque fois que l'ordre public exige son intervention » (137). Enfin, le juge peut et même doit, à raison du caractère de la nullité, soulever celle-ci d'office (138), dans le respect, cela va sans dire, des droits de la défense.

b) La mise à néant de l'opération risque de buter, en pratique, sur des difficultés d'ordre probatoire. C'est que la preuve du dessein illicite ne laisse pas d'être délicate. Elle contraint, en effet, le juge à se livrer à une investigation d'ordre psychologique, d'autant plus malaisée, en l'espèce, que le mobile n'existe que dans le chef d'une partie. La preuve par toute voie de droit, en ce compris celle par témoignages et par présomptions humaines, est cependant recevable puisqu'il s'agit d'établir un fait. Il n'est donc pas nécessaire que l'illicéité des motifs ressorte des termes mêmes de l'acte (139).

Le juge devra, par ailleurs, s'assurer que l'illicéité alléguée est bien contemporaine de la conclusion de l'acte (140). Le mobile illicite que le cocontractant *turpis* nourrirait après cette conclusion est sans incidence sur

(133) Cass., 18 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 917. Sauf lorsque le mobile illicite contrevient à une disposition légale qui est simplement impérative, auquel cas la nullité est relative.

(134) Comme le prouve l'arrêt de la Cour de cassation française du 7 octobre 1998.

(135) M. VON KUEGELGEN, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, 2000, p. 589-590.

(136) Comme le prouve l'arrêt annoté. Sur la situation des tiers, voy. Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 404-405.

(137) L'ordre public est cependant entendu dans un sens restrictif : « Les exigences de l'ordre public qui, au sens de cet article peuvent justifier pareille intervention, impliquent que l'ordre public soit mis en péril par un état de choses auquel il importe de remédier » (selon la définition de la Cour de cassation citée et commentée par X. DIEUX, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 264-265).

(138) Voy. not. Civ. Liège, 17 avril 1970 et 1^{er} octobre 1971, *R.N.B.*, 1972, p. 26, obs. F. LAINE; Comm. Bruxelles, 3 décembre 1971, *J.C.B.*, 1972, I, p. 62 et p. 160.

(139) Sur l'abandon de la preuve intrinsèque, qui eut cours autrefois en matière d'actes à titre gratuit, voy. Cass. fr. civ., 2 janvier 1907, *D.*, 1907, I, p. 137, note A. COLIN, *S.*, 1911, I, p. 585, note A. WAHL; J. DABIN, *op. cit.*, cette Revue, 1954, p. 12-13; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité*, t. 2, 1957, p. 128, n° 316; H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, 1991, p. 269 et suiv.; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, t. 6, 1997, p. 295-296.

(140) O. TOURNAFOND, *op. cit.*, *D.*, 1999, chron., p. 238. Cette illicéité peut toutefois être établie à la lumière de circonstances ou de comportements postérieurs à l'acte (Ph. SIMLER, *op. cit.*, *Juris-Classeur civil*, 1994, art. 1131 à 1133, fasc. 10, p. 14, n° 65).

la validité de l'acte (141). Une chose est, en d'autres termes, de prendre en location un immeuble pour y ouvrir une maison close; autre chose est de prendre cet immeuble en location pour y vivre, puis de décider, après quelque temps, d'y exploiter une maison de tolérance. Juridiquement, les deux situations sont très différentes. Le passage à l'acte, la mise à exécution d'un nouveau dessein, postérieur à la formation de l'acte, trouve, en effet, sa sanction dans la mise en cause de la responsabilité contractuelle de cette partie ou dans la résolution de la convention à ses torts.

c) L'action en nullité se prescrit par dix ans, conformément à l'article 2262*bis*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code civil. En règle générale, les nullités relatives sont, elles aussi, soumises à une prescription décennale, en vertu d'une autre disposition, l'article 1304 du même Code. Les deux prescriptions sont cependant loin de se confondre. Ainsi leurs points de départ présentent-ils une légère différence : la première court à compter de la formation de l'acte; la seconde, à partir du jour où la violence a cessé, de celui où l'erreur ou le dol ont été découverts ou encore de celui où l'incapacité de la partie a pris fin.

La situation est paradoxale, puisque le délai relatif à l'action en nullité en raison d'un mobile illicite unilatéral court immédiatement, même si la partie innocente ne découvre ce motif que bien plus tard. L'intérêt général se voit ainsi moins bien protégé que les intérêts particuliers de la partie qui serait victime, par exemple, d'une erreur ou d'un dol (142)!

IV. — LA PROTECTION DU COCONTRACTANT DE BONNE FOI

17. — Deux voies différentes. Nous l'avons déjà dit à diverses reprises, la solution retenue par les deux Cours de cassation a un prix : elle foule aux pieds les intérêts légitimes de la partie qui n'a pas été mêlée au but illicite de son cocontractant.

Ce sacrifice peut paraître difficilement supportable, lorsque c'est la partie coupable qui vient à résipiscence, après avoir pris conscience, par exemple, que l'opération ne lui procure pas les avantages escomptés. Lui permettre de se délier de son engagement, n'est-ce pas « ruiner la sécurité du commerce juridique et (...) encourager la mauvaise foi » (143)? Bien qu'il soit

(141) Ce que A. DE BERSAQUES, adversaire de la thèse du mobile unilatéral, semble perdre de vue, lorsqu'il écrit : « Il suffirait, par exemple, que l'acheteur d'un immeuble, qui regrette son acquisition, l'affectât à l'exploitation d'une maison de jeu pour pouvoir prétendre que son obligation d'en payer le prix, ayant une cause immorale, est nulle » (*op. cit.*, cette Revue, 1950, p. 324).

