

COMMENTAIRE

par Suzanne Vergnolle

Nombreux sont les ouvrages introduisant les effets de la nullité par la célèbre maxime : « *Quod nullum est, nullum effectum producit* », signifiant, ce qui est nul est de nul effet (par ex .J. Ghestin ; G. Loiseau, Y.-M. Serinet (GHESTIN), *La Formation du contrat*, Tome 2, 4^{ème} éd., 2013, p. 1395, M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, 3^{ème} éd., 2012, p. 469 ; P. Malaurie, L. Aynès, *Les obligations*, 5^{ème} éd., 2011, Defrénois, p. 347). Cet adage a fait place à un nouveau principe général du droit : « le principe selon lequel ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé » (P. Malinvaud (MALINVAUD), « Observations conclusives », in *L'anéantissement rétroactif du contrat*, coll. 22 oct. 2007, RDC,2008, p. 101). C'est en consacrant ce principe que la Première chambre civile a fondé, sur un visa unique, sa décision de cassation partielle du 15 mai 2001.

Ainsi, dans l'espèce jugée, un contrat d'exercice avait été conclu entre un chirurgien et une société. Une clause prévoyait que la suspension de plus d'un mois du praticien par le Conseil de l'Ordre constituait une faute grave qui permettait une résiliation du contrat sans préavis. Le Conseil national de l'ordre des médecins (ci-après Conseil de l'Ordre) avait interdit au praticien de donner des soins aux assurés sociaux pour une durée de quatre mois, sanction ramenée à trois mois par la décision rendue en appel le 14 avril 1993.

C'est sur le fondement de cette décision que le conseil d'administration de la

société a rompu le contrat d'exercice avec le chirurgien dans une délibération du 30 septembre 1993. Cependant, la sanction rendue par le Conseil de l'Ordre, statuant en appel a été annulée par le Conseil d'État dans un arrêt du 17 décembre 1997.

Dans son appel, le praticien demandait à voir déclarer le contrat non valable pour manquement au respect d'une formalité administrative et demandait une indemnité pour rupture abusive du contrat. La cour d'appel de Lyon, dans un arrêt du 9 septembre 1999 n'avait fait droit à aucune de ces demandes, et refusait ainsi de prendre en considération la décision antérieurement rendue par le Conseil d'État. La Cour d'appel a jugé que l'omission par les parties d'une formalité administrative n'affectait pas la validité du contrat et que la décision en appel du Conseil de l'Ordre était exécutoire. Aussi, sa sanction était-elle applicable.

Dans son pourvoi en cassation, le praticien a contesté tour à tour la validité et la résiliation du contrat. Il obtient gain de cause sur ce second point. En effet, la Première chambre civile écarte le premier moyen. Elle relève que c'est par une interprétation exclusive de dénaturation, que la Cour d'appel a retenu que l'omission de cette formalité administrative n'affectait pas la validité du contrat.

Il revenait à la Cour de cassation de déterminer les conséquences de l'annulation d'une décision ayant servi de fondement à la résiliation d'un contrat.

La décision est rendue au visa unique du « principe selon lequel ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé ». À cet égard, elle est particulièrement remarquable. En effet, la Première chambre civile énonce « qu'en se déterminant ainsi, sans avoir égard, comme il lui était demandé à l'annulation par le Conseil d'État, le 17 décembre 1997, de la décision de sanction qui était réputée, ainsi, n'avoir jamais existé, la Cour d'appel a violé le principe susvisé ».

Cette solution nous amène à nous demander si le droit prétorien constitue une source créatrice de règle de droit et, dans l'affirmative, à nous interroger sur la portée de ce pouvoir.

Si la décision de la Cour de cassation est particulièrement remarquable en ce qu'elle consacre un principe général du droit comme source formelle du droit (I), elle apporte également davantage de précisions en ce qui concerne les effets d'un

acte déclaré nul (II).

