

(i) la phase précontractuelle (Cass. 30 janvier 2015).

223. Par des arrêts du 29 avril 2011 3/³¹⁵ et du 6 janvier 2012 3/³¹⁶ la Cour considéra que la méconnaissance d'une règle d'ordre public dans la phase précontractuelle entraîne la nullité de la convention.

Sans qu'elle se réfère à ces deux décisions ou qu'elle explique son revirement, la Cour décida le contraire dans un arrêt du 30 janvier 2015 : "Sauf dispositions légales contraires, l'infraction à une règle d'ordre public commise lors de la naissance de la convention n'entraîne, en principe, la nullité de la convention que lorsqu'il résulte de cette infraction que l'objet de la convention est illicite".3/³¹⁷

Les règles d'ordre public, dont la méconnaissance précontractuelle était établie dans cette affaire, avaient pour objet l'identification du cocontractant, imposée dans la lutte contre le blanchiment d'argent, ainsi que l'organisation de la représentation au sein d'une société commerciale.

Au motif que les juges d'appel n'avaient pas constaté que la méconnaissance de l'ordre public avait entraîné l'illicéité de l'objet de la convention, la Cour a cassé leur décision, sauvant ainsi une convention qui déroge à des lois qui intéressent l'ordre public.

Quand le législateur impose des obligations précontractuelles, il a manifestement l'intention d'intervenir par des ordres ou des interdictions dans le phénomène contractuel. Il entend réglementer le déroulement des pourparlers, mais aussi peser sur la conclusion et le contenu de la convention. Il donne non seulement aux parties l'ordre de respecter ces obligations précontractuelles, mais interdit aussi la conclusion de conventions, qui ne respectent pas ces ordres et/ou interdictions, méconnus par hypothèse lors de la phase précontractuelle.

L'obligation précontractuelle est d'ordre public quand le législateur n'a prévu aucune possibilité de dérogation. Il est également possible que les obligations précontractuelles résultent de lois qui intéressent l'ordre public.^{3/³¹⁸} Dans ces cas, le consentement des parties, irrespectueux de l'obligation précontractuelle, heurte l'ordre public. Leurs motifs seront en outre illicites si elles sont conscientes de l'existence d'obligations précontractuelles et de leur méconnaissance par la conclusion de la convention. Elles méconnaissent

3/³¹⁵ Cass. 29 avril 2011, C.10.0183.N.

3/³¹⁶ Cass. 6 janvier 2012, C.10.0182.F.

3/³¹⁷ Cass. 30 janvier 2015, C.14.0285.N.

3/³¹⁸ Les obligations précontractuelles qui s'inscrivent dans la lutte contre le blanchement d'argent touchent manifestement aux intérêts essentiels de l'Etat et de la collectivité et fixent également, en droit privé, les bases juridiques de l'ordre économique et moral de la société.

également les limites de leur capacité contractuelle, définis par le législateur, par la conclusion de la convention illicite.

La Cour ne se trompe dès lors pas un peu quand elle décide que “l’infraction à une règle d’ordre public commise lors de la naissance de la convention n’entraîne, en principe, la nullité de la convention que lorsqu’il résulte de cette infraction que l’objet de la convention est illicite”.

Elle refuse ainsi d’envisager la possibilité que “l’infraction” vicie le consentement et/ou la capacité des parties ou, encore, leurs motifs. Elle passe aussi sous silence que “l’infraction” conduit à une convention qui déroge à des lois qui intéressent l’ordre public. Tant de maladresses pour “sauver” l’exécution d’une convention illicite, est-ce “raisonnable” ? 3/319

(ii) la capacité de contracter (Cass. 9 septembre 2016)

224. Par un arrêt du 12 avril 1986 3/320, la Cour décida que la responsabilité décennale des architectes et des entrepreneurs relève de l’ordre public. Elle souligna qu’elle ne protège pas uniquement le maître de l’ouvrage, mais aussi la sécurité publique.

La loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d’architecte poursuit le même objectif d’ordre public.

Il résulte des articles 2 et 45 de cette loi que seule une personne physique (à l’exclusion d’une personne morale) peut assumer les obligations que la loi impose à l’architecte.