(142) Sur ce point, voy. P. WÉRY, « Les causes de dissolution des contrats : vue d'ensemble », in *La fin du contrat*, Formation permanente de la C.U.P., vol. 51, déc. 2001, p. 19-20.

(143) A. DE BERSAQUES, *op. cit.*, cette Revue, 1950, p. 324; O. TOURNAFOND qui donne divers exemples, notamment l'achat d'une voiture en vue de commettre un forfait (*op. cit.*, D., 1999, chron., p. 238).

assez théorique (144), le risque ne peut être négligé. Et même dans l'hypothèse où c'est un tiers ou la partie innocente qui soulève la nullité, il y a également quelque injustice à laisser s'appliquer, sans plus, les règles normales qui gouvernent l'annulation des actes juridiques et les restitutions réciproques corrélatives.

Si les objections sont sérieuses, elles n'en sont pas moins surmontables. Le tout est de dégager, dans cette matière éminemment dialectique, des solutions de compromis, qui préservent la légalité, tout en ne faisant pas litière des intérêts de la partie innocente (145).

On peut, à cet effet, s'engager dans deux voies très différentes.

La première solution, qui est la plus radicale, s'applique dans le cas particulier où c'est la partie coupable qui conteste la validité de l'acte. Effrayés par cette perspective, certains partisans de la thèse du mobile unilatéral s'enquièrent du moyen technique qui permettrait d'écarter la partie coupable du prétoire (146) (A). La seconde approche, plus nuancée, tient davantage compte des intérêts en présence : elle reconnaît, sans réserve, au cocontractant malhonnête le droit d'agir en nullité, mais prévoit, dans le même temps, ce que l'on pourrait appeler des mesures d'accompagnement en faveur de la contrepartie de bonne foi. Cette seconde solution qui a nos faveurs présente le mérite de s'appliquer en toute hypothèse, quel que soit le demandeur en nullité (B).

A. — *Un remède contestable :*
priver la partie coupable du droit de critique

18. — Une action en nullité à sens unique. Pratiquant « l'art consommé du compromis » (147), certains auteurs plaident en faveur d'une nullité « à sens unique », qui serait disponible seulement pour la partie innocente.

On peut ainsi lire dans le traité de M. Planiol et G. Ripert : « Il n'est pas douteux que la partie qui poursuit un but illicite ne peut se refuser à exécuter son engagement en invoquant contre l'autre partie, ignorante de ce mobile, le caractère illicite de celui-ci. Par exemple l'acheteur d'un

(144) Voy. *supra* n° 10, b.

(145) O. TOURNAFOND met bien en lumière ce conflit entre justice et sécurité juridique (*op. cit.*, D., 1999, chron., p. 239).

(146) Nous mentionnons, sans nous y attarder, l'article 14 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail : « La nullité du contrat ne peut être opposée aux droits du travailleur qui découlent de l'application de la présente loi lorsque des prestations de travail sont fournies : 1° en vertu d'un contrat frappé de nullité du chef d'infraction aux dispositions ayant pour objet la réglementation des relations du travail ; 2° dans les salles de jeu ». Le plus souvent, l'illicéité des mobiles est commune aux parties, et sort donc du cadre de la note. Pour la même raison, nous écarterons de notre propos l'article 5 de la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les établissements de jeux de hasard et la protection des jeux, aux termes duquel « La nullité des contrats conclus en vue de l'exploitation des jeux de hasard et des établissements de jeux de hasard autorisés conformément à la présente loi et à ses arrêtés d'exécution ne peut être invoquée en s'appuyant sur le seul motif que ces jeux de hasard ou ces établissements de jeux de hasard seraient illicites ».

(147) D. MAZEAUD, *op. cit.*, *Répertoire notariat Defrénois*, 1998, I, p. 1410.



immeuble ne peut refuser de payer le prix sous prétexte que son but est d'y installer une maison de tolérance, alors que le vendeur ignorait son intention. Mais pourquoi refuser à l'autre partie, qui après le contrat, apprend le but illicite poursuivi par son partenaire, de faire valoir la nullité? En lui donnant ce droit on suscite un obstacle à la réalisation du but illicite » (148). Dans son examen de jurisprudence de 1969, J. Limpens préconise la même solution : « Lorsque le mobile illicite est propre à l'une des parties et que l'autre n'en a pas eu connaissance (par exemple prêt d'argent destiné à un commerce interdit), il convient évidemment d'accorder l'action en nullité à la partie innocente, qui serait ultérieurement informée du but illicite recherché par son cocontractant. La nullité existe alors, en quelque sorte, à sens unique » (149).

Cette construction doctrinale, à laquelle s'est ralliée une partie de la jurisprudence (150), se justifie difficilement en droit. La nullité pour contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs est, en effet, absolue, de sorte que, sur le plan des principes, toute personne intéressée, en ce compris chaque partie au contrat, doit pouvoir en exiger l'annulation (151).

19. — L'adage « *Nemo auditur...* ». Selon certains (152), le juge pourrait ne pas donner audience à la partie coupable, en s'appuyant tout simplement sur la maxime « *Nemo auditur suam propriam turpitudinem allegans* ». En d'autres termes, ce serait, pour cette partie, se prévaloir de son immoralité que d'invoquer, par voie d'action ou d'exception, la nullité de l'acte, mettant ainsi au grand jour les mobiles vicieux qui l'animaient.

Telle n'est toutefois pas la portée de l'adage, en droit belge.

L'exception d'indignité y est entendue en un sens plus étroit : se faisant l'écho des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil, la maxime se contente seulement d'interdire à une partie à un contrat illicite d'en réclamer en justice l'exécution, que ce soit en nature ou par équivalent, ou d'agir en résolu-

(148) M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, 2^e éd., t. 6, par P. ESMEIN, 1952, p. 355, n° 278. Ils citent Colmar, 18 janvier 1938, *D.H.*, 1938, p. 234; Grenoble, 5 décembre 1945, *S.*, 1946, 2, p. 22.