I. La consécration du principe de rétroactivité de la nullité comme source formelle du droit

La doctrine s'accorde sur le fait qu'il n'existe pas, dans le Code civil, de principe général sur les effets de l'annulation du contrat (*Op. cit.* GHESTIN, p. 1395 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette (TERRÉ), *Les obligations*, Précis Dalloz, 10^{ème} édition, 2009, p.431). Pour autant, l'idée que l'annulation produit des effets rétroactifs s'est imposée relativement tôt dans la jurisprudence (v. par exemple, Cass. Crim., 18 février 1937, *Gaz. Pal.* 1937. I. 790. ; Cass. Civ., 14 mars 1939, *Gaz. Pal.* 1939. I. 763). La particularité de cet arrêt tient donc au fait que c'est la première fois que la Cour de cassation a, au sein d'un visa unique, explicitement affirmé ce principe.

Aussi convient-il d'étudier le principe affirmé par la Cour de cassation (A) et de voir en quoi le principe de rétroactivité de la nullité est posé comme source formelle du droit (A) et d'étudier quelle est.

A. Le principe de rétroactivité de la nullité, une création prétorienne

Le doyen Carbonnier présentait la nullité comme « un contrat synallagmatique inversé » (J. Carbonnier (CARBONNIER), *Les obligations*, 21^{ème} éd., 1998, n°107, p. 200), en notant que ce n'est pas « l'annulation qui est rétroactive, c'est le contrat annulé » (*Op. cit.*, n°110, p. 206). Cette image permet de mieux comprendre le principe énoncé par le Cour de cassation, en vertu duquel : « ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé ».

Le principe de rétroactivité est un concept pouvant avoir des implications complexes. Si certains auteurs parlent de « réécrire l'histoire » (L. Bach (BACH), « *Conflicts de lois dans le temps* », mai 2006 (dernière mise à jour : juin 2013), §168), doter une norme de rétroactivité, c'est avant tout demander à ce que tout se passe comme si la norme n'avait jamais existé. Ainsi, déclarer un acte nul, entraîne deux conséquences : le priver d'effet pour l'avenir et effacer les effets du passé (P. Malinvaud, D. Fenouil-

let, « *Droit des obligations* », 11e édition, Litec, 2010, p. 310).

La Cour de cassation réaffirme en l'espèce le principe d'effacement des effets du passé. En appliquant le principe posé, la Première chambre civile rappelle que la Cour d'appel aurait dû « avoir égard, (...) à l'annulation par le Conseil d'État, (...) de la décision de sanction qui était réputée, ainsi n'avoir jamais existé ». C'est sans doute, pour éviter de consacrer une solution que certains qualifient d'« irrationnelle » (*Op. cit.* BACH, §168) que la cour d'appel avait rejeté la demande du praticien. En effet, cette demande consistait à substituer à la rupture justifiée par une « décision étant exécutoire », une autre situation qui, elle, avant la décision de rétroactivité, ne permettait pas de justifier une rupture contractuelle.

Néanmoins la Cour de cassation maintient que le principe de la rétroactivité conduit à ceci que les choses doivent être remises en l'état où elles étaient avant les décisions du Conseil de l'Ordre, comme si rien ne s'était passé. Ainsi, la Cour de cassation casse sur ce fondement la décision de la cour d'appel de Lyon. En effet, « l'annulation par le Conseil d'État, le 17 décembre 1997, de la décision de sanction qui était réputée, ainsi, n'avoir jamais existé » revenait à priver de fondement la rupture du contrat d'exercice par le conseil d'administration de la société.

La Cour de cassation censure les juges du fond sur le fondement unique du « principe selon lequel ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé », il revient donc désormais d'étudier la valeur de ce principe de rétroactivité.

B. Le principe de rétroactivité de la nullité, une source formelle du droit

L'unique fondement de cette décision est « le principe selon lequel ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé ».