Dans un arrêt du 9 septembre 2016 la Cour considère pourtant : “le seul fait qu’une personne morale ne pouvait exécuter les obligations auxquelles elle s’était engagée dès lors que les obligations qu’elle avait contractées ne pouvaient, en vertu d’une règle d’ordre public, être exécutées que par une personne physique, ne la dispense pas de son obligation de réparer le dommage résultant de la mauvaise exécution de cette convention”. 3/321

Elle cassa l’arrêt entrepris au motif que les juges d’appel avaient méconnu l’article 1134, al. 1^{er} du Code civil 3/322 en constatant “qu’à l’époque du contrat litigieux du 27 avril 2004, seule la personne physique, L.W. pouvait agir en tant qu’architecte et que la défenderesse, société d’architecte, n’avait agi qu’en tant que structure administrative qui de manière évidente ne pouvait elle-même commettre de faute dans l’exercice de prestations purement architecturales”.

3/319 Dans le sens que donne la Cour constitutionnelle à l’intervention “raisonnable” d’une autorité publique (voy. supra nos 86-102).

3/320 Cass. 12 avril 1986, Pas. 1986, I, 983.

3/321 Cass. 9 septembre 2016, C.14.0347.N.

3/322 Qui consacre la force obligatoire de la convention, également appelée le principe “convention-loi”.

225. Il résulte des considérations de la Cour de cassation, d'une part, que la convention litigieuse dérogeait à une loi qui intéresse l'ordre public, ce qui devait entraîner sa neutralisation 3/³²³ et, d'autre part, que cette loi imposait à la partie "architecte" des obligations dont l'exécution lui était interdite, de sorte que ces obligations/cette convention avaient, en l'espèce, un objet illicite, justifiant leur annulation.3/³²⁴

En appel, il fut décidé que le maître de l'ouvrage ne pouvait pas se prévaloir de la convention d'architecte qu'il avait conclu avec une personne morale, et, de cette façon, obtenir la réparation par la personne morale d'un dommage causé par l'exécution fautive de la mission d'architecte.

Aux yeux de la Cour, cette décision est illégale.

Sans cligner des yeux, elle met la volonté du législateur au repos 3/³²⁵ : elle décide qu'une convention d'architecte, conclue par une personne morale et dès lors contraire à l'ordre public, ne dispense pas cette personne morale de l'exécution de cette convention illicite par la réparation du dommage causé. Elle casse la décision entreprise.

(iii) les finances publiques (Cass. 13 novembre 2017)

226. Comme le droit fiscal, les lois sur la comptabilité de l'Etat protègent les finances publiques. Ils sont d'ordre public et intéressent l'ordre public.

Dans un arrêt du 13 novembre 2017 3/³²⁶, la Cour n'a toutefois pas hésité à approuver l'exécution d'une convention conclue en méconnaissance manifeste de l'article 12 alinéa 3 des lois sur la comptabilité de l'Etat, qu'elle déclare d'ordre public.

Rappelons brièvement les faits : des pouvoirs publics s'étaient engagés contractuellement à l'octroi de subsides à une entreprise privée sans qu'ils fassent l'objet d'une disposition spéciale dans le budget général de l'Etat. N'obtenant pas leur paiement, l'entreprise a assigné en exécution de la convention.

Malgré l'absence d'une disposition spéciale dans le budget général de l'Etat, les juges d'appel ont condamné l'autorité publique à l'exécution de la convention. Ils ont considéré qu'elle aurait pu régulariser la situation, ce qui aurait permis le décaissement des subsides.

3/³²³ Voy supra nos 192 et 212-213.

3/³²⁴ Voy Cass. 30 janvier 2015, C.14.0285.N (supra n°223).

3/³²⁵ Les articles 2 et 45 de la loi du 20 février 1939, l'article 2 (anciennement 6) du Code civil.

3/³²⁶ Cass. 13 novembre 2017, C.16.0320/0321.F, déjà commenté ci-avant sous le n° 210.

Ils observaient, en passant, que les pouvoirs publics ne soutenaient pas que l'octroi des subsides était illégal à défaut de base légale.^{3/327}

L'autorité publique a introduit un pourvoi en cassation invoquant notamment la méconnaissance de l'article 6 (actuellement 2) du Code civil. Elle contestait, pour la première fois, la légalité de l'octroi des subsides ^{3/328} et visait, conformément à la jurisprudence de la Cour ^{3/329}, la nullité de la convention.