(149) J. LIMPENS, « Examen de jurisprudence (1964 à 1967). Les obligations », cette Revue, 1969, p. 220. Voy. déjà J. LIMPENS et J. VAN DAMME, « Examen de jurisprudence (1956 à 1959). Les obligations », cette Revue, 1960, p. 359 ainsi que p. 368-370.

(150) Voy. ainsi Bruxelles, 11 mars 1948, *J.C.B.*, 1948, p. 150, obs. R.D.

(151) J. MAZEAUD, *op. cit.*, *Sem. jur.*, 1957, II, n° 10008; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen », cette Revue, 1986, p. 102-103; A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 419.

(152) G. RIPERT, *op. cit.*, 1949, p. 68; J. CARBONNIER, *op. cit.*, t. 4, 1996, p. 124 : « Indignité du demandeur qui a participé à l'illicéité de l'opération. L'action en nullité lui sera parfois refusée en vertu de la maxime *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (quand il s'agit de cause immorale, plutôt que de cause illicite *stricto sensu*) ».

tion (153). C'est dans cette seule mesure que l'accès au prétoire peut lui être interdit (154).

20. — La réparation en nature fondée sur l'article 1382 du Code civil. En concluant une convention vouée à satisfaire un but illicite, la partie coupable commet, à l'évidence, une *culpa in contrahendo*, ou, en termes plus simples (155), une faute précontractuelle (156). Cette faute aquilienne est de nature à engendrer, à charge de son auteur, une dette de dommages et intérêts, si la convention vient à être annulée en justice. Nous aurons l'occasion d'y revenir (voy. *infra* n° 22). La question qui nous occupe pour l'instant est différente : cette faute aquilienne peut-elle avoir pour conséquence plus radicale de priver la partie malhonnête de son droit de critique ?

Certains auteurs, tant en Belgique qu'en France (157), prônent pareille solution, en partant de l'idée que l'article 1382 du Code civil n'exclut pas la réparation en nature, c'est-à-dire l'indemnisation sous une forme non pécuniaire. En droit belge, ce mode de réparation jouit même d'une place de choix, puisque la Cour de cassation a proclamé à diverses reprises la primauté de la réparation en nature sur les dommages et intérêts (158).

C'est à cette figure juridique que la partie contractante innocente ferait ainsi appel : « le prononcé de la nullité du contrat risque de causer un préjudice au cocontractant ; celui-ci, par hypothèse de bonne foi, serait en droit

(153) Voy. not. P. VAN OMMESELAGHE, « Examen », cette Revue, 1986, p. 103, n° 40bis ; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht », *T.P.R.*, 1994, p. 423 et suiv. ; J.-F. ROMAIN, *op. cit.*, 1995, p. 35 ; A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 418 ; Liège, 8 décembre 1989, *Pas.*, 1990, II, p. 118, note P.M. ; Cass., 19 mai 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 1008 ; Mons, 5 février 1992, *Pas.*, 1992, II, p. 21 ; Liège, 2 avril 1999, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1048. Contrairement à ce qui semble se dégager de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 septembre 1996 (*Pas.*, 1996, I, p. 760, notes 1 et 2, publié seulement en sommaire, *Rec. Cass.*, 1997, p. 224, précédé de la note d'I. CLAEYS), l'adage énonce une règle de droit obligatoire pour le juge ; il n'est pas d'application facultative pour lui (sur ce point, voy. R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht », *T.P.R.*, 1994, p. 424-426).

(154) Quant au point de savoir si l'action doit être déclarée irrecevable ou non fondée, voy. R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht », *T.P.R.*, 1994, p. 424, avec les réf.

(155) Sur ce point, voy. M. COIPEL, *Éléments...*, 1999, p. 33.

(156) « Ce qui peut être fautif, c'est d'avoir conclu le contrat, alors que l'on en connaissait ou que l'on aurait dû en connaître la nullité, et alors que le cocontractant était dans la situation opposée. Il n'est guère possible d'imaginer que trois cas où il en soit ainsi : l'erreur inexcusable ; la dissimulation frauduleuse d'une incapacité ; l'illicéité du contrat » (J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, 2000, p. 274).

(157) A. WEILL, *op. cit.*, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, 1978, p. 1173 ; P.A. FORIERS, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 155 ; J.-L. AUBERT, *op. cit.*, *Rép. not. Defrénois*, 1990, p. 360 ; J. GHESTIN, *op. cit.*, 1993, p. 907 ; J. SAINTE-ROSE, conclusions sous Cass. fr. civ., 7 octobre 1998, *D.*, 1998, jur., p. 564 ; L. SIMONT et P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981 à 1991). Les contrats spéciaux », cette Revue, 2001, p. 512. Voy. aussi dans une certaine mesure les obs. anonymes sous Comm. Bruxelles, 18 décembre 1952, *J.C.B.*, 1953, p. 106.

(158) Sur ce point, voy. P. WÉRY, « Condamnations non pécuniaires, réparation en nature et remplacement judiciaire en matière extracontractuelle », obs. sous Liège, 8 juin 1993, *J.T.*, 1995, p. 430.

d'en demander réparation à l'auteur de la faute dommageable; on sanctionnera plus efficacement cette faute en refusant l'action en nullité, ce qui constituera une sorte de réparation en nature », écrit ainsi A. Weill (159) (160). Cette opinion peut se réclamer de certains précédents. Il s'agit, au fond, d'adopter le raisonnement qui permet de sanctionner l'erreur inexcusable dans laquelle une partie verse ou la dissimulation frauduleuse, par l'un des contractants, de son incapacité (161) : dans ces hypothèses aussi, le juge recourt à la réparation en nature pour priver le fautif de son droit de critique.

