

Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse

Serge Gaudet*

La sanction normale de l'invalidité du contrat est son inefficacité. Toutefois, il y a plusieurs sortes d'inefficacité (*inexistence, nullité, annulabilité*) qui ont chacune un domaine et un régime juridique propre. Il est donc important de déterminer, d'une part, les types d'inefficacité qui sanctionnent l'invalidité du contrat et, d'autre part, leur domaine d'application respectif. C'est le but que s'est fixé l'auteur.

Dans la première partie de ce texte, l'auteur fait un examen détaillé de l'évolution historique de la théorie des nullités. Cette analyse fait ressortir les deux conceptions fondamentales qui ont tour à tour fondé la théorie des nullités : l'état de l'acte (*inexistence* c. «*existence*») et l'idée de sanction (*inefficacité de protection* c. *inefficacité de direction*). L'auteur démontre que tant la théorie classique des nullités, essentiellement fondée sur l'état de l'acte, que la théorie contemporaine, plutôt axée sur l'idée de sanction, comportent des difficultés que l'on ne peut négliger.

L'auteur propose donc, en seconde partie, une nouvelle grille d'analyse qui combine l'état de l'acte et l'idée de sanction et qui tient compte des apparences. Il en arrive ainsi à distinguer quatre types d'inefficacités regroupés en deux paires : les *inefficacités radicales* (*inexistence matérielle, inexistence juridique*) et les *inefficacités in pendentii* (*annulabilité absolue, annulabilité relative*).

Dans la troisième partie, l'auteur applique la grille d'analyse proposée à chacune des conditions de validité du contrat. Cela lui permet de nuancer certaines idées reçues en la matière, notamment en regard de la sanction de l'«*erreur-obstacle*».

The usual sanction for the invalidity of a contract is its ineffectiveness. There are, however, various sorts of ineffectiveness (*non-existence, nullity, annullability*), each with its own legal domain and regime. It is important, therefore, to determine which forms of ineffectiveness apply to a given situation of invalidity as well as their respective domains of application. This is the main objective of this article.

The author begins by examining the historical evolution of the doctrine of nullities. Two fundamental concepts emerge from this discussion, each providing alternate bases for the doctrine of nullities: the status of the (juridical) act (*non-existence* v. «*existence*») and the notion of nullity as a «*sanction*» (*ineffectiveness of protection* v. *ineffectiveness of direction*). The author demonstrates the difficulties evoked by both the classical doctrine of nullities, essentially based on the status of the juridical act, and the more contemporary doctrine which is centered around the notion of nullity as a «*sanction*».

The author then suggests a new analytical framework which combines both the state of the juridical act and the notion of nullity as a «*sanction*» while taking into account the act's apparent validity or invalidity. He is thus able to distinguish four forms of ineffectiveness, grouped into two pairs: radical ineffectiveness (*material non-existence, juridical non-existence*) and *in pendentii* ineffectiveness (*absolute annullability, relative annullability*).

Finally, the author applies the proposed framework to each of the conditions governing the validity of a contract. This enables him to elaborate on certain accepted concepts, notably that of the sanction of «*absolute error*».

* Professeur de droit à l'Université de Montréal. Ce texte est la version remaniée d'une partie d'un mémoire de maîtrise (*L'annulabilité: sanction de principe de l'invalidité en droit contemporain*) déposé en février 1994 auprès de la Faculté des études supérieures de l'Université de Montréal sous la direction du professeur Jean Pineau.

© Revue de droit de McGill

McGill Law Journal 1995

Mode de référence : (1995) 40 R.D. McGill 291

To be cited as : (1995) 40 McGill L.J. 291

*Sommaire***Introduction****I. L'évolution historique de la théorie des nullités****A. Droit romain**

1. Invalidité et formalisme
2. Certaines institutions romaines évoquent le concept d'annulabilité
3. Les interprètes du droit romain au Moyen Âge
 - a. *Substantia et effectus*
 - b. *L'apparence*
 - c. *L'intérêt protégé*

B. Droit français

1. L'Ancien droit
 - a. *Nullités absolues et respectives*
 - b. *Lettres de rescision*
2. Le droit français depuis la codification
 - a. *Théorie de l'inexistence (théorie classique)*
 - b. *Théorie du droit de critique*
 - c. *L'adoption de la théorie du droit de critique en droit contemporain français*

C. Droit québécois

1. Adoption de la théorie classique
2. La coexistence de la théorie classique et de la théorie du droit de critique
3. *Code civil du Québec*

D. Caractère incomplet de la théorie contemporaine**II. Essai de synthèse quant au domaine légitime de l'inexistence, de la nullité et de l'annulabilité****A. Les éléments fondamentaux : l'état de l'acte et l'idée de sanction**

1. L'état de l'acte : inexistence et acte vicieux
 - a. *La justification de la distinction des actes inexistants et des actes vicieux*
 - b. *Critère de distinction*
2. L'idée de sanction : nullité et annulabilité
 - a. *La distinction des actes nuls et annulables d'un point de vue théorique*
 - b. *L'impact de l'apparence*

B. Synthèse

III. Application de la synthèse aux conditions générales de validité des contrats

A. *Le consentement*

1. L'aptitude à donner un consentement
2. L'accord des volontés
 - a. *Erreur*
 - b. *Crainte*
 - c. *Lésion*

B. *Capacité*

C. *Objet et cause*

1. L'objet et la cause de l'obligation
2. L'objet et la cause du contrat

D. *Formalités*

Conclusion

Introduction

Le contrat est «un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation»¹. Pour être pleinement reconnu par le droit, cet accord de volonté doit en outre respecter certaines conditions posées par la loi. Le contrat qui satisfait à l'intégralité des conditions que la loi prévoit à son sujet est *valide* ; dans le cas contraire, il est *invalide*. Quelle est la sanction de cette invalidité ?

La sanction qui surgit immédiatement à l'esprit du juriste est l'inefficacité *radicale*. Le contrat, entité juridique et abstraite, ne produit des effets que par la volonté de la loi. Si celle-ci n'est pas respectée, elle refusera toute efficacité à l'acte qui sera ainsi parfaitement stérile. Une telle inefficacité sera *ab initio* et *ipso jure*, la loi s'opposant dès le départ à ce que l'acte produise quelque effet que ce soit. Toute personne y ayant intérêt pourra donc faire constater cette inefficacité radicale par le tribunal, et celle-ci ne pourra être couverte, que ce soit par la confirmation ou la prescription. L'inefficacité radicale peut se traduire soit par l'*inexistence* (l'acte ne s'est jamais formé), soit par la *nullité* du contrat (l'acte s'est formé mais il est inefficace *ab initio*).

Mais, à la réflexion, on peut concevoir un autre type d'inefficacité dont les effets sont plus atténués : plutôt que d'anéantir *ab initio* le contrat invalide, la loi peut le laisser subsister tout en conférant à certaines personnes, dont le cercle sera plus ou moins étendu, la *faculté de provoquer son anéantissement*. Dans ce cas, la loi n'empêche pas le contrat de produire des effets juridiques, mais, en raison de cette possibilité d'anéantissement, ceux-ci sont *précaires*. C'est la précarité de l'acte, plutôt que sa totale inefficacité, qui constitue alors la sanction de son invalidité. L'acte existe mais il n'est ni valide, ni nul *ab initio* ; il est plutôt *annulable*.

Dans quels cas l'invalidité de l'acte doit-elle être sanctionnée par son inexistence, sa nullité ou son annulabilité ? Cette question, fondamentale dans le cadre de la théorie des nullités, est le sujet du présent article².

¹ Art. 1378 C.c.Q.

² C'est le domaine respectif de l'inexistence, de la nullité et de l'annulabilité dans le cadre de la théorie des nullités qui est notre sujet. Nous n'étudierons donc pas la question préalable des conditions de validité du contrat, posant l'hypothèse de l'invalidité du contrat. Rappelons qu'il peut y avoir, dans un contexte contractuel, violation de certaines normes législatives et réglementaires sans qu'il y ait nécessairement invalidité du contrat. Ces «irrégularités» sont alors sanctionnées autrement que par l'inefficacité de l'acte : recours en dommages, amendes, révocations de permis, etc. (voir *Laverdure c. Entreprises N. Dubois Ltée*, [1977] C.S. 1004, conf. par (14 décembre 1981), Montréal 500-09-001468-776 (C.A.) ; *Girard c. Véronneau*, [1980] C.A. 534,

La tâche se révèle étonnamment complexe. La théorie des nullités est doublement obscurcie par une évolution historique tortueuse et un vocabulaire qui ne s'est jamais fixé. Ainsi l'Ancien droit connaît deux formes différentes d'annulabilité : les «nullités respectives» et les «actes rescindables», les premières s'opposant aux «nullités absolues» et les secondes aux «actes nuls de plein droit». La doctrine du XIX^e siècle distingue plutôt les actes «inexistants» des actes «viciés», ces derniers étant par ailleurs qualifiés de «nuls» ou d'«annulables» selon les auteurs. Enfin, les «nullités» du droit contemporain, tant absolues que relatives, ne sont en fait que des annulabilités! Pareille confusion conceptuelle et terminologique a pu faire dire à Planiol que la théorie des nullités est l'une des «plus obscures du droit civil»³. Cette observation est toujours d'actualité, même si la théorie moderne des nullités, dont la sanction de principe est l'annulabilité, a désormais remplacé la théorie classique qui privilégiait plutôt l'inexistence et la nullité.

Paradoxalement, c'est l'étude de cette évolution historique complexe qui nous fournit les éléments d'une synthèse relative au domaine légitime de l'inexistence, de la nullité et de l'annulabilité. En effet, elle nous apprend que deux conceptions distinctes de l'inefficacité sont envisageables : l'une est fondée sur *l'état de l'acte*, l'autre sur *l'idée de sanction*. Or, comme nous le verrons, il ne semble pas possible d'édifier une théorie des nullités qui soit à la fois satisfaisante et complète, sans tenir compte de ces deux éléments. Des efforts en ce sens ont déjà été accomplis⁴, mais d'une part, ils n'ont eu que très peu d'échos en droit français et québécois, et, d'autre part, certains aspects méritent une étude encore plus approfondie.

Après un examen détaillé de l'évolution de la théorie des nullités (1^{re} partie) qui nous servira à en dégager les éléments fondamentaux, nous proposerons une synthèse quant au domaine légitime de l'inexistence, de la nullité et de l'annulabilité (2^e partie), synthèse que nous appliquerons ensuite aux diverses conditions de validité du contrat (3^e partie).

commenté par T. Rousseau-Houle, «Contrats spéciaux» (1981) 41 R. du B. 134 ; *Service d'optique scientifique de Québec Ltée c. Pomerleau*, [1983] C.S. 734 ; *Elge Financiale Inc. c. Marché Montcalm enr.*, [1993] R.J.Q. 1233 (C.Q.)). Cette question a fait l'objet d'une étude approfondie du professeur P.-G. Jobin, «Les effets du droit pénal ou administratif sur le contrat: où s'arrêtera l'ordre public?» (1985) 45 R. du B. 655 [ci-après «Les effets du droit pénal»].

³ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, 11^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1928 au n° 328.

⁴ Voir par ex. l'excellent ouvrage de D. Guggenheim, *L'invalidité de l'acte juridique en droit suisse et comparé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970.

I. L'évolution historique de la théorie des nullités

A. Droit romain⁵

Le formalisme du droit romain engendre une conception radicale de l'inefficacité (I.A.1). Cependant, certains éléments du droit romain évoquent assez clairement l'idée d'une inefficacité atténuée (I.A.2). L'opposition entre la «nullité» et l'«annulabilité» ne sera toutefois nettement établie que par les romanistes (I.A.3).

1. Invalidité et formalisme

Il semble raisonnable de supposer que l'ancien droit romain⁶ n'avait qu'une conception très simple de l'inefficacité et que celle-ci était très radicale : elle opérait de plein droit⁷, pouvait être invoquée par toute personne y ayant intérêt et ne pouvait se couvrir par le passage du temps⁸. La plupart des diverses expressions utilisées par les jurisconsultes pour exprimer l'inefficacité de l'acte invalide confirment ce caractère radical⁹.

⁵ Voir généralement E. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des romains*, 2^e éd., Paris, Plon, 1928 ; G. Lepage et R. Monier, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, Sirey, 1954 ; P. Ourliac et J. De Malafosse, *Droit romain et ancien droit*, t. 1, Paris, Presses universitaires de France, 1957 ; A.E. Giffard, *Droit romain et ancien droit français*, 3^e éd. par R. Villiers, Paris, Dalloz, 1970. Voir aussi les thèses de R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques: essai d'une théorie nouvelle*, Paris, Arthur Rousseau, 1909 aux pp. 50-81 et de G. Lutzesco, *Essai sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial*, Paris, Sirey, 1938 aux pp. 43-89.

⁶ Le droit romain s'étend sur plus de treize siècles. On distingue généralement trois périodes : l'ancien droit (les six premiers siècles) ; le droit classique (environ quatre siècles et demi, de la fin de la République à la fin du règne de Dioclétien) ; le droit du Bas-Empire (environ deux siècles et demi, de Constantin à la mort de Justinien) (Cuq, *ibid.* aux pp. 2-3).

⁷ Ainsi, le débiteur ayant exécuté une prestation en vertu d'un acte nul pouvait généralement répéter son paiement directement, c'est-à-dire sans avoir besoin de faire déclarer la nullité de l'acte (Lutzesco, *supra* note 5 aux pp. 77-80).

⁸ *Ibid.* aux pp. 73-80 ; Cuq, *supra* note 5 à la p. 125. Le caractère irrémédiable de l'inefficacité est exprimée par la règle de Paul : «*Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*», *Digeste, Corpus Juris Civilis* au livre 50, titre 17, n° 29.

⁹ Voir la liste citée à la note 1 de l'étude de G. Renard, «L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen-Age» (1903) 27 *Nouvelle Rev. historique de dr. français* 214, 327 à la note 1 de la p. 215. On y retrouve notamment : *nullitatis, ut puta nullum, inane, inutile, vel nullius roboris aut momenti existere, non valere, non tenere, aut male vel perperam et inefficaciter factum, infirmum esse, firmitatem non habere*.

Cela n'est guère surprenant. Dans un système juridique empreint de formalisme, les conditions posées par la loi sont, au sens littéral de cette expression, autant de conditions de *formation* : «tout acte qui ne satisfait pas aux conditions fixées par la loi ne naît pas à la vie juridique»¹⁰. Un droit formaliste rend donc difficile la reconnaissance de situations intermédiaires entre une pleine efficacité juridique (lorsque toutes les formalités sont remplies) et une inefficacité totale (lorsqu'elles ne le sont pas). La conception formaliste du contrat est essentiellement binaire : l'acte est ou il n'est pas.

En droit romain, on retrouve notamment cette conception en matière de consentement. Les juristes romains distinguent selon que le consentement existe ou non, sans attacher d'importance aux vices du consentement, ce qui a pour effet d'éviter toute situation intermédiaire entre la pleine validité et l'inefficacité radicale. Ainsi, s'il y a *absence* de consentement — l'un des contractants est inapte à consentir ; la volonté a été exprimée par plaisanterie ; il y a erreur sur la nature du contrat, sur l'identité de l'objet ou sur la personne —, «le contrat est nul parce que l'accord n'a pu se produire»¹¹. Mais, à l'inverse, les autres types d'erreurs (le dol, la crainte ou la lésion) ne font qu'affaiblir la valeur du consentement sans l'empêcher d'exister ; aussi le contrat est-il, en regard du *ius civile*, pleinement valable¹².

Ainsi, le caractère formaliste du droit romain a tendance à imposer une inefficacité radicale, sans distinguer entre l'inexistence et la nullité, comme sanction de principe des défauts de formation du contrat.

2. Certaines institutions romaines évoquent le concept d'annulabilité

Si l'inefficacité absolue et radicale est la sanction traditionnelle et généralisée de l'invalidité en droit romain, il n'en reste pas moins que certaines institutions romaines évoquent le concept d'annulabilité.

¹⁰ Renard, *ibid.* à la p. 216. L'objet impossible ou illicite, de même que la cause illicite, entraînent tous la même inefficacité radicale (Giffard, *supra* note 5 aux pp. 192-93 ; Cuq, *supra* note 5 aux pp. 389-90).

¹¹ Cuq, *ibid.* à la p. 388.

¹² *Ibid.* aux pp. 388-89, 581 ; Giffard, *supra* note 5 aux pp. 184-85. L'argumentation d'Ulpian, qui estime que l'erreur sur la substance (les chandeliers en cuivre qu'on croit en or) devrait être sanctionnée par la nullité, est significative à cet égard : selon lui, ce type d'erreur *exclut* le consentement tout autant que l'erreur *in negotio*, *in corpore* ou *in persona* (Cuq, *ibid.* à la p. 389). Même chose en ce qui concerne la capacité : de deux choses l'une, ou bien la partie était incapable de contracter, auquel cas le contrat est radicalement nul, ou bien elle était capable, et alors le contrat est inattaquable au regard du *ius civile* (Lepointe et Monier, *supra* note 5 aux pp. 332-35).

Tout d'abord, le *ius civile* admet exceptionnellement que certains vices de formation ne puissent être invoqués que par certaines personnes et à l'intérieur d'un délai déterminé¹³, ce qui cadre mal avec une inefficacité absolue et radicale. À cet égard, il faut souligner la *querela inofficiosi testamenti* par laquelle l'exhéréde sans cause obtient d'abord la rescision du testament pour ensuite être en mesure d'intenter la pétition d'hérédité. Cette procédure en deux étapes évoque très clairement l'idée d'annulabilité¹⁴.

Ensuite, et surtout, une forme d'inefficacité nuancée surgit des rapports qui existent entre le *ius civile* et le droit prétorien¹⁵. À Rome, le Préteur est un magistrat chargé, tout comme nos juges contemporains, de dire le droit. À ce titre et comme ceux-ci, il est le «serviteur de la loi» qu'il doit donc appliquer¹⁶. Toutefois, le Préteur, étant élu, jouit de l'*imperium*, pouvoir qui lui permet, à l'intérieur de ses attributions, de prendre «les mesures qui lui paraissent utiles au bien public»¹⁷. À son entrée en fonction, le Préteur publie l'*édit*, par lequel il énonce les règles qu'il compte suivre en vertu de son pouvoir d'*imperium*. L'usage s'étant établi de conserver les règles prétoriennes les plus judicieuses, celles-ci acquièrent une certaine stabilité. Il se crée ainsi, parallèlement au *ius civile*, un autre système de droit qui a essentiellement pour but de combler les lacunes de celui-ci¹⁸.

Ce droit parallèle entretient des rapports assez paradoxaux avec le droit «officiel». D'un côté, le Préteur ne peut modifier la loi, ni l'abroger ; de l'autre, en vertu de son *imperium*, il peut, pour éviter une injustice, en paralyser les effets¹⁹. Le Préteur se servira de ce pouvoir pour sanctionner le dol, la violence et, en certains cas, la lésion²⁰, lesquels, on l'a vu, n'empêchent pas l'acte juridique d'être pleinement efficace selon le *ius civile*. Ainsi, le Préteur institue l'*exceptio*

¹³ Cuq mentionne l'affranchissement fait en fraude des créanciers ; une donation entre époux subséquentement au sénatus-consulte de Caracalla ; l'inobservation de la loi Cicereia (Cuq, *ibid.* aux pp. 125-26).

¹⁴ Voir, pour les détails, Lutzesco, *supra* note 5 aux pp. 69-73. Lutzesco est d'avis que c'est surtout cette procédure qui est à l'origine de la notion d'annulabilité (*ibid.* à la p. 81).

¹⁵ Le droit prétorien ou «honoraire», dont la formation s'est surtout effectuée sous la République, subsiste pendant toute la période classique et ne disparaît que progressivement au Bas-Empire (Cuq, *supra* note 5 aux pp. 24-25).

¹⁶ *Ibid.* aux pp. 19-20.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Dès l'époque de Cicéron, on considère qu'il y a un «droit prétorien» aussi appelé «droit honoraire». Hadrien uniformisa et stabilisa le droit prétorien en fixant le texte de l'*édit* et en invitant les Préteurs à s'y conformer. C'est l'*édit perpétuel* (*ibid.* aux pp. 20-25).

¹⁹ *Ibid.* à la p. 24.

²⁰ *Ibid.* aux pp. 581-89.

doli et l'*exceptio metus* qui permettent respectivement de repousser l'action en exécution du contrat dont la conclusion est entachée de fraude ou de violence. Si le contrat a déjà été exécuté, et puisque l'exception est alors inutile, le Préteur accorde plutôt la *restitutio in integrum*, rétablissant ainsi le *statu quo ante* entre les parties²¹.

Ces deux voies de recours du droit prétorien — *exceptio* et *restitutio* — viennent modifier la situation de l'acte juridique qui y est sujet. Celui-ci est valide et pleinement efficace au regard du *ius civile*, mais le Préteur ayant le pouvoir d'en paralyser les effets, il se retrouve dans une situation intermédiaire entre la pleine efficacité et l'inefficacité radicale. En outre, l'*exceptio* et la *restitutio* évoquent assez clairement l'idée d'une annulabilité car, d'une part, elles n'ont d'effet que si le Préteur l'ordonne²² et, d'autre part, seule la victime du dol, de la violence ou de la lésion peut en requérir l'application. Enfin, la *restitutio* ne peut être demandée que pendant un certain délai²³. Ces caractéristiques cadrent mal avec l'inexistence ou la nullité, qui «préexiste» au jugement, peut être invoquée par tout intéressé et ne peut se couvrir par le passage du temps.

Malgré la présence de ces éléments dans leur droit, les jurisconsultes romains n'ont ni élaboré ni même esquissé une «théorie des nullités»²⁴, probablement parce qu'ils n'ont pas su clairement dégager le concept d'annulabilité. Pourquoi ?

On a déjà vu comment l'empreinte du formalisme, en forçant une conception binaire des états possibles de l'acte, ne peut guère donner prise à l'élaboration conceptuelle d'états intermédiaires entre la pleine efficacité et la

²¹ *Ibid.* ; Giffard, *supra* note 5 aux pp. 265-70 ; Lepointe et Monier, *supra* note 5 à la p. 334. Le Préteur accorde aussi une action à la victime de dol ou de violence (*actio metus* et *actio de dolo*). Par cette action, de nature pénale, la victime cherche à obtenir la condamnation à une amende de l'auteur du dol ou de la violence. Cette action pénale n'a toutefois aucun effet sur le contrat qui demeure pleinement efficace. L'ordre d'apparition de ces divers recours est difficile à établir. Il semble que l'exception soit apparue la première, suivie de l'action et, enfin, de la *restitutio in integrum* (Lutzesco, *supra* note 5 aux pp. 63-69 ; Renard, *supra* note 9 à la note 2 de la p. 228).

²² Cuq, *ibid.* aux pp. 582, 584, 834. Pour des détails quant aux conditions et effets de ces voies de recours, on peut consulter Lutzesco, *ibid.* aux pp. 63-69.

²³ Ainsi, le délai pour la *restitutio in integrum ob dolem* est d'une année après la découverte du dol (Cuq, *ibid.* à la p. 833).

²⁴ Cuq remarque que, malgré le fait que certaines règles romaines supposaient clairement des régimes différents d'inefficacité, «les Romains n'ont pas marqué nettement les différences qui séparent les diverses sortes de nullité, ni même celles qui dérivent du droit civil ou du droit prétorien» (*ibid.* à la p. 125 ; Renard, *supra* note 9 à la p. 214).

nullité la plus radicale²⁵. En outre, le cloisonnement entre le droit civil et le droit prétorien devait rendre cette élaboration encore plus difficile²⁶. En effet, l'acte annulable est un acte entaché d'un vice de formation. Or l'acte dont les effets sont paralysés par la décision du Préteur n'est pas, à strictement parler, entaché d'un tel vice puisque toutes les conditions de formation du *ius civile* ont été respectées. Cet acte n'est donc pas, *ab initio*, dans un état d'annulabilité²⁷.

Moins soumis que leurs prédécesseurs au formalisme et à la distinction du *ius civile* et du droit prétorien, les romanistes du Moyen Âge percevront plus facilement l'idée d'annulabilité, et donc l'opposition «inefficacité radicale/annulabilité», contenue en germe dans le droit romain.

3. Les interprètes du droit romain au Moyen Âge²⁸

Les glossateurs et les post-glossateurs ont eu recours aux concepts d'«annulation» et d'«acte annulable» pour expliquer les règles et institutions du droit romain ci-dessus mentionnées²⁹. Ainsi, pour eux, l'*exceptio* et la *restitutio in integrum* correspondent à une véritable annulation judiciaire³⁰. Certains, dont Bartole, tirent la conséquence logique de cette constatation : l'acte qui est sujet à l'*exceptio* ou à la *restitutio in integrum* n'est ni nul, ni valable, mais occupe plutôt une position intermédiaire. Il est annulable et se distingue donc nettement de l'acte radicalement nul³¹.

²⁵ D'ailleurs, le droit barbare, lui aussi empreint de formalisme, loin de développer les éléments romains qui évoquent l'annulabilité, a plutôt tendance à en effacer les traces. Renard indique que, d'une part, «[l']acte autrefois susceptible de *restitutio* est désormais frappé de nullité *ipso jure* ; la nullité et la *restitutio* s'équivalent» (Renard, *ibid.* à la p. 216) et que, d'autre part, les termes qui exprimaient à Rome l'originalité de l'inofficiosité testamentaire (*querela et inofficiosum*) «tendent à disparaître sous la plume des interprètes francs» (*ibid.* à la p. 217). Cette tendance simplificatrice se fait sentir jusqu'au XI^e siècle : le *Brachylogus iuris civilis* ne laisse «aucune place entre la validité parfaite et la nullité radicale (*pactum utile, pactum inutile*)» (*ibid.* à la p. 219).

²⁶ De façon significative, la disparition graduelle du dualisme «droit civil/droit prétorien» au Bas-Empire entraîne un certain regroupement des inefficacités en «nullités absolues ou radicales» et en «nullités relatives» (Lutzesco, *supra* note 5 aux pp. 82-89).

²⁷ Pour cette raison, comme le fait remarquer Renard, le contrat entaché de dol ou de violence n'est pas, en droit romain, «frappé de nullité» au sens moderne de cette expression (Renard, *supra* note 9 à la note 2 de la p. 228).

²⁸ Les développements de cette section sont inspirés de l'étude de Renard, *ibid.*

²⁹ *Ibid.* aux pp. 221-49.

³⁰ *Ibid.* à la p. 228.

³¹ *Ibid.* à la p. 229.

La distinction ainsi posée n'est pas que théorique ; elle a notamment un impact au niveau de la procédure. Il est inutile de faire annuler l'acte nul, aussi tous peuvent l'ignorer sans plus de formalités³². Au contraire, si l'acte est annulable, il faut procéder à son annulation avant de pouvoir l'ignorer. Par exemple, en cas de testament nul, l'héritier *ab intestat* peut procéder directement par voie de pétition d'hérédité, alors que si le testament n'est qu'annulable, on doit, avant d'intenter la pétition d'hérédité, en obtenir l'annulation (par la *querela* ou autrement)³³.