Sans succès, puisque la Cour a rejeté le moyen dans les termes suivants :

“ L'article 12 alinéa 3 des lois sur la comptabilité de l'Etat, coordonnées le 17 juillet 1991, applicable en l'espèce, dispose qu'en l'absence d'une loi organique, tout subside doit faire l'objet dans le budget général d'une disposition spéciale qui en précise la nature.

L'obligation que cette disposition d'ordre public établit, s'impose à la seule autorité subsidiaire qui ne peut se dispenser de l'observer ni s'en affranchir d'aucune manière, notamment par voie contractuelle. Elle est toutefois sans effet sur le respect, par la même autorité, de ses engagements contractuels.

En distinguant exactement le champ d'application des dispositions légales concernées, l'arrêt justifie légalement sa décision que (l'autorité subsidiaire) doit payer les subventions dues en vertu de la convention d'octroi et de ses avenants“.

227. A sa manière inimitable, la Cour parvient à noyer le poisson.

Elle souligne que l'article 12 alinéa 3 des lois sur la comptabilité de l'Etat est une disposition d'ordre public qui s'impose à l'autorité subsidiaire. Puis elle ajoute que cette disposition est sans effet sur le respect, par la même autorité, de ses engagements contractuels... et le tour serait joué.

Elle évite ainsi de répondre au moyen de cassation qui ne cherchait pas à savoir qui est tenu au respect de l'article 12 alinéa 3 ou si cette disposition a un effet sur le respect par l'autorité subsidiaire de ses engagements contractuels (valables, par l'hypothèse).

Le moyen interrogeait la Cour sur la validité d'une convention conclue en méconnaissance d'une obligation d'ordre public, qui s'imposait à une partie à la convention.

La Cour connaissait bien entendu la réponse : elle savait que cette convention dérogeait à une loi qui intéresse l'ordre public ; elle savait également qu'au moment de sa conclusion, le consentement et la capacité de l'autorité

^{3/327} Les lois sur la comptabilité de l'Etat étant d'ordre public ; il appartenait toutefois aux juges d'appel de soulever d'office ce moyen, dans le respect des droits de la défense (voy supra n°200).

^{3/328} Ce qui est admis par la Cour : un moyen de cassation pris de la méconnaissance d'une disposition d'ordre public peut être invoqué pour la première fois en cassation.

^{3/329} Voy supra nos 210-211 ; la nullité n'est pas la sanction appropriée de l'article 2 (anciennement 6) du Code civil.

subsidiante étaient viciés, ainsi que l'objet et la cause de ses engagements, car contraires à l'ordre public.^{3/330}

Il est possible que la Cour, comme les juges d'appel, a voulu faire la leçon ou montrer sa désapprobation, confrontée à une l'autorité subsidiante indélicate.^{3/331}

Des considérations factuelles ^{3/332} ne justifient toutefois pas l'écartement ou la réécriture d'une loi, dont le respect détermine la licéité d'une obligation ou d'une convention et qui sanctionne leur illicéité.

Si le pouvoir judiciaire doit se sentir libre de fustiger le comportement des pouvoirs publics dans l'application des lois aux faits dont il est saisi, il n'a pas le pouvoir politique de modifier ces lois et/ou leur champ d'application.

S'il estime qu'une loi donne lieu à une ingérence, dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté, dont le caractère raisonnable lui semble douteux ^{3/333}, le pouvoir judiciaire ne peut que saisir la Cour constitutionnelle par une question préjudicielle. Il n'a pas le droit de se faire justice en écartant ou en modifiant d'office la loi d'ordre public.

En l'espèce, le législateur avait (et a) clairement manifesté sa volonté.

L'article 12 alinéa 3 des lois sur la comptabilité de l'Etat, qui est d'ordre public, prescrit que l'octroi d'un subside, qu'il résulte d'une convention ou d'une autre source, est interdit s'il ne fait pas l'objet d'une disposition spéciale dans le budget général. Sans disposition spéciale dans le budget général, l'octroi et le "subside" sont illicites. Leur illicéité contamine les actes juridiques qui organisent l'octroi et/ou qui ont le subside illicite pour objet.