On voit immédiatement la supériorité d'une telle sanction sur l'allocation de dommages et intérêts. D'une part, la victime n'est pas exposée au risque d'insolvabilité de l'autre partie (162); d'autre part, l'avantage qu'elle retire de cette réparation en nature est sans commune mesure avec le dommage négatif qu'elle subit (voy. *infra* n° 22).

Tout séduisant qu'il soit, le raisonnement se heurte à de sérieuses objections. Elles sont de trois ordres.

Comme on l'a fait fort justement observer, la sanction que le juge est appelé à prononcer n'est pas, à proprement parler, une réparation en nature : « la réparation en nature n'est que le rétablissement d'un état antérieur préalablement dérangé ou endommagé » (163). Or, l'on attend ici du tribunal qu'il ordonne une mesure préventive, empêchant le dommage, qui résulterait de l'annulation, de naître. Toute la question est alors de savoir si notre droit de la responsabilité civile investit les juges d'un tel pouvoir d'injonction. Il semble bien que la Cour de cassation ait franchi ce pas (164).

La deuxième objection est plus grave. C. Renard, E. Vieujean et Y. Hannequart l'avaient pressentie dès 1957 : « le maintien du contrat est une mesure non nuancée. Le contrat est maintenu ou non. On ne peut guère envisager qu'il soit maintenu en partie dans ses effets, comme si l'on pouvait distinguer les degrés dans la validité. Or, le maintien de tous les effets peut dépasser le préjudice subi. L'article 1382 ne prévoit pourtant que la

(159) A. WEILL, *op. cit.*, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, 1978, p. 1173.

(160) La partie innocente pourrait toutefois ne pas s'opposer à cette annulation et se satisfaire de dommages et intérêts fondés sur l'article 1382 du Code civil (P.A. FORTIERS, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 156).

(161) Voy. les réf. citées dans notre ouvrage *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 144.

(162) O. TOURNAFOND, *op. cit.*, D., 1999, chron., p. 239.

(163) C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, *op. cit.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, t. IV, 1957, p. 333, n° 1192 *quater*. Sur la définition de la réparation en nature, voy. P. WÉRY, *L'exécution forcée...*, 1993, p. 142-146, avec les réf.

(164) Voy. ainsi Cass., 21 octobre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 251 qui déclare que le juge est compétent « tant pour prévenir que pour réparer une lésion illicite d'un droit civil » (à ce sujet, voy. P. WÉRY, *op. cit.*, *J.T.*, 1995, p. 430-431). Pour la question en droit français, voy. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Gheslin. Les effets de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2^e éd., 2001, p. 18 et suiv.

seule réparation du dommage réellement causé » (165). Dans sa remarquable thèse (166), C. Gulefucci-Thiebiège formule la même critique en la développant en des termes difficilement contestables. Elle conclut à l'inopportunité du maintien du contrat à titre de réparation. « En violant (...) le principe de réparation intégrale du préjudice qui commande une exacte adéquation entre le dommage et la réparation, et en octroyant à la partie victime les mêmes avantages que si l'acte avait été valable, le maintien du contrat pénalise le contractant fautif et procure un enrichissement injuste à l'autre partie qui obtient l'équivalent de l'exécution alors qu'elle ne devrait avoir droit qu'à des dommages-intérêts pour conclusion d'un contrat annulé, d'un moindre montant » (167). Pour l'auteur, le maintien de la convention à titre de « sanction » (168) est tout aussi discutable. « Véritable peine privée, le refus d'annulation du contrat qui aboutit au maintien de ce dernier, agit comme une déchéance infligée à la partie fautive. (...). Ce refus paralyse le but de rétablissement de la légalité recherché par la nullité au nom de considérations subjectives de réparation ou de sanction dont la finalité ne vise que l'individu ; cela contrarie la supériorité téléologique de la nullité sur la responsabilité en maintenant un acte juridique qui ne remplit pas les conditions légales de formation ». Seul, conclut C. Gulefucci-Thiebiège, le législateur pourrait donner le jour à pareille sanction (169).

Troisième et dernière critique, tenant au caractère absolu de la nullité pour illicéité de la cause : on ne voit pas comment le juge, qui, à raison de ce caractère, doit annuler d'office la convention, pourrait accéder à la demande de la partie innocente d'écarter cette nullité.

B. — *Les correctifs à l'annulation de l'acte*

21. — A la recherche de solutions plus respectueuses des intérêts en conflit. Une conclusion s'impose à ce stade du raisonnement : il n'est pas possible, dans l'état actuel de notre droit, de priver la partie coupable de l'action en nullité.

(165) C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, *op. cit.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, t. IV, 1957, p. 333, n° 1192^{quater}. Voy. aussi J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, 2000, p. 274 : « ce qui est critiquable, ce n'est pas vraiment *le mode* de réparation qui est adopté ; c'est *l'étendue* qui, de ce fait même, lui est donnée. En déclarant l'action en nullité irrecevable, au motif que la partie qui pourrait théoriquement l'exercer est en faute, on assure exactement à l'autre partie les mêmes avantages que si le contrat avait été régulier : non seulement la seconde ne subit plus de perte ; mais elle n'éprouve aucun manque à gagner. Or, c'est un résultat dont l'illogisme a été (...) relevé ».

(166) *Op. cit.*, 1992, p. 136 et suiv.

