

THÈSE DE DOCTORAT

Soutenue à Aix-Marseille Université
le 17 novembre 2023 par

Alexandra BOUSCAVERT

L'acte juridique parfait

Essai d'une *summa divisio*

Discipline
DROIT

Spécialité
Droit privé

École doctorale
ED67

Droit et Sciences politiques

Laboratoire
Laboratoire de droit privé et sciences
criminelles (LDPSC)

Membres du jury :

•
•
• **Vincent ÉGÉA** **Directeur de thèse**
• Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

• **Rémy LIBCHABER** **Président du jury**
• Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

• **Marc NICOD** **Rapporteur**
• Professeur à l'Université de Toulouse

• **Sophie PELLET** **Rapporteur**
• Professeur à l'Université d'Amiens

• **Nicolas BALAT** **Examineur**
• Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

• **Séverine CABRILLAC** **Examineur**
• Professeur à l'Université de Montpellier

AFFIDAVIT

Je soussignée, Alexandra Bouscavert, déclare par la présente que le travail présenté dans ce manuscrit est mon propre travail, réalisé sous la direction scientifique de Vincent Égéa, dans le respect des principes d'honnêteté, d'intégrité et de responsabilité inhérents à la mission de recherche. Les travaux de recherche et la rédaction de ce manuscrit ont été réalisés dans le respect à la fois de la charte nationale de déontologie des métiers de la recherche et de la charte d'Aix-Marseille Université relative à la lutte contre le plagiat.

Ce travail n'a pas été précédemment soumis en France ou à l'étranger dans une version identique ou similaire à un organisme examinateur.

Fait à Aix-en-Provence, le 13 septembre 2023

A handwritten signature in black ink, enclosed within a hand-drawn oval. The signature is stylized and appears to be the name 'Alexandra Bouscavert'.

LISTE DES PUBLICATIONS

1) Liste des publications réalisées dans le cadre du projet de thèse :

1. « Les actions interrogatoires : bilan et perspectives d'une « innovation » de la réforme de 2016 » (*à paraître à la RRJ*)
2. « Les obligations d'information du notaire en droit de la famille », *JCP N* 2023, n° 49, 1220
3. « Célérité et effectivité de l'établissement de la filiation des enfants nés par GPA à l'étranger », comm. de l'arrêt CEDH 31 août 2023, n° 47196/21, C c/ Italie, *Dr. famille* 2023, n° 11
4. « L'échec normatif en droit privé : l'exemple du contrat créateur de norme » (*à paraître, ouvrage collectif aux éditions de l'UMR DICE - CNRS 7318*)

2) Participation aux conférences et écoles d'été au cours de la période de thèse :

1. XIV^e Journée d'études de l'UMR DICE – CNRS 7318, *Les échecs normatifs*, Vendredi 14 octobre 2022, Université de Toulon. Contribution : « L'échec normatif en droit privé : l'exemple du contrat créateur de norme »
2. Conférence des doctorants du LDPSC, 2018, *Les évolutions du droit à l'ère du numérique*, Jeudi 7 décembre 2017, Faculté de droit d'Aix-en-Provence. Contribution : « Le contrat de fourniture de contenu numérique »

RÉSUMÉ

La perfection décrit l'état d'une chose qui a atteint sa plénitude. Dès lors, un acte juridique peut être qualifié de « parfait » s'il parvient à réaliser l'opération juridique (ou *negotium*) qui constitue sa finalité. Convenablement définie, en particulier pour être distinguée de la simple formation, la perfection permet de saisir les conditions d'efficacité des actes juridiques dans leur diversité (qu'il s'agisse du contrat, de l'acte unilatéral ou encore de l'acte « complexe »). L'intérêt de la notion est de construire une *summa divisio*, entre les actes dont la formation suffit à la réalisation de leur finalité (actes *performatifs*, qui « font en même temps qu'ils sont ») et les actes pour lesquels une condition de perfection doit être remplie après leur formation (actes *prospectifs*, qui projettent la réalisation d'un résultat). Cette division des actes selon le moment où ils deviennent parfaits permet de préciser leur mode opératoire et les conséquences qui en résultent sur le plan de leur régime juridique.

L'acte performatif a la force d'un fait accompli : il est parfait dès l'instant de sa formation. Pour cette raison, l'ensemble des effets envisagés doivent être déterminés et garantis au moment de sa formation. Par ailleurs le résultat produit par l'acte est en principe irréversible, sauf pour l'auteur à avoir institué une condition extinctive permettant de le rendre caduc par suite de la disparition du contexte ayant spécialement justifié son effet primaire. Réciproquement, l'acte performatif est insusceptible de produire le moindre effet de droit avant sa formation définitive, ce qui ouvre la voie à une distinction entre l'inexistence et l'invalidité. Un acte peut ainsi être parfait mais invalide, le manquement aux conditions de validité ne l'empêchant pas de produire effet *ab initio*, mais permettant simplement de faire un examen rétrospectif de ses effets.

À l'inverse, et par exception, l'acte prospectif se trouve marqué par la temporalité et l'éventualité. Sa formation est donc dissociée de sa perfection. Dans un premier temps, l'acte a simplement force obligatoire et donne naissance à une situation juridique temporaire et intermédiaire, qui ne se confond pas avec l'opération juridique à réaliser *in fine*. Sa perfection dépend ensuite de l'adjonction d'une condition de perfection, de réalisation éventuelle, mais essentielle à son efficacité. En conséquence, l'acte se trouve face à une alternative : il peut se parfaire si la condition de perfection s'accomplit, ou devenir caduc si elle défaille. La mise en évidence de cette alternative inédite permet d'isoler un domaine cohérent de la caducité, que les textes cantonnent à une hypothèse de « disparition d'un élément essentiel » (art. 1186 c. civ.). En l'occurrence la caducité permet de purger l'ordre juridique d'un acte définitivement formé mais ayant échoué à se parfaire. Ce faisant, la mise en évidence de la catégorie des actes prospectifs permet d'éclairer le mode opératoire particulier des actes intégrés en son sein - ce qui est le cas notamment de la promesse, de l'offre, du testament ou encore du contrat de mariage, et de renouveler certaines questions afférentes à leur efficacité et à leur régime juridique.

Mots clés : acte juridique, perfection, effets de droit, efficacité, finalité, opération juridique, formation, validité, caducité, mode opératoire, performatif, prospectif.

ABSTRACT

Perfection refers to a thing which has reached its optimal state. A perfect legal act is therefore an act which has achieved its purpose, known as the *negotium* in Roman law. The relevance of this study lies in the fact that it provides a classification of private legal acts, based on the moment they reach “perfection” : some acts are “performative” because they are effective as soon as they are formed (as a reference to the speech acts identified by J.-L. Austin in *How to do things with words*), while some others are “prospective” because they do not reach their final legal purpose as soon as they are formed. As a consequence, the moment of perfection enlightens the operating method of the private legal acts.

The performative act is therefore a “fait accompli”. It comes into effect, and then secures the operation that is its object, at the precise moment in time at which it is formed. As a result of this simultaneity in time, the legal effects the act is meant to produce have to be sufficiently certain at the moment of the formation. In parallel, the legal effects are irreversible, unless parties have inserted a resolutive condition in their agreement. In this case, if the event specified by the condition occurs, the act which was perfect until that moment is rendered null and void. Furthermore, as formation conditions are sufficient but necessary for the act to be perfect, the lack of certain conditions makes it mandatory to consider that the act is unable to produce any legal effect. Then, it becomes necessary to distinguish formation conditions et validity conditions. If the legal act doesn’t match validity conditions, it rather produces legal effects until it is canceled.

By contrast, the prospective act is characterized by its temporality and eventuality. Its formation does not cause its perfection; the two events do not coincide. Once formed, the act produces legal effects, that aren’t however to be mistaken for the very operation that is its purpose. Its perfection depends on the adjunction of a “perfection” condition. As a consequence, there are two possible outcomes to the formation of the legal act : it can either become perfect if the condition is met, or it can become null and void (“caduc”) if the condition isn’t met. The identification of this particular alternative allows for the identification of a coherent framework for “caducité”, which is the state of an act becoming null and void (art. 1186 of the civil code). In this case, the legal act must disappear because it failed to become perfect. However, it had been perfectly and duly formed. Thus, the outcome, “caducité”, cannot be dissociated from the perfection of the act.

Key words : legal act, perfection, legal effects, efficiency, purpose, legal operation, formation, validity, null and void, operating method, performative, prospective.

À mes grands-parents,

À mes parents,

À mon frère,

REMERCIEMENTS

Arrivée au terme de ces années de doctorat, je souhaite adresser de sincères remerciements :

À mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Vincent Égéa, pour m’ avoir donné l’ opportunité de réaliser ce travail et pour la confiance qu’ il m’ a accordée tout au long de mes recherches.

Aux membres du jury, Madame le Professeur Séverine Cabrillac, Madame le Professeur Sophie Pellet, Monsieur le Professeur Nicolas Balat, Monsieur le Professeur Rémy Libchaber et Monsieur le Professeur Marc Nicod, qui me font l’ honneur de lire mes travaux.

Aux enseignants qui m’ ont donné la passion du droit et qui ont continué de m’ accompagner pendant le doctorat. Je remercie particulièrement Madame le Professeur Gwendoline Lardeux et Monsieur le Professeur Alain Sériaux pour leur écoute bienveillante.

À mes collègues et amis, déjà docteurs ou en voie de le devenir, pour leurs encouragements et la compréhension dont ils ont fait preuve à mon égard dans les moments difficiles. J’ ai une pensée spéciale pour Dany, Dina, Maria, Maxime, Nour, Shirine et Zeina, dont le soutien a permis l’ achèvement de ce travail.

À mes amies de toujours, Juliette, Lola et Zélie qui se sont tenues à mes côtés tout au long de cette aventure et qui ont contribué à la rendre plus humaine par leur présence et leur affection.

À Bastien, mon soutien de tous les jours.

À ma famille enfin, pour son appui indéfectible et sa confiance sans cesse renouvelée. Je remercie tout particulièrement mes parents, qui m’ ont accompagnée pendant toute la durée de mes études et sur le soutien de qui j’ ai toujours pu compter sans limite. Leur confiance m’ honore et je souhaite leur dire ici toute mon affection et mon amour.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

actual. : actualisation

AJ Contrat : Actualité juridique – Droit du contrat

AJ fam. : Actualité juridique – Droit de la famille

AJDI : Actualité juridique – Droit immobilier

al. : alinéa

APD : Archives de philosophie du droit

APD soc. jur. : Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique

art. : article

Ass. Plén. : Cour de cassation, Assemblée plénière

Bibl. de dr. privé : Bibliothèque de droit privé

Bibl. de l'IRJS : Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne

BGB : *Bürgerliches Gesetzbuch*

Bull. A. P. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, assemblée plénière.

Bull. civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles, sociale et commerciale

contra : solution ou opinion contraire

c. assur. : Code des assurances

c. civ. : Code civil

c. com. : Code de commerce

c. rur. : Code rural et de la pêche maritime

CA : Cour d'appel

CCC : Contrats, concurrence, consommation

CCH : Code de la construction et de l'habitation

CE : Conseil d'État

chron. : chronique

Civ. (1^{ère}, 2^{ème}, 3^{ème}) : Cour de cassation, (1^{ère}, 2^{ème}, 3^{ème}) chambre civile

CMF : Code monétaire et financier

coll. : collection

Com. : Cour de cassation, chambre commerciale

comp. : comparer

CPC : Code de procédure civile

D. : Recueil Dalloz

D. actu. : Dalloz actualité

D.C. : Recueil Critique Dalloz
D.H. : Recueil Hebdomadaire Dalloz
D.P. : Recueil Périodique et Critique Dalloz
dactyl. : dactylographié(e)
Dalloz IP/IT : Revue Droit de la propriété intellectuelle et du numérique
dir. : sous la direction de
doss. : dossier
Dr. et patrimoine : Revue Droit et patrimoine
Dr. Fam. : Revue Droit de la famille – LexisNexis
Droits : Droits, revue française de théorie juridique
égal. : également
Fasc. : fascicule
GAJC : Les grands arrêts de la jurisprudence civile
Gaz. Pal. : Gazette du Palais
HTW : *How to do things with words* (J. L. Austin)
Ibid. : *Ibidem* (même endroit)
in. : dans
infra : plus bas
JCP E : Jurisclasseur périodique, édition entreprise et affaires
JCP G : Jurisclasseur périodique, édition générale
JCP N : Jurisclasseur périodique, édition notariale
JDI : Journal du Droit international
JO : Journal officiel
LEDB : L'essentiel Droit bancaire
LEDC : L'essentiel Droit des contrats
LEDFP : L'essentiel Droit de la famille et des personnes
LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA : Les petites affiches
Mél. : Mélanges
Mixte : Cour de cassation, chambre mixte
n° : numéro
not. : notamment
obs. : observations
op. cit. : *opere citato*, ouvrage précité
p. : page
PDEC : Principes du Droit Européen des Contrats

préc. : précité

PUAM : Presses universitaires d'Aix-Marseille

PUF : Presses universitaires de France

RDA : Revue de droit d'Assas

RDI : Revue de droit immobilier

RDC : Revue de droit des contrats

RDP : Revue du droit public

RDSS : Revue de droit sanitaire et social

rééd. : réédition

Rép. Droit Civ. Dalloz : Encyclopédie Dalloz, Répertoire civil

Req. : Cour de cassation, Chambre des Requêtes

Rev. crit. législ. et jur. :

RLDC : Revue Lamy Droit civil

RRJ : Revue de la recherche juridique – Droit prospectif

RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTD Com. : Revue trimestrielle de droit commercial

S. : Recueil Dalloz Sirey

s. : suivant(e)s

spéc. : spécialement

suppl. : supplément

supra : plus haut

t. : tome

th. : thèse

trad. : traduction

Trav. Assoc. Capitant : Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française

v. : voir

vol. : volume

REMARQUES SUR LE MODE DE CITATION

La citation complète des références bibliographiques reprend au début de la seconde partie.

Concernant la citation des textes, apparaissent en *italique* :

- les textes de loi ;
- les extraits de jurisprudence ;
- les définitions issues des dictionnaires juridiques et des dictionnaires de la langue française.

Concernant la citation des arrêts de la Cour de cassation, le numéro de pourvoi est systématiquement précisé afin de faciliter la recherche des arrêts sur *Légifrance*. S'agissant de la publication des arrêts au *Bulletin*, la suppression récente des numéros de publication* impose une distinction :

- Pour les arrêts dotés d'un numéro de publication au *Bulletin*, ce dernier est précisé ;
- Pour les arrêts non dotés d'un numéro de publication au *Bulletin*, seule la mention « Publié au Bulletin » est précisée.

* <https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2022/02/22/transformation-numerique-des-bulletins-des-arrets>

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE

L'ACTE PERFORMATIF : UNE PERFECTION IMMÉDIATE

TITRE I – UNE CONCOMITANCE ENTRE FORMATION ET PERFECTION

Chapitre 1 – La distinction des notions

Chapitre 2 – La coïncidence des moments

TITRE II – UNE EFFICACITÉ DE PLEIN DROIT

Chapitre 1 – La production automatique des effets

Chapitre 2 – L'examen rétrospectif de la validité

SECONDE PARTIE

L'ACTE PROSPECTIF : UNE PERFECTION ÉVENTUELLE

TITRE I – UNE DISCORDANCE ENTRE FORMATION ET PERFECTION

Chapitre 1 – La démonstration de l'imperfection

Chapitre 2 – Le régime de l'imperfection

TITRE II – UNE ALTERNATIVE ENTRE PERFECTION ET CADUCITÉ

Chapitre 1 – La présentation de l'alternative

Chapitre 2 – Le dénouement de l'alternative

INTRODUCTION

« ... La parole est acte parce que, dite, elle est nécessairement parfaite. Elle n'est pas, ou elle est accomplie. Elle fait parce qu'elle parfait. Ce qui est dit est dit. Au lieu d'effet performatif on aurait pu parler d'effet perfectif », G. Cornu, in : *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, dir. P. Amselek, PUF, 1986, p. 249.

1. Perfection et mode opératoire de l'acte – Comme le postulait Motulsky il y a plus de cinquante ans, « la réalisation du Droit, comme toute activité de l'esprit, comporte un mécanisme qui fonctionne d'après certains principes, et dont il doit être possible de mettre à nu les rouages »¹. Or, parmi les mécanismes de réalisation du droit, l'acte juridique tient une place à part entière. Il constitue une véritable source du droit puisqu'il permet aux individus de produire des effets juridiques volontaires, au gré de leurs besoins. Comme le note un auteur, « parmi les faits générateurs d'effets de droits, les comportements humains, les actes, tiennent une place éminente »². Si l'acte juridique est une source du droit, il doit donc être possible de mettre en évidence son mode opératoire, c'est-à-dire le procédé par lequel il produit des effets de droit. Il s'agit toutefois d'une question à laquelle il est difficile de répondre. M. Jestaz notait encore récemment que « le mécanisme de ce présupposé (une manifestation de volonté) et des effets qui lui sont imputés par le droit échappe encore à l'entendement du juriste débutant et même confirmé »³. C'est à cette question que nous tenterons de répondre par l'étude de *L'acte juridique parfait*. Le terme « parfait » provient en effet du latin *perfectus*, lui-même dérivé du verbe *perficio* qui

¹ MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, 1948, rééd. 2002, §2, p. 3.

² VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, 1960, rééd. Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2010, p. 92. En ce sens égal. : JESTAZ (Ph.), *Les sources du droit*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2022, p. 125 et s. ; *Autour du droit civil, Écrits dispersés – Idées convergentes*, Dalloz, 2005, p. 198 ; OST (F.), « Les multiples temps du droit », in : *Le droit et le futur, Travaux et recherches de l'université de droit d'économie et de sciences sociales de Paris*, PUF, 1985, p. 115, spéc. p. 127 ; CORNU (G.), *Linguistique juridique*, Domat, Montchrestien, 3^{ème} éd. 2005, §55, p. 236. Le propos de ce dernier auteur est éclairant car il souligne les différents niveaux auxquels peuvent intervenir les actes : « Règle, décision, accord ont pour fonction commune de créer du droit. Chaque acte est, dans son ordre, juridiquement obligatoire. Très générale, cette finalité n'est pas toujours soulignée, car chaque acte opère dans le plan, qui lui est propre, la règle dans l'ordre du droit objectif, l'accord, en général, dans l'ordre du droit subjectif, la décision entre les deux. Leur action n'est pas à la même échelle ».

³ JESTAZ (Ph.), « Une révolution inaperçue, À propos de l'acte juridique », *RTD Civ.* 2014. 67. En ce sens égal., à propos du contrat : « L'accord est une espèce de boîte noire dont le fonctionnement est incertain, et peut-être pas susceptible d'investigation : à l'entrée, des volontés privées ; à la sortie, des effets trouvant leur cohérence autour des obligations concernées. Par quel procédé ? C'est le mystère », LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les effets du contrat », *Mél. J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211, spéc. §5.

signifie achever, faire complètement, obtenir un résultat désiré. L'acte juridique étant classiquement défini comme une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit, définition désormais consacrée par l'art. 1100-1 du code civil, sa perfection devrait donc se rapporter au moment auquel les effets de droit recherchés par son auteur se déclenchent. L'acte juridique deviendrait parfait par la réalisation de l'opération juridique qui en constitue la finalité. Même si la perfection ne constitue pas à ce jour une notion juridique dont les contours sont exactement définis, l'examen du droit positif⁴ ainsi que de récentes études⁵ permettent d'envisager l'élaboration de cette notion et la construction de son régime juridique.

2. Plan – Pour ce faire, il convient tout d'abord de remarquer que la perfection est une notion en quête de sens (§1). On pourra ensuite remarquer que la notion d'acte juridique, généralement éclipsée par le contrat, connaît un regain d'intérêt ces dernières années (§2). Cette présentation en deux temps nous permettra de préciser quels sont les enjeux posés par l'identification de l'acte juridique parfait (§3).

§1 - LA PERFECTION : UNE NOTION EN QUÊTE DE SENS

3. L'obstacle de la polysémie – L'identification de l'acte juridique parfait étant l'objet principal de cette étude, l'élaboration d'une définition au moins provisoire de la perfection paraît nécessaire. Dans cette optique, la polysémie du terme « parfait » ou « perfection » nous contraint d'éliminer certains sens qui lui sont couramment attachés et qui sont sans rapport avec *L'acte juridique parfait*. Comme l'a remarqué un auteur, précisément à propos de la notion de perfection, les termes juridiques sont susceptibles d'être l'objet d'une double polysémie⁶. Une polysémie externe, lorsque le terme existe à la fois dans le langage juridique et dans le langage courant. Une polysémie interne, lorsque le terme revêt plusieurs sens dans le domaine juridique. Pour l'instant nous traiterons seulement de la polysémie externe, l'objectif étant d'évacuer les sens courants venant prioritairement à l'esprit lorsqu'on parle de la « perfection » d'un acte juridique. Cela permettra de procéder à l'élimination définitive de certains sens afin de ne pas obscurcir la signification qui sera retenue. Cela ne signifie pas pour autant que le sens finalement retenu sera sans rapport avec celui du langage courant, mais qu'il sera sans rapport avec *certain*s sens du langage courant.

4. La perfection comme idéal – Dire d'une chose qu'elle est parfaite, revient souvent à affirmer que cette chose correspond à une figure idéale, à un modèle de référence. On dit en effet d'une chose

⁴ Pour un inventaire des emplois du terme dans la loi et dans la jurisprudence, v. *infra*, n° 44 et s.

⁵ BLEUSEZ (M.), *La perfection du contrat*, thèse Paris II, 2021, publication à venir.

⁶ BLEUSEZ (M.), th. préc. §141 et s. La dichotomie est empruntée à G. Cornu : *Linguistique juridique, op. cit.*, §17.

qu'elle est idéale lorsqu'elle « *atteint toute la perfection que l'on peut concevoir ou souhaiter* »⁷. L'acte parfait pourrait donc désigner un acte idéal. Un obstacle se dresse toutefois à la consécration de la notion de perfection prise en ce sens. Par définition, ce qui est idéal est en effet « *ce qui est conçu et représenté dans l'esprit sans être ou pouvoir être perçu par les sens* »⁸. Pour mesurer la perfection d'un acte juridique, il faudrait donc arrêter une conception communément partagée de l'acte idéal, afin qu'elle serve de modèle de référence. Or, cette définition préalable s'avère arbitraire. On peut en faire la démonstration en cherchant à définir ce que devrait être un testament parfait selon cette conception. Le « bon testament » serait tantôt celui qui permet au testateur de mettre au point une stratégie successorale bien rodée⁹, tantôt celui qui répond à un idéal de gratification par le testateur¹⁰. Du fait de cette fluctuation potentielle, ce sens de la perfection ne nous semble donc pas devoir être saisi par une nouvelle notion juridique. S'il semble délicat d'établir un modèle de référence idéal pour mesurer la perfection des actes, on pourrait néanmoins admettre que l'acte soit parfait à chaque fois qu'il remplit l'objectif que lui a assigné son auteur. Là, se situerait la perfection véritable de l'acte juridique¹¹.

5. La perfection comme adéquation à un résultat recherché – Dans un sens relativement proche, la perfection pourrait donc permettre de mesurer l'adéquation entre le résultat obtenu et le résultat recherché. L'acte parfait serait celui qui produit les effets exactement recherchés par son auteur. Là encore, ce sens de la perfection ne nous semble pas devoir être retenu, et ce, pour au moins deux raisons. Tout d'abord parce qu'il pose une difficulté sérieuse lorsque l'acte est multilatéral, issu de la volonté d'au moins deux personnes. Ces dernières peuvent en effet poursuivre des objectifs bien différents qui empêchent l'identification d'un acte juridique parfait. Ensuite, parce qu'une telle mesure de la perfection serait nécessairement subjective, dépendant de l'objectif assigné à l'acte. Si nous avons choisi d'écarter ce sens de la perfection c'est donc parce que la quête de l'acte parfait semble dépendre de trop nombreux paramètres, variables au gré des espèces. Cela ne signifie aucunement que la question soit dénuée d'intérêt. Bien au contraire, la pratique se trouve directement intéressée par les divers paramètres à prendre en compte pour qu'il y ait une parfaite adéquation entre les effets produits par l'acte et ceux recherchés par l'auteur. Mais on voit mal quel intérêt il y aurait à consacrer ce sens de la perfection dans le langage juridique. Le terme est ici volontairement emprunté au langage courant où il doit demeurer.

6. La perfection comme absence de défauts – Ensuite, une définition courante de la perfection suggère instinctivement et plus largement l'idée d'une chose complète et sans défauts. Quand on dit d'une chose qu'elle est parfaite, c'est en effet souvent pour dire que cette chose ne présente aucun écueil,

⁷ Le ROBERT, *Dictionnaire de la langue française*, « Idéal », sens 2.

⁸ *Ibid.*, sens 1.

⁹ DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.), « Le testament, pour quoi faire ? », *Études Combret*, Defrénois, 2017, p. 115.

¹⁰ NICOD (M.), « Un certain Aebutius Liberalis », *Mél. M. Grimaldi*, Defrénois, Lextenso, 2020, p. 719.