Ayant ainsi posé la distinction de l'inefficacité radicale et de l'annulabilité, les juristes de cette époque cherchent à la fonder rationnellement. Parmi les explications qu'ils proposent, trois sont à retenir en raison de leur influence subséquente.

a. *Substantia et effectus*

La distinction entre la *substantia* et l'*effectus* est la plus populaire à l'époque, probablement parce qu'elle évoque les concepts scolastiques de la puissance et de l'acte. Cette distinction repose sur l'idée qu'un acte doit d'abord naître à la vie juridique pour ensuite produire certains effets. Dès lors, il est possible de distinguer deux types d'inefficacité sanctionnant deux genres d'invalidité : d'une part, il se peut que l'acte ne naisse tout simplement pas à la vie juridique ; d'autre part, il se peut qu'étant né, il soit dépourvu d'efficacité. Comme l'explique Renard :

[U]n acte, ou une sentence, peut donc être vicié de deux manières, soit qu'il manque à la fois de validité et d'efficacité, soit qu'il manque de ce second attribut seulement : la première hypothèse correspond à la nullité, la seconde à l'annulabilité³⁴.

Cette conception, appliquée à l'acte juridique, a pour conséquence logique d'entraîner une distinction (qui n'existait pas en droit romain) parmi l'ensemble des conditions requises pour la perfection d'un acte juridique :

[L]es unes sont exigées à peine de nullité, parce qu'elles lui donnent l'existence (*substantia*), les autres sont exigées à peine d'annulation, parce qu'elles lui attribuent l'efficacité (*effectus*)³⁵.

³² Si des procédures de *nullité* existent, car il y en a, leur objet n'est pas d'obtenir l'annulation de l'acte nul, mais de rendre la nullité évidente aux yeux de tous (*ibid.* à la p. 227).

³³ *Ibid.* aux pp. 225-30, 235-42.

³⁴ *Ibid.* à la p. 331.

³⁵ *Ibid.* à la p. 332.

b. *L'apparence*

Une deuxième justification de la distinction repose sur l'idée d'*apparence*. Selon certains glossateurs, un acte, qui devrait en principe être radicalement nul, mais qui est apparemment valide, peut, du fait de cette apparente validité, acquérir une certaine efficacité juridique : «*Idem est esse et apparere*»³⁶.

Dans certains cas, on considère qu'un acte invalide mais apparemment valide acquiert une efficacité aussi complète que s'il était pleinement valide (par exemple, la sentence d'un juge excommunié). Plus souvent, on estime qu'un tel acte acquiert une efficacité juridique imparfaite : soit que son exécution ne pourra être arrêtée que si l'invalidité est rendue manifeste, soit qu'il aura plein effet tant et aussi longtemps qu'on n'en aura pas obtenu l'annulation en justice.

c. *L'intérêt protégé*

On a vu qu'en droit romain, certains vices de formation, dérogeant aux principes, ne pouvaient être invoqués que par certaines personnes et à l'intérieur d'un certain délai. Bartole et ses disciples remarquent qu'il y a donc deux types différents d'inefficacité et proposent un critère pour les distinguer : l'intérêt protégé par la règle de formation violée. Pour eux, les inefficacités résultant de la violation d'une condition de validité édictée dans un but de protection de l'intérêt général sont de véritables «nullités» : elles opèrent de plein droit et *ab initio*. Elles peuvent être invoquées par tout intéressé et en tout temps. Par contre, si la règle violée ne vise qu'à protéger certains intérêts particuliers, il y a «annulabilité», car l'inefficacité ne survient que si la partie que la loi entend protéger en fait la demande³⁷.

Ces diverses conceptions proposées par les romanistes quant au fondement véritable de la distinction «inefficacité radicale/annulabilité» furent ensuite reprises en droit français.

B. *Droit français*

Les hésitations de l'ancien droit français entre le critère de l'intérêt protégé et la distinction «*substantia/effectus*» (I.B.1) préfigurent l'opposition entre la théorie classique et la théorie du droit de critique après la codification (I.B.2).

³⁶ *Ibid.* aux pp. 329-31.

³⁷ Sur les éléments contenus à ce paragraphe, voir Lutzesco, *supra* note 5 aux pp. 119-24.

1. L'Ancien droit

L'Ancien droit français aurait eu une conception assez simple en matière de nullités (**I.B.1.a**) si la formalité des lettres de rescision n'était pas venue compliquer les choses (**I.B.1.b**).

a. *Nullités absolues et respectives*

Le droit de la période féodale, influencé à la fois par les travaux des romanciers et des canonistes³⁸, consolide la distinction entre l'inefficacité radicale et l'annulabilité³⁹ et adopte généralement le critère de l'intérêt protégé comme fondement de cette distinction. Même si les conditions de validité des actes juridiques et les domaines respectifs de ces deux types d'inefficacité varient d'une coutume à l'autre, en général, lorsque l'acte est contraire à la loi, à la coutume ou aux bonnes mœurs⁴⁰, l'inefficacité opère de plein droit et est imprescriptible ; par contre, en cas de dol (*tricherie*), de violence (*force*) ou de minorité, il n'y a qu'un contrat annulable⁴¹.

Cette conception prévaut aussi à la période monarchique, mais le vocabulaire se précise. Bouhier, dans ses *Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne*, se fondant sur l'autorité de D'Argentré et de Coquille, oppose les «nullités absolues» aux «nullités respectives»⁴², seules les premières anéantis-

³⁸ J. Brissaud, dans son *Manuel d'histoire du droit privé*, 2^e éd., Paris, E. de Brocard, 1935 à la p. 464, note que le droit canon a emprunté au droit romain la distinction entre les nullités *ipso jure* et *exceptionis ope* ou *per in integrum restitutionem* et que la distinction entre la nullité et l'annulabilité y est établie. Lorsque M.P.-A. Merlin explique la distinction entre les actes «nuls» et ceux simplement annulables, il se fonde notamment sur un long extrait où cette distinction a été appliquée par les canonistes (M.P.-A. Merlin, *Répertoire de droit*, vol. 12 (*Nullité*), Paris, Guyot, 1784 aux pp. 256-57).

³⁹ Beaumanoir oppose les contrats «nuls» «et ceux contre lesquels on peut seulement invoquer une barre [ou] demander l'entérine restitution». Ces derniers, au contraire des contrats nuls, sont susceptibles d'être confirmés et sujets à une courte prescription (Brissaud, *ibid.* à la p. 465).

⁴⁰ Ce qui inclut les conditions impossibles ou immorales, le pacte sur succession future, les donations entre époux et la «laide cause» (*ibid.*).

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Nos Auteurs distinguent deux sortes de nullités. Les unes ont pour principe l'intérêt public [...], de telles nullités sont appelées absolues en ce qu'elles peuvent être opposées par toutes sortes de personnes, et qu'elles anéantissent l'Acte essentiellement et radicalement, en sorte qu'on le regarde comme non fait, et non avenu [...].

Les autres nullités sont celles, qui ont été introduites en faveur de certaines personnes [...] Comme ces nullités ne regardent, que l'intérêt des particuliers, elles sont appelées respectives, ou selon d'autres, causatives, parce qu'elles ne peuvent

sant l'acte *ab initio*. La qualification d'une nullité comme «absolue» ou «relative» dépend du fondement de la règle violée : «si elle est fondée sur une cause publique, la nullité doit être absolue au lieu qu'elle n'est que relative si la prohibition n'a pour fondement qu'une cause privée»⁴³.

À la même époque, Dunod de Charnage, dans son *Traité de la prescription*, précisait davantage la distinction entre la «nullité absolue» et la «nullité relative»⁴⁴. Dans le premier cas

la loi résiste continuellement et par elle-même à l'acte qu'elle défend, elle le réduit à un pur fait qui ne peut être ni confirmé ni autorisé et qui ne produit aucun droit, aucune action, aucune exception: cette nullité peut être objectée, non seulement par la partie publique, mais par toutes sortes de personnes [...] et le juge peut y prendre égard d'office⁴⁵.

Au contraire, les nullités relatives

n'annulent pas pleinement et absolument les actes qui sont faits au contraire: ces actes subsistent à l'égard des tiers et ne sont déclarés nuls que quand les personnes que la loi a voulu favoriser le demandent; ils peuvent être confirmés et ratifiés⁴⁶.

Dunod de Charnage ajoute que la demande en nullité absolue est imprescriptible⁴⁷, alors que la demande en nullité relative se prescrit par trente ans. L'exception de nullité est toutefois perpétuelle et ce, que la nullité soit absolue ou relative⁴⁸. On retrouve les mêmes idées dans les répertoires de l'époque⁴⁹.

être opposées que par ceux, au profit de qui elles ont été établies (J. Bouhier, *Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne*, Dijon, Jean-Baptiste Augé, 1757 aux n^{os} 12-13).

⁴³ *Ibid.* au n^o 15.

⁴⁴ M.F.I. Dunod de Charnage, *Traité des prescriptions, de l'aliénation des biens de l'Église et des dixmes*, 4^e éd., Paris, Briasson, 1786. Selon lui, la distinction a une grande importance en matière de prescription :

Le titre nul d'une nullité absolue, n'a jamais transféré le domaine, ni pu mettre le possesseur ou ses héritiers en bonne foi [...] [mais les actes dont la nullité n'est que relative] sont translatifs du domaine, lorsqu'ils sont accompagnés de la tradition, et ils forment du moins un titre putatif et coloré, à l'ombre duquel l'acquéreur peut se croire le maître et posséder de bonne foi (*ibid.* aux pp. 51-52).

⁴⁵ *Ibid.* à la p. 51.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Dunod de Charnage préfère cette solution, qu'il estime être celle de la doctrine majoritaire, à celle voulant que la nullité absolue se prescrive par cent ans (*ibid.*).

⁴⁸ *Ibid.* à la p. 52.

⁴⁹ Voir Merlin, *supra* note 38 et J.-B. Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, 7^e éd., Paris, Dessaint, 1771 à la p. 247.

b. *Lettres de rescision*

À compter du XV^e siècle, tant en pays de droit coutumier qu'en ceux de droit écrit, les causes de nullité romaines, contrairement à celles découlant de la coutume ou des ordonnances royales, ne peuvent plus être invoquées sans que l'on ait préalablement obtenu des *lettres de rescision*⁵⁰. Selon les commentateurs de l'époque, la nécessité des lettres de rescision pour invoquer les causes de nullité romaines résulte du fait que «le droit romain n'avait de force exécutoire en France qu'avec la permission du Roi»⁵¹. Malgré ce fondement — qui pourrait laisser croire que l'octroi de ces lettres est un privilège accordé selon le bon vouloir du roi — celles-ci sont délivrées sur demande par les chancelleries des parlements⁵². Par la délivrance de ces lettres, le roi demande au juge d'enquêter sur la cause de nullité invoquée⁵³ et, le cas échéant, d'entériner les

⁵⁰ Brissaud, *supra* note 38 à la p. 465. C'est ce qu'exprime l'adage «voies de nullité n'ont point de lieu» :

Les voies de nullité sont ici les exceptions de nullité, lesquelles ne peuvent point être opposées contre tout ce qui est nul suivant le Droit Romain. De sorte qu'il faut se pourvoir contre ces nullités [...] en obtenant des lettres du prince, pour faire caser et rescinder les actes. [...] Mais quand il est question de nullités qui sont déclarées par les ordonnances et les coutumes, les voies ou exceptions de nullité ont lieu sans lettres du prince (A. Loysel, *Institutes coutumières*, t. 2, Paris, Videcoq, 1758 au livre V, titre II, n° V).

⁵¹ C'est l'explication qu'en donnent Coquille, Imbert et Clarondas (Brissaud, *ibid.* aux pp. 465-66). Brissaud indique que cette justification a été contestée par la suite : certains ont prétendu que ces lettres avaient été rendues nécessaires essentiellement pour des raisons fiscales, d'autres parce qu'elles constituaient un bon moyen d'accroître la juridiction des juges royaux au détriment des juges seigneuriaux. Brissaud est cependant d'avis que l'explication avancée par les anciens auteurs est probablement la meilleure (si la raison est fiscale ou politique, pourquoi se limiter aux seules nullités romaines ?), mais qu'elle doit être complétée :

À la prendre en effet [...] il aurait fallu exiger des lettres pour l'application de toutes les règles romaines, ce qui n'arriva point. On ne le fit que pour les nullités inconnues du droit coutumier ancien, opposées à ses principes, d'un caractère assez exceptionnel pour que leur introduction eût besoin de s'appuyer sur l'autorité royale. La nécessité des lettres de rescision fut étendue (évidemment pour des raisons fiscales) aux pays de droit écrit (*ibid.* à la p. 466).

⁵² «[Le] recours au bénéfice du Prince [...] n'est point refusé à ceux qui l'implorent dans le temps et avec juste cause» (C.-J. Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, Knapen, 1771, v° : nullité).

⁵³ «[L]e roi mande au juge de restituer l'impétrant contre de certains actes, et de le remettre au même état que s'ils n'eussent point été passés, au cas qu'il se trouve fondé dans de justes causes pour cette restitution» (M. Bugnet, *Œuvres de Pothier*, t. 10, 2^e éd., Paris, Cosse et Marchal, 1861 au n° 728).

lettres de rescision, ce qui a pour effet d'anéantir l'acte⁵⁴.

On aura évidemment noté la grande ressemblance à l'inefficacité prétorienne du droit romain. Dans les deux cas, un acte juridique, valide et efficace suivant le droit «officiel» (le *ius civile*, les coutumes et ordonnances) est rendu inefficace par l'effet d'un droit «parallèle» (le droit prétorien, le droit romain) qui s'applique de façon dérogatoire de par la volonté d'une personne en autorité (le Préteur, le roi de France)⁵⁵. De même, dans les deux cas, l'acte n'est pas, en théorie du moins, invalide *ab initio*, mais le devient par l'effet de la décision judiciaire.

La survenance de la formalité des lettres de rescision vient compliquer la question du domaine de l'inefficacité radicale et de l'annulabilité. À la distinction traditionnelle de la «nullité absolue» et de la «nullité respectives», fondée sur l'idée de l'intérêt protégé, il faut désormais ajouter celle opposant l'acte «nul de plein droit» — celui dont la cause de nullité provient de la coutume ou des ordonnances — et l'acte «rescindable» — celui qui est susceptible de voir ses effets paralysés par l'entérinement des lettres de rescision. On se retrouve donc avec deux formes distinctes d'inefficacité radicale et d'annulabilité, lesquelles se recoupent partiellement, ce qui est loin de simplifier les choses : les actes «rescindables» semblent tous être «respectivement nuls»⁵⁶, mais l'inverse n'est pas vrai.

Tentant de mettre un peu d'ordre dans ce système confus, les auteurs de l'époque cherchent à faire prédominer l'une ou l'autre de ces distinctions.

Pour Dunod de Charnage et Merlin, la distinction fondamentale demeure celle opposant les «nullités absolues» aux «nullités respectives». Pour eux, l'opposition entre les «actes nuls de plein droit» et les actes «rescindables» n'est qu'une sous-distinction, marginale et d'un caractère essentiellement procédural, des nullités respectives⁵⁷.

⁵⁴ Par l'entérinement des lettres de rescision, l'acte est rescindé, et les parties sont mises au même état qu'elles étaient auparavant; d'où il suit qu'elles sont libérées des engagements qu'elles ont contractés par cet acte, et même elles sont censées ne les avoir jamais contractés: elles rentrent dans la propriété des choses qu'elles ont aliénées par cet acte, et même elles sont censées ne les avoir point aliénées (*ibid.* au n° 748).

⁵⁵ Pothier établit clairement ce parallèle : «Par le droit romain, le magistrat pouvait, pour justes causes, de sa seule autorité, restituer les parties contre les actes qu'elles avaient passés; parmi nous, il faut avoir recours à l'autorité du prince» (*ibid.* au n° 728).

⁵⁶ *Ibid.* au n° 728 et s. ; Dunod de Charnage, *supra* note 44 à la p. 52.

⁵⁷ Ainsi, c'est uniquement à propos des nullités respectives, et sans y attacher d'importance, que Dunod de Charnage traite de la question des lettres de rescision : «[l]es actes [...] ne sont pas même toujours nuls de plein droit, à l'égard de la partie intéressée; car il faut souvent qu'elle les

Domat et Pothier feront toutefois dominer l'opposition entre les actes «nuls de plein droit» et les «actes rescindables». Si la doctrine du premier, étrange et confuse⁵⁸, restera sans grande influence⁵⁹, il en sera autrement de celle du second qui annonce la théorie des actes inexistantes, laquelle dominera tout le XIX^e siècle.

Au premier abord, la distinction adoptée par Pothier⁶⁰ ne se distingue guère de l'opposition traditionnelle. L'acte «nul» est affecté d'une inefficacité radi-

fasse rescinder, comme il arrive dans les contrats faits par crainte» (Dunod de Charnage, *ibid.*). C'est aussi l'opposition traditionnelle qui domine l'étude de Merlin, celle fondée sur la formalité des lettres de rescision n'ayant qu'un intérêt procédural dans la mesure où elle ne sert qu'à déterminer «par quelle voie» on doit se pourvoir en nullité (Merlin, *supra* note 38 aux pp. 262-66). Selon Merlin, la seule utilité substantielle de cette dernière distinction provient de l'Ordonnance de 1510 qui restreint le délai de prescription des actions en rescision à dix années utiles, dérogeant ainsi au délai de trente années du droit commun (*ibid.* à la p. 267).

⁵⁸ Dans J. Domat, *Lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Nyon, 1777, l'auteur distingue les «conventions qui sont nulles dans leur origine» de celles qui, n'étant pas ainsi nulles, sont néanmoins sujettes à la «résolution» (*ibid.*, t. 1 à la s. 5, pp. 42-45). «Il y a cette différence entre la nullité et la résolution des conventions, que la nullité fait qu'il n'y a eu que l'apparence d'une convention, et que la résolution anéantit une convention qui avait subsisté» (*ibid.* à la s. 6(1), p. 46). Domat inclut dans la première catégorie toutes les conventions qui sont «nulles de plein droit», qu'elles soient entachées de nullité absolue ou de nullité respectueuse et que la cause de nullité soit ou non apparente (*ibid.* aux s. 5(2), 5(5)-5(10), pp. 43-44). Il inclut dans les causes de résolution toutes celles qui n'anéantissent l'acte que postérieurement à sa formation : révocation, pacte résolutoire, clause ou condition résolutoire. Puisque, dans la logique de la formalité des lettres de rescision, l'acte sujet à rescision est «valide» tant et aussi longtemps que les lettres n'ont pas été entérinées, Domat considère que l'acte sujet à rescision est «sujet à résolution» plutôt que «nul dans son origine». Cette construction peut être critiquée : d'une part, lorsque l'acte est entaché d'une cause de nullité respectueuse, l'inefficacité n'est mise en œuvre que par la décision de la personne protégée d'invoquer la cause de nullité ; il est donc inexact de dire que cet acte n'existe qu'en apparence ; d'autre part, la rescision a beau survenir «postérieurement» à la formation du contrat, elle sanctionne néanmoins un vice de formation. L'acte sujet à rescision — tout comme l'acte entaché de nullité respectueuse — est donc à la fois «vicié en son origine» et il existe juridiquement tant qu'il n'est pas «annulé» ; aussi doit-il occuper en même temps les deux catégories que Domat cherche à opposer. D'ailleurs, il semble bien que Domat mette l'acte entaché de violence à la fois dans l'une et l'autre de ces catégories. Comparer «[les conventions] où la liberté est blessée par quelques violences sont nulles» (*ibid.* à la s. 5(10), p. 44) à «[l]es conventions où l'un des contractants est surpris et trompé par le dol de l'autre, ou par quelque mauvaise voie, sont résolues et annulées lorsqu'il s'en plaint» [nos italiques] (*ibid.* à la s. 6(8), p. 47).

⁵⁹ Il n'y a guère que Perrin et de Maleville qui s'inspireront des idées de Domat (voir *infra* notes 67, 69).

⁶⁰ Dans son *Traité des obligations*, Pothier oppose constamment le contrat «nul» au contrat «vicié», ce dernier pouvant être annulé (rescindé) en obtenant des lettres de rescision (Bugnet, *supra* note 53, t. 2 aux n^{os} 16-95). Dans son *Traité de procédure*, Pothier insiste longuement sur les distinctions et les règles gouvernant respectivement les «actes nuls de plein droit» des «actes rescindables» (*ibid.*, t. 10 au n^o 725 et s.).

cale alors que l'acte «rescindable» n'est qu'annulable, ce dernier étant seul sujet à la confirmation et à la prescription⁶¹. L'acte «nul» de Pothier correspond donc à l'acte entaché de nullité absolue de la conception traditionnelle alors que son acte «rescindable» est l'équivalent de l'acte entaché d'une cause de nullité respective.

Mais, malgré cette similarité quant à leurs effets juridiques, l'opposition traditionnelle et celle proposée par Pothier ont des *fondements* différents. La distinction traditionnelle repose, on l'a vu, sur le critère de l'intérêt protégé, tandis que celle de Pothier repose plutôt sur l'idée que certaines conditions de l'acte sont essentielles à sa formation alors que d'autres ne sont nécessaires que pour son efficacité.

Ainsi, revenant aux solutions romaines et à la distinction de la *substantia* et de l'*effectus* des romanistes, Pothier distingue selon que le consentement fait absolument défaut ou est simplement vicié : l'erreur-obstacle rend la convention nulle car elle «détruit» le consentement, alors que la violence et le dol ne sont que des causes de rescision car ils n'empêchent pas l'existence du consentement⁶². De même, si la vente sans objet ou sans prix⁶³ et le contrat sans cause ou dont la cause est illicite sont sanctionnés de «nullité»⁶⁴, c'est qu'il leur manque quelque chose d'*essentiel*. Cette conception, qui met l'accent sur l'état objectif de l'acte plutôt que sur l'idée de sanction, aura une très grande influence après la codification.

2. Le droit français depuis la codification

Au tournant du XIX^e siècle, deux événements d'une importance capitale se produisent. Tout d'abord, conséquence directe de la Révolution, la formalité des lettres de rescision est éliminée⁶⁵ ; ensuite, et surtout, on unifie et codifie le droit civil. En principe, chacun de ces événements aurait dû contribuer à simplifier la matière des nullités. C'est toutefois le contraire qui s'est produit. Cela est notamment attribuable au fait que le *Code Napoléon*, tout en admettant clairement la distinction entre deux types différents d'inefficacité, adopte à cet égard une terminologie qui évoque l'ancienne formalité des lettres de rescision,

⁶¹ *Ibid.* au n° 744.

⁶² *Ibid.*, t. 2 aux n°s 21, 29.

⁶³ «[I] est de l'*essence* du contrat de vente qu'il y ait une chose qui soit vendue, et qu'il y ait un prix pour lequel elle soit vendue: c'est pourquoi, si je vous ai vendu une chose que nous ignorions avoir cessé d'exister, *il n'y aura pas de contrat*» [nos italiques] (*ibid.* au n° 6).

⁶⁴ *Ibid.* au n° 42 et s.

⁶⁵ Les lettres de rescision, privilège royal, ne pouvaient évidemment pas survivre à la Révolution ; elles furent abrogées en 1790 (Giffard, *supra* note 5 au n° 312, p. 218).

pourtant abrogée⁶⁶.

Aussi, loin de se simplifier, les questions du fondement et du domaine de l'inefficacité radicale et de l'annulabilité s'enlisent dans la controverse. Toutes les conceptions proposées en la matière depuis les romanistes trouvent leur défenseur dans l'un ou l'autre des tous premiers ouvrages entièrement consacrés à la «théorie des nullités»⁶⁷ ou encore dans les longs développements des premiers commentateurs du *Code Napoléon*⁶⁸.

Perrin reprend le système de Domat, cherchant à opposer d'une part les «nullités» (absolues ou «relatives», nouvelle appellation des nullités respectives) aux «rescisions»⁶⁹, tandis que Biret, Delvincourt et Solon optent plutôt pour la conception traditionnelle. En se fondant sur le critère de l'intérêt protégé, ces derniers voient comme fondamentale l'opposition de la «nullité absolue», qui est une inefficacité radicale, à la «nullité relative» qui n'est qu'une annulabilité⁷⁰. Enfin, préfigurant les deux grands courants qui opposeront le XIX^e au XX^e siècle en la matière, on retrouve les conceptions diamétralement opposées de Duranton et de Toullier.

⁶⁶ L'article 1117 du *Code Napoléon* se lit ainsi : «La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans les cas et de la manière expliqués à la section VII du Chapitre V du présent titre» [nos italiques].

⁶⁷ J.-B. Perrin, *Traité des nullités de droit en matière civile*, Paris, Gauthier Neveu, 1816 ; M. Biret, *Traité des nullités*, Paris, Athus Bertrand, 1821 ; V.-H. Solon, *Théorie sur la nullité des conventions et des actes de tout genre en matière civile*, Paris, Videcoq, 1835.

⁶⁸ Voir C.B.M. Toullier, *Droit civil français*, t. 7, Paris, Warée, 1824 aux pp. 556-726 ; A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 12, Paris, Alex-Gobelet, 1834 ; R.T. Troplong, *Le droit civil expliqué: De la vente*, t. 2, Paris, Hingray, 1835. Pour sa part, C.E. Delvincourt, *Cours de Code civil*, t. 2, Paris, Videcoq, 1834 à la p. 588 et s., se contente de quelques pages sur le sujet.

⁶⁹ Perrin propose de distinguer les cas de «nullité» des cas de «rescision» : que la nullité soit relative ou absolue, elle a un effet radical car le contrat est censé n'avoir jamais eu d'existence ; au contraire, la rescision suppose un acte existant et valable en son principe (Perrin, *supra* note 67 aux pp. 92-93, 98-99). Perrin n'utilise le critère de l'intérêt protégé que pour subdiviser les nullités : les unes sont de droit public, les autres sont de droit privé, ce qui se répercute sur les personnes qui peuvent les invoquer et sur la possibilité de confirmation. On peut également retrouver un écho de cette doctrine chez J. de Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, t. 3, Paris, Garnery, 1822 aux pp. 115-16. Voir notre critique de cette analyse, *supra* note 58.

⁷⁰ Biret, *supra* note 67 au c. 2 ; Delvincourt, *supra* note 68 aux pp. 181-82. Solon énumère, il est vrai, toute une série de distinctions et d'oppositions, mais pour lui, la distinction la plus importante demeure celle opposant la nullité absolue à la nullité relative, laquelle est fondée sur l'idée de l'intérêt protégé (Solon, *supra* note 67, t. 1 au c. 1).

