

Version française de l'article paru en russe dans l'ouvrage collectif Свобода договора [La liberté contractuelle] édité par Marina Rozhkova, série Анализ современного права [L'analyse du droit contemporain, Editions Statut, Moscou 2015

La liberté contractuelle et les contrats qui violent le droit public : nullité et proportionnalité

- ABSTRACT -

Contracts that infringe regulations and prohibitions: nullity and proportionality

The freedom of contracts is limited by extremely numerous regulations and prohibitions. Many legal systems set forth that contracts that infringe these regulations are null (void) and generate thus no contractual effects. The judicial practice has often been confronted with the need of more nuanced solutions, with, as a consequence, a serious lack of predictability. The article points out that approaching the issue under the principle of proportionality allows delineating predictable and appropriate consequences to the civil sanction of illegal contracts. Nullifying contractual effects shall, in general, not serve the purpose of punishing the parties, since other legal instruments set forth by the infringed law (administrative or criminal sanctions, incl. confiscation of illicit profit) fulfill this function. From another point of view, it shall not be abstained from nullifying effects for the sole purpose of protecting a good faith party's reliance (trust) on the validity of the contract, since such protection is granted by a particular liability (often referred to as "culpa in contrahendo"). As a result, the appropriate sanction consists in nullifying contractual effects to the extent useful to preserve or (if it is *in concreto* possible when the illegal contract has been fulfilled) reestablish a situation that complies with the infringed regulation. Such proportionate and efficient sanction can be called the "useful nullity".

- АННОТАЦИЯ -

Свобода договора и договоры, нарушающие публичное право: недействительность и пропорциональность

Свобода договора в высшей степени ограничена многочисленными правилами и запретами. Многие правовые системы определяют, что договоры, нарушающие данные правила, являются ничтожными и, следовательно, не создают договорных последствий. Зачастую судебная практика сталкивалась с необходимостью вынесения решений, учитывающих соответствующие нюансы, что, в свою очередь, привело в значительной мере к отсутствию предсказуемости. Статья подчеркивает, что рассмотрение данного вопроса в соответствии с принципом пропорциональности позволяет отметить предсказуемые последствия, присущие гражданско-правовой санкции за незаконно заключенные договоры. По общему принципу, отмена договорных последствий не должна служить цели наказания сторон, поскольку иные правовые инструменты, установленные нарушенным правом (административные или уголовные санкции, включая конфискацию незаконной прибыли) выполняют данную функцию. В соответствии с другой точкой зрения не следует воздерживаться от применения правил об отмене (*правовое уничтожение*) договорных последствий с единственной целью защиты стороны, добросовестно верящей в действительность договора, поскольку такая защита предоставлена специальным институтом гражданской ответственности (зачастую называемым "*culpa in contrahendo*"). В результате, соответствующая санкция состоит в отмене договорных последствий в той степени, насколько это полезно для сохранения или (если это возможно в конкретной ситуации в случае, когда незаконный договор был исполнен) восстановления ситуации, соответствующей нарушенному правилу. Такую пропорциональную и правомерную санкцию можно назвать "полезной ничтожностью".

1. Dans la plupart des systèmes juridiques, la liberté contractuelle trouve sa limite dans les interdictions posées par le système juridique lui-même. L'approche classique consiste à considérer que l'accord contractuel est nul (*nul, nichtig, null and void*)¹ si son contenu viole une interdiction juridique : une clause n'a pas d'effet juridique si elle est illicite ; un accord ne déploie pas d'effets contractuels s'il est illicite. On traite la situation comme si la clause ou, respectivement, le contrat illicite n'avait pas existé. Il s'agit d'une sanction radicale et absolue (cette situation se distingue de l'illicéité survenant postérieurement à la conclusion du contrat, qui relève des incidents d'exécution et, notamment, de la force majeure ; cette problématique n'est pas traitée ici).

Dans sa pureté, cette construction est séduisante. Elle exprime la cohérence, l'efficacité et même la dignité de l'ordre juridique : il dénie toute force à l'accord qui y contrevient ; il ignore superbement l'accord qui s'est permis de l'ignorer ou de le défier. Les arguments abstraits ne manquent pas pour justifier la sanction radicale de la nullité. Parfois, on perçoit une volonté punitive dans l'argumentation qui en expose la justification.

