

L'illicéité des prestations et ses conséquences

Une comparaison entre le droit civil français et allemand

Mémoire pour l'obtention
du Diplôme de Science Juridique
de l'Université d'Auvergne
– Clermont-Ferrand 1 –

présenté par
Alexander Schäfer

sous la direction de
Monsieur le Professeur P. Chauvel

Année universitaire 1994/95

Alexander Schäfer

E-Mail: alex@schaef-er-recht.de

Sommaire

Sommaire	1
Introduction	3
Partie I. Quand des prestations sont jugées illicites	6
A. Le domaine de l'ordre public et des bonnes moeurs	6
a. La considération de l'ordre public en théorie	7
1. Une notion présente dans le Code civil	7
2. La notion est absente du Bürgerliches Gesetzbuch	8
b. La considération de l'ordre public dans la pratique	10
1. Le juge français dépasse les sources écrites	10
2. Le juge allemand dépasse la moralité individuelle	11
B. La prise en considération de la cause, des buts et des mobiles	13
a. Ce que l'on peut entendre par la cause	13
1. En France, la cause s'est élargie	13
2. En Allemagne, la cause reste en arrière-plan	15
b. Le rôle que jouent les motifs subjectifs	17
1. La recherche française du motif déterminant et commun	17
2. La vue allemande d'ensemble de contenu, mobile et but	18
Partie II. Comment les prestations illicites sont sanctionnées	20
A. La règle: la nullité du contrat entraîne la restitution des prestations déjà effectuées	21
a. Le juge français crée un contrat à l'envers	21
b. Le juge allemand applique l'enrichissement sans cause	23
B. L'exception: l'indignité du demandeur mène au refus de l'invocation en justice	26
a. En France, l'exception reste une exception	26
b. En Allemagne, l'exception devient la règle	30
Bibliographie	35
Sources françaises	35
Sources allemandes	35
Abréviations allemandes	37
Lois allemandes	39

L'illicéité des prestations et ses conséquences – Une comparaison entre le droit civil français et allemand

Introduction

« *A chacun son pays, à chacun ses moeurs* », énonce M. *Sériaux* eu égard à l'**Europe** s'unifiant dont les Etats membres continuent néanmoins d'imposer certaines limites propres aux contractants¹. C'est l'art. 36 du Traité de Rome qui autorise des exceptions à la libre circulation des marchandises lorsqu'elles sont justifiées pour des raisons de « *moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique* ». En ce sens la *Cour de justice des Communautés européennes* a reconnu qu'il appartient en principe à chaque État membre de déterminer les exigences de la moralité publique sur son territoire, selon sa propre échelle des valeurs et dans la forme qu'il a choisie².

Si l'on regarde les droits nationaux, on aperçoit en fait des formules restreignant la liberté contractuelle qui expriment le principe que l'intérêt général l'emporte sur l'intérêt particulier. Bien que ce principe soit le même dans tous les pays, il se met en oeuvre dans des règles dépendant de l'esprit dans lequel chaque droit national est conçu. S'inscrivant dans le développement historique, les formules sont déterminées par les exigences philosophiques, politiques et religieuses du droit dans lequel elles s'exercent³. Les différences de terminologie, de techniques et de structure ne sont guère moindre.

Examinons donc les formules qui statuent sur l'illicéité des prestations en droit civil français et allemand. En France, le **Code civil** dispose à cet effet de trois mécanismes: l'art. 6 prévoit qu' « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs* ». On

¹ *A. Sériaux*, Droit des obligations, P.U.F., 1992, n° 40.

² *C.J.C.E.*, 14 décembre 1979, Regina c. Henn et Darby, Rec., 1979, p. 3795.

³ *Ph. Malaurie*, L'ordre public et le contrat, Les contrats contraires à l'ordre public, th. Paris, Matot-Braine, 1953, n° 8.

retrouve trace de cette limite dans l'art. 1128, selon lequel « *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* ». L'art. 1133 se réfère à la cause qui « *est illicite, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public* » de sorte que selon l'art. 1131 l'obligation « *ne peut avoir aucun effet* ».

Avant de comparer dans le détail les deux droits, il semble rationnel d'examiner dès maintenant les **rappports entre ces trois formules**. On peut en déduire trois moyens pour déterminer la nature ou la validité d'un acte juridique: soit apprécier celui-ci dans son ensemble (art. 6), soit dans son objet (art. 1128), soit dans sa cause (art. 1131, 1133). Sur le procédé juste, la jurisprudence et la doctrine donnent chacune des avis contradictoires.

M. Carbonnier parle d'un « *double, voire triple emploi* » de la nullité pour cause illicite avec la nullité pour objet illicite et surtout la nullité pour violation de l'ordre public⁴. Quant à la jurisprudence, quelques arrêts ont expressément déclaré qu'ils ne se sont référés ni à l'objet, ni à la cause pour juger un contrat illicite, mais à l'ordre public de l'art. 6 C. civ.⁵.

M. Malaurie se rend contre cette « *conception intégrale de la mise en oeuvre de l'illicite* » en rappelant un précepte du Discours de la Méthode: diviser chacune des difficultés en autant de parcelles qu'il se pourrait et qu'il serait requis pour les résoudre⁶. Il conteste même que l'art. 6, faisant référence à l'ordre public, puisse produire un quelconque effet: « *Il ne s'agit pas ici d'une condition nouvelle qui s'ajouterait* » aux conditions de l'objet et de la cause⁷. Le premier énumérait « *ses sources* » pendant que les deux derniers concerneraient « *sa mise en oeuvre* »⁸.

Dans son manuel, M. Sériaux semble faire une distinction entre les prestations et les stipulations illicites. Après avoir mentionné l'art. 6 quelques lignes plus haut, il constate brièvement: « *Les prestations contractuelles peuvent être illicites tantôt par leur objet, tantôt par leur cause* »⁹. Quant à la licéité des stipulations il ne se réfère qu'à l'art. 6 qui « *ne fait à cet égard aucune distinction* »¹⁰.

⁴ J. Carbonnier, Les obligations, P.U.F., 16^e éd., 1992, n^o 61.

⁵ Paris, 22 mars 1923, D., 23.2.118; cf. Ph. Malaurie, op. cit., n^o 248.

⁶ préc., n^o 249.

⁷ Ph. Malaurie et L. Aynès, Les obligations, Cujas, 5^e éd., 1994, avant n^o 525.

⁸ Ph. Malaurie, L'ordre public et le contrat, n^o 250.

⁹ A. Sériaux, op. cit., n^o 31.

¹⁰ préc., n^o 33.

Sans vouloir arbitrer cette controverse, il faut constater que dans le domaine des prestations illicites la distinction entre l'objet et la cause joue un rôle prédominant, due à sa plus grande précision, par rapport au recours à l'art. 6.

En droit civil allemand, les choses sont à première vue moins compliquées. Le **Bürgerliches Gesetzbuch** (code civil allemand, BGB) qualifie des contrats illicites dans deux normes: le § 134 fixe qu'« *un acte juridique qui se heurte à une gesetzliche Verbot (prohibition légale) est nul, à moins que le contraire ne résulte de la loi* » et le § 138 al. 1 dit qu'« *un acte juridique qui porte atteinte aux guten Sitten (bonnes mœurs) est nul* ».

Si l'on compare ces deux normes allemandes avec leurs correspondances françaises, il faut constater qu'elles ne sont pas deux tronçons qui, réunis, formeraient l'art. 6 du Code civil. En plus, la régulation juridique des prestations illicites est dominée par **deux dualismes différents**: tandis que le droit civil français distingue en premier lieu l'objet illicite de la cause illicite, le droit civil allemand discerne la violation des prohibitions légales de la violation des bonnes mœurs. Ce sont ces structures fortement différentes qui font que M. Malaurie a craint « *qu'une comparaison soit très difficile avec le droit allemand* »¹¹.

Pour réussir, il est nécessaire de **délimiter le champ de l'étude**. On va examiner les prestations. C'est ce qui est dû par le débiteur d'une obligation¹². La prestation peut consister à donner (p. ex. lorsqu'une personne transfère la propriété d'un bien), à faire (p. ex. lorsqu'elle construit un bâtiment), ou à ne pas faire (p. ex. à ne pas faire concurrence à une autre personne)¹³. Dans la plupart des cas il s'agit d'une obligation de donner.

Au contraire, les stipulations ne seront pas étudiées. Celles-ci organisent les rapports entre les parties en fixant des droits et des obligations secondaires de chacune d'elles. Certaines clauses subordonnent ainsi l'exécution des prestations promises à diverses conditions, d'autres prévoient leur révision dans le cas de difficultés d'exécution ou d'inexécution, d'autres encore envisagent la poursuite des relations contractuelles au-delà du terme prévu¹⁴. Les clauses d'indexation, par exemple, qui ont pour but d'opérer un réajustement automatique du prix de biens ou de services restent par conséquent hors de nos réflexions¹⁵.

¹¹ Ph. Malaurie, op. cit., n° 11.

¹² R. Guillien et J. Vincent, Lexique de termes juridiques, Dalloz, 9^e éd., 1993, v° « prestation(s) ».

¹³ cf. Ph. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n° 3.

¹⁴ A. Sériaux, op. cit., n° 33.

¹⁵ cf. préc., n° 34.

Ce travail ne peut pas viser un dénombrement de toutes les applications de l'ordre public. Sinon on devrait progresser jusqu'aux cas les plus bizarres comme celui où un producteur de film avait conclu un contrat avec une jeune fille afin de tatouer ses fesses, de la faire poser nue dans un film et de vendre le morceau de peau « *pour le prix d'un Picasso* »¹⁶.

Au lieu de cela nous voulons examiner les conséquences qui sont entraînées par les différentes conceptions de l'illicéité des prestations en droit français et allemand. D'abord, il est rationnel de distinguer le **domaine de l'illicéité (I)** des **sanctions (II)**.

Examiner le domaine de l'illicéité, cela signifie chercher le contenu de l'ordre public et des bonnes moeurs (I.A.). On remarque immédiatement que le Bürgerliches Gesetzbuch ne mentionne nulle part l'ordre public. Au contraire, non seulement le Code civil mais également le BGB font référence aux bonnes moeurs. Quels sont les effets de ces notions sur l'étendue du domaine de l'illicéité?

En même temps, on aperçoit que le BGB, à l'encontre du Code civil, n'utilise pas la notion de la cause. En France, cette notion avait jadis déclenché une des plus larges controverses doctrinales. Aujourd'hui, en ce qui concerne la cause, existe-t-il peut-être aussi une séparation du droit civil français et allemand (I.B.)? La question incluse est: comment les motifs subjectifs sont considérés dans les deux droits?

Le savoir sur le traitement juridique des prestations illicites serait incomplet si l'on n'examinait pas les sanctions imposées. En général, les prestations illicites entraînent la nullité du contrat et les prestations déjà effectuées seront restituées (II.A.). C'est le principe, mais il existe des importantes exceptions dans le cas où le demandeur est « *indigne* » (II.B.).

Partie I. Quand des prestations sont jugées illicites

A. Le domaine de l'ordre public et des bonnes moeurs

Comme nous l'avons déjà annoncé, nous allons examiner le domaine des deux notions principales. D'abord, nous regardons leurs fondements théoriques (a.), ensuite les conséquences pour son application (b.).

¹⁶ *T.g.i. Paris*, 3 juin 1969, D., 1970, p. 136.

a. La considération de l'ordre public en théorie

1. Une notion présente dans le Code civil

L'ordre public et les bonnes moeurs sont expressément mentionnés dans les art. 6 et 1133 C. civ. Mais ils sont aussi protégés par l'art. 1128 parce qu'ils indiquent si une chose est hors du commerce (*extra commercium*): « *C'est l'analyse de l'ordre public ou des bonnes moeurs qui détermine l'absence de validité de l'acte juridique* » disent MM. *Farjat* et *Martin* par égard à l'objet illicite¹⁷.

En principe, tout ce qui n'est pas prohibé est licite. La liberté est la règle générale, la prohibition est strictement limitée; de même, les particuliers peuvent écarter tout ce qui n'est pas obligatoirement imposé¹⁸. Mais ceci est exactement valable pour l'ordre public: il assure dans les matières essentielles la **primauté de l'intérêt général** sur les intérêts particuliers, il s'apparente à ces « *lois de police et de sûreté* » mentionnées par l'art. 3 qui obligent tous les habitants du territoire français¹⁹.

L'ordre public et les bonnes moeurs apparaissent donc comme l'antithèse de la liberté contractuelle. Un contrat doit être conforme à l'ordre public et aux bonnes moeurs ce que M. *Carbonnier* appelle « *le civisme contractuel* ». Celui-ci représente une exigence absolument générale de validité, le « *minimum de conformisme social* » requis de tous les contractants²⁰.

Trouver une **définition** précise de l'ordre public semble très difficile. Beaucoup d'auteurs ont proposé des formules toutes différentes de sorte que M. *Malaurie* a recensé plus de vingt définitions sans pour autant constater que l'une d'entre elles était satisfaisante²¹. Selon lui, le mot d'ordre public évoque une organisation articulée dans une armature sociale, constituée par les institutions fondamentales de la société. Il serait donc inexact de dire que l'ordre public est une notion indépendante: elle est attachée aux lois et aux institutions existantes²².