Certains auteurs (N. Molfessis (MOLFESSIS), « La notion de jurisprudence de la Cour de cassation », *RTC Civ.*, 2001 p. 699) se sont interrogés sur la valeur des principes généraux énoncés par le Cour de cassation, sans autre fondement textuel. Comme l'explique le professeur Gridel dans son analyse sur les principes généraux du droit, « l'activité judiciaire n'est qu'harmonisatrice et illustrative, et la normati-

vité d'un principe général du droit, en tant que tel, ne va pas de soi » (J.-P. Gridel, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé ». D. 2002. 228). Montesquieu, dans une métaphore bien connue, rappelait que « le juge est la bouche de la loi », et que l'interprétation des juges n'a aucune portée créatrice de droit. D'ailleurs, l'article 5 du Code civil interdit « aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

Cependant, cette conception très stricte du juge semble nécessairement devoir être nuancée, notamment en vertu de l'article 4 du Code civil. En effet, « la véritable difficulté, pour la Cour de cassation, ce n'est pas de veiller à l'application des textes clairs, c'est d'interpréter la loi, c'est-à-dire : la préciser, quand elle est trop générale ; la clarifier, quand elle est obscure ; la désigner, quand elle est indéterminée ; l'inventer, quand elle est muette » (M. Jéol, *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, Actes du colloque des 10 et 11 déc. 1993, p. 37). Comme nous l'avons vu précédemment, il n'existe pas, dans le Code civil, de principe général sur les effets de l'annulation du contrat. Ainsi, en la matière, la loi reste muette, et il revient donc, au juge de devoir « l'inventer ». Ainsi, à plusieurs reprises la jurisprudence a eu à se prononcer sur le principe de rétroactivité de la nullité et établi une jurisprudence tout à fait cohérente (Civ. 1^{re}, 16 juill. 1998, *Bull. civ.*, I, n°251 ; Com., 10 février 2009, *Bull. civ.*, 2009, IV, n° 20; Civ. 3^{ème}, 22 juin 2005, *Bull. civ.*, 2005 III N° 143 p. 131), une doctrine abondante. Ainsi, le rôle faussement créateur que la Cour de cassation s'octroie semble pouvoir être justifié à plusieurs égards. L'absence de règle en la matière cumulée au besoin de tenir compte de la décision d'annulation du Conseil d'État justifiaient l'affirmation d'un principe général déjà reconnu par le droit antérieur.

Refuser de prendre en considération l'effet principal de la nullité prononcé par la haute juridiction administrative, comme l'avait fait la cour d'appel, aurait eu pour conséquence principale de nier l'existence d'une décision du Conseil d'État et créer une dichotomie de réalités.

Il convient dès lors d'étudier la portée du principe de rétroactivité de la nullité et de comprendre en quoi le refus par la cour d'appel de considérer les effets de la rétroactivité avait d'importantes conséquences.

II. Les effets du principe de rétroactivité de la nullité

Comme nous l'avons étudié, la Cour de cassation consacre pour la première fois, dans cet arrêt, le principe selon lequel « ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé ». Plusieurs réflexions sur les effets d'un tel principe peuvent être faites. D'une part, la Cour semble rappeler que la nullité entraîne nécessairement des effets rétroactifs (A) et d'autre part que ces effets s'appliquent à l'ensemble des matières, ce qui inclut nécessairement le droit des contrats (B).

A. La nullité sans rétroactivité, une nullité sans efficacité

L'un des enseignements principaux de cet arrêt est que l'effet de l'annulation entraîne un retour au néant (J. Mestre, B. Fages, « *Conséquences de l'annulation* », RTD Civ., 2003, p. 284). La Première chambre civile reproche en effet à la Cour d'appel de ne pas avoir considéré l'arrêt d'annulation rendu par le Conseil d'État. L'annulation par la juridiction administrative d'un acte administratif implique nécessairement que cet acte est réputé n'avoir jamais existé (M. Blombled, « *Effet de l'annulation d'un acte administratif sur les poursuites pénales engagées à la suite de sa violation* », Dalloz Actualité, 10 janv. 2011).

En l'espèce, le conseil d'administration avait résilié le contrat entre la société et le praticien sur le fondement de la décision d'appel du Conseil de l'Ordre, qui justifiait une rupture sans préavis pour faute grave. Cependant, l'effacement rétroactif de cette décision par le Conseil d'État avait pour conséquence de priver de fondement la résiliation du contrat pour faute grave. En effet, les actes annulés étant réputés n'être jamais intervenus, le fondement de la résiliation du contrat était donc lui aussi supposé n'avoir jamais existé. Ainsi, la Cour de cassation considère donc que la nullité de l'acte emporte anéantissement de tous les effets auxquels il a donné naissance (Op. cit., TERRÉ).