Pour ce dernier, c'est l'apparence, et elle seule, qui fonde la distinction de l'inefficacité radicale et de l'annulabilité. Il y aurait «nullité de plein droit» lorsque le vice est «extrinsèque et apparent» ; au contraire, si le vice est «intrinsèque et caché», l'acte ne serait qu'annulable :

Jusqu'à ce que ce vice soit découvert [après enquête], il existe au moins l'apparence de contrat; et cette apparence a l'effet de la réalité, tant qu'elle n'est pas détruite par un jugement⁷¹.

Ce critère supplante celui de l'intérêt protégé :

Ce que nous venons de dire sur l'exécution provisoire des actes sujets à rescision doit s'appliquer aux actes nuls, lorsque la nullité n'en est pas apparente et visible; car il y a des nullités, même absolues, qui ne peuvent, comme les rescisions être prononcées qu'en connaissance de cause, après une instruction longue et difficile, qui peut seule mettre à découvert le vice qui rend le contrat nul dans son principe [...]. Quoique nuls, d'une nullité absolue, [ces contrats] ne sont pas nuls de plein droit; ils ne sont nuls que par voie d'action: c'est une véritable action rescisoire⁷².

La conséquence directe de l'application de ce critère est l'accroissement du domaine de l'annulabilité par rapport à celui de l'inefficacité radicale. En effet, une grande proportion des vices affectant un acte sont «cachés» car il est rare que le vice apparaisse à la «seule représentation de l'acte»⁷³.

Mais Duranton rejette totalement le critère de l'apparence et en propose un autre qui, au contraire, restreint au minimum le domaine de l'annulabilité. En se basant sur les travaux préparatoires⁷⁴, il reprend le système exposé par Po-

⁷¹ Toullier, *supra* note 68 au n° 521, p. 616.

⁷² *Ibid.* au n° 529, pp. 627-28.

⁷³ *Ibid.* au n° 526. Quoique sa doctrine soit pour le moins difficile à cerner, Troplong semble lui aussi attacher de l'importance aux apparences (Troplong, *supra* note 68 à la p. 182 et s. ; voir notamment aux pp. 206-207 sur la question de l'apparence comme critère de distinction entre l'acte nul et l'acte rescindable). Solon n'est pas non plus insensible au critère de l'apparence : quant à la distinction entre les nullités de plein droit et des nullités par voie d'action (Solon, *supra* note 67, vol. 1 au c. 1, n° 4). Quant aux effets du vice non apparent quant aux tiers de bonne foi, voir *ibid.*, vol. 2 au c. 12, n° 4. Mais, il ne semble pas que, comme chez Toullier, le critère de l'apparence supplante celui de l'intérêt protégé : la nullité absolue réduit l'acte à un pur fait selon Solon, et à ce qu'il semble, le caractère caché ou apparent du vice ne joue aucun rôle à ce niveau (*ibid.*, vol. 1 au c. 1, n° 3).

⁷⁴ À propos de l'article 1117 C.N., *supra* note 66, M. Jaubert, dans son *Rapport au Tribunal*, a déclaré qu'«il était impossible de ne pas conserver l'ancienne distinction entre les actes faussement qualifiés de contrats, et les contrats qui ont contenu une obligation et conséquemment le principe d'une action, laquelle peut seulement être repoussée par une exception». Les «actes faussement qualifiés de contrats» sont, selon Jaubert, ceux qui sont contractés sans objet, sans

thier : s'il manque au contrat un élément essentiel, le contrat est radicalement nul ; si tous les éléments essentiels y sont mais que l'un d'eux est vicié, le contrat est annulable⁷⁵.

C'est Duranton qui allait l'emporter au XIX^e siècle avec la théorie des actes inexistantes (**I.B.2.a**), mais Toullier allait avoir sa revanche avec la théorie du droit de critique (**I.B.2.b**) adoptée par le droit français contemporain (**I.B.2.c**).

a. *Théorie de l'inexistence (théorie classique)*

En 1808, Karl Zachariae publie son *Handbuch des französischen Zivilrechts*⁷⁶ où, approfondissant le concept d'inefficacité radicale, il distingue clairement l'inexistence de la «nullité» proprement dite. Zachariae part de l'idée que tout acte juridique doit son existence à la survenance de certains faits générateurs. Si ces faits générateurs ne se sont pas produits, il n'y a tout simplement pas d'acte juridique⁷⁷. Cette situation diffère de la nullité car celle-ci suppose l'existence de l'acte⁷⁸. Il ne faut donc pas confondre «l'acte nul et l'acte non existant»⁷⁹. Ce faisant, Zachariae ne fait alors qu'exprimer en termes plus précis la distinction romaniste de la «*substantia*» et de l'«*effectus*». Cependant, Zachariae précise le critère devant être utilisé pour appliquer cette distinction : pour lui, il n'y a inexistence que lorsque l'acte ne peut absolument pas se concevoir⁸⁰.

cause ou pour une cause illicite (P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, Paris, (éditeur inconnu), 1827 à la p. 399 et s.).

⁷⁵ Par exemple, traitant de la nullité de la vente d'un objet ayant préalablement été totalement détruit, Duranton écrit : «[ce] contrat n'existe pas [...] car il est impossible de supposer une vente sans une chose qui en soit la matière [...]». Cette convention n'a pu opérer un véritable contrat, parce qu'il lui a manqué une des conditions essentielles à tout contrat». Mais s'il y a erreur, dol, violence ou encore si une obligation est contractée en minorité, «il y a un engagement, une obligation, un véritable contrat en nn mot, tant qu'il n'est pas anéanti» (Duranton, *supra* note 68 aux n^{os} 672-73).

⁷⁶ K.-S. Zachariae, *Le droit civil français*, trad. par G. Massé et C. Vergé, Paris, Auguste Durand, 1857. C'est à partir de cette traduction que nous exposerons les idées de Zachariae.

⁷⁷ «[Dans les cas d'inexistence], le fait qui pourrait seul fonder des droits et des obligations n'a pas eu lieu» (*ibid.*, t. 1 au n^o 35, p. 45).

⁷⁸ «[L]'idée de nullité présuppose un acte qui serait valable d'après sa nature ou principe juridique, si l'on faisait abstraction de telle ou telle disposition particulière des lois positives» ; ce principe découle de la définition même de la nullité qui est une «défectuosité de l'acte» qui doit le faire considérer comme non avvenu, «quoiqu'il ait eu lieu de fait» (*ibid.*).

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Pour Zachariae, dès lors que l'acte se conçoit en faisant «abstraction de telle ou telle disposition particulière des lois positives», il existe même s'il est vicié (*ibid.*, t. 1 au n^o 35). Ainsi, le domaine de l'inexistence se limite aux cas où il y a absence totale d'un fait générateur essentiel à la naissance du contrat : défaut absolu de consentement (incapacité «naturelle», erreur *in negotio* ou

On a vu que Pothier également avait repris l'idée que l'absence de certaines conditions essentielles rendait le contrat «radicalement nul». Mais, pour Pothier, il y a *absence* d'un élément essentiel non seulement lorsque cet élément manque «en fait» mais aussi lorsqu'il manque «en droit» : ainsi, le contrat qui a une cause illicite a bien une cause en fait, mais cette cause n'étant pas reconnue par le droit, Pothier considère qu'il y a *absence* de cause⁸¹. On peut dire de la théorie classique des nullités qu'elle est une combinaison du concept d'inexistence de Zachariae avec cette idée de Pothier⁸². Les auteurs classiques aboutissent ainsi à l'inexistence du contrat dans les cas où il y a *absence juridi-*

in corpore) ou absence d'objet (contrat sans objet, prestation impossible ou indéterminée) (*ibid.*, t. 3 aux n^{os} 580, 612 et s.). Ainsi, en cas d'objet ou cause illicite, l'acte n'est pas inexistant.

⁸¹ Bugnet, *supra* note 53.

⁸² L'idée d'inexistence fut fort utile pour le mariage, étant donné le principe «pas de nullité sans texte» qu'avait posé la Cour de cassation en cette matière. Le *Code Napoléon* n'interdisant pas expressément le mariage entre personnes du même sexe ou celui du dément, l'inexistence a permis de parer à la difficulté : de tels «mariages» ne sont pas nuls, mais inexistantes. On en a parfois conclu que le principe «pas de nullité sans texte» en matière de mariage était à l'*origine* de la théorie des actes inexistantes (F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités*, Paris, Arthur Rousseau, 1902 à la p. 137 et s. ; A. Tissier, note sous Req., 30 décembre 1902, S.1903.1.257 ; G. Cohendy, «Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public» (1914) 13 Rev. trim. dr. civ. 33 à la p. 36 ; X. Barré, «Nullité et inexistence ou les bé-gaiements de la technique juridique en France» (1992) 26 R.J.T. 21 à la p. 25 ; *Juris-classeur civil*, art. 1304-1314, fasc. 1, par D. Veaux, n^o 93 ; A. Weill et F. Terré, *Les obligations*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1986 au n^o 291 ; J. Ghestin, *Traité de droit civil — Les obligations — Le contrat: Formation*, 2^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1988 au n^o 735 et avec plus de nuances, P. Malaurie et L. Aynès, *Cours de droit civil — Les obligations*, 3^e éd., Paris, Cujas, 1992 au n^o 544), ce qui ne nous paraît pas exact. En effet, cette analyse fait fi du fait que Zachariae avait dégagé l'idée d'inexistence bien avant que la Cour de cassation ne pose le principe «pas de nullité sans texte» en matière de mariage (F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 2, 5^e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1893 au n^o 430). En outre, certaines discussions lors des travaux préparatoires du Code civil — tant en matière de mariage qu'en matière contractuelle — permettent de constater que les codificateurs, sans être aussi clairs que Zachariae, jonglaient déjà avec l'inexistence. Napoléon, alors premier Consul, participant aux travaux en matière de mariage, a dit : «On a distingué deux cas dans la discussion: 1^o il n'y a pas de mariage, à défaut de consentement devant l'officier civil, et si on a écrit que la femme a dit *oui*, quand elle a dit *non*; 2^o si la femme ayant dit *oui*, prétend ensuite avoir été forcée, il y a mariage, mais il peut être annulé» (Fenet, *supra* note 74, t. 9 à la p. 99) et on a déjà vu la position de Jaubert en matière contractuelle (*ibid.*, t. 13). En fait, le concept d'inexistence, même s'il ne portait pas alors ce nom précis, date des romanistes qui, comme on l'a vu, distinguaient les conditions de formation des conditions d'efficacité de l'acte. Aussi, il est difficile d'admettre que le principe «pas de nullité sans texte» soit à l'*origine* de la notion d'acte inexistant. Il est cependant exact d'affirmer que ce principe a certainement *contribué* à l'essor de la notion d'inexistence, en fournissant aux exégètes une première occasion de l'utiliser : en effet, si on suit l'ordre du *Code Napoléon* — ce que faisaient généralement les exégètes de cette période — le problème des nullités se pose pour la première fois en matière de mariage.

que d'une condition essentielle, alors que, comme on l'a vu, Zachariae limitait les cas d'inexistence aux seuls cas d'absence matérielle d'une telle condition.

Ce raisonnement des classiques ressort avec beaucoup de clarté dans la doctrine de Demante et Colmet de Santerre où l'absence en droit d'un élément essentiel est assimilée à une absence en fait : il y a inexistence non seulement en cas de défaut absolu de consentement ou de non-respect des formalités essentielles, mais aussi si l'objet du contrat *n'est pas dans le commerce* ou si sa cause est *illicite*⁸³. Par contre, en cas d'incapacité, de vice de consentement ou de lésion, «le consentement ne fait pas absolument défaut» et le contrat n'est donc qu'annulable. On retrouve essentiellement la même doctrine chez Marcadé⁸⁴, Demolombe⁸⁵, Laurent⁸⁶, Aubry et Rau⁸⁷, Beudant⁸⁸, Baudry-Lacantinerie et Barde⁸⁹.

La conséquence logique de cette doctrine est la disparition de la «nullité» de l'Ancien droit (que conservait pourtant Zachariae) qui se trouve pour ainsi dire absorbée par l'inexistence. Il n'y a donc pour les classiques que deux catégories d'inefficacité : l'inexistence et l'annulabilité⁹⁰. À partir de cette distinc-

⁸³ A.M. Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique du Code Napoléon*, t. 5, Paris, Gustave Thorel, 1865 aux n^{os} 263, 263bis.

⁸⁴ V.N. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 4, 7^e éd., Paris, Delamotte, 1873, art. 1108 à 1131, notamment aux pp. 358-61.

⁸⁵ C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. 29, 5^e éd., Paris, Imprimerie générale, 1879 aux n^{os} 21-25, 49-53.

⁸⁶ Laurent, *supra* note 82, t. 15 aux n^{os} 450-57 et t. 18 aux n^{os} 531-33.

⁸⁷ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, 6^e éd. par E. Bartin, Paris, Marchal et Billard, 1936. Bien que ces auteurs se réfèrent au critère rationnel de Zachariae — «L'acte qui ne réunit pas les éléments de fait que suppose sa nature ou son objet, et en l'absence desquels il est logiquement impossible d'en concevoir l'existence, doit être considéré non pas seulement comme nul, mais comme non avenu» (*ibid.*, t. 1 au n^o 37, p. 230) — ils confèrent à l'inexistence un domaine d'application similaire à celui que confèrent des autres auteurs classiques. Ainsi, ils considèrent que l'obligation fondée sur une cause illicite est inexistante et il en est de même du contrat dont l'objet est une chose hors-commerce (*ibid.*, t. 4 aux n^{os} 344-45). Ces solutions tranchent avec celles, expresses ou implicites, de Zachariae.

⁸⁸ C. Beudant, *Cours de droit civil français: Les contrats et les obligations*, Paris, Arthur Rousseau, 1906 au n^o 280 et s. Voir aussi C. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, t. 8, 2^e éd., Paris, Arthur Rousseau, 1936 au n^o 262 et s.

⁸⁹ G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Traité théorique et pratique du droit civil*, t. 13, Paris, Sirey, 1905 au n^o 1929-30. Voir aussi G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 1, 8^e éd., Paris, Sirey, 1926 au n^o 131 et s. ; T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 7, Paris, F. Pichon, 1894 au n^o 10 et s.

⁹⁰ La distinction traditionnelle entre les nullités absolues et relatives tend à disparaître au fur et à mesure que la théorie des actes inexistantes accroît son influence (Japiot, *supra* note 5 à la p. 125). Chez ceux qui la conservent, cette distinction n'est plus qu'une subdivision des annulabilités et ne joue qu'un rôle marginal. Ainsi, Laurent considère-t-il que l'acte nul «existe et produit tous les ef-

tion, les classiques échafaudent toute leur «théorie des nullités».

L'acte inexistant est «mort-né». De là découlent plusieurs conséquences : 1° l'inefficacité de cet acte opère *ipso jure*, sans qu'il soit nécessaire de la faire prononcer, le juge ne faisant, en cas de litige, que «constater» l'inexistence ; 2° cette inefficacité peut être invoquée par toute personne qui y a intérêt et elle peut être soulevée d'office par le tribunal ; 3° la confirmation et la prescription sont exclues, car elles ne sauraient donner «vie» à ce qui n'est pas. Au contraire, l'acte annulable n'est que «malade» ; il existe et produit les mêmes effets juridiques que s'il était valable, tant qu'il n'est pas annulé. Donc 1° l'inefficacité ne survient que par suite de l'annulation que *prononce* le juge ; 2° cette annulation ne peut être provoquée que par les personnes en faveur de qui l'annulabilité est édictée ; 3° l'extinction du droit de provoquer l'annulation ayant pour seul résultat de consolider un acte «existant», tant la confirmation de l'acte que la prescription de l'action en annulation sont possibles⁹¹.

Au niveau des effets juridiques, il n'y a pas de véritable césure entre la conception traditionnelle et la théorie des actes inexistantes. En effet, l'inexistence ressemble fort à la «nullité absolue» de l'ancien droit et le régime juridique de l'acte «vicié» est identique à celui de l'acte entaché de nullité «relative». Toutefois, le *fondement* de ces solutions n'est plus le même : celles-ci ne sont plus dictées par le critère de l'intérêt protégé, mais plutôt par l'état objectif de l'acte. Il y a inexistence de l'acte lorsqu'il y manque un élément essentiel et cette inexistence empêche de concevoir sa confirmation ou la prescription du droit de l'attaquer. Au contraire, l'acte qui n'est que «vicié» existe et, du fait même de cette existence, sont possibles sa confirmation et la prescription du droit de l'anéantir.

Or, ce nouveau fondement a un impact au niveau du domaine respectif de l'inefficacité radicale et de l'annulabilité : si on adopte le critère des conditions essentielles, le défaut absolu de consentement et l'incapacité à consentir doivent logiquement être sanctionnés par l'inexistence plutôt que par l'annulabilité. Aussi, avec le critère des conditions essentielles tel qu'appliqué par les classiques, le domaine de l'annulabilité atteint son minimum historique⁹². Mais, pa-

fets d'un contrat qui serait pleinement valable» et ce «alors même que la nullité est absolue et d'ordre public» (Laurent, *supra* note 82, t. 18 au n° 533).

⁹¹ Voir Laurent, *ibid.*, t. 15 aux n° 451, 464 et t. 18 aux n° 531-33, 564-66 ; Aubry et Rau, *supra* note 87, t. 1 au n° 37 et t. 4 aux n° 337-39 ; Demolombe, *supra* note 85, t. 29 aux n° 22, 49-53 ; Demante et Colmet de Santerre, *supra* note 83, t. 5 aux n° 262, 262bis ; Beudant, *supra* note 88 aux n° 289-304 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *supra* note 89 au n° 1932 et s.

⁹² En effet, dans les cas d'incapacité à consentir et de défaut absolu de consentement, l'application du critère de l'intérêt protégé mène à la «nullité relative», donc à l'annulabilité, alors

radicalement, la théorie de l'inexistence prépare la voie à un retour en force de l'annulabilité.

En effet, en assimilant l'«absence juridique» à l'«absence matérielle», les classiques n'attachent aucune importance aux apparences. Une telle approche est néfaste du point de vue de la sécurité juridique car un acte qui a toutes les apparences de validité peut, en réalité, être «inexistant», ce que tout intéressé pourra invoquer en tout temps. Certes, cette difficulté se rencontrait également dans la conception traditionnelle où la «nullité absolue» avait un effet tout aussi immédiat et radical que l'inexistence, mais elle est exacerbée avec la conception classique. Premièrement, comme on vient de le voir, la théorie classique impose l'inexistence dans des cas (défaut de consentement, inaptitude à consentir) où, justement, l'annulabilité semblerait plus appropriée que l'inefficacité radicale. Ensuite, l'expression même d'«acte inexistant» est paradoxale : s'il y a un acte, il n'y a pas que le néant. Ce paradoxe fait ressortir que l'inexistence «juridique» de l'acte est le plus souvent en flagrante contradiction avec son existence «matérielle». Enfin, la théorie classique, en déduisant toutes les solutions de l'état objectif de l'acte, est très rigide : si on peut toujours penser à faire produire des effets à un acte «nul», il est plus difficile de le faire pour un acte que l'on qualifie d'«inexistant» : *ex nihilo nihil* ! Comme l'a noté Cohendy, l'inexistence, en raison même de son caractère radical, n'est pas une notion malléable⁹³.

Parce qu'elle doit rejeter toute notion d'apparence et aussi en raison de son manque de flexibilité, la théorie classique aboutit finalement à une prise de conscience : l'acte juridique, malgré qu'il soit une créature du droit, s'inscrit néanmoins dans une réalité factuelle dont il faut tenir compte si on veut éviter des solutions inopportunes du point de vue de la sécurité juridique. Par ses excès de «logique juridique», la théorie des actes inexistantes ouvre donc la porte à une nouvelle conception, laquelle privilégiera l'annulabilité, plutôt que l'inefficacité radicale, comme sanction de l'invalidité.

que les tenants de la théorie classique devaient considérer qu'en l'absence de consentement, l'acte est inexistant. Mais cette question est toujours restée controversée, la loi prévoyant ici certaines solutions difficilement contournables pour les partisans de la théorie classique. Voir Aubry et Rau, *ibid.*, t. 3 au n° 342 et Solon, *supra* note 67, vol. 1 au c. 2, à propos du contrat conclu par un dément ou une personne en état d'ivresse.

⁹³ Cohendy, *supra* note 82 à la p. 67.

b. *Théorie du droit de critique*

Au début du XX^e siècle, au moment même où la Cour de cassation semble prête à reconnaître le concept d'inexistence⁹⁴, Drogoul consacre sa thèse à critiquer la théorie classique. Pour lui, la nullité n'est pas un «état de l'acte» mais plutôt une «sanction» qui doit en tant que telle être adaptée à chaque condition de validité du contrat. Reprochant surtout aux classiques la rigidité de leur système, Drogoul rejette toute systématisation en matière de nullités⁹⁵.

Quelques années plus tard, Japiot, dans une thèse célèbre, reprend l'idée de Drogoul, mais rejetant l'approche «négaliviste» de son précurseur, propose plutôt de remplacer le système des classiques par un autre.

Japiot considère que l'erreur des classiques est de concevoir l'acte juridique comme un organisme vivant : s'il lui manque certains «organes» essentiels, il ne peut pas naître, c'est un «mort-né» ; au contraire, si tous ces éléments sont là, mais affectés d'un vice, le contrat peut naître, mais il est «infirmes» ou «malade»⁹⁶. C'est cette conception «organique» qui entraîne le manque de souplesse qu'a justement dénoncé Drogoul, car toutes les règles de la théorie sont logiquement déduites de l'état de l'acte, ce qui est incompatible avec l'idée que la nullité est une *sanction* qui doit être adaptée aux objectifs de la loi et aux besoins du milieu. Procédant à la reconstruction d'une théorie des nullités autour de l'idée de sanction, Japiot énonce le principe que la nullité se traduit par l'ouverture d'un *droit de critique dirigé contre les effets de l'acte*⁹⁷.

⁹⁴ Voir Req., 30 décembre 1902, S.1903.I.257 (note A. Tissier).

⁹⁵ Selon Drogoul, *supra* note 82 aux pp. 69-112, la théorie des actes inexistantes ne s'appuie ni sur les textes du Code civil, — lesquels ne commandent aucun système tant ils manquent d'uniformité — ni sur la logique. En effet, si le critère de l'inexistence est l'impossibilité absolue de concevoir l'acte, il n'y a guère d'actes qui soient inexistantes : il est logiquement possible de concevoir le mariage entre personnes du même sexe tout comme il est rationnellement possible d'envisager une obligation contractuelle sans consentement : le formalisme romain et la théorie allemande de la déclaration de volonté sont là pour le prouver (*ibid.* à la p. 144 et s.). Le concept d'inexistence doit donc être rejeté et on ne doit conserver que la «nullité», qui n'est pas un état objectif de l'acte, mais une sanction qu'impose la loi (*ibid.* à la p. 209 et s.). Considérée comme une sanction, la nullité peut être adaptée au but visé par la règle de formation violée, ce qui permet une «désolidarisation» des idées : alors que l'état de l'acte imposait toutes les solutions dans la théorie classique, la conception de la nullité comme sanction n'impose aucun régime *a priori* et les questions pratiques qui se posent peuvent se résoudre de façon autonome, en respectant le but de la loi pour chaque règle (*ibid.* à la p. 130). Drogoul rejette donc toute catégorisation, toute idée de système. La nullité, concept unique, est ainsi multiple dans ses applications : «au lieu des trois groupes [inexistence, nullité absolue, nullité relative], nous sommes donc en présence de toute une série de nullités [...] infiniment diverses par les motifs qui les inspirent» (*ibid.* à la p. 179).

⁹⁶ Japiot, *supra* note 5 à la p. 124 et s.

⁹⁷ *Ibid.* à la p. 284.

Pour bien saisir cette notion passablement complexe⁹⁸, il faut partir de la distinction fondamentale que pose Japiot entre le monde du fait et le monde du droit. Dans le monde du droit, l'inefficacité, même la plus radicale, ne pose aucun problème : «la loi est toute puissante pour déclarer en droit la nullité»⁹⁹. Mais dans les faits, «l'acte peut avoir été conclu à l'apparence, et même avoir produit certaines conséquences qui ne traduisent pas un effet juridique, mais, si l'on peut dire, qui le simulent»¹⁰⁰. La loi est impuissante à empêcher que ces faits se produisent, mais elle peut «permettre que sur le fondement de leur caractère non-juridique [...] on en demande la suppression pour l'avenir et, s'il y a lieu, la réparation aussi exacte que possible pour le passé»¹⁰¹. Elle le fera en accordant à certaines personnes la faculté d'invoquer la nullité — le droit de critique — ce «qui leur permettra de méconnaître l'acte nul, d'agir conformément à l'inefficacité juridique qui est en droit sa situation et d'assurer un état de fait conforme à cet état de droit.»¹⁰² Autrement dit, puisque la nullité opère de plein droit dans le monde du droit mais que la loi est impuissante à agir dans le monde du fait, il s'établit, de par la conclusion de l'acte invalide, une divergence entre le monde du droit et celui du fait : il y a «inexistence en droit» et «existence en fait»¹⁰³. Le droit de critique n'est donc que le moyen par lequel une personne pourra rendre la «réalité factuelle» conforme à la «réalité juridique».

En conséquence, la nature et l'objet du droit de critique sont assez particuliers. Premièrement, contrairement aux autres droits subjectifs,

le droit de critique ne tend pas en soi à la réalisation d'un intérêt positif; par essence et comme son nom l'indique, son but direct est purement destructif, on ne l'exerce qu'afin d'exercer un autre droit, celui que l'acte aurait supprimé s'il eût été valable, et qui subsiste en vertu de la nullité; le droit de critique n'a pour utilité que de permettre l'exercice d'un autre droit et par ce côté il se présente sous l'aspect d'un simple moyen.¹⁰⁴

Deuxièmement, l'objet du droit de critique n'est pas, comme on pourrait le

⁹⁸ Pour cette raison, et par souci de ne pas déformer sa pensée, nous nous permettons de citer de nombreux extraits de son ouvrage.

⁹⁹ *Ibid.* aux pp. 42, 286.

¹⁰⁰ *Ibid.* aux pp. 42-43.

¹⁰¹ *Ibid.* à la p. 43.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ «La notion d'une existence objective de l'acte ne peut se référer qu'à une existence de fait bien plus qu'à une existence de droit; un acte nul n'existera objectivement que comme une apparence matérielle» (*ibid.* à la p. 282).

¹⁰⁴ *Ibid.* à la p. 289.

croire, d'anéantir l'acte juridique invalide, mais plutôt d'anéantir les conséquences factuelles «simulées» qui en résultent :

Le but du droit de critique ne sera donc pas une modification ou une constatation relative à cette abstraction que constitue l'acte juridique considéré en lui-même. On ne critique pas uniquement pour critiquer, pour obtenir de la justice une reconnaissance théorique de la nullité; ce que l'on veut c'est un résultat pratique, c'est la suppression de tel fait objectif qui est la conséquence de l'acte; c'est donc contre cette conséquence pratique que l'attaque est dirigée: le vendeur invoque la nullité de la vente afin de faire cesser la détention de l'acheteur et de recouvrer les avantages de la possession de la chose.¹⁰⁵

Dans la conception de Japiot, le droit de critique est donc un «droit-moyen» dirigé contre les effets «de fait» de l'acte et non pas contre l'acte juridique lui-même, qui n'est qu'une abstraction.