¹¹ Sur cette approche pragmatique de la perfection : CAYROL (N.), « De la perfection en art et en droit », *Mél. Ducouloux-Favard*, Bruylant, 2017, p. 75.

aucun vice. L'acte juridique parfait pourrait donc être celui qui ne souffre d'aucun défaut. Mais on voit rapidement que cette définition est difficilement transposable à la matière juridique, sauf à englober pêle-mêle diverses notions : aussi bien la validité, que l'opposabilité, la complétude des prévisions, l'adaptation des prévisions aux circonstances, ou encore l'absence d'opposition ou de recours dirigé contre l'acte. Si l'on devait prendre en compte tous ces paramètres pour mesurer la perfection d'un acte juridique, on serait nécessairement conduit à opérer une sorte d'inventaire à la Prévert et cela aurait, semble-t-il, un intérêt limité. Ce sens du terme « parfait », en ce qu'il opère un regroupement hétérogène de celles-ci, ne semble pas devoir pénétrer le langage juridique. Là encore, il paraît préférable de conserver une distinction claire entre les notions précitées.

7. La perfection comme maximum d'efficacité – Enfin, le terme perfection peut permettre de décrire l'état d'une chose qui a atteint son maximum d'efficacité et qui est, dès lors, insusceptible d'améliorations. Rapporté à l'acte juridique, il s'agit d'un sens mélioratif du terme qui implique de recenser les divers procédés permettant de *maximiser* l'efficacité de l'acte : en sécurisant ses effets, en assurant son rayonnement dans l'ordre juridique, en pérennisant ses effets, etc. Ainsi entendue, la perfection de l'acte ne serait donc acquise qu'au moyen d'une succession d'étapes qui aurait pour objectif d'en renforcer les effets. Cette approche a guidé Mme Drapier dans sa thèse sur *Les contrats imparfaits*¹², et l'a conduite à dresser un inventaire des différentes formalités destinées à renforcer l'efficacité juridique du contrat. Mais ce sens de la perfection n'a pas su s'imposer dans le langage juridique, probablement parce qu'il oblige là encore à faire un inventaire des techniques qui concourent au déploiement des effets produits par les actes juridiques. Par une extrapolation supplémentaire, la perfection pourrait même renvoyer à l'état le plus abouti du contrat conçu comme un acte de prévision. Cela correspond à la figure du contrat parfait ou *complete contract* bien connu du droit anglais, par lequel les parties sont parvenues à prévoir toutes les éventualités. Le contrat parfait serait celui par lequel les parties parviennent à enserrer par avance toutes les modalités de leur relation à venir¹³, ce qui n'est d'ailleurs pas sans rappeler un autre sens de la perfection, celui de l'objet idéal. En somme, le contrat parfait ne serait rien d'autre que celui qui obéit à la description opérée par Hauriou de « l'entreprise la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision »¹⁴. Mais cet emploi de la « perfection » ne concerne que le contrat en tant qu'acte de prévision. Ce serait donc réduire le domaine de notre étude au seul contrat, alors que nous entendons la consacrer à l'acte juridique.

¹² DRAPIER (S.), *Les contrats imparfaits*, PUAM, 2001.

¹³ « Ce terme (*i.e. le contrat parfait*) désigne le contrat dans lequel, par hypothèse, les parties, parfaitement informées et agissant rationnellement, prévoient une solution pour toute éventualité pouvant se produire en cours d'exécution. Tous les accidents de parcours auraient été envisagés dans de tels contrats », MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit*, Dalloz, Thémis, Méthodes du droit, 3^{ème} éd. 2021, §1174.

¹⁴ HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, 1910, rééd. Dalloz 2010, p. 206.

8. Adoption d'une définition stipulative – Ces sens possibles de la perfection doivent d'ores et déjà être écartés, soit parce que le bénéfice retiré de leur consécration dans le langage juridique paraît moindre en comparaison avec les défauts qu'une telle consécration suppose, soit parce qu'ils obligent à ne traiter que de certains actes juridiques. Peut-être de telles exclusions paraissent-elles arbitraires à ce stade. Elles peuvent toutefois être justifiées par notre volonté de procéder à une définition *stipulative* de la perfection, volontairement choisie en raison de son caractère opératoire. Sont ainsi qualifiées, les définitions qui « proposent d'utiliser un terme ou un syntagme préexistant d'une façon nouvelle », ou « de façon plus précise que son usage commun », ou encore « sous un angle nouveau »¹⁵. Le recours à ce type de définition est justifié par la polysémie précédemment relevée et doit permettre d'arrêter un sens précis, à l'exclusion des autres¹⁶. Le choix de la définition doit également être guidé par la nécessité de résoudre un problème, en l'occurrence celui du procédé par lequel un acte produit des effets de droit. L'acte juridique étant appréhendé dans sa fonction d'outil de réalisation du droit, sa perfection se rapporte selon nous au moment de son efficacité, plus précisément de son efficacité « en son genre ».

9. Efficacité en son genre – Comme l'avait exposé Gounot, « accomplir un acte juridique, ce n'est pas se placer à l'intérieur d'une construction technique, c'est tendre à un but pratique, c'est poursuivre un résultat déterminé de l'ordre juridico-économie »¹⁷. L'acte juridique obéit donc à un objectif d'efficacité puisqu'il n'existe qu'en vue d'un résultat à produire. La notion de perfection devrait donc prendre place dans la thématique de l'efficacité des actes. Dans le langage courant, on dit d'ailleurs d'une chose qu'elle est parfaite pour signifier qu'elle a atteint sa plénitude, qu'elle est « *dans toute sa force, qu'elle a atteint son complet développement* »¹⁸. Rapportée à l'acte juridique, la perfection doit permettre d'isoler le stade auquel ce dernier produit des effets de droit et atteint ainsi sa plénitude. Mieux, la perfection doit permettre de désigner le moment auquel l'acte juridique déploie son efficacité *caractéristique*, selon une certaine tautologie. Partant, l'emploi du terme « parfait » présente l'intérêt de faire le lien entre l'acte et une finalité prédéterminée ; entre l'acte et ses effets caractéristiques. En définissant ainsi la perfection, on échappe à la quête impossible d'un idéal ou à toute fluctuation d'après la volonté de l'auteur : la perfection de l'acte doit être guidée par sa qualification, d'après l'objectif qui lui est assigné par le droit. Pour identifier la notion d'acte juridique parfait, il est donc essentiel d'avoir à l'esprit que tout acte juridique est au service d'une opération juridique dont il doit permettre la réalisation¹⁹. **L'acte est parfait s'il réalise l'opération juridique qui constitue sa finalité.** Le sens

¹⁵ CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Coll. Méthodes du droit, Dalloz, 3^{ème} éd, 2022, §497.

¹⁶ *Ibid.*, §499 : « Au niveau métajuridique, le choix de recourir à des définitions stipulatives est souvent justifié par l'imprécision, l'insuffisance, l'inadéquation ou encore l'extrême hétérogénéité des formes possibles de définitions informatives ».

¹⁷ GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, A. Rousseau, 1912, p. 201.

¹⁸ *Dictionnaire Robert*, « Plénitude », sens 2.

¹⁹ Sur la notion d'opération juridique et ses liens avec l'acte juridique, v. *infra*, n° 96 et s.

attribué à la perfection s'avère ainsi indissociable de l'approche conceptuelle de l'acte juridique, qui permet de synthétiser les hypothèses dans lesquelles les individus sont admis à produire volontairement des effets de droit²⁰.

10. Avant d'aller plus avant dans la définition primaire de l'acte juridique parfait, il convient de s'attarder sur la notion d'acte juridique, qui sert de périmètre à l'étude.

§2 - L'ACTE JURIDIQUE : UNE NOTION À MOBILISER

11. **Statut de la notion** – L'acte juridique a toujours intéressé la doctrine, en particulier les auteurs s'étant penchés sur le statut de la volonté et ayant entendu sortir du paradigme contractuel²¹. Malgré cela, l'acte juridique a toujours eu une place secondaire par rapport au contrat, pour des raisons que nous allons exposer ci-après. Depuis quelques années cependant, l'acte juridique connaît un regain d'intérêt manifeste. Outre que la notion dispose enfin d'une définition légale, des voix s'élèvent pour qu'elle soit davantage exploitée²². C'est dans ce mouvement de mobilisation de la notion d'acte juridique et de ses potentialités que nous entendons nous inscrire.

12. **Summa divisio** – L'acte juridique participe d'une division majeure au sein de notre système juridique, entre la production d'effets de droit *imposée* par l'ordre juridique et la production d'effets de droit *recherchée* par les individus. Comme le note M. Savaux, « les règles que le sujet se donne et celles qu'on lui impose constituent nos catégories fondamentales »²³. Ces règles sont plus précisément ordonnées par la distinction bien connue entre l'acte juridique et le fait juridique. L'acte juridique constitue le domaine des effets recherchés. Il s'agit d'une manifestation de volonté par laquelle un individu cherche volontairement à produire des effets de droit. Ainsi, à travers l'acte juridique, « le droit assure l'accomplissement des buts de la volonté »²⁴, plus précisément celle des sujets de droit. À

²⁰ L'acte juridique constitue un « concept forgé par et pour la dogmatique dans le cadre de l'étude systématique des régimes juridiques d'édition des règles de droit », AMSELEK (P.), *Cheminements philosophiques, op. cit.*, p. 312.

²¹ On pense bien évidemment à la thèse de Gounot (préc.) mais aussi à la thèse de Martin de la Moutte et ses apports essentiels à la notion d'acte juridique unilatéral : MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Lib. du Recueil Sirey, Paris, 1951.

²² Comme l'ont remarqué des auteurs, la jurisprudence se réfère parfois explicitement à l'acte juridique : *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Acte juridique », C. BRENNER, S. LEQUETTE, 2019, §6. Un auteur estime même que l'acte juridique serait une réponse à la crise du contrat, c'est à dire aux interrogations qui demeurent quant aux contours de cette notion : MORON-PUECH (B.), *L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat*, Bibl. de dr. privé, t. 591, LGDJ, 2020. Sur les difficultés à cerner les contours de la notion de contrat, v. : GALBOIS-LEHALLE (D.), *La notion de contrat, Essai d'une théorie*, Bibl. de dr. privé, t. 603, LGDJ, 2020.

²³ SAVAUX (E.), « La dilution des catégories », in : G. Pignarre (dir.), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations. Rétrospective et perspectives à l'heure du bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2005, p.33, §22.

²⁴ DURMA (M.), *La notification de la volonté, Rôle de la notification dans la formation des actes juridiques*, Lib. du Recueil Sirey, Paris, 1930, §7.

l'inverse, les effets imposés correspondent au domaine du fait juridique. Il s'agit de tout événement auquel le droit attache des effets de droit, que ces derniers aient été ou non recherchés par le sujet de droit. Bien qu'il soit difficile de savoir « pourquoi, parmi la foule des agissements ou abstentions humains, parmi tous les événements fortuits ou semi-volontaires, le droit choisit de s'intéresser à certains d'entre eux et en quoi cela révèle une philosophie sous-jacente »²⁵, le fait juridique produit des effets contraints, qui s'imposent aux individus. On peut donc distinguer ce qui relève de l'organisation d'office des rapports interindividuels et ce qui relève de la production volontaire d'effets de droit. Ces deux catégories forment une *summa divisio* que reconnaît expressément l'art. 1100 du code civil en énonçant que « les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi ». Deux remarques peuvent être formulées à l'égard de cette disposition. Tout d'abord, la focalisation sur la notion d'obligation n'est pas une réduction du périmètre de la *summa divisio*, étant entendu que les actes et faits juridiques sont susceptibles de produire des effets de droit qui sont irréductibles à des obligations. Le texte porte spécifiquement sur l'obligation par tradition, les privatistes ayant longtemps considéré l'obligation comme l'élément central du contrat²⁶, mais aussi parce que cette disposition prend place dans le Titre III du Livre III du code civil qui traite « Des sources d'obligations ». On peut donc distinguer plus largement les effets *produits* par l'acte juridique et les effets *attachés* au fait juridique. Ensuite, il convient de remarquer que l'art. 1100 consacre une troisième source d'obligations qui semble porter atteinte à l'approche dualiste. Cet ajout s'explique cependant par la difficulté à classer certains agissements, qui sont désormais regroupés dans un Sous-titre III consacré aux « Autres sources d'obligations ». Il ne remet donc pas en cause la distinction binaire classique, s'agissant simplement de cas limites. La *summa divisio* entre les actes et les faits juridiques est donc préservée et continue d'avoir une fonction structurante. La notion d'acte juridique y tient une place de choix parce qu'elle délimite les hypothèses dans lesquelles les individus sont admis à modifier volontairement l'ordonnement juridique. Il faut pourtant remarquer que, tout en participant de cette *summa divisio*, l'acte juridique ne constitue pas une notion centrale du droit français.

13. L'acte juridique en droit français – Contrairement à la plupart des concepts civilistes qui trouvent leur origine dans le droit romain, l'acte juridique est une notion récente qui s'est développée dans un autre système juridique que le nôtre. On en trouve trace dans la doctrine pandectiste allemande du XIX^e siècle, mais la notion aurait été empruntée à Daniel Nettelbladt qui évoque *l'actus juridicus*

²⁵ JESTAZ (Ph.), « Une révolution inaperçue... », art. préc. Si l'unité de la catégorie du fait juridique est difficile à trouver, c'est parce qu'elle regroupe selon nous deux séries d'événements : ceux qui sont porteurs d'effets de droit dans un but simplement structurel, de cohésion et de vivacité du droit – telles sont la naissance et la mort ; et ceux qui sont porteurs d'effets de droit dans un but de défiance ou de récompense – tels sont les délits et les quasi-contrats. Mais cette question excède largement les limites de notre étude.

²⁶ Sur cette question, v. les rappels opérés par : LEQUETTE (S.), « La notion de contrat », *RTD Civ.* 2018. 341, §34.

dans son ouvrage *Systema elementare universae iurisprudentiae* de 1749²⁷. La notion se trouve ainsi au cœur de la réglementation du droit privé allemand, là où le Code civil de 1804 ne semble connaître que le contrat²⁸. C'est la doctrine qui est à l'origine à la fois de son importation, mais aussi de l'élaboration progressive d'une théorie générale en droit français²⁹. En ce sens il apparaît que « la notion d'acte juridique est le fruit d'une acculturation »³⁰. Toutefois, malgré un travail important de la doctrine depuis la fin du XIX^e pour essayer de transposer cette notion au système juridique français³¹, aucune définition claire de l'acte juridique ne semble s'imposer. Pour cette raison, la plupart des travaux entrepris en ce domaine, même les plus récents, ont pour point de départ un effort important de définition³². Chaque auteur précise systématiquement de quelle manière il faut entendre l'acte juridique selon lui, règle à laquelle nous n'échapperons pas au cours de notre étude. Il faut néanmoins noter une avancée récente en la matière. Grâce à la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016³³, l'acte juridique bénéficie enfin d'une reconnaissance légale tandis qu'il était jusqu'alors visé expressément dans le seul droit de la preuve³⁴. L'art. 1100-1 al. 1^{er} du code civil en donne une définition générale et, en raison de sa situation au sein des dispositions du Code civil, l'acte juridique devient officiellement une catégorie générale axée sur la notion de volonté³⁵. Bien que cette consécration ne doive pas être négligée, elle reste décevante parce qu'elle est essentiellement décorative, au mieux pédagogique. Le contrat revient rapidement au premier plan.

14. L'attraction du modèle contractuel – L'alinéa 2 de l'art. 1100-1 précise que les actes juridiques « obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats ». La réglementation de l'acte juridique intervient donc à partir d'une de ses applications

²⁷ Les origines de la notion d'acte juridique sont toutefois incertaines et mériteraient une étude approfondie. Un auteur a d'ailleurs remarqué que les origines de la notion pourraient être beaucoup plus lointaines et qu'un rapprochement pourrait potentiellement être opéré entre l'acte juridique et les « actes humains » auxquels Thomas d'Aquin fait référence dans l'ouvrage *Somme théologique* : MORON-PUECH (B.), th. préc., §13-15.

²⁸ Sur la place centrale de la notion en droit allemand, v. not. : WITZ (C.), *Le droit allemand*, Coll. Connaissance du droit, Dalloz, 3^{ème} éd., 2018, p. 117 et s. ; FROMONT (M.), KNETSCH (J.), *Droit privé allemand*, Précis Domat, LDGJ, 2^{ème} éd., 2017, §129 ; FERRAND (F.), *Droit privé allemand*, Précis Dalloz, 1997, §182.

²⁹ Sur cette question, v. : KNETSCH (J.), « L'acte juridique et le nouveau droit français des obligations, Réflexions sur les pérégrinations franco-allemandes d'un concept juridique », *Mél. C. Witz*, LexisNexis, 2018, p. 419.

³⁰ POUMARÈDE (M.), « La place de l'acte juridique dans les projets de réforme du droit des obligations », in : *Métamorphoses de l'acte Juridique*, dir. M. Nicod, PU Toulouse 1 Capitole et LGDJ, 2011, p. 11.

³¹ Parmi les premiers travaux v. surtout : SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, 1901.

³² Pour les thèses les plus récentes sur l'acte juridique, v. not. : MORON-PUECH (B.), th. préc. ; FRANÇOIS (C.), *L'acte juridique irrégulier efficace, Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, Bibl. de dr. privé, t. 598, LGDJ, 2020 ; BOUAZIZ (H.), *La conversion des actes juridiques*, L'Harmattan, 2018 ; STOFFEL (J.-N.), *Le projet d'acte juridique (étude de droit privé)*, PUAM, 2020.

³³ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (par la suite : « ordonnance du 10 février 2016 »), modifiée et ratifiée par la loi n° 2018-287.

³⁴ La distinction entre l'acte et le fait juridique est en effet fondamentale dans le droit de la preuve, les faits se prouvant par tous moyens à la différence des actes qui doivent être constatés par écrit au-delà d'un certain montant.

³⁵ M. Rémy estime que cette présentation témoigne de ce que la loi entend placer la volonté individuelle au premier plan : « ce qu'elle place en première ligne, en effet, c'est la volonté autonome, non le pacte ; le vouloir, non le vouloir ensemble », RÉMY (Ph.), « Réviser le Titre III du Livre troisième du Code civil ? », *RDC* 2004/4, p. 1169.

particulières, le contrat, ce qui implique de procéder par induction, du cas particulier vers le genre, mais aussi par sélection, les règles contractuelles n'étant pas nécessairement adaptées à l'ensemble des actes. Le fait de réserver au contrat une place de choix n'est pas en soi critiquable³⁶. C'est le fruit d'une tradition juridique bien ancrée, démontrant une fois de plus que le Code civil est une œuvre historique³⁷. Par ailleurs, comme le rappelle M. Latina « la définition de l'acte juridique (a) été forgée par un raisonnement par induction-déduction à partir de celle du contrat »³⁸. Aussi n'est-il pas étonnant que le contrat continue d'être considéré comme la principale source d'obligations et ce faisant, l'outil à partir duquel les privatistes raisonnent, consciemment ou inconsciemment. La focalisation sur le contrat est d'autant plus justifiée que, comme l'avait remarqué Carbonnier, « les actes juridiques non contractuels sont tellement différents entre eux que leurs règles propres ne se prêtent pas à la généralisation »³⁹. Cette diversité n'a toutefois pas empêché la doctrine d'élaborer une théorie générale de l'acte juridique non centrée sur la figure contractuelle. Sans qu'il ne soit nécessaire de défendre l'introduction d'une réglementation de l'acte juridique dans le Code civil, notamment de l'acte unilatéral, il demeure donc pertinent de plaider pour une émancipation du modèle contractuel et de se référer à la notion d'acte juridique pour étudier les modalités de production volontaire des effets de droit.

15. La nécessaire émancipation du modèle contractuel – Bien que compréhensible, la focalisation sur le contrat s'avère dommageable. Tout d'abord, elle occulte la diversité des actes juridiques, car « l'activité juridique »⁴⁰ volontaire ne s'arrête pas au contrat⁴¹. Ensuite, et plus fondamentalement, elle a pour effet incident de rendre la définition légale de l'acte juridique peu satisfaisante⁴². L'attention excessive portée au contrat empêche en effet de savoir avec une précision suffisante ce qui fait la spécificité de l'acte vis-à-vis du fait juridique. Comme le suggère la définition consacrée par la réforme, l'acte juridique est construit autour de trois « pôles » : la volonté, l'effet de droit et le lien entre ces deux éléments⁴³. Toutefois l'agencement de ces trois pôles, qui est censé éclairer la spécificité de l'acte juridique, fait toujours débat aujourd'hui et témoigne de la difficulté à trouver ce qui fait véritablement

³⁶ La quasi-totalité des auteurs est en défaveur d'une réglementation de l'acte juridique en lieu et place du contrat et ce, depuis la tentative avortée de la Commission de réforme du Code civil. V. not. : RÉMY (Ph.), « Réviser le Titre III du Livre troisième du Code civil ? », art. préc. ; WITZ (C.), « Contrat ou acte juridique ? », in : *Pour une réforme du droit des contrats*, dir. F. Terré, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2008, p. 51.

³⁷ Société d'études législatives, *Le Code civil : 1804-1904 : livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, rééd. Dalloz, 2005 ; LEQUETTE (Y.), LEVENEUR (L.) (dir.), *Le code civil : 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Univ. Panthéon-Assas, 2004 ; CARBONNIER (J.) et alii., *Le Code civil 1804-2004 : livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2004.

³⁸ LATINA (M.), « Contrat : généralités », *Rép de droit civil Dalloz*, préc., §157.

³⁹ CARBONNIER (J.), *Les obligations*, PUF, 22^{ème} éd. 2000, n° 18.

⁴⁰ L'expression est empruntée à Virally, pour qui l'activité juridique se construit à partir de trois notions : l'acte juridique, la responsabilité juridique et la personne juridique, VIRALLY (M.), *op. cit.*, p. 89 et s.

⁴¹ LIBCHABER (R.), « Regrets liés à l'avant-projet de réforme du droit des contrats. Le sort des engagements non bilatéraux », *RDC* 2015/3, p. 634.

⁴² BRENNER (C.), « Sources des obligations dans le Code civil rénové : passage à l'acte ou acte manqué ? », *JCP* 2016, 524.

⁴³ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Acte juridique », préc., §11.

son unité conceptuelle⁴⁴. Cette unité ne peut être découverte qu'en dépassant la notion de contrat et en remarquant que l'acte juridique constitue une véritable action qui tend à produire des effets. Si la notion d'acte juridique s'est développée dans la pensée occidentale, c'est d'ailleurs parce que celle-ci attache beaucoup d'importance à l'action. Comme l'a remarqué un auteur, « penser l'action implique en regard un double parti pris : envisager la conduite humaine comme un faire spécifique (*ergon, praxis* ; et, de nouveau, le modèle technique de la production sert de référence) et concevoir l'action comme une entité propre, *isolable*, et qui puisse servir d'unité de base à la conduite »⁴⁵. Outre la pensée occidentale qui place l'action au centre, le droit continental est également souvent fondé sur le caractère central de l'action. La personne juridique dotée de droits et devoirs se présente avant tout comme une « personne qui agit »⁴⁶. L'acte juridique constitue donc une notion qui synthétise à elle seule le champ des actions volontaires produisant des effets de droit. L'acte est un véritable pouvoir d'action, un moyen d'agir volontairement dans et vis-à-vis de l'ordre juridique. Aussi nous entendons sortir du paradigme contractuel et nous intéresser avec une attention équivalente aux actes juridiques unilatéraux et aux contrats⁴⁷.

16. L'acte juridique comme pouvoir d'action – L'acte juridique présente la particularité d'être à la fois une source du droit et une action régie par les règles de droit⁴⁸. Cette action juridique volontaire dépend en effet directement de l'ordre juridique dont elle procède et dans lequel elle doit produire des conséquences. C'est pourquoi la considération de l'ordre juridique est indissociable de la notion d'acte juridique elle-même. D'un point de vue statique l'ordre juridique peut être défini « *relativement à une entité (État, groupe d'États, etc.)* », comme « *l'ensemble des règles de Droit qui la gouvernent* »⁴⁹. Il correspond donc à l'ensemble des dispositions qui comportent un caractère *normatif juridique*.

⁴⁴ Comme le remarque un auteur, « le nouvel article 1100-1 ne s'embarrasse pas (des) apports doctrinaux et retient donc la conception la plus classique », BECQUE-ICKOWIC (S.), « Sources des obligations, Actes et faits juridiques », *JurisClasseur Civil Code*, Art. 1100-1, août 2019, §11. Un auteur estime même que, ne précisant pas clairement la spécificité de l'acte juridique vis-à-vis du fait juridique, le législateur a tout simplement supprimé la distinction entre les deux : DISSAUX (N.), « La culture du gâchis », *D.* 2016, 593.

⁴⁵ JULLIEN (F.), *Traité de l'efficacité*, Grasset & Fasquelle, Biblio Essais, 1996, p. 81.

⁴⁶ « Qu'il soit celui de la tradition judéo-chrétienne ou du *Timée*, Dieu fait exister le monde par un acte créateur ; et le propre du héros est aussi d'imprimer son action sur le monde en l'affrontant : avec l'épopée, la littérature a débuté par le récit d'actes mémorables, magnifiés à titre d'exploits, puis la tragédie les a mis en scène (le propre du théâtre étant bien, rappelle Aristote ne possédant pas encore de terme pour ce que nous nommons personnage, de représenter les homes « en tant qu'ils agissent », *prattontes*) », *Ibid.*, p. 88.

⁴⁷ Il sera parfois inévitable de consacrer des développements au seul contrat. Tout d'abord parce que le contrat est une application très courante de l'acte juridique, ce qui en multiplie les hypothèses pratiques. Ensuite, parce qu'en tant que catégorie particulière de l'acte juridique, il présente des spécificités qu'il conviendra de présenter, comme nous le ferons dans un mouvement contraire pour l'acte unilatéral vis-à-vis du contrat.