Par d'autres lois le législateur a déterminé le sort qu'il réserve aux obligations et/ou conventions illicites. Il a imposé la neutralisation des conventions illicites (article 2 Code civil) et l'annulation d'obligations qui ont un objet ou une cause illicite (article 1108, 1131 et 1133 Code civil).

228. Il est évidemment trop tard : la Cour de cassation s'est transformée en législateur. Elle a décidé à plusieurs reprises ^{3/334} que le pouvoir judiciaire doit

^{3/330} Elle savait également que l'autorité subsidiante pouvait se prévaloir de ces vices et obtenir l'annulation (absolue) de la convention (W. VAN GERVEN et VAN OEVELEN, op.cit., 145 ; P. VAN OMMESLAGHE, op.cit., I, 381-383, n° 231 ; P. WERY, op.cit., I, 309 , n° 316).

^{3/331} Comme elle a eu pitié du maître de l'ouvrage dans l'affaire qui donna lieu à l'arrêt de 9 septembre 2016 (voy supra n°224).

^{3/332} Par ailleurs, en principe, étrangères à un recours en cassation.

^{3/333} Voy supra nos 87-102.

^{3/334} Préparé par sa propre jurisprudence (voy supra nos 188-191 et 217-219).

admettre que l'illicéité d'une convention reste sans effet sur la force obligatoire des engagements contractuels illicites qui en résultent.^{3/335}

Au lieu de neutraliser ou d'annuler la convention illicite, comme le souhaite le législateur, la Cour édicte qu'il échet de neutraliser ou de modifier l'application des lois d'ordre public.

Il est inédit qu'après deux siècles de jurisprudence dans un sens différent ^{3/336}, les Cours et Tribunaux doivent maintenant prêter main forte à des personnes qui ont l'audace d'exiger en justice l'exécution d'obligations illicites, afin de maintenir une situation illicite ou d'obtenir des avantages illicites.

L'arrêt de 13 novembre 2017 et ses antécédents ont des conséquences inquiétantes. En décidant que l'autorité subsidiaire doit exécuter la convention illicite, le pouvoir judiciaire oblige la collectivité au financement d'un subside pluriannuel sans fondement légal. Il confirme en outre la situation indélicatement ^{3/337} qui entourait l'octroi illicite du subside.

Pour les mal intentionnés, l'arrêt du 13 novembre 2017 est manifestement une aubaine et une invitation à poursuivre, sinon à intensifier les illicéités et les vicissitudes : avec un peu de chance, ils peuvent compter sur le pouvoir judiciaire, qui protège l'exécution de leurs conventions illicites.

S'il était resté dans son rôle ^{3/338}, le pouvoir judiciaire aurait neutralisé ou annulé la convention illicite et l'octroi d'un subside pluriannuel qui ne faisait pas l'objet d'une disposition spéciale dans le budget général.

Cette sanction n'aurait pas nécessairement mis fin au débat entre le "bénéficiaire" et l'autorité subsidiaire. Certes, elle aurait fait obstacle au paiement des subsides, mais le bénéficiaire aurait pu poursuivre l'autorité subsidiaire en réparation du dommage causé par son comportement fautif.

Peeraer estime que l'action en responsabilité (extracontractuelle) n'aurait pas réparé le préjudice de la "perte des subsides".^{3/339} Il approuve le maintien de la force obligatoire du contrat (illicite) au motif qu'il "évite le détour" par une action en responsabilité extracontractuelle qui, de toute façon, ne réparerait pas l'intégralité du dommage.

^{3/335} On ne comprendrait pas pour quelles raisons cette "nouvelle" règle ne s'appliquerait qu'à une autorité subsidiaire.

^{3/336} Qui appliquaient le Code civil et la volonté du législateur.

^{3/337} L'octroi prévoyait, en l'espèce, que la convention serait revue par l'autorité subsidiaire en cas de "modification importante du statut du président de l'entreprise bénéficiaire", ce qui fait penser que le subside ne servait pas les intérêts de la collectivité, mais du président de l'entreprise (à lire dans l'arrêt du 13 novembre 2017).

^{3/338} Qui résulte de la Constitution, confirmée par l'article 6 du Code judiciaire.

^{3/339} F. Peeraer, loc.cit., TPR 2019, 681-685.

