



Title	一部無効の本質と射程（9・完）：一部無効論における当事者の意思の意義を通じて
Author(s)	酒巻, 修也
Citation	北大法学論集, 70(2), 172[33]-127[78]
Issue Date	2019-07-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/75075
Type	bulletin (article)
Additional Information	There are other files related to this item in HUSCAP. Check the above URL.
File Information	lawreview_70_2_04_Sakamaki_summary.pdf (SUMMARY OF CONTENTS)



[Instructions for use](#)

THE HOKKAIDO LAW REVIEW**Vol. 70 No. 2(2019)
SUMMARY OF CONTENTS**

La nullité partielle et la volonté des parties*

Naoya SAKAMAKI**

La question de l'étendue de la nullité est débattue depuis longtemps dans le droit japonais, bien que le Code civil japonais (le *Minpō*) ne comporte aucune disposition relative à cette question. La doctrine classique considère que l'étendue de la nullité se détermine en fonction de la volonté des parties¹. Cependant elle pose non seulement le critère subjectif mais aussi le critère objectif². De quelle façon combine-t-on les deux critères qui s'opposent ?

Selon un courant doctrinal, le critère de la volonté des parties prévaut sur l'autre critère ; après avoir éliminé un élément illicite d'un contrat, il faut rechercher si les parties auraient quand même contracté sans cet élément³. Pourtant, cette solution n'est pas conforme à la jurisprudence japonaise. La plupart des arrêts fixe l'étendue de la nullité sur le but de la règle transgressée⁴.

* Le sommaire de ma thèse intitulée : « L'essence et la portée de la nullité partielle (1) ~ (9) : Contribution à l'étude du sens de la volonté des parties dans la théorie de la nullité partielle » .

** Professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université Aoyama-Gakuin

¹ S.WAGATHUMA, *Théorie générale du droit civil, Édition nouvelle*, Iwanami-Syoten, 1965, p.257.

² F.OHO (éd.), *Commentaire du droit civil*, tome IV, Yūhikaku, 1967, pp. 232 et s.

³ S.KUMAGAI, la nullité partielle de l'acte juridique et la volonté des parties, *Komazawa-Hōsō*, n° 1, 2005, p.13, spéc., p.26.

⁴ V. par exemple, Cour suprême, 24 août 1954, *Bull.civ.(Minsyū)*, t.8, n° 8, p.1534

Cette divergence tient à l'incertitude sur le fondement de nullité partielle. En effet, la réforme du droit des obligations de 2017 (la loi entrera en vigueur le 1^{er} avril 2020) ne prévoit aucune disposition relative à la question de l'étendue de la nullité en raison de l'absence du consensus.

La théorie de la nullité partielle française nous fournira des nouvelles perspectives. En France, la nullité est considérée comme une sanction juridique : elle est imposée en raison de la violation d'une règle de formation du contrat et a pour objectif de rétablir la légalité transgressée. Afin de fixer l'étendue de la nullité, on doit prendre en considération le but de la règle auquel le contrat est nécessairement subordonné. Aussi, la plupart des auteurs français attache de l'importance à l'élément objectif. Mais, elle se réfère souvent à l'élément subjectif en même temps. La question, que nous venons de poser en droit japonais, se pose également à l'égard du droit français. Comment se combinent-ils ces deux éléments? Quelle fonction exerce-t-elle la volonté des parties ? Pour répondre à ces questions, il est important d'étudier le rapport entre l'essence de nullité et le critère de nullité partielle (I), ce qui permettra de concilier l'élément subjectif et l'élément objectif (II).

I. Le rapport entre l'essence de nullité et le critère de nullité partielle en droit français

L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats et des obligations insère une disposition sur l'étendue de la nullité lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat. Le nouvel article 1184 du Code civil dispose que « elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. Le contrat est maintenu lorsque

; Cour suprême, 24 mars 1981, *Bull.civ.*, t.35, n° 2, p.300 ; Cour suprême, 22 avril 1994, *Bull.civ.*, t.48, n° 3, p.944.

la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien ». Auparavant, le Code civil ne comportait aucune disposition relative à la question de l'étendue de la nullité. Malgré l'absence de la disposition, M. Simler a présenté une synthèse sur la nullité partielle.

Pour M. Simler, le premier critère de référence doit être celui subjectif. En conséquence, même si l'étendue de l'illicéité est fixée, la solution finale n'est pas encore trouvée. Il faut, en principe, déterminer l'étendue de la nullité selon la volonté hypothétique des parties : le juge cherche si les contractants auraient contracté sans l'élément qu'il apprécie comme illicite. A titre d'exception, l'ordre public peut justifier une nullité partielle contre la volonté des parties⁵. Mais un tel procédé a fait l'objet de critiques de deux angles différents. D'une part, la recherche d'une volonté hypothétique conduit à ignorer le produit réel des volontés des parties⁶. En un mot, cela fait construire un contrat irréel et distinct de celui que les contractants ont voulu. D'autre part, l'éventualité d'une annulation totale, consécutive à la référence au critère subjectif, engendre un risque d'inefficacité de la règle impérative. Un contractant pourrait s'abstenir de dénoncer l'illicéité par peur de la perte du bénéfice du contrat. Par contre l'autre contractant peut invoquer le caractère essentiel du élément illicite afin de se délier du contrat et le conclure à nouveau dans les mêmes conditions illicites avec un autre⁷.