⁴⁸ FABRE-MAGNAN (M.), BRUNET (F.), *Introduction générale au droit*, Thémis droit, PUF, 2^{ème} éd., 2022, §183-184.

⁴⁹ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, dir. G. Cornu, Quadriga, 14^{ème} éd. 2022, « Ordre juridique » ; GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 30^{ème} éd. 2022-2023, « Ordre juridique », (sens général) : « Désigne l'ensemble des principes et règles qui, à un moment précis et dans un système donné, définit le statut des personnes et détermine les rapports juridiques entre ces personnes, qu'elles soient publiques ou privées ».

Normatif, en ce que les dispositions sont obligatoires, contraignantes. Juridique, en ce que les dispositions ne sont pas d'ordre moral ou religieux, la contrainte imposée l'étant bel et bien par les divers acteurs du droit⁵⁰. D'un point de vue dynamique, l'ordre juridique peut être défini comme un « dispositif institutionnel complexe (...) apte à produire des règles de comportement pour ceux qui y sont assujettis, soit un véritable discours du droit », un discours par lequel « les choses du monde réel acquièrent une signification obligatoire »⁵¹. Le rapprochement de ces deux définitions permet de comprendre que l'acte juridique se trouve sous la dépendance d'un corps de règles qui l'institue et le réglemente. L'acte juridique ne constitue pas simplement une action dans l'ordre juridique, il est une action *autorisée* par l'ordre juridique. Si l'acte produit lui-même des conséquences qui sont à la fois normatives et juridiques, c'est donc parce que l'ordre juridique le permet⁵². C'est dire si l'entreprise de description du processus par lequel un acte parvient à produire des effets de droit est une tâche difficile⁵³. Cela implique d'identifier la figure de l'acte juridique parfait.

§3 - L'ACTE JURIDIQUE PARFAIT

17. La notion d'acte juridique étant sommairement précisée et une première définition de la perfection étant posée, il convient désormais d'aller plus avant dans la présentation de la problématique issue du rapprochement des deux termes du sujet. Il convient de présenter l'intérêt de cette étude (A), d'en préciser le domaine (B) avant d'indiquer la méthode qui sera suivie pour la mener à bien (C).

A - Intérêt de l'étude

18. Le déploiement des effets à l'épreuve du temps – D'un point de vue théorique, la recherche du moment de perfection des actes juridiques présente l'intérêt de poser la question de l'efficacité des actes sous un jour nouveau. Si la question des rapports entre l'acte juridique et le temps est éminemment

⁵⁰ « L'ordre est un concept indispensable pour étudier tous les phénomènes complexes, vis-à-vis desquels il doit largement jouer le rôle que le concept de loi joue dans l'analyse de phénomènes plus simples », HAYEK (F. A.), *Droit, législation et liberté, Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, 1982, rééd. coll. Quadrige, PUF, 2013, 2^{ème} éd, p. 120.

⁵¹ LIBCHABER (R.), *L'ordre juridique et le discours du droit, Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Lextenso, LGDJ, 2013, p. 2.

⁵² Un auteur fait de l'ordre juridique un élément à part entière de la définition de l'acte juridique, ce à quoi nous souscrivons pleinement : MORON-PUECH (B.), th. préc., §257 et s.

⁵³ « Parce que l'acte juridique est à la jonction du sujet de droit et de l'ordre juridique, parce qu'il traduit un choix à propos de l'intervention de l'un sur l'autre, sa notion elle-même a été très discutée... » ; « ... parce qu'elle ambitionne de réunir en un même corpus l'ensemble des phénomènes de volonté créatrice en droit, la théorie générale de l'acte juridique est une construction difficile, fragile et sans cesse remise en question par la tendance centrifuge naturelle des différentes branches du droit. Il demeure que l'être voulant produire des effets de droit est le même partout et que, comme tel, sa liberté mérite qu'on lui fournisse une théorie générale qui en fasse un sujet et non un objet de l'ordre juridique », J. Hauser, « Acte », in : ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Lamy-PUF, 1^{re} éd. 2003, p. 7 et p. 11.

classique⁵⁴, elle recèle encore de nombreuses potentialités. En l'occurrence, cette étude doit permettre de constater que, d'un point de vue chronologique, l'acte juridique ne devient parfait qu'à un instant précis de « perfection ». L'identification de ce stade de développement de l'acte et de son régime avait toutefois paru dénuée d'intérêt au Professeur Hauser, ce dont témoigne le passage suivant : « Si la distinction entre la formation et les effets a une utilité didactique incontestable elle n'apporte aucune clarté notable sur le plan de l'analyse positive de la structure de l'acte. Il n'est pas question d'en nier les intérêts dans certains domaines comme par exemple le droit transitoire ou le droit des conflits en général, il n'est pas non plus question de méconnaître qu'à un moment donné l'acte juridique entre dans une phase nouvelle, mais ce passage point si tranché qu'on veut bien le dire, n'intéresse que l'histoire « événementielle » de l'acte, mais n'a pas sur le plan de son histoire « structurelle », une précision suffisante et des conséquences assez importantes pour constituer une division suprême »⁵⁵. On peut bien sûr y voir un avertissement. Tout en l'ayant à l'esprit, il convient toutefois de remarquer que la question présente un intérêt. Aux hypothèses classiques d'échelonnement des effets de droit, s'ajoutent des hypothèses contemporaines qui incitent à repenser la question du moment d'efficacité des actes. Elles illustrent la difficulté du passage de la politique juridique, qui manifeste souvent une volonté du législateur d'échelonner la production des effets, à la technique juridique, qui doit user de notions suffisamment précises pour en rendre compte. Par ailleurs, ces hypothèses ne paraissent pas pouvoir être envisagées au prisme de la distinction, à la fois très classique et propre au contrat, de la formation et de l'exécution⁵⁶. Trois exemples peuvent être donnés successivement. Ils interrogent le statut des intervenants étatiques et judiciaires dans le processus conduisant aux effets, le statut des changements de volonté de l'auteur de l'acte ou encore le statut des événements conditionnels liés aux effets de droit.

19. Le statut des intervenants étatiques et judiciaires – S'il n'est pas nouveau de remarquer que la constitution de l'acte juridique fait parfois intervenir des autorités particulières, qu'elles soient étatiques ou judiciaires⁵⁷, les modalités de cette intervention continuent d'évoluer au gré des besoins. Depuis quelques années, le législateur cherche à libéraliser certaines activités en usant de la technique contractuelle, mais en soumettant l'acte à une homologation obligatoire. Dès lors, le statut de cette homologation interroge : participe-t-elle de la formation d'un acte juridique complexe ou s'agit-il d'un acte dont l'efficacité demeure subordonnée à l'adjonction d'une condition de perfection ? Le Professeur Hauser se posait lui-même la question : « Est-ce un acte imparfait, auquel cas on retiendrait l'idée que

⁵⁴ On signalera en particulier les deux colloques organisés en 2004 sur cette question : *RDC* 2004/1, *Durée et contrats* ; *LPA* 9 novembre 2004, n° 224, *La date de naissance des créances*. Pour d'autres réf., v. *infra*, n° 434.

⁵⁵ HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (Contribution à la théorie générale de l'acte juridique)*, *Bibl. de dr. privé*, t. 117, LGDJ, 1971, §53.

⁵⁶ Sur laquelle : PENIN (O.), *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, Contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, *Bibl. de dr. privé*, t. 535, LGDJ, 2012 ; JAMIN (Ch.), « Pour en finir avec la formation du contrat ! », *LPA* 1998, n° 54, p. 25.

⁵⁷ DURAND (P.), « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », *RTD Civ.* 1944. 73 ; « Le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat », *RTD Civ.* 1948. 155.

l'homologation est un élément de l'acte lui-même ; est-ce un acte sous condition, auquel cas – au moins dans l'analyse courante de la condition – l'homologation ne serait qu'un élément extérieur ? »⁵⁸. L'interrogation n'est pas dénuée d'intérêt. De la nature juridique du procédé d'homologation dépendent en effet de nombreuses questions pratiques, notamment celle de savoir si une action en nullité peut être exercée postérieurement à l'homologation. Aujourd'hui cette question ne paraît pas complètement réglée et semble largement dépendre de la détermination du rôle joué par l'homologation⁵⁹. De la réponse à cette question semble également dépendre le statut de la volonté des parties à la convention : sont-elles définitivement engagées ou peuvent-elles au contraire se rétracter ? La problématique des changements de volonté est ici plus largement posée.

20. Le statut des changements de volonté – Le droit de repentir constitue un second exemple d'hypothèse dans laquelle le stade de perfection de l'acte juridique demeure incertain. En instaurant un droit de rétractation unilatérale dans certains contrats, le législateur poursuit un objectif légitime de protection des parties faibles. Désirant ménager un droit de regret alors que les parties se sont d'ores et déjà accordées, il permet exceptionnellement à l'une d'elles de changer d'avis. Comme le notait Mousseron, « si l'on veut comparer le consentement à l'union de deux anneaux, on dira que le deuxième anneau est bien engagé dans le premier, mais n'est pas encore fermé, le bénéficiaire de la faculté de dédit ayant, encore, le pouvoir de retirer son propre acte de volonté et de dissocier le consentement, et, partant, le contrat »⁶⁰. Or, si cet objectif concret est bien compris, encore faut-il savoir comment il doit être saisi par le droit et comment son insertion doit se faire au sein du processus qui mène à la production des effets de droit. Là encore, la technique juridique peine à saisir de tels changements de volonté. Le contrat est-il définitivement formé, mais susceptible de disparaître ? Est-il en cours de formation, soumis à une véritable *punctuation* ?⁶¹ Est-il formé, mais dispensé de produire des effets ? Il s'agit d'une interrogation qui n'est pas propre au contrat. Bien au contraire, elle se pose avec plus d'acuité pour l'ensemble des actes unilatéraux qui ne font l'objet d'aucune réglementation générale à l'heure actuelle. Encore récemment, on s'est demandé si un acte de rétractation ayant déjà produit son effet extinctif

⁵⁸ HAUSER (J.), « Le juge homologateur en droit de la famille », in : *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, XVIII^e colloque du CERCRID, Economica, coll. Études jur., 2001, p. 114, spéc. p. 123.

⁵⁹ Sur cette question : GOUJON-BETHAN (Th.), *L'homologation par le juge, Essai sur une fonction juridictionnelle*, Bibl. de dr. privé, t. 611, LGDJ, 2021.

⁶⁰ MOUSSERON (J.-J.), « La durée dans la formation des contrats », *Mél. Jauffret*, 1974, LGDJ, p. 509, spéc. p. 522. L'image a été reprise dans la nouvelle édition de l'ouvrage de *Technique contractuelle* : MOUSSERON (P.), RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Technique contractuelle*, dir. J.-M. Mousseron, Ed. Francis Lefebvre, 5^{ème} éd. 2017, n° 265.

⁶¹ Concept issu du droit allemand, la *punctuation* désigne une formation successive de l'acte juridique, « point par point », au sein de laquelle on peine à identifier des étapes. C'est dans ce sens que nous l'entendons ici, et non comme synonyme de l'accord passé au cours des négociations, dont on la rapproche parfois (v. : RIEG (A.), « La « punctuation », Contribution à l'étude de la formation successive des contrats », *Mél. Jauffret*, 1974, LGDJ, p. 593.

pouvait être rétracté⁶², les chambres de la Cour de cassation ayant retenu des solutions antagonistes⁶³. Il se pourrait que la réponse à cette question dépende de la perfection de l'acte, autrement dit du moment de son efficacité. Atias l'avait déjà pressenti en affirmant que « l'acte unilatéral ne peut être révoqué parce qu'il a produit un effet de droit ; son auteur ne peut se comporter comme si rien n'avait changé. Son initiative s'est inscrite dans ses rapports avec ceux qu'elle affecte ; il doit s'y tenir. L'acte est efficace par lui-même »⁶⁴. L'acte unilatéral parfait serait irrévocable, parce qu'ayant déjà produit son effet, en revanche l'acte unilatéral imparfait serait révocable, n'ayant pas encore produit effet. C'est cette solution que laisse entrevoir la possibilité laissée au testateur de révoquer librement son testament avant que celui-ci ne produise des effets ou encore l'efficacité conférée à la révocation de l'offre de contrat, intervenue avant la formation du contrat⁶⁵.

21. Le statut des événements conditionnels – La nature juridique des événements susceptibles de conditionner l'avenir d'un acte pose également question. Les actes juridiques sont en effet couramment formés en vue d'un événement futur et incertain qu'ils permettent d'anticiper. C'est le cas classiquement des actes passés en anticipation d'un mariage, qu'il s'agisse du contrat de mariage (art. 1397 c. civ.) ou des donations faites en vue du mariage (art. 1088 c. civ.). C'est le cas encore du testament, qui est souvent défini comme un acte « à cause de mort » : rédigé du vivant du testateur, il ne sera efficace qu'à compter de son décès. C'est le cas encore de tous les contrats qui requièrent un échelonnement en amont de l'accord définitif des parties, en particulier dans le droit de la vente : réitération par acte authentique, levée des conditions suspensives, fixation d'un terme qu'il est au pouvoir d'une partie de faire advenir, transfert de propriété subordonné au paiement préalable du prix, etc. Il existe un foisonnement d'étapes dont on peine à mesurer l'implication au sein du processus qui conduit à la production des effets de droit. Une telle présentation, volontairement désordonnée, laisse forcément place à des interrogations quant au statut de l'événement qui conditionne les effets. On y retrouve en effet des conditions qui sont tantôt de véritables modalités, en raison de leur caractère accessoire, voire accidentel, tantôt des conditions intimement liées à la qualification de l'acte. L'emploi du terme extrêmement polysémique de « condition » ne permet pas de saisir avec précision le rôle dévolu à ces divers événements dans la production des effets de droit. La question se pose ainsi de savoir s'il n'y a pas lieu d'identifier une catégorie volontairement englobante des « conditions de perfection » des actes juridiques, c'est-à-dire

⁶² BARBIER (H.), « Peut-on rétracter sa rétractation ? Étude de l'éclipse de volonté », *RTD civ.* 2020. 611 ; « Ébauche d'un régime général du droit de rétractation », *RTD civ.* 2016. 605.

⁶³ Refusant d'admettre la rétractation d'une rétractation : Civ. 3^{ème} 13 mars 2012, n° 11-12.232, *Bull. Civ. III*, n° 41 – Civ. 3^{ème} 13 février 2008, n° 06-20.334, *Bull. Civ. III*, n° 29. Acceptant de donner effet à la rétractation d'une rétractation : Civ. 2^{ème} 25 février 2010, n° 09-11.352, *Bull. Civ. II*, n° 43 – Civ. 1^{ère} 1^{er} juillet 2020, n° 19-12.855, Inédit. Pour une étude de ces arrêts, v. *infra*, n° 333.

⁶⁴ ATIAS (Ch.), « L'irrévocabilité relative de l'acte unilatéral », *D.* 2013, 1765, §14.

⁶⁵ Art. 1116 al. 2 et 3 c. civ. : « Elle (l'offre) ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable. La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat ». V. *infra*, n° 631 et s.

des conditions qui sont nécessaires au déploiement des effets de droit. La perfection pourrait ainsi servir de jalon du moment auquel les effets de droit peuvent être considérés comme acquis. Jusqu'alors la doctrine s'est plutôt montrée hostile à l'idée de traiter uniformément des actes dont le sort est lié à une simple condition suspensive et de ceux dont l'efficacité est en tout état de cause sous la dépendance d'un événement donné⁶⁶. Mais cela semble davantage lié à une volonté de préserver la cohérence du régime de la condition suspensive qu'à une impossibilité technique de replacer la condition suspensive dans une catégorie plus vaste. Aussi des auteurs notent que « la loi, parfois, dissocie les éléments nécessaires à la formation du contrat et ceux requis pour ses effets essentiels, ce que l'on appelle parfois sa perfection » ; avant de reconnaître cependant que « des difficultés en résultent »⁶⁷. Nous espérons résoudre ces difficultés en identifiant précisément la figure de l'acte juridique parfait.

22. Recherche du moment de perfection – Les illustrations précédentes permettent de constater une perte de repères dans le processus qui conduit à la production des effets de droit par l'acte juridique. Or, de tels repères sont essentiels à la sécurité juridique. Comme l'a noté un auteur, « le Droit ayant pour fonction de faire vivre les hommes harmonieusement dans une même société, il a besoin d'une dimension temporelle qui soit organisée et dont les repères soient communément partagés. Pour cela il est nécessaire de définir à partir de quand une situation juridique est créée, exécutée et produit ses effets »⁶⁸. Lorsqu'on cherche à savoir dans quelle mesure une action volontaire est susceptible de déclencher des effets de droit, on se prête donc à la recherche d'un moment « décisif ». L'acte est parfait ou ne l'est pas. Une transformation doit opérer par l'acte juridique, au moyen de ce dernier, en faisant un « instrument de conversion d'une situation initiale, ressentie comme imparfaite, en une situation finale jugée plus désirable »⁶⁹. La perfection doit créer un basculement, de l'opération juridique en puissance à la réalisation de l'opération juridique. Selon cette logique binaire, l'acte juridique est parfait s'il produit les effets de droit en vue desquels il s'est formé et il est imparfait tant qu'il ne produit pas ces mêmes effets. La perfection ne souffre donc d'aucun échelonnement : elle constitue un instant décisif, qui « marque le cours du temps » et qui « fixe le rang des droits »⁷⁰. Cela ne signifie pas que l'on doive abandonner toute approche graduée au profit d'une approche binaire⁷¹. Les deux logiques ont

⁶⁶ V. not. : LATINA (M.), *Essai sur la condition en droit des contrats*, Bibl. de dr. privé, t. 505, LGDJ, 2009, §130 et s. ; BLEUSEZ (M.), th. préc., §225 et s. et « Caducité et défaut d'efficacité : la non-survenance des conditions de perfection et des conditions suspensives », *RDC* 2023/2, p. 109, §3-4 ; GOUJON-BETHAN (Th.), th. préc., §109. V. toutefois : CHAABAN (R.), *La caducité des actes juridiques, Étude de droit civil*, Bibl. de dr. privé, t. 445 LGDJ, 2006, §343 et s.

⁶⁷ MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligations*, Coll. Droit civil, LGDJ, 12^{ème} éd., 2022, §832.

⁶⁸ CRESP (M.), *Le temps juridique en droit privé, Essai d'une théorie générale*, PUAM, 2013, §90.

⁶⁹ La formule est empruntée à J. Rochfeld qui décrit ici la fonction des « actes de volontés » et plus précisément du contrat, ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, Bibl. de dr. privé, t. 311, LGDJ, 1999, §1.

⁷⁰ PUTMAN (E.), « Le temps et le droit », *Dr. et patr.*, janv. 2000, n° 78, p. 43.

⁷¹ HAUSER (J.), th. préc., §53 : « À une division générale fondée sur le moment nous avons préféré une division de type « vertical » qui permette de mettre d'abord en évidence des types fondamentaux d'interaction entre la volonté et des éléments objectifs ». L'idée avait déjà été formulée quelques années avant : HÉBRAUD (P.), « Rôle

en réalité vocation à se compléter. L'identification de l'acte juridique parfait doit permettre de résoudre des problèmes techniques qui ne se posent pas en termes d'échelonnement du processus de formation, mais qui reposent plutôt sur une dissociation (voire sur une concomitance volontairement recherchée) entre la formation et la perfection d'un même acte juridique.

23. Recherche sur le mode opératoire des actes – Incidemment, la recherche de l'acte juridique parfait invite à identifier le mode opératoire des actes juridiques, autrement dit, à rechercher à quelles conditions et à quel moment l'acte peut produire effet⁷². Or, depuis la thèse de M. Putman dédiée à *La formation des créances*⁷³, la question est régulièrement posée de savoir à quel moment exact naissent les obligations. Si on écarte l'idée d'une formation successive de l'obligation elle-même⁷⁴, c'est donc à la recherche d'un moment décisif que l'on se prête. Nous souscrivons en effet à l'idée que l'obligation, en tant qu'elle remplit une fonction de garantie⁷⁵, doit naître à un instant précis. En ce sens, M. Aynès note qu'« une créance, comme un être vivant, est ou n'est pas. Elle n'est pas jusqu'à ce qu'elle soit. Le processus peut être lent, long, rapide ou fulgurant. Mais il y a bien un moment où l'on peut dire qu'elle existe »⁷⁶. Si la question ainsi posée ne semble concerner que la figure classique du contrat créateur d'obligations, elle s'étend en réalité aux actes unilatéraux. Le moment d'efficacité de ces actes est encore plus délicat à identifier en raison de l'absence déjà soulignée de réglementation générale des actes unilatéraux. Ils sont pourtant omniprésents : d'une part, il a été remarqué que le contrat lui-même faisait de plus en plus de place à l'unilatéralisme⁷⁷, d'autre part, le phénomène de procéduralisation qui atteint le contrat a conduit à la multiplication des actes unilatéraux tels que la mise en demeure ou la notification, voire à la création de certains d'entre eux, tels que l'action interrogatoire⁷⁸. La détermination d'un principe quant au moment de production des effets de droit par l'acte juridique paraît

respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », *Mél. Maury*, Dalloz, 1960, t. II, pp. 419-476.

⁷² La question du mode opératoire des actes intéresse rarement la doctrine. Néanmoins un auteur emploie l'expression : LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les effets du contrat », art. préc., p. 211. V. égal., qui évoque les « modes d'efficacité de l'acte unilatéral » : MARTIN DE LA MOUTTE (J.), th. préc., §341.

⁷³ PUTMAN (E.), *La formation des créances*, th. dactyl. Aix-Marseille, 1987.

⁷⁴ Tandis qu'on distingue classiquement la naissance de la créance et son exigibilité, des auteurs procèdent à un démembrement des éléments de l'obligation. Cela leur permet d'appliquer aux créances un principe de naissance successive. En ce sens, v. essentiellement : FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Nvll. Bibl. de thèses, vol. 116, Dalloz, 2012 ; AUDIT (P.-E.), *La « naissance » des créances, Approche critique du conceptualisme juridique*, Nvll. Bibl. de thèses, t. 141, Dalloz, 2015.

⁷⁵ Sur cette approche, v. *infra*, n° 123

⁷⁶ AYNÈS (L.), « Rapport de synthèse », *LPA* 2004, n° 224, p. 61, §1. À propos de la thèse d'une naissance échelonnée des créances, l'auteur note « cette vue des choses inexacte. La naissance d'une créance, comme celle d'un être humain ou d'une planète, est un événement unique, qui s'inscrit instantanément dans le temps, et s'impose à tous. À un certain moment, les éléments formateurs sont réunis et ils le sont à l'égard de tous » (§4).

⁷⁷ *Dossier AJ Contrat : La modification unilatérale du contrat*, 2020, n° 8-9, p. 307 et s. ; LEMAY (P.), *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Bibl. de thèses, Mare et Martin, 2014 ; *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Economica, coll. Études juridiques, 1999.

⁷⁸ CROZE (H.), « Une vision procédurale de la réforme des obligations », *Procédures* 2016, n° 4, Étude 3 ; LAGARDE (X.), « Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires », *D.* 2017, 715.

donc nécessaire, notamment pour savoir à quel instant naissent les obligations. Constituant un moment décisif dans la vie de l'acte, la notion de perfection doit permettre d'identifier le moment et les conditions nécessaires à la production des effets de droit. Elle présente d'autant plus d'intérêt que le législateur tire parfois des conséquences très concrètes de la perfection des actes. Par exemple, pour régler le sort des avantages matrimoniaux entre époux, il distingue ceux ayant pris effet pendant le mariage et ceux ne prenant effet qu'à la dissolution du régime matrimonial (art. 265 c. civ.). Même si le terme « parfait » n'est pas employé, nous verrons que cela revient à régler le sort de l'acte selon que sa perfection est acquise ou à venir⁷⁹.

24. Figure de l'acte imparfait – Si l'acte juridique est parfait lorsqu'il produit des effets de droit et non lorsqu'il est simplement formé dans l'ordre juridique, il doit également être possible d'identifier des actes juridiques imparfaits, c'est-à-dire qui sont formés, mais qui ne réalisent pas encore leurs effets. Avec le potentiel report de l'efficacité des actes à un stade ultérieur à leur formation, se pose alors la question du régime de l'acte imparfait. Tout d'abord, on peut se demander quel doit être le statut de cet acte : peut-il souffrir d'une certaine incomplétude au moment de sa formation ? Produit-il des effets « provisoires » ? Doit-il perdurer sans limite de durée ? Le postulat d'une efficacité immédiate de l'acte ne permet pas, pour l'instant, d'envisager de telles questions. Des règles éminemment classiques, qui ont été établies sur la base de ce postulat, pourraient donc être remises en cause du fait de la potentielle discordance entre la formation et la perfection de l'acte. Cela pourrait notamment être le cas des conditions de validité, dont on sait qu'elles doivent normalement être réunies au moment de la formation de l'acte, mais dont certains auteurs plaident pour l'examen ultérieur⁸⁰. Le Code civil subordonne par exemple la validité du contrat de vente à la propriété du vendeur, mais on pourrait envisager que l'absence de propriété soit simplement un obstacle temporaire à son efficacité. Plus largement, l'ensemble des conditions qui font seulement obstacle à la réalisation de l'opération juridique pourraient devenir des conditions de perfection de l'acte. Les progrès conduits dans la théorie des nullités vont d'ailleurs en ce sens, Japiot ayant démontré que l'action en nullité porte moins sur l'état de l'acte juridique que sur ses effets⁸¹. Une distinction très nette pourrait donc être établie entre les conditions de validité et les conditions de perfection et une redistribution des catégories pourrait s'avérer nécessaire. *In fine*, l'étude de l'acte juridique parfait pourrait permettre d'identifier la notion qui constitue le revers de la caducité, un vice « congénital » affectant depuis toujours cette notion. Tout en consacrant expressément la caducité à l'art. 1186 du code civil, comme une sanction de la disparition d'un « élément essentiel » en cours d'exécution, la réforme de 2016 n'a en effet apporté aucune précision sur l'identité

⁷⁹ V. *infra*, n° 367.