En refusant de prendre en considération la décision du Conseil d'État, la décision de la cour d'appel privait la nullité de son efficacité et, par voie de conséquence, violait le principe édicté par la Cour de cassation.

La particularité des faits d'espèce nous amène à une réflexion plus profonde sur la pérennité de cette solution. En effet, il ne s'agissait pas de l'effet de l'annulation d'un contrat, mais de l'effet que pouvait avoir l'annulation d'une décision de sanction rendue par un arrêt de l'ordre administratif sur une décision de l'ordre judiciaire.

Ainsi, il semble opportun d'étudier la portée de cette décision et de voir en quoi elle est en accord avec les principes du droit civil français.

B. La conciliation du principe d'effet rétroactif avec le droit des contrats

Les nombreuses critiques (L. Aynès, rapport intr., in *L'anéantissement rétroactif du contrat*, coll. 22 oct. 2007, RDC 2008. 9, spéc. n°2) et réflexions (par ex., E. Maître-Arnaud, *La rétroactivité dans le contrat*, th. Paris II, 2003) qui ont été formulées sur le principe de rétroactivité de la nullité et de son application démontrent la complexité de la matière.

La consécration de ce principe apparaît donc tout à fait appropriée. En effet, l'effacement des effets dans le temps suscite d'importants problèmes d'applicabilité, et particulièrement dans les cas où des restitutions doivent être effectuées (par ex., E. Poisson-Drocourt, « Les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat », D. 1983, Chron. p. 85 s. ; F. Rouvière, « L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution de la vente », RTD Civ. 2009, p. 617 ; X. Lagarde, « Retour sur les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat », JCP n°16, 2012, p. 504), lorsque la rétroactivité a des effets sur les tiers (par ex., H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, 12^{ème} éd., 2000, no 327 ; P. Ancel, *La rétroactivité et la sécurité des tiers*, RDC 2008., p. 35 ; A. Bénabent, *Les Obligations*, Montchestien, 12^{ème} éd., 2010, n° 234) ou en ce qui concerne les revirements de jurisprudence (par ex., T. Bonneau, « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirements », D. 1995, p. 24 ; P. Morvan, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », D. 2005, p. 247 ; Tribune « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence », RTD Civ., 2/2005, p. 293 et suiv., S. Mekki, C.

Atias, J.-L. Aubert, X. Bachellier et M.-N. Jobard-Bachellier, M.-A. Frison-Roche, P. Malinvaud, F. Melleray, J. Monéger, Y.-M. Sérinet). En l'espèce, l'anéantissement rétroactif de la décision d'appel du Conseil de l'ordre avait pour effet principal de priver de fondement la décision de rupture du contrat d'exercice entre le praticien et la société.

Priver de rétroactivité la décision du Conseil d'État pouvait être interprété comme une négation par l'ordre judiciaire de l'autorité de la chose jugée des décisions rendues par l'ordre administratif, alors qu'en l'espèce la conséquence de cette rétroactivité sera sans doute, que la rupture soit considérée comme abusive. Par ailleurs, la jurisprudence semble porter un attachement particulier au principe d'effet rétroactif de la nullité, celui-ci ayant été réaffirmé à plusieurs reprises (par ex., Soc., 9 déc. 2014, n°13-21.766 ; Civ. 3^{ème}, 2 oct. 2002, n° 01-02.924, J. Mestre, B. Fages, « *Conséquences de l'annulation* », RTDCiv, 2003 p. 284 ; Civ. 1re, 4 juill. 2007, 06-16.630, J. Hauser, « *Prescription de l'action en nullité contre une donation faite par un majeur en tutelle* », RTD Civ. 2007 p. 755 ; Civ. 3^{ème}, 22 nov. 2011, n°10-19.244).

Enfin, si le Code civil ne prévoit pas de principe général sur les effets de l'annulation du contrat, le principe énoncé par la Cour de cassation est repris quasiment à l'identique par l'article 1130-3 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats qui dispose que « la convention nulle est censée n'avoir jamais existé ».

Ainsi, il semble que la solution retenue par la Cour de cassation de l'anéantissement rétroactif d'un acte, apparaisse désormais comme une sorte de « vérité juridique ».