Parce que le droit de critique n'est que le moyen d'exercer le droit subjectif qui a continué d'exister en dépit de la conclusion de l'acte nul, Japiot en conclut qu'il n'y a pas, du moins en principe, d'action en nullité. En effet, puisque ce droit subjectif existe toujours malgré la conclusion de l'acte invalide, on peut l'exercer directement par l'action qui lui est propre sans qu'il soit nécessaire de faire prononcer la nullité, celle-ci se produisant *ipso jure* dans la sphère du droit¹⁰⁶. Prenons l'exemple d'une vente qui est invalide. Puisque la nullité opère de plein droit, le «vendeur» est demeuré titulaire du droit de propriété sur la chose faisant l'objet du contrat. Il peut donc intenter directement une action en revendication de la chose, sans avoir besoin de demander l'annulation de la «vente», laquelle n'existe qu'en apparence¹⁰⁷.

¹⁰⁵ *Ibid.* aux pp. 295-96.

¹⁰⁶ On ne peut pas parler d'une action vraiment distincte à faire valoir le droit de critique, comme on parle d'une action en revendication tendant à faire valoir le droit de propriété: car le droit de critique est d'une nature toute différente de celle des droits ordinaires [...] Le caractère particulier du droit de critique explique et impose la solution que nous soutenons ici. Son but étant essentiellement *négalif*, [...] [on ne conçoit pas] une action qui lui soit exclusivement propre. Ce droit ne porte pas en lui-même la satisfaction d'un intérêt pratique; si l'on s'en prévaut en justice, c'est en l'invoquant comme simple *moyen* et non pas pour lui-même, à l'appui d'un *autre droit*, droit de propriété ou droit de créance, dont la satisfaction seule a son importance (*ibid.* à la p. 403).

¹⁰⁷ Japiot est cependant d'avis que, dans les situations exceptionnelles où il n'y a pas d'autre droit subjectif à exercer, le droit de critique peut être exercé pour lui-même dans le cadre, cette fois, d'une véritable action en nullité. Ainsi, l'action en nullité est possible dans le cas où il n'y a encore eu aucune exécution de l'acte et que l'on cherche à agir de façon préventive :

C'est autour de ce droit de critique que Japiot élabore une nouvelle théorie des nullités, tentant d'éviter à la fois la rigidité des classiques et la casuistique de Drogoul.

Sur la question des titulaires du droit de critique (les sujets «actifs» de ce droit), Japiot distingue près d'une dizaine de catégories qu'il regroupe autour de deux pôles : les nullités sanctionnant les règles inspirées par un motif d'ordre particulier et celles inspirées par un motif d'ordre général¹⁰⁸. Japiot pose ensuite la question des «sujets passifs» du droit de critique : le titulaire du droit de critique peut-il l'invoquer *erga omnes* ou seulement à l'encontre de certaines personnes ? Il considère qu'en principe le droit de critique peut être invoqué contre tous¹⁰⁹. Enfin, Japiot analyse la confirmation et la prescription extinctive comme étant l'extinction du «droit de critique». La première, qui est pour lui la renonciation au droit de critique¹¹⁰, est en principe possible à l'encontre de toute nullité, mais elle est parfois exclue parce que l'ordre public s'oppose à ce que l'on puisse se dépouiller de son droit de critique¹¹¹. La seconde produit son effet extinctif pour toutes les catégories de nullités, mais les délais varient en fonction des circonstances et du type d'action en jeu¹¹².

Au chapitre précédent, nous avons vu le droit de critique relégué au second plan [...] parce que le demandeur ne visait qu'une restitution particulière, faisait valoir principalement un autre droit [...] [I]ci, il n'en est plus de même [...] [L]e droit qui s'exerce, celui que le demandeur veut faire consacrer c'est maintenant le droit de critique lui-même (*ibid.* aux pp. 440-42).

¹⁰⁸ Les premières se subdivisent en 1° nullités purement personnelles (ouvertes à une seule personne à l'exclusion de ses ayants droits et créanciers) ; 2° nullités ouvertes à une seule personne sans être purement personnelles (ce serait le droit commun de la nullité relative) ; 3° nullités relatives ouvertes à plusieurs personnes à des titres différents (par exemple, l'incapable ou son représentant) ou au même titre (un prêt lésionnaire est contracté par plusieurs personnes) ; et 4° les nullités relatives généralisées (ouvertes à tous mais dans un but de protection d'intérêts purement privés). Les nullités établies dans l'intérêt général sont 1° les nullités d'intérêt social (ordre public : ouvertes à tous, au juge et au ministère public) ; 2° les nullités naturelles (défaut absolu de consentement, d'objet, de cause ; la nullité peut être invoquée par tous, sauf par le ministère public et le rôle du juge est fort limité) ; 3° les nullités d'intérêt privé général (ouvertes à tous sauf le ministère public et le juge) ; et 4° les nullités absolues à caractère pénal (ouvertes à tous sauf la partie de mauvaise foi) (*ibid.* aux pp. 530-634.)

¹⁰⁹ *Ibid.* à la p. 635 et s.

¹¹⁰ *Ibid.* à la p. 711.

¹¹¹ *Ibid.* à la p. 748 et s.

¹¹² *Ibid.* à la p. 814 et s. La question de la prescription est compliquée, dans la construction de Japiot, par le fait qu'il nie généralement le caractère autonome de l'action en nullité (voir ci-dessus le texte correspondant à la note 106), aussi doit-il étudier la prescription pour différents types d'actions.

Le système de Japiot est, comme il le souhaitait, d'une grande souplesse. Mais il l'est au prix d'une certaine complexité. Notamment, la distinction qu'il pose entre le monde du droit et celui du fait complique grandement la question de l'état de l'acte¹¹³ et celle du mécanisme de l'inefficacité. Certes, Japiot tient compte des apparences et cela est un progrès indéniable par rapport à la théorie classique. Toutefois, en posant le principe que la nullité opère *ipso jure* dans le monde du droit — ce qui le pousse à nier l'autonomie de l'action en nullité — Japiot demeure, paradoxalement, assez près des classiques sur un point fondamental : pour lui, tout comme pour ces derniers, l'apparence ne crée pas de véritables *effets juridiques*, d'où le caractère obscur et complexe de son système. C'est justement à ce niveau qu'intervient Gaudemet.

En 1937, dans sa *Théorie générale des obligations*¹¹⁴, Gaudemet reprend l'idée essentielle de Japiot : la théorie des nullités doit délaisser la conception «organique» et se tourner vers le «droit de critique». Mais Gaudemet simplifie la construction de Japiot¹¹⁵ en réintroduisant l'idée de l'état de l'acte.

Tout d'abord, pour Gaudemet, le droit de critique n'est pas dirigé à l'encontre des «effets de fait» de l'acte, mais plutôt à l'encontre de l'acte lui-même : «on considère la nullité comme sanctionnant la violation d'une règle légale. Cette sanction consiste en un droit de critique attribué à certaines personnes *à l'encontre de l'acte*» [nos italiques]¹¹⁶. Deuxièmement, Gaudemet, contrairement à Japiot, affirme l'autonomie de l'action en nullité en toute hypothèse¹¹⁷. Selon Gaudemet, cette action en nullité est nécessaire dès qu'il y a apparence :

[Non seulement cette action] est nécessaire au cas de vice de consentement et d'incapacité, mais aussi dans tous les cas de nullité absolue au sens classique, où il y a au moins une apparence d'acte à anéantir¹¹⁸.

Ces changements, qui peuvent paraître anodins, sont au contraire très importants. Dans la conception de Japiot, le droit de critique vise à rendre la situation factuelle «simulée» conforme à la situation juridique «véritable»,

¹¹³ Ainsi, puisque la nullité opère de plein droit dans le monde du droit, tout contrat entaché de nullité n'est qu'une pure apparence. Si ce système peut à la rigueur être acceptable en matière de nullité absolue, il nous semble incompatible avec la nature même de la nullité relative : on ne peut pas dire que l'acte vicié par la crainte ou la lésion n'existe qu'en apparence !

¹¹⁴ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1965.

¹¹⁵ «Sans adopter l'ensemble [des conclusions de Japiot], nous nous rallierons à son point de départ et à l'essentiel de sa méthode» (*ibid.* à la p. 147).

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.* à la p. 150.

¹¹⁸ *Ibid.*

laquelle survient en principe de plein droit. Dans la théorie de Gaudemet, le droit de critique fonde l'action en nullité, laquelle «tend à l'anéantissement d'un contrat *créateur d'obligations*» [nos italiques]¹¹⁹. Autrement dit, pour Gaudemet, dès lors qu'il y a apparence de validité, *l'acte existe et il produit des effets juridiques tant et aussi longtemps qu'il n'a pas été annulé* :

Si l'action en nullité est nécessaire, — c'est à dire dans la très grande majorité des cas, — l'acte a une existence au moins apparente. Il a produit effet¹²⁰.

Dans cette conception, il n'y a plus, comme chez Japiot, un acte inefficace en droit qui «simule» des effets juridiques ; il y a plus simplement un *acte efficace en droit parce qu'apparemment valide*. Cette efficacité est certes précaire, mais elle subsiste tant que le contrat n'est pas annulé. Avec Gaudemet, l'apparence crée de véritables effets *juridiques*. On en revient ainsi à l'«*idem est esse et apparere*» des romanistes¹²¹.

Le mécanisme de la nullité est dès lors simplifié : dès qu'il y a apparence de validité, il est nécessaire d'exercer l'action en nullité et le juge, en accueillant celle-ci, *prononcera* la nullité ce qui entraînera l'anéantissement rétroactif d'un acte qui jusque là existait¹²². Par voie de conséquence, la nature du droit de critique se simplifie. Celui-ci se rapproche d'un droit subjectif ordinaire, d'un simple droit d'option : le contrat existe, mais le titulaire du droit de critique peut choisir d'en demander l'anéantissement en justice. Alors que l'état du contrat invalide était plutôt nébuleux chez Japiot¹²³, cet état en est tout simplement un d'*annulabilité* dans la conception de Gaudemet : le contrat invalide mais apparemment valide existe juridiquement, mais cette existence est précaire.

Cette analyse est le fondement de la conception française contemporaine en matière de nullités.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *Ibid.* à la p. 161.

¹²¹ Voir ci-dessus la partie I.A.3.b.

¹²² Gaudemet, *supra* note 114 à la p. 161.

¹²³ Voir *supra* note 113. Voir aussi les commentaires de P. Kayser, «Les nullités d'ordre public» (1933) 32 Rev. trim. dr. civ. 1115 à la p. 1122.

c. *L'adoption de la théorie du droit de critique en droit contemporain français*

Les auteurs français contemporains sont tout d'abord unanimes à rejeter l'inexistence des classiques, et ce rejet est, tout comme dans la doctrine de Gaudemet, essentiellement fondé sur le respect dû aux apparences : «quelle que soit l'importance de l'élément du contrat qui fait défaut, les déclarations de volonté ont fait naître une apparence qui doit être détruite»¹²⁴. Ensuite, les auteurs sont généralement d'accord pour dire avec Gaudemet que, d'une part, le droit de critique s'exerce à l'encontre de l'acte et que, d'autre part, cet acte produit des effets juridiques tant et aussi longtemps qu'il n'est pas annulé¹²⁵. Autrement dit, l'acte invalide n'est toujours qu'annulable (du moins dès qu'il y a apparence de validité) et ce, peu importe la gravité du vice qui l'affecte. L'annulabilité devient ainsi la sanction privilégiée de l'invalidité dans le droit français moderne.

Si l'expression «annulabilité» reste rarement évoquée en doctrine française contemporaine, laquelle préfère encore parler de «nullité», cela ne doit pas tromper. Tout d'abord, en un sens, la *nullité* est l'état de l'acte «annulable» après son annulation. Puisque cet état est l'aboutissement normal (quoique non nécessaire) de l'annulabilité, il ne faut pas se surprendre que l'on continue à parler de «nullité» malgré l'adoption du concept de l'annulabilité. En outre, le rejet de la conception «organique» a eu pour conséquence que la doctrine contemporaine a négligé la question de l'état de l'acte¹²⁶, ce qui a rendu difficile la perception de l'annulabilité, qui est justement un état de l'acte. Il n'y a guère que Dupeyron qui ait fait remarquer que «ce n'est pas parce que l'état d'un acte

¹²⁴ Ghestin, *supra* note 82 au n° 739 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français: Obligations — 1^{re} partie*, t. 6, 2^e éd. par P. Esmein, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952 au n° 283 et s. ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil*, t. 2, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957 au n° 688 ; G. Marty et P. Raynaud, *Introduction générale à l'étude du droit*, t. 1, 2^e éd., Paris, Sirey, 1972 au n° 161 ; H.L. Mazeaud, J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 1991 au n° 297 ; J. Flour et J.-L. Aubert, *Les obligations: L'acte juridique*, 4^e éd. par J.-L. Aubert, Paris, Armand Colin, 1990 au n° 327 ; C. Larroumet, *Droit civil: Les obligations, le contrat*, t. 3, 2^e éd., Paris, Economica, 1990 au n° 532 ; Weill et Terré, *supra* note 82 au n° 291 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil — Obligations*, Paris, Librairies Techniques, 1985 au n° 837.

¹²⁵ Ghestin, *ibid.* au n° 742 et à la note 1 du n° 750 ; Flour et Aubert, *ibid.* aux n°s 320, 328 ; Marty et Raynaud, *ibid.* au n° 159 ; Weill et Terré, *ibid.* au n° 324. Voir cependant l'analyse de C. Guelfucci-Thibierge qui préfère dire, avec Japiot, que la nullité s'attaque aux effets du contrat plutôt qu'à l'acte lui-même (C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992 au n° 385 et s.).

¹²⁶ Voir P. Hébraud, «Préface» dans C. Dupeyron, *La régularisation des actes nuls*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1973.

n'est pas un état d'inexistence que l'état de l'acte n'existe pas.»¹²⁷ Autrement dit, on doit tenir compte de l'état objectif de l'acte, même si cet état n'est pas un état d'inexistence, et, dans la conception contemporaine, l'acte est *ab initio* dans un état d'annulabilité, même si on n'utilise que rarement cette expression.

Ainsi, par exemple, pour Guelfucci-Thibierge, auteure d'une thèse récente en matière de nullités, la nullité, n'est pas «dans l'état de l'acte, en tant qu'il comporte un vice originaire l'entachant depuis sa conclusion; cet état n'est que le présupposé de la sanction de nullité»¹²⁸. En d'autres termes, la nullité de Guelfucci-Thibierge est une «annulabilité» :

[T]ant que la nullité n'en est pas prononcée, l'acte demeure valable. Il est seulement entaché d'une cause de nullité. Celle-ci ne s'apparente pas à un état de l'acte mais simplement à un vice qui permettrait d'en obtenir l'annulation. Cela explique que le contrat entaché d'une cause de nullité mais non annulé soit susceptible, dans certains cas, de produire tous les effets attachés à un acte valable¹²⁹.

En ce qui a trait au régime juridique du droit de critique, la doctrine française contemporaine a rejeté les nombreuses sous-catégories que proposait Japioit¹³⁰, ne conservant que la distinction relative à la protection de l'intérêt général et des intérêts particuliers, rétablissant d'ailleurs pour ce faire la terminologie traditionnelle. Ainsi, lorsque le contrat viole une règle édictée qui s'impose pour la protection de l'intérêt général, il y a «nullité absolue», mais lorsqu'il est contraire à une norme établie dans le but de protéger des intérêts privés, il y a «nullité relative»¹³¹. En cas de «nullité absolue», puisque l'intérêt général est en jeu, le droit de critique est ouvert à tout intéressé et le contrat ne pourra être

¹²⁷ Dupeyron, *ibid.* au n° 349.

¹²⁸ Guelfucci-Thibierge, *supra* note 125 au n° 361.

¹²⁹ *Ibid.* au n° 386.1.

¹³⁰ Voir *supra* note 108.

¹³¹ Planiol et Ripert, *supra* note 124 au n° 287 et s. ; Larroumet, *supra* note 124 au n° 525 et s. ; Ghestin, *supra* note 82 au n° 743 et s. ; Weill et Terré, *supra* note 82 au n° 292 et s. ; Roland et Boyer, *supra* note 124 au n° 830 et s. ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil: Les obligations*, t. 1, 2^e éd., Paris, Sirey, 1989 au n° 218 ; Mazeaud, Mazeaud et Chabas, *supra* note 124 au n° 293 ; Flour et Aubert, *supra* note 124 au n° 325 et s. Toutefois, l'approche dualiste est parfois critiquée : voir J. Chevallier, «Rapport général» dans *Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Paris, Dalloz, 1965, 513 ; C. Renard et M.E. Vieujean, «Rapport sur la nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge» dans *Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Paris, Dalloz, 1965, 521 ; F. Durry, «Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français» dans *Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Paris, Dalloz, 1965, 611.

confirmé, du moins en principe¹³². Au contraire, si la règle de formation violée ne vise qu'à protéger un intérêt particulier, seule la personne ainsi protégée sera investie du droit de critique et la confirmation de l'acte sera possible¹³³. La prescription du droit de critique est toutefois possible dans l'un et l'autre cas, mais le délai variera, étant en principe plus long en matière de nullité absolue¹³⁴.

Cependant, il importe de souligner que l'opposition «nullité absolue/nullité relative» n'a aucun impact au niveau du mécanisme de l'inefficacité qui demeure toujours celui de l'annulabilité : l'acte, même «nul de nullité absolue» n'est toujours qu'annulable. Cette constatation fondamentale est confirmée par l'analyse du régime juridique de la «nullité absolue». Si tout intéressé peut invoquer la nullité et si la confirmation est exclue, ce n'est pas, comme disait Dunod de Charnage, parce que la loi s'oppose *ab initio* à ce que l'acte produise des effets juridiques, mais plutôt parce qu'il faut *multiplier les chances d'annuler cet acte qui produit ses effets en violation d'une règle d'intérêt général*¹³⁵. En droit français contemporain, et contrairement à ce qui était le cas sous l'Ancien droit, la nullité absolue n'est pas une inefficacité radicale mais plutôt, à l'instar de la nullité relative, une simple annulabilité.

La distinction de l'Ancien droit entre la «nullité absolue» et la «nullité relative» est donc reprise en droit contemporain mais non sans être profondément transformée : alors qu'elle opposait auparavant l'inefficacité radicale à l'annulabilité, elle ne sert plus désormais qu'à distinguer deux catégories d'*annulabilité*. L'annulabilité, de sanction exceptionnelle qu'elle était dans la conception traditionnelle et dans la théorie classique, devient ainsi, en droit français contemporain, la sanction de principe de l'invalidité.

C. Droit québécois

Le droit québécois connaîtra une évolution semblable à celle du droit français, mais l'intervention du législateur aura toutefois été nécessaire pour écarter la théorie classique, celle-ci étant bien implantée en jurisprudence.

Au moment de la codification des lois civiles du Bas-Canada, en 1866, la

¹³² Voir G. Couturier, *De la confirmation des actes nuls*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972 ; Ghestin, *ibid.* au n° 840 et s.

¹³³ Voir *supra* les autorités citées à la note 124.

¹³⁴ Voir *supra* les autorités citées à la note 124.

¹³⁵ Flour et Aubert, *supra* note 124 au n° 328 ; Ghestin, *supra* note 82 au n° 745 ; Couturier, *supra* note 132 au n° 302 et s.

théorie classique est à son zénith en France. Celle-ci sera rapidement adoptée par la doctrine et la jurisprudence québécoises (I.C.1). Cet accueil favorable aura pour conséquence d'amortir l'impact de la théorie du droit de critique au Québec : celle-ci, depuis le milieu du XX^e siècle, accroît de plus en plus son influence, mais elle ne pourra évincer totalement la théorie classique (I.C.2). La confusion qui découlera de cette coexistence ne prendra fin qu'avec l'adoption du *Code civil du Québec*, qui écarte la théorie classique (I.C.3).

1. Adoption de la théorie classique

Déjà dans le droit québécois d'avant la codification, Des Rivières Beaubien¹³⁶ s'alignait sur Pothier : l'acte rescindable existe juridiquement tant qu'il n'est pas annulé, ce qui ne semble pas être le cas de l'acte nul, auquel il manque un élément essentiel¹³⁷. La codification du droit civil québécois ne changera pas cette conception. À l'instar du *Code civil des Français*, le *Code civil du Bas-Canada* maintient la distinction entre les actes «nuls» et les actes annulables (ou rescindables)¹³⁸ et malgré les réserves qu'ont exprimées les codificateurs à l'endroit de certains aspects de la théorie classique¹³⁹, le droit québécois adopte rapidement, pour distinguer la «nullité» de l'annulabilité, le critère des conditions essentielles.

La doctrine jouera à cet égard un rôle important. Mignault adopte la théorie

¹³⁶ H. Des Rivières Beaubien, *Traité sur les lois civiles du Bas-Canada*, t. 2, Montréal, Ludger Duvermay, 1832 à la p. 177 et s.

¹³⁷ Distinguant les cas de violence, de dol et de lésion de ceux d'erreur (sur la chose même ou sur sa substance), défaut de cause ou cause illicite et «défaut de lien», Des Rivières Beaubien indique que dans les premiers cas, il y a lieu à la rescision de la convention (*ibid.* aux pp. 181-82), alors que dans les autres situations le contrat est «nul» (*ibid.* aux pp. 180, 182-83). Il reprend aussi l'idée de Pothier selon laquelle tout contrat doit contenir certains éléments essentiels en l'absence desquels «ou il n'y a pas du tout de contrat ou c'est une autre espèce de contrat» (*ibid.* à la p. 178).

¹³⁸ Voir art. 1000 C.c.B.-C.

¹³⁹ Les Commissaires ont évité comme des subtilités inutiles les questions tant controversées par les glossateurs, si un consentement surpris par le dol ou obtenu par la contrainte était réellement un consentement, et si l'erreur, la fraude et la violence vicient le contrat directement parce qu'ils détruisent le consentement, ou indirectement parce qu'il serait contre les bonnes mœurs de soutenir un contrat fait sous leur influence. Ces questions, de même que la question analogue, si l'effet de ces vices est d'empêcher que le contrat n'ait lieu, ou seulement de le rendre mauvais, n'ont aucune conséquence pratique (*Code civil du Bas-Canada: Premier rapport*, Québec, Desbarats, 1865 à la p. 11).

classique, sans toutefois souscrire à sa terminologie¹⁴⁰. Distinguant nullité et annulabilité¹⁴¹, ce dernier considère que les contrats sont nuls 1° «lorsque l'un des éléments essentiels à leur perfection manque absolument»¹⁴²; 2° «lorsqu'ils sont faits en violation d'une prohibition de la loi»; et 3° «lorsque les formes solennelles auxquelles ils sont soumis pour leur perfection n'ont pas été observées»; mais ils ne sont qu'annulables en cas de vices de consentement ou d'incapacité¹⁴³. À sa suite¹⁴⁴, Langelier¹⁴⁵, Routhier¹⁴⁶, Trudel¹⁴⁷, Faribault¹⁴⁸ et L. Baudouin¹⁴⁹ reprennent l'analyse classique; ils seront d'autant plus justifiés de le faire que la jurisprudence québécoise l'adopte également.

¹⁴⁰ P.-B. Mignault, *Droit civil canadien*, t. 5, Montréal, Théorêt, 1901 à la p. 232 et s. Tout en notant l'usage en France de l'expression «acte inexistant», Mignault préfère conserver la terminologie consacrée par la jurisprudence québécoise et il oppose le «contrat nul» au «contrat annulable» (*ibid.* à la note 1 de la p. 235). Il est, selon nous, inexact de conclure de son choix de vocabulaire que Mignault rejette le concept de l'inexistence (P.-G. Jobin, «L'inexistence dans le droit commun des contrats» (1974) 15 C. de D. 173 à la p. 174) [ci-après «L'inexistence»]. Mignault adopte clairement les concepts de la théorie classique même s'il conserve la terminologie traditionnelle (voir *infra* note 141).

¹⁴¹ *Nullité* est le mot dont on se sert pour exprimer l'*inexistence* d'un contrat qui a paru se former, mais qui, en réalité, n'existe point [...]. Les contrats annulables sont ceux qui, bien qu'ils réunissent tous les éléments essentiels à leur formation, sont entachés d'une imperfection assez grave pour en autoriser l'*annulation* lorsqu'elle est demandée, mais qui, *provisoirement*, ne les empêche pas de valoir (Mignault, *ibid.* aux pp. 235-36).

Mignault reprend les solutions classiques: le contrat nul n'ayant aucune existence, 1° toute personne intéressée peut soulever la nullité; 2° point n'est besoin d'en demander l'annulation; et 3° ni personne ni le temps ne peut couvrir la nullité. Les solutions inverses prévalent en cas d'acte annulable, lequel existe tant qu'il n'est pas annulé (*ibid.* aux pp. 237-38).

¹⁴² C'est le cas s'il y a défaut absolu de consentement (erreur-obstacle, inaptitude à consentir); défaut d'objet, défaut de cause (*ibid.* aux pp. 235-36). Mignault souligne que les codificateurs ont manqué d'exactitude en disant à l'article 1000 C.c.B.-C que l'erreur n'est pas une cause de nullité: l'erreur-obstacle est, selon lui, une cause de nullité car le consentement fait alors absolument défaut (*ibid.* aux pp. 212, 236-37).

¹⁴³ *Ibid.* aux pp. 236-37.

¹⁴⁴ Mentionnons toutefois qu'avant Mignault, un avocat de Québec avait publié un ouvrage dans lequel il reprenait la théorie classique (N.N. Olivier, *De la nullité des contrats*, Québec, J. Dussault, 1889 aux n^{os} 1-47).

¹⁴⁵ F. Langelier, *Cours de droit civil*, t. 3, Montréal, Wilson et Lafleur, 1905 aux pp. 369-95 et t. 4 à la p. 72.

¹⁴⁶ A. Routhier, *Des causes de nullité des contrats*, Québec, Charrier et Dugal, 1942.

¹⁴⁷ F. Trudel, *Traité de droit civil du Québec*, t. 7, Montréal, Wilson et Lafleur, 1946 aux pp. 48-49, 64, 66-67, 70-77, 96-101, 142, 152, 162-63, 210-26.

¹⁴⁸ L. Faribault, *Traité de droit civil du Québec*, t. 8bis, Montréal, Wilson et Lafleur, 1959 au n^o 420.

¹⁴⁹ L. Baudouin, *Le droit civil de la Province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953 aux pp. 673-74.