¹⁷ *G. Farjat* et *G. J. Martin*, *Objet du contrat*, *Jur. cl. civ.*, art. 1126 à 1130, fasc. 1, 1985, n° 46.

¹⁸ *M. Gégout*, *Ordre public et bonnes moeurs*, *Jur. cl. civ.*, art. 6, fasc. 1, 1979, n° 51.

¹⁹ préc., n° 2.

²⁰ *J. Carbonnier*, *op. cit.*, n° 68.

²¹ *Ph. Malaurie*, *L'ordre public et le contrat*, appendice, p. 261; cf. *J. Hauser* et *J.-J. Lemouland*, *Ordre public et bonnes moeurs*, *Rep. civ.*, 1993, n° 1.

²² *Ph. Malaurie*, *op. cit.*, n° 167.

M. Malaurie propose donc comme définition de l'ordre public: « *Le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité* »²³. M. Capitant donne une définition plus détaillée: L'ordre public, c'est « *l'ensemble des institutions et des règles destinées à maintenir dans un pays le bon fonctionnement des services publics, la sécurité et la moralité des rapports entre particuliers et dont ceux-ci ne peuvent, en principe, écarter l'application dans leurs conventions* »²⁴.

Cette dernière définition nous mène à une **classification de l'ordre public**. D'abord, il existe un ordre public politique qui est l'ordre public classique. Il consiste à protéger l'organisation fondamentale de la société, surtout l'Etat, la famille et les libertés individuelles. L'ordre public économique est apparu après la première guerre mondiale. D'une part, il a pour but de protéger la partie économiquement plus faible, comme les consommateurs, les emprunteurs et les locataires. D'autre part, il essaie de diriger l'économie nationale dans un certain sens. L'ordre public social est aussi un apport du XX^e siècle et prend soin d'introduire dans la société une certaine harmonie. Il se manifeste par ce qu'on appelle le droit social, relatif au travail et à la Sécurité sociale²⁵.

Les **bonnes moeurs** semblent être envisagées par les art. 6 et 1133 C. civ. comme une notion voisine, mais distincte de l'ordre public. Mais pour la plupart des auteurs, les bonnes moeurs ne sont qu'un aspect, plutôt moral, de ce dernier²⁶. Elles sont « une catégorie descriptive parmi les diverses manifestations de l'ordre public »²⁷. C'est pourquoi certains auteurs les traitent sous l'angle d'un « *ordre public moral* » qui leur paraît plus actuel que la notion des bonnes moeurs. Il faut constater que les finalités sont identiques et que le respect des bonnes moeurs participe également au maintien de l'ordre social²⁸. Dans le sens que la tradition leur a donné en France, les bonnes moeurs ont pour objet surtout les rapports entre les sexes²⁹.

2. La notion est absente du Bürgerliches Gesetzbuch

L'ordre public n'est pas tout à fait inconnu en droit privé allemand. C'est en droit international privé que la loi mentionne expressément le « *öffentliche Ordnung* » et ajoute l'expression française entre parenthèses. Ainsi, l'art. 6 de la « *Einführungsgesetz* » (loi d'introduction) du code civil allemand (en abrégé

²³ préc., n° 99.

²⁴ v. préc., n° 2.

²⁵ A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, 3^e éd., 1991, n° 142; cf. J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 70.

²⁶ cf. J. Hauser et J.-J. Lemouland, *op. cit.*, n° 128.

²⁷ M. Gégout, *op. cit.*, n° 60.

²⁸ J. Hauser et J.-J. Lemouland, *loc. cit.*

²⁹ Ph. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n° 525.

EGBGB) statue qu'« *une norme juridique d'un autre Etat n'est pas applicable si son application aboutit à un résultat qui est évidemment inconciliable avec des wesentliche Grundsätze (principes essentiels) du droit allemand* ». Aussi en ce qui concerne la procédure devant les tribunaux, le « *Zivilprozeßordnung* » (code de procédure civile allemand, ZPO) établit des limites. La reconnaissance d'un arrêt d'un tribunal étranger peut être exclue (§ 328 ZPO) et l'annulation d'une sentence arbitrale peut être requise (§ 1041 ZPO) pour des raisons ci-dessus citées. Le BGB, par contre, ne connaît pas l'ordre public.

Ce fait est vivement critiqué par certains auteurs qui **veulent introduire la notion d'ordre public au BGB** pour remplacer celle des « *gute Sitten* » (bonnes moeurs). M. *Simitis* semble relever une contradiction entre la notion des bonnes moeurs en théorie et son application dans la pratique: « *La jurisprudence et la doctrine ne se sont pas dans leur pratique tenues aux principes postulés quant aux contraventions aux moeurs* » qui consisteraient dans un « *critère de la morale* »³⁰. Ce critère serait trop étroit pour justifier encore des arrêts qui avaient pour but de protéger non seulement les moeurs mais aussi des principes plus abstraits qui concernent l'ordre public dans un sens juridique et économique.

De même, M. *Simitis* critique l'imprécision des bonnes moeurs. Les juges se réfèrent souvent au « *Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden* » (sens des convenances de tous ceux qui ont un esprit équitable et juste). Mais ce critère pourrait être manipulé facilement comme les nazis avaient jadis fait en le remplaçant par le « *sentiment sain du peuple* »³¹. Il plaide donc pour l'introduction de l'ordre public au § 138 BGB.

Les commissions qui ont élaboré le BGB à la fin du XIX^e siècle se sont déjà posées cette question mais y ont renoncé parce que la notion de l'ordre public leur semblait de son côté manquer des délimitations fermes³². Selon la plupart des auteurs de la doctrine, un complément des bonnes moeurs par l'ordre public n'est ni nécessaire ni impératif. Quoi qu'il en soit, on tient compte de la pensée de l'ordre public lorsqu'on interprète les bonnes moeurs. Il y a des cas où on a déduit d'une infraction au bien public que l'acte juridique était contraire aux bonnes moeurs³³.

La justification théorique des bonnes moeurs est semblable à celle de l'ordre public en droit français: La liberté du particulier trouve ses limites par la liberté de l'autre et par les valeurs fondamentales de l'ordre

³⁰ K. *Simitis*, *Gute Sitten und ordre public, Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB (Bonnes moeurs et ordre public, Un rapport critique sur l'application du § 138 al. 1 BGB)*, th. Marburg, 1960, p. 64.

³¹ préc., p. 70 s.

³² cf. H. *Dilcher*, § 138, n° 4, in: J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Répertoire de M. von Staudinger du code civil allemand)*, Dr. Arthur L. Sellier und Walter de Gruyter, 12^e éd., 1980.

³³ cf. préc., n° 9.

juridique et moral. Par conséquent, l'autonomie de l'individu a besoin d'un correctif qui empêche des abus. Cette fonction est remplie par les réglementations qui vise le § 134, mais aussi par les limites des bonnes moeurs mentionnées au § 138 BGB³⁴.

b. La considération de l'ordre public dans la pratique

1. Le juge français dépasse les sources écrites

En droit civil français, les exigences de l'ordre public peuvent provenir des textes (parfois appelé « *ordre public légal* »), mais il arrive aussi souvent que la jurisprudence les révèle (parfois nommé « *ordre public judiciaire* »)³⁵.

Pour qu'une loi soit d'ordre public, il est nécessaire qu'il ne s'agisse pas seulement d'une loi interprétative ou supplétive de volonté. Ces dernières peuvent être écartées par des contrats. Il n'y a aucun doute lorsque la **loi elle-même précise son caractère d'ordre public** (« *ordre public textuel* »). Cette « *déclaration d'ordre public* » se rencontre fréquemment dans les lois contemporaines comme une clause générale visant en bloc toute une série d'articles³⁶. Ainsi, l'art. 16-9 C. civ., introduit en juillet 1994, qualifie d'ordre public les dispositions du chapitre « *Du respect du corps humain* »³⁷.

Mais il existe aussi des hypothèses où les formules employées ne permettent pas de déceler si une disposition légale exclut ou admet les conventions contraires. Cette situation est déjà mentionnée par l'art. 6 qui parle des **lois « qui intéressent » l'ordre public** (« *ordre public virtuel* »). Certains auteurs disent que toute violation d'une loi impérative entraînerait la nullité d'un contrat. Par exemple, le contrat de corruption est interdit du fait qu'il constitue une infraction pénale³⁸. Cependant, il faut rechercher si des intérêts essentiels de la société sont vraiment impliqués dans la disposition concernée³⁹. Dans la pratique, les tribunaux se reconnaissent parfaitement le droit d'apprécier si une disposition légale est d'ordre public ou non⁴⁰.

³⁴ *W. Hefermehl*, § 138, n° 1, in: *Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Répertoire du code civil allemand), Verlag W. Kohlhammer, 12^e éd., 1988.

³⁵ Notions utilisés par *M. Gégout*, op. cit., n° 15.

³⁶ *J. Carbonnier*, op. cit., n° 69.

³⁷ L. n° 94-653 du 29 juillet 1994, J.O. 30 juillet.

³⁸ *A. Bénabent*, op. cit., n° 140.

³⁹ *J. Carbonnier*, op. cit., n° 69.

⁴⁰ *A. Bénabent*, loc. cit.

Même **en l'absence de tout texte**, la jurisprudence est gardienne de l'ordre public et peut donc déclarer illicite une convention qui lui y apparaît contraire⁴¹. La jurisprudence invoque souvent les principes généraux du droit et arrive généralement à les rattacher à un texte comme la Déclaration des droits de l'homme de 1789 ou le préambule de la Constitution de 1946⁴². Mais il existe aussi de nombreux arrêts qui annulent des conventions sans référence à un texte précis. Ainsi, la *Cour de cassation* a jugé une cause illicite « *quand elle est contraire à l'ordre public sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit prohibée par la loi* »⁴³.

La doctrine énonce souvent que le juge fait « *naître* » des dispositions d'ordre public en décidant du caractère incontournable par les volontés individuelles de tel ou tel impératif⁴⁴. Mais au fond, la jurisprudence ne crée pas d'ordre public, mais tire, avec plus ou moins de liberté, les conséquences de ce que le législateur lui paraît avoir considéré comme essentiel⁴⁵. Toutefois, il faut que le juge explique pourquoi l'intérêt général a été atteint par l'acte juridique⁴⁶.

Pour les **bonnes moeurs**, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation plus grand encore, car il n'y a guère de textes relatifs aux conventions qui peuvent les atteindre. Elles ne doivent pas être identifiées avec la morale. Les bonnes moeurs ne sont que « *les coutumes des honnêtes gens* », spécialement en matière sexuelle, pour un lieu et un temps donnés⁴⁷. Elles s'inspirent d'une règle morale, la morale civile, qui a laïcisé une morale religieuse, la morale chrétienne⁴⁸.

2. Le juge allemand dépasse la moralité individuelle

Le droit civil allemand distingue la « *gesetzliches Verbot* » (prohibition légale) de l'atteinte aux « *gute Sitten* » (bonnes moeurs) qui entraînent l'illicéité.

Se pose donc la question de ce qu'on peut entendre par une « *Verbotsgesetz* » (loi de prohibition). Chaque norme impérative n'est pas une loi de prohibition. Même lorsqu'il s'agit des lois pénales, la

⁴¹ préc., n° 141.

⁴² *M. Gégout*, op. cit., n° 14.

⁴³ *Cass. civ.*, 4 décembre 1929, D.H., 1930, p. 50 = S., 193 I.1.49; v. *M. Gégout*, loc. cit., n.

⁴⁴ cf. *J. Hauser* et *J.-J. Lemouland*, op. cit., n° 17.

⁴⁵ préc.

⁴⁶ *Ph. Malaurie* et *L. Aynès*, op. cit., n° 526.

⁴⁷ *J. Carbonnier*, op. cit., n° 71.

⁴⁸ *Ph. Malaurie* et *L. Aynès*, op. cit., n° 525.

nullité n'est pas la conséquence inévitable⁴⁹. Si l'interdiction ne se rend que contre une seule partie du contrat, le contrat sera en général valable. Mais il y a aussi des exceptions.

On ne peut trouver le caractère juridique d'une interdiction que par l'**interprétation de son sens et de son but**⁵⁰. C'est le critère principal: si l'interdiction veut empêcher l'effet visé par l'acte juridique, le contrat est nul⁵¹. Au contraire, les « *Ordnungsvorschriften* » (normes de réglementation) n'entraînent pas la nullité d'un contrat. Elles règlent seulement les conditions dans lesquelles la prestation doit se dérouler. Souvent, elles veulent empêcher l'action de fournir une prestation, mais pas son effet. Par exemple, un contrat sur la consommation d'une boisson dans un bistrot qui était conclu après l'heure de clôture (qui est fixée par décret) demeure valable⁵².

Les « *gute Sitten* » sont les exigences morales qui sont indispensables pour une coexistence réglée et qui forment donc le « *minimum éthique* »⁵³. On donne très souvent comme critère le « *sens des convenances de tous ceux qui ont un esprit équitable et juste* ». On se réfère ainsi aux principes de la morale juridique et sociale en vigueur⁵⁴.

Les créateurs du BGB étaient convaincus que des contrats qui limitent la liberté des coalitions, des élections, du commerce et de la conscience « *portent sans doute atteinte aux bonnes moeurs* ». On peut en déduire que le § 138 BGB veut aussi **protéger les valeurs principales de la communauté** qui sont reconnues⁵⁵.