(167) C. GULEFUCCI-THIEBIERGE, *op. cit.*, 1992, p. 136-137. En ce sens aussi, voy. R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht », *T.P.R.*, 1994, p. 415 (« Een verwerping van de eis tot nietigverklaring op grond van het feit dat de eis door de schuldige partij is ingesteld, leidt immers tot uitvoering van de overeenkomst »).

(168) A. WEILL emploie d'ailleurs une formule significative dans l'extrait que nous avons reproduit *supra* au n° 20 : « on sanctionnera plus efficacement cette faute en refusant l'action en nullité ».

(169) C. GULEFUCCI-THIEBIERGE, *op. cit.*, 1992, p. 137-138.

La protection de la partie innocente peut toutefois être organisée sur un mode mineur, par une condamnation de son cocontractant à des dommages et intérêts et par le recours à l'adage « *In pari causa turpitudinis...* » (170). Ces remèdes lui sont ouverts en toute hypothèse, quelle que soit la personne qui soulève la nullité de l'acte.

22. — Les dommages et intérêts fondés sur l'article 1382 du Code civil. La partie innocente peut tout d'abord songer à mettre en cause la responsabilité aquilienne du cocontractant *turpis*. Il est désormais acquis que la phase précontractuelle n'est pas une période de non-droit et que diverses normes de conduite fondées sur l'article 1382 du Code civil s'imposent aux futures parties contractantes (171). La partie qui est animée d'un but illicite ne satisfait évidemment pas au comportement que l'on est en droit d'attendre d'un *bonus vir*. Elle commet une faute aquilienne, qui consiste « à avoir recherché, à l'insu de son cocontractant, un but illicite ou immoral lors de la conclusion du contrat ensuite annulé » (172).

La partie innocente est fondée à exiger la réparation pécuniaire de son préjudice (173) (174). Généralement, la doctrine inclut, dans le dommage réparable, la perte subie mais aussi le gain que la victime escomptait retirer du contrat (175). Cette opinion est, à l'analyse, difficilement défendable. Elle revient, en fin de compte, à accorder à la partie innocente l'exécution par équivalent des obligations de l'autre partie, alors que le contrat est

(170) C'est la thèse que H. et L. MAZEAUD préconisaient déjà dans leur commentaire critique de l'arrêt de la Cour de cassation française du 4 décembre 1956 (*op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1957, p. 330). Voy. aussi W. RAUWS, *op. cit.*, 1987, p. 306-311; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht », *T.P.R.*, 1994, p. 415. Quant aux auteurs des *Novelles*, qui refusent la prise en considération du mobile illicite simplement unilatéral, ils concèdent toutefois : « S'il fallait admettre l'influence du mobile unilatéral dans les contrats à titre onéreux, ce serait également dans l'application conjuguée de l'adage *nemo auditur...* et des règles de la responsabilité civile que nous verrions le remède aux inconvénients du système pour le contractant innocent. A notre avis, l'action en nullité resterait donc toujours recevable. La restitution des prestations accomplies serait souvent refusée au bénéfice du seul contractant honnête, l'autre devant au contraire être désavantagé. Le préjudice découlant de la suppression des obligations non exécutées ou des restitutions imposées donnerait lieu à des dommages-intérêts par application des principes de la responsabilité civile » (C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, *op. cit.*, 1957, n° 1196quinquies). C'est l'approche que nous préconisons dans les développements qui suivent, avec toutefois une double réserve. *Primo*, c'est l'adage « *In pari causa turpitudinis...* » et non « *Nemo auditur...* » qui peut aider la partie innocente (voy. *infra* n° 23); *secundo*, le calcul des dommages et intérêts doit se fonder sur le dommage négatif et non pas, comme semblent le suggérer les auteurs, sur le dommage positif (voy. *infra* n° 22).

(171) M. COIPEL, *Éléments...*, 1999, p. 32 et suiv.

(172) C. GULEFUCCI-THIEBIERGE, *op. cit.*, 1992, p. 51. Voy. aussi A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 420.

(173) Sur cette question, voy. de manière générale M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats », *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1980, p. 17-83; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht », *T.P.R.*, 1994, p. 433 et suiv.

(174) S'il devait apparaître que la fin illicite ou immorale était connue voire partagée de l'autre partie, il y aura concours de fautes aquilienne dont il faudra tenir compte dans le calcul des dommages-intérêts (C. GULEFUCCI-THIEBIERGE, *op. cit.*, 1992, p. 57 et suiv.).

(175) Comme le constate C. GULEFUCCI-THIEBIERGE, *op. cit.*, 1992, p. 82 et suiv.

annulé (176)! Aussi bien ces dommages et intérêts doivent-ils viser à réparer exclusivement le dommage négatif, et donc à replacer la victime dans la situation qui eût été la sienne si le contrat n'avait pas été conclu (177) : la partie innocente se verra indemnisée des démarches accomplies en vue de la conclusion de celui-ci et des éventuelles occasions de conclure d'autres contrats qu'elle aurait négligés.

Il ne faut toutefois pas se leurrer. L'allocation de dommages et intérêts est loin de constituer la panacée. L'indemnisation des seuls préjudices négatifs représente, souvent, peu de chose au regard du gain que la partie honnête escomptait retirer du contrat (178). Il se peut, du reste, que la partie coupable ait organisé son insolvabilité (179). Le cocontractant innocent peut toutefois tirer parti d'un deuxième correctif à l'annulation de l'acte. Il est puisé dans la maxime « *In pari causa turpitudinis...* ».