En effet, d'une part, celle-ci distingue nettement la «nullité» (aussi appelée «nullité absolue») de l'annulabilité (généralement appelée «nullité relative»)¹⁵⁰. Résumant les principes d'une jurisprudence déjà bien établie, le juge Taschereau, dans l'affaire *Rosconi c. Dubois*¹⁵¹, écrit :

Les caractères de la nullité absolue sont bien connus. Cette nullité est immédiate, c'est-à-dire qu'elle frappe l'acte aussitôt qu'il est fait. [...] Au contraire, [...] les vices de consentement comme la violence, l'erreur, le dol et l'incapacité de l'un des auteurs de l'acte, sont les principales causes qui rendent un acte annulable. Dans ce cas, la nullité n'est pas immédiate, c'est-à-dire qu'elle produit ses effets tant que n'est pas rendue la sentence du juge¹⁵².

D'autre part, la jurisprudence québécoise utilise le critère des conditions essentielles pour fixer les domaines de la nullité et de l'annulabilité. Ainsi, on considère qu'en cas de défaut absolu de consentement, il y a nullité plutôt qu'annulabilité¹⁵³. En cas d'erreur sur la nature du contrat, malgré la lettre du *Code civil du Bas-Canada*¹⁵⁴, la jurisprudence opte pour la «nullité» car, le consentement faisant absolument défaut, on considère qu'il manque un élément essentiel au contrat¹⁵⁵. Il en est de même en cas d'erreur sur l'identité de l'objet¹⁵⁶. En outre, on considère généralement que l'«incapacité naturelle» (c'est-à-dire, l'incapacité à consentir) doit être sanctionnée par la nullité plutôt que

¹⁵⁰ La «nullité absolue» équivaut à l'inexistence des classiques français : notamment, l'annulation de l'acte «nul de nullité absolue» n'a pas à être demandée, au contraire de l'acte annulable (voir *Frigon c. Bussel* (1874), 5 R.L. 559 (C.S.) ; *Côté c. Haughey* (1881), 7 Q.L.R. 142 (C. rév.) ; *Hingston c. Larue* (1881), 7 Q.L.R. 301 (C. rév.) ; *Phialcosky c. Gareau* (1890), 34 L.C.J. 200 (C. rév.) ; *Cyr c. Lecours* (1914), 47 C.S. 86 ; *Promotion Co. of Canada c. Leriche* (1917), 23 R.L. (N.S.) 329 (C. rév.) ; *Nova Scotia Construction Co. c. Quebec Streams Commission*, [1933] R.C.S. 220, [1933] 2 D.L.R. 593 ; *Dion Ltée c. Banque Provinciale du Canada* (1938), 66 B.R. 344).

¹⁵¹ [1951] R.C.S. 554 [ci-après *Rosconi*].

¹⁵² *Ibid.* aux pp. 576-77. Il nous semble que l'idée du juge Taschereau serait mieux exprimée si la dernière phrase était formulée autrement : «la nullité n'est pas immédiate, c'est-à-dire [qu'elle ne] produit [pas] ses effets tant que n'est pas rendue la sentence du juge».

¹⁵³ Voir *Côté c. Stadacona Insurance Co.* (1881), 6 R.C.S. 193, 6 Q.L.R. 147, M. le juge Fournier.

¹⁵⁴ Voir art. 992, 1000 C.c.B.-C et les commentaires des codificateurs, *supra* note 139.

¹⁵⁵ Voir *Lecavalier c. Lecavalier* (1923), 29 R.L. (N.S.) 378 (B.R.) ; *Rawleigh Co. c. Latraverse* (1924), 36 B.R. 334 ; *W.T. Rawleigh Co. c. Dumoulin*, [1926] R.C.S. 551 à la p. 557, [1926] 4 D.L.R. 141.

¹⁵⁶ *Montreal Investment & Realty Co. c. Sarault* (1918), 57 R.C.S. 464, 44 D.L.R. 530, M. le juge Fitzpatrick ; *Forté c. Security Trust Ltd.* (1914), 46 C.S. 201. Par contre, dans l'affaire *Rose c. Pinsonneault* (1927), 65 C.S. 287, le juge De Lorimier, se disant tenu par le texte de l'article 1000 C.c.B.-C, considère qu'une erreur *in negotio* doit être sanctionnée par l'annulabilité.

l'annulabilité¹⁵⁷, mais cette question demeure controversée, probablement à cause des hésitations de Mignault à ce sujet¹⁵⁸.

Jusqu'à un passé, somme toute, récent, jurisprudence et doctrine québécoises appliquaient la théorie classique des nullités telle qu'elle avait été élaborée par la doctrine française du XIX^e siècle et on ne trouvait guère, en droit québécois, de traces de la théorie du droit de critique.

2. La coexistence de la théorie classique et de la théorie du droit de critique

Cependant, à compter du milieu du XX^e siècle, l'on commence à sentir une certaine présence de la théorie du droit de critique¹⁵⁹. Celle-ci accroît peu à peu son influence et la doctrine québécoise récente professe, depuis une vingtaine d'années, les principes fondamentaux de cette théorie.

Premièrement, on rejette la notion d'inexistence ou de nullité *ab initio* : la nullité, qu'elle soit absolue ou relative, doit être prononcée en justice étant donné le respect dû aux apparences¹⁶⁰. Deuxièmement, les auteurs québécois enseignent, du moins en principe, que le critère de distinction entre la «nullité

¹⁵⁷ Voir *Petit c. Jubinville* (1924), 31 R.L. (N.S.) 375 (C.S.) ; *Patenaude c. Bohémier* (1931), 69 C.S. 442. Voir aussi Olivier, *supra* note 144 au n° 13 ; Langelier, *supra* note 145 à la p. 369 ; Routhier, *supra* note 146 aux pp. 31-32 ; Trudel, *supra* note 147 aux pp. 70-77. Voir aussi l'étude de G. Labrèche, «Nullité des actes juridiques de l'aliéné» (1957) R.J.T. 230.

¹⁵⁸ Mignault, *supra* note 140, t. 5 à la p. 195. opte pour l'annulabilité, mais, *ibid.* à la page 235, il cite, sans les désapprouver, des passages où Moulon indique qu'il s'agit là d'un cas de nullité. Quoiqu'il en soit, certaines décisions, se fondant sur le premier passage, clairement écrit par Mignault lui-même, privilégient l'annulabilité sur la nullité (voir *Normandin c. Nadon*, [1945] R.L. 361 (C.S.) ; *Rosconi c. Dubois*, *supra* note 150 à la p. 578, M. le juge Taschereau). Dans l'arrêt *Martel c. Martel*, [1967] B.R. 805 [ci-après *Martel*], la Cour du Banc de la Reine, appliquant le critère de l'intérêt protégé, se prononce en faveur de la «nullité relative».

¹⁵⁹ En 1950, est publié à Montréal un ouvrage sur les nullités (F.C. Cancino, *La nullité des actes juridiques*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1950) qui s'inspire de la conception qui se développe en France depuis le début du siècle. Selon l'auteur, toute nullité doit être déclarée par jugement ; tant que cette déclaration n'est pas faite, l'acte doit être considéré comme valable (*ibid.* aux n° 55-59) et le critère de distinction de la nullité absolue et de la nullité relative n'est pas l'absence *versus* le vice des conditions de formation du contrat mais plutôt celui de l'intérêt protégé (*ibid.* au n° 77). En outre, dans un texte publié aux Cahiers de Droit, le critère de l'intérêt protégé est mis en valeur (M. Côté, «La nullité des contrats» (1956) 2 C. de D. 104).

¹⁶⁰ J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 3^e éd., Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1989 au n° 306 ; J. Pineau et D. Burman, *Théorie des obligations*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1988 au n° 136 ; M. Tancelin, *Des obligations: Contrat et responsabilité*, 4^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1988 au n° 191 ; A. Larouche, *Les obligations: Théorie générale des contrats; Quasi-contrats*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982 au n° 169.

absolue» et la «nullité relative» est celui de l'intérêt protégé¹⁶¹. Cependant, la théorie classique n'est pas pour autant totalement écartée.

En effet, notamment en raison de la place prépondérante occupée par les précédents jurisprudentiels dans la hiérarchie des sources du droit québécois¹⁶², les décisions des tribunaux adoptant la théorie classique ne peuvent être facilement écartées. Coincé entre la conception française contemporaine fondée sur la théorie du droit de critique, et la jurisprudence québécoise encore centrée sur la théorie classique¹⁶³, le droit québécois des nullités devient confus¹⁶⁴.

Ainsi J.-L. Baudouin considère que l'absence totale de consentement devrait être sanctionnée par la «nullité absolue» car il manque alors un élément essentiel à l'acte juridique et ce, que ce défaut de consentement découle d'une mésentente (erreur-obstacle)¹⁶⁵ ou de l'inaptitude à consentir¹⁶⁶. De même, son analyse de la sanction des vices affectant l'objet ou la cause objective est fortement teintée par la théorie classique¹⁶⁷. Par contre, c'est le critère de l'intérêt protégé qu'il utilise pour déterminer les domaines respectifs de la nullité absolue et de la nullité relative en matière de capacité, de vices de consentement et

¹⁶¹ Baudouin, *ibid.* au n° 305 ; Larouche, *ibid.* au n° 168 ; Tancelin, *ibid.* au n° 193.

¹⁶² Les influences réciproques de la jurisprudence et de la doctrine sont fort différentes au Québec de ce qu'elles peuvent être en France, où la doctrine est nettement moins asservie aux solutions jurisprudentielles. Cela tient à de nombreux facteurs, dont, notamment, l'organisation de notre système judiciaire. On peut consulter à ce propos S. Gaudet, «La Doctrine et le Code civil du Québec» dans P.A. Côté, dir., *Journées Maximilien-Caron: Le nouveau code civil: Interprétation et application*, 1992, Montréal, Thémis, 1992, 223).

¹⁶³ Les décisions suivantes, toutes postérieures à 1960, appliquent la conception classique : *Fortin c. Studio E.B. Côté Inc.*, [1960] C.S. 86 ; *Lussier c. Courvoisier Chimney Contractors Inc.* (1961), [1962] C.S. 561 ; *Hôtel commercial de Bagotville Inc. c. Boily* (1965), (1970) 11 C. de D. 815 (C.S.) ; *Agricultural Chemicals Ltd c. Boisjoli* (1971), [1972] R.C.S. 278 [ci-après *Boisjoli*] ; *J.J. Joubert Ltée c. Lapierre* (1971), [1972] C.S. 476 ; *Rénovations de l'Est Inc. c. Messier*, [1972] R.L. 582 (C.P.) [ci-après *Messier*] ; *Hébert c. Borduas*, [1975] C.S. 439 ; *Gagnon c. Fairfay Corp. Ltd.* (1977), [1978] C.P. 158 ; *Service de musique Trans-Canada Inc. c. Davis*, [1979] C.S. 211 ; *Bellerive c. Deblois*, [1981] C.P. 312 ; *Banque fédérale de développement c. Courtiers Louis Tardif Inc.* (1988), 6 R.D.J. 654, 21 Q.A.C. 211 (C.A.) ; *Clermont c. Parent*, [1986] R.J.Q. 513 (C.P.) ; *1861-7266 Québec Inc. c. Banque Nationale du Canada* (24 octobre 1984), Saint-François 480-05-000021-835, J.E. 84-1005 (C.S.) ; *J.A. Thibault Inc. c. Maritime, cie d'assurance-vie* (18 janvier 1990), Saint-François 450-05-000167-870, 450-05-000042-883, J.E. 90-544 (C.S.), porté en appel Montréal 500-09-000348-904, 500-09-000349-902 (C.A.) ; *Constructions D. Tardif et Fils Inc. c. Luvicom Inc.* (18 mars 1991), Québec 200-05-001896-880, J.E. 91-717 (C.S.).

¹⁶⁴ Comparer *Martel*, *supra* note 158 à *Boisjoli*, *ibid.*

¹⁶⁵ Baudouin, *supra* note 160 aux n°s 129-31, 328.

¹⁶⁶ *Ibid.* aux n°s 261 et 328. Voir aussi P.-G. Jobin, «Le défaut de consentement» (1966-67) 8 C. de D. 225.

¹⁶⁷ Baudouin, *ibid.* aux n°s 331-32.

de cause subjective¹⁶⁸. Pineau et Burman, se sentant liés par la jurisprudence, adoptent généralement les mêmes solutions même s'il ressort de leurs commentaires qu'ils n'endossent pas le raisonnement de la théorie classique¹⁶⁹. Tancelin et Perret condamnent encore plus ouvertement l'analyse classique, mais reconnaissent que celle-ci est bien vivante en droit québécois¹⁷⁰, ce que confirme Jobin dans ses commentaires¹⁷¹ sur l'affaire *Boisjoli*¹⁷². Signe encore plus révélateur, la coexistence des théories classique et contemporaine des nullités se retrouve dans certains projets de loi. L'*Avant-Projet de loi portant réforme au droit des obligations* de 1987¹⁷³ et le *Projet de Loi 125* de 1991¹⁷⁴ utilisent à la fois le critère de l'intérêt protégé et celui des conditions essentielles pour déterminer les domaines respectifs de la nullité absolue et de la nullité relative.

Cette coexistence des théories classique et contemporaine des nullités n'est pas sans inconvénients. Il devient notamment difficile de cerner la nature exacte de la «nullité absolue» et, par voie de conséquence, le domaine précis de l'annulabilité par rapport à celui de l'inefficacité radicale. En effet, selon la théorie classique, il y a «nullité absolue» lorsqu'il manque un élément essentiel à la formation de l'acte. En toute logique cette inefficacité est radicale puisque l'acte n'a pas pu se former. Par contre, comme on l'a vu, si on adopte la théorie contemporaine du droit de critique, la «nullité absolue» n'est qu'une simple annulabilité. Ainsi, selon la conception que l'on adopte, la «nullité absolue» participe, soit de l'inefficacité radicale, soit de l'annulabilité. Si on hésite entre ces deux conceptions ou encore si on les fait coexister, la notion de «nullité absolue» devient équivoque.

¹⁶⁸ *Ibid.* aux n^{os} 329-32.

¹⁶⁹ Pineau et Burman, *supra* note 160 aux n^{os} 131-34.

¹⁷⁰ Tancelin, *supra* note 160 au n^o 187.1 et s. ; L. Perret, «Une philosophie nouvelle des contrats» (1980) 11 R.G.D. 537 aux pp. 574-75. Voir aussi ci-dessus la jurisprudence citée à la note 163.

¹⁷¹ «L'inexistence», *supra* note 140.

¹⁷² *Supra* note 163.

¹⁷³ Avant-projet de loi, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, 1^{er} sess., 33^e lég., Québec, 1987. Les articles 1460 et 1462 de cet avant-projet reprennent le critère de l'intérêt protégé, mais le paragraphe 1442(2) maintient l'analyse classique : «En l'absence de consentement, le contrat est nul, de nullité absolue».

¹⁷⁴ P.L. 125, *Code civil du Québec*, 1^{er} sess., 34^e lég., Québec, 1990, art. 1413 : «La nullité d'un contrat est absolue lorsque la condition de formation qu'elle sanctionne est *essentielle ou s'impose pour la protection de l'intérêt général*» [nos italiques].

Le coup de barre donné par le législateur québécois dans le *Code civil du Québec* en faveur de la théorie du droit de critique a permis de clarifier la situation¹⁷⁵.

3. *Code civil du Québec*

Le *Code civil du Québec* codifie, pour l'essentiel, la théorie contemporaine des nullités¹⁷⁶.

Rejetant en principe l'inefficacité radicale (la «nullité» selon la terminologie de Mignault), le nouveau *Code civil* adopte plutôt l'annulabilité comme sanction de principe de l'invalidité du contrat. Cela ressort clairement des articles 1416 et 1422 C.c.Q. :

1416. Tout contrat qui n'est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation *peut être frappé de nullité*.

1422. Le contrat frappé de nullité est *réputé n'avoir jamais existé* [nos italiques].

Ces articles généraux, qui s'appliquent que la «nullité» soit absolue ou relative, témoignent de l'adoption de la théorie moderne. L'expression «peut être frappé de nullité» («*may be annulled*» dans la version anglaise) signifie, selon nous, que l'acte invalide tout en étant susceptible d'être ainsi frappé ne le sera pas nécessairement : il faudra que quelqu'un (un citoyen, ou même en cas d'annulabilité absolue, le tribunal) en provoque l'annulation¹⁷⁷. En outre, lorsqu'il sera ainsi «frappé», le contrat sera réputé n'avoir jamais existé, ce qui implique donc qu'il existait avant cette annulation. On codifie ainsi la conception contemporaine : la nullité n'est pas «dans l'acte», elle ne survient que si

¹⁷⁵ Le législateur est ainsi revenu à la conception que proposait l'O.R.C.C. (Québec, Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec: Projet de Code civil*, vol. 1, Québec, Éditeur officiel, 1978, livre 5, art. 47 et s.).

¹⁷⁶ J. Pineau, «Théorie des obligations» dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, dir., *La Réforme du Code civil*, t. 2, Sainte-Foy (Québec), Presses de l'Université Laval, 1993, 9 au n° 64 et s. ; M. Tancelin, *L'acte juridique légitime*, vol. 2, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993 au n° 193 ; J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1993 au n° 367 et s.

¹⁷⁷ Tancelin, *ibid.*, semble croire que les termes «peut être frappé de nullité» donnent une latitude au juge d'accorder ou non la nullité selon son appréciation. À notre avis, cette interprétation doit être rejetée : si les conditions nécessaires pour ouvrir le droit de critique existent et que ce droit est exercé, le juge doit prononcer la nullité, sauf dans les cas exceptionnels où la loi lui confère une marge d'appréciation. Le fait que le contrat n'est pas nécessairement frappé de nullité s'explique donc, selon nous, non pas par une discrétion laissée au magistrat, mais plutôt par le fait qu'il peut arriver que personne ne critique un contrat donné.

l'annulation est *prononcée*¹⁷⁸. Ainsi, quelle que soit la cause de nullité qui l'affecte, le contrat existe et produit des effets juridiques tant et aussi longtemps qu'il n'est pas «frappé de nullité», ce qui ne surviendra pas nécessairement.

Un autre signe de l'adoption de la conception moderne : c'est le respect dû aux apparences qui est invoqué pour justifier l'annulabilité comme sanction de principe de l'invalidité. Comme l'écrit Pineau :

On retrouve dans le *Code civil du Québec* la division bipartite qui consiste à distinguer la nullité absolue et la nullité relative, mais une étude plus approfondie qu'on ne peut le faire ici démontrerait probablement que l'on s'éloigne quelque peu de la théorie de l'inexistence ou, en d'autres mots, qu'un acte nul de nullité absolue n'est plus cet acte inexistant qui rendrait l'action en justice inutile. D'ailleurs, [...] le rôle du juge est inévitable quelle que soit la gravité du défaut dont le contrat est affecté, puisque, en présence d'une apparence d'acte, le juge doit détruire ce contrat apparent¹⁷⁹.

La sanction du principe de l'invalidité est donc d'assujettir l'acte à un droit de critique dont l'exercice entraînera son annulation. Si le régime juridique de ce droit de critique variera selon que l'on est en présence d'une «nullité absolue» ou d'une «nullité relative» (titulaires du droit de critique, possibilité de confirmation), cette distinction n'a cependant aucun impact au niveau du mécanisme de l'inefficacité.

Enfin, c'est le critère de l'intérêt protégé qui est utilisé pour distinguer l'annulabilité absolue de l'annulabilité relative¹⁸⁰ :

¹⁷⁸ Cette analyse nous semble d'ailleurs confirmée par l'article 7 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, où le législateur mentionne que les actes entachés de nullité pour un motif que la loi nouvelle ne reconnaît plus ne pourront plus être *annulés* après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Or, il nous semble que si on analyse la «nullité» comme n'étant que la conséquence de l'annulation et non pas un état objectif de l'acte préexistant à celle-ci, empêcher l'annulation d'un contrat lorsque le vice l'affectant n'est plus reconnu par la loi nouvelle respecte à la fois le principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle et celui de la non-rétroactivité de celle-ci (*ibid.*, art. 2). L'effet immédiat de la loi nouvelle empêche désormais l'annulation et il n'y a pas là de rétroactivité étant donné que cette annulation est un fait postérieur à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Voir cependant l'analyse différente de P. A. Côté et D. Jutras, «Le droit transitoire» dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, dir., *La Réforme du Code civil*, t. 3, Sainte-Foy (Québec), Presses de l'Université Laval, 1993, 935 au n° 127 et s.

¹⁷⁹ Pineau, *supra* note 176 au n° 67.

¹⁸⁰ Le *Code* parle de «nullité relative» et de «nullité absolue», mais on devrait plutôt parler d'«annulabilité absolue» et d'«annulabilité relative» : la nullité, qui est la conséquence de l'annulation, produit toujours les mêmes effets. Ce qui est «relatif» ou «absolu», c'est le droit de critique, pas la nullité, laquelle est le résultat de son exercice.

1417. La nullité d'un contrat est absolue lorsque la condition de formation qu'elle sanctionne s'impose pour la protection de l'intérêt général.

1419. La nullité d'un contrat est relative lorsque la condition de formation qu'elle sanctionne s'impose pour la protection d'intérêts particuliers; il en est ainsi lorsque le consentement des parties ou de l'une d'elles est vicié.

Cette codification du critère de l'intérêt protégé nous incite à faire deux brefs commentaires.

Tout d'abord, les «règles de formation qui s'imposent en vue de la protection de l'intérêt général» ne se confondent pas avec les «règles qui intéressent l'ordre public». Ces dernières sont les règles impératives, c'est-à-dire celles auxquelles on ne peut déroger conventionnellement¹⁸¹. Pour déterminer si une règle est impérative, il faut donc déterminer si la loi interdit, expressément, tacitement ou par implication nécessaire, d'y déroger. Si cette dérogation est possible, la règle est supplétive; si, au contraire, elle est interdite, la règle est impérative¹⁸². Aussi, la distinction des règles supplétives et des règles impératives se pose-t-elle uniquement pour déterminer s'il y a eu ou non violation de la loi. Or, ce n'est évidemment qu'en cas de violation de la loi que la question de savoir si l'annulabilité est absolue ou relative se pose. Par voie de conséquence, la catégorie des règles impératives est nécessairement plus large que celle des règles «dont la sanction s'impose [...] pour la protection de l'intérêt général»¹⁸³. Il y a, en effet, de nombreuses règles qui sont impératives mais dont la sanction ne s'impose pas pour la protection de l'intérêt général. Cette constatation est à l'origine de la distinction entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection: parmi les règles impératives, certaines visent la protection de l'intérêt général, alors que d'autres ne visent que la protection de certains intérêts particuliers. Les premières seront en principe sanctionnées par l'annulabilité absolue, les secondes par l'annulabilité relative¹⁸⁴. Il y a donc des règles impératives qui sont sanctionnées par l'annulabilité absolue et d'autres

¹⁸¹ Art. 9 C.c.Q.

¹⁸² Pineau et Burman, *supra* note 160 au n° 119.

¹⁸³ Pineau, *supra* note 176 au n° 69.

¹⁸⁴ La Cour suprême a récemment adopté cette distinction dans l'arrêt *Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499 à la p. 520 et s., 139 N.R. 81 [ci-après *Garcia*] confirmant ainsi la jurisprudence antérieure: *Belgo-Fischer (Canada) Inc. c. Lindsay*, [1988] R.J.Q. 1223 (C.A.); *Garneau c. Hébert*, [1979] C.P. 187; *Letellier c. Century 21 Citadelle Ltée* (1989), [1990] R.D.I. 42 (C.S.), porté en appel Québec 200-09-000007-903 (C.A.). Voir aussi *Toyota Centre-ville c. Bouchard* (12 mars 1993), Montréal 500-02-034837-919, J.E. 93-1248 (C.Q.); *Zigby c. Turgeon* (5 mars 1993), Longueuil 505-05-001679-908, J.E. 93-646 (C.S.), porté en appel Montréal 500-09-00676-932 (C.A.).

qui sont sanctionnées par l'annulabilité relative. Aussi, ne peut-on pas inférer du fait qu'une règle soit sanctionnée par l'annulabilité relative que celle-ci n'est pas d'ordre public, bien au contraire¹⁸⁵.

Ensuite, le législateur québécois a cru bon de compléter les articles 1417 et 1419 C.c.Q. par une présomption :

1421. À moins que la loi n'indique clairement le caractère de la nullité, le contrat qui n'est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation est présumé n'être frappé que de nullité relative.

Cette présomption ne remplace évidemment pas le critère de l'intérêt protégé par un critère purement formel (la loi prévoit-elle ou non expressément l'annulabilité absolue ?¹⁸⁶), ce qui serait la négation même du critère substantif prévu aux articles 1417 et 1419 C.c.Q. L'article 1421 C.c.Q. n'a aucunement pour effet d'éliminer les annulabilités absolues *virtuelles*, mais vise plutôt à préciser que c'est à celui qui invoque que la protection de l'intérêt général est en jeu à le démontrer. Comme le souligne le ministre de la Justice, cette présomption «cédera évidemment devant la démonstration de l'existence d'un intérêt général suffisamment net justifiant la nullité absolue»¹⁸⁷.

En conclusion, tant le mécanisme de l'inefficacité, en grande partie justifié par le respect dû aux apparences, que l'adoption du critère de l'intérêt protégé confirment que la théorie des nullités contenue au *Code civil du Québec* est, pour l'essentiel, une codification de la doctrine française contemporaine des

¹⁸⁵ Certains semblent d'avis que les règles de preuve sont supplétives et non pas impératives, au motif qu'elles ne peuvent être sanctionnées d'office par le tribunal (L. Ducharme, *Précis de la preuve*, 2^e éd., Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982 au n° 503 et s. ; C. Fabien, «La communicative et le droit civil de la preuve» dans J. Bouchard, dir., *Le droit de la communicative*, Montréal, Thémis, 1992 aux pp. 159, 182-83). Mais le fait que le tribunal ne puisse sanctionner d'office la violation des règles de preuve indique seulement que la sanction des règles de preuve ne s'impose pas pour la protection de l'intérêt général ; cela ne permet absolument pas de dire que les règles de preuve sont supplétives plutôt qu'impératives. En fait, quand on y songe, on se rend compte qu'au moins certaines règles de preuve sont impératives et qu'il n'est donc pas possible d'y déroger conventionnellement (Nadeau et Ducharme, *Traité de droit civil du Québec*, t. 9, Montréal, Wilson et Lafleur, 1965 au n° 241 ; *Juris-classeur civil*, art. 1315-16, fasc. 1, par D. Veaux au n° 30).

¹⁸⁶ D'ailleurs, l'article ne dit pas «à moins que la loi n'indique *expressément* le caractère de la nullité» mais bien «à moins que la loi n'indique *clairement*» ce caractère.