La notion est aussi concrétisée par les valeurs et les principes qui dominent tout le système du droit. Les valeurs édictées par la « *Grundgesetz* » (loi fondamentale, constitution allemande) sont de la plus grande importance. Le § 138 BGB sert comme intermédiaire pour faire valoir les droits fondamentaux dans le

⁴⁹ *W. Hefermehl*, § 134, n° 23, in: Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Verlag W. Kohlhammer, 12^e éd., 1988.

⁵⁰ *Bundesgerichtshof* (Cour fédérale de justice, BGH), 23 octobre 1980, Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Décisions de la Cour fédérale de justice en matière civile, BGHZ), t. 78, p. 263; *BGH*, 23 septembre 1982, BGHZ, t. 85, p. 39; *BGH*, 22 septembre 1983, BGHZ, t. 88, p. 240; *BGH*, 19 janvier 1984, BGHZ, t. 89, p. 369; *BGH*, 17 janvier 1985, BGHZ, t. 93, p. 264.

⁵¹ *H. Dilcher*, § 134, n° 4, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Dr. Arthur L. Sellier und Walter de Gruyter, 12^e éd., 1980.

⁵² *W. Hefermehl*, § 134, n° 20.

⁵³ *H. Dilcher*, § 138, n° 5.

⁵⁴ *W. Hefermehl*, § 138, n° 2.

⁵⁵ préc., n° 7.

domaine du droit civil⁵⁶. S'il y a une contradiction entre la morale sociale et des préférences impératives qui sont faites par le droit, la morale sociale doit capituler⁵⁷.

En impliquant ces valeurs et principes, la notion des bonnes moeurs peut assurer un ordre de la société qui protège la liberté du particulier et les affaires de la communauté⁵⁸. Par conséquent, sont aussi contraires aux bonnes moeurs des actes juridiques qui se trouvent dans une « *grave contradiction avec le bien commun qui est compris comme le caractère entier de l'ordre public* »⁵⁹.

B. La prise en considération de la cause, des buts et des mobiles

Le Code civil parle de la cause. On va examiner ce que cette notion veut dire et si elle existe aussi en droit civil allemand (a.). Ensuite, on expliquera comment les motifs subjectifs sont prises en considération dans la pratique (b.).

a. Ce que l'on peut entendre par la cause

1. En France, la cause s'est élargie

En droit civil français, on considère la cause comme la justification du pourquoi quelqu'un s'engage. A moins d'être l'oeuvre d'un fou, l'obligation implique, en la personne du débiteur, la considération d'un but⁶⁰. La signification concrète de la cause dépend de la classification des actes juridiques entre ceux à titre onéreux et ceux à titre gratuit.

Dans les actes à titre onéreux, la raison profonde et abstraite de l'obligation doit d'abord « *être recherchée précisément dans la considération de la contreprestation* »⁶¹. La cause est ainsi la manifestation

⁵⁶ *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal constitutionnel de la République fédérale, BVerfG), 15 janvier 1958, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Décisions du Tribunal constitutionnel de la République fédérale, BVerfGE), t. 7, p. 198; *BVerfG*, 16 octobre 1968, BVerfGE, t. 24, p. 236; *BGH*, 9 février 1978, BGHZ, t. 70, p. 313; *BGH*, 26 avril 1972, Neue Juristische Wochenschrift (Nouvel hebdomadaire juridique, NJW), 1972, p. 1414.

⁵⁷ cf. *BGH*, 6 juillet 1976, BGHZ, t. 67, p. 119.

⁵⁸ *W. Hefermehl*, loc. cit.

⁵⁹ *H. Dilcher*, § 138, n° 88.

⁶⁰ *Ph. Malaurie et L. Aynès*, op. cit., n° 492 s.

⁶¹ *P. Chauvel*, Le vice de consentement, t. 2, th. Paris II, 1981, n° 2108.

de l'**interdépendance des obligations réciproques**, ce que l'on appelle la « *cause objective* »⁶² ou la « *cause-contrepartie* »⁶³.

Par conséquent, lorsque l'illicéité de l'objet d'une obligation a été constatée, la nullité pour illicéité de la cause de l'obligation corrélative, et donc du contrat tout entier, intervient en quelque sorte automatiquement. Ce principe est aussi valable en ce qui concerne les engagements unilatéraux, lorsque l'on paie une somme d'argent en raison d'une obligation préexistante ou d'un avantage déjà reçu ou espéré. Si l'objet de cette prestation, extrinsèque à l'acte, est illicite, la cause de l'engagement unilatéral l'est aussi⁶⁴.

Il y a aussi des cas où deux prestations ont toutes les deux un objet licite, mais où la cause, néanmoins, est illicite. Il s'agit toujours d'hypothèses dans lesquelles l'on ne peut admettre que la prestation promise puisse être rémunérée⁶⁵. Ceci est fortement valable pour les conventions concernant le corps humain, ses éléments et ses produits⁶⁶. On peut aussi donner comme exemple les « *trafics d'influence* » où il n'est pas illicite de promettre certaines interventions dans le domaine public, mais au contraire de les faire rémunérer⁶⁷.

Mais la cause dépasse cette notion objective. « *Pourquoi le locataire veut-il prendre à bail l'immeuble?* » demande M. Carbonnier et donne tout de suite la réponse: « *Ce peut être pour y loger sa famille ou pour y établir un lieu de débauche* »⁶⁸. Ainsi, les **motifs personnels** qui avaient poussé l'une des parties à contracter entrent en ligne de compte⁶⁹. On parle de la « *cause subjective* »⁷⁰.

Dans les actes à titre gratuit, seule la cause subjective, le motif qui a animé le disposant, est prise en considération parce qu'il n'existe pas de contrepartie⁷¹.

⁶² Ph. Simler, Cause, Jur. cl. civ., art. 1131 à 1133, fasc. 10, 1985, n° 125.

⁶³ A. Sériaux, op. cit., n° 31.

⁶⁴ Ph. Simler, op. cit., n° 126.

⁶⁵ préc., n° 132.

⁶⁶ v. art. 16-5 C. civ. (l. n° 94-653 du 29 juillet 1994, J.O. 30 juillet).

⁶⁷ Cass. req., 5 février 1902, D.P., 1902.1.158 = S., 1902.1.389; Cass. civ., 3 avril 1912, D.P., 1915.1.71 = S., 1912.1.382; Cass. civ., 30 décembre 1930, S., 1932.1.284; cf. Cass. civ., 19 décembre 1960, Bull. civ. I, n° 548; Cass. com., 7 mars 1961, Bull. civ. III, n° 125.

⁶⁸ J. Carbonnier, op. cit., n° 61.

⁶⁹ A. Sériaux, loc. cit.

⁷⁰ Ph. Simler, op. cit., n° 133.

⁷¹ préc., n° 151.

2. En Allemagne, la cause reste en arrière-plan

En droit civil allemand la notion de la cause connaît deux significations. La première apparaît dans l'enrichissement sans cause. La cause est ainsi définie comme « *Rechtsgrund* » (motif juridique) qui constitue le lien entre l'acte d'obligation et l'acte de disposition. Le premier consiste dans la convention, c'est-à-dire dans le consentement du débiteur, le dernier par exemple dans le transfert de la propriété. Il existe une abstraction, une certaine indépendance, entre ces deux actes avec la conséquence que le transfert reste valable même si le contrat qui lui servait de base était nul⁷². A la vérité, la personne qui a transféré peut ensuite récupérer la propriété en invoquant l'enrichissement sans cause.

Il relève de ce principe d'abstraction que généralement l'illicéité de l'acte d'obligation n'entraîne pas l'illicéité de l'acte de disposition⁷³. C'est différent lorsque l'illicéité consiste au juste dans l'exécution de la prestation⁷⁴. Un tel cas est présent lorsqu'une personne dispose d'un bien pour tromper un tiers d'une manière dolosive⁷⁵ ou lorsque l'on cède un bien à un acquéreur démuné afin que la partie adverse ne puisse atteindre le remboursement de ses frais⁷⁶.

La deuxième signification est appelée « *innere causa* » (cause intrinsèque). Elle peut être définie comme le « *Zweck* » (but) qui est poursuivi par les parties d'un acte juridique. On parle d'obligations causées qui représentent la plupart des obligations et qu'on peut ainsi classer: par des contrats synallagmatiques les parties s'obligent à cause de la contreprestation; quant aux actes à titre gratuit la cause consiste dans l'intention de faire parvenir quelque chose à quelqu'un sans contrepartie, etc.⁷⁷.

Aux obligations causées on peut opposer les obligations abstraites qui sont détachées d'une cause, ça veut dire que la personne qui s'oblige ne poursuit pas un certain but par l'obligation concernée. La promesse de dette et la reconnaissance de dette (§§ 780 et 781 BGB) sont de telles obligations abstraites. Elles sont juridiquement indépendantes d'un autre contrat préalable, par exemple d'un contrat de prêt,

⁷² W. Fikentscher, *Schuldrecht* (Droit des obligations), Walter de Gruyter, 8^e éd., 1992, n° 46.

⁷³ Th. Mayer-Maly, § 138, n° 140, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Répertoire Munichois du code civil allemand), Verlag C. H. Beck, 3^e éd., 1993.

⁷⁴ BGH, 3 octobre 1972, NJW, 1973, p. 615; BGH, 24 mai 1985, NJW, 1985, p. 3006; BGH, 22 janvier 1992, NJW-Rechtsprechungsreport (Rapport de la jurisprudence du NJW, NJW-RR), 1992, p. 593; cf. H. Heinrichs, § 138, n° 20, in: Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Verlag C. H. Beck, 52^e éd., 1993.

⁷⁵ BGH, 9 juillet 1953, BGHZ, t. 10, p. 228; BGH, 8 février 1956, BGHZ, t. 20, p. 43.

⁷⁶ H. Dilcher, § 138, op. cit., n° 112.

⁷⁷ P. Schlechtriem, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil* (Droit des obligations, Partie générale), J. C. B. Mohr, 1992, n° 12.

de sorte que le débiteur ne peut pas opposer des exceptions au créancier qui résultent de ce contrat préalable⁷⁸.

En général, la licéité de ces obligations abstraites est à juger en l'isolant de celle du contrat préalable⁷⁹. L'illicéité d'une conversion de dettes par une obligation abstraite résulte souvent d'une nouvelle atteinte aux bonnes mœurs⁸⁰.

Le but poursuivi par une obligation causée dont nous avons parlé ci-dessus peut devenir important lorsque l'ordre juridique le désapprouve⁸¹. Sans doute, la cause ainsi comprise peut constituer un lien entre deux prestations lorsqu'il s'agit d'un contrat synallagmatique. Par conséquent, une seule prestation illicite peut rendre illicite tout le contrat. La cause peut aussi servir à motiver ce pourquoi des contrats qui prévoient une contrepartie pécuniaire pour une certaine prestation licite en soi sont jugés illicites. C'est le cas lorsqu'il s'agit des prestations qui doivent résulter d'une décision libre⁸² ou dont la commercialisation est désapprouvée⁸³.

Ces conséquences ressemblent à la fonction de la « *cause objective* » en droit français que nous venons d'examiner dans le dernier chapitre. Mais quant aux bonnes mœurs du § 138 BGB, on ne peut pas déduire de la notion allemande de la cause **s'il faut aussi apprécier les motivations subjectives ou non**. En plus, force est de constater que ledit article ne fait aucune allusion à ce terme. C'est pourquoi ni la jurisprudence, ni la doctrine ne se réfèrent à la théorie de la cause⁸⁴. Elle ne sert pas à évaluer l'illicéité d'un acte juridique en raison des motifs subjectifs. Quant à eux, on examinera donc l'interprétation par la jurisprudence et par la doctrine du § 138 BGB même.

⁷⁸ préc.

⁷⁹ *Th. Mayer-Maly*, op. cit., n° 135.

⁸⁰ *BGH*, 9 février 1961, Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs (Ouvrage de référence de la Cour fédérale de justice, LM), § 762 BGB, n° 1.

⁸¹ *P. Schlechtriem*, loc. cit.

⁸² *BGH*, 6 juillet 1976, BGHZ, t. 67, p. 119; cf. *W. Hefermehl*, § 138, op. cit., n° 22.

⁸³ *Th. Mayer-Maly*, op. cit., n° 109 s.

⁸⁴ cf. p. ex. *H. Dilcher*, op. cit., n°s 12 s.

b. Le rôle que jouent les motifs subjectifs

1. La recherche française du motif déterminant et commun

Pour qu'un motif puisse être qualifié de cause d'un contrat commutatif, il faut d'une part que ce motif ait été réellement déterminant pour au moins une partie du contrat. Il faut d'autre part qu'il ait pénétré dans le champ contractuel et soit ainsi devenu une considération commune des deux parties. Quant aux libéralités, seul le motif déterminant est pris en considération⁸⁵.

Le **motif déterminant** d'un contrat commutatif est celui qui a été décisif lors de la conclusion du contrat et sans lequel les parties se seraient abstenues de contracter. Lorsqu'il s'agit d'une libéralité, le motif déterminant est celui qui a animé le disposant⁸⁶.