⁸⁰ Récemment en ce sens : BARBIER (H.), « Pour la validité de la condition suspensive portant sur la disponibilité de la chose objet de contrat », *RTD civ.* 2019. 331 ; « Le contrat sur une chose indisponible sous condition de sa disponibilité future... éloge de l'anticipation contractuelle », *RTD civ.* 2018. 379.

⁸¹ V. *infra*, n° 378 et s.

de ces éléments. On ne sait donc pas ce que « sanctionne » la caducité, au contraire de la nullité dont on sait qu'elle sanctionne un défaut de réunion des conditions de validité. Peut-être est-ce alors l'occasion de remarquer qu'outre les conditions de formation et de validité, l'acte juridique obéit à des conditions de perfection dont le défaut ou la perte justifie la mise en œuvre de la caducité. L'acte imparfait pourrait être atteint par la caducité s'il ne parvient pas à se parfaire ou s'il perd un élément qui assurait jusqu'alors sa perfection. Un tel parallèle entre la perfection et la caducité avait déjà été suggéré par Martin de la Moutte dans sa célèbre étude dédiée à *L'acte juridique unilatéral*. Il avait pressenti que l'acte imparfait donne naissance à « une situation juridique incertaine destinée à disparaître, soit par la caducité, soit par sa perfection définitive »⁸². Il convient de rechercher si cette intuition peut être confirmée pour l'ensemble des actes juridiques.

25. L'intérêt de l'étude commence donc à se dessiner et soulève diverses questions afférentes à l'efficacité des actes juridiques. L'ensemble des actes n'a toutefois pas vocation à être étudié, raison pour laquelle il convient désormais de préciser le domaine de l'étude.

B - Domaine de l'étude

26. **Étude de droit privé** – La théorie générale de l'acte juridique visant « à assurer la participation optimale de l'individu à la construction de l'ordre juridique dans lequel il vit »⁸³, l'acte juridique constitue assez logiquement une notion interdisciplinaire. Si elle intéresse tous les domaines du droit, il nous faut toutefois cantonner notre étude au droit privé et procéder à une série d'exclusions.

27. **Exclusion des actes de droit public** – La distinction entre le droit privé et le droit public est une division éminemment classique de notre droit. Sans surprise, elle atteint les actes juridiques, selon la qualité publique ou privée de l'auteur de l'acte⁸⁴. S'agissant d'une étude de droit privé, les actes de droit public seront donc exclus. Cette exclusion se justifie essentiellement par l'objet particulier de ces actes par rapport à ceux du droit privé⁸⁵. Comme l'expliquent des auteurs, dans les premiers « la personne est requise d'agir pour le bien de la communauté ou d'une partie de celle-ci, délimitée sans intervention de l'amitié ou autre relation personnelle », alors que dans les deuxièmes, l'auteur agit « suivant ses désirs

⁸² MARTIN DE LA MOUTTE (M.), th. préc., §95. Sur les branches de cette alternative, v. *infra*, n° 713 et s.

⁸³ HAUSER (J.), « L'apport du droit économique à la théorie générale de l'acte juridique », *Mél. Derruppé*, Litec, 1991, p. 1.

⁸⁴ ALBIGES (Ch.), *Introduction au droit*, Coll. Paradigme, Bruylant, 8^{ème} éd. 2023, §262.

⁸⁵ Il est délicat de définir positivement ce qu'est un acte de droit privé. On peut s'appuyer sur la définition qu'en donnait Daniel Nettelblatt, qui les définissait comme « ceux qui concernent les droits et les obligations des sujets entre eux, notamment les testaments, les donations, la vente, le bail, la lettre de change, etc. », NETTELBLADT (D.), *Politische Vorschläge zu der Verbesserung der juristischen Vorlesungen auf hohen Schulen*, Rengersche Buchhandlung, 1750, p. 44, cité et trad. par : KNETSCH (J.), « L'acte juridique et le nouveau droit français des obligations, Réflexions sur les pérégrinations franco-allemandes d'un concept juridique », art. préc., spéc. §9.

personnels orientés soit vers on bien propre, soit vers celui d'autrui qu'elle souhaite favoriser »⁸⁶. Si l'opposition n'est point si tranchée et quelque peu caricaturale, elle constitue un point de départ intéressant pour tenter de cerner ce qui fait la spécificité de l'acte juridique en droit privé. La notion d'intérêt (intérêt public ou intérêt privé donc) tient ainsi une place importante, tel que nous le détaillerons au cours de cette étude⁸⁷. L'acte qui repose sur la défense d'un intérêt public ne saurait donc fonctionner selon une logique identique à l'acte qui repose sur la défense d'un intérêt privé. Afin de ne pas mélanger ces deux logiques, nous ne traiterons donc que des actes du droit privé. L'exclusion des actes de droit public ne doit toutefois pas nous conduire à ignorer les travaux très importants qui ont été consacrés à la notion d'acte juridique par la doctrine publiciste. La notion trouve en effet naturellement sa place en droit public en raison de l'unilatéralisme qui caractérise l'action de l'administration et qui rend ainsi la figure du contrat insuffisante pour appréhender les relations de l'administration avec ses administrés⁸⁸. Cet état de fait a conduit de nombreux auteurs, au premier rang desquels on trouve Duguit⁸⁹ et Eisenmann⁹⁰, à approfondir la connaissance de la notion d'acte juridique par l'élaboration d'une théorie de l'acte administratif qui s'avère plus aboutie que les développements consacrés par les privatistes à la notion générale d'acte juridique. Les avancées conduites par ces auteurs seront donc précieuses même si les actes de droit administratif ne seront pas directement étudiés. On exclura également du champ de la recherche les actes juridiques dits « normatifs » tels que les lois ou les règlements, qui sont de véritables actes d'édiction de règles, au contraire des actes juridiques du droit privé. Ces derniers se retrouvent en effet à un niveau micro juridique et sont donc « institutionnalisés » par les premiers⁹¹. Autrement dit, ils ne se situent pas sur le même plan.

28. Exclusion des actes de procédure – Nous procéderons également à l'exclusion des actes de procédure. Au premier abord, une telle limitation peut paraître contestable pour au moins deux raisons. Tout d'abord parce que l'acte de procédure est à n'en pas douter un acte juridique. À suivre M. Cornu, il est « une espèce d'acte juridique, dans la plus pure définition », un « acte de volonté destiné à produire

⁸⁶ MACCORMICK (N.), BANKOWSKI (Z.), « La théorie des actes de langage et la théorie des actes juridiques », *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, dir. P. Amssele, PUF, 1986, p. 195, spéc. p. 206.

⁸⁷ V. *infra*, n° 47 et s.

⁸⁸ La place centrale de l'acte unilatéral en droit administratif est toutefois à nuancer car le contrat administratif est devenu un outil privilégié de l'action administrative, depuis un certain nombre d'années maintenant. Il n'en demeure pas moins qu'historiquement, l'acte juridique est mis davantage en avant grâce à la théorie des actes administratifs.

⁸⁹ DUGUIT (L.), « Théorie générale de l'acte juridique », *RDP*, 1919, t. XXXVI, p. 313.

⁹⁰ EISENMANN (Ch.), *Cours de droit administratif*, t. II, LGDJ, Lextenso éd., Coll. Anthologie du droit, 2014.

⁹¹ Comme l'expliquait Mousseron, l'ordre juridique est réparti en deux ordres distincts : le macro-droit et le micro-droit. Comme le rapporte un auteur, à suivre cette conception, il est donc possible « d'ordonner le droit positif sur base d'une hiérarchie entre un « macro-droit », établi par les autorités publiques, et un « micro-droit », dont l'élaboration est laissée aux opérateurs eux-mêmes », FONTAINE (M.), Préface aux *Mél. J.-M. Mousseron*, CDE Montpellier, 2001, p. 35, §5. Les actes du droit privé semblent être par essence des actes juridiques qui appartiennent au micro-droit. En ce sens : JESTAZ (Ph.), *Autour du droit civil, Écrits dispersés – Idées convergentes*, Dalloz, 2005, p. 198, « En émettant un acte juridique, les agents économiques ont obtenu le résultat normal qu'ils souhaitaient : du micro-droit sur mesure, à l'ombre tutélaire du macro-droit ».

des effets de droit, lesquels se développent ici dans un double plan, en s'appliquant, d'une part au déroulement de l'instance, d'autre part, à la matière du litige »⁹². Ensuite, parce que la théorie générale de l'acte juridique semble pouvoir être étendue aux actes du procès, comme Mme Mayer en a fait la démonstration⁹³. Si on doit tout de même procéder à cette exclusion, c'est en raison de la particularité que le procès imprime à l'ensemble des actes qui sont pris dans son cadre, en constituant un ordre juridique à part entière⁹⁴. Or, nous avons vu que la considération de l'ordre juridique est essentielle pour appréhender le mode opératoire de l'acte juridique⁹⁵. Tout acte du procès, qu'il émane du juge ou des parties, se voit ainsi assigner une fonction première qui est en lien direct avec l'objectif d'avancée de l'instance⁹⁶. Ce faisant, les actes de procédure doivent être exclus de notre étude dans la mesure où la logique processuelle leur confère des spécificités très marquées. Il s'agit bien sûr d'un phénomène qui est très intéressant. On peut penser que l'acte de procédure réalise une véritable « opération procédurale »⁹⁷ qui mériterait d'être rapprochée du *negotium* accompli par tout acte juridique. Cela permettrait de classer les actes de procédure en fonction leur effet procédural. La prise en compte de cette opération serait du reste intéressante pour justifier le mode opératoire de l'acte, c'est-à-dire la nature des conditions nécessaires au développement de ses effets. Pour ne prendre qu'un exemple significatif, il apparaît que la plupart des actes de procédure doivent faire l'objet d'une notification parce qu'ils doivent permettre l'avancée de l'instance, laquelle ne peut intervenir que par l'information délivrée aux parties. L'opération accomplie par l'acte lui dicte donc des conditions de formation spécifiques, notamment un caractère réceptice⁹⁸. Ce même lien d'instance entraîne toutefois une « fonctionnalisation » des actes de procédure dans le procès, au sein duquel la loi détermine les pouvoirs et devoirs des participants⁹⁹, ce qui rendrait selon nous artificielle leur étude dans le cadre d'un travail dédié à la notion générale d'acte juridique et qui pourrait du reste, constituer un sujet à part entière. On peut également craindre que l'étude des actes de procédure nous conduise à opérer des raccourcis

⁹² CORNU (G.), « L'élaboration du Code de procédure civile », in : *La codification*, Dalloz, 1996, p. 72. En ce sens égal., HÉRON, « Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé », *Droits* 1987/7, p. 85 : « Que l'acte de procédure soit un acte juridique n'est pas discuté et n'est pas vraiment discutable ».

⁹³ MAYER (L.), *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, Bibl. de l'IRJS – André Tunc, t. 20, 2009.

⁹⁴ Selon un auteur, les actes de procédure ont vocation à s'insérer dans un « nouvel espace juridique formé par la relation triangulaire » qui unit les parties et le juge, MULLER (Y.), *Le contrat judiciaire en droit privé*, th. dactyl. Paris, 1995, §339. Cette autonomie du procès par rapport au reste de l'ordonnement juridique est même utilisée par certains auteurs pour présenter le système juridique dans son ensemble. Dans sa présentation du droit privé allemand, Mme Ferrand oppose ainsi le « cadre juridictionnel » et le « cadre juridique », ce dernier incluant les actes et faits juridiques du droit de la famille et des affaires. V. le sommaire détaillé : FERRAND (F.), *Droit privé allemand*, Précis Dalloz, 1997.

⁹⁵ V. *supra*, n° 16.

⁹⁶ *Rép. Proc. Civ. Dalloz*, « Actes de procédure », G. MAUGAIN, 2023, §3-4.

⁹⁷ L'expression est empruntée à Mme Mayer : MAYER (L.), th. préc., p. 203.

⁹⁸ Art. 651 al. 1^{er} CPC : « Les actes sont portés à la connaissance des intéressés par la notification qui leur en est faite ».

⁹⁹ CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, Thémis droit, PUF, 3^{ème} éd., 2020, §356 ; CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), MAYER (L.), GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, Précis Dalloz, 36^{ème} éd., 2022, §420 ; CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 11^{ème} éd., 2020, §481.

dommageables entre les attributs procéduraux, tels que l'autorité ou la force de chose jugée, et des concepts classiquement mobilisés pour traiter des actes juridiques du droit privé, tels que la force obligatoire. Qui plus est, l'étude des actes du procès pose la question des rapports entre les effets substantiels attachés au jugement et les effets produits par les actes juridiques du droit privé. Les deux types d'actes sont en effet susceptibles d'interférer, notamment lorsque le juge fait office de « coopérant » dans une opération à procédure. Pour l'ensemble de ces raisons, nous avons fait le choix d'exclure les actes de procédure du champ de cette étude.

29. Exclusion des actes d'état civil – Les actes d'état civil seront également exclus du domaine de notre étude. Deux raisons principales dictent cette exclusion. La première est relativement proche de celle déjà exposée à propos des actes de procédure, dont on a vu qu'ils répondaient à une fonction spécifique impliquée par la particularité que leur imprime le lien d'instance. De la même manière, les actes d'état civil constituent un outil non négligeable de police civile¹⁰⁰, qui leur assigne une fonction spécifique. Ils peuvent en effet être définis comme des « *écrits dans lesquels l'autorité publique constate, d'une manière authentique, les principaux événements, d'où dépend l'état des personnes* »¹⁰¹. Ils émanent donc d'une autorité publique et sont dressés avant tout pour les besoins de celle-ci. Bien sûr il ne faut pas ignorer que les actes d'état civil sont d'une utilité certaine pour les personnes privées et que l'état civil est devenu un lieu privilégié pour la promotion de l'épanouissement personnel¹⁰². Reste que l'état civil demeure un outil important de recensement et de régulation des individus qui, s'il se veut être le reflet d'une société en mutation constante, sert avant tout l'intérêt de l'État. Il serait donc artificiel de procéder à l'étude du mode opératoire des actes d'état civil dans une étude qui porte également sur les actes pris par les personnes privées, pour leurs besoins individuels exclusivement. Ensuite, on peut sérieusement douter que l'acte d'état civil soit un acte juridique au sens où le définit l'art. 1100 du code civil. D'une part, l'acte d'état civil est un *instrumentum*, c'est-à-dire un document, dont nous verrons qu'il ne doit pas être confondu avec l'acte juridique. D'autre part, l'acte d'état civil n'est pas un *negotium*, c'est-à-dire le produit d'un acte juridique à part entière. Bien au contraire : l'acte d'état civil permet de constater et d'enregistrer aussi bien des faits juridiques (naissance, mort, changement de domicile, etc.) que des actes juridiques (mariage, reconnaissance d'enfant, divorce, etc.). Sa fonction est donc de répertorier officiellement des faits juridiques qui se sont déjà produits et des actes juridiques qui se sont déjà formés, de sorte à en être le « parfait reflet »¹⁰³. L'autorité qui dresse l'acte d'état civil ne manifeste donc pas sa volonté en vue de produire un nouvel effet de droit. Elle apporte son concours à l'établissement d'un document permettant de prouver et de faire valoir des droits acquis sur la base

¹⁰⁰ LEROYER (A.-M.), « La notion d'état des personnes », *Mél. Gobert, Economica*, 2004, p. 247, spéc. p. 248.

¹⁰¹ Civ. 1^{ère} 14 juin 1983, n° 82-13.247, *Bull. civ. I*, n° 174. V. égal. : *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Actes de l'état civil », Y. FAVIER, 2023, §2.

¹⁰² ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, PUF, 3^{ème} éd., 2022, §15 et s.

¹⁰³ BRUGGEMAN (M.), « Le rôle de l'état civil », in : *L'état civil dans tous ses états*, dir. Claire Neirinck, Droit et société, LGDJ, 2008, p. 28.

d'une situation juridique préexistante. Pour l'ensemble de ces raisons, nous ne traiterons donc pas des actes d'état civil. Cela n'enlève évidemment rien à l'intérêt des nombreuses questions qui peuvent se poser quant aux conditions de leur efficacité. La problématique de circulation des actes d'état civil et de leur efficacité transfrontière en est un exemple significatif¹⁰⁴.

30. Exclusion des preuves écrites – Dans la suite logique de l'exclusion des actes d'état civil en raison de leur appartenance à la catégorie de l'*instrumentum*, ce sont plus largement l'ensemble des preuves écrites qui ne seront pas étudiées parce qu'elles ne sont pas des actes juridiques à part entière. Elles permettent en effet de prouver des actes juridiques, mais ne doivent pas être confondues avec ces derniers. Si la distinction entre la preuve et l'acte juridique paraît bien acquise¹⁰⁵, il nous semble nécessaire de procéder formellement à cette exclusion parce que la question de l'efficacité des modes de preuve est fort intéressante et aurait pu faire l'objet d'un traitement similaire à celui que nous ferons pour les actes juridiques. D'une part, l'art. 1367 constitue l'une des rares dispositions du Code civil à employer le terme « perfection ». L'article énonce en son alinéa 1^{er} que « *la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur. Elle manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte* ». Sans qu'il ne soit pour l'instant nécessaire de s'attarder sur la signification de la perfection dans cette disposition¹⁰⁶, on doit remarquer qu'un lien est établi entre la perfection et la problématique générale d'efficacité des preuves écrites. Il serait donc possible d'étudier leurs conditions d'efficacité. D'autre part, des interrogations fondamentales se posent à l'endroit des preuves et de leur force probante, qu'on pourrait considérer comme un véritable effet de droit. Comme l'avait remarqué Japiot, « la rédaction même d'un instrument purement probatoire tend vers un but juridique ; car ajouter à l'existence théorique d'un effet juridique une sécurité de fait, une force, une certitude, des chances de conservation plus grandes, c'est bien encore un but juridique »¹⁰⁷. Un parallèle pourrait ainsi être envisagé, par exemple, entre la force probante de l'*instrumentum* et la force obligatoire du contrat. On oppose d'ailleurs les preuves « parfaites » et les preuves « imparfaites » selon l'intensité de leur force probante et la jurisprudence a fourni des illustrations de l'importance que revêt l'identification des conditions de constitution d'une preuve parfaite. La Cour de cassation a ainsi pu juger qu'un acte authentique ne devait pas être dégradé en acte sous seing privé en cas de défaut d'annexion d'une procuration¹⁰⁸. Là encore on ne peut ignorer l'intérêt de ces questions. Toutefois leur exclusion nous semble nécessaire pour ne

¹⁰⁴ Sur cette question, v. not. : Civ. 1^{ère} 4 juin 2009, n° 08-10.962 et n° 08-13.541, *Bull. Civ. I*, n° 115 et 116 – Civ. 1^{ère} 14 novembre 2017, n° 07-10.935, *Bull. Civ. I*, n° 356.

¹⁰⁵ VERGÈS (E.), VIAL (G.), LECLERC (O.), *Droit de la preuve*, Thémis droit, PUF, 2^{ème} éd., 2022, §164.

¹⁰⁶ Sur laquelle, v. *infra*, n° 68.

¹⁰⁷ JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, Éd. La mémoire du droit, rééd. de l'éd. de 1909, Rousseau, Paris, 2017, p. 240.

¹⁰⁸ Civ. 1^{ère} 22 mars 2012, n° 11-11.925, *Bull. Civ. I*, n° 66 ; *RDC* 2012/4, p. 1209, note R. Libchaber ; *D.* 2012, 890, obs. L. Aynès ; *D.* 2013, 1574, obs. A. Leborgne ; *AJDI* 2012, 532, note N. Le Rudulier ; *JCP G* 2012, n° 9, 263, note Ph. Delebecque.

pas mettre sur le même plan l'acte juridique et sa preuve. Bien évidemment cela ne nous dispensera pas d'interroger le rôle que joue la preuve dans le processus de perfection de l'acte juridique. L'efficacité de la preuve écrite ne sera en revanche pas étudiée pour elle-même¹⁰⁹.

31. La recherche de l'acte juridique parfait intéressera donc seulement les actes de droit privé, avec certaines exclusions qui paraissent nécessaires pour assurer la cohérence de l'étude. Le domaine de la recherche étant mieux circonscrit, il convient en dernier lieu de préciser la méthode qui sera suivie pour la mener à bien.

C - Méthode de l'étude

32. Mesure du caractère opératoire de la perfection – La définition retenue de la perfection étant stipulative, elle repose sur un présupposé et a vocation à résoudre un problème donné¹¹⁰. En l'occurrence, le présupposé véhiculé par la définition correspond à l'idée que l'acte juridique obéit à des conditions qui lui permettent, à un *moment t*, de produire les effets de droit recherchés. Il convient donc de vérifier s'il existe bel et bien un stade suffisamment identifiable à partir duquel l'acte juridique peut être qualifié de parfait. Un moyen très concret permet de s'en assurer : il faut rechercher si, parmi la diversité des actes juridiques du droit privé, il est possible d'établir des catégories en fonction du moment auquel un acte juridique réalise sa finalité. Autrement dit, il faut rechercher si une classification des actes juridiques suivant le moment de perfection est envisageable.

33. Entreprise de classification – Objectivement, la classification correspond à l' « *action de regrouper systématiquement les éléments homogènes ou hétérogènes d'un ensemble en tableau rationnel comportant une division majeure fondée sur un critère dominant (...)* »¹¹¹. Pour procéder à une classification des actes juridiques, il convient donc de les regrouper dans des catégories distinctes. Autrement dit, il convient de « réunir sous un même terme ou une même étiquette, des éléments de la réalité réputés partager des caractéristiques juridiques communes »¹¹². La mise en rapport de ces catégories quant à un trait caractéristique permettra de les opposer et de faire émerger la classification, le critère étant ici le moment de perfection de l'acte juridique. Pour que cette classification se révèle pertinente, elle devra satisfaire à des exigences formelles et substantielles. D'un point de vue formel, le critère adopté devra être suffisamment précis pour que les catégories ne se recoupent pas. Dans le même

¹⁰⁹ LEFORT (D.), *La rétraction des actes juridiques en droit privé français, Contribution à l'étude de la formation des actes juridiques*, th. dactyl. Paris II, 1981, §57 : « Alors qu'un acte juridique-procédure est parfait ou imparfait, qu'un acte juridique-norme est valable ou nul, un acte probatoire est exact ou inexact, selon qu'il est conforme ou non à la réalité ».

¹¹⁰ TROPER (M.), « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, 1989, n° 10, p. 101, spéc. p. 102.

¹¹¹ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, « Classification ».

¹¹² CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *op. cit.*, §526.

ordre d'idée, le critère devra être unique, une classification pertinente reposant toujours sur un élément distinctif. Il conviendra donc de définir précisément ce que recouvre la « perfection » de l'acte juridique, mais aussi de s'assurer que la perfection se présente bel et bien comme un moment décisif, insusceptible d'être échelonné. Une fois établie, la classification ne doit évidemment pas être une fin en soi. D'un point de vue substantiel, la classification révélera sa pertinence au regard de l'objectif qui lui avait été assigné¹¹³. Pour ce faire, elle devra tout d'abord présenter une valeur explicative et pédagogique¹¹⁴. On espère ainsi qu'elle puisse « renforcer la rationalité et la cohérence du droit »¹¹⁵ en éclairant la problématique de l'efficacité des actes sous un jour différent, qui n'a évidemment pas vocation à éclipser toutes les autres approches, mais plutôt à les compléter. Si l'on suit la démonstration de M. Bergel, la classification établie devra plus précisément permettre de dégager un régime juridique propre à chaque catégorie¹¹⁶.

34. La thèse soutenue : une *summa divisio* – Partant de l'idée qu'il s'applique à l'acte une « loi de la finalité », Jhering avait remarqué « que le but peut se rattacher au fait d'une double manière. Il peut être dirigé vers l'effet produit par le fait **pendant** l'acte de sa réalisation, ou vers celui qu'il produit **après** son accomplissement » (nous soulignons)¹¹⁷. Cette formule, qui repose sur l'identification d'une loi de la finalité que l'on sait pouvoir appliquer à l'acte juridique¹¹⁸, nous met sur la piste d'une *summa divisio* : l'acte juridique serait parfait tantôt immédiatement et donc concomitamment à sa formation, tantôt ultérieurement à celle-ci. Pour identifier le moment de perfection d'un acte juridique donné, il faudrait donc savoir à quelle catégorie il appartient, ce qui devrait également permettre de préciser son régime juridique en conséquence. Dès à présent, il nous paraît nécessaire de pouvoir nommer ces deux catégories. Dans cette optique, deux termes spécifiques nous semblent susceptibles d'éclairer la distinction, selon que l'acte réalise sa finalité concomitamment à sa formation ou ultérieurement à celle-ci. L'acte parfait immédiatement se présente comme un acte performatif, qui « fait en même temps qu'il est ». L'acte parfait ultérieurement (et éventuellement) se présente à l'inverse comme un acte prospectif, « qui fera après avoir été ». Nous prendrons évidemment le temps de justifier le choix de ces termes ultérieurement. Pour l'heure, il convient de préciser que le statut de *summa divisio* de la distinction proposée dépendra de la réussite de la classification : il devra être possible de classer l'ensemble des

¹¹³ Comme l'a démontré Eisenmann, la pertinence de la classification ne peut pas être mesurée « dans l'air », mais doit l'être à partir du « problème envisagé », EISENMANN (Ch.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD*, 1966, p. 25, spéc. p. 37.