¹⁸⁷ Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, art. 1421. D'ailleurs, le principe selon lequel «les lois prohibitives emportent nullité quoiqu'elle n'y soit pas prononcée», que l'on retrouvait à l'ancien article 14 C.c.B.-C. a été conservé (voir l'article 41.3 de la *Loi d'interprétation*, L.R.Q. c. I-16). Ce principe n'a toutefois pas une portée absolue (voir «Les effets du droit pénal», *supra* note 2).

nullités. Cette conception donne, on l'a vu, un maximum d'extension au domaine de l'annulabilité, laquelle supplante ainsi l'inefficacité radicale (nullité proprement dite ou inexistance) comme sanction de principe de l'invalidité.

D. Caractère incomplet de la théorie contemporaine

Mais la théorie contemporaine ne nous semble pas tout à fait satisfaisante, car elle est, à certains égards, incomplète.

Premièrement, comme on l'a vu, la théorie contemporaine semble fonder l'annulabilité sur le respect dû aux apparences. Or, on ne peut certes pas dire que l'acte affecté d'une cause de nullité relative est annulable en raison de sa validité apparente. En effet, même en supposant que le vice qui l'entache soit manifeste, il n'en demeure pas moins que l'acte « nul de nullité relative » conserve son efficacité provisoire. Le fondement de l'annulabilité, dans le cas de la « nullité relative » se trouve donc ailleurs que dans le respect dû aux apparences, mais la théorie contemporaine ne nous éclaire guère à ce propos. Par contre, si le fondement de l'« annulabilité absolue » est bel et bien l'apparence, alors ne devrait-on pas distinguer très clairement les situations où le vice est manifeste de celles où il ne l'est pas, et dire que dans le premier cas l'acte n'est pas « annulable » mais véritablement « nul » ? Or, curieusement, la doctrine moderne n'accorde à peu près pas d'importance au caractère manifeste du vice.

Deuxièmement, la doctrine contemporaine, en fondant entièrement la théorie des nullités sur la distinction entre l'annulabilité absolue et l'annulabilité relative, rejette, du moins en principe, toute forme d'inefficacité *ab initio* : elle assimile la nullité à l'inexistence et elle rejette cette dernière au nom de l'apparence. Or, il nous semble, d'une part, que bien que traduisant toutes deux une inefficacité radicale, l'« inexistence » et la « nullité *ab initio* » ne sont pas des concepts identiques. D'autre part, chacun de ces éléments nous paraît avoir sa place dans une théorie vraiment générale des nullités. On ne peut nier que certaines « ententes » ne sont qu'un profond malentendu ou qu'elles ne sauraient produire des effets juridiques, même précaires. On hésitera à dire, par exemple, que la convention par laquelle on loue les services d'un tueur à gages n'est qu'annulable ! Il ne faut donc pas se surprendre qu'il y ait actuellement une résurgence de la notion d'inexistence¹⁸⁸ : celle-ci correspond à une réalité juridique que ne parvient pas à cerner avec précision la théorie contemporaine.

¹⁸⁸ Ce qui est noté par plusieurs, par ex. Veaux, *supra* note 82, fasc. 2, n° 98 ; M. Cumyn, *Essai sur les nullités et l'inexistence*, mémoire de D.E.A., Université de Paris I, 1993 à la p. 2 [non publié] ; Barré, *supra* note 82 à la p. 24.

Il y a donc lieu d'approfondir davantage les concepts d'inexistence, de nullité et d'annulabilité. À partir des éléments qui se dégagent de notre étude historique, nous sommes maintenant en mesure de proposer une synthèse des différents degrés d'inefficacité qui sanctionnent l'invalidité de l'acte juridique et de cerner leur domaine légitime respectif.

II. Essai de synthèse quant au domaine légitime de l'inexistence, de la nullité et de l'annulabilité

Notre examen historique nous a permis de voir que l'élaboration d'une théorie complète des nullités doit se faire autour de deux axes : l'état de l'acte et l'idée de sanction. Nous analyserons tout d'abord chacun de ces éléments séparément (II.A), pour ensuite en proposer une synthèse (II.B).

A. *Les éléments fondamentaux : l'état de l'acte et l'idée de sanction*

L'état de l'acte soulève la distinction opposant les actes inexistantes aux actes viciés (II.A.1). L'idée de sanction, qui suppose un acte existant, permet d'opposer les actes nuls aux actes annulables (II.A.2).

1. L'état de l'acte : inexistence et acte vicié

Nous avons déjà constaté l'importance historique de la distinction entre les actes «inexistants» et les actes «viciés». Cette distinction était la plus populaire, non seulement au Moyen Âge, mais également au XIX^e siècle chez les auteurs classiques. L'importance qu'ont attachée à cette distinction de nombreux juristes — et pas les moindres : Pothier, Aubry et Rau, Planiol — à des époques différentes, devrait suffire à ce qu'on ne l'écarte pas sommairement de la théorie des nullités. D'ailleurs, à l'analyse, la notion d'inexistence se révèle rationnelle et utile (II.A.1.a) ; il faut toutefois être circonspect quant au critère permettant de distinguer les actes «inexistants» des actes «simplement viciés» (II.A.1.b).

a. *La justification de la distinction des actes inexistantes et des actes viciés*

Reprenons ici l'analyse qui est à la fois celle des romanistes qui opposaient la *substantia* et l'*effectus* et celle de Zachariae. Tout acte juridique doit son «existence» à la survenance de certains «faits générateurs». Si ces faits générateurs ne se produisent pas, il y a alors absence totale d'acte. Si, par contre, ces

faits générateurs se produisent, l'acte existe. Cette existence ne doit pas être confondue avec la validité de l'acte puisqu'un acte peut fort bien exister sans être valide. Par voie de conséquence, il y a donc deux sortes de conditions de validité de l'acte juridique. Les premières, que l'on pourrait qualifier de conditions de *formation*, au sens littéral du mot, sont nécessaires pour que l'acte «existe». Les autres, qui n'entrent en jeu que lorsque les premières sont satisfaites, confèrent à l'acte son efficacité juridique ; on pourrait les appeler les conditions d'*efficacité*. Il y a donc *inexistence* lorsque les faits générateurs ne sont pas réunis et un *acte vicieux* lorsque les faits générateurs sont présents, mais que les conditions d'efficacité ne sont pas remplies.

Cette distinction que l'on a parfois contestée¹⁸⁹ correspond pourtant à la réalité. Il y a bel et bien des situations où, faute de répondre à certaines «conditions minimales», on se doit de dire qu'un acte juridique est *inexistant*.

On peut songer, tout d'abord, au défaut absolu de convergence des manifestations de volonté : A offre un immeuble à B pour 100 000 \$ *américains* et ce dernier répond qu'il accepte de payer 100 000 \$ *canadiens*. Même si les parties ne réalisent pas immédiatement leur méprise, il est impossible de considérer ce «contrat» comme étant simplement vicieux, *car quel en serait le contenu ?* Dans son analyse de la confirmation, Couturier a bien vu qu'un contrat ne se *conçoit* pas s'il est impossible de lui assigner un contenu :

Qu'il y ait effectivement des circonstances dans lesquelles le juge ne peut que constater qu'aucun contrat ne s'est formé, on n'en doit pas douter. [...] Il en est ainsi lorsque l'acceptation ne correspond pas à l'offre, lorsque l'offre elle-même était équivoque, etc. [...] *De toute évidence, on ne saurait parler alors de nullité: on ne pourrait déterminer le contenu même du prétendu contrat nul* [nos italiques]¹⁹⁰.

On peut également imaginer des hypothèses où malgré que le contenu de l'«acte» soit parfaitement déterminable, on doit quand même considérer qu'il y a *inexistence*. On peut songer ici à l'exemple du «contrat» conclu par des acteurs lors d'une représentation théâtrale¹⁹¹. Malgré, cette fois, que le contenu du contrat soit parfaitement déterminé, il est absurde de considérer que ce contrat «existe», tout en étant sujet à l'annulation.

¹⁸⁹ Guggenheim, *supra* note 4 à la p. 69 et s.

¹⁹⁰ Couturier, *supra* note 132 aux pp. 178-79. Couturier, *ibid.* à la p. 51, note que Japiot considérerait comme excluant toute possibilité de confirmation le contrat conclu par un dément et qui est incohérent au point qu'il est impossible d'en déterminer le contenu.

¹⁹¹ Cet exemple provient du professeur italien Trimarchi, dont la théorie des nullités, pénétrante, est résumée par Guggenheim, *supra* note 4 à la p. 44 et s.

On peut même envisager certaines situations où le contenu contractuel est déterminé et où l'intention des «parties» n'est pas simulée, mais qui entraînent néanmoins une véritable inexistence. Pensons, par exemple, au «contrat» par lequel un enfant de trois ans échange un de ses jouets à un petit compagnon du même âge. Prétendra-t-on que ces enfants ont véritablement conclu un *contrat* et que ce dernier existe tant et aussi longtemps qu'il n'aura pas été annulé ?

La distinction entre l'acte inexistant et l'acte vicieux est donc non seulement acceptable d'un point de vue rationnel, mais elle correspond à une certaine réalité juridique. A-t-elle un impact pratique cependant ? Bien sûr. En toute logique, il n'est pas nécessaire de faire constater par un tribunal l'inexistence d'un acte qui ne s'est pas formé pour être en mesure de l'ignorer. Au contraire, lorsque l'acte existe, mais est vicieux, il faut, du moins en principe, en obtenir l'annulation avant de pouvoir l'ignorer. En effet, dans ce dernier cas, comme nous le verrons, l'existence de l'acte crée une présomption de validité qui doit être écartée pour que l'on puisse valablement l'ignorer.

Certains réfutent cette analyse, faisant valoir que le recours au tribunal est inévitable dès lors que l'une des parties cherche à se prévaloir de la convention, quel que soit l'état objectif de celle-ci¹⁹². Mais cette objection nous semble devoir être écartée car elle revient à nier qu'un effet (ou une absence d'effet) juridique puisse survenir de plein droit. Si on adopte une telle objection, en effet, il faut également dire que la résolution ou la déchéance de plein droit sont des notions inutiles car, en cas de contestation, il faut s'en remettre au tribunal. Or, de même qu'il faille distinguer la résolution de plein droit de celle intervenant judiciairement, de même il faut distinguer l'inefficacité de plein droit de celle résultant du prononcé en justice. En effet, le fait qu'il soit *possible* de se retrouver devant le juge n'a aucune pertinence pour déterminer s'il est *nécessaire* d'y recourir. Bien sûr lors d'une contestation quant à l'inefficacité de l'acte, le tribunal devra trancher, mais en cas d'inexistence, le jugement sera *déclaratif* de droit, car l'inefficacité de l'acte «préexistera» au jugement, alors que dans le cas d'un acte vicieux, il sera *constitutif* de droit, car l'inefficacité découlera du jugement¹⁹³. En d'autres termes, le fait qu'une personne puisse invoquer un «acte» en justice ne modifie aucunement l'«état objectif» de cet acte : indépendamment de toute contestation à son propos, l'acte existe ou il n'existe pas, et

¹⁹² Baudouin, *supra* note 176 au n° 368.

¹⁹³ Voir L. Mazeaud, «De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit» (1929) 28 Rev. trim. dr. civ. 17 ; P. Raynaud, «La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs» dans *Études de droit contemporain — Contributions françaises aux III^e et IV^e congrès internationaux de droit comparé*, t. 2, Paris, Sirey, 1959, 377.

ce n'est certainement pas en alléguant qu'il existe qu'on le rendra existant¹⁹⁴.

Ayant déterminé que l'inexistence est un concept rationnel et utile, il nous reste à préciser le critère permettant de distinguer les actes inexistantes des actes simplement vicieux.

b. *Critère de distinction*

Rechercher le critère permettant de distinguer les «actes inexistantes» des actes «simplement vicieux» revient à déterminer quels sont les «faits générateurs» du contrat par opposition à ses conditions d'efficacité. Rejetant le critère des classiques, nous adopterons celui de Zachariae, mais en le modifiant de façon à tenir compte des apparences.

Si les classiques ont donné une si grande extension à l'inexistence, c'est qu'ils avaient une conception très libérale des «faits générateurs» du contrat. Pour eux, comme nous l'avons vu, il y a absence d'un élément (par hypothèse jugé essentiel) non seulement lorsque cet élément manque en fait (absence matérielle), mais également lorsque cet élément, étant présent, est contraire au droit (absence juridique). Ainsi, pour les classiques, il y a inexistence non seulement lorsqu'il y a absence d'objet mais aussi lorsque l'objet est illicite¹⁹⁵.

Il est facile de montrer pourquoi cette analyse doit être rejetée. C'est que, si on l'adopte, il n'y a plus de conditions d'efficacité qui se distinguent des conditions de formation. En effet, si un objet illicite est assimilé à une absence d'objet au motif qu'un objet illicite n'est pas reconnu par le droit, alors le même raisonnement nous oblige à dire qu'un vice de consentement équivaut à une absence de consentement puisqu'un consentement vicié n'est pas non plus reconnu par le droit¹⁹⁶. Le raisonnement s'applique également pour le consentement donné par un incapable. On voit ainsi que, poussé à la limite, le critère de l'absence «juridique» mène logiquement à la conclusion que *toutes* les

¹⁹⁴ Dans certaines affaires, plus nombreuses qu'on ne pourrait le croire, l'une des parties se fonde sur un «contrat» qui ne s'est aucunement formé selon le tribunal. Voir par ex. *Hamelin c. Poirier*, [1972] R.L. 427 (C.P.); *Taillibert c. Montréal (Ville de)*, [1985] R.L. 399, 10 C.L.R. 54 (C.S.); *Terrasses Holdings c. Saunders*, [1989] R.L. 265 (C.A.) [ci-après *Saunders*]; *Toprani c. McBrearty* (2 octobre 1990), Montréal 500-09-001089-887, J.E. 91-1702 (C.A.); *Aménagement St-Gelais inc. c. Lajeunesse* (17 avril 1991), Québec 200-05-002606-890, J.E. 91-937 (C.S.).

¹⁹⁵ Voir ci-dessus le texte correspondant à la note 81.

¹⁹⁶ Drogoul, *supra* note 82 à la p. 161, a noté que «dans tous les vices de consentement, il y a dans le fond absence de consentement». De façon significative, dans certaines décisions, le tribunal assimile le vice de consentement à l'absence de consentement (*Huot c. Ouellette*, [1981] C.S. 872; *Harnois c. Anglehart*, [1989] R.L. 510 (C.A.)).

conditions de validité sont de véritables conditions de *formation* de l'acte.

Les classiques n'ont évité cette conclusion inacceptable qu'au prix d'une incohérence : ils ont appliqué le critère de l'absence juridique en matière d'objet et de cause, mais ils ne l'ont pas appliqué en matière de consentement et d'incapacité, exigeant alors une absence matérielle. Ainsi, s'ils distinguent nettement l'absence du vice de consentement, ils assimilent par contre le vice de l'objet (son caractère illicite) à son absence véritable. Mais il n'y a aucune raison logique de faire une telle distinction en matière de consentement et de capacité, et de ne pas la faire en matière de cause ou d'objet.

L'approche de Zachariae était plus intéressante. Pour lui, comme on l'a vu, les conditions d'existence découlent de la nature même de l'acte : ce sont ses conditions *essentielles* au sens propre du mot. Dès lors, il s'agit de trouver quels sont les éléments en l'absence desquels l'acte est *inconcevable eu égard à sa nature intrinsèque*. Les faits générateurs doivent donc uniquement être déterminés en fonction de la «nature ou du principe juridique» de l'acte, à l'exclusion de toute autre condition de validité. En d'autres termes, si un acte contrevient à la loi, mais respecte sa nature ou son principe juridique, il pourra être «nul» ou «annulable» mais il ne sera pas inexistant : «l'idée de nullité pré-suppose un acte qui serait valable d'après sa nature ou son principe juridique, *si l'on faisait abstraction de telle ou telle disposition particulière des lois positives*»¹⁹⁷. Il faut donc, pour déterminer les conditions d'existence du contrat, en cerner la nature juridique essentielle¹⁹⁸.

Qu'est-ce qu'un contrat ? «[U]n accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation»¹⁹⁹. Il y a donc trois éléments essentiels à tout contrat : des parties, un accord de volonté et un contenu sur lequel porte cet accord.

Selon Zachariae, il y aura donc absence de contrat, c'est-à-dire inexistance,

¹⁹⁷ Zachariae, *supra* note 76, t. 1 au n° 35, p. 45. Voir aussi G. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3^e supp. par J. Bonnecase, Paris, Sirey, 1926 à la p. 1 et s.

¹⁹⁸ En raison du fait qu'un type d'acte juridique donné peut avoir une «nature» fondamentalement différente d'un autre type d'acte juridique, les faits générateurs vont varier d'un acte à l'autre. Ainsi, les faits générateurs du «contrat» (un accord de volonté apparent) ne seront pas les mêmes que les faits générateurs du «mariage» (un accord de volonté apparent d'un homme et d'une femme, survenant devant un officier public apparemment compétent). C'est pourquoi il faut éviter, comme on l'a pourtant fait souvent, de transposer la «théorie des nullités du mariage» au contrat, et vice-versa.

¹⁹⁹ Art. 1378 C.c.Q.

lorsqu'il y aura absence *matérielle* de l'un ou l'autre de ces trois éléments essentiels ; au contraire, dès que ces trois éléments sont présents, le contrat existe même s'il se peut qu'il soit vicieux. Cette conception est exacte d'un point de vue strictement théorique, mais elle ne peut être acceptée telle quelle.

En effet, si on applique ce critère purement et simplement, il est possible qu'un contrat soit inexistant *et* apparemment valide. Par exemple, il peut arriver qu'il y ait défaut absolu de consentement sans que cela ne soit apparent. C'est ce qui s'est produit dans la célèbre affaire *W.T. Rawleigh Co. c. Dumoulin*²⁰⁰, où une personne avait signé un contrat de cautionnement rédigé en une langue qu'elle ne maîtrisait pas après qu'on lui ait frauduleusement représenté qu'il ne s'agissait que d'une simple lettre de recommandation. Il y a défaut absolu de consentement, car la personne en question ne voulait absolument pas s'engager, mais il y a également apparence de validité car l'acte portait bel et bien sa signature.

Or, il ne semble pas souhaitable, du point de vue de la sécurité juridique, de considérer comme étant inexistantes des actes apparemment valides. En effet, l'inexistence peut être invoquée par tout intéressé et en tout temps, n'étant sujette ni à prescription ni à confirmation. Le critère permettant de distinguer les actes inexistantes des actes vicieux ne devrait donc pas permettre qu'un acte apparemment valide puisse être considéré comme inexistant.

Il faut donc modifier l'analyse de Zachariae de façon à tenir compte des apparences. On y arrive assez facilement en mettant l'accent sur les *manifestations de volonté* plutôt que sur les volontés elles-mêmes.

En effet, toute volonté n'a de rôle juridique à jouer que dans la seule mesure où elle est extériorisée, c'est-à-dire manifestée d'une façon non-équivoque. Cela étant, il s'ensuit que, malgré ce qu'on enseigne généralement, le fait générateur du contrat n'est pas véritablement l'accord de volonté de deux personnes, mais plutôt la *manifestation* d'un tel accord²⁰¹. La preuve en est que si A songe, en son for intérieur, à vendre un immeuble à B pour 100 000 \$ et qu'en même temps B se dit qu'il achèterait bien cet immeuble pour un tel prix, il n'y a pas de contrat malgré la convergence des volontés réelles. La contre-preuve se vérifie également : si B accepte l'offre de A, croyant à tort que l'immeuble est en pierre alors qu'il n'est qu'en bois, il y a bel et bien contrat malgré que cette erreur empêche un véritable accord des volontés réelles. Il faut

²⁰⁰ *Supra* note 155.

²⁰¹ Pour une analyse allant dans le même sens, voir P. Legrand jr., «Contrat et non-contrat: scories sur l'indétermination en jurisprudence québécoise» (1992) 23 R.G.D. 235 à la p. 248.

donc en conclure que le fait générateur du contrat n'est pas l'accord de volonté lui-même, mais plutôt la *manifestation d'un accord de volonté*. Il se peut, bien sûr, comme c'est le cas dans notre second exemple, que cette manifestation trahisse plutôt qu'elle ne traduise la volonté réelle de l'une des parties. Cela pourra certes rendre le contrat «vicioux», mais cela ne l'empêchera nullement d'«exister».

En conséquence, nous proposons le critère suivant : *s'il n'y a même pas apparence d'accord de volonté, l'acte est inexistant ; mais dès lors qu'il y a une telle apparence, l'acte ne peut être que vicieux*. Quand y a-t-il donc «apparence d'accord de volonté» ?

À notre avis, pour qu'il y ait apparence d'accord de volonté, deux éléments doivent coexister. Il doit y avoir 1° des manifestations apparentes de volonté et 2° convergence apparente de ces manifestations de volonté. Examinons chacun de ces éléments.

Il n'y a pas de *manifestation apparente de volonté* lorsque les circonstances entourant l'expression de cette manifestation rendent évident le fait que celle-ci ne procède pas d'une véritable volonté de s'engager. C'est le cas des «manifestations de volonté» prononcées par les acteurs pendant une représentation théâtrale et de celles énoncées par des enfants en bas âge. C'est encore le cas lorsque le contenu même de la manifestation de volonté démontre clairement l'inaptitude à consentir.

Il n'y a pas de *convergence apparente des manifestations de volonté* lorsque l'examen objectif de ces manifestations ne permet absolument pas d'assigner un contenu au «contrat». Ce sera le cas lorsque l'acceptation ne correspondra pas à l'offre, comme dans l'exemple donné précédemment, ou encore lorsqu'une offre équivoque aura été acceptée purement et simplement²⁰².

Dans toutes les autres situations, c'est-à-dire la très grande majorité des cas, il y aura apparence d'accord de volonté et donc, «existence» d'un contrat. Ce dernier pourra être valide ou vicieux, mais il existera. Cette constatation a un impact sur le domaine de la nullité et de l'annulabilité, car celles-ci, rappelons-le, supposent un contrat qui existe.

Ceci termine notre analyse de l'état de l'acte. Passons maintenant à l'idée

²⁰² Dans l'affaire *Saunders*, *supra* note 194, les parties avaient parlé d'une commission de «\$60 000 à \$70 000», mais sans s'entendre sur un montant précis. La Cour d'appel a jugé que le contrat ne s'était jamais formé.

de sanction.

2. L'idée de sanction : nullité et annulabilité

Comme nous l'a appris notre partie historique, l'idée que l'inefficacité est une réaction de l'ordre juridique dirigée à l'encontre d'un acte qui ne respecte pas les prescriptions légales, bref une sanction, pose la distinction entre les actes nuls et les actes annulables. Nous commencerons par analyser cette distinction d'un point de vue purement théorique (II.A.2.a), pour ensuite examiner l'impact de l'apparence (II.A.2.b). Cette approche permet une meilleure compréhension de la question²⁰³.

a. *La distinction des actes nuls et annulables d'un point de vue théorique*

Dès le départ, il importe de bien cerner les concepts de nullité et d'annulabilité. À cet égard, l'analyse de Dunod de Charnage nous semble toujours valable. Rappelons-en l'essentiel. La loi rend totalement inefficace l'*acte nul* parce qu'elle s'oppose, dans l'intérêt général, à ce qu'il produise des effets juridiques ; par contre, elle ne s'oppose pas à ce que l'*acte annulable* produise des effets, mais elle rend ceux-ci précaires afin d'assurer la protection de certains intérêts particuliers.

Cette distinction découle donc du fait que les conditions gouvernant l'efficacité des actes juridiques n'ont pas toutes le même objectif. Certaines existent pour assurer la protection de l'intérêt général alors que d'autres ont pour but de protéger certains intérêts particuliers, la violation de ces dernières ne mettant aucunement en cause l'intérêt général. Puisque les objectifs sont différents, on admettra donc une modulation de la sanction.

Dans le premier cas, l'acte devrait être en principe frappé d'une inefficacité totale, la loi s'opposant à ce que l'acte produise effet. En outre, cette inefficacité devrait être radicale (*ab initio*), *ipso jure* et permanente. En effet, si, comme le souligne Dunod de Charnage, «la loi résiste continuellement à l'acte qu'elle défend»²⁰⁴, cet acte ne devrait jamais pouvoir produire d'effets juridiques, mêmes précaires, et tant sa confirmation que la prescription du droit de l'attaquer ne devraient pas être admises. Tout intéressé, ainsi que le tribunal, pourra donc invoquer en tout temps cette inefficacité. Il y a alors *nullité*²⁰⁵.

²⁰³ Voir Guggenheim, *supra* note 4 à la p. 81 et s.

²⁰⁴ Voir ci-dessus la section I.B.1.a.

²⁰⁵ Sur le régime juridique de l'acte nul, voir Guggenheim, *supra* note 4 à la p. 99 et s.

Par contre, lorsque la violation de la loi ne porte atteinte qu'à des intérêts particuliers et que l'intérêt général n'est nullement en cause, il n'y a aucune raison de frapper le contrat d'inefficacité radicale. Dans ce cas, en effet, il n'est pas nécessaire que l'acte soit inefficace, il suffit qu'il puisse le devenir à la demande de la personne dont la loi veut protéger les intérêts particuliers. L'invalidité d'un tel acte sera donc sanctionnée non pas par l'inefficacité de l'acte mais plutôt par la *menace* de cette inefficacité, conséquence de l'octroi d'un droit d'attaquer le contrat — un droit de critique — à la personne protégée²⁰⁶. Puisque la loi ne s'oppose pas alors à ce que l'acte produise effet, celui-ci sera efficace tant que l'annulation n'en sera pas prononcée. La confirmation et la prescription du droit de critique seront donc possibles et le tribunal ne pourra invoquer d'office le vice entachant l'acte, ce droit étant réservé à la personne protégée. Il y a alors *annulabilité*²⁰⁷.

Il semble donc y avoir, quoiqu'on ait pu dire²⁰⁸, une différence de nature entre les deux types d'inefficacité que représentent la «nullité» et l'«annulabilité». La première exige en principe une inefficacité radicale et indélébile de l'acte, la seconde n'empêche pas l'acte d'être efficace, mais rend cette efficacité précaire.

Encore ici, cette analyse purement théorique doit être modifiée pour tenir compte des apparences.

²⁰⁶ À ce propos Guggenheim écrit :

[I]l existe pour l'ordre juridique deux situations fondamentalement distinctes qui sont celles de la pleine validité de l'acte et celle de son invalidité radicale. Dans le premier cas, l'ordre juridique impute à l'acte l'effet juridique désigné comme voulu par les parties à l'acte; dans le second cas, l'ordre juridique ne lui impute pas un tel effet. Par contre, lorsque l'acte n'est ni nul ni valable, mais annulable, l'on se trouve dans une situation intermédiaire. L'acte est valable parce que l'ordre juridique lui impute l'effet juridique désigné comme voulu, mais il est invalide parce que cet effet peut être détruit par les personnes en faveur desquelles l'ordre juridique statue un tel droit (*ibid.* à la p. 82).

²⁰⁷ Sur le régime juridique de l'acte annulable, voir Guggenheim, *ibid.* à la p. 105 et s.