La considération du motif déterminant permet à la jurisprudence de déclarer nuls des contrats relatifs à des objets illicites. Le cas le plus fréquemment cité est celui des conventions relatives aux maisons de tolérance. Ainsi, les contrats qui se rapportent à la création ou à l'exploitation d'un tel établissement et dont le but, le motif déterminant, est immoral sont jugés nuls. Cela concerne l'achat ou la location d'un local en vue d'y installer une maison de tolérance⁸⁷, le prêt consenti en vue d'une telle acquisition⁸⁸, les contrats de travail du personnel⁸⁹ et les contrats de fourniture de matériel ou d'aliments⁹⁰. La rigueur des juges français provient peut-être de la rigueur correspondante du droit écrit: la loi pénale interdit strictement la vente des locaux ou leur mise à la disposition de personnes en sachant qu'elles les livreront à la prostitution⁹¹.

Il n'est pas tenu compte, au contraire, de motifs plus secondaires qui, très souvent, auront gravité autour du premier et qui peuvent n'avoir pas été illicites. En même temps, il faut séparer les motifs illicites des « *intérêts individuels respectables* » qui ne sont pas contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs⁹². Ainsi, on peut diviser les libéralités entre concubins. Ont une cause illicite les libéralités dont il est établi

⁸⁵ *Ph. Simler*, op. cit., n^{os} 143 et 151.

⁸⁶ préc., n^{os} 144 et 151.

⁸⁷ *Cass. civ.*, 15 novembre 1938, *Gaz. Pal.*, 1939.1.194; *Cass. civ.*, 27 décembre 1945, *Gaz. Pal.*, 1946.1.88; *Cass. soc.*, 29 octobre 1957, *Bull. civ. IV*, n^o 1027.

⁸⁸ *Cass. req.*, 1^{er} avril 1895, *D.P.*, 1895.1.263 = *S.*, 1896.1.289; *Cass. req.*, 17 juillet 1905, *D.P.*, 1906.1.72.

⁸⁹ *Cass. req.*, 11 novembre 1890, *D.P.*, 1891.1.484 = *S.*, 1891.1.319; *Cass. soc.*, 5 novembre 1942, *Gaz. Pal.*, 1942.2.273; *Cass. soc.*, 8 janvier 1964, *Bull. civ. IV*, n^o 25 = *D.*, 1964, 267.

⁹⁰ *Trib. com. Marseille*, 7 novembre 1913, *Gaz. Pal.*, 1914.1.266.

⁹¹ cf. *J. Hauser et J.-J. Lemouland*, loc. cit., n^o 52.

⁹² *M. Gégout*, op. cit., n^o 68.

qu'elles avaient pour but la formation, le maintien ou la rémunération de relations hors mariage. Ont en revanche une cause licite des libéralités dont le mobile est étranger à ces relations ou celles qui sont l'expression d'un « *devoir de reconnaissance* », voire l'exécution d'une obligation naturelle, sans compter celles dont le but est de mettre fin à ces relations⁹³.

Pour les contrats commutatifs, la jurisprudence demande en outre **que le motif ait été commun aux deux parties ou, du moins, qu'il était connu par l'autre**. Ainsi, il est exigé que le motif ait été entré dans le champ contractuel pour en constituer un élément essentiel, même s'il n'a pas été explicité dans l'acte⁹⁴. Cet avis est vivement critiqué par une part de la doctrine. Les auteurs se heurtent au fait que le cocontractant qui ignorait, au moins au stade de la formation du contrat, le but poursuivi par l'autre partie, par exemple d'installer une maison de débauche dans le bâtiment loué, ne peut obtenir la nullité⁹⁵.

En revanche, il faut constater que cette solution a aussi sa justification. C'est la protection due au contractant de bonne foi, dont les droits ne doivent pas pouvoir être remis en cause pour des raisons auxquelles il est resté étranger. Du même coup est aussi assurée la sauvegarde de la sécurité contractuelle⁹⁶.

2. La vue allemande d'ensemble de contenu, mobile et but

Le domaine de l'état de cause du § 138 BGB qui concerne les bonnes moeurs est groupé en des éléments objectifs et subjectifs.

Lorsque l'on regarde les **éléments objectifs**, il faut prendre en considération que le caractère d'un acte juridique résulte de l'action combinée du contenu, du mobile et du but⁹⁷. C'est un jeu d'éléments mobiles. Il est donc nécessaire de se mettre à une vue d'ensemble. Généralement, l'illicéité résulte de la combinaison de plusieurs éléments. Mais lorsqu'un certain élément particulièrement prononcé produit ses effets, l'atteinte aux bonnes moeurs peut résulter de lui seul⁹⁸.

⁹³ A. Sériaux, op. cit., n° 31.

⁹⁴ Cass. civ., 4 décembre 1956, J.C.P., 1957.II.10008; Cass. soc., 8 janvier 1964, Bull. civ. IV, n° 25 = J.C.P., 1964.II.13546 = D., 1964, 267; Paris, 12 mai 1947, Gaz. Pal., 1949.2.48.

⁹⁵ A. Sériaux, loc. cit.

⁹⁶ Ph. Simler, op. cit., n° 150.

⁹⁷ BGH, 21 décembre 1960, BGHZ, t. 34, p. 169; BGH, 20 janvier 1965, BGHZ, t. 43, p. 46; BGH, 8 décembre 1982, BGHZ, t. 86, p. 82; BGH, 19 janvier 1989, BGHZ, t. 106, p. 269.

⁹⁸ Th. Mayer-Maly, § 138, op. cit., n°s 23 s.

L'acte peut porter atteinte aux bonnes moeurs par son contenu direct, appelé aussi objectif, sans qu'il soit nécessaire que d'autres circonstances le rejoignent⁹⁹. On peut comparer cette atteinte aux bonnes moeurs « *endogène* » par le contenu avec l'objet en droit français.

Si le contenu direct n'a pas encore entraîné l'illicéité, on examine les autres éléments objectifs qui peuvent porter atteinte aux bonnes moeurs d'une manière « *exogène* ». Ce sont surtout les indices subjectifs comme le « *Zweck* » (**but**) ou le « *Beweggrund* » (**mobile**) **condamnables**¹⁰⁰. Un mobile est contraire aux bonnes moeurs lorsqu'un acte dont le contenu lui-même est permis était effectué pour des raisons qui s'opposent à la morale juridique¹⁰¹. Aussi le but peut y porter atteinte.

Lorsque l'acte juridique réalise un but contraire aux bonnes moeurs, cet acte est de la même façon objectivement immoral comme un acte qui s'y oppose par son contenu direct¹⁰². Un acte juridique ne sera pas nul si l'acteur a supposé par erreur qu'il réaliserait un but contraire aux bonnes moeurs. Le seul fait qu'il était motivé par un mobile illicite n'est pas suffisant¹⁰³.

En ce qui concerne le concubinage, la jurisprudence allemande donne un avis semblable à celui de la jurisprudence française. Une libéralité est à juger illicite « *lorsqu'elle veut exclusivement récompenser l'abandon sexuel du destinataire ou le déterminer à la poursuite des relations sexuelles ou lorsqu'elle veut les consolider* »¹⁰⁴. S'il existe, à côté des motifs sexuels, aussi d'autres mobiles honorables ou neutres, les effets de l'acte juridique à des tiers deviennent importants¹⁰⁵. Ça peut concerner des testaments dans lesquels les plus proches parents sont défavorisés excessivement et qui sont par conséquent jugés immoraux¹⁰⁶.

Quant aux maisons de tolérance il y a des différences entre la jurisprudence allemande et française. Le contrat avec la prostituée même sur des relations intimes contre une rémunération sont pareillement jugés nuls parce qu'on ne peut pas s'obliger à un comportement qui devrait provenir d'une décision libre¹⁰⁷. Mais la jurisprudence allemande ne considère plus comme de son devoir de maintenir ou de faire passer

⁹⁹ W. Hefermehl, § 138, op. cit., n° 20.

¹⁰⁰ préc., n° 29.

¹⁰¹ H. Dilcher, § 138, op. cit., n° 13.

¹⁰² W. Hefermehl, loc. cit.

¹⁰³ préc.

¹⁰⁴ BGH, 12 janvier 1984, NJW, 1984, p. 2150

¹⁰⁵ préc.

¹⁰⁶ H. Dilcher, op. cit., n° 67.

¹⁰⁷ BGH, 6 juillet 1976, BGHZ, t. 67, p. 119.

des pensées d'ordre relatives à la morale ou à la religion dans le domaine sexuel¹⁰⁸. En même temps, le droit pénal s'est retiré en limitant la pénalité du proxénitisme. C'est pourquoi les contrats d'achat ou de bail d'une maison de tolérance et de son inventaire ne sont plus jugés nuls. Pourtant, ces contrats sont nuls lorsqu'ils fixent un prix trop élevé ce qui signifie une exploitation du locataire ou des prostituées¹⁰⁹.

Les éléments objectifs ne suffisent pas pour caractériser un acte juridique comme illicite, au moins lorsque l'atteinte aux bonnes moeurs ne résulte que d'un but ou d'un mobile. Il faut aussi certains **éléments subjectifs**. L'opinion dominante de la doctrine et la jurisprudence demandent la connaissance des faits qui sont contraires aux bonnes moeurs¹¹⁰. Une personne qui s'est fermée à leur connaissance dans une façon de négligence grossière est mise au même rang.

Lorsqu'il s'agit d'un contrat commutatif, il est nécessaire que **les deux parties aient connu les faits** qui portent atteinte aux bonnes moeurs. Ceci est différent si le comportement contraire aux bonnes moeurs est dirigé vers le cocontractant¹¹¹. Parfois, la jurisprudence conclut les éléments subjectifs nécessaires de l'état de cause objectif lorsque celui était réalisé d'une manière grave¹¹².

En revanche, il n'est exigé ni que l'acteur ait conscience qu'il porte atteinte aux bonnes moeurs ni qu'il agisse d'après une « *verwerfliche Gesinnung* » (manière de penser condamnable). C'est le principe très majoritaire, mais parfois la jurisprudence décide différemment¹¹³.

Partie II. Comment les prestations illicites sont sanctionnées

Dans la deuxième partie, on va examiner les conséquences des prestations illicites. Dans les deux systèmes juridiques, dans le droit civil français et dans le droit civil allemand, il existe certains principes qui entraînent la nullité du contrat et visent à la restitution des prestations déjà effectuées (A.). Ce principe est limité par des exceptions qui peuvent intervenir lorsque l'exécutant a lui-même porté atteinte à

¹⁰⁸ cf. *BGH*, 31 mars 1970, BGHZ, t. 53, p. 369; *BGH*, 12 janvier 1984, NJW, 1984, p. 2150; *BGH*, 26 avril 1972, LM, § 138 BGB, n° 20 = NJW, 1972, p. 1414.

¹⁰⁹ *BGH*, 8 janvier 1975, BGHZ, t. 63, p. 365.

¹¹⁰ *Th. Mayer-Maly*, op. cit., n° 111.

¹¹¹ *H. Dilcher*, op. cit., n° 15.

¹¹² *BGH*, 9 février 1967, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Magazine pour le droit de l'économie et des banques, WM), 1967, p. 321; *BGH*, 8 avril 1976, Der Betrieb (L'entreprise, DB), 1976, 2106; *BGH*, 30 janvier 1981, WM, 1981, p. 404.

¹¹³ cf. *W. Hefermehl*, op. cit., n° 34.

certaines dispositions de l'ordre public. Ces exceptions concernent donc l'« *indignité du demandeur* » (B.).

A. La règle: la nullité du contrat entraîne la restitution des prestations déjà effectuées

a. Le juge français crée un contrat à l'envers

En France, la violation des règles d'ordre public est parfois pénalement sanctionnée. Il arrive également qu'elle soit sanctionnée par la mise en oeuvre de la responsabilité civile et l'octroi de dommages-intérêts. La sanction la plus habituelle des atteintes à l'ordre public ou aux bonnes moeurs reste cependant la nullité¹¹⁴. Malgré l'importance pratique que représentent les conséquences de l'annulation, le Code civil ne leur consacre aucune disposition d'ensemble. Cette absence de règles générales, ajoutée à la complexité des situations pratiques, a entraîné une jurisprudence à la fois créatrice et incertaine¹¹⁵.

Il existe des différences importantes entre l'exercice d'une nullité relative et celui de la nullité absolue. Le critère de distinction entre les deux consiste dans le but de la règle qu'il s'agit de sanctionner. La nullité relative est protectrice des intérêts privés. La nullité absolue est protectrice de l'intérêt général. Les aspects classiques de l'ordre public et les atteintes aux bonnes moeurs concernent cet intérêt général et entraînent la **nullité absolue**¹¹⁶. C'est le cas lorsque les prestations d'une convention sont illicites¹¹⁷.

La nullité absolue peut être invoquée par tout intéressé. C'est d'abord l'une ou l'autre des parties au contrat, même celle qui est directement responsable de l'illicéité de la convention¹¹⁸. Aussi le ministère a le droit de demander la nullité d'un contrat contraire à l'ordre public. En réalité, il ne le fait jamais, car « *la nullité serait un coup d'épée dans l'eau* » si les partis voulaient vraiment exécuter le contrat¹¹⁹. Egalement des tiers peuvent réclamer l'annulation s'ils peuvent se prévaloir d'un intérêt. Par exemple, l'acquéreur d'un immeuble antérieurement loué à un proxénète qui y a installé une maison de tolérance peut demander la nullité du bail alors même que son vendeur ne l'a pas fait¹²⁰.