¹¹⁴ La classification se présente comme un « instrument principalement technique, qui fait entrer les réalités dans des cadres destinés à en préciser les contours et à rendre plus aisée et plus sûre l'adaptation de la discipline juridique à la vie (catégories juridiques) », GÉNY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, t. 1, §52, p. 155.

¹¹⁵ BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique, Fondamentale et appliquée*, PUF, Thémis droit, 3^{ème} éd. 2018, §63 ; *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd. 2012, §180.

¹¹⁶ BERGEL (J.-L.), « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD Civ.* 1984. 255.

¹¹⁷ JHERING (R. Von), *L'évolution du droit (Zweck im recht)*, trad. O. de Meulenaere, 3^{ème} éd., Librairie A. Marescq, 1901, §5 et §8.

¹¹⁸ V. *supra*, n° 16.

actes étudiés, pour les faire entrer soit dans la catégorie des actes performatifs, soit dans la catégorie des actes prospectifs. La division tire en effet son caractère suprême, non pas de son importance première, mais de son aptitude à saisir l'ensemble des actes d'après le critère arrêté, qui se trouve être ici le moment de perfection. Il ne doit donc pas être possible d'opérer une division plus fondamentale de l'ensemble considéré, d'après le moment de perfection¹¹⁹.

35. Plan – Notre étude sera naturellement divisée en deux parties. Elle s'attachera à démontrer que si la plupart des actes juridiques sont parfaits par l'achèvement de leur processus de formation, en faisant des **actes performatifs** (Première partie), d'autres ne sont parfaits qu'à l'issue d'une période intermédiaire affectée d'éventualité, en faisant des **actes prospectifs** (Seconde partie).

¹¹⁹ Sur le statut de la *summa divisio*, v. : LAKSSIMI (T.), *La summa divisio des droits réels et des droits personnels, Étude critique*, Nulle. Bibl. de thèses, vol. 155, Dalloz, 2016, §1.

PREMIÈRE PARTIE

L'ACTE PERFORMATIF : UNE PERFECTION IMMÉDIATE

36. *Quand dire c'est faire* – La question du procédé par lequel des effets de droit sont attachés à une manifestation de volonté est rarement posée. L'acte juridique est regardé comme une « pièce obscure »¹²⁰ dont le mode opératoire demeure inconnu. Pourtant l'étude des modalités de production des effets de droit révèle que l'acte juridique constitue généralement un « performatif ». Non juridique à l'origine, cette notion se révèle apte à décrire le mode opératoire de l'acte juridique.

37. Une référence philosophique – Le « performatif », qui provient de l'anglais *perform* et plus loin encore de l'ancien français *parformer*¹²¹, constitue une notion centrale de la *Théorie des actes de langage* (*speech acts theory*). Cette théorie est le fruit de recherches menées puis présentées par John Langshaw Austin dans une série de douze conférences prononcées à l'Université de Harvard en 1955, et publiées à titre posthume en 1970 sous l'intitulé *Quand dire c'est faire* – en anglais *How to do Things with Words*¹²². L'invention du « performatif » par Austin a permis de nuancer radicalement la fonction descriptive attribuée jusqu'alors au langage. Selon une approche classique, le langage a en effet vocation à décrire quelque chose. Tout énoncé est soumis à une alternative : il est soit vrai soit faux, selon qu'il représente ou non la réalité qu'il a pour fonction de décrire. Or, Austin a constaté qu'il existe des énoncés qui n'ont pas seulement pour fonction de décrire un état des choses, mais bien au contraire de réaliser quelque chose. Ces énoncés sont dits « performatifs », en ce sens que « quelque chose, au moment même de l'énonciation, est effectué par la personne qui énonce »¹²³. Ils ont pour propriété de réaliser une action, d'opérer quelque chose par le simple fait de leur survenance. Que l'on puisse prendre appui sur un ouvrage de philosophie pour mieux comprendre le mode opératoire de l'acte juridique, qui plus est, sur un ouvrage de philosophie du langage, ne doit pas étonner. D'une part, l'acte juridique constitue un véritable concept juridique, c'est-à-dire un « outil à la disposition de la dogmatique dans le cadre de son travail de description systématique de la réglementation juridique, qui lui permet de rendre compte de manière cohérente et ordonnée des divers matériaux constituant la substance même de cette réglementation »¹²⁴. Sa construction obéit donc nécessairement à une philosophie sous-jacente, qui doit permettre de déterminer dans quelle mesure les individus sont admis à modifier volontairement

¹²⁰ « Dans la vaste demeure du droit, l'acte juridique occupe une pièce obscure, et l'on y entre plus aisément qu'on n'en ressort », COMBACAU (J.), « L'acte juridique », *Droits*, n° 7, PUF, 1998, p. 3.

¹²¹ BENVENISTE (E.), « La philosophie analytique et le langage », in : *Problèmes de linguistique générale*, Gallimard, vol. 1, 1996, p. 271, cité par : SÉRIAUX (A.), *Le droit comme langage*, LexisNexis, §27, note n° 4.

¹²² AUSTIN (J.-L.), *How to do things with words*, Coll. Essais, Seuil, Paris, 1991. Nous reviendrons plus longuement, à la fois sur la présentation de la *Théorie des actes de langage* et de ses déclinaisons contemporaines, ainsi que sur ses points de contact avec le droit, v. *infra*, n° 144 et s.

¹²³ AUSTIN (J. L.), *HTW*, Cinquième conférence, n° 60.

¹²⁴ AMSELEK (P.), « L'acte juridique à travers la pensée de C. Eisenmann », *APD*, t. 32, p. 305.

l'ordonnement juridique. D'autre part, l'acte juridique constitue un acte de langage ou de comportement. Le droit étant lui-même un langage¹²⁵, il n'est pas étonnant que l'acte juridique, qui permet aux individus de produire des effets de droit, repose également sur un langage doté d'une certaine efficacité. Partant, il se pourrait qu'il obéisse à un système semblable à celui qui sous-tend les actes de langage, dont Austin avait démontré le caractère « performatif ».

38. Un apport juridique – Si les juristes privatistes se sont peu intéressés aux apports que pouvaient présenter les travaux d'Austin pour la théorie générale de l'acte juridique¹²⁶, on doit toutefois à M. Amselek une véritable tentative d'exploitation de l'acte de langage en matière juridique¹²⁷. Récemment, il est parvenu à relever de nombreux points de contact entre la *Théorie des actes de langage* et la théorie générale des actes juridiques¹²⁸. Ce rapprochement s'avérant fructueux, le performatif peut être exploité pour expliquer pourquoi certains actes sont parfaits immédiatement. Bien qu'Austin n'ait pas employé le terme « perfection » ou « parfait » pour se référer à l'acte qui produit effet, un lien peut certainement être établi. Le philosophe anglais aurait en effet pu exposer cette notion clé d'une autre manière, par la formulation d'un principe de concomitance entre l'énonciation et l'action effectuée. C'est d'ailleurs en ce sens qu'il affirme que « *dire c'est faire* » : l'acte est performatif, car la prise de l'acte de parole coïncide avec la réalisation du but poursuivi par son auteur. Or, comme nous l'avons déjà relevé, la perfection d'une chose s'entend de l'état de plénitude de celle-ci. L'acte constitue donc un performatif parce qu'il est parfait dès sa formation ou, plus exactement, grâce à l'accomplissement du processus de formation. Derrière ce mode opératoire se révèle une certaine philosophie de l'action juridique : une fois complètement achevé, l'acte produit ses effets de manière inéluctable. La modification apportée à l'ordonnement juridique s'impose aussi bien à son auteur qu'aux tiers et en particulier aux autorités de l'ordre juridique qui ne peuvent l'ignorer. La formation de l'acte assure donc à ses auteurs que l'ordre juridique apportera son soutien au complet développement des effets de droit.

39. Plan – Le caractère performatif de l'acte juridique se traduit concrètement par un phénomène de concomitance entre sa formation définitive, c'est-à-dire l'intégration de l'acte dans l'ordre juridique, et sa perfection, c'est-à-dire la réalisation de l'opération juridique qui constitue sa finalité (Titre 1). Cela signifie concrètement que l'acte juridique est doté d'une complète efficacité dès l'achèvement de son processus de formation : il est efficace de plein droit (Titre 2).

¹²⁵ JESTAZ (Ph.), *Autour du droit civil, Écrits dispersés – Idées convergentes, op. cit.*, p. 31 et s.

¹²⁶ Sur ce constat : JESTAZ (Ph.), « Une révolution inaperçue, À propos de l'acte juridique », *RTD Civ.* 2014. 67.

¹²⁷ V. not. : AMSELEK (P.), « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », in : *La pensée de Charles Eisenmann*, PUAM, 1986, p. 31 ; « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, dir. P. Amselek, PUF, 1986, p. 109.

¹²⁸ AMSELEK (P.), *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, 2012, rééd. 2022, Ed. Panthéon-Assas, « Itinéraire II : « Qu'appelle-t-on édicter des règles juridiques » ?, *Théorie des actes de langage et théorie du droit* », p. 247 et s.

TITRE I

UNE CONCOMITANCE ENTRE FORMATION ET PERFECTION

40. Analyse en deux temps – L'objet de ce premier titre est de vérifier si le phénomène de concomitance qui est au cœur de la démonstration de la *Théorie des actes de langage*, entre la prise de l'acte et son efficacité, se retrouve dans la théorie générale de l'acte juridique. Pour ce faire, une concomitance doit être mise en évidence entre le processus de formation qui donne corps à l'acte dans l'ordre juridique, et sa perfection, c'est-à-dire la réalisation de la finalité poursuivie par son auteur. M. Ost semble y voir un principe général : « Qu'un contrat soit signé, une loi sanctionnée et promulguée, un jugement prononcé en audience publique, c'est instantanément que ces divers actes créateurs de droit viennent à l'existence et sortent leurs effets juridiques spécifiques »¹²⁹. Atias avait développé cette même idée. « Dès qu'il est formé, l'acte juridique vaut par lui-même ; il modifie l'ordre juridique. Le contrat oblige et peut transférer la propriété. Le congé résilie ; l'autorisation permet, etc. La volonté manifestée a effet par elle-même ; elle affecte la situation juridique de celui qui accomplit l'acte »¹³⁰. Partant de cette idée véhiculée par une partie de la doctrine, nous entendons procéder à la vérification de ce phénomène de concomitance entre la formation de l'acte juridique et sa perfection. Dans cette optique, il convient simplement de partir de la définition de la concomitance. Lorsqu'on dit d'une chose qu'elle est concomitante à une autre, cela suggère qu'il existe un « *rapport de simultanéité (entre plusieurs faits)* »¹³¹. L'existence d'un phénomène de concomitance repose donc nécessairement sur une double démonstration : les deux faits dont on veut démontrer la concomitance doivent être théoriquement distincts et ils doivent se produire simultanément.

41. Plan – S'il existe une concomitance entre la formation et la perfection de l'acte juridique, il doit donc exister une distinction entre ces deux notions, la formation d'une part, la perfection d'autre part (Chapitre 1), mais une coïncidence des moments auxquels elles surviennent (Chapitre 2).

¹²⁹ OST (F.), « Les multiples temps du droit », in : *Le droit et le futur*, Travaux et recherches de l'univ. de droit d'économie et de sciences sociales de Paris, PUF, 1985, p. 115.

¹³⁰ ATIAS (Ch.), « Exécution et efficacité des actes juridiques », *D.* 2013. 2288, §2.

¹³¹ Le Petit Robert, *Dictionnaire de la langue française*, « Concomitance ».

CHAPITRE 1

La distinction des notions

42. Distinction entre formation et perfection – La concomitance suppose l’altérité. S’il existe un principe de concomitance entre la formation et la perfection de l’acte juridique, il doit donc être possible de distinguer ces deux notions dans un premier temps. Or, cette distinction s’avère difficile parce que le terme parfait ne dispose pas en droit d’une signification claire¹³². De prime abord, cela a de quoi surprendre parce que la notion de perfection est à la fois ancienne et largement employée. La notion existait en effet en droit romain et en particulier, dans le droit romain des obligations¹³³. Plus tard, les rédacteurs du Code civil l’ont employée dans divers textes relatifs aux contrats spéciaux et sa signification a fait l’objet de débats lors de l’adoption du Code civil¹³⁴. Par ailleurs, le législateur a expressément usé de la notion dans des textes de droit de la consommation et une rapide recherche sur les bases de données juridiques démontre que le terme est assez largement employé par la doctrine et la jurisprudence¹³⁵. Malgré l’usage généralisé du terme, ce dernier ne paraît pas recouvrir une notion autonome¹³⁶. Il n’y a donc rien d’étonnant à ce que la perfection ait rapidement été assimilée à la formation, dont elle paraît être un simple synonyme ; et que l’acte juridique parfait ait par conséquent été assimilé à un acte juridique formé. Cette signification s’appuie sur le langage courant, où la chose parfaite peut désigner celle « *qui comporte tous les éléments nécessaires, à quoi rien ne manque* ». Si cette synonymie se trouve globalement tenue pour acquise, il est rare en revanche qu’elle soit discutée ou justifiée. On ne peut donc se contenter de définir positivement la notion de perfection en défendant son appartenance à la problématique de l’efficacité des actes.

43. Plan – Il faut prioritairement abandonner l’assimilation de la perfection à la formation définitive de l’acte (Section 1), avant de remarquer que la perfection désigne la réalisation de l’opération juridique qui constitue la finalité de l’acte, autrement dit son efficacité (Section 2).

¹³² Il ne s’agit pas d’un phénomène isolé, le législateur employant parfois des termes issus du langage courant sans les définir. En ce sens : EISENMANN (Ch.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », art. préc., §4.

¹³³ Mme Bleusez s’étant déjà intéressée aux origines lointaines de la notion, nous renvoyons à ses développements sur ce point : BLEUSEZ (M.), *La perfection du contrat*, thèse Paris II, 2021, publication à venir, §161 et s.

¹³⁴ V. *infra*, n° 131.

¹³⁵ Concernant l’emploi du terme « parfait » ou « perfection » par la doctrine et la jurisprudence, v. *infra*, n° 63 et s. Concernant l’emploi dans la législation consumériste, v. *infra*, n° 89 et s.

¹³⁶ À l’exception bien sûr de la définition récemment proposée par Mme Bleusez (th. préc.), sur laquelle nous aurons l’occasion de revenir ultérieurement, v. *infra*, n° 93.

Section 1

Abandon de la perfection comme marqueur de la formation

44. Le sens abandonné – Si on se réfère aux textes du Code civil, la perfection paraît être le marqueur de la formation définitive des actes. Plusieurs textes de loi, et non des moindres, accréditent cette idée. L’art. 938 du code civil énonce que « *la donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties ; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu’il soit besoin d’autre tradition* ». L’art. 1583 du même code précise que la vente « *est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l’acheteur à l’égard du vendeur, dès qu’on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n’ait pas encore été livrée ni le prix payé* ». De même, l’art. 1919 précise que le dépôt « *n’est parfait que par la remise réelle ou fictive de la chose déposée* ». L’acte parfait serait donc l’acte définitivement formé (§1). Pourtant cette synonymie entre la formation et la perfection peut être discutée si on se réfère à un texte plus récent, issu du droit de la consommation¹³⁷. L’art. L. 312-24 du code de la consommation énonce en effet que « *le contrat accepté par l’emprunteur ne devient parfait qu’à la double condition que celui-ci n’ait pas fait usage de sa faculté de rétractation et que le prêteur ait fait connaître à l’emprunteur sa décision d’accorder le crédit (...)* ». Une distinction est donc suggérée entre la formation de l’acte d’une part, et sa perfection d’autre part ; ce qui devrait nous conduire à abandonner l’emploi de la perfection comme marqueur de la formation définitive (§2).

§1 - LA PERFECTION, MARQUEUR TRADITIONNEL DE LA FORMATION DÉFINITIVE

45. Sens traditionnel – L’emploi du terme « parfait » comme synonyme de la formation définitive s’est progressivement ancré dans notre droit. Il a permis d’assoir la distinction existant entre la formation entendue comme un *processus* et la formation entendue comme un *résultat*¹³⁸. La formation désigne en effet « *aussi bien la phase d’élaboration du contrat que l’aboutissement de celle-ci marquée par la réunion de toutes les conditions nécessaires à la perfection de l’accord et à la naissance de l’obligation* »¹³⁹. Dans ce contexte, le recours au terme « parfait » traduit l’existence de véritables conditions de formation des actes juridiques (A), dont la réunion entraîne leur formation définitive (B).

¹³⁷ Ce ne serait pas la première fois que le droit commun évolue sous l’influence du droit de la consommation. Sur ce phénomène v. not. : TEMPLE (H.), « Le droit de la consommation est-il subversif ? », *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 1067 ; CALAIS AULOY (J.), « L’influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.* 1994, p. 239 et *RTD com.* 1998, p. 11 ; ROUHETTE (G.), « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », *Études R. Rodière*, Dalloz, 1981, p. 247.

¹³⁸ « Former, c’est l’action et le résultat de l’action de donner sa forme, son identité, son contenu à quelque chose », PENIN (O.), *La distinction de la formation et de l’exécution du contrat, Contribution à l’étude du contrat acte de prévision*, Bibl. de dr. privé, t. 535, LGDJ, 2012, §29.

¹³⁹ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, dir. G. Cornu, Quadrige, 14^{ème} éd. 2022, « Formation ».

A - L'identification des conditions de formation

46. Éléments du processus de formation – On ne saurait évoquer la formation des actes juridiques sans identifier les conditions qui y concourent. Partant de la définition de l'acte juridique, il convient de remarquer que ce dernier repose nécessairement sur un élément objectif, incarné par un intérêt que l'ordre juridique considère comme légitime (1) et sur un élément subjectif, la volonté (2). La réunion de ces deux éléments permet généralement de considérer que l'acte est parfait, c'est-à-dire définitivement formé.

1 - L'élément objectif : l'intérêt

47. L'acte juridique comme moyen institué – Aujourd'hui encore, la définition de l'acte juridique est considérée par certains comme « bancale », à l'instar de M. Jestaz qui note que « l'acte juridique a été défini au départ comme une manifestation de la volonté en vue de produire des effets de droit, ce qui n'est bien entendu pas faux, mais ne renseigne guère celui qui aborde une notion aussi fondamentale »¹⁴⁰. Le rapport qu'entretient la volonté avec les effets de droit pose problème : pourquoi et comment la manifestation de volonté d'un individu aboutit-elle à la production d'effets juridiques ? Les définitions classiques de l'acte juridique ne permettent pas de répondre à cette question parce qu'elles négligent sa dépendance vis-à-vis de l'ordre juridique, c'est-à-dire son caractère institutionnel.

48. La négligence du caractère institutionnel – L'échec des définitions classiques de l'acte juridique s'explique par la mise en avant excessive de la volonté de l'auteur. Il est en effet classique de souligner que tout acte juridique repose sur une manifestation de volonté *dirigée vers* la production d'effets de droit¹⁴¹. Partant, l'acte juridique produirait des effets de droit à raison de la puissance de la volonté, celle-ci recherchant spécialement la production de conséquences juridiques¹⁴². L'observation du droit positif permet toutefois de pointer l'insuffisance de cette définition. Il ne suffit pas en effet que l'auteur d'un acte recherche les effets de droit pour que ceux-ci se produisent. Comme le remarque Eisenmann « l'intention de produire des conséquences juridiques peut se rencontrer dans des actes à qui nul ne songe à reconnaître la qualité d'actes juridiques »¹⁴³. Pour résumer, il ne suffit pas de « vouloir pour pouvoir ». En témoigne le refus de consacrer l'engagement unilatéral de volonté au rang d'acte susceptible de produire des

¹⁴⁰ JESTAZ (Ph.), « Une révolution inaperçue, ... », art. préc.

¹⁴¹ On dit aussi qu'il s'agit d'une manifestation de volonté *destinée* à produire des effets de droit (Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, « Acte juridique »), ou encore, *en vue* de produire des effets de droit (FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations*, t. 1 – L'acte juridique, 2017, 15^{ème} éd., §60).

¹⁴² Josserand notait en ce sens que « tous les actes ne sont pas des actes juridiques ; ils ne méritent ce qualificatif que s'ils sont intervenus en vue de produire des effets juridiques ; le but poursuivi est ici décisif », JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif*, t. 1, 3^{ème} éd., 1938, Sirey, §120.

¹⁴³ EISENMANN (Ch.), « Les actes juridiques administratifs – Année 1956-1957 », in : *Cours de droit administratif*, t. II, LGDJ, Lextenso éd., Coll. Anthologie du droit, 2014, p. 347.

obligations à la charge de son auteur, autrement qu'à titre subsidiaire¹⁴⁴. Même dans l'hypothèse où des effets de droits se produisent et que l'auteur de l'acte – au sens courant du terme – recherche ces derniers, rien ne dit que les effets se soient produits *parce qu'*il les a voulus. Cette manière de procéder conduit à une impasse, car elle omet d'exprimer la juridicité de l'acte, c'est-à-dire le fait que l'acte juridique « relève du droit »¹⁴⁵. Ce travers « réaliste »¹⁴⁶ de la définition aurait pourtant dû être dépassé en même temps que la théorie de l'autonomie de la volonté était rejetée.

49. Dépassement de l'autonomie de la volonté – Il y a bien longtemps que les excès de la théorie de l'autonomie de la volonté ont été dénoncés, en particulier celui qui consiste à dire que le contrat a force obligatoire parce que les parties l'ont voulu¹⁴⁷. S'inscrivant dans ce mouvement de clarification du rôle de la volonté dans la production d'effets de droit, Duguit est parvenu à montrer que celle-ci ne peut modifier l'ordonnement juridique qu'avec l'assentiment de la loi¹⁴⁸. « Cette révolution idéologique, tirant la volonté de son isolement, rappelait opportunément qu'elle opère dans un milieu social et juridique qui la conditionne »¹⁴⁹. Il résulte de cette découverte que, si la volonté n'est pas apte à tirer d'elle-même le pouvoir de produire des effets de droit, elle est plus fondamentalement inapte à « s'auto-qualifier » acte juridique. Si la qualification consiste à « placer un fait ou un acte sous le concept normatif qui en détermine la nature juridique »¹⁵⁰, il ne faut en effet pas oublier que l'acte et le fait sont déjà eux-mêmes des concepts correspondant à des catégories juridiques préexistantes¹⁵¹. Or, la qualification repose nécessairement sur deux étapes : une définition en amont, une recherche en aval¹⁵². En faisant dépendre la qualification d'acte juridique de l'identification d'une volonté, on renverse donc purement et

¹⁴⁴ V. *infra*, n° 56.

¹⁴⁵ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, « Juridicité ». V. égal., PENIN (O.), th. préc., §72, p. 38, « Les règles qui donnent un effet à une entité juridique supposent ainsi l'action préalable de règles permettant de reconnaître *i.e.* de valider, de « juridiciser » l'objet auquel la règle entend donner l'effet ».

¹⁴⁶ AMSELEK (P.), *Cheminevements philosophiques ...*, *op. cit.*, p. 302.

¹⁴⁷ Sur cette théorie et sa réception doctrinale, v. not. : GOUNOT (E.), th. préc. ; COUMAROS (N.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique, (étude critique de la conception classique)*, Lib. du Recueil Sirey, 1931 ; TISON (R.-H.), *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français*, Paris, Domat-Montchrestien, 1931 ; RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, Trav. et recherches de l'univ. de droit, d'économie et des sciences sociales de Paris, vol. 16, PUF, 1980.

¹⁴⁸ DUGUIT (L.), « Théorie générale de l'acte juridique », art. préc., p. 313.

¹⁴⁹ HÉBRAUD (P.), « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », *Mél. J. Maury*, Dalloz, 1960, t. II, p. 419, spéc. p. 423.

¹⁵⁰ ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1988, « Qualification », p. 331.

¹⁵¹ En ce sens : DE BERTIER-LESTRADE (B.), « La frontière entre l'acte juridique et le fait juridique », *in* : *Les affaires de la qualification juridique*, dir. M. Nicod, LGDJ, PU Toulouse Capitole 1, 2015, p. 31.

¹⁵² La qualification se définit comme une « opération intellectuelle d'analyse juridique, (...) consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier (fait brut, acte, règle, etc.) et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante (...) en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de sa catégorie de rattachement », Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, « Qualification », sens I. Pour une définition équivalente : GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 30^{ème} éd. 2022-2023, « Qualification », (droit général).

simplement l'opération de qualification¹⁵³. En réalité, il revient à la loi de dire ce qui constitue un acte juridique et ce qui constitue un fait juridique. Il apparaît ainsi que « l'acte juridique suppose non seulement que l'agent soit animé d'une volonté juridique, mais, en outre, que la survenance de l'effet de droit soit subordonnée à l'existence d'une telle volonté »¹⁵⁴.