Il perd de vue qu'en l'absence d'une disposition spéciale dans le budget général, il ne pouvait pas y avoir de bénéficiaire d'un subside pluriannuel, mais seulement deux parties qui s'étaient engagées par une convention illicite.

La neutralisation ou l'annulation aurait fait disparaître les effets juridiques de la convention illicite, en ce compris son effet obligatoire. 3/³⁴⁰ Le "bénéficiaire" n'ayant jamais disposé d'un droit valable à des subsides pluriannuels, le recours extracontractuel n'était pas un détournement, mais la seule voie pour l'entreprise, victime – par hypothèse – d'agissements fautifs de l'autorité subsidiaire.

Les frais engagés dans la négociation de la convention illicite pouvaient constituer, pour elle, un dommage réparable.

Le montant des subsides 3/³⁴¹ aurait, par contre, constitué une autre paire de manches. L'entreprise aurait dû établir qu'elle aurait obtenu avec certitude le subside pluriannuel en l'absence des agissements fautifs de l'autorité subsidiaire 3/³⁴², ce qui requiert un examen approfondi en fait.

Dans ce cadre, l'éventualité d'une responsabilité (partagée) de l'entreprise serait par ailleurs venue sur le tapis. Il résultait en effet de la convention (illicite) que l'octroi du subside présentait un lien avec la position et le maintien du "président" de l'entreprise. Il ne peut dès lors pas être exclu que l'entreprise, par le biais de son président, était au courant de l'illicéité de la convention.3/³⁴³

IV. les malheurs d'un couvent (Cass. 8 mars 2018)

229. Autorisés par un premier permis de construction, les travaux de construction d'un couvent avaient été entamés.

Le permis de construction ayant été annulé par le Conseil d'Etat, le chantier se trouvait ensuite à l'arrêt.

Après l'obtention d'un deuxième permis, les travaux reprirent. A nouveau attaqué, le deuxième permis fut à son tour annulé par le Conseil d'Etat. Le chantier était une fois de plus à l'arrêt.

Pendant le déroulement de la deuxième procédure administrative, la construction (inachevée) s'écroula sur une centaine de mètres.

Le maître de l'ouvrage assigna l'architecte et l'entrepreneur en réparation du dommage, causé par l'effondrement (dégâts matériels aux bâtiments, le coût des travaux d'étalement et de déblaiement, perte de jouissance...).

Les juges d'appel ont déclaré sa demande irrecevable au motif qu'il résultait de l'annulation du permis de construction que les contrats, conclus avec

3/³⁴⁰ Avec effet rétroactif.

3/³⁴¹ Que l'entreprise a empoché grâce à la procédure qui a conduit à l'arrêt du 13 novembre 2017.

3/³⁴² Ou, à tout le moins, qu'elle a perdu une chance d'obtenir les subsides.

3/³⁴³ Cette question n'a pas été abordée dans le cadre de la procédure qui s'est terminée par l'arrêt commenté.

l'architecte et l'entrepreneur, étaient contraires à l'ordre public. Ils déduisaient l'irrecevabilité de l'illicéité de l'objet des conventions.^{3/344}

Mécontent, le maître de l'ouvrage s'est adressé avec succès à la Cour de cassation. ^{3/345} Il contestait non seulement l'illicéité de son intérêt, mais aussi l'illicéité de l'objet des contrats qu'il avait signés avec l'architecte et l'entrepreneur.

La Cour rappelle que la violation d'un intérêt peut donner lieu à une action en dommages et intérêts si l'intérêt est légitime. Elle précise que celui qui poursuit le maintien d'une situation contraire à l'ordre public, ne dispose pas d'un intérêt légitime, mais que la seule circonstance que le demandeur se trouve dans une situation illicite n'exclut pas qu'il puisse invoquer la violation d'un intérêt légitime.^{3/346}

La Cour déclare ensuite qu'une convention a un objet illicite lorsqu'elle tend à faire naître ou à maintenir une situation contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives. Dans cette hypothèse, enseigne-t-elle, la convention est nulle et ne peut sortir d'effet.

Elle complète son raisonnement par la considération ^{3/347} que l'illicéité d'une convention n'exclut pas qu'en cas d'inexécution une partie demande des dommages et intérêts, pourvu que cette demande n'aboutisse pas, directement ou indirectement, à faire naître ou à maintenir une situation illicite.