23. — L'adage « *In pari causa turpitudinis...* ». L'annulation est un mode de dissolution des contrats qui opère avec effet rétroactif (180). Les choses devant être remises en leur pristin état (181), le juge ordonnera la restitution des prestations qui auraient déjà été accomplies (182). En disposant que « *l'obligation (...) sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet* », l'article 1131 du Code civil ne fait certainement pas obstacle à ce que ce qui

(176) Voy. aussi V. CHARIOT, *op. cit.*, *Rép. not. Defrénois*, 1999, « Doctrine et jurisprudence », art. 36990, p. 610. Comp. avec J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX : après avoir écarté le maintien de la convention au titre de la « réparation en nature », les auteurs ajoutent : « On équilibrerait beaucoup mieux les intérêts en présence en admettant l'annulation et en l'accompagnant d'une condamnation de l'auteur de la faute à des dommages-intérêts, mais à des dommages et intérêts limités à la perte qu'il a fait subir à son cocontractant, sauf le cas de la nullité demandée par celui qui poursuivait une fin illicite, lequel devrait être condamné à réparer aussi le manque à gagner » (*op. cit.*, 2000, p. 274).

(177) Sur la distinction peu connue en droits belge et français entre les dommages et intérêts positifs et les dommages et intérêts négatifs, voy. R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht », *T.P.R.*, 1994, p. 433-436; M. FONTAINE, « Rapport de synthèse. Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : synthèse et perspectives », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, ouvrage collectif sous la direction de Marcel FONTAINE et Geneviève VINEY, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 1074-1075.

(178) V. CHARIOT, *op. cit.*, *Rép. not. Defrénois*, 1999, « Doctrine et jurisprudence », art. 36990, p. 609-610.

(179) H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, 2000, p. 94.

(180) P. WÉRY, *op. cit.*, in *La fin du contrat*, 2001, p. 17 et suiv.

(181) Voy. sur ce point l'excellente étude de T. STAROSSELETS, « Effet de la dissolution *ex tunc* », in *La fin du contrat*, *op. cit.*, 2001, p. 203 et suiv. Voy. aussi l'étude fouillée de S. STIJNS, « Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming » in *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht* (éd. J. Smits et S. Stijns), Groningen, Metro, Intersentia, 2002, p. 225 et suiv.

(182) Sur le principe des restitutions en nature et sur les exceptions qu'il subit, voy. T. STAROSSELETS, *op. cit.*, in *La fin du contrat*, 2001, p. 211 et suiv.

a été payé ou livré en exécution du contrat ou de l'obligation soit restitué (183).

Le juge ne peut-il toutefois pas, par exception à ce principe, paralyser le jeu des restitutions réciproques, au détriment de la partie coupable ? La partie innocente récupérera ainsi la prestation qu'elle avait accomplie, tandis que son cocontractant malhonnête ne recouvrera pas le bien ou le service qu'il a fourni. C'est une des pistes que propose l'avocat général J. Sainte-Rose, dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation française du 7 octobre 1998 (184). Il invoque à cette fin l'adage « *Nemo auditur suam propriam turpitudinem allegans* » (185). L'idée ne laisse pas de séduire. Si elle a le mérite de respecter les exigences de l'intérêt général, en faisant disparaître la convention de l'ordonnancement juridique, cette solution prend, en effet, aussi en compte la situation respective des parties, en sanctionnant plus lourdement la partie coupable, qui se voit privée du droit aux restitutions.

L'opinion du haut magistrat ne peut toutefois être adoptée en droit belge qu'au prix d'une adaptation technique. Il faut, en effet, rappeler que, dans notre droit, la maxime « *Nemo auditur...* » ne permet pas de tenir en échec la répétition des prestations consécutives à l'annulation de l'acte. La portée de l'adage est autre : il se borne à interdire aux parties à une convention illicite ou immorale d'en poursuivre l'exécution en justice (voy. *supra* n° 20). C'est l'adage « *In pari causa...* » qui, en droit belge, répond aux préoccupations exprimées par l'avocat général J. Sainte-Rose. La portée de

(183) On l'a pourtant cru tout un temps. À l'origine, la jurisprudence privait ainsi systématiquement les parties de tout droit aux restitutions, lorsque l'illicéité ou l'immoralité était commune (Cass., 4 juin 1903, *Pas.*, 1903, I, p. 276, précédé des concl. prem. av. gén. TERLINDEN; Cass., 31 mars 1938, *Pas.*, 1938, I, p. 125; Cass., 21 octobre 1942, *Pas.*, 1942, I, p. 237, note R.H.; Bruxelles, 26 mai 1950, *J.C.B.*, 1950, p. 230. Comp. toutefois avec Cass., 11 mars 1915, *Pas.*, 1915-1916, I, p. 208, précédé des concl. av. gén. PHOLIEN). Dans ses conclusions précédant Cass., 8 décembre 1966 (aud. plénière), R. HAYOIT de TERMICOURT prit nettement ses distances avec cette jurisprudence (*Pas.*, 1967, I, p. 435 et suiv., spéc. p. 440). C'est dans son arrêt du 24 septembre 1976 (*Pas.*, 1977, I, p. 101) que la Cour adopta une interprétation différente de celle qui avait jusque là largement prévalu : « l'article 1131 du Code civil dispose uniquement que les obligations ou les conventions qu'il définit ne peuvent avoir aucun effet; (...) ainsi il interdit aux parties contractantes toute action en exécution de telles obligations ou conventions; (...) cette disposition légale n'interdit pas la répétition de ce qui a été payé ou remis par une partie à l'autre en exécution de l'obligation ou de la convention; (...) la répétition peut, en principe, être déclarée recevable comme une conséquence normale de la nullité prévue à l'article 1131 du Code civil par application des articles 1235 et 1376 du même code » (voy. aussi R. KRUTHOF, « *Overzicht* », *T.P.R.*, 1983, p. 427; Cass., 25 mai 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 1015, *R.W.*, 1989-1990, 331; Bruxelles, 10 juillet 1957, *Pas.*, 1958, II, p. 267, avec les réf. citées).