50. La volonté rendue nécessaire par la loi – Ce passage de la volonté nécessaire à la volonté *rendue nécessaire par la loi* est une nuance essentielle. On doit à Martin de la Moutte de l'avoir clairement mise en évidence¹⁵⁵. Étant parvenu à dépasser les limites des définitions classiques, il a pu démontrer qu'il y a acte juridique à chaque fois que la loi impose une manifestation de volonté pour la production d'effets de droit. Ce faisant il apparaît que « la fonction sociale d'autorité qu'exerce l'acteur juridique ne procède pas de sa seule volonté : elle résulte d'une habilitation consentie par la réglementation juridique. Autrement dit l'autorité de l'acte juridique est une autorité instituée »¹⁵⁶. Un fait juridique ne peut donc pas se transformer en acte juridique au motif que son auteur en recherche les effets. Le délit commis avec l'intention de passer l'hiver en prison demeure donc un fait juridique même si son auteur en recherche manifestement les conséquences juridiques¹⁵⁷. Si l'intérêt personnel de l'auteur du délit coïncide avec l'intérêt de la société qui impose son enfermement, cela n'indique pas pour autant que les effets de droit se sont produits à raison de la volonté. Pour cela, il faudrait que le comportement incriminé appartienne au domaine d'action ouvert aux justiciables pour produire volontairement des effets de droit. Or, il n'en est rien : la volonté de l'auteur est indifférente à la production des effets de droit, de sorte que ces derniers ne résultent pas de sa volonté¹⁵⁸. Il y a ainsi une part d'arbitraire dans l'identification des actes juridiques puisque le jurislatureur doit prévoir dans quels cas les sujets de droit sont admis à modifier l'ordonnement juridique. En somme, on ne crée pas un acte juridique ; on réalise un comportement

¹⁵³ M. Terré remarque à cet égard que « selon cette théorie, l'on peut, semble-t-il, affirmer que la qualification d'acte juridique sera étroitement sous la dépendance des éléments subjectifs. En même temps que la volonté des particuliers s'oriente vers un effet déterminé, et à supposer qu'elle soit suffisamment explicite, elle crée un acte juridique », TERRÉ (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, 1957, rééd. Coll. Anthropologie du droit, LGDJ-Lextenso, 2014, §204, p. 191.

¹⁵⁴ HONTEBEYRIE (A.), « Le régime général des obligations et le rôle de la volonté dans l'acte juridique », *Mél. L. Aynès*, LGDJ, Dalloz, 2019, p. 297, §4.

¹⁵⁵ MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Lib. du Recueil Sirey, Paris, 1951, §17. L'auteur s'inspire toutefois de Durma qui avait pressenti cette subtilité : « Il ne suffit pas pour que nous nous trouvions en face d'un acte juridique, qu'il y ait la volonté de produire des effets de droit. Il faut aussi que ces effets ne se produisent pas en l'absence de cette volonté, que cette volonté soit nécessaire pour l'efficacité de l'acte », DURMA (M.), *La notification de la volonté, Rôle de la notification dans la formation des actes juridiques*, Lib. du Recueil Sirey, Paris, 1930, §9.

¹⁵⁶ CAYLA (O.), « Chronique de linguistique juridique : La pragmatique dans les revues de linguistique », *Droits*, n° 5, PUF, 1987, p. 137, spéc. p. 142.

¹⁵⁷ Ce cas critique avait été exposé par Duguit : DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, t. 1 : La règle de droit, le problème de l'État, 3^{ème} éd., E. Bocard, 1927, §31, p. 326.

¹⁵⁸ En outre on peut critiquer le fait que l'effet de droit, consistant ici dans le prononcé d'une peine de prison, soit considéré comme le résultat de l'infraction alors qu'il résulte d'un acte juridictionnel. En ce sens : HALPIN (A.), « The concept of legal power », *Oxford Journal of legal studies*, vol. 16, 1996, p. 116, spéc. p. 145.

que la loi qualifie d'acte juridique. Comme le résume M. Ancel, s'il y a un acte juridique « c'est parce que le droit considère que c'est ainsi »¹⁵⁹.

51. La référence nécessaire à l'ordre juridique – La qualification d'acte juridique dépendant de la loi, la juridicité du comportement doit être prévue en amont. On doit à Kelsen d'avoir clairement exposée cette dépendance de l'acte juridique vis-à-vis de l'ordre juridique. Dans la *Théorie pure du droit*, il s'est en effet longuement interrogé sur ce qui fait de la volonté un acte créateur d'effets de droit¹⁶⁰. Sa démonstration est très éclairante : « Dire que l'ordre juridique rattache des « effets » à une expression de volonté, ou que cette « expression de volonté » constitue un « acte juridique », équivaut à dire que l'ordre juridique confère à cette expression de volonté le caractère d'une création de norme, c'est à dire que l'ordre juridique a fait de cette expression de volonté un acte de création du droit »¹⁶¹. Selon cette conception, tout acte juridique correspond à une délégation de l'ordre juridique qui confère à l'acte la capacité d'engendrer des conséquences juridiques¹⁶². Il revient donc à l'ordre juridique, fondé sur une liberté délibérément aliénée par le contrat social¹⁶³, d'autoriser les individus à agir. Cette idée a fait son chemin dans la doctrine. Pour M. Amselek, les actes juridiques sont en effet « des actes de dire (...) institués par le droit en vue de l'exercice de fonctions intersubjectives d'autorité – publique ou non »¹⁶⁴. Pour M. Jestaz, l'acte juridique est un « acte de langage (ou de comportement), institué par le droit, en vertu duquel une ou plusieurs personnes exercent la compétence qui leur est reconnue d'établir soit une prescription de caractère normatif, soit une situation appelant le jeu d'un régime juridique »¹⁶⁵. Par conséquent, « un acte (au sens d'une action) se trouve accompli dans le registre juridique dès lors qu'une autorité juridiquement instituée et habilitée prend la parole publique par les formes qui sont les siennes »¹⁶⁶. Cette particularité de l'acte juridique, qui existe en tension entre le monde matériel et l'ordre juridique, trouve son expression parfaite dans le concept de norme d'habilitation isolé par M. Tusseau.

¹⁵⁹ ANCEL (P.), *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, Coll. Séquences, 3^{ème} éd. 2022, p. 24.

¹⁶⁰ Comme le rappelle un auteur « la question initiale de Kelsen peut se formuler de la manière suivante : comment un acte de volonté peut-il revêtir la signification d'un acte juridique ? D'où provient sa spécificité ? », COPPENS (P.), « Introduction à l'article de H. Kelsen », *Droit et Société*, 1992, n° 22, p. 553, §3.

¹⁶¹ KELSEN (H.), « Remarques critiques sur la théorie du droit international de Georges Scelle », in : *Controverses sur la Théorie pure du droit*, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2005, p. 63 et s., spéc. p. 133. Dit autrement, l'acte juridique est un « fait créateur de droit, attribuable à l'unité de l'ordre juridique », KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 1934, trad. de la 2^{ème} éd. de la "Reine Rechtslehre" par Ch. Eisenmann, LGDJ, rééd. 1999, p. 373.

¹⁶² En conséquence, les actes juridiques « ne se conçoivent pas en dehors de l'ordre juridique », EISENMANN (Ch.), *Cours de droit administratif*, t. 1, LGDJ, 2014, rééd. 1982, p. 374.

¹⁶³ ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, 1762, rééd. Flammarion 2012. Sur cette idée : OPPETIT (B.), *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 6 : « Dans une société contractuelle centrée sur l'individu, la règle de droit constitue le moyen rationnel de fonder et de mettre en œuvre un ordre social ».

¹⁶⁴ AMSELEK (P.), « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », art. préc., p. 31.

¹⁶⁵ JESTAZ (Ph.), « Une révolution inaperçue, ... », *RTD Civ.* 2014. 67. C'est notamment pour cette raison qu'il propose de faire de l'acte juridique des particuliers une véritable source du droit : JESTAZ (Ph.), *Les sources du droit*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2022, p. 125 et s. Il définit ainsi l'acte juridique comme « celui que le droit institue comme tel en lui faisant produire certains effets (qu'il détermine), pourvu que soient remplies certains conditions (qu'il détermine aussi) » (p. 127).

¹⁶⁶ DE BECHILLON (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, éd. Odile Jacob, 1997, p. 277.

N'étant ni complètement institutionnel, ni complètement empirique, l'acte obéit à des « normes d'habilitation (qui) fournissent des modèles d'actes empiriques »¹⁶⁷. Lorsque l'art. 1100-1 du code civil définit l'acte juridique, il ne se contente donc pas de dire qu'une volonté dirigée vers des effets de droit produira des effets de droit, étant destinée à cette fin par son auteur ; il *institue* le pouvoir de la volonté, et ce faisant, la catégorie générale de l'acte juridique¹⁶⁸. La fonction du participe passé « *destiné* » doit donc être bien comprise : ce n'est pas seulement l'auteur de l'acte qui doit rechercher les effets de droit, mais plus fondamentalement la loi qui doit destiner la volonté à produire des effets de droit.

52. Sur la base d'un intérêt – Les actes juridiques sont donc des « actes humains juridiquement institués », tirant « leur signification et leur existence même du seul ordre juridique »¹⁶⁹. S'ils le sont, c'est parce que l'ordre juridique reconnaît l'intérêt des individus à agir volontairement en vue de la production d'effets de droit. Cette place centrale de l'intérêt dans la réglementation de l'acte juridique se comprend aisément puisque, s'il revient à chacun des sujets de droit de savoir ce qui est dans son intérêt, il revient toutefois à l'ordre juridique d'autoriser la poursuite de cet intérêt. En ce sens, Mme Lequette note que « l'acte juridique pourrait être présenté comme étant l'expression d'un ou plusieurs intérêts auxquels le droit attache des effets de droit »¹⁷⁰. Permettre aux individus d'agir revient ainsi à assurer, à travers la diversité des actes, la poursuite de fins très diverses, au gré des besoins concrets. Interrogeant les fonctions remplies par le droit, M. Ost note que « le droit n'est pas conçu pour servir un projet particulier, pas plus que le langage n'est voué à mettre en mots un sous-domaine spécifique ou une thèse déterminée ; le droit est polyvalent comme le langage, et sa légitimité est de rendre possible, par une coordination générale, la poursuite d'une infinité d'objectifs individuels différenciée »¹⁷¹. Sans être neutre¹⁷², l'ordre juridique ne poursuit donc aucune fin consciente. Ainsi en est-il, pour prendre un exemple très simple, lorsqu'on décide d'admettre qu'un mariage peut être célébré entre deux personnes de même sexe. D'un côté, cette opération n'a été possible que dès lors qu'elle a été admise par la loi¹⁷³. L'admission du mariage entre personnes de même sexe résulte donc d'un choix politique et social¹⁷⁴. En consacrant certaines actions et

¹⁶⁷ TUSSEAU (G.), *Les normes d'habilitation*, Nvll. bibl. de thèses, vol. 60, Dalloz, 2006, §479. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette notion, v. *infra*, n° 157.

¹⁶⁸ MORON-PUECH (B.), *L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat*, Bibl. de dr. privé, t. 591, LGDJ, 2020, §150 : « en définissant l'acte juridique comme une « manifestation de volonté destinée à créer des effets de droit », on donne à penser que la création des effets de droit est subordonnée à la volonté d'en créer. Or, ce sont moins les auteurs de l'acte qui décident si celui-ci crée du droit, que les organes de l'ordre juridique ».

¹⁶⁹ EISENMANN (Ch.), *Cours de droit administratif*, 1956-1957, t. II, p. 364.

¹⁷⁰ LEQUETTE (S.), « La notion de contrat », *RTD Civ.* 2018. 341, §34.

¹⁷¹ OST (F.), *A quoi sert le droit ? – Usages, fonctions, finalités*, Bruylant, Coll. Penser le droit, 2016, p. 71. Plus récemment M. Jestaz a défendu une idée similaire : « les systèmes sociaux ont a priori une fonction productive : l'économie produit des richesses, l'enseignement du savoir, la science des connaissances, la médecine des guérisons, etc. Seul le droit ne produit apparemment rien, mais il permet aux autres systèmes de produire quelque chose », JESTAZ (Ph.), « Les définitions du droit : pour une définition fonctionnelle », *RTD Civ.* 2020. 803.

¹⁷² RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949, LGDJ, rééd. Lextenso, 2014.

¹⁷³ Il n'a fallu qu'un jour, celui de promulgation de la loi de 2013, pour que ce mariage devienne possible alors qu'il était dénué d'effet la veille encore.

¹⁷⁴ Comme l'explique M^{me} Fabre-Magnan, le fait d'admettre plus grande variété de couples mariés n'indique pas que l'État est neutre : « c'est au contraire parce que cette ouverture a été jugée opportune au regard du changement

en en prohibant d'autres, le droit véhicule donc nécessairement des valeurs¹⁷⁵. D'un autre côté, l'admission du mariage et des effets de droit qui s'en suivent ne répond pas à une fin déterminée, si ce n'est celles qu'y verront les individus en décidant de s'unir et qui peuvent être très diverses (fiscales, affectives, symboliques...). Ces fins diverses sont alors incarnées par l'intérêt que l'ordre juridique reconnaît comme légitime et auquel les individus peuvent satisfaire par l'acte juridique correspondant. L'acte juridique, « même lorsqu'il repose sur un événement volontaire, n'est jamais que l'expression d'un intérêt poursuivi par l'individu et pris en considération par le droit »¹⁷⁶. Là encore, l'autonomie de la volonté est battue en brèche, la volonté n'étant pas admise à produire les effets de droit que bon lui semble¹⁷⁷. Si la volonté est bien une condition de formation des actes juridiques comme nous le détaillerons ultérieurement¹⁷⁸, elle n'est donc pas un moyen d'agir en totale liberté. Dans une société ordonnée et régie par le droit, la volonté efficace est toujours l'expression d'un intérêt jugé légitime¹⁷⁹. En somme, elle se trouve « systématisée comme reposant nécessairement sur la poursuite rationnelle d'un but et donc comme étant indissociable de la projection d'un intérêt »¹⁸⁰ ; intérêt dont la détermination ne saurait être complètement abandonnée aux individus.

53. Le contrat : détermination encadrée des intérêts – À première vue, une telle présentation de l'acte juridique paraît contraire à l'approche classique de la notion de contrat, qui est pourtant le modèle de référence de l'acte juridique, du moins si on en croit l'art. 1100-1 al. 2 qui soumet l'ensemble des actes juridiques aux dispositions contractuelles « *en tant que de raison* ». Le contrat permet en effet aux parties de parvenir à une fin qu'elles ont librement déterminée par la rencontre de leurs attentes réciproques.

de valeurs de la société contemporaine qu'elle a été admise », in : *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, p. 215. Elle reprend en cela l'idée selon laquelle le juriste « ne peut se dispenser de choisir parmi les buts dont la réalisation peut être poursuivie » et qu'en cela « le jugement de valeur est une étape décisive de la réflexion juridique », ATIAS (Ch.), LINOTTE (D.), « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977, chron. p. 251.

¹⁷⁵ On reconnaît ainsi que la loi « touche à nos conceptions morales les plus profondes, puisque c'est avec la loi que nos sociétés forment ce qui est bien et mal, désignent ce qui mérite l'éloge ou le blâme », BARANGER (D.), *Penser la loi, Essai sur le législateur des temps modernes*, Gallimard, 2018, p. 13-14. V. égal. p. 60.

¹⁷⁶ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Acte juridique », C. BRENNER, S. LEQUETTE, §26. V. égal., DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, 1911, Éd. La mémoire du droit, rééd. 2001, p. 325 : « le droit a pour mission de protéger un intérêt et non pas une volonté. (...) la volonté est nécessaire tout au plus, pour la mise en œuvre du droit ».

¹⁷⁷ Comme l'avait remarqué Perrot, l'autonomie de la volonté postule la puissance de la volonté non seulement comme force créatrice des effets de droit mais aussi comme moteur de leur détermination : « Dire d'une volonté qu'elle est autonome, c'est dire précisément que la volonté est en mesure de réaliser exactement les effets qui ont été voulus ; c'est dire, en un mot, que la volonté est dotée d'un dynamisme propre », PERROT (R.), *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, thèse, Paris 1947, Sirey, 1953, §4.

¹⁷⁸ V. *infra*, n° 58 et s.

¹⁷⁹ En ce sens, M. Jestaz note que, si la pratique des actes a évidemment précédé chronologiquement leur consécration par la loi, « l'acte juridique procède au premier chef du droit et au second chef seulement du sujet de droit », JESTAZ (Ph.), *Les sources du droit, op. cit.*, p. 126 et p. 130.

¹⁸⁰ LEQUETTE (S.), « La notion de contrat », art. préc., §11. Cette idée était déjà développée par Jhering, qui notait que « les droits n'existent point pour réaliser l'idée de la volonté juridique abstraite, ils servent au contraire à garantir les intérêts de la vie, à aider ses besoins, à réaliser ses buts. Telle est leur mission, telle est la fin et la mesure de la volonté », JHERING (R. Von), *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O. de Meulenaere, 3^{ème} éd., t. IV : Les droits de l'ancien droit privé, Lib. A. Marescq, 1878, §71, p. 325.

D'après M. Ghestin, le contrat a d'ailleurs force de loi parce qu'il est utile aux parties¹⁸¹. L'idée était déjà évoquée par Kelsen pour qui la délégation opérée par le législateur dans le modèle contractuel s'explique par une volonté de « laisser aux sujets de droit le soin de régler eux-mêmes leurs intérêts économiques et autres, et parce qu'il estime qu'une réglementation indépendante et autonome de ces intérêts est la solution la mieux indiquée et la plus juste »¹⁸². Encore que le propos puisse être nuancé. Si les parties ont techniquement la possibilité d'élaborer un contenu contractuel sur mesure, par la mise en commun d'intérêts inédits, elles se réfèrent le plus souvent à un type de contrat connu. Nous partageons pleinement le constat opéré par Mme Rochfeld, à savoir que « le droit actuel fixe les diverses techniques de satisfaction des besoins les plus courants. Il définit et régleme les institutions contractuelles. Il intervient alors, non plus seulement comme un droit négatif et limitatif, mais comme modèle, proposé ou imposé à des contractants qui ne construisent pas leur contrat, mais s'en remettent aux schémas préexistants »¹⁸³. Reste que l'art. 1102 du code civil consacre la liberté contractuelle, autrement dit la liberté d'agir en respectant la procédure imposée pour la formation du contrat. Le droit contractuel ayant une fonction de modèle, les parties ont donc la possibilité de s'y référer, mais aussi de faire preuve d'imagination dans la définition du contenu contractuel. La définition des intérêts se trouve ainsi abandonnée aux parties parce que la procédure de rencontre des volontés doit permettre la définition d'un contenu contractuel dont seules les parties ont vocation à apprécier l'utilité. Il y a donc un principe de liberté d'action, qui se trouve néanmoins limité par un examen rétrospectif de validité¹⁸⁴.

54. Hors du contrat : prédétermination de l'intérêt – Dès lors que l'on sort du schéma contractuel – et donc de la rencontre des volontés, on est toutefois confronté à un renversement complet de perspective. Comme l'a remarqué M. Libchaber « le contrat, *stricto sensu*, est exceptionnel en tant que mode normatif. Alors que les actes juridiques efficaces sont nommés, et par là même encadrés, le contrat s'insère dans une sphère de liberté presque inconditionnée »¹⁸⁵. À propos des actes juridiques hors du domaine contractuel, il ajoute que « si une efficacité juridique se constate, c'est moins en vertu d'une habilitation générale que par la prévision de régimes spéciaux adaptés à chaque cas de figure. En quoi le

¹⁸¹ GHESTIN (J.), « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982. 1. L'auteur tempère cette affirmation en notant qu'il faut encore que le contrat soit « juste ». Mais nous verrons que cette condition sera contrôlée par l'examen de validité qui est à la fois postérieur à la formation et incertain quant à son issue. Au contraire l'existence du contrat repose sur la rencontre des volontés, dans la mesure où celle-ci suffit à assurer la détermination de la fin à accomplir.

¹⁸² KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 33.

¹⁸³ ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, *Bibl. de dr. privé*, t. 311, LGDJ, 1999, §632.

¹⁸⁴ M. Libchaber a mis en évidence cette dialectique entre le principe de liberté d'action et ses exceptions. Il note que « cette liberté d'action impose toute sa densité de principe au système juridique, qui ne cherche pas à leur dire quoi faire, mais bien davantage quoi ne pas faire : quelles sont les limites qu'elles ne doivent pas dépasser. Agir autrement, ce serait empiéter sur une liberté de principe, ce qui est incompatible avec les données de base de la constitution juridique », LIBCHABER (R.), *L'ordre juridique et le discours du droit, Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Lextenso, LGDJ, 2013, §94.

¹⁸⁵ LIBCHABER (R.), *Le contrat au XXI^e siècle, L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, LGDJ, Droit des affaires, 2020, §12.

contrat est véritablement particulier »¹⁸⁶. Dans le contrat, la rencontre des volontés dissimule donc une rencontre d'intérêts, par un procédé identique au jeu de l'offre et de la demande. À l'inverse, l'acte unilatéral repose toujours sur un intérêt unique qui est prédéterminé. Étant « l'expression juridique d'un pouvoir »¹⁸⁷, l'acte juridique unilatéral obéit à un *numerus clausus* et l'engagement unilatéral de volonté ne constitue donc pas une source autonome d'obligations.

55. Numerus clausus – Si l'accord des parties permet de présumer l'existence d'une convergence ou d'une complémentarité de leurs intérêts, il n'en va pas de même lorsque l'acte repose sur la volonté et l'intérêt individuels de son auteur¹⁸⁸. En ce sens, Martin de la Moutte remarquait déjà qu'« à l'inverse du contrat qui permet aux individus des modifications juridiques toujours différentes et des combinaisons toujours nouvelles, la volonté unilatérale demeure presque exclusivement cantonnée aux domaines que la loi autorise à franchir. Ainsi à ce point de vue, l'acte unilatéral est une sorte d'acte infirme, qui doit toujours s'appuyer, pour agir, sur la force de la loi »¹⁸⁹. Il existe ainsi un véritable *numerus clausus* des actes unilatéraux, ces derniers étant institués, soit par l'ordre juridique directement (reconnaître un enfant, rédiger un testament, etc.), soit par un contrat (droit de rétractation, droit de résiliation, etc.). L'acte unilatéral se présente « comme l'exercice d'une faculté légale, ou la mise en œuvre d'une disposition conventionnelle »¹⁹⁰. Institué par le contrat, il s'agit d'une prérogative contractuelle. Le contrat constitue alors une sorte « d'ordre micro-juridique » entre les parties¹⁹¹, au sein duquel les parties ont la possibilité de s'accorder des pouvoirs unilatéraux. Mais encore faut-il qu'elles les aient prévus, l'unilatéralité étant toujours exceptionnelle en matière contractuelle. C'est en ce sens qu'on peut parler d'un *numerus clausus* des actes unilatéraux pris sur la base d'un contrat. Tel est le cas, par exemple, du pouvoir de fixation unilatérale du prix désormais admis par les articles 1164 et 1165 du code civil, qui doit avoir recueilli l'accord des parties. Institué par l'ordre juridique, il s'agit généralement d'un pouvoir reconnu au sujet de droit sans qu'il ne soit besoin de passer par l'intermédiaire d'un contrat. Par exemple, l'acte par lequel un successible accepte la succession n'existe que par sa consécration légale, le législateur précisant *qui* peut opter et *à quelles conditions*. L'ordre juridique consacre cet acte, car il reconnaît implicitement le droit de toute personne d'accepter ou non la part successorale qui lui est dévolue. En prévoyant limitativement les hypothèses dans lesquelles il est possible d'agir juridiquement de manière individuelle, le jurislatureur

¹⁸⁶ *Ibid.* note n° 7.

¹⁸⁷ DUPUIS (G.), « Définition de l'acte unilatéral », *Recueil C. Eisenmann*, Ed. Cujas, 1977, p. 205, §4. Pour d'autres auteurs il est une « manifestation de puissance » : *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Acte juridique », préc., §184.

¹⁸⁸ On doit à Martin de la Moutte d'avoir démontré que l'acte unilatéral ne repose pas nécessairement sur une volonté unique mais plutôt sur un intérêt unique, qui peut éventuellement être poursuivi par différentes personnes : MARTIN DE LA MOUTTE (J.), th. préc., §46.

¹⁸⁹ MARTIN DE LA MOUTTE (J.), th. préc., §356. Il ajoutait que « les effets qu'il lui est possible de produire sont toujours, ou presque, le résultat exprès d'une permission légale ».

¹⁹⁰ ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), th. préc., §41.

¹⁹¹ SÉRIAUX (A.), « Le futur contractuel », in : *Le droit et le futur*, Travaux et recherches de l'université de droit d'économie et de sciences sociales de paris, PUF, 1985, p. 77.

a donc nettement tendance à nommer les actes et à les affecter à une finalité bien précise. L'engagement unilatéral de volonté n'est donc pas une source générale d'obligations.