Se référant aux faits tels qu'ils ressortaient des pièces auxquelles elle pouvait avoir égard, la Cour décide finalement : "Le juge d'appel, qui a considéré que, dès lors que les contrats d'architecte et d'entreprise étaient nuls pour contrariété à l'ordre public en raison de l'annulation du permis de bâtir, la demande de dommages et intérêts formée par les demanderesses (maître de l'ouvrage) était irrecevable eu égard à l'illicéité de l'objet du contrat, sans vérifier si cette demande tendait exclusivement au maintien de la situation contraire à l'ordre public, n'a pas légalement justifié sa décision".

Elle a cassé la décision attaquée.

- 230.** Avec l'arrêt du 8 mars 2018, la Cour a mis l'intérêt et l'objet illicite sur la même ligne. Ils sont illicites lorsque l'action judiciaire ou la convention (l'obligation)

^{3/344} A savoir les prestations relatives à la construction d'un couvent sans permis de construction valable.

^{3/345} Cass. 8 mars 2018, C.17.390.N.

^{3/346} Voy déjà en ce sens supra nos 217-218.

^{3/347} Reprenant ainsi – partiellement – l'arrêt du 13 novembre 2017 (voy supra nos 227-229).

tendent (exclusivement 3/³⁴⁸) à faire naître ou à maintenir une situation contraire à l'ordre public 3/³⁴⁹ ou à des dispositions légales impératives.

Pour quelles raisons la Cour a-t-elle estimé, dans cette affaire, que les juges d'appel n'avaient pas vérifié si la demande en dommages et intérêts du maître de l'ouvrage tendait (exclusivement) au maintien de la situation contraire à l'ordre public ?

Elle n'a pas mis en cause leur décision que les contrats d'architecte et d'entreprise étaient contraires à l'ordre public.3/³⁵⁰

La demande en dommages et intérêts se fondait, nécessairement, sur l'existence et l'exécution de ces deux contrats illicites.

En demandant réparation, le maître de l'ouvrage ne sollicitait pas l'annulation des contrats, mais au contraire l'exécution de ces deux contrats illicites par le paiement d'une indemnité compensatoire. Il poursuivait ainsi, et de façon indéniable, le maintien d'une situation contraire à l'ordre public, par l'exécution de deux conventions illicites, ce que les juges d'appel ont relevé à juste titre.

La Cour veut-elle faire admettre que le paiement d'une indemnité compensatoire ne constitue plus une exécution contractuelle ? Ou souhaite-t-elle que les Cours et Tribunaux recherchent dorénavant la destination que la victime entend donner à l'indemnité ?

Pourquoi la demande en dommages et intérêts ne serait-elle illicite que si elle tend "exclusivement" au maintien d'une situation contraire à l'ordre public ? Est-elle licite quand elle ne se fonde que partiellement sur une situation contraire à l'ordre public ?

Comment se justifie cette différence de traitement ?

Compte tenu des arrêts du 30 janvier 2015, du 9 septembre 2016 et du 13 novembre 2017, il semble plus réaliste de penser que la Cour attend des Cours et Tribunaux qu'ils ne s'arrêtent plus au constat que des conventions illicites existent et sont exécutées. 3/³⁵¹

Ils doivent au contraire se concentrer sur le résultat de leur exécution : conduit-elle à une situation ou à des avantages qui sont contraires à l'ordre public judiciaire ?

Que ce critère ne concorde pas avec la volonté du législateur ne fait ni chaud, ni froid à la Cour de cassation.

3/³⁴⁸ Dans l'arrêt du 8 mars 2018 l'exclusivité concerne l'objet illicite.

3/³⁴⁹ La Cour se réfère ainsi à la notion générale de l'ordre public, mais oublie les bonnes mœurs, ainsi que les lois qui intéressent l'ordre public ou qui sont d'ordre public.

3/³⁵⁰ Compte tenu de l'annulation du permis de construction.

3/³⁵¹ Contra cependant Cass. 27 septembre 2018 (C.17.0669.F) qui déclare nul un contrat (en se référant à l'article 6) sans vérifier s'il entraîne ou maintient une situation illicite.

Se servant de l'ordre public judiciaire, dont elle est l'auteur, elle a décidé de préserver la force obligatoire de la convention, même lorsqu'elle est illicite.