(184) *D.*, 1998, Jur., p. 564.

(185) En ce sens aussi, voy. J. GHESTIN, *op. cit.*, 1993, p. 893; O. TOURNAFOND, *op. cit.*, *D.*, 1999, chron., p. 239. L'adage traduit, en droit français, l'« exception d'indignité, déchéance exceptionnelle du droit d'agir en répétition à la suite de l'annulation d'un contrat » (Ph. LE TOURNEAU, « Contrats et obligations. Exception d'indignité. Règle *nemo auditur*. Règle *in pari causa* », *Juris-Classeur civil*, app. art. 1131 à 1133, fasc. 10-1, 1995, p. 3, n° 2).

la maxime (186) a été définie par la Cour de cassation, en termes excellents, dans un arrêt du 24 septembre 1976 (187) : « le juge a, certes, la faculté de rejeter la répétition, soit parce qu'il considère que l'avantage ainsi reconnu à l'un des contractants compromettrait le rôle préventif de la sanction de nullité absolue prévue à l'article 1131 du Code civil, soit parce qu'il estime que l'ordre social exige que l'un des contractants soit plus sévèrement frappé; (...) il n'est toutefois pas tenu de le faire, parce que l'adage *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* n'est pas une norme obligatoire ».

24. — Suite. Portée de l'adage. Quel que soit le charme désuet qui s'attache aux adages latins, il ne faut les utiliser qu'avec précaution. Il en va ainsi de la maxime « *In pari causa turpitudinis...* », dont la portée réelle est très éloignée de ce que commanderait une interprétation littérale de ses termes.

Ainsi, si l'on prend l'expression « *In pari causa* » au pied de la lettre, l'adage suppose que les deux parties sont dans un état de turpitude. Faut-il en conclure qu'il doit être écarté, en présence d'un mobile illicite qui serait unilatéral? Une telle déduction serait, à l'évidence, absurde : l'adage doit jouer aussi, par un argument *a fortiori*, lorsque les mobiles illicites sont ignorés de l'une des parties (188).

Par ailleurs, bien que l'adage ne fasse référence qu'à la turpitude et donc à l'immoralité de l'acte, il est établi, en droit belge, qu'il sanctionne aussi les violations de l'ordre public (189). Le sort de la partie innocente est moins enviable en France, puisque la restriction apportée à l'effet rétroactif

(186) Sur cette maxime, voy. X. DIEUX, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 266-268; V. BASTIAEN et G. THOREAU, « Les nullités en droit civil. Rappel des principes généraux, aperçu des causes dans la jurisprudence récente, régime juridique de l'action, étendue de l'annulation et restitutions », in *Les nullités en droit belge. Sanction du vice et conséquences*, sous la présidence d'E. VIEUJEAN, Jeune Barreau de Liège, 1990, p. 108 et suiv.; I. CLAEYS, « *Nemo auditur en in pari causa* : enkele twistpunten », note sous Cass., 5 septembre 1996, *Rec. Cass.*, 1997, p. 218 et suiv.; M. VON KUEGELGEN, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, 2000, p. 615 et suiv.; W. GELDHOF, « *In pari causa* : een waardevol adagium », *R.G.D.C.*, 2001, p. 514 et suiv.; T. STAROSSELETS, *op. cit.*, in *La fin du contrat*, 2001, p. 246 et suiv.; A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 420. Dans l'état actuel de la jurisprudence, les adages « *Nemo auditur...* » et « *In pari causa turpitudinis...* » n'expriment donc pas la même idée (*contra* : Bruxelles, 9 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1017).

(187) Cass., 24 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 101, *J.T.*, 1977, p. 471, *R.W.*, 1976-1977, col. 2269, note, *Rev. not.*, 1977, p. 602. Cet arrêt confirme un arrêt antérieur du 8 décembre 1966 rendu par la Cour en audience plénière (*Pas.*, 1967, I, p. 434, précédé des concl. proc. gén. R. HAYOIT DE TERMICOURT, cette Revue, 1967, p. 5, note J. DABIN). Voy. aussi, en jurisprudence du fond, Mons, 9 septembre 1975, *R.G.E.N.*, 1978, n° 22239, obs.; Bruxelles, 7 mai 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 871; Bruxelles, 9 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1017; Liège, 3 février 1999, *R.G.D.C.*, 2001, p. 559; Anvers, 15 février 1999, *R.W.*, 2001-2002, p. 166; Anvers, 31 janvier 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 892.

(188) R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht », *T.P.R.*, 1994, p. 427, n° 164.

(189) J. DABIN, *op. cit.*, cette Revue, 1967, p. 36; R. KRUIHOF, « Overzicht », *T.P.R.*, 1983, p. 588; X. DIEUX, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 265 et suiv. L'adage ne s'applique, en revanche, pas à la violation de dispositions légales impératives (W. RAUWS, *op. cit.*, 1987, p. 74; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht », *T.P.R.*, 1994, p. 428; I. CLAEYS, *op. cit.*, *Rec. Cass.*, 1997, p. 221).

de l'annulation par l'adage « *Nemo auditur...* » y est, semble-t-il, confinée à l'immoralité des conventions; l'annulation pour atteinte à l'ordre public y opère, en revanche, avec effet rétroactif (190).

Se pose aussi la question de savoir si la maxime s'applique à l'annulation de tout acte juridique ou s'il faut exclure de son champ d'application les libéralités et plus largement tous les actes à titre gratuit. Bien que cette seconde interprétation jouisse d'une certaine faveur (191), il nous semble que la portée la plus large doit être reconnue à l'adage, qui ne distingue pas entre les actes juridiques (192).