56. Rejet de l'engagement unilatéral de volonté – L'enjeu posé par le débat sur l'engagement unilatéral de volonté réside dans l'opportunité de permettre à un individu de mettre une obligation substantielle à sa charge, sans le consentement d'autrui. Or, parce que le contrat est consacré comme source d'obligations librement déterminées par les parties, la consécration de l'engagement unilatéral intervient forcément dans notre droit comme un système dérogatoire, pensé et débattu par rapport au modèle contractuel¹⁹². À cet égard, il n'est pas étonnant de remarquer que René Worms, qui était l'un des premiers et l'un des plus fervents défenseurs de l'engagement unilatéral de volonté en droit français, fondait ce dernier sur l'autonomie de la volonté. Partant du principe que la volonté peut tout par elle-même, il estimait tout à fait possible de s'engager unilatéralement. L'accord de volontés lui semblait être un reste de formalisme dont le droit contemporain pouvait tout à fait se passer¹⁹³. Mais nous savons que cette conception de la volonté et de son pouvoir créateur n'a jamais été de droit positif : la volonté est efficace parce que l'ordre juridique l'admet. Dès lors, il appartient à l'ordre juridique d'opérer un choix entre le système de l'engagement unilatéral et celui du contrat, les deux ne pouvant pas coexister à titre principal : soit on pose un principe d'engagement du seul fait de la volonté, soit on pose le principe d'une acceptation nécessaire¹⁹⁴. La doctrine majoritaire considère ainsi que l'engagement unilatéral ne constitue pas une source autonome d'obligations, ce rôle étant dévolu au contrat¹⁹⁵. Si un engagement unilatéral de volonté peut être mis en évidence c'est donc parce que des circonstances particulières l'exigent, notamment dans des hypothèses très spécifiques où l'intérêt légitime d'une personne faible mérite protection¹⁹⁶. Cette opération est alors soit unilatérale, de sorte que celui qui s'engage doit s'exécuter sans

¹⁹² MEKKI (M.), « Acte juridique unilatéral », in : *Dictionnaire du contrat*, dir. D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC, LGDJ-Lextenso, 2018, n° 7 ; HOUTCIEFF (D.), « La « fonction subversive » de l'engagement unilatéral de volonté », *Gaz. Pal.* 2021, n° 31, p. 23.

¹⁹³ WORMS (R.), *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, Paris, A. Giard, 1891, p. 199.

¹⁹⁴ Pour cette raison, le modèle contractuel prime en droit privé, au contraire du droit administratif où le contrat « est censé ne jouer qu'un rôle limité au niveau des modes juridiques d'expression des pouvoirs publics », ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1988, « Acte juridique », p. 5. Bien qu'un peu caricaturale, cette présentation a le mérite d'expliquer pourquoi le contrat dispose d'une place centrale en droit privé, tandis que le droit public favorise l'acte unilatéral, outil d'action discrétionnaire.

¹⁹⁵ À suivre certains auteurs, la consécration de l'acte juridique au rang des sources d'obligations par la réforme de 2016, aurait eu pour effet de consacrer l'efficacité de l'engagement unilatéral de volonté. En ce sens : DESHAYES (O.), GENICON (Th.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 32. Pourtant cette volonté ne paraît pas pouvoir être déduite du silence gardé par les rédacteurs de l'ordonnance, qui ne font pas mention d'une telle consécration dans le rapport au Président de la République : CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, n° 66.

¹⁹⁶ Soc. 8 octobre 1997, D. 1989, note Véricel. La Cour retient que « *faute d'aboutissement des négociations entre les partenaires sociaux, les propositions faites par la délégation patronale, qualifiée pour négocier au nom de ses adhérents, avaient en l'espèce le caractère d'un engagement et s'imposaient en l'absence d'accord d'entreprise, tant en ce qui concernait les salaires minima que les salaires réels* ».

qu'un consentement du bénéficiaire ne soit émis¹⁹⁷ ; soit bilatérale, lorsque le bénéficiaire a d'ores et déjà accompli spontanément la contrepartie, qui n'en est donc pas strictement une¹⁹⁸. Là où la volonté unilatérale est impuissante, la rencontre des volontés constitue au contraire le phénomène objectif permettant de légitimer les intérêts des parties ; donnant à l'acte sa capacité à produire des effets de droit.

57. Ainsi, l'existence de l'acte est subordonnée : soit à la détermination du contenu contractuel aboutissant à la synthèse des intérêts des parties, soit à la poursuite d'un intérêt prédéterminé de l'ordre juridique pour la constitution de l'acte unilatéral. En cela, on peut dire que l'intérêt constitue l'élément objectif sur la base duquel se forme l'acte juridique. Néanmoins, cela ne doit pas nous conduire à ignorer une autre condition essentielle : la volonté de l'auteur de l'acte.

2 - L'élément subjectif : la volonté

58. L'insuffisance de l'intérêt – Étant donné le caractère central de l'intérêt dans la notion d'acte juridique, des auteurs ont entendu remplacer le critère de la volonté par celui de l'intérêt pour le définir¹⁹⁹. Au premier abord cette proposition est pertinente, car on a pu voir que l'acte juridique est toujours institué sur la base d'un intérêt qui détermine les auteurs de l'acte à agir. Néanmoins, que l'intérêt soit essentiel à l'identification de l'acte juridique ne signifie pas qu'il soit suffisant. Si on se souvient de la formule de Jhering, tous les droits peuvent être définis comme des « intérêts juridiquement protégés »²⁰⁰. Or, les droits subjectifs dont les individus sont titulaires peuvent découler aussi bien d'une situation juridique objective, directement aménagée par la loi, que d'une situation juridique subjective, aménagée par la volonté²⁰¹. La référence à l'intérêt ne suffit donc pas à distinguer l'acte et le fait juridique. Une confirmation très concrète de cette idée peut être trouvée dans le droit de responsabilité civile, domaine par excellence du fait juridique, où on organise en effet une réparation des intérêts protégés²⁰². De même, lorsque la loi organise

¹⁹⁷ C'est l'hypothèse du geste commercial. Pour une illustration : Com. 12 décembre 2018, n° 17-22.268, Inédit. Dans cet arrêt, la Cour de cassation reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si une société, en faisant un geste commercial consistant à proposer de livrer plus de produits que ceux convenus par contrat, n'avait pas souscrit un engagement unilatéral.

¹⁹⁸ C'est l'hypothèse de la promesse de récompense. Pour une illustration : Civ. 1^{ère} 28 mars 1995, n° 93-12.678, *Bull. Civ. I*, n° 150. Une entreprise avait ici réalisé des publicités qui promettaient des récompenses. La Cour de cassation renvoie à l'appréciation souveraine des juges du fond qui ont identifié un « engagement de payer ».

¹⁹⁹ C'était la proposition principale de Rouhette dans sa thèse consacrée à la notion de contrat, ROUHETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. dactyl., Paris, 1965. Remarquant que le contrat se forme parce que la loi le veut bien, l'auteur estime que la volonté des parties n'est pas requise pour la formation du contrat – pas même une « volonté objectivée ». Cette idée apparaît clairement lorsque l'auteur énonce que « non seulement ce n'est pas la volonté qui crée l'obligation, mais ce n'est même pas elle qui émeut le droit objectif » (§39).

²⁰⁰ JHERING (R. Von), *L'esprit du droit romain*, op. cit., §71, p. 326.

²⁰¹ ROUBIER (P.), « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *APD*, Sirey, 1957, p. 1, spéc. p. 14 et s.

²⁰² Remarquons d'ailleurs que l'établissement d'une nomenclature des préjudices réparables suppose nécessairement un jugement de valeur quant à leur légitimité. Réparer le préjudice économique revient à protéger le patrimoine, réparer le préjudice moral revient à protéger la moralité, etc.

la dévolution de la succession, « elle le fait en présupmant que c'est à sa famille qu'on veut laisser ses biens, selon une hiérarchie qu'elle établit avec précision en définissant des ordres d'héritiers »²⁰³. Il ne s'agit toutefois que d'une présomption. La liberté testamentaire permet au *de cuius* d'organiser autrement sa succession, ce qui remet la volonté au premier plan : une libéralité devra être consentie au moyen d'un acte juridique. La volonté doit donc être associée à l'intérêt. Pour ainsi dire, « la volonté porte l'idée que celui dont elle émane se fait de la mise en œuvre de son intérêt dans une situation donnée »²⁰⁴. Le caractère essentiel de la volonté doit donc être réaffirmé dans la mesure où il a parfois été contesté, à tort selon nous. En ce sens M. Wicker a par exemple remarqué que l'identification d'un intérêt prévalait parfois sur l'identification d'une volonté juridique, permettant la mise en évidence d'actes juridiques dans des hypothèses où la volonté de l'auteur n'était que fictive²⁰⁵. Encore faut-il pour cela écarter certaines fausses fictions visées par l'auteur. Comme nous le verrons ultérieurement, la volonté assurant la formation de l'acte juridique s'entend de la volonté *manifestée*²⁰⁶. Par conséquent il ne saurait y avoir de fiction juridique si le contrat est réputé formé alors qu'il n'y a pas de certitude quant à la volonté *réelle* de le former. De même, l'existence d'un phénomène d'exécution spontanée du contrat peut être considérée comme un accord de volonté tacite, la manifestation de volonté pouvant tout à fait être un acte de comportement. La prise en compte de la volonté tacite n'a donc rien d'une fiction juridique, ce que l'auteur admet d'ailleurs en notant qu'« au moins en toutes ces hypothèses la volonté est-elle déduite du comportement, actif ou passif, du sujet »²⁰⁷.

59. La nécessité de la volonté – Plus sérieuse demeure la critique qui tient à l'identification d'un acte juridique sur la base d'un intérêt, sans aucune manifestation de volonté. Toutefois, là où M. Wicker voit une fiction juridique destinée à maintenir le critère bancal de la volonté au détriment de celui de l'intérêt, nous voyons une simple exception au principe de la volonté nécessaire. Si l'intérêt permet parfois d'identifier un acte juridique à lui seul, c'est, semble-t-il, pour tenir compte de la position de faiblesse d'un individu qui n'a pas pu le faire valoir lui-même en manifestant sa volonté. Dans l'exemple de la convention d'assistance bénévole²⁰⁸, l'intérêt prime exceptionnellement la volonté²⁰⁹. Le principe

²⁰³ BALAT (N.), *Les grands articles du Code civil*, Dalloz, 4^{ème} éd. 2022, p. 101 (art. 721 c. civ.).

²⁰⁴ REVET (Th.), « Le contrat Janus ou la dualisation de la théorie du contrat », *Mél. L. Aynès*, LGDJ, Dalloz, 2019, p. 421, spéc. p. 429.

²⁰⁵ WICKER (G.), *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Bibl. de dr. privé, LGDJ, 1997, §107 : « Il est en effet des hypothèses où, l'intérêt du sujet étant inscrit dans la situation de fait, l'ordre juridique déduit sa volonté juridique de cette seule constatation ou de son rapprochement avec le comportement, actif ou passif, du sujet ». V. les développements à ce sujet, à partir du §74.

²⁰⁶ V. *infra*, n° 60.

²⁰⁷ WICKER (G.), th. préc., §87, p. 89.

²⁰⁸ *Ibid.*, §89.

²⁰⁹ C'est encore par exception que les juges retiennent parfois la formation du contrat alors que l'offre de contrat formulée n'a pas été acceptée par le destinataire (Req. 29 mars 1938 ; *DP* 1938, I, p. 5 – Soc. 15 décembre 1970, n° 69-11.913, *Bull. Civ. IV*, n° 722). Si le silence du destinataire vaut acceptation de l'offre, c'est parce que l'offre a été faite « *dans l'intérêt exclusif* » du destinataire. Sur cette question, v. SACCO (R.), « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité (I) », *RDC* 2013/1, p. 315.

demeure toutefois que l'auteur de l'acte doit manifester sa volonté, raison pour laquelle on rapproche souvent cette situation de la gestion d'affaires et donc du quasi-contrat²¹⁰, même si la Cour de cassation semble rester attachée à la qualification de convention d'assistance bénévole²¹¹. Sans volonté, le contrat n'est donc qu'un « quasi » contrat. Le caractère nécessaire de la volonté trouve un écho dans l'existence de faits juridiques qui sont le pendant « involontaire » de certains actes : par exemple, ce n'est qu'à défaut de testament exprimant la volonté du *de cuius*, que la dévolution de la succession se fera selon des règles légales dont la vocation est notamment de présumer quel est l'intérêt du *de cuius*. Quand bien même le législateur doit consacrer l'hypothèse d'acte juridique, il n'entend donc pas se substituer aux justiciables en sachant à leur place ce qui est apte à satisfaire leurs besoins. Il ne fait que présumer ce que voudront les particuliers et leur laisse l'initiative de leur concrétisation²¹². Aussi, quand les auteurs s'opposent sur la question de savoir si c'est la volonté ou l'intérêt qui est le critère catégorique de l'acte juridique, ils ne font que perpétuer la dualité irréductible de la notion. La nécessité de la volonté est évidente dans le cas du contrat, dans la mesure où l'intérêt des parties est en quelque sorte présumé dès lors que celles-ci sont parvenues à s'accorder sur le contenu contractuel. Au contraire, on peut penser que la volonté tient une place moins importante dans l'acte unilatéral. En ce sens M. Witz a pu écrire que « la place de la volonté est minimale au sein de l'acte juridique unilatéral, non seulement par l'absence d'un accord de volontés, mais aussi par les effets restreints de la projection de la volonté sur les effets de l'acte »²¹³. Reste que la volonté est nécessaire au moins pour concrétiser l'intérêt prédéterminé.

60. Volonté interne ou volonté manifestée ? – Des incertitudes demeurent sur le lieu d'identification de la volonté nécessaire à la formation de l'acte²¹⁴. La question s'avère délicate parce que le droit positif connaît de multiples concepts afférents à la volonté, celle-ci n'étant saisie qu'à travers des déclinaisons :

²¹⁰ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 13^{ème} éd., 2022, §1322 ; BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, Précis Domat, LGDJ, 19^{ème} éd., 2021, §447 ; SÉRIAUX (A.), LARDEUX (G.), *Manuel de droit des obligations*, Coll. Droit fondamental, PUF, 5^{ème} éd., 2023, §80, p. 188 ; MALINVAUD (Ph.), MEKKI (M.), SEUBE (J.-B.), *Droit des obligations*, 16^{ème} éd., LexisNexis, 2021, §851. *Contra* : MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, §665.

²¹¹ La Cour de cassation semblait avoir abandonné la qualification de « convention d'assistance bénévole » pour lui substituer celle de gestion d'affaires (Civ. 1^{ère} 28 janvier 2010, n° 08-16.844, Inédit). Toutefois, de nombreux arrêts récents ont retenu la qualification de convention d'assistance bénévole (not. : Civ. 1^{ère} 18 janvier 2023, n° 20-18.114, Publié au Bulletin).

²¹² Comme en convient M. Wicker, « l'ordre juridique propose à ses sujets une règle de structure hypothétique, et il leur appartient, pour parvenir à un résultat de droit, d'en concrétiser et d'en individualiser la présupposition par leur acte de volonté », WICKER (G.), *th. préc.*, §40.

²¹³ WITZ (C.), « Georges Rouhette et l'acte juridique », *Hommage à G. Rouhette*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 49, spéc. p. 56. Il poursuit en notant que « bien plus qu'en matière contractuelle, les effets d'un grand nombre d'actes juridiques unilatéraux sont tout dictés par l'ordre juridique, qu'il s'agisse par exemple de la résolution unilatérale, de l'exercice d'un droit d'option, de la création d'une société unipersonnelle ou de la constitution d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ».

²¹⁴ BIENVENU (J.-J.), « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *Droits*, n° 28, 1998, PUF, p. 3.

le consentement et les vices qui l'affectent²¹⁵, la santé d'esprit du contractant²¹⁶, l'accord nécessaire des parties au contrat²¹⁷, etc. Il en ressort une interrogation, celle de savoir si la formation de l'acte est subordonnée à la volonté interne et réelle de l'auteur ou bien à sa volonté extériorisée et donc apparente. Longtemps, la définition de l'acte juridique est restée attachée à la volonté interne de l'auteur. Selon la conception élaborée par Martin de la Moutte, « il y a acte juridique toutes les fois que l'intention de réaliser les effets de droit est absolument indispensable et nécessaire à la production des effets de droit »²¹⁸. Bien que cette définition soit un progrès, car elle sous-tend la nécessaire institutionnalisation de l'acte, elle n'est pas complètement opératoire dans la mesure où il existe des actes qui produisent des effets n'ayant pas été recherchés par leur auteur. Par exemple, le contrat produit des devoirs contractuels non spécialement voulus par les parties²¹⁹. En pratique la volonté n'est donc pas complètement déterminante de la production des effets de droit, du moins si on les considère dans leur ensemble. Face à cet inconvénient majeur de définition, deux attitudes sont possibles. La première consiste à adopter une conception restrictive de l'acte juridique tel que le faisait Gounot : il y aurait acte juridique lorsque tous les effets de droit sont spécialement recherchés, voire aménagés par l'auteur²²⁰. La seconde, qui emporte généralement l'adhésion, consiste à dire que la volonté est essentielle pour la production des effets de droit, sans qu'il soit nécessaire d'adhérer spécialement à chacun de ces effets. Mais où placer la limite ? On peine manifestement à distinguer ce qui est voulu par l'individu, mais concédé par le législateur (l'acte juridique), et ce qui est imposé en réaction par le législateur (fait juridique).

61. La formation par la manifestation –L'acte juridique étant un phénomène matériel, sa reconnaissance est forcément subordonnée à la mise en évidence d'une volonté qui doit être exprimée pour constituer un phénomène apte à être réceptionné par l'ordre juridique. On peut dire, à la suite de Jhering, que « par le *fait*, la volonté fait irruption dans le domaine du monde extérieur, et se place sous l'empire de ses lois »²²¹. La volonté rendue nécessaire par la loi pour la production des effets de droit ne s'entend donc pas de la volonté réelle ou interne de l'auteur, laquelle serait dirigée vers les effets de droit,

²¹⁵ La difficulté est accrue par la spécialisation des règles selon la qualification de l'acte. Des règles spéciales sont ainsi détaillées par les art. 16-10 et s. c. civ. s'agissant des examens médicaux, exigeant un consentement exprès et préalable. D'autres dispositions sont plus énigmatiques telles que l'art. 146 c. civ. qui énonce simplement mais solennellement qu'il « *n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* ».

²¹⁶ Art. 414-1 c. civ. : « *pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit* ».

²¹⁷ Art. 1101 c. civ. : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

²¹⁸ MARTIN DE LA MOUTTE (J.), th. préc., §17.

²¹⁹ À ce sujet, v. not. : CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants, Est-on allé trop loin ? », p. 100 et FAGES (B.), « Nouveaux pouvoirs, Le contrat est-il encore la chose des parties ? », p. 153, in : *La nouvelle crise du contrat*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2003.

²²⁰ GOUNOT (E.), th. préc., p. 136. En ce sens, AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Coll. Université, Sirey, 18^{ème} éd. 2021, §219 : « l'acte juridique est un *acte volontaire, spécialement accompli par une personne pour produire, dans le cadre et les conditions du droit objectif, des effets de droit dont la nature et la mesure sont fondamentalement déterminés par sa volonté* » (en italique dans le texte).

²²¹ JHERING (R. Von), *L'évolution du droit (Zweck im Recht)*, trad. O. de Meulenaere, 3^{ème} éd., Lib. A. Marescq, 1901, §12. C'est ce que l'auteur qualifie de « stade externe du processus de la volonté ».

mais d'une *expression* de volonté. Comme le note M. Revet, seule « l'objectivation de la volonté permet à l'acte, réalité objective, d'exister alors même qu'il procède de la volonté »²²². Il est d'ailleurs curieux que la définition courante de l'acte juridique reste centrée sur la volonté entendue comme le consentement, alors que l'on admet sans difficulté que seul un phénomène extérieur permet sa formation. Cette solution est admise depuis longtemps en droit allemand où elle s'appuie sur l'admission d'une structure duale de la déclaration de volonté : si l'acte juridique peut se former, c'est parce que son auteur a déclaré sa volonté²²³. En droit français également, on reconnaît que les actes juridiques ne sont jamais « de pures volitions, mais par essence des volontés extériorisées »²²⁴. Cette structure duale s'avère essentielle parce qu'elle suggère que la manifestation de volonté est seule nécessaire pour la formation de l'acte tandis que la volonté interne, dont l'examen n'est possible qu'au travers des vices du consentement et de la santé d'esprit, est une simple condition de validité²²⁵.

62. Tout acte juridique repose donc sur deux conditions cumulatives : la manifestation de volonté de son auteur et la détermination d'un intérêt légitime. Les conditions de formation des actes juridiques étant identifiées, le terme « parfait » permet de traduire conceptuellement le moment de leur réunion.

B - La réunion des conditions de formation

63. L'acte parfait ou définitivement formé – Parce qu'elle repose sur des conditions cumulatives – la volonté et l'intérêt, la formation de l'acte juridique intervient rarement en un trait de temps. Dans ce contexte la perfection constitue une notion clé, qui permet de désigner le moment auquel l'acte se forme *définitivement*. Comme l'avait déjà remarqué Eisenmann, « à un certain moment, c'est à dire quand telles et telles opérations ont été effectuées, l'acte, l'acte juridique, est fait, achevé, parfait, il « est », il « existe »

²²² REVET (Th.), « Objectivation ou subjectivation du contrat – Quelle valeur juridique ? », in : *La nouvelle crise du contrat*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Coll. Thèmes et commentaires, Actes, Dalloz, 2012, p. 83, §8.

²²³ Comme l'explique un auteur, « le fondement juridique de l'acte va résider dans la déclaration de volonté de son auteur ; c'est par cette « déclaration » que l'individu va manifester à l'extérieur sa volonté interne, va donc la porter à la connaissance de tous, la rendre officielle et en quelque sorte définitive », BEZIN (G.), « Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe », *Recueil de législation de l'académie de Toulouse*, 1905, p. 289, §1. Dans le même sens, v. : SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, 1901, §54 : « le principe fondamental en la matière est que la volonté ne peut avoir d'effets juridiques que si elle est déclarée ».

²²⁴ BRENNER (C.), « Sources des obligations dans le Code civil rénové : passage à l'acte ou acte manqué ? », *JCP* 2016, 524.

²²⁵ Sur la distinction des conditions de formation et des conditions de validité, v. *infra*, n° 382 et s. V. égal. : MAYER (L.), *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, Bibl. de l'IRJS – André Tunc, t. 20, 2009, §168 : « La validité de l'acte juridique, une fois celui-ci qualifié comme tel, sera la plupart du temps subordonnée à une vérification de l'existence d'une volonté interne correspondant à sa manifestation. Mais dès lors que l'on cherche à définir, en amont, les éléments constitutifs de la définition de l'acte juridique, la volonté interne ne peut être que bannie, dans la mesure où elle constitue une réalité distincte de la manifestation d'une volonté ». En ce sens égal. : ANCEL (P.), « Acte juridique et déclaration de volonté : la greffe allemande sur le droit français des obligations », in : *Traditions savantes et codification, Actes du VIIe congrès de l'ARISEC*, Poitiers, 8-10 sept. 2005, LGDJ, p. 161, §22-23.

désormais ; la question de sa « confection » ou « passation » est liquidée et dépassée »²²⁶. Les conditions de formation étant au nombre de deux – un élément objectif et un élément subjectif, la perfection permet de marquer leur *réunion*, en mettant l'accent tantôt sur le caractère définitif de la volonté exprimée (1), tantôt sur la détermination suffisante de l'intérêt recouvert par l'acte (2).

1 - L'expression d'une volonté définitive

64. Décompte des manifestations de volonté – La formation de tout acte juridique repose *a minima* sur une manifestation de volonté. À cet égard, la définition de l'acte juridique comme « *manifestation de volonté en vue de produire des effets de droit* » est relativement trompeuse, dans la mesure où l'acte peut reposer sur une ou plusieurs manifestations de volonté. L'art. 1100-1 al. 1^{er} du code civil le reconnaît expressément puisqu'il énonce *in fine* que les actes peuvent être « *unilatéraux ou conventionnels* ». La formation définitive de l'acte suppose ainsi que chacun des auteurs ait manifesté sa volonté. Là est l'intérêt premier de la notion de perfection : elle permet de marquer le moment où les manifestations de volonté requises ont été définitivement exprimées. La perfection du contrat correspond au moment de l'accord définitif des volontés (a), ce qui vaut aussi pour l'acte unilatéral, étant entendu que la manifestation de volonté requière parfois un procédé de réception qui participe pleinement de la formation de l'acte (b).

a) La formation par la rencontre des manifestations de volonté

65. Pluralité des manifestations de volonté – Parce que le droit français définit l'acte juridique comme une « *manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit* », certains auteurs estiment que l'acte juridique et la manifestation de volonté sont deux choses équivalentes²²⁷. M. Sur estime par exemple que « l'acte juridique est toujours un acte unilatéral, car il doit être rapporté à une personne juridique et à une seule. Personne juridique elle-même définie par un acte, et voici la circularité ». Pourtant on peut tout à fait concevoir que la manifestation de volonté ne soit qu'un élément constitutif de l'acte juridique. La manifestation de volonté visée par l'art. 1100-1 du code civil pourrait bien être équivalente à la déclaration de volonté du droit allemand, où sa distinction avec l'acte juridique est pleinement admise. Bien que le BGB utilise parfois les expressions comme des synonymes, la déclaration de volonté

²²⁶ EISENMANN (Ch.), *Cours de droit administratif*, t. II, Le régime des actes administratifs unilatéraux – 1959-1960, LGDJ, Lextenso éd., Coll. Anthologie du droit, 2014, spéc. p. 707, §4. En ce sens égal., DURMA (M.), th. préc., §370 : « la perfection coïncide avec la réalisation de tous les éléments nécessaires à la constitution de l'acte envisagé. Elle intervient donc, lorsque tous ces éléments sont réunis ou plus précisément lorsque le dernier en date se réalise ».

²²⁷ M. Mazeaud avait dénoncé cette assimilation lors des travaux de la Commission de réforme du Code civil, M. Niboyet ayant proposé de définir l'acte juridique comme une « *manifestation de volonté destinée à créer, à modifier ou à éteindre un droit* » ; proposition qui fût malgré tout acceptée. V. : *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, année 1947-1948, p. 12.