²⁰⁸ Pour Guelfucci-Thibierge, *supra* note 125 au n° 376 et s., «il n'existe pas de différence de nature entre les nullités absolues et relatives» car toutes deux tendent à la restauration de la légalité violée lors de la conclusion du contrat en supprimant les effets juridiques de celui-ci. Le fait que seule la partie protégée puisse invoquer la nullité relative découle non pas d'une différence de nature, mais plutôt de ce que la protection instaurée en faveur des plus faibles ne doit pas se retourner contre eux. Cette analyse ne nous convainc pas : si l'intérêt général n'est aucunement affecté par la conclusion d'un contrat, pourquoi devrait-on tendre à *restaurer la légalité violée* ? Il n'y a pas nécessairement perturbation de l'ordre juridique lorsqu'il y a conclusion d'un contrat qui ne respecte pas toutes les conditions fixées par la loi car celle-ci impose certaines de ces conditions dans l'unique but de protéger certains intérêts particuliers.

b. *L'impact de l'apparence*

Si on compare le régime juridique de l'acte nul, tel que décrit ci-dessus, avec celui de l'acte inexistant, on constate qu'il n'y a aucune différence d'un point de vue pratique. Dans les deux cas, il y a une inefficacité radicale et le fait que cette inefficacité radicale découle de l'inexistence, dans le premier cas, et d'une sanction de la loi, dans le deuxième, ne change rien quant aux effets de cette inefficacité. Cette constatation contredit notre affirmation selon laquelle il y a un intérêt pratique à distinguer les actes «nuls» des actes inexistant²⁰⁹. Mais cette contradiction n'est que provisoire. Elle s'élimine en grande partie lorsque nous tenons compte des apparences.

Nous avons vu qu'un acte juridique qui «existe» a nécessairement un contenu déterminable. Il renferme des droits et des obligations, et une personne, partie ou tiers, peut légitimement présumer de la validité de ces droits et obligations tant et aussi longtemps qu'ils n'ont pas été déclarés invalides par un tribunal compétent. En effet, selon nous, de même qu'il y a une présomption de validité des normes législatives²¹⁰ ou réglementaires²¹¹, dès lors que ces normes «existent», il y a aussi une présomption de validité des normes contractuelles dès lors que l'acte satisfait aux exigences minimales qui sont requises pour son existence²¹². Autrement dit, l'existence de l'acte entraîne une présomption de validité des normes juridiques qu'il crée.

Cette présomption de validité ne jouera toutefois pas lorsque le contenu de

²⁰⁹ Voir ci-dessus le texte correspondant à la note 189 et s.

²¹⁰ *Amax Potash Ltd. c. Saskatchewan* (1976), [1977] 2 R.C.S. 576, 71 D.L.R. (3^e) 1.

²¹¹ *Municipal Service Corporation c. Ste-Adèle (Corporation du Village de)* (1931), 69 C.S. 355 à la p. 357 ; *Martin c. Dorval (Ville de)* (1945), [1946] R.L. 368 (C.S.) ; *Messier*, *supra* note 162.

²¹² Voir Cumyn, *supra* note 188 à la p. 25 ; Renard et Vieujean, *supra* note 131 à la p. 535. Quand on y songe, il y a, pour chaque norme juridique (loi, règlement, obligation contractuelle) des conditions d'existence et des conditions d'efficacité. Ainsi, une loi n'«existe» pas si elle n'est pas adoptée par le corps législatif ou si elle n'est pas sanctionnée par la personne habilitée à le faire. Mais une loi peut fort bien «exister» et être «invalidée», ne respectant pas les normes constitutionnelles relativement au partage des compétences, par exemple. De même, un règlement «existe» lorsqu'il est adopté par l'autorité compétente, mais il se peut fort bien qu'il soit «annulable» car en contradiction avec la loi habilitante ou avec les principes fondamentaux du droit administratif. Dès qu'une loi ou un règlement rencontre certains critères minimaux (adoption, sanction, publication), cette loi ou ce règlement «existe» et il est présumé valide tant et aussi longtemps qu'il n'est pas annulé par une autorité compétente. L'existence de la loi ou du règlement fait donc naître une apparence. Pourquoi en serait-il autrement des normes contractuelles ? Dès lors qu'elles satisfont à certains critères minimaux (l'apparence d'accord de volontés), elles «existent» et doivent être présumées valides tant qu'elles ne sont pas annulées par l'autorité compétente.

l'acte sera *manifestement* contraire à l'intérêt général. Ainsi, un contrat par lequel une partie s'engage à commettre des voies de fait contre rémunération, une convention de «pot-de-vin» ou encore la vente d'héroïne sur le marché noir ne peuvent bénéficier de la présomption de validité puisque toute personne raisonnable et moyennement informée²¹³ considérerait ces contrats comme manifestement contraire à l'intérêt général. Dans tous les cas de cette nature, la présomption de validité de l'acte ne joue plus et il n'y a donc pas apparence de validité²¹⁴.

Donc, un acte nul dans son principe (c'est-à-dire contraire à une condition de validité qui s'impose pour la protection de l'intérêt général) est néanmoins apparemment valide *dès lors qu'il n'est pas manifestement contraire à l'intérêt général*²¹⁵. Or, lorsqu'un acte viole une règle de formation édictée dans le but de protéger l'intérêt général mais qu'il est apparemment valide, il y a conflit entre deux grands principes juridiques : d'une part, le fait que l'acte porte directement atteinte à l'intérêt général milite en faveur de son inefficacité radicale, mais d'autre part, son apparente validité s'oppose à ce que cette inefficacité opère *ab initio*.

Jusqu'au XX^e siècle, ce conflit était résolu en faveur de l'inefficacité radicale : l'intérêt général triomphait de l'apparence²¹⁶. Au contraire, le droit moderne attache une grande importance aux apparences²¹⁷ ; aussi, dans la conception contemporaine, le caractère apparent de l'acte prend le dessus sur les exigences de la «nullité» et cet acte, bien que «nul en principe», devient simplement «annulable». En conséquence, il produira des effets *juridiques* jusqu'à ce que son annulation survienne, et pourvu que celle-ci survienne. C'est cette constatation, fondamentale, qui est l'apport de Gaudemet à la théorie des nullités.

²¹³ Insistons sur le fait que notre critère réfère à la personne «ordinaire». Il se peut qu'un contrat soit manifestement contraire à l'intérêt général pour le juriste ou pour un autre spécialiste, mais ce n'est pas l'opinion des spécialistes qui compte, c'est plutôt celle de la personne raisonnable et moyennement informée puisqu'il s'agit de déterminer s'il y a ou non, pour le public, une apparence.

²¹⁴ Dans l'affaire *Lavoie c. Vézina* (24 avril 1989), Rimouski 120-32-000013-895, J.E. 89-1233 (C.Q.), le tribunal, *en obiter*, estime qu'une entente visant à faire assassiner quelqu'un ou par laquelle on vend de la cocaïne est «non génératrice de droits». Ce langage nous semble significatif.

²¹⁵ Ce critère nous semble en accord avec les développements de la théorie de l'apparence, qui tendent à un assouplissement des conditions de l'erreur requise pour qu'il y ait apparence (J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil: introduction générale*, 3^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982 au n° 782 et s.).

²¹⁶ Voir ci-dessus la partie I.

²¹⁷ Ghestin et Goubeaux, *supra* note 215 au n° 770 et s.

On se retrouve alors avec deux formes distinctes d'annulabilité : d'une part, l'annulabilité «naturelle», si l'on ose dire, qui sanctionne l'atteinte à des intérêts particuliers et d'autre part, l'annulabilité «forcée» qui découle de l'apparence. Dans les deux cas l'acte sera doté d'une efficacité précaire. Mais dans le cas de l'annulabilité «forcée», cette efficacité précaire de l'acte *con-credit* la sanction de principe qui devrait être la «nullité», alors que dans le cas de l'annulabilité «naturelle», cette efficacité précaire *est* la sanction de principe.

Ce sont ces fondements divergents qui expliquent les régimes juridiques différents de ces deux types d'annulabilité. Si un acte est contraire à l'intérêt général mais apparemment valide, il produira des effets jusqu'à son annulation, mais tout sera mis en œuvre pour que cette annulation survienne : le droit de critique sera généralisé (toute personne intéressée, ainsi que le tribunal, pourra provoquer l'annulation) et la confirmation sera exclue. Il y a «annulabilité absolue». Par contre, si l'acte ne fait que violer une règle concernant des intérêts privés, seule la personne protégée pourra en requérir l'annulation²¹⁸ et la confirmation sera possible. Il y a «annulabilité relative». Comme l'écrit Couturier :

La protection des intérêts privés [est] déjà réalisée du seul fait que la personne protégée dispos[e] du droit de critique; au contraire, la protection de l'intérêt général suppose [que] la nullité [sera] prononcée. [Dans ce dernier cas], si le droit de critique est généralisé, c'est précisément en vue de multiplier les chances qu'elle le soit²¹⁹.

L'annulabilité absolue est donc d'une nature fondamentalement différente de l'annulabilité relative. C'est d'ailleurs ce qui explique que le caractère manifeste du vice jouera un rôle fort différent selon que l'annulabilité sera absolue ou relative. Dans le premier cas, le caractère manifeste du vice fera en sorte que la présomption de validité ne jouera plus, il n'y aura donc pas d'apparence et l'acte restera «nul», c'est-à-dire radicalement inefficace. Par contre, dans le second cas, puisque la précarité de l'acte ne découle pas de l'apparence mais est intrinsèque à la sanction, le vice pourra être apparent sans que cela n'ait aucun effet sur le caractère annulable de la convention.

Ceci complète notre analyse de l'état de l'acte et de l'idée de sanction. Il nous reste maintenant à en combiner les éléments en une synthèse.

²¹⁸ Il y a toutefois une exception à cette règle, celle de l'article 1420 C.c.Q.

²¹⁹ Couturier, *supra* note 132 à la p. 166.

B. Synthèse

En théorie, et d'un point de vue purement rationnel, il y a trois types d'inefficacité sanctionnant l'invalidité du contrat : l'inexistence, la nullité et l'annulabilité²²⁰. L'inexistence s'oppose à la fois à la nullité et à l'annulabilité en ce que ces dernières sanctions présupposent un acte qui existe et la nullité se distingue de l'annulabilité au niveau du mécanisme de l'inefficacité, la première opérant *ab initio*, la seconde par l'effet de l'annulation. La notion d'état objectif de l'acte sert à départager les actes inexistantes des actes simplement vicieux, et c'est ensuite l'idée de sanction qui sert à distinguer les catégories d'actes vicieux. Ces derniers sont soit «nuls», c'est-à-dire radicalement inefficaces, soit «annulables», c'est-à-dire dotés d'une efficacité précaire.

Mais, d'un point de vue pratique, les choses se présentent différemment car la catégorie des actes «nuls» disparaît.

En effet, bien qu'en théorie les actes nuls se distinguent aisément des actes inexistantes (les premiers «existent» au contraire des seconds), d'un point de vue pratique, l'acte nul qui n'est pas apparemment valide peut être assimilé à un acte inexistant puisqu'il est totalement inefficace et que cette inefficacité existe *ab initio* et *ipso jure*. On peut donc ignorer cet acte sans avoir besoin de recourir aux tribunaux, de la même façon que l'on peut ignorer l'acte véritablement inexistant. La seule distinction entre les actes inexistantes et les «actes-nuls-qui-ne-sont-pas-présumés-valides» est l'existence juridique de ces derniers, mais cette différence n'a aucune conséquence pratique²²¹.

Par contre, l'«acte-nul-qui-est-apparemment-valide» devient annulable en raison même de cette apparence. Certes cette annulabilité a un fondement et un régime juridique différents de l'annulabilité instaurée dans un but de protection, mais il s'agit néanmoins d'une véritable annulabilité puisque le contrat produit des effets juridiques tant et aussi longtemps qu'il n'est pas annulé.

Ainsi, selon qu'il sera manifestement invalide ou au contraire, apparemment valide, l'acte nul s'assimilera, pratiquement parlant, soit à l'acte inexistant, soit à l'acte annulable. On comprend ainsi que les classiques aient pu assimiler les actes «nuls» aux actes inexistantes alors que les contemporains ont plutôt tendance à les assimiler aux actes annulables. Chacune de ces attitudes se

²²⁰ C'est la conclusion à laquelle en arrivait Planiol, *supra* note 3 au n° 333. Voir aussi A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, t. 1, 8^e éd., Paris, Dalloz, 1934 au n° 64 et le texte cité *supra* à la note 206.

²²¹ Guggenheim, *supra* note 4 à la p. 69 et s.

justifie, *mais en partie seulement*.

En réalité, il y a donc, non pas trois, mais quatre degrés d'inefficacité qui peuvent cependant être regroupés par paires.

D'un côté, il y a les *inefficacités radicales*. Un acte peut être radicalement inefficace parce qu'il ne réunit pas les conditions minimales requises pour l'existence d'un contrat ou bien parce qu'il est manifestement contraire à l'intérêt général. On pourrait parler d'*inexistence matérielle* dans le premier cas et d'*inexistence juridique* dans le second. L'inexistence juridique n'est rien d'autre que la nullité proprement dite, mais il faut, dans la mesure du possible, éviter l'emploi de ce terme galvaudé. L'expression *inexistence juridique* nous semble plus précise : l'acte existe *en fait*, mais parce qu'il est manifestement contraire à l'intérêt général, la loi le prive, dès sa conclusion, de toute efficacité *en droit*. Il s'agit donc d'une inexistence qui découle, non pas de la nature des choses, mais de la loi.

S'opposant à ces inefficacités radicales, on retrouve les annulabilités. L'annulabilité est une inefficacité *in pendentis* car tant que l'annulation de l'acte n'a pas été prononcée, l'acte produit tous ses effets. Cette annulation sera mise en œuvre par l'exercice du droit de critiquer l'acte. En théorie, un acte est annulable lorsqu'il s'agit de sanctionner la violation d'une règle édictée dans un but de protection d'intérêts particuliers ; mais, un acte nul en principe (car violant une règle s'imposant pour la protection de l'intérêt général) peut quand même n'être qu'annulable dès lors qu'il y a apparence de validité. Dans le premier cas, on parlera d'*annulabilité relative*, parce que seules les personnes que la loi entendait protéger par la règle violée seront titulaires du droit de critique ; dans le second cas, on parlera d'*annulabilité absolue*, car tout intéressé, de même que le tribunal, pourra attaquer l'acte. Il y a unité du mécanisme de l'inefficacité, car dans les deux cas, l'acte produit des effets juridiques précaires, mais il y a aussi dualité de régime en raison du fondement différent de ces deux types d'annulabilité.

Les critères que nous avons retenus favorisent très largement les annulabilités par rapport aux inexisterces. En effet, l'inexistence matérielle ne survient que lorsqu'il n'y a même pas d'apparence d'accord de volonté alors que l'inexistence juridique suppose un acte qui existe en fait mais dont le contenu est manifestement contraire à l'intérêt général pour la personne raisonnable et raisonnablement informée. Bien que ces derniers surviennent assez fréquemment (pensons à la vente de drogues sur le marché noir), il est par contre assez rare, pour des raisons évidentes, qu'ils donnent lieu à des poursuites judiciaires. Dans toutes les autres situations, beaucoup plus nombreuses, c'est

l'annulabilité, absolue ou relative, qui est la sanction de l'invalidité du contrat. L'annulabilité est donc bel et bien la sanction de principe de l'invalidité, mais elle n'est pas la seule.

Il ne nous reste plus maintenant qu'à appliquer notre analyse aux diverses conditions de validité des contrats et à montrer ce faisant en quoi elle semble plus satisfaisante que l'analyse traditionnelle.

III. Application de la synthèse aux conditions générales de validité des contrats

L'article 1385 C.c.Q. énumère les conditions de validité du contrat. Il doit y avoir un accord de volonté qui intervient entre des personnes capables de contracter, accord qui porte sur un objet licite et qui procède de causes licites. Nous devons examiner chacun de ces éléments afin de déterminer quel type d'inefficacité sanctionne leur violation.

A. *Le consentement*

Il y a deux conditions de validité relatives au consentement : d'une part, le consentement doit émaner d'une personne qui, «au temps où elle le manifeste [...] est apte à s'obliger»²²² (III.A.1) et, d'autre part, il doit y avoir un accord de volontés libres et éclairées (III.A.2).

1. L'aptitude à donner un consentement

Celui qui donne son consentement doit être, au moment où il l'exprime, «apte à s'obliger»²²³. Cette aptitude à donner un consentement ne doit pas être confondue avec la *capacité juridique*. La capacité est une question de droit, l'aptitude à donner un consentement est une question de fait²²⁴. Une personne peut donc n'être pas incapable en droit mais se trouver dans une situation où ses facultés intellectuelles sont perturbées au point de la rendre incapable, en fait, de donner un consentement. C'est afin d'éviter toute ambiguïté entre la capacité juridique et cette «capacité de fait» que le législateur québécois préfère, dans ce dernier cas, parler d'inaptitude à donner un consentement.

De façon générale, est inapte à consentir toute personne dont l'état d'esprit

²²² Art. 1398 C.c.Q.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ Pineau, *supra* note 176 au n° 51.

rend toute forme de consentement illusoire²²⁵. Ne sera donc pas «apte à s'obliger», la personne qui, par exemple, sera sous hypnose, dans un état avancé d'ébriété, sous l'effet d'une drogue perturbant sérieusement ses facultés intellectuelles ou encore en pleine crise de démence. De même, un enfant en bas âge est inapte à donner un consentement.

Quelle est la sanction qui s'applique lorsqu'un «consentement» est donné par une personne inapte ? Il faut faire des distinctions.

On a vu que l'acte est matériellement inexistant lorsqu'il n'y a aucune apparence d'une manifestation de volonté. Cela peut se produire lorsqu'un «consentement» est donné par une personne inapte. Tout d'abord, il se peut que la perturbation des facultés intellectuelles mène à une manifestation de volonté parfaitement incohérente ou dont la teneur révèle autrement, mais clairement, l'état d'esprit perturbé de son auteur. Ensuite, l'inaptitude peut être apparente, non pas à cause du contenu de la manifestation, mais parce que son auteur est manifestement inapte à consentir : tel est le cas de l'enfant en bas âge.

Par contre, dès lors qu'il y a apparence d'une manifestation d'une volonté, il y a annulabilité et cette annulabilité est relative, car la règle qui exige l'aptitude à donner un consentement vise à protéger les intérêts particuliers de la personne qui s'engage, et non la société en général²²⁶. Prenons l'exemple d'une personne qui, sous l'effet d'une drogue puissante qui la rend inapte à consentir, mais sans que cela ne soit apparent, vende à rabais son automobile à un de ses amis. Ce contrat, bien que vicieux, «existe» car rien dans la manifestation de volonté exprimée ne rend apparente l'inaptitude à consentir. Rappelons que la question n'est pas de savoir s'il y a ou non volonté *réelle*, mais uniquement de savoir s'il y a une manifestation de volonté apparente²²⁷. Dans l'affirmative, le contrat ne sera qu'annulable et cette annulabilité sera relative : seule la partie qui aura manifesté un consentement alors qu'elle était inapte à consentir pourra attaquer l'acte.

L'inaptitude à consentir entraîne donc l'inexistence matérielle si elle est manifeste, mais l'annulabilité relative si elle ne l'est pas.

²²⁵ Voir les critères posés par la Cour suprême dans l'affaire *Léger c. Poirier*, [1944] R.C.S. 152, [1944] 3 D.L.R. 1. Voir aussi *Francoeur c. Ford Motor Co. of Canada*, [1979] C.P. 386.

²²⁶ Guggenheim, *supra* note 4 à la p. 131 et s.

²²⁷ Il faut se méfier de l'ancien droit québécois, où, sous l'influence de la théorie classique adoptée en jurisprudence, on se prononçait souvent en faveur de la «nullité absolue» (Baudouin, *supra* note 160 au n° 328 ; Pineau et Burman, *supra* note 160 au n° 131).

2. L'accord des volontés

L'élément essentiel du contrat est, bien sûr, l'accord des volontés. Comme l'indique l'article 1399 C.c.Q., le consentement donné par chacune des parties doit être libre et éclairé. Le consentement peut être vicié par l'erreur (III.A.2.a), la crainte (III.A.2.b) et, en certains cas, par la lésion (III.A.2.c).

a. Erreur

Il y aura erreur lorsqu'il y aura méprise de la part de l'un ou l'autre des contractants (ou des deux) relativement à un élément déterminant du contrat. Pour les fins de notre analyse, il n'y a pas de distinction à faire entre l'erreur spontanée et l'erreur provoquée par le dol. Mais il faut distinguer selon qu'il y a ou non apparence d'accord de volontés.

En effet, il est possible que la méprise soit telle qu'elle empêche toute détermination du contenu contractuel. Cela se produira lorsque l'acceptation ne correspondra pas à l'offre ou lorsqu'une offre équivoque aura été acceptée purement et simplement. Ce genre d'erreur rend le contrat matériellement inexistant, puisqu'il n'y a même pas alors d'apparence d'accord de volonté. Comme nous l'avons vu, cette situation ne se présentera que dans les cas où les manifestations de volontés ne permettent pas d'assigner un contenu au contrat.

Beaucoup plus souvent, le malentendu qui existera au niveau des *volontés réelles* n'empêchera cependant pas que les *manifestations de volontés* concourent : par exemple, une personne adhère à un contrat de location à long terme d'une voiture mais croit qu'elle l'achète purement et simplement. Dans ce cas, il y a bel et bien formation d'un contrat de location, car l'offre comporte tous les éléments d'une location et cette offre a fait l'objet d'une acceptation non équivoque. Le fait que l'acceptation ait été donnée par erreur quant au contenu de l'offre ne change rien au fait qu'il y a ici *convergence des manifestations de volonté*, ce qui suffit à permettre la détermination du contenu contractuel et, par voie de conséquence, à rendre le contrat annulable plutôt qu'inexistant.

Il ne faut donc pas confondre les cas où il n'y a pas apparence d'accord des volontés avec les hypothèses d'erreurs-obstacles de l'analyse traditionnelle. Selon cette dernière, il y a «erreur-obstacle» lorsque l'erreur porte sur la nature de la convention ou sur l'identité de l'objet²²⁸. Mais, comme l'exemple du paragraphe précédent le fait voir, ce ne sont pas toutes les erreurs-obstacles qui ont

²²⁸ Baudouin, *ibid.* au n° 129 et s. Nous faisons ici abstraction de l'«erreur sur la cause», notion obscure s'il en est.

pour effet de rendre impossible la détermination du contenu contractuel. En effet, *ce contenu est déterminé non pas par les volontés réelles mais bien par les manifestations de volonté exprimées et celles-ci peuvent s'accorder alors même que les volontés réelles ne convergent pas*. En fait, c'est ce qui arrive la plupart du temps. Prenons une erreur *in corpore* : A fait parvenir à B un document par lequel il lui offre sa maison de Brossard pour un prix donné ; B signe le document, croyant à tort qu'il s'agit de la maison de Bromont. Il y a bien, selon l'analyse traditionnelle, «erreur-obstacle», mais le contrat n'en existe pas moins matériellement puisque les manifestations exprimées montrent une apparence d'accord de volonté pour l'achat de la maison de Brossard.

En fait, l'opposition des erreurs-obstacles aux autres types d'erreurs est un vestige de la théorie classique des nullités, laquelle, on l'a vu, opposait l'absence de consentement aux vices de consentement. Le droit contemporain a toutefois rejeté cette approche et il faudrait, en conséquence, rejeter aussi la catégorie des erreurs-obstacles. Celle-ci, non seulement n'a plus d'utilité en droit contemporain, mais elle est source de confusion²²⁹.

Lorsque l'erreur n'empêche pas qu'il y ait apparence d'accord de volonté, il y a donc un contrat annulable. Quelle type d'annulabilité ? Il y a ici tout simplement vice de consentement et, puisque l'intérêt général n'est ici nullement en cause, le contrat sera sanctionné d'annulabilité relative²³⁰, ce que prévoit expressément l'article 1419 C.c.Q.

²²⁹ Ainsi, Baudouin est parfois d'avis que l'erreur-obstacle doit être sanctionnée par l'annulabilité absolue car il y a «absence de consentement» (*Ibid.* au n° 155), parfois il opte pour la double nullité relative (*ibid.* au n° 152) solution que Pineau et Burman, *supra* note 160 au n° 73, semblent adopter en toute hypothèse. Or, d'une part, sanctionner une erreur d'annulabilité absolue est incompatible avec le critère de l'intérêt protégé adopté en droit contemporain et, quant à la «double nullité relative», de deux choses l'une : ou bien le contenu du contrat ne peut être déterminé, et alors l'acte est matériellement inexistant, ou bien il peut l'être, et alors l'acte n'est qu'annulable. Si, dans ce dernier cas, *chacune* des parties se trompe par rapport à ce contenu, il y aura effectivement «double nullité relative». Mais il faut souligner que cette situation sera extrêmement rare : il faut supposer, par exemple, que A veuille vendre l'immeuble de Brossard, que B désire acheter celui de Bromont mais que l'examen de leurs manifestations de volontés indique la vente de l'immeuble de Laval ! Dans la très grande majorité des cas, il n'y aura qu'une seule partie qui se trompera par rapport au contenu du contrat «déterminé objectivement» et seule cette partie pourra en demander l'annulation sur la base de l'erreur. Ainsi, si A contracte une assurance collective, croyant qu'il s'agit d'une assurance individuelle, lui seul pourra demander l'annulation. La compagnie d'assurance ne pourra évidemment pas demander l'annulation de ce contrat car elle n'a commis aucune erreur quant au contenu du contrat.

²³⁰ Pineau, *supra* note 176 au n° 71.

b. *Crainte*

En cas de crainte provoquée par la violence, il y a nécessairement une manifestation apparente de volonté car cette manifestation de volonté est l'objectif même de celui qui exerce la violence. On doit donc écarter la notion d'inexistence²³¹. Aussi, la violence entraîne l'annulabilité du contrat et celle-ci est relative puisqu'il s'agit d'un vice du consentement²³².

c. *Lésion*

Lorsqu'elle est applicable, la lésion est bien sûr toujours sanctionnée par l'annulabilité relative en application du critère de l'intérêt protégé²³³. Il n'y a là aucune difficulté. Selon nous, il faut rattacher à la lésion, prise en un sens large, l'invalidité des clauses externes, illisibles ou incompréhensibles ou abusives²³⁴ : l'annulabilité sera encore là relative, favorisant l'adhérent ou le consommateur.

B. *Capacité*

La capacité est «l'aptitude qu'a une personne, étant donné son état, à jouir des droits privés et à les exercer»²³⁵. On distingue les incapacités de jouissance (privation de la jouissance du droit) des incapacités d'exercice (privation de l'exercice du droit dont on est par ailleurs titulaire). Quelle est la sanction lorsque le contrat est conclu par une personne qui était juridiquement incapable de le conclure ?