Enfin, le verbe « *cessat* » semble conférer au refus de la répétition un caractère systématique. Telle n'est toutefois pas la portée que lui donne la jurisprudence, pour laquelle la maxime « *In pari causa turpitudinis...* » est seulement d'application facultative pour le juge (193). Selon toute vraisemblance, il ne devrait toutefois guère hésiter à refuser la répétition à la partie coupable et à l'accorder au cocontractant irréprochable : l'hypothèse qui lui est soumise est, à coup sûr, le cas topique où, pour reprendre la formule de la Cour, « l'ordre social exige que l'un des contractants soit plus sévèrement frappé ». La partie innocente pourrait toutefois se voir dénier le droit à restitution, dans le cas où, ayant découvert le mobile illicite postérieurement à la conclusion du contrat, elle s'accommoderait de la situation pendant un certain temps, avant de se raviser (194).

Telle est donc la portée de l'adage. Il n'est pas sans intérêt pour la partie innocente. Il suppose toutefois que son cocontractant se soit déjà acquitté, en tout ou en partie, de son obligation. C'est là que le bât pourrait blesser, la partie malhonnête étant souvent celle qui ne s'est pas encore exécutée (195).

CONCLUSION

25. — L'arrêt du 12 octobre 2000 de la Cour de cassation mérite l'approbation. Sans doute certains ne manqueront-ils pas de faire observer qu'en admettant que le mobile illicite unilatéral vicié désormais tout acte

(190) Ph. SIMLER, *op. cit.*, 1994, fasc. 10, p. 18, n° 87; V. CHARIOT, *op. cit.*, *Rép. not. Defrénois*, 1999, « Doctrine et jurisprudence », art. 36990, p. 610-611; H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, 2000, p. 94.

(191) G. BRICMONT et M. HUMBLET, obs. sous Bruxelles, 14 octobre 1975, *J.T.*, 1975, p. 713-714; L. RAUCENT, « Examen de jurisprudence (1973 à 1979). Les libéralités et les successions », cette Revue, 1980, p. 270-271.

(192) X. DIEUX, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 267-268.

(193) Ce que rappelle un arrêt de la Cour de cassation du 5 septembre 1996, *Rec. Cass.*, 1997, p. 224, précédé de la note d'I. CLAEYS, *Pas.*, 1996, I, p. 760, notes 1 et 2. Voy. toutefois l'article 1967 du Code civil, qui est une norme obligatoire pour les juges.

(194) Comp. R. PIRSON, obs. sous Com. Bruxelles, 3 février 1944, *J.T.*, 1944, p. 19-20; C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, *op. cit.*, *Les Nouvelles. Droit civil*, t. IV, 1957, n° 1193.

(195) V. CHARIOT, *op. cit.*, *Rép. not. Defrénois*, 1999, « Doctrine et jurisprudence », art. 36990, p. 610-611.

juridique, la Cour sacrifie les intérêts du cocontractant de bonne foi. La sauvegarde de l'intérêt général est toutefois à ce prix (voy. *supra* n° 10, c).

Il ne faut d'ailleurs pas brosser un tableau trop noir de la situation du cocontractant innocent. Il n'est pas sans protection. Certes, le droit positif ne permet pas, nous semble-t-il, de priver la partie coupable du droit de critique (voy. *supra* n°s 18 à 20). La bonne foi de son cocontractant autorisera néanmoins celui-ci à invoquer l'adage « *In pari causa turpitudinis...* » et à obtenir une condamnation à des dommages et intérêts (voy. *supra* n°s 21 à 24). Il ne faut, par ailleurs, pas exagérer l'insécurité juridique, qui tiendrait au fait de voir la partie coupable porter au grand jour le motif vicieux; le plus souvent, elle s'en gardera bien (196). L'exigence du caractère déterminant de ce mobile est, dans une certaine mesure, aussi un facteur de sécurité (voy. *supra* n° 15, b).

Nous ne cacherons toutefois pas que cet arrêt crée une difficulté terminologique nouvelle, puisqu'il attribue à la cause un sens supplémentaire. Le mot « cause » qui figure à l'article 1131 du Code civil reçoit, à l'heure actuelle, deux sinon trois sens différents. Si l'on s'en tient à la théorie moderne promue, en Belgique, par P. Van Ommeslaghe, le terme désigne, lorsque l'article traite de la fausse cause ou de l'absence de cause, le mobile déterminant qui a pénétré dans le champ contractuel; si l'on accepte de ménager encore une place à la théorie classique, la notion englobe aussi, dans ce contexte, la cause objective. En ce qui concerne le contrôle de licéité, enfin, la cause s'entend de tout mobile déterminant, en ce compris le motif qu'une partie garde dans son for intérieur au moment de conclure le contrat.

Mais cette polysémie est-elle, en fin de compte, bien un inconvénient? N'est-ce pas tout simplement la richesse et la complexité de la vie que la jurisprudence cherche à traduire par cette diversité de sens? Traitant des contrats illicites, matière dans laquelle il voyait une « théorie toute de mesure, de doigté où les limites sont flottantes », R. Demogue écrivait déjà en 1923 : « La vie est complexe, ce ne sont pas huit articles du Code qui pourraient l'endiguer, il fallait construire à côté. C'est ce (*que la jurisprudence*) a fait » (197). Quatre-vingts ans plus tard, ces lignes n'ont pas pris la moindre ride.

PATRICK WÉRY

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE
DE LOUVAIN

PROFESSEUR VISITEUR
AUX FACULTÉS UNIVERSITAIRES
NOTRE-DAME DE LA PAIX DE NAMUR

(196) W. RAUWS, *op. cit.*, 1987, p. 307-308.

(197) R. DEMOGUE, *op. cit.*, t. 2, 1923, p. 543.