2. Pourtant, depuis l'adoption de dispositions légales qui reflètent cette approche classique², les juristes ont été confrontés à la nécessité de ne pas ignorer les fonctions les plus fondamentales du

¹ Pour ces termes en français, allemand et anglais, voir les dispositions citées in notes 2 et 3.

² Pour le Code civil français de 1804, voir l'article 1131 : « *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* » (v. aussi art. 1108, 4^e §). Pour le droit suisse, voir l'article 20 al. 1 du Code des obligations (de 1881 et 1911) : « *Le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs* ». L'ABGB autrichien de 1811 a le même contenu à son § 879 al. 1 : « *Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig* ».

droit privé, qui consistent à tenter d'arbitrer de façon équilibrée les intérêts en jeu. Préserver abstraitement la cohérence de l'ordre juridique n'est pas une valeur qui doit l'emporter à tout prix. Ainsi, des solutions nuancées ont fini par émerger.

Certains législateurs ont réservé d'autres sanctions que la nullité, souvent sans préciser en quoi elles consistent, simplement en renvoyant à l'interdiction elle-même³. Ces renvois à des interdictions ne sont d'ordinaire pas éclairants, car l'expérience montre que le législateur qui édicte une interdiction ne se penche pas sur le sort, en droit civil, des contrats qui y contreviennent. Vu le caractère subtil de la question, il vaut d'ailleurs sans doute mieux que le législateur ne crée pas à chaque loi un nouveau régime de la nullité.

3. Les solutions équilibrées qui peuvent émerger puisent résolument leur source dans des réflexions approfondies *générales* de droit privé.

³ Ainsi le BGB allemand de 1896, qui précise, à son § 134 : « *Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt* ». Aux Etats-Unis, le *Restatement On Contracts*, 2nd (1981), § 202, est si ouvert qu'il ne fait plus que renvoyer à la sanction prévue par l'interdiction elle-même (al. 1) ou à une présomption en matière d'exécution judiciaire : « (1) *The effect of illegality upon a contract is determined by the law selected by application of the rules of §§ 187-188. (2) When performance is illegal in the place of performance, the contract will usually be denied enforcement* ». L'article 3-305 UCC (A/1/b) est aussi un renvoi (« *illegality of the transaction that, under other law, nullifies the obligation of the obligor* »; cf. commentaire 1, 3e § : « *Illegality [...] may arise [...] under a variety of statutes. The statutes differ in their provisions and the interpretations given [...]. They are primarily a matter of local concern and local policy. All such matters are therefore left to the local law. If under that law the effect of [...] the illegality is to make the obligation entirely null and void, the defense may be asserted against a holder in due course* »).

Cette approche est juste, mais aussi *nécessaire*. Il existe un besoin pratique en ce sens. L'analyse de la jurisprudence et de la doctrine, dans presque tous les pays, montre que le renvoi aux interdictions elles-mêmes laisse subsister une grande insécurité juridique : tant la question de savoir si un contrat illicite est nul, que, le cas échéant, l'effet de la nullité, paraissent très peu prévisibles⁴. Ce manque de prévisibilité n'est pas satisfaisant, car la sanction civile de l'illicéité est une problématique proprement élémentaire et essentielle ; beaucoup de questions moins fréquentes, et donc difficiles à étudier de façon systématique, sont d'autant plus compliquées à traiter que cette question élémentaire, à partir de laquelle leur propre résolution doit se construire, reste confuse.

4. La solution équilibrée consiste à examiner avec attention les enjeux au regard de la situation concrète, des autres institutions du droit privé et de celles du droit public. Ainsi, la sanction en droit civil de l'illicéité recevra les contours qui lui reviennent légitimement. Bien cerner la fonction qui revient à cette sanction résulte de la prise en compte du principe de *proportionnalité* : il n'est pas nécessaire