¹¹⁴ J. Hauser et J.-J. Lemouland, op. cit., n^{os} 138 s.

¹¹⁵ J. Schmidt-Szalewski, Les conséquences de l'annulation d'un contrat, J.C.P., 1989.I.3 397, n^o 1.

¹¹⁶ préc., n^{os} 141 s.

¹¹⁷ cf. A. Sériaux, op. cit., n^o 32.

¹¹⁸ préc.

¹¹⁹ Ph. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n^o 562.

¹²⁰ A. Sériaux, loc. cit.

Enfin, le juge se reconnaît habilité à soulever d'office la nullité lorsqu'il est saisi d'une affaire dont l'objet porte sur un contrat contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs¹²¹. C'est ce qu'on peut tirer des transformations que le Nouv. C. pr. civ., notamment les art. 12 et 16, a apporté au rôle du juge dans le procès¹²².

La demande en nullité ne se prescrit généralement que par un délai de trente ans à compter du jour de la formation du contrat, selon l'art. 2262 C. civ., mais la loi elle-même impose souvent des délais beaucoup plus brefs. D'autre part, le délai peut être indéfini lorsque la nullité est soulevée, non à titre principal, mais comme exception ou par le biais d'une demande reconventionnelle¹²³.

La confirmation d'un contrat illicite n'est pas possible lorsque l'intérêt général est en jeu¹²⁴. Les prestations illicites en sont donc insusceptibles. Un acte de volonté privée ne saurait valider une convention contraire à l'ordre public¹²⁵.

Généralement, un contrat dont les prestations sont illicites emporte son anéantissement pur et simple et intégral. Mais parfois, l'illicéité de l'objet résulte d'une prestation qui dépasse un certain maximum fixé par l'autorité publique. Ainsi, un prix pour des aliments ou pour une location convenu au-dessus du maximum ordonné est un prix illicite. Outre la violation de l'ordre public économique il y a objet illicite¹²⁶.

Dans de tels cas, les dépassements conventionnels sont souvent sanctionnés par la **réduction au maximum légal**¹²⁷. Les art. 908 et 908-1 C. civ. prévoient expressément la réduction au maximum légal des libéralités faites à certaines catégories d'enfants naturels¹²⁸. De la même façon, la jurisprudence a décidé qu'un intérêt excessif entraîne l'application du taux légal¹²⁹. En revanche, les dépassements de prix taxés

¹²¹ préc.

¹²² *Ph. Malaurie et L. Aynès*, op. cit., n° 558.

¹²³ préc.

¹²⁴ *J. Hauser et J.-J. Lemouland*, op. cit., n° 153.

¹²⁵ *A. Sériaux*, loc. cit.

¹²⁶ *J. Carbonnier*, op. cit., n° 55.

¹²⁷ *Cass. soc.*, 4 mars 1970, Bull. civ. IV, n° 121; *Cass. com.*, 1^{er} février 1972, J.C.P., 1972.II.17136; *Cass. civ.*, 7 mai 1951, Bull. civ. IV, n° 105.

¹²⁸ *Ph. Simler*, op. cit., n° 208.

¹²⁹ *Cass. civ.*, 24 juin 1981, Bull. civ. I, n° 234; *Cass. civ.*, 9 février 1988, Bull. civ. I, n° 34.

ne sont pas sanctionnés par une réduction: la *Cour de cassation* applique en pareil cas l'annulation totale du contrat¹³⁰.

Le contrat annulé cesse de produire effet pour l'avenir; aucune des parties ne peut donc exiger l'exécution d'obligations non encore effectuées. La nullité a également un effet rétroactif: tout doit se passer comme si le contrat n'avait jamais existé. Le principe est celui du retour au statu quo ante. Si les parties à un contrat synallagmatique avaient déjà exécuté, la nullité les oblige à se restituer mutuellement ce qu'elles ont reçu¹³¹. Ainsi, des **obligations réciproques de restitution** naissent, ce qu'on peut appeler un « *contrat synallagmatique renversé* »¹³² ou un « *contrat à l'envers* »¹³³.

La restitution ayant pour objet une chose obéit aux mêmes règles que la revendication de celle-ci. Le créancier est en droit d'exiger la restitution en nature. Il peut aussi demander les fruits et les produits réalisés depuis la date du contrat, mais il doit indemniser les dépenses utiles¹³⁴. A l'égard des prestations monétaires, les sommes payées en vertu d'un contrat nul doivent être répétées¹³⁵.

En cas d'annulation d'un **contrat qui portait sur un service**, les prestations déjà fournies ne peuvent pas être restituées en nature. Leur contrepartie monétaire est arbitrée en équité. Ainsi, lorsqu'un contrat de travail est annulé, l'employeur doit indemniser le salarié du travail fourni; en cas d'annulation d'un contrat de bail, le preneur doit verser au bailleur une indemnité d'occupation¹³⁶.

b. Le juge allemand applique l'enrichissement sans cause

Aussi en droit civil allemand des contrats illicites peuvent mener à la responsabilité délictuelle lorsque quelqu'un a causé intentionnellement des dommages à autrui d'une façon immorale. C'est le domaine du § 826 BGB. Mais la sanction la plus habituelle reste la **nullité du contrat**.

La nullité peut être invoquée par ceux qui font partie de l'acte juridique et en outre par toute personne qui est engagée dans un procès à ce sujet¹³⁷. Même celui qui lui-même a porté atteinte à la prohibition ou

¹³⁰ *Cass. civ.*, 9 février 1946, *Gaz. Pal.*, 1947.1.63; *Cass. com.*, 25 octobre 1949, *S.*, 1950, 164.

¹³¹ *Ph. Malaurie et L. Aynès*, op. cit., n° 585 s.

¹³² *J. Carbonnier*, op. cit., n° 49.

¹³³ *Ph. Malaurie et L. Aynès*, op. cit., n° 586.

¹³⁴ *J. Schmidt-Szalewski*, op. cit., n° 17 s.

¹³⁵ *Ph. Malaurie et L. Aynès*, op. cit., n° 590.

¹³⁶ *Cass. civ.*, 1^{er} juillet 1987, *Bull. civ.* III, n° 134.

¹³⁷ *Th. Mayer-Maly*, § 134, n° 93.

aux bonnes moeurs peut, en principe, invoquer la nullité¹³⁸. La nullité est à prendre en considération d'office¹³⁹.

Une confirmation du contrat nul n'est pas possible si l'état de cause gardait un caractère qui serait contraire à la prohibition ou aux bonnes moeurs¹⁴⁰. C'est toujours le cas lorsqu'il s'agit des prestations illicites.

En ce qui concerne l'étendue de la nullité, le principe est l'annulation totale et rétroactive. Mais d'autres sanctions peuvent s'imposer, surtout dans l'hypothèse du § 134 BGB lorsqu'il s'agit d'une loi prohibitive à laquelle a été porté atteinte. Celle-ci peut prévoir des sanctions particulières. Encore plus souvent, les sanctions sont modifiées parce que le sens et le but de la loi prohibitive l'exigent¹⁴¹. Ainsi, chaque norme doit être interprétée elle-même.

Le but d'une loi prohibitive peut entraîner une **annulation partielle** au lieu d'une annulation totale¹⁴². C'est surtout le cas lorsqu'il s'agit des lois prohibitives relatives aux prix. Lorsque le prix maximal des marchandises n'est pas respecté, l'acte juridique est considéré comme conclu au prix permis. L'obligation de livrer la chose au prix permis frappe le vendeur, qui a, d'habitude, revendiqué le prix trop élevé, plus sévèrement que l'annulation totale. Une solution pareille est bien des fois appliquée pour des loyers trop élevés¹⁴³.

Dans le domaine des bonnes moeurs, la jurisprudence est plus hésitante pour prononcer une annulation partielle. Dans certains cas elle vise au « *Befreiung vom sittenwidrigen Übermaß* » (dégagement de l'excès immoral). C'est valable pour des testaments en faveur d'une concubine par lequel les proches de la famille du testateur sont gravement désavantagés¹⁴⁴. Néanmoins, il s'agit ici plutôt d'une exception.

Le sens et le but d'une loi prohibitive peuvent également écarter la nullité rétroactive, surtout lorsque des **obligations à exécution successive** sont concernées. Lorsqu'il s'agit d'un contrat de travail nul, la nullité ne peut pas en général être invoquée pour le passé. On parle d'un état de travail vicié qui a pour consé-

¹³⁸ H. Dilcher, § 138, n° 107.

¹³⁹ H. Heinrichs, § 138, n° 21.

¹⁴⁰ BGH, 25 janvier 1973, BGHZ, t. 60, p. 102.

¹⁴¹ Th. Mayer-Maly, § 134, n°s 86 s.

¹⁴² W. Hefermehl, § 134, n° 29.

¹⁴³ Th. Mayer-Maly, § 134, n° 90.

¹⁴⁴ BGH, 15 juin 1955, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Magazine pour l'ensemble du droit de la famille, FamRZ), 1963, p. 287; BGH, 17 mars 1969, BGHZ, t. 52, p. 17.

quence que l'employé peut demander le salaire accordé pour le travail effectué¹⁴⁵. Le même est valable pour les contrats qui portent atteinte aux bonnes moeurs parce qu'on veut protéger le « *gutgläubiger Rechtsverkehr* » (ensemble des opérations juridiques de bonne foi)¹⁴⁶.

L'annulation du contrat illicite a pour conséquence que les prestations déjà effectuées sont à restituer. Lorsque non seulement l'acte d'obligation est illicite et donc nul mais également l'acte de disposition, c'est-à-dire le transfert de la propriété, la **revendication** selon le § 985 BGB est applicable. Mais comme nous avons vu (v. supra I.B.a.2.), l'acte de disposition reste dans la plupart des cas valable.

Dans ces cas-là, la restitution se déroule selon l'**enrichissement sans cause**. Il y a deux normes qui y sont applicables. Le § 812 BGB édicte que « *quiconque, du fait de la prestation d'autrui ou de toute autre manière, aux dépens de ce dernier, fait une acquisition sans cause juridique, est tenu à son égard à restitution* ». Le § 817, 1^{re} phrase, dispose que « *si le but d'une prestation a été précisé de telle manière que son bénéficiaire, en l'acceptant, ait contrevenu soit à une interdiction légale, soit aux bonnes moeurs, ce bénéficiaire est tenu à restitution* ».

Il se pose la question dans quelle interdépendance se tiennent ces deux normes. Généralement, les deux peuvent être **appliquées simultanément**. Le § 817, 1^{re} phrase, est un cas particulier de l'enrichissement général sans cause statué au § 812 mais il contient un état de cause propre. Il devient important lorsque la réclamation selon le § 812 est exclu par le § 814 parce que le prestataire a exécuté l'obligation en sachant qu'il n'en était pas obligé. Le § 814 n'est pas applicable à l'égard du § 817, 1^{re} phrase¹⁴⁷.

Pour invoquer le § 812 BGB, il suffit qu'il y avait un transfert de biens et que ce transfert n'était pas justifié par une cause juridique¹⁴⁸. Ces conditions sont toujours remplies lorsqu'il y a un contrat nul dont les prestations sont déjà effectuées.

Quant au § 817, 1^{re} phrase, BGB, il s'ajoute d'autres conditions. Le but principal de la prestation doit être précisé de telle manière que le **bénéficiaire porte atteinte à une prohibition légale ou aux bonnes moeurs à point par l'acceptation**¹⁴⁹. Il peut déjà y avoir réalisation directe du but illicite par la prestation elle-même. Par exemple, le concubinage est réalisé directement par la prestation si l'une des parties

¹⁴⁵ W. Hefermehl, § 134, n° 31.

¹⁴⁶ H. Dilcher, § 138, n°s 114 s.

¹⁴⁷ H. Thomas, § 817, n° 1, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Verlag C. H. Beck, 52^e éd., 1993.

¹⁴⁸ K. Müller, Schuldrecht, Besonderer Teil (Droit des obligations, Partie particulière), C. F. Müller, 1990, n° 1963.

¹⁴⁹ H. Thomas, op. cit., n° 6.

accueille et alimente l'autre dans son appartement. Au contraire, il n'y a pas de réalisation directe lorsque des sommes d'argent ou d'autres biens accordés ne servent pas au ménage commun. S'il n'y a pas réalisation directe du but illicite, il faut chercher le mobile déterminant¹⁵⁰.

Un caractère illicite de l'acceptation était affirmé par exemple pour une donation d'une commune qui portait grièvement atteinte aux prescriptions budgétaires, pour la corruption d'un fonctionnaire afin qu'il accomplisse un acte officiel, pour le versement d'argent en contrepartie de l'approvisionnement d'un titre ou de la promesse de ne pas dénoncer un délit¹⁵¹.

En outre, selon l'opinion dominante et la jurisprudence, le bénéficiaire doit avoir connaissance de la contravention ou doit être conscient d'agir contraire aux bonnes mœurs. Mais quiconque ferme à la légère les yeux à l'égard de la prohibition ou des bonnes mœurs est traité de la même façon¹⁵². Il doit restituer les prestations reçues (aussi) selon le § 817, 1^{re} phrase.