Le cas des incapacités de jouissance n'accepte pas de réponse générale : il faudra voir dans chaque cas la raison qui a poussé le législateur à édicter l'interdiction pour déterminer la nature de l'annulabilité²³⁶. Le plus souvent, de telles incapacités existent pour la protection de l'intérêt général. L'annulabilité

²³¹ Si on obtient le consentement d'une personne en l'hypnotisant ou en la droguant de force, ce n'est pas la crainte qui vicie le consentement mais plutôt l'incapacité à donner un consentement. En effet, la crainte suppose un choix conscient entre deux maux : conclure l'acte ou subir le préjudice dont on est menacé. Cette distinction théorique n'a toutefois pas d'impact pratique : qu'il y ait incapacité à consentir ou consentement donné par crainte, il y aura une manifestation de volonté apparente et l'annulabilité sera relative.

²³² Art. 1399, 1419 C.c.Q.

²³³ *Ibid.*

²³⁴ Art. 1435-1437 C.c.Q.

²³⁵ Pineau et Burman, *supra* note 160 au n° 91.

²³⁶ Notons qu'il n'y a plus dans notre droit d'incapacité de jouissance «générale». Telle était la situation de l'esclave ou de celui qui était frappé de «mort civile».

absolue devrait donc généralement sanctionner l'incapacité de jouissance²³⁷. Ainsi, l'interdiction faite aux juges, avocats, notaires et autres officiers de justice de se porter acquéreurs de droits litigieux est sanctionnée par l'annulabilité absolue²³⁸, tout comme les incapacités de jouissance du mineur²³⁹. Les incapacités de jouissance des personnes morales sont aussi généralement sanctionnées d'annulabilité absolue²⁴⁰. Il arrive toutefois que des incapacités de jouissance soient édictées dans le but de protéger des intérêts particuliers. Ainsi, l'interdiction faite à l'administrateur du bien d'autrui de se porter acquéreur d'un bien qu'il administre existe pour protéger les intérêts patrimoniaux de l'administré, l'annulabilité est donc relative²⁴¹.

En ce qui a trait aux incapacités d'exercice, puisqu'elles ont pour but de protéger certaines personnes jugées incapables d'exercer elles-mêmes certains droits, la sanction est, en principe, l'annulabilité relative²⁴².

C. *Objet et cause*

L'objet et la cause, en tant qu'éléments de formation du contrat, sont des notions ambivalentes. En effet, chacun de ces éléments a un contenu et un rôle différent selon que l'on se trouve au niveau obligationnel ou au niveau contractuel : la cause de l'obligation ne doit pas être confondue avec la cause du contrat, tout comme l'objet de l'obligation ne doit pas être confondu avec l'objet du contrat²⁴³. Par ailleurs, des liens étroits unissent l'objet de l'obligation à la

²³⁷ Toutefois, en cas de doute, il faut tenir compte de la présomption en faveur de l'annulabilité relative que pose l'article 1421 C.c.Q.

²³⁸ Art. 1783 C.c.Q.

²³⁹ Art. 161 C.c.Q. On peut songer par exemple à l'interdiction faite au mineur de tester (art. 708 C.c.Q.). Dans l'ancien droit, on penchait parfois vers l'annulabilité relative relativement aux incapacités de jouissance du mineur (G. Brière, «L'abus du pouvoir des représentants légaux dans le droit familial du Québec» (1978) 19 C. de D. 117 à la p. 126 et s.).

²⁴⁰ *Tardif et Pouliot Ltée c. Pouliot* (1970), [1971] R.L. 155 (C.P.). Sur la doctrine de l'*ultra vires*, voir M. Martel et P. Martel, *La compagnie au Québec*, t. 1, Montréal, Theleme, 1993 à la p. 183 et s.

²⁴¹ Art. 1312, 1709 C.c.Q.

²⁴² Pour le mineur, voir les articles 162 et 163 C.c.Q. Pour le majeur protégé, voir l'article 256 C.c.Q. L'article 987 C.c.B.-C. avait donné lieu à certaines difficultés d'interprétation puisqu'il indiquait expressément que l'incapacité des mineurs et des interdits pour prodigalité était établie en leur faveur, ce qui laissait croire à une règle différente pour les autres types d'incapacité. Voir Pineau et Burman, *supra* note 160 au n° 131. Le législateur, dans sa réforme de 1989, avait tranché en faveur de l'annulabilité relative (art. 325 C.c.B.-C. modifié par la *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1989, c. 54, art. 85).

²⁴³ Contrairement au *Code Napoléon* ou au *Code civil du Bas-Canada*, le *Code civil du Québec* distingue soigneusement l'objet et la cause de l'obligation (art. 1371, 1373, 1374 C.c.Q.) de l'objet et de la cause du contrat (art. 1410-1413 C.c.Q.).

cause de l'obligation et l'objet du contrat (la prestation) à la cause du contrat. La complexité de ces conditions de validité se répercute sur la question de leur sanction. Aussi, faut-il s'efforcer de soigneusement distinguer les concepts en cause et de faire les nuances qui s'imposent.

1. L'objet et la cause de l'obligation

Pour être valide, l'obligation qui découle d'un acte juridique doit 1° avoir pour objet une prestation qui soit possible, déterminable et licite²⁴⁴ et 2° avoir une cause qui en justifie l'existence²⁴⁵. Comment devrait-on sanctionner l'obligation contractuelle qui ne remplit pas ces conditions²⁴⁶ ?

En ce qui concerne le caractère licite de la prestation, on ne peut donner de réponse générale. En effet, parfois l'ordre public s'oppose à la validité d'une obligation au nom de la protection de l'intérêt général, parfois il le fait dans le but de protéger certains intérêts particuliers. Ici encore intervient la distinction entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection. Il faut donc voir, dans chaque cas, si la prohibition s'impose ou non pour protéger l'intérêt général. Ainsi, à titre d'exemple, le contrat de mère porteuse est sanctionné d'annulabilité absolue²⁴⁷, alors que la renonciation à l'avance au bénéfice de la «libération du débiteur» lorsque le créancier hypothécaire acquiert le bien sur lequel porte sa créance²⁴⁸ est sanctionnée d'annulabilité relative²⁴⁹.

Rappelons par ailleurs que, lorsqu'une prestation portera manifestement atteinte à l'intérêt général, elle sera non pas annulable, mais juridiquement inexistante. Tel est le cas de l'engagement pris par un tueur à gages ou celui où on s'oblige à livrer une drogue que toute personne raisonnablement informée sait être illégale²⁵⁰.

En ce qui a trait au caractère possible et déterminable de la prestation, il est

²⁴⁴ Par souci de ne pas alourdir le texte, nous employons le terme «licite» pour désigner la prestation qui n'est «ni prohibée par la loi ni contraire à l'ordre public», selon l'expression du *Code civil du Québec*.

²⁴⁵ Art. 1371, 1373 C.c.Q.

²⁴⁶ Rappelons que l'obligation n'est pas nécessairement invalide du seul fait que son objet ne respecte pas certaines normes législatives ou réglementaires («Les effets du droit pénal», *supra* note 2).

²⁴⁷ Art. 631 C.c.Q.

²⁴⁸ Art. 1695 C.c.Q.

²⁴⁹ Voir l'arrêt *Garcia*, *supra* note 184. Pour un tour d'horizon relativement aux clauses illicites, voir P. Ciotola, «Aperçu des conditions illicites et immorales» (1970) 72 R. du N. 315 à la p. 407 ; Veaux, *supra* note 82, fasc. 2.

²⁵⁰ Voir ci-dessus le texte correspondant à la note 213 et s.

permis d'hésiter. Certains sont d'avis que ces conditions de validité sont sanctionnées par l'annulabilité relative²⁵¹. Il est vrai que certaines clauses sont considérées être «indéterminables» parce qu'elles ont pour effet de soumettre l'une des parties au pouvoir arbitraire de l'autre et que la protection d'intérêts particuliers peut sembler ici l'emporter sur la protection de l'intérêt général. À notre avis toutefois, il faut préférer, du moins en principe²⁵², l'annulabilité absolue : tant les parties que les tiers, à qui, rappelons-le, le contrat est opposable, ont intérêt à connaître avec un minimum de précision l'étendue des engagements des parties, ce qui implique que ceux-ci soient objectivement possibles et déterminables²⁵³. Ces conditions sont essentielles si on veut que le contrat remplisse «sa fonction sociale d'instrument indispensable des prévisions contractuelles»²⁵⁴. En outre, comment pourrait-on admettre la confirmation d'une prestation impossible ou dont on ne connaît pas le contenu ?

Par contre, l'obligation sans cause doit être sanctionnée par l'annulabilité relative : en effet, cette condition de validité ne vise que les obligations qui découlent d'un acte juridique, car elle existe justement afin que tout engagement résulte d'un véritable consentement et non pas du simple accomplissement de certaines formalités. On doit avoir une raison «objective» de s'engager. Or, celui qui s'engage sans cause commet une erreur quant à l'existence de cette raison objective²⁵⁵ et on ne voit pas pourquoi ce genre d'erreur serait traitée différemment des autres. Il s'agit là de la protection d'intérêts particuliers, comme tout ce qui concerne les vices de consentement²⁵⁶.

Une précision s'impose cependant. Dire que l'obligation qui n'est pas causée est sanctionnée d'annulabilité relative ne pose pas de problèmes lorsque le contrat est unilatéral : si je m'engage à rembourser la dette d'un tiers alors que cette dette n'existe pas, l'engagement sera tout simplement annulable à ma demande. Mais s'agissant d'un contrat synallagmatique, les choses se présentent différemment. Prenons un exemple : A vend son automobile à B, mais au moment de la vente, fait qu'ignorent les parties, le véhicule est entièrement détruit.

²⁵¹ Larroumet, *supra* note 124 au n° 539 ; Roland et Boyer, *supra* note 124 au n° 833.

²⁵² En effet, dans l'hypothèse où une obligation est *manifestement* impossible à exécuter ou dont le contenu est absolument indéterminable aux yeux de la personne raisonnable (par exemple, «toucher le ciel du doigt» ; «faire quelque chose»), il serait alors plus approprié de dire que l'obligation est matériellement inexistante, car il n'y a alors même pas apparence d'engagement.

²⁵³ Ghestin, *supra* note 82 au n° 776-1.

²⁵⁴ *Ibid.* au n° 516.

²⁵⁵ Voir *Taillefer c. Québec (Sous-Ministre du Revenu)* (10 mars 1993), Montréal 500-05-007023-904, 500-05-007024-902, J.E. 93-684 (C.S.), porté en appel Montréal 500-09-000716-936, 500-09-000717-934 (C.A.).

²⁵⁶ Voir Larroumet, *supra* note 124 au n° 540 ; Roland et Boyer, *supra* note 124 au n° 833.

Si A obtient l'annulation de son obligation envers B, l'obligation de B envers A (payer le prix) sera *nécessairement* elle aussi annulée puisque liée de façon indivisible à la première obligation²⁵⁷. Il serait donc inexact de dire que l'obligation de payer le prix demeure, tout en étant entachée d'une cause d'annulabilité relative en faveur de B. Cette conclusion découle du fait que, dans les contrats synallagmatiques, la cause objective n'est pas, à strictement parler, une condition de validité de l'obligation ; elle n'est plutôt qu'une façon (compliquée) d'expliquer l'interdépendance des obligations contractuelles : si l'une tombe, l'autre tombera aussi *nécessairement*. En conséquence, lorsque nous disons que l'obligation non causée est entachée d'annulabilité relative, nous ne visons pas les situations où une obligation doit *nécessairement* être annulée comme conséquence de l'annulation d'une première obligation qui lui est liée de façon indivisible.

2. L'objet et la cause du contrat

L'objet du contrat est l'opération juridique envisagée par les parties²⁵⁸. Celle-ci doit être licite²⁵⁹. Normalement, il y a illicéité de l'opération juridique en raison du fait qu'au moins une des prestations du contrat est illicite. Par exemple, si la vente de cigarettes de contrebande est une opération illicite, c'est que la prestation du vendeur est en soi illégale. Toutefois, cette assimilation de l'objet de l'obligation à l'objet du contrat ne se produit que si l'obligation illicite est indivisible du reste du contrat. Au cas contraire, l'obligation illicite ne rendra pas l'ensemble de l'opération illicite²⁶⁰. Inversement, il arrive que l'opération juridique soit illicite, alors que chacune de ses prestations, prise isolément, est licite : ainsi, la vente de sang est illicite²⁶¹, mais chacune des prestations qui forme ce contrat (donner du sang, payer) est en soi licite. On voit ainsi que l'objet du contrat, en tant qu'il s'agit du contenu du contrat *dans son ensemble*, se distingue de chacune des prestations qu'il renferme, mais que des liens étroits unissent l'objet du contrat et l'objet de l'obligation.

Lorsque l'illicéité de l'obligation entraîne l'illicéité du contrat, les commentaires de la section précédente quant aux sanctions relatives à l'objet de l'obligation s'appliquent. Au contraire, lorsque c'est l'opération juridique envisagée par les parties qui est illicite sans que les prestations ne le soient, quelle

²⁵⁷ Art. 1438 C.c.Q.

²⁵⁸ Art. 1412 C.c.Q.

²⁵⁹ Voir *supra* les autorités citées à la note 251.

²⁶⁰ Art. 1438 C.c.Q.

²⁶¹ Art. 25 C.c.Q.

est la sanction de cette illicéité ? Encore ici, on ne peut donner de réponse générale. En effet, le législateur peut prohiber certaines opérations juridiques dans le but de protéger certains intérêts particuliers et l'annulabilité est alors relative ou il peut plutôt viser à protéger l'ensemble de la société et l'annulabilité est alors absolue. Cependant, la plupart du temps, il s'agit d'une annulabilité absolue, tel que pour le cas de la vente des produits du corps humain²⁶².

La cause du contrat, ce sont les motifs subjectifs (exprimés ou non) qui poussent les parties à le conclure²⁶³. Ainsi, je peux acheter une automobile pour les fins de mon travail, pour mes loisirs ou pour en faire cadeau à un être cher. Pour que le contrat soit valide, la loi exige que la cause du contrat soit licite²⁶⁴. Si la cause du contrat est illicite, l'annulabilité sera absolue : la société dans son ensemble a intérêt à ce que les contrats soient conclus à des fins légitimes²⁶⁵.

Notion purement subjective, la cause du contrat sera donc personnelle à chacun des cocontractants : elle est, selon les termes mêmes du *Code*, «la raison qui détermine *chacune* des parties à le conclure» [nos italiques]²⁶⁶. Il y aura donc autant de «causes du contrat» qu'il y a de parties contractantes. Cette constatation soulève une interrogation : que faire lorsque l'une des parties conclut l'acte à des fins illégitimes, mais que son cocontractant ignore ce fait ?

La jurisprudence française, appuyée par une partie de la doctrine, considère que l'acte n'est annulable que s'il y avait cause illicite commune ou du moins connaissance (réelle ou présumée) par le cocontractant des motifs illicites, sauf lorsque l'acte est à titre gratuit²⁶⁷. Mais, à notre avis, cette solution doit être rejetée, car, sous prétexte de protéger le cocontractant de bonne foi, elle aboutit à lui interdire de demander lui-même l'annulation s'il vient à apprendre la motivation illicite de la personne avec qui il a contracté²⁶⁸.

On pourrait penser à rendre la partie de bonne foi «maître de la demande en nullité» : seule cette partie, et nulle autre personne, pourrait demander l'annulation du contrat. Cette solution doit aussi, à notre avis, être rejetée, car elle aboutit en fait à sanctionner d'annulabilité relative ce qui devrait être sanctionné d'annulabilité absolue selon le critère de l'intérêt protégé. En effet, la bonne foi d'une partie ne change rien au fait que l'exigence d'une cause licite

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ Art. 1410 C.c.Q.

²⁶⁴ Art. 1411 C.c.Q.

²⁶⁵ Flour et Aubert, *supra* note 124 au n° 333 ; Weill et Terré, *supra* note 82 au n° 300.

²⁶⁶ Art. 1410 C.c.Q.

²⁶⁷ Voir Marty et Raynaud, *supra* note 131 au n° 211.

²⁶⁸ Pineau et Burman, *supra* note 160 au n° 126 ; Weill et Terré, *supra* note 82 au n° 283.

s'impose en vue de la protection de l'intérêt général.

Une autre solution consisterait à sanctionner le contrat d'annulabilité absolue et donc à permettre à tout intéressé d'en demander l'annulation, mais en interdisant à la partie de mauvaise foi d'invoquer cette cause de nullité²⁶⁹, en se fondant sur l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Toutefois, comme l'a démontré M. Le Tourneau, cet adage n'est généralement pas appliqué dans toute sa rigueur : la demande en annulation n'est pas refusée à celui qui allègue sa turpitude ; c'est plutôt sa demande visant à obtenir la *restitution des prestations* qui pourra, dans certains cas, être refusée²⁷⁰.

C'est cette dernière solution qui doit être approuvée. En effet, la société ne doit pas se priver d'annuler un contrat conclu à des fins illégitimes en raison du fait que celui qui demande cette annulation est celui-là même qui nourrissait ces motifs illicites. Au contraire, le tribunal se doit d'annuler un contrat qu'il sait être entaché d'annulabilité absolue et il manquerait à son devoir s'il ne le faisait pas. Cela ne veut toutefois pas dire que cette annulation profitera à celui qui a conclu un contrat à des fins illicites, car le tribunal pourra tenir compte de sa mauvaise foi au niveau de la restitution des prestations. Cette solution est d'ailleurs celle qui se concilie le mieux avec les textes du *Code civil du Québec*. Premièrement, l'article 1411 C.c.Q. rend annulable tout contrat dont la cause est illicite. Or, la cause est définie à l'article précédent comme étant la raison qui détermine *chacune* des parties à conclure l'acte ; il n'est donc pas nécessaire qu'il y ait collusion des parties ni connaissance par la partie de seconde part des motifs illicites de la partie de première part pour qu'il y ait invalidité de l'acte. Deuxièmement, l'annulabilité doit être absolue dès lors que la règle de formation s'impose pour la protection de l'intérêt général²⁷¹, ce qui est clairement le cas. Or, si l'annulabilité est absolue, tout intéressé peut demander l'annulation du contrat. Il ne semble donc pas possible d'empêcher la partie de mauvaise foi de demander l'annulation du contrat. Cependant, les règles relatives à la restitution permettront au tribunal de tenir compte du comportement des parties²⁷², notamment du fait que la cause de l'annulation résulte de la faute de l'une des parties, pour modifier les modalités normales de restitution²⁷³.

²⁶⁹ Voir Pineau et Burman, *ibid.* ; Flour et Aubert, *supra* note 124 au n° 266. Voir aussi A. Weill, « Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l'action en nullité » dans *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Paris, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, 1165.

²⁷⁰ P. Le Tourneau, *La règle nemo auditur ...*, Paris, Librairie généralc de droit et de jurisprudence, 1970.

²⁷¹ Art. 1417 C.c.Q.

²⁷² Art. 1699 et s. C.c.Q.

²⁷³ Art. 1699, al. 2 C.c.Q.

D. Formalités

On distingue généralement les formes habilitantes des formes solennelles.

Lorsque les formes habilitantes ont trait aux incapacités d'exercice, elles sont en principe sanctionnées par l'annulabilité relative²⁷⁴. Ainsi, par exemple, l'acte accompli par le tuteur sans l'autorisation du tribunal, lorsque celle-ci est requise, est annulable à la demande du mineur²⁷⁵. Mais, certaines formalités «habilitantes» existent pour des motifs qui ont plutôt à voir avec la protection de l'intérêt général : on peut penser, par exemple, à la procédure de soumissions publiques et aux autorisations administratives nécessaires pour la conclusion de certains contrats publics ou parapublics. Si ces formalités ne sont pas respectées, l'acte sera entaché d'annulabilité absolue²⁷⁶.

La question de la sanction des formalités solennelles est plus délicate. On peut tout d'abord se demander si, en certains cas, l'absence de formalités solennelles n'entraînerait pas l'*inexistence* de l'acte. En effet, on conçoit que dans certains cas, en matière de mariage par exemple, les formalités soient intrinsèquement liées à l'acte de façon à ce qu'en l'absence de ces formalités, il n'y ait même pas *apparence d'acte*²⁷⁷. Toutefois, en matière contractuelle, les formalités solennelles n'ont généralement pas ce caractère et la sanction est donc l'annulabilité²⁷⁸. Mais cette annulabilité sera-t-elle absolue ou relative ?

On considère généralement que le non-respect des formalités est sanctionné par l'annulabilité absolue²⁷⁹. En effet, la plupart du temps, les solennités visent à protéger des intérêts divers et il n'est pas vraiment possible d'identifier des in-

²⁷⁴ Weill et Terré, *supra* note 82 au n° 298. Dans l'affaire *Aubé c. Forget*, [1967] C.S. 412, le tribunal considère que le non-respect d'une formalité habilitante visant à permettre à un curateur de vendre le bien d'un majeur protégé entraîne l'annulabilité relative de l'acte. Mais, curieusement, il accorde l'annulation demandée par le cocontractant de la personne protégée !

²⁷⁵ Art. 162 C.c.Q.

²⁷⁶ *Havre St-Pierre (Corporation municipale de) c. Brochu*, [1973] C.A. 832 ; *Venne c. Grand-Mère (Cité de)* (1966), [1968] C.S. 118 ; *Cie Immobilière Viger c. Laureat Giguère Inc.* (1976), [1977] 2 R.C.S. 67, 10 N.R. 277 ; *Isolation Sept-Iles Inc. c. Bande des Montagnais de Sept-Iles et de Maliotenam*, [1987] R.J.Q. 2063 (C.S.).

²⁷⁷ Voir à ce sujet M.-A. Guerriero, *L'acte juridique solennel*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975 à la p. 357 et s. Sur la question de la nullité du mariage, voir J. Pineau, *La famille: Droit applicable au lendemain de la «loi 89»*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982 au n° 84 et s.

²⁷⁸ Guerriero, *ibid.* à la p. 360 et s.

²⁷⁹ *Ibid.* ; Weill et Terré, *supra* note 82 au n° 298 ; Flour et Aubert, *supra* note 124 au n° 334 ; Roland et Boyer, *supra* note 124 au n° 834.

térêts privés que l'exigence de la formalité protégerait spécialement. Ainsi, par exemple, l'exigence de la forme notariée assure une rédaction professionnelle, une conservation de l'*instrumentum* et une plus grande précision du contenu contractuel, ce qui est utile non seulement pour les parties, mais aussi pour les tiers. Ainsi, le législateur sanctionne de nullité absolue tant l'hypothèque que la donation immobilière qui n'est pas notariée²⁸⁰.

Mais il ne faut pas voir là une règle absolue²⁸¹ : dans certains cas, et ils sont nombreux, les formalités imposées par la loi visent clairement à protéger des intérêts privés spécifiques. L'annulabilité sera alors relative. Par exemple, la *Loi sur la protection du consommateur*²⁸² exige que le contrat qui y est assujéti réponde à certaines conditions de forme ; or seul le consommateur peut invoquer la nullité qui découle de la violation de ces formalités²⁸³. Le *Code civil du Québec* exige aussi, dans certains cas, que la vente d'un immeuble à usage d'habitation soit précédée d'un contrat préliminaire contenant de nombreux éléments d'information. Si cette formalité n'est pas respectée, seul l'acheteur peut requérir l'annulation de la vente²⁸⁴.

Conclusion

Les quatre degrés d'inefficacité que nous avons proposés (inexistence matérielle, inexistence juridique, annulabilité absolue, annulabilité relative) nous semblent constituer un bon point de départ pour fonder une théorie complète et satisfaisante en matière de nullités.

Tout d'abord, cette classification fait ressortir que la distinction première de la théorie des nullités est celle opposant l'inexistence à l'annulabilité. Dans le premier cas, l'acte est radicalement inefficace, dans le second, il est efficace, mais cette efficacité est précaire. Cette distinction nous apparaît fondamentale et il faut résister à la tentation de la mettre en veilleuse sous prétexte qu'il y a beaucoup plus d'actes annulables que d'actes inexistantes.

Mais notre classification n'a pas que deux branches, elle en a quatre : il y a deux types d'inexistence, et deux types d'annulabilités. Pourquoi ? Parce qu'il faut tenir compte des deux aspects de l'apparence : un acte est souvent *appa-*

²⁸⁰ Art. 1824, 2693 C.c.Q.

²⁸¹ Voir Ghestin, *supra* note 82 aux n^{os} 783-89 ; Flour et Aubert, *supra* note 124 au n^o 334.

²⁸² L.R.Q. c. P-40.1.

²⁸³ *Ibid.*, art. 271.

²⁸⁴ Art. 1785 et s., 1793 C.c.Q.

remment valide mais il peut parfois être *manifestement invalide*. Un acte qui «existe» mais qui est manifestement invalide doit être considéré comme «inexistant», mais il ne s'agit pas alors de l'«inexistence» *stricto sensu*. Inversement, un acte «nul» doit être considéré «annulable» lorsqu'il est apparemment valide, mais il ne s'agit pas alors de l'annulabilité «naturelle», c'est-à-dire celle instaurée dans un but de protection. S'opposant respectivement à l'inexistence et à l'annulabilité «naturelles», il y a donc une «inexistence de droit», que nous avons appelée l'*inexistence juridique*, tout comme il y a une «annulabilité forcée», que nous avons nommée l'*annulabilité absolue*.

Nous sommes maintenant à même de constater que si les classiques ont fait l'erreur d'axer leur théorie des nullités sur l'état de l'acte aux dépens de l'idée de sanction, et sans jamais tenir compte de la validité apparente de l'acte, on peut faire le reproche inverse aux contemporains : ceux-ci, à force de privilégier l'idée de sanction et d'insister sur la validité apparente de l'acte, en sont venus à oublier que l'état de l'acte a son importance et que, dans certains cas, l'acte est manifestement invalide. Nous espérons avoir montré pourquoi il faut, non pas privilégier un de ces éléments au détriment de l'autre, mais, au contraire, les combiner de façon à obtenir une théorie des nullités complète, tant du point de vue théorique que pratique.

Comme nous l'avons noté en introduction, Planiol a écrit que la théorie des nullités était l'une des plus obscures du droit civil. Il ajoutait cependant que cette théorie «devrait pourtant être simple»²⁸⁵. Si on ne peut pas nier le premier énoncé, on comprend maintenant pourquoi on peut douter de la légitimité du second. C'est peut-être, en effet, un trop grand souci de simplicité qui a entraîné la doctrine à trop accorder d'importance soit à l'idée de sanction, soit à l'état de l'acte, ne rendant pas ainsi justice à tous les aspects de la réalité juridique dont doit traiter la théorie des nullités. La matière des nullités n'est peut-être pas véritablement complexe, mais c'est une erreur de trop vouloir la simplifier : certes, comme nous l'avons vu, ses éléments principaux sont faciles à cerner, mais l'agencement cohérent de ceux-ci se révèle être plus ardu qu'on ne pourrait l'imaginer au départ.

²⁸⁵ Planiol, *supra* note 3 au n° 328.