⁴ En droit anglais, voir TREITEL, *The Law of Contracts* (5^e éd., 1979), p. 361 : « *The law on the question [of the effects of illegality] is complex and not very satisfactory* ». Pour le droit français, voir MESTRE, RTD civ. 1999 p. 386 : « *L'intemporelle question du sort des contrats dépourvu[s] de l'agrément exigé par la loi* » (tandis que SAVATIER, *Juris-Classeur* ad art. 6 CC [1979], N 6, évoque le « *désarroi de la doctrine* »). En droit allemand, CANARIS (*Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft* [1983], p. 20), relève que les critères élaborés par la jurisprudence ont été « *maltraités* » au-delà de toute mesure (« *überstrapaziert* »). Pour le droit des Etats-Unis, voir *Restatement on Contracts*, 2nd, Chap. 8, Introductory Note : « *the decision [...] will often turn on a delicate balancing* ». En droit suisse, SCHMID (*Die Einseitigkeit des gesetzlichen Verbots und der Vertrag* [1988], p. 3), relève qu'aucun critère ne s'est imposé (« *kein einziges Kriterium hat sich einen gesicherten Platz erobert* ») ; voir aussi ROUILLER, *Der widerrechtliche Vertrag: die verbotsdurchsetzende Nichtigkeit* (2002), p. 1 et 535-538, et *Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats* (2007), p. 796-806.

qu'elle remplisse des fonctions qui reviennent à d'autres institutions juridiques.

Notamment, *une fonction punitive est certainement inutile* : quand il le juge opportun, le législateur confère aux interdictions des conséquences pénales ou administratives, qui remplissent cette fonction ; parmi les conséquences de ce type, on trouve également la confiscation du gain illicite. Punir et confisquer revient à ces parties de l'ordre juridique. La sanction civile de la nullité ne doit donc pas viser à punir l'une ou l'autre partie, ou les deux. Un tel rôle étant inutile, il serait illégitime. Cela vaut d'ailleurs également si le législateur édictant une interdiction ou l'autorité chargée de son application ne mettent pas en œuvre des mesures punitives ou qu'elles apparaissent peu sévères : il n'appartient pas au droit civil de compenser une sévérité insuffisante en adoptant, contre sa nature, un rôle pénal.

A l'inverse, la sanction civile de l'interdiction, étant la traduction de la contrariété du contrat à une norme, *ne doit pas viser à protéger la confiance d'une partie*, ni être entravée par la volonté de protéger une partie de bonne foi. En effet, la protection de la bonne foi est, dans la plupart des systèmes juridiques, assurée par des règles spécifiques, comme le devoir d'information. Typiquement, le professionnel a une responsabilité envers le consommateur s'il a manqué d'informer celui-ci de la contrariété à une norme ; dans des contextes internationaux, ce sera le cas d'une entreprise au sujet des règles juridiques de son pays, si elle manque d'informer à leur propos son cocontractant étranger.

5. En vertu de l'idée de proportionnalité, il reste donc à la sanction civile de l'illicéité la fonction de contribuer, par des moyens de droit civil, à la réalisation de l'interdiction concernée.

Il est facile de percevoir que cette sanction doit toujours emporter *l'anéantissement des prétentions à l'exécution de la prestation illicite elle-même*, c'est-à-dire de l'acte qui viole en lui-même l'interdiction.

De même, lorsque la prestation illicite peut être restituée concrètement, cela signifie qu'un état conforme à l'interdiction peut être rétabli, ou à tout le moins qu'une situation qui « viole moins » l'interdiction peut être réalisée : la sanction civile de l'interdiction doit donc avoir pour effet juridique de *conférer aux parties des prétentions en restitution* ; de cette façon, chaque partie peut prendre l'initiative de contribuer à réaliser une situation conforme à l'interdiction, ou du moins à s'en rapprocher.

En revanche, *dans les cas où la prestation illicite ne peut plus être restituée* – car elle est *irréversible* (notamment en cas de prestations de services) –, la situation conforme à l'interdiction ne peut plus être rétablie ; dès lors, on ne voit pas quel anéantissement des effets contractuels demeurerait justifié et légitime. En principe, selon le principe de proportionnalité, il conviendrait alors de laisser subsister les effets contractuels, qui correspondent à ce que les parties ont voulu, dans un contexte où aucun autre intérêt ne peut être servi par leur anéantissement. Ainsi, dans ces situations, même la prétention contractuelle tendant au paiement du prix convenu pour la prestation contraire à l'interdiction devrait d'ordinaire échapper à l'anéantissement (ce prix correspond à l'équilibre interindividuel voulu par les parties) ; à tout le moins, un tel anéantissement ne doit être que très prudemment admis (notamment en examinant si l'éventuel intérêt public concerné n'est pas suffisamment servi par la possibilité d'une confiscation du gain illicite et, pour ce qui est de la confiance d'une partie de bonne foi, si les règles sur le devoir d'information ne la protègent pas à satisfaction). Bien entendu – comme on l'a évoqué à propos de la coordination avec les règles sur la protection de la bonne foi –, si le débiteur du prix ignorait l'illicéité

de la prestation (qu'il a irrévérablement reçue), la moins-value par rapport à une prestation licite peut être indemnisée en application de la responsabilité découlant du devoir d'information.