Les effets des §§ 812 et 817, 1^{re} phrase, sont les mêmes. En principe, le bénéficiaire doit restituer la prestation en nature. Parfois ce n'est pas possible, par exemple lorsque quelqu'un s'est engagé de faire un ouvrage pour autrui. Dans ce cas-là, le bénéficiaire doit compenser la valeur qui correspond au prix du marché¹⁵³. En outre, le § 818 BGB exige qu'il doit rembourser les profits et les avantages perçus et tout ce qu'il a obtenu en vertu d'un droit acquis ou à titre d'indemnité.

B. L'exception: l'indignité du demandeur mène au refus de l'invocation en justice

a. En France, l'exception reste une exception

La nullité d'un contrat entraîne en droit français en principe le retour au statu quo ante. Ce principe est parfois perturbé par des considérations tirées de l'indignité du plaideur et de la dignité de la magistrature¹⁵⁴. Celui qui s'est placé en dehors du droit reste ainsi hors la loi¹⁵⁵. La justice se voile la face et s'efface, laissant les parties au contrat se débrouiller entre elles¹⁵⁶.

¹⁵⁰ *BGH*, 19 avril 1961, *BGHZ*, t. 35, p. 103.

¹⁵¹ *H. Thomas*, op. cit., n° 12.

¹⁵² préc., n° 11.

¹⁵³ *K. Müller*, op. cit., n°s 2049 s.

¹⁵⁴ *Ph. Malaurie*, *L'ordre public et le contrat*, n° 317.

¹⁵⁵ préc., n° 304.

¹⁵⁶ *A. Sériaux*, op. cit., n° 32.

La raison peut être trouvée dans la politique des nullités. La « *canaille* » est contrainte à régler comptant ses affaires, c'est-à-dire à ne jamais se faire crédit, ce qui la dissuade de faire un certain nombre de contrats. Surtout, une prime est donnée à la dénonciation de l'immoralité: le cocontractant est incité à demander la nullité de son contrat¹⁵⁷.

Les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat peuvent être paralysées par **l'application de deux adages**: « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » veut dire que nul ne peut invoquer sa turpitude pour agir en justice; « *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* » énonce qu'en cas d'immoralité égale des deux parties à un contrat, l'action en répétition est irrecevable.

Les adages **ne s'opposent qu'à l'action en restitution**, jamais à l'action en nullité parce qu'il y a tout intérêt à faire disparaître un contrat immoral¹⁵⁸. Néanmoins, les décisions rendues par la jurisprudence sont difficiles à synthétiser¹⁵⁹. On aboutit à une « *véritable mosaïque de règles* »¹⁶⁰.

La jurisprudence n'applique la règle « *Nemo auditur...* » **qu'en cas d'annulation pour immoralité**¹⁶¹. La *Cour de cassation* considère que « *lorsqu'une convention intervenue entre les parties a une cause contraire aux bonnes moeurs, celles-ci sont irrecevables à fonder sur elle aucune action soit pour l'exécution de cette convention, soit pour la restitution de sommes payées ou d'avances faites pour son exécution* »¹⁶². Ledit vaut aussi pour les annulations d'un contrat pour objet immoral ou pour contradiction aux bonnes moeurs¹⁶³.

Les bonnes moeurs au sens strict du terme désignent la moralité sexuelle. « *En France, la turpitude consiste à violer l'honnêteté des moeurs* », a dit M. *Malaurie*¹⁶⁴. L'action en répétition est donc refusée dans les contrats nuls relatifs aux maisons de tolérance qui concernent leur création, leur maintien ou leur

¹⁵⁷ *Ph. Malaurie et L. Aynès*, op. cit., n° 592.

¹⁵⁸ préc.

¹⁵⁹ *J. Schmidt-Szalewski*, op. cit., n° 28.

¹⁶⁰ *Ph. Malaurie*, L'ordre public et le contrat, n° 348.

¹⁶¹ *Cass. civ.*, 19 décembre 1950, Bull. civ. I, n° 548; *Cass. civ.*, 15 juin 1967, J.C.P., 1967.II.15238; *Cass. com.*, 27 avril 1981, D., 1982, 51; *Cass. com.*, 14 décembre 1982, Rev. trim. dr. civ., 1983, 342, n° 2; *Cass. com.*, 27 novembre 1984, D., 1986, 448; *Cass. civ.*, 25 juin 1985, Bull. civ. III, n° 103; *Cass. comm.*, 20 janvier 1987, J.C.P., 1988.II.20987.

¹⁶² *Cass. civ.*, 15 février 1967, Bull. civ. I, n° 67.

¹⁶³ *J. Schmidt-Szalewski*, op. cit., n° 28.

¹⁶⁴ *Ph. Malaurie*, op. cit., n° 330.

exploitation. Ainsi, il n'y a pas de restitution pour les prestations en vue de l'achat ou la location du bâtiment, pour les prêts à cette destination et pour le travail dans un tel établissement¹⁶⁵.

Cependant, l'action en paiement intentée par un entrepreneur ou un architecte qui a effectué des travaux dans une maison de tolérance est recevable. De même le vendeur de meubles impayés obtiendra la restitution de ceux-ci. Les arrêts concernés indiquent que les prestations effectuées n'étaient pas indissolublement liées à l'exploitation de la maison de tolérance mais étaient abstraites de la destination immorale¹⁶⁶.

La règle « *Nemo auditur...* » est appliquée par la *Cour de cassation* lorsque le contractant qui prétend obtenir restitution de ce qu'il a fourni à l'autre était, comme son cocontractant, conscient du caractère immoral de la convention¹⁶⁷. Dans ce cas, la *Cour de cassation* constate souvent que « *chacune des parties contractantes a pris une part égale à cette convention* »¹⁶⁸.

Il semble que les décisions **comparent le « degré de turpitude » des parties**. Plusieurs auteurs constatent donc qu'en réalité les décisions se fondent sur l'adage « *In pari causa...* »¹⁶⁹. Certains proposent même de remplacer « *Nemo auditur...* » complètement par « *In pari causa...* »¹⁷⁰. Nombreux sont les arrêts de la *Cour de cassation* qui citent la maxime en toutes lettres. Plus nombreux encore sont les arrêts qui, sans employer noir sur blanc la formule romaine, appliquent la solution qu'elle impose¹⁷¹.

Généralement, trois cas peuvent se distinguer en fonction de la plus ou moins grande turpitude des plaideurs: il n'y a qu'un seul coupable; les deux parties sont inégalement coupables; les deux parties sont également coupables¹⁷². Dans notre hypothèse le premier cas est sans importance parce qu'il n'y a de nullité d'un contrat commutatif que si les deux parties connaissent le caractère immoral ou illicite de ces prestations et pour les libéralités la règle n'est pas appliquée (v. infra).

¹⁶⁵ cf. Ph. le Tourneau, Règle « *nemo auditur...* », Jur. cl. civ., app. art. 1131 à 1133, fasc. 10-1, n^{os} 106 s.

¹⁶⁶ Rouen, 27 juin 1950, S., 1951.2.43; Trib. civ. Seine, 16 juin 1928, D.P., 1928.2.187; Trib. civ. Vervins, 21 juillet 1911, Gaz. Pal., 1912.2.136; Poitiers, 8 février 1922, D.P., 1922.2.33.

¹⁶⁷ Cass. req., 1^{er} octobre 1940, D.H., 1940, 8; Cass. req., 17 juillet 1905, D.P., 1906.1.72; Cass. req., 1^{er} avril 1895, D.P., 1895.1.263; Cass. req., 4 janvier 1876, D.P., 1876.1.364; Cass. civ., 15 décembre 1873, D.P., 1873.1.-223.

¹⁶⁸ Cass. req., 1^{er} avril 1895, S., 1896.1.289.

¹⁶⁹ J. Schmidt-Szalewski, loc. cit.

¹⁷⁰ Ph. Malaurie et L. Aynès, loc. cit.

¹⁷¹ Ph. le Tourneau, op. cit., n^o 105.

¹⁷² préc., n^o 98.

Les deux parties sont également coupables si elles ont également eu une « *commune intention* » au même titre. Toutes les deux parties ont entendu et ont voulu le contrat de la même façon, bien que, dans un contrat synallagmatique, pour des raisons diamétralement opposées. Dans un tel cas, l'action est refusée de sorte que ni l'une ni l'autre des parties ne pourra agir. La jurisprudence décide presque toujours de telle manière lorsqu'il s'agit des contrats relatifs à des maisons de tolérance¹⁷³.

Si les deux parties sont inégalement coupables, c'est le lieu d'appliquer la règle « *In pari causa...* » à l'inverse: la répétition sera ordonnée si le demandeur est le moins coupable. Le juge pèse les fautes respectives des parties et dresse une espèce de « *hiérarchie des non-valeurs* ». Si le plus coupable est repoussé, le moins coupable sera écouté.

Ainsi, la jurisprudence a énoncé que le médecin qui procède à un avortement illégal est plus coupable que la jeune femme en situation de détresse¹⁷⁴. Un pharmacien a été condamné à rembourser l'avance reçue pour la fabrication d'un remède secret¹⁷⁵ et un courtier matrimonial à restituer sa commission, à une époque où son contrat était encore considéré comme contraire aux bonnes moeurs¹⁷⁶.

L'exception d'indignité ne joue, en général, que s'il y a immoralité. Les **restitutions restent possibles si le contrat est annulé pour illicéité**. Certaines décisions ont refusé d'ordonner les restitutions même en cas d'annulation d'un contrat illicite¹⁷⁷. Mais la *Cour de cassation* a déclaré dans un arrêt récent que « *la cause illicite d'une obligation ne fait pas obstacle à l'action en répétition* »¹⁷⁸. M. *Sériaux* critique ce résultat. Il désapprouve que la partie coupable d'un contrat commutatif ou à titre onéreux puisse demander restitution de la prestation fournie: « *le souci de dissuasion inhérent à la règle "Nemo auditur..." doit ici l'emporter* »¹⁷⁹.

Une autre limite de l'exception d'indignité peut résulter des infractions pénales car la loi pénale peut prévoir des réparations. Ainsi, la prostituée peut, malgré l'immoralité du contrat, se faire restituer les sommes qu'elle a versées à son souteneur¹⁸⁰.

¹⁷³ cf. préc., n^{os} 106 s.

¹⁷⁴ *T.g.i. Bobigny*, 15 décembre 1976, D.S., 1977, 245.

¹⁷⁵ *Besançon*, 6 mars 1895, D., 1895.2.223.

¹⁷⁶ *Cass. req.*, 27 juillet 1897, S., 1897.1.522.

¹⁷⁷ *Cass. req.*, 6 janvier 1913, D.P., 1914.1.13; *Cass. civ.*, 12 juin 1979, J.C.P., 1981.II.19494.

¹⁷⁸ *Cass. civ.*, 27 novembre 1984, Bull. civ. I, n^o 319.

¹⁷⁹ A. *Sériaux*, loc. cit.

¹⁸⁰ *Cass. cr.*, 7 juin 1945, D., 1946, 149.

Enfin, les libéralités échappent à l'exception d'indignité. Le donateur peut intenter une action en répétition. Interdire au disposant de demander la restitution aboutirait en fait à donner effet à une libéralité immorale¹⁸¹.

b. En Allemagne, l'exception devient la règle

D'une part, le juge allemand **refuse au plaideur indigne parfois déjà d'invoquer la nullité**. D'autre part, il peut le priver des restitutions.

L'action en nullité peut représenter un « *unzulässige Rechtsausübung* » (exercice illégitime d'un droit)¹⁸². La jurisprudence se réfère au principe de « *Treu und Glauben* » (toute bonne foi) qui est énoncé au § 242 BGB et qui domine tout le domaine de droit¹⁸³. Cependant, elle limite l'application de ce principe à des **cas particulièrement exceptionnels** pour que les contrats contraires aux bonnes mœurs ou à une prohibition légale ne soient pas rendus valables par le biais de ce principe. En plus, le refus de l'action en nullité ne doit pas mener au maintien d'un contrat illicite pour l'avenir¹⁸⁴.

L'action en nullité est surtout refusée lorsque le plaideur a lui seul porté atteinte à une prohibition légale ou aux bonnes mœurs¹⁸⁵. Ainsi la *Cour fédérale de justice* a décidé qu'un contractant qui a acheté une entreprise ou qui a contracté un emprunt avec un juif dans les années 1939 à 1945 en exploitant la contrainte de ce dernier ne peut pas invoquer la nullité du contrat pour obtenir même la restitution de sa propre prestation parce qu'on peut lui opposer l'exception du « *Arglist* » (dol)¹⁸⁶.

Dans notre hypothèse des prestations illicites, en règle générale toutes les deux parties ont porté atteinte aux bonnes mœurs ou à une prohibition légale. Aussi dans ces cas-là, la jurisprudence a exceptionnellement refusé l'action en nullité¹⁸⁷. Dans le cas d'un contrat successif, le plaideur a tout-à-coup refusé de payer le taux de prêt convenu pour des films contraires aux bonnes mœurs mais a néanmoins continué de les montrer, même après que le cocontractant ait résilié le contrat. La *Cour fédérale de justice* a désapprouvé cette contradiction à la conduite précédente et a refusé l'action en nullité¹⁸⁸.