Au contraire, Mme Guelfucci-Thibierge opte pour la définition objective de la nullité. Pour elle, la nature de la nullité est la sanction juridique substantielle et objective consistant en la suppression des effets juridiques de l'actes dans la mesure nécessaire au rétablissement de la légalité transgressée lors de la conclusion du contrat. En d'autres termes, l'étendue de la nullité doit correspondre à l'étendue de l'illicéité⁸.

⁵ Ph.Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, LGDJ, 1969.

⁶ S.Pimont, *L'économie du contrat*, thèse, PUAM, 2004, n° 525.

⁷ C.Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, thèse, LGDJ, 1992, n° 491.

⁸ C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 495.

Pour mieux rétablir l'ordre juridique, la nullité, en tant qu'une sanction, doit être efficace, comme George Ripert nous avertit : « si la loi peut être impunément violée elle est inutile, et permet seulement le mauvais exemple d'une désobéissance impunie⁹ ». C'est ainsi que la définition objective de la nullité donne, en apparence, les fondements satisfaisants. Toutefois, en suivant cette conception, la référence à la volonté des parties paraît superflue et inutile. Quelle fonction reste-t-elle à cet élément subjectif ?

II La conciliation entre l'élément subjectif et l'élément objectif

La volonté des parties est le noyau du contrat. Au regard de l'efficacité de la sanction, une conciliation est nécessaire entre la commune intention des parties et la définition objective de la nullité partielle. Vu sous cet aspect, la volonté peut remplir deux fonctions différentes sur la détermination de l'étendue de la nullité.

Premièrement, pour fixer l'étendue de l'illicéité, on tient compte non seulement du but de la règle, mais aussi de la volonté des parties. Parfois, pour mettre en œuvre la sanction efficace, la jurisprudence préfère réduire l'excès et substituer un élément licite à l'élément vicié du contrat à annuler une part illicite. Il s'agit par exemple de la durée excessive d'une clause d'exclusivité¹⁰, le taux excessif de pénalité de retard¹¹ et la durée minimum du bail rural¹². De même, si les contractants stipulent le taux d'intérêt sans l'indication du taux effectif global de l'intérêt dans le prêt d'argent, il résulte de l'article 1907 du Code civil et de l'article L.314-5 du Code de la consommation

⁹ G.Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., LGDJ, 1955, n° 128.

¹⁰ Cass.com., 11 mars 1981, Bull.civ.IV, n° 135 ; Cass.com., 10 février 1998, Bull. civ.IV, n° 71 ; J.C.P.E. 1998, pan.rap. 489 ; R.T.D.civ. 1998. 365. obs. J.Mestre.

¹¹ Cass.civ.3^e, 9 juillet 2003, Bull.civ. III, n° 152 ; D.2003, 2914, note O.Gout ; R.T.D.civ. 2004, p.88, obs. J.Mestre et B.Fages.

¹² Cass.soc., 4 août 1952, J.C.P. 1953, II, 7439, obs. O.-J.

que le taux stipulé ne peut pas être appliqué. Et la jurisprudence remplace le taux d'intérêt conventionnel par le taux d'intérêt légal à compter du jour de la conclusion du contrat¹³. Comment cette substitution se justifie-t-elle? Deux réponses sont à adresser. En premier lieu, la nullité totale du prêt dissuaderait l'emprunteur de dénoncer l'illicéité au risque de perdre le bénéfice du contrat puisque il doit immédiatement restituer au prêteur le capital reçu. En second lieu, le simple effacement de la stipulation d'intérêt transformerait le prêt à titre onéreux en prêt à titre gratuit, ce qui reviendrait à vider de sa substance le contrat tel que les parties l'ont entendu. Cela démontre bien qu'il faut rétablir la légalité en respectant le but partagé par les parties lors de la conclusion.

Deuxièmement, la volonté des parties a une influence sur la qualification du contrat par l'intermédiaire de la notion d'indivisibilité. Au stade de la qualification du contrat, la liberté contractuelle autorise en principe les parties à construire un contrat *sui generis*. Si deux actes sont indivisiblement liés, ces actes peuvent être considérés comme soit un seul contrat, soit un ensemble contractuel dans lequel deux actes existent de manière autonome. L'indivisibilité emporte un même régime juridique, qu'elle soit intra-contractuelle ou inter-contractuelle : l'illicéité de l'un des éléments fait annuler intégralement l'opération contractuelle (le contrat en entière ou l'ensemble contractuel)¹⁴.

Nos recherches aboutissent à une conclusion un peu paradoxale : le respect du but poursuivi permet parfois d'assurer la pleine efficacité de la sanction qu'est la nullité. En d'autres termes, malgré l'incompatibilité apparent entre l'élément subjectif et l'élément objectif, la volonté des parties n'est pas

¹³ Cass.civ.1^{re}, 24 juin 1981, Bull.civ.I, n° 233 ; J.C.P. 1982, II, 19713, note M.Vasseur ; D. 1982, 402, note Boizard ; R.T.D.com. 1981, 809, obs. M.Cabrillac et B.Teyssié ; R.T.D.civ. 1982, 429, obs. Ph.Remy ; Cass.civ.1^{re}, 12 mai 1982, Bull. civ.I, n° 175.

¹⁴ Fr.Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse, LGDJ, 1957, n°s 482 et s ; J.Mauly, De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrat, R.T.D.civ. 1994, p.255, spéc. n° 6.

toujours exclue de la vision objective de nullité.