Lorsque la prestation illicite n'a pas été fournie, mais que le prix a été payé, un but de *prévention* peut justifier que ce prix puisse être conservé malgré le déséquilibre interindividuel qui en résulte : celui qui l'a reçu n'a plus aucune raison d'effectuer la prestation illicite ; l'effet de prévention est ici concret et très fort. C'est uniquement dans ce genre de situation, où l'effet préventif concret est très fort, que l'adage ancien « *in pari turpitudine melior est causa possidentis* »⁵ trouve une application légitime. Mais encore une fois, si l'autre partie a violé un devoir d'information, la responsabilité qui en découle protégera le cocontractant de bonne foi.

⁵ ULPPIEN, D. 3.6.5 § 1. Cet adage a trouvé une traduction dans les codifications, p.ex. à l'article 66 du Code suisse des obligations (« *Il n'y a pas lieu à répétition de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite ou contraire aux mœurs* ») ou § 817 du BGB allemand (« *War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden* ») ou § 1174 al. 1 ABGB autrichien (« *Was jemand wissentlich zur Bewirkung einer unmöglichen oder unerlaubten Handlung gegeben hat, kann er nicht wieder zurückfordern. Inwiefern es der Fiskus einzuziehen berechtigt sei, bestimmen die politischen Verordnungen. Ist aber etwas zu Verhinderung einer unerlaubten Handlung demjenigen der diese Handlung begehen wollte, gegeben worden, so findet die Zurückforderung statt* »). Pour le droit anglais (où on trouve aussi la formulation *in pari delicto potior est conditio defendentis*), voir p.ex. BENJAMIN'S Sale of Goods, N 3-031 ; TREITEL (supra n. 4) p. 436 ; pour le droit des Etats-Unis, FARNSWORTH On Contracts (2^e éd., 1998), § 5.9, note 3 ; pour le droit français, TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE (6^e éd., 1996), N 404.

6. Lorsqu'une situation non conforme au droit peut résulter d'un excès (prix excessif, exonération excessive), il est certain que le principe de proportionnalité exigera en principe, tout simplement, une réduction à la mesure licite. Anéantir davantage que cela l'accord des parties pour des motifs relevant de la volonté de punir ou de prévention générale semble incompatible avec la mission fondamentale du droit privé, qui, comme on l'a dit, est d'arbitrer de façon équilibrée les intérêts concrets des parties en cause.

7. La proportionnalité ne permet pas non plus que la liberté contractuelle soit entravée lorsque les parties ont envisagé l'hypothèse que leur accord soit illicite et convenu de conséquences licites pour le cas où cela s'avérerait. Typiquement, si elles ont prévu qu'une prestation alternative licite serait alors fournie, la validité de l'accord doit indubitablement être reconnue. Il en va ainsi même si une partie a garanti la licéité et doit indemniser son cocontractant du fait qu'il n'exécute pas la prestation illicite – l'engagement de fournir celle-ci étant nul. Ce n'est que dans les cas où la validité du régime alternatif licite inciterait catégoriquement les parties à exécuter leur accord illicite que, exceptionnellement, l'anéantissement pourrait entrer en ligne de compte.

8. En conclusion, lorsqu'un contrat viole une interdiction, l'anéantissement d'effets contractuels ne peut pas être un but en soi. Pour être proportionnée et donc légitime, la nullité doit avoir pour portée d'anéantir les effets du contrat illicite uniquement dans la mesure où cet anéantissement permet de contribuer concrètement à la réalisation d'une situation conforme à l'interdiction, et cela en considérant le rôle joué par les autres institutions juridiques. On peut appeler cette sanction civile, proportionnée et légitime, de l'illicéité la « nullité utile ».