¹⁸¹ Ph. le Tourneau, op. cit., n^{os} 55 s.

¹⁸² W. Hefermehl, § 134, op. cit., n^o 30.

¹⁸³ BGH, 23 janvier 1981, NJW, 1981, p. 1439.

¹⁸⁴ préc.

¹⁸⁵ H. Heinrichs, § 138, op. cit., n^o 21.

¹⁸⁶ BGH, 11 juillet 1957, WM, 1957, p. 1155; BGH, 10 février 1972, WM, 1972, p. 486.

¹⁸⁷ H. Heinrichs, loc. cit.

¹⁸⁸ BGH, 23 janvier 1981, NJW, 1981, p. 1439.

Dans un autre cas, la *Cour fédérale de justice* a dénié au plaideur d'invoquer la nullité d'un contrat de travail noir contraire à une prohibition légale¹⁸⁹. Il s'était engagé à construire un bâtiment et a refusé de payer les factures des fournisseurs de matériel qui dépassaient la somme convenu pour l'ouvrage entier avec le maître d'œuvre. Ce dernier qui avait connaissance du fait qu'il s'agissait du travail noir avait payé les factures impayées et pouvait ensuite demander la restitution des sommes payées. La juridiction a justifié le refus de l'action en nullité avec l'argument que le maître d'oeuvre n'avait pas la possibilité de contrôler les dépenses de l'entrepreneur de sorte qu'il était sans protection au gré de ce dernier¹⁹⁰.

La doctrine a souvent critiqué le refus de l'action en nullité par la jurisprudence. La nullité serait à prendre en considération d'office de sorte qu'il ne serait pas nécessaire d'invoquer l'opposition aux bonnes moeurs. Par conséquent, l'action en nullité ne pourrait pas être refusée même à celui qui leur a porté atteinte. Le maintien d'un contrat contraire à une prohibition légale ou aux bonnes moeurs par le biais du principe de toute bonne foi serait insupportable à l'égard de l'ordre juridique¹⁹¹. En plus, l'adage « *Nemo turpitudinem suam allegans auditur* » ne serait transféré au BGB que dans le contexte du § 817 BGB¹⁹².

L'autre possibilité de prendre en considération l'indignité du plaideur est le **refus de l'action en restitution**. Ce principe est énoncé par le § 817, 2^e phrase, BGB: « *La restitution est exclue lorsque une [...] contravention [soit à une prohibition légale, soit aux bonnes moeurs] incombe de la même façon à l'exécutant* ».

Le § 817, 2^e phrase, est appliqué lorsque l'exécutant comme son cocontractant ou lui tout seul a porté atteinte à la prohibition légale ou aux bonnes moeurs¹⁹³. Il n'est pas seulement opposable comme exception au droit à restitution selon le § 817, 1^{re} phrase, mais il représente une règle générale pour tous les droits à restitution des prestations, notamment selon le § 812 BGB. Au contraire, selon la jurisprudence et l'opinion dominante de la doctrine, il n'est pas applicable en analogie comme exception aux droits à revendication, par exemple selon le § 985 BGB¹⁹⁴.

Dans notre hypothèse des prestations illicites, le § 817, 2^e phrase, a pour conséquence que l'action en restitution sera presque toujours refusée. Celui qui exécute un contrat commutatif comme premier prend

¹⁸⁹ *BGH*, 23 septembre 1982, NJW, 1983, p. 109.

¹⁹⁰ préc.

¹⁹¹ *Th. Mayer-Maly*, § 138, op. cit., n° 130.

¹⁹² *H. Dilcher*, § 138, op. cit., n° 107.

¹⁹³ *H. Thomas*, § 817, op. cit., n° 13.

¹⁹⁴ préc., n° 1 s.

son propre risque, car la nullité du contrat l'empêche de demander l'exécution de la contreprestation pendant qu'il ne peut non plus réclamer la restitution de sa propre prestation. Cela peut vite mener à des résultats injustes¹⁹⁵. C'est pourquoi la norme est souvent qualifiée comme inapte ou au moins comme ayant besoin d'une réforme. Par conséquent, son interprétation doit viser à **restreindre son domaine d'application**¹⁹⁶.

Dans un certain nombre de cas, l'application de la deuxième phrase est déjà exclue par la loi. Cela concerne par exemple des prestations trop élevées qui sont contraires aux prescriptions relatives aux prix de location¹⁹⁷. Ainsi, le loueur est tenu à restitution.

Il faut également considérer si le but protecteur de la prohibition légale interdit la restitution ou si elle la demande plutôt¹⁹⁸. On peut donner comme exemple le louage défendu de personnel. Si le loueur qui est un tiers à l'égard de l'état de travail simulé par la loi entre le locataire et les salariés a rémunéré les derniers, ceux-ci sont protégés contre la demande de restitution du loueur. Cependant, ce but protecteur ne fait pas obstacle à la demande du loueur au locataire de rembourser ses dépenses économisées¹⁹⁹. Aussi les parents d'un apprenti peuvent réclamer le remboursement de la somme qu'ils ont payé au formateur pour la formation professionnelle²⁰⁰.

Aussi la notion de la prestation dans le sens de la deuxième phrase est limitée. Elle a pour condition que le profit patrimonial est entré dans le patrimoine du bénéficiaire définitivement. Par conséquent, la deuxième phrase est inapplicable lorsque la prestation n'était donnée qu'à une fin temporaire et doit être rendue par sa nature²⁰¹. C'est surtout le cas pour des sûretés réelles comme le nantissement ou l'hypothèque²⁰².

En ce qui concerne des prêts, la jurisprudence se réfère parfois à la fin temporaire²⁰³. Ainsi, le prêteur peut réclamer le remboursement d'un prêt usuraire ou un prêt qui était négocié contraire à la loi par un

¹⁹⁵ préc., n° 14.

¹⁹⁶ *O. Mühl*, § 817, n° 21, in: Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Verlag W. Kohlhammer, 11^e éd., 1985.

¹⁹⁷ *H. Thomas*, op. cit., n° 15.

¹⁹⁸ préc., n° 20.

¹⁹⁹ *BGH*, 8 novembre 1979, BGHZ, t. 75, p. 299.

²⁰⁰ *Bundesarbeitsgericht* (Tribunal fédéral des prud'hommes, BAG), 28 juillet 1982, NJW, 1983, p. 783.

²⁰¹ *H. Thomas*, n° 17.

²⁰² *O. Mühl*, op. cit., n° 46.

²⁰³ *BGH*, 23 octobre 1958, BGHZ, t. 28, p. 255; *BGH*, 20 mai 1964, BGHZ, t. 41, p. 341; *BGH*, 9 juin 1969, WM, 1969, p. 1083.

voyageur de commerce²⁰⁴. Une opinion de la doctrine veut différencier entre les circonstances qui portent atteinte aux bonnes moeurs et l'immoralité de la transmission d'argent elle-même²⁰⁵. Mais la jurisprudence n'observe pas cette distinction. Elle a refusé la restitution des prêts de jeu immoraux²⁰⁶ et ceux qui ont pour contre-prestation un mariage blanc²⁰⁷, mais elle l'a consentie à l'égard des prêts relatifs aux affaires du marché noir et à l'achat ou à la location d'une maison de tolérance²⁰⁸.

Le moment déterminant pour l'application de la deuxième phrase est seul le moment de la prestation. Ainsi, elle n'est pas applicable à un acompte sur un contrat d'achat pas encore convenu qui sera peut-être contraire à une prohibition légale ou aux bonnes moeurs²⁰⁹.

L'exécutant doit avoir porté atteinte à la prohibition légale ou aux bonnes moeurs volontairement. Selon la jurisprudence de la *Cour fédérale de justice*, généralement la connaissance et la volonté y sont nécessaires²¹⁰. Pourtant, il peut suffire qu'à l'égard de l'appréciation de son action l'exécutant a fermé ses yeux à la légèreté²¹¹.

Une dernière limite de l'application du § 817, 2^e phrase, est établie encore une fois par le **principe de toute bonne foi** du § 242 BGB qui domine l'ensemble des opérations juridiques. Un transfert de biens ne peut pas être sanctionné comme définitif lorsqu'il doit être regardé comme injuste. Un état qui n'est pas toléré par l'ordre juridique ne doit pas être légalisé par un refus d'un droit à restitution²¹².

La jurisprudence a appliqué le principe de toute bonne foi dans le cas d'un achat d'une maison de tolérance où une hypothèque était convenue pour assurer la part du prix d'achat pas encore payée²¹³. L'hypothèque était jugé nulle parce que la créance était contraire aux bonnes moeurs et donc nulle. Si le § 817, 2^e phrase, était appliqué, le vendeur ne pourrait demander ni le paiement ni la restitution du fonds.

²⁰⁴ *M. Lieb*, § 817, n^{os} 20 s., in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Verlag C. H. Beck, 2^e éd., 1986.

²⁰⁵ préc., n^o 21.

²⁰⁶ *BGH*, 17 mars 1978, LM, § 762 BGB, n^o 1.

²⁰⁷ *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Cour d'appel de Düsseldorf, OLG Düsseldorf), 16 février 1983, FamRZ, 1983, p. 1023.

²⁰⁸ *O. Mühl*, op. cit., n^{os} 38 et 43; cf. *H. Thomas*, op. cit., n^o 17.

²⁰⁹ *H. Thomas*, op. cit., n^o 18.

²¹⁰ *BGH*, 29 avril 1968, BGHZ, t. 50, p. 90; *BGH*, 8 novembre 1979, BGHZ, t. 75, p. 299.

²¹¹ *BGH*, 12 janvier 1984, NJW, 1984, p. 2150.

²¹² *H. Thomas*, op. cit., n^o 20.

²¹³ *Reichsgericht* (Tribunal du Reich, prédécesseur de la Cour fédérale de justice, RG), 8 octobre 1909, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Décisions du Tribunal du Reich en matière civile, RGZ), t. 71, p. 432.

La jurisprudence a admis l'exception du dol parce qu'il serait contraire aux bonnes moeurs si l'acheteur demandait la libération de l'obligation contractuelle mais voulait néanmoins garder le fonds acheté en vue d'exploiter la maison de tolérance²¹⁴.

²¹⁴ *H. Thomas*, op. cit., n° 24; cf. *O. Mühl*, op. cit., n° 43.

Bibliographie

Sources françaises

- Alain Bénabent*: Droit civil, Les obligations, Montchrestien, 3^e édition, 1991.
- Jean Carbonnier*: Droit civil, tome 4: Les obligations, Presses Universitaires de France, 16^e édition, 1992.
- Patrick Chauvel*: Le vice du consentement, IIe partie, titre I, sous-titre I, chap. I, sect. I: Erreur et cause dans les conventions opérant un échange économique, thèse Paris II, 1981.
- Gérard Farjat et Gilles J. Martin*: Contrats et obligations, Objet du contrat, in: Juris-Classeur Civil, volume: Art. 1025 à 1135, Editions techniques, Art. 1126 à 1130, Fasc. 1, 1985 (11).
- Maurice Gégout*: Ordre public et bonnes moeurs, in: Juris-Classeur Civil, volume: Art. 1^{er} à 6, Editions techniques, Art. 6, Fasc. 1, 1979 (5).
- Raymond Guillien et Jean Vincent*: Lexique de termes juridiques, Editions Dalloz, 9^e édition, 1993.
- Jean Hauser et Jean-Jacques Lemouland*: Ordre public et bonnes moeurs, in: Répertoire de Droit Civil, tome 6: MET – PRE, Editions Dalloz, 1993.
- Philippe Malaurie*: L'ordre public et le contrat, Les contrats contraires à l'ordre public (Étude de droit civil comparé: France, Angleterre, U.R.S.S.), thèse Paris 1951, Editions Matot-Braine, 1953.
- Philippe Malaurie et Laurent Aynès*: Cours de droit civil, tome 6: Les obligations, Editions Cujas, 5^e édition, 1994.
- Joanna Schmidt-Szalewski*: Les conséquences de l'annulation d'un contrat, Juris-Classeur périodique, édition générale, 1989.I.3397 = La Semaine Juridique, édition générale, 1989, n° 25.
- Alain Sériaux*: Droit civil, Droit des obligations, Presses Universitaires de France, 1992.
- Philippe Simler*: Contrats et obligations, Cause, in: Juris-Classeur Civil, volume: Art. 1025 à 1135, Editions techniques, Art. 1131 à 1133, 1985 (2).
- Philippe le Tourneau*: Contrats et obligations, Règle «nemo auditur... », in: Juris-Classeur Civil, volume: Art. 1025 à 1135, Editions techniques, App. Art. 1131 à 1133, 1989 (8).

Sources allemandes

- Hermann Dilcher*: § 134, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Répertoire de M. von Staudinger du code civil allemand), tome: Erstes Buch, Allgemeiner Teil (Premier livre, Partie générale), §§ 90 – 240, Dr. Arthur L. Sellier & Co. und Walter de Gruyter & Co., 12^e édition, 1980.

- Hermann Dilcher*: § 138, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Répertoire de M. von Staudinger du code civil allemand), tome: Erstes Buch, Allgemeiner Teil (Premier livre, Partie générale), §§ 90 – 240, Dr. Arthur L. Sellier & Co. und Walter de Gruyter & Co., 12^e édition, 1980.
- Wolfgang Fikentscher*: Schuldrecht (Droit des obligations), Walter de Gruyter, 8^e édition, 1992.
- Wolfgang Hefermehl*: § 134, in: Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Répertoire du code civil allemand, fondé par M. Soergel), tome 1: Allgemeiner Teil (§§ 1 – 240) und Haustürwiderrufsgesetz (Partie générale et Loi concernant la résiliation des contrats en matière de vente à domicile), Verlag W. Kohlhammer, 12^e édition, 1988.
- Wolfgang Hefermehl*: § 138, in: Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Répertoire du code civil allemand, fondé par M. Soergel), tome 1: Allgemeiner Teil (§§ 1 – 240) und Haustürwiderrufsgesetz (Partie générale et Loi concernant la résiliation des contrats en matière de vente à domicile), Verlag W. Kohlhammer, 12^e édition, 1988.
- Helmut Heinrichs*: § 138, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Verlag C. H. Beck, 52^e édition, 1993.
- Manfred Lieb*: § 817, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Répertoire Munichois du code civil allemand), tome 3: Schuldrecht, Besonderer Teil, 2. Halbband (Droit des obligations, Partie particulière, 2^e moitié), §§ 652 – 853, Verlag C. H. Beck, 2^e édition, 1986.
- Theo Mayer-Maly*: § 134, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Répertoire Munichois du code civil allemand), tome 1: Allgemeiner Teil (§§ 1 – 240) und AGB-Gesetz (Partie générale et loi concernant les modèles de conventions), Verlag C. H. Beck, 3^e édition, 1993.
- Theo Mayer-Maly*: § 138, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Répertoire Munichois du code civil allemand), tome 1: Allgemeiner Teil (§§ 1 – 240) und AGB-Gesetz (Partie générale et loi concernant les modèles de conventions), Verlag C. H. Beck, 3^e édition, 1993.
- Otto Mühl*: § 817, in: Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Répertoire du code civil allemand, fondé par M. Soergel), tome 4: Schuldrecht III (Droit des obligations III), §§ 705 – 853, Verlag W. Kohlhammer, 11^e édition, 1985.
- Klaus Müller*: Schuldrecht, Besonderer Teil (Droit des obligations, Partie particulière), C. F. Müller Juristischer Verlag, 1990.
- Peter Schlechtriem*: Schuldrecht, Allgemeiner Teil (Droit des obligations, Partie générale), J. C. B. Mohr, 1992.
- Konstantin Simitis*: Gute Sitten und ordre public, Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB (Bonnes moeurs et ordre public, Un rapport critique sur l'application du § 138 al. 1 BGB), thèse Marburg, 1960.
- Heinz Thomas*: § 817, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Verlag C. H. Beck, 52^e édition, 1993.

Abréviations allemandes

BAG	Bundesarbeitsgericht (Tribunal fédéral des prud'hommes)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)
BGH	Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Décisions de la Cour fédérale de justice en matière civile; recueil)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal constitutionnel de la République fédérale)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Décisions du Tribunal constitutionnel de la République fédérale; recueil)
DB	Der Betrieb (L'entreprise; magazine)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Magazine pour l'ensemble du droit de la famille)
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs (Ouvrage de référence de la Cour fédérale de justice; recueil)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Nouvel hebdomadaire juridique; magazine)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport (Rapport de la jurisprudence du NJW; magazine)
OLG	Oberlandesgericht (Cour d'appel)
RG	Reichsgericht (Tribunal du Reich; prédécesseur de la Cour fédérale de justice)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Décisions du Tribunal du Reich en matière civile; recueil)
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Magazine pour le droit de l'économie et des banques)

Lois allemandes

Bürgerliches Gesetzbuch

§ 134. Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

§ 138. (1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

(2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, die in einem auffälligen Mißverhältnis zu der Leistung stehen.

§ 242. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

§ 780. Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung in der Weise versprochen wird, daß das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll (Schuldversprechen), ist, soweit nicht eine andere Form vorgeschrieben ist, schriftliche Erteilung des Versprechens erforderlich.

§ 781. Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den das Bestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird (Schuldanerkenntnis), ist

Code civil allemand

§ 134. Un acte juridique qui se heurte à une prohibition légale est nul, à moins que le contraire ne résulte de la loi.

§ 138. (1) Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul.

(2) Est notamment nul tout acte juridique par lequel une personne – en exploitant le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui – se fait promettre ou accorder, soit à elle-même, soit à une autre personne, en contrepartie d'une prestation, des avantages patrimoniaux qui excèdent la valeur de cette prestation à un point tel que – compte tenu des circonstances – ces avantages patrimoniaux sont disproportionnés avec la prestation d'une manière choquante.

§ 242. Le débiteur a l'obligation de fournir la prestation comme l'exige la bonne foi compte tenu des usages.

§ 780. La validité d'un contrat par lequel est promise une prestation de telle manière que cette promesse doive fonder par elle-même l'obligation (promesse de dette) nécessite que la promesse soit donnée par écrit, pour autant qu'une autre forme n'est pas prescrite.

§ 781. La validité d'un contrat par lequel est reconnue l'existence d'un rapport d'obligation (reconnaissance de dette) nécessite que la

schriftliche Erteilung der Anerkennungserklärung erforderlich. Ist für die Begründung des Schuldverhältnisses, dessen Bestehen anerkannt wird, eine andere Form vorgeschrieben, so bedarf der Anerkennungsvertrag dieser Form.

§ 812. (1) Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt.

(2) Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses.

§ 814. Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach.

§ 817. War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden.

§ 818. (1) Die Verpflichtung zur Herausgabe erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen sowie auf dasjenige, was der Empfänger auf

reconnaissance soit déclarée par écrit. Si une autre forme est prescrite pour fonder le rapport d'obligation dont l'existence est reconnue, le contrat de reconnaissance requiert cette même forme.

§ 812. (1) Quiconque, du fait de la prestation d'autrui ou de toute autre manière, aux dépens de ce dernier, fait une acquisition sans cause juridique, est tenu à son égard à restitution. Cette obligation existe même si la cause juridique vient à disparaître ultérieurement ou si le résultat, visé par une prestation, tel qu'il ressort du contenu de l'acte juridique, n'est pas obtenu.

(2) Est aussi considérée comme prestation la reconnaissance contractuelle de l'existence ou de la non-existence d'un rapport d'obligation.

§ 814. Ce qui était fourni en vue de l'exécution d'une obligation ne peut être réclamé en restitution lorsque le prestataire a su qu'il n'était pas obligé à la prestation ou lorsque cette prestation répondait à une obligation morale ou à un motif de convenances.

§ 817. Si le but d'une prestation a été précisé de telle manière que son bénéficiaire, en l'acceptant, ait contrevenu soit à une interdiction légale, soit aux bonnes moeurs, ce bénéficiaire est tenu à restitution. La restitution est exclue lorsque une telle contravention incombe de la même façon à l'exécutant, à moins que la prestation n'ait consisté à contracter une obligation; ce qui était fourni dans l'exécution d'une pareille obligation ne peut être réclamé en restitution.

§ 818. (1) L'obligation de restituer s'étend aux profits et avantages perçus de même qu'à tout ce que le bénéficiaire acquiert en vertu

Grund eines erlangten Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt.

(2) Ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder ist der Empfänger aus einem anderen Grunde zur Herausgabe außerstande, so hat er den Wert zu ersetzen.

(3) Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatze des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist.

(4) Von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an haftet der Empfänger nach den allgemeinen Vorschriften.

§ 826. Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

§ 985. Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen.

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche

Art. 6. Öffentliche Ordnung (ordre public). Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist.

d'un droit acquis ou à titre d'indemnité pour la destruction, la détérioration ou la soustraction de l'objet acquis.

(2) Si la restitution est impossible à raison de la nature de ce qui a été acquis ou si le bénéficiaire n'est pas à même de restituer pour toute autre cause, il est tenu de rembourser la valeur.

(3) L'obligation de restituer ou de rembourser la valeur est exclue dans la mesure où le bénéficiaire n'est plus enrichi.

(4) A partir de la survenance de la litispendance le bénéficiaire engage sa responsabilité conformément au droit commun.

§ 826. Celui qui agissant intentionnellement et contrairement aux bonnes moeurs cause un préjudice à autrui, est obligé envers celui-ci à la réparation du dommage.

§ 985. Le propriétaire peut réclamer au possesseur la restitution de la chose.

Loi d'introduction du code civil allemand

Art. 6. Ordre public. Une norme juridique d'un autre Etat n'est pas applicable si son application aboutit à un résultat qui est évidemment inconciliable avec des principes essentiels du droit allemand. Notamment elle n'est pas applicable si l'application est inconciliable avec les droits fondamentaux.

Zivilprozeßordnung

§ 328. (1) Die Anerkennung des Urteils eines ausländischen Gerichts ist ausgeschlossen:

1. wenn die Gerichte des Staates, dem das ausländische Gericht angehört, nach den deutschen Gesetzen nicht zuständig sind;
2. wenn dem Beklagten, der sich auf das Verfahren nicht eingelassen hat und sich hierauf beruft, das verfahrenseinleitende Schriftstück nicht ordnungsmäßig oder nicht so rechtzeitig zugestellt worden ist, daß er sich verteidigen konnte;
3. wenn das Urteil mit einem hier erlassenen oder einem anzuerkennenden früheren ausländischen Urteil oder wenn das ihm zugrunde liegende Verfahren mit einem früher hier rechtshängig gewordenen Verfahren unvereinbar ist;
4. wenn die Anerkennung des Urteils zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, insbesondere wenn die Anerkennung mit den Grundrechten unvereinbar ist;
5. wenn die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist.

(2) Die Vorschrift der Nummer 5 steht der Anerkennung des Urteils nicht entgegen, wenn das Urteil einen nichtvermögensrechtlichen Anspruch betrifft und nach den deutschen Gesetzen ein Gerichtsstand im Inland nicht begründet war oder wenn es sich um eine Kindschaftssache (§ 640) handelt.

§ 1041. (1) Die Aufhebung des Schiedsspruchs kann beantragt werden:

1. wenn dem Schiedsspruch ein gültiger Schiedsvertrag nicht zugrunde liegt oder der Schiedsspruch sonst auf einem unzulässigen Verfahren beruht;

Code de procédure civile

§ 328. (1) La reconnaissance d'un arrêt d'un tribunal étranger est exclue:

1. si les tribunaux de l'Etat auquel appartient le tribunal étranger ne sont pas compétents selon les lois allemandes;
2. si le document qui a ouvert la procédure n'a pas été notifié régulièrement au défendeur – qui n'avait pas consenti à la procédure et s'y réfère – ou pas à temps de sorte qu'il ne pouvait pas se défendre;
3. si l'arrêt est inconciliable avec un jugement prononcé ici ou avec un jugement étranger antérieur à reconnaître, ou si la procédure qui en est la base est inconciliable avec une procédure devenue litigieuse ici antérieurement;
4. si la reconnaissance de l'arrêt aboutit à un résultat qui est évidemment inconciliable avec des principes essentiels du droit allemand, notamment si la reconnaissance est inconciliable avec les droits fondamentaux;
5. si la réciprocité n'est pas garantie.

(2) La règle du numéro 5 ne fait pas obstacle à la reconnaissance de l'arrêt si l'arrêt concerne un droit non patrimonial et si la compétence d'un tribunal allemand n'était pas statuée par les lois allemandes ou s'il s'agit d'une affaire concernant la filiation ou la garde des enfants (§ 640).

§ 1041. (1) L'annulation d'une sentence arbitrale peut être demandée:

1. si la sentence arbitrale n'est pas fondée sur un contrat d'arbitrage valable ou si la sentence arbitrale base sur une autre procédure non admis;

- | | |
|---|--|
| <p>2. wenn die Anerkennung des Schiedsspruchs zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, insbesondere wenn die Anerkennung mit den Grundrechten unvereinbar ist;</p> <p>3. wenn die Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat;</p> <p>4. wenn der Partei in dem Verfahren das rechtliche Gehör nicht gewährt war;</p> <p>5. wenn der Schiedsspruch nicht mit Gründen versehen ist;</p> <p>6. wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen in den Fällen der Nummern 1 bis 6 des § 580 die Restitutionsklage stattfindet.</p> | <p>2. si la reconnaissance de la sentence arbitrale aboutit à un résultat qui est évidemment inconciliable avec des principes essentiels du droit allemand, notamment si la reconnaissance est inconciliable avec les droits fondamentaux;</p> <p>3. si la partie n'était pas représentée à la procédure selon les exigences des lois, à moins qu'elle n'avait consenti expressément ou tacitement au déroulement du procès;</p> <p>4. si la partie n'était pas entendu lors la procédure;</p> <p>5. si la sentence arbitrale n'est pas munie d'une motivation;</p> <p>6. si les conditions sont réunies auxquelles la demande de restitution a lieu selon les cas des numéros 1 à 6 du § 580.</p> |
|---|--|

(2) Die Aufhebung des Schiedsspruchs findet aus dem unter Nummer 5 erwähnten Grunde nicht statt, wenn die Parteien ein anderes vereinbart haben.

(2) L'annulation de la sentence arbitrale n'a pas lieu pour des raisons mentionnées au numéro 5 si les parties sont convenues autrement.