(*Willenserklärung*) y est considérée comme une simple composante de l'acte juridique (*Rechtsgeschäft*)²²⁸. En définissant l'acte juridique comme une manifestation de volonté, notre droit opère donc une réduction du phénomène de l'acte juridique à une manifestation de volonté par essence unilatérale²²⁹. Or, on admet parfaitement que le contrat est un acte juridique alors que sa formation suppose *a minima* sur deux manifestations de volonté.

66. Rencontre des manifestations de volonté – Défini par l'art. 1101 du code civil comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes* », le contrat repose sur plusieurs manifestations de volonté. Le contrat sera parfait lorsque la rencontre entre ces manifestations de volonté aura eu lieu²³⁰. C'est en ce sens que l'art. 1583 du code civil évoque, semble-t-il, la perfection de la vente.

67. Un sens dérivé de l'article 1583 c. civ – On peut penser que l'emploi du terme parfait dans l'art. 1583 du code civil a permis d'assoir le principe du consensualisme ; autrement dit, l'idée que la formation du contrat exige le seul accord des parties. Si l'on fait abstraction de la précision selon laquelle « *la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur* », l'art. 1583 du code civil énonce en effet que « *la vente est parfaite entre les parties, (...), dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé* ». La volonté de faire valoir le principe du consensualisme ressort clairement à la lecture du discours de présentation des dispositions sur la vente faite par Portalis devant le corps législatif, en amont de la promulgation du Code civil de 1804. Pour expliquer le sens de cette disposition, il insistait sur le fait que « *la rédaction d'une vente privée en contrat public ne peut être réputée essentielle, qu'autant qu'il aurait été déclaré par les parties que jusqu'à cette rédaction leur premier acte demeurerait aux termes d'un simple projet* »²³¹. L'accent est mis sur le caractère suffisant de l'accord à l'exclusion de toute autre formalité. Plus loin, il développait cette idée en notant que « *dans la vente, la délivrance de la chose vendue et le paiement du prix sont des actes qui viennent en exécution du contrat, qui en sont une conséquence nécessaire, qui en dérivent comme l'effet dérive de sa cause, et qui ne doivent pas être confondus avec le contrat* »²³².

²²⁸ WITZ (C.), *op. cit.*, p. 117 et s. ; FROMONT (M.), KNETSCH (J.), *op. cit.*, §129 ; FERRAND (F.), *op. cit.*, §183 et §193.

²²⁹ L'absence de référence explicite à la notion de manifestation de volonté conduit certains auteurs à nier l'existence de cette notion en droit français, ce qui produit des conséquences étonnantes quant à la nature juridique du contrat, ce dernier n'étant dès lors pas perçu comme un acte juridique formé par la rencontre des manifestations de volonté, mais comme le produit d'actes juridiques unilatéraux : MORON-PUECH (B.), *th. préc.*, §369 et s.

²³⁰ En ce sens : LIMBACH (F.), *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, *Bibl. de dr. privé*, t. 412, LGDJ, 2004, p. 66.

²³¹ FENET (A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14, p. 112.

²³² *Ibid.*, p. 113. Dans le même sens, v. le rapport fait par le tribun Faure lors de la discussion devant le corps législatif, p. 152 : « *Dès qu'on est convenu de la chose et du prix, la vente est parfaite. L'acquéreur devient propriétaire de l'objet vendu : le vendeur cesse de l'être ; elle est parfaite, quoique le vendeur n'ait encore rien livré, quoique l'acquéreur n'ait encore rien payé* ».

68. Une clé de répartition entre le consensualisme et le formalisme – L’emploi du terme « parfait » a ensuite été progressivement étendu à l’ensemble des contrats, soit pour affirmer le principe du consensualisme, soit pour y déroger. En droit des assurances, la Cour de cassation rappelle fréquemment que le contrat d’assurance « *constitue un contrat consensuel qui est parfait dès la rencontre des volontés de l’assureur et de l’assuré* »²³³. À l’inverse, en imposant la solennité du contrat de gage, l’art. 2236 du code civil énonce que « *le gage est parfait par l’établissement d’un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la qualité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature* ». Le terme parfait est ici employé pour désigner le contrat qui a pu se former par l’expression de la volonté dans une certaine forme imposée par la loi. Mais il se peut aussi que les parties choisissent de déroger au consensualisme en imposant la rédaction d’un acte authentique voire, plus simplement, d’un acte sous seing privé. Étant entendu que l’acte juridique doit être prouvé par écrit au-delà d’un certain montant (art. 1359 c. civ.), il n’est pas rare en effet que les parties subordonnent sa perfection à la signature d’un document reprenant l’ensemble de leur accord. Non pas que la preuve de l’acte soit confondue avec sa formation²³⁴, mais que les parties aient, par souci de pragmatisme, décidé de parfaire leur accord par le même procédé que celui devant servir de preuve. La signature permet alors au contrat d’exister, de se former définitivement. Par exception au principe du consensualisme²³⁵, la signature manifeste ainsi la volonté définitive des parties. Ce statut de la signature est bien connu en droit administratif, puisqu’elle permet généralement de faire définitivement exister l’acte indépendamment de la question de savoir s’il est entré en vigueur²³⁶. Ainsi la signature d’un texte de loi par le Président de la République – sa promulgation, en « *atteste l’existence* »²³⁷. Il faut voir qu’en droit privé également, la signature peut être un outil de perfection du contrat. D’ailleurs l’art. 1367 al. 1^{er} du code civil l’énonce expressément : « *La signature nécessaire à la perfection d’un acte juridique identifie son auteur. Elle manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte* »²³⁸. Dès lors qu’il est question du consentement de l’auteur de l’acte, on sort du domaine dédié seulement à la preuve puisqu’il s’agit d’une condition de

²³³ Civ. 1^{ère} 15 février 1978, n° 76-13.154, *Bull. Civ. I*, n° 62 – Civ. 1^{ère} 28 février 1989, n° 87-12.005, *Bull. Civ. I*, n° 93 – Civ. 1^{ère} 21 mai 1990, n° 87-19.014, *Bull. Civ. I*, n° 109 – Civ. 1^{ère} 22 avril 1992, n° 89-10.822, *Bull. Civ. I*, n° 126 – Civ. 2^{ème} 13 décembre 2018, n° 17-22.532, Inédit.

²³⁴ V. toutefois, LARDEUX (G.), *Preuve – Droit civil*, Dalloz Corpus, 2020, §50 : « si le principe du consensualisme permet d’admettre qu’un contrat puisse être conclu de manière tacite (...), un tel principe est justement battu en brèche par le formalisme probatoire de l’art. 1359, al. 1^{er} c. civ. qui, s’il n’est pas exigé, par hypothèse, pour la validité des actes juridiques, n’en commande pas moins de conclure à l’inexistence du contrat en l’absence d’écrit pour le prouver ».

²³⁵ Ce dernier est fréquemment rappelé en matière de vente, la Cour de cassation retenant expressément que la signature d’un document n’est pas nécessaire à la conclusion de ce contrat. V. not. : Civ. 3^{ème} 27 novembre 1990, n° 89-14.033, *Bull. Civ. III*, n° 255.

²³⁶ SEILLER (B.), « L’entrée en vigueur des actes unilatéraux », *AJDA* 2004, 1463 : « La première condition de l’entrée en vigueur d’un acte unilatéral paraît tautologique : il doit exister. Or cette existence juridique lui est conférée, en principe, par l’apposition de la signature de son auteur ».

²³⁷ CE Ass. 8 février 1974, *Commune de Montory*, Lebon p. 93 ; *AJDA* 1974, p. 192, chron. Franc et Boyon ; *JCP* 1974, II, 17703, note Liet-Vaux ; *RD publ.* 1974, p. 1511, concl. Rougevin-Baville.

²³⁸ La formule, qui existait dans l’ancien art. 1316-4 c. civ., n’a pas changé depuis 1804. Seul un al. 2 a été ajouté pour transposer cette disposition à l’écrit électronique.

fond²³⁹. La signature permet d'imputer l'acte à son auteur et se présente donc comme une véritable manifestation de volonté. La Cour de cassation, qui admet très exceptionnellement le recours à la notion d'inexistence, a précisément jugé qu'un acte était inexistant lorsque la signature apposée sur *l'instrumentum* n'était pas celle de l'acheteuse²⁴⁰. Cela démontre que la signature est parfois constitutive d'une manifestation de volonté. Pour cette raison, la place de la signature sur *l'instrumentum* s'avère déterminante de sa perfection. Son emplacement doit « permettre de supposer que son auteur a approuvé l'acte en son entier »²⁴¹. Reste que la signature ne constitue pas un procédé d'extériorisation de la volonté imposée par la loi pour la formation définitive de l'acte juridique. Il faudra notamment s'assurer que les parties se sont bien accordées sur les éléments essentiels du contrat²⁴², dont nous verrons que leur détermination est indissociable de la manifestation de volonté des parties.

69. Un sens obsolète ? – Que ce soit pour appuyer le principe du consensualisme ou au contraire pour lui déroger, la recherche d'un moment de perfection du contrat semble relever d'une analyse datée de la notion de contrat. De nombreux auteurs critiquent l'approche en deux temps du processus de formation du contrat, reposant sur une distinction entre le précontractuel et le contractuel marquée par le moment exact de formation. La formation définitive de l'acte ne serait plus un moment décisif, mais plutôt le résultat de phases successives de négociations²⁴³, voire le résultat d'une relation de confiance qui s'établit avec le temps²⁴⁴. Si le phénomène est indéniable s'agissant des contrats d'affaires, longuement négociés et nécessitant la conclusion d'accords partiels, il n'a pas pour autant vocation à exclure l'intérêt théorique et pratique d'identification du moment de perfection du contrat. Le législateur l'a bien compris puisque c'est l'idée d'un moment décisif achevant la formation que continue de sous-tendre le Code civil en exigeant une concordance entre l'offre et l'acceptation pour la conclusion du contrat²⁴⁵. Si le terme « parfait » n'est pas employé par les textes, la doctrine l'emploie parfois pour désigner le moment

²³⁹ Il y aurait une confusion entre l'acte juridique et *l'instrumentum* : CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *op. cit.*, n° 1182 ; FERRAND (F.), LARDEUX (G.), *Preuve*, Dalloz Corpus, 2020, §17-18.

²⁴⁰ Civ. 3^{ème} 21 mai 2014, n° 13-16.591, Inédit ; *RDC* 2014/4, p. 605, Th. Genicon ; *D.* 2015, 529.

²⁴¹ VERGÈS (E.), VIAL (G.), LECLERC (O.), *Droit de la preuve*, Thémis, PUF, 2^{ème} éd. 2022, §458. En ce sens égal. : LAMÈTHE (D.), « Réflexions sur la signature », *Gaz. Pal.* 1976, I, p. 74, « la signature apparaît comme le dernier mot, qui donne tout son sens, tout son « poids » à un acte »,

²⁴² BARBIER (H.), « De la nature du lien entre consentement et signature », notre sous : Com. 10 octobre 2018, n° 17-12.527, Inédit ; *RTD Civ.* 2019. 94. L'auteur note que si la signature « manifeste » le consentement elle ne le « constitue » pas. Aussi le juge doit prendre en compte les éléments contextuels pour savoir si la signature du document représente bel et bien un consentement apte à former le contrat. En l'espèce la chambre commerciale estimait que ce n'était pas le cas, les parties ayant poursuivi leurs discussions ultérieurement, sur les éléments « essentiels » à la formation du dit-contrat.

²⁴³ RIEG (A.), « La « punctuation », Contribution à l'étude de la formation du contrat », *Mél. A. Jauffret*, 1974, p. 593 ; MOUSSERON (J.-M.), « La durée dans la formation des contrats », *Mél. A. Jauffret*, LGDJ, 1974, p. 509.

²⁴⁴ MUIR-WATT (H.), « Les pourparlers : de la confiance trompée à la relation de confiance », in : *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Actes de colloque, dir. P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2003, p. 53, spéc. p. 61. Elle relève que l'accord définitif « ne changerait rien à l'existence de la relation sous-jacente » et que cela réduit « la signification de l'accord de volontés à une fonction essentiellement probatoire ».

²⁴⁵ Art. 1113 al. 1^{er} c. civ. : « Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager ».

auquel le contrat peut être considéré comme définitivement formé par l'accord des parties²⁴⁶. L'identification du moment de perfection revêt en effet une utilité certaine.

70. Un sens utile – Le moment de formation définitive de l'acte juridique dicte tout d'abord le moment auquel les conditions de validité doivent être remplies. Même si le Code civil ne l'indique pas expressément, il s'agit d'une règle éminemment classique qui est rarement discutée parce qu'on tend à confondre la question de la formation avec la question de la validité²⁴⁷. Le moment de formation de l'acte juridique est également déterminant de la loi applicable dans l'espace et dans le temps. Dans l'espace tout d'abord, puisque le lieu de formation de l'acte est une donnée essentielle à la détermination de la loi applicable sur la base de l'art. 3 du code civil²⁴⁸. Dans le temps ensuite, car il existe un principe général de non-rétroactivité des lois²⁴⁹. Conforme à ce principe, l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats précise que la loi ancienne demeure applicable aux contrats conclus avant sa date d'entrée en vigueur, c'est-à-dire avant le 1^{er} octobre 2016 (à l'exception toutefois des dispositions consacrées aux actions interrogatoires). La Cour de cassation a d'ores et déjà tiré toutes les conséquences de cette non-rétroactivité de l'ordonnance puisqu'elle a sanctionné un arrêt d'appel ayant appliqué les dispositions issues du nouvel art. 1186 du code civil à un contrat conclu avant l'entrée en vigueur de la réforme²⁵⁰. Enfin et surtout, le moment de formation définitive constitue un marqueur temporel essentiel pour distinguer ce qui relève des négociations et donc de l'extracontractuel d'une part, et ce qui relève du contractuel d'autre part. Unité de temps au sein de la procédure de formation du contrat, la notion de perfection marque le passage des négociations voire du simple projet de contrat²⁵¹, au contrat définitif. L'identification du moment de perfection est ainsi au cœur de la réglementation des contrats conclus à distance, par correspondance ou par voie électronique, la question étant de savoir à quel instant les parties peuvent être considérées comme engagées²⁵². Cette question est d'autant plus importante que la formation définitive de l'acte constitue le phénomène permettant de lui donner force obligatoire. Tant que l'acte n'a pas force obligatoire, l'auteur de la manifestation de volonté est libre de la rétracter conformément au principe de la liberté contractuelle. L'acte juridique – en tant qu'il opère une dialectique entre éléments

²⁴⁶ BÉNABENT (A.), *Droit des obligations, op. cit.*, §80.

²⁴⁷ Sur cette confusion et sa critique : v. *infra*, n° 374 et s.

²⁴⁸ LÉGIER (G.), LARDEUX (G.), « Actes juridiques, Forme, Loi applicable à la forme », *JurisClasseur Civil Code*, Article 3, Fasc. 70, fév. 2018.

²⁴⁹ CABRILLAC (R.), *Introduction générale au droit*, Cours Dalloz, 14^{ème} éd. 2021, §139.

²⁵⁰ Civ. 1^{ère} 19 septembre 2018, n° 17-24.347, Publié au Bulletin. Cette solution est toutefois assez isolée, la Cour n'hésitant pas par ailleurs à appliquer les textes anciens « à la lumière » des nouveaux.

²⁵¹ ROZÈS (L.), « Le projet de contrat », *Mél. Boyer*, PU Toulouse, 1996, p. 639, spéc. p. 658, « la volonté exprimée dans le projet ne constitue jamais la volonté contractuelle définitive et ne saurait en aucun cas jouer ce rôle ». Plus loin : « la volonté réservée dans le projet peut ou non s'épanouir en toute liberté avant d'être arrêtée pour constituer le consentement au contrat ».

²⁵² Le terme « parfait » apparaissait ainsi dans les arrêts autrefois dédiés à la question de savoir si le contrat se forme définitivement par l'émission ou par la réception de l'acceptation consécutive à l'offre. V. par ex., Com. 7 janvier 1981, n° 79-13.499, *Bull. Civ. IV*, n° 14 : « Faute de stipulation contraire, l'acte du 10 juin 1975 était destiné à devenir parfait, non pas par la réception par la société l'aigle de l'acceptation de la société comase, mais par l'émission par celle-ci de cette acceptation ».

objectifs et éléments subjectifs, ne serait d'aucune utilité pratique si la manifestation de volonté suffisait à elle seule à engager son auteur. Une fois le contrat formé par la rencontre des volontés, la force obligatoire se substitue au contraire à la liberté contractuelle, interdisant aux parties de rétracter unilatéralement leur manifestation de volonté²⁵³. La formation définitive de l'acte, en tant qu'elle donne force obligatoire à l'acte, permet donc de délimiter le domaine de rétractation de la manifestation de volonté par rapport au domaine de révocation de l'acte juridique définitivement formé²⁵⁴.

71. En droit des contrats, la perfection présente donc l'intérêt de marquer conceptuellement le passage des volontés manifestées aux volontés s'étant rencontrées. Ainsi définie, la notion semble appartenir au seul droit des contrats. Pourtant, cette impression peut être rapidement dissipée.

b) La formation par la réception de la manifestation de volonté

72. **Une manifestation de volonté** – L'utilité de la notion de perfection s'étend aux actes unilatéraux. Pour le comprendre, il convient de remarquer que l'acte juridique unilatéral ne se confond pas avec la manifestation de volonté. Les limites de cette confusion ont déjà été mises en évidence pour le contrat, puisqu'il repose *a minima* sur deux manifestations de volonté. La distinction peut sembler plus difficile à établir s'agissant de l'acte unilatéral qui, comme son nom l'indique, repose sur une manifestation de volonté unique. Cette manifestation de volonté ne s'entend pourtant pas strictement de l'extériorisation de la volonté de l'auteur de l'acte. Non pas qu'une volonté concordante soit nécessaire, mais qu'un élément doive parfois s'adjoindre à la volonté manifestée pour lui donner son caractère définitif. Dans ce cas, l'acte juridique peut être qualifié d'acte unilatéral réceptice.

73. **Le cas de l'acte réceptice** – Les actes unilatéraux peuvent être classés en deux catégories : les actes réceptices et les actes non réceptices. Les actes réceptices sont une catégorie d'actes pour lesquels « un degré élevé dans l'extériorisation de la volonté est exigé »²⁵⁵. Autrement dit, ce sont des actes pour la formation desquels la simple manifestation de volonté ne suffit pas²⁵⁶. Tant que la volonté n'a pas été réceptionnée, l'acte n'est pas définitivement formé. Non pas que l'acte ne soit pas véritablement

²⁵³ Une fois le contrat conclu, il n'est plus question de rétracter la manifestation de volonté. C'est la question de la révocation qui se pose alors. Sur la révocation et son lien avec la perfection, v. *infra*, n° 321 et s.

²⁵⁴ En ce sens : MOLFESSIS (N.), « De la prétendue rétractation du promettant dans une promesse unilatérale de vente – Ou pourquoi le mauvais usage d'un concept inadapté doit être banni », *D.* 2012, p. 231. Plus anciennement, un auteur avait distingué « la rétractation des consentements d'auteurs antérieurement à la perfection de l'acte juridique, puis la rétractation des normes », LEFORT (D.), *La rétraction des actes juridiques en droit privé français, Contribution à l'étude de la formation des actes juridiques*, th. dactyl. Paris II, 1981, §53.

²⁵⁵ RBII (J.), « L'acte unilatéral réceptice », in : *Métamorphoses de l'Acte Juridique*, dir. M. Nicod, PU Toulouse 1 Capitole 1, LGDJ, 2011, p. 88, spéc. p. 90.

²⁵⁶ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, « Réceptice » : « *se dit des actes juridiques unilatéraux qui n'existent que par la notification qui en est faite à leur destinataire* ».

unilatéral : la réception ne doit pas être confondue avec une quelconque acceptation susceptible de le transformer en contrat. L'acte demeure unilatéral parce qu'il repose sur une seule manifestation de volonté, mais sa réception est nécessaire pour le former²⁵⁷. À l'inverse, l'acte non-réceptice se forme définitivement par la seule manifestation de volonté. Cette distinction s'avère essentielle parce qu'elle est, là encore, déterminante de la faculté de rétracter la manifestation de volonté. L'acte réceptice n'étant formé que par la réception de la manifestation de volonté, il apparaît que celle-ci peut être librement rétractée tant qu'elle n'a pas été réceptionnée²⁵⁸. Tant que la manifestation de volonté n'a pas été réceptionnée par son destinataire, on peut dire qu'elle « n'est pas parfaite, parce que tous ces éléments ne sont pas réunis »²⁵⁹. À l'inverse, l'acte non-réceptice étant formé par la seule émission de la manifestation de volonté, elle ne peut pas être librement rétractée par son auteur. La notion de perfection contribue là encore à mettre en évidence la dimension temporelle du processus de formation.

74. Ainsi conçue, la perfection correspond au moment où la volonté du ou des auteurs de l'acte est *définitive*. La volonté étant indissociable de l'intérêt, la perfection permet également de mettre l'accent sur la détermination suffisante de l'intérêt nécessaire à la formation définitive de l'acte juridique.

2 - La détermination d'un intérêt suffisant

75. Identité des éléments essentiels – Étant entendu que l'acte juridique est institué par le droit sur la base d'un intérêt positif auquel adhèrent ses auteurs, la notion de perfection a également été mobilisée dans la recherche des éléments substantiels qui doivent être déterminés pour l'acte juridique se forme.

76. Dans le contrat nommé – En droit des contrats, il est fréquent d'affirmer que la perfection du contrat dépend de l'accord des parties sur ses éléments essentiels. Pour former un contrat, il ne suffit pas en effet que deux ou plusieurs manifestations de volonté soient identifiées ; encore faut-il qu'elles se soient rencontrées²⁶⁰. Or, la rencontre de deux volontés correspond nécessairement à la détermination de l'objet de l'acte qui constitue le siège de leurs intérêts respectifs. Le caractère définitif des volontés exprimées ne peut donc pas être détaché de l'identification des effets que les parties entendent produire et l'acte sera parfait dès que cet intérêt aura été suffisamment déterminé²⁶¹. Les juges sont donc confrontés

²⁵⁷ La réception de la volonté est parfois considérée comme un élément constitutif de la manifestation de volonté, ce qui revient à confondre quelque peu l'acte juridique unilatéral et la manifestation de volonté. Selon nous, il s'agit plutôt d'une condition qui s'ajoute à la manifestation de volonté et qui permet de former l'acte.

²⁵⁸ Comme le note un auteur, « pour démolir une situation de fait, il faut généralement un fait opposé », NAJJAR (I.) « Le droit de révocation, Pour un lifting de circonstance », *JCP G* 2018, n° 23, 633. La rétractation est ici le fait opposé qui permet de faire tomber la manifestation de volonté qui n'est pas encore devenue un acte juridique.

²⁵⁹ DURMA (M.), th. préc §370.

²⁶⁰ En ce sens : OBELLIANNE (S.), *Les sources des obligations*, PUAM, 2009, §292.

²⁶¹ En ce sens, Jhering avait remarqué que « l'unité de la volonté dans le contrat (*consensus*) n'est autre chose que l'accord des parties sur la concordance complète de leurs intérêts respectifs », JHERING (R. Von), *L'évolution du*

à la question de savoir quels sont les éléments sur lesquels les parties doivent s'accorder pour que le contrat soit considéré comme parfait. Très vite il est apparu que l'accord n'avait pas à intervenir sur l'ensemble des éléments du contenu contractuel²⁶², mais uniquement sur ses éléments essentiels, ce qui est d'ailleurs conforme à la tautologie inhérente à la notion de perfection. La chose parfaite est parfaite en son genre, c'est-à-dire par rapport à un modèle de référence considéré.

77. La vente comme point de départ – Si l'on suit Demolombe, les conditions essentielles du contrat sont celles « sans lesquelles il ne peut pas se former, et dont l'absence fait ou qu'il n'y a pas du tout de contrat ou qu'il y a une autre espèce de contrat que celui que les parties ont déclaré vouloir faire »²⁶³. Dire qu'un contrat est parfait grâce à tel ou tel élément permet donc d'affirmer que tel ou tel élément est essentiel à la constitution de l'acte conformément à la qualification recherchée. Plusieurs définitions doctrinales des éléments essentiels ont repris cette référence à la qualification. Pour M. Aubert ce sont les éléments « sans lesquels il serait impossible de savoir quelle sorte de convention a été conclue »²⁶⁴. Pour M. Delebecque, ce sont « les éléments centraux spécifiques qui traduisent l'opération juridique et économique que les parties veulent réaliser »²⁶⁵. Ces définitions ont là encore été forgées en partant du modèle de la vente, parfaite par l'accord sur la chose et le prix. L'art. 1583 du code civil, dont la vocation initiale était d'asseoir le principe du consensualisme, a aussi servi de fondement à l'identification des éléments de l'accord permettant la formation du contrat de vente. À dire vrai, les rédacteurs du Code civil avaient déjà mis en avant cette fonction de la disposition, comme en témoigne cette question rhétorique de Portalis : « *Nous avons dit qu'il est de l'essence du contrat de vente que les parties soient d'accord sur la chose et sur le prix ; mais comment cet accord pourrait-il exister s'il n'était intervenu sur une chose déterminée et sur un prix certain ?* »²⁶⁶. Le terme parfait employé dans l'art. 1583 du code civil marquerait le caractère nécessaire, mais suffisant, de l'accord des volontés sur la chose et le prix pour former ce contrat. En ce sens, la Cour de cassation retient de longue date que « *la vente est parfaite entre les parties dès qu'on est convenu de la chose et du prix* »²⁶⁷. Un accord des parties sur les éléments accessoires ne fait donc pas obstacle à la perfection de la vente, sauf si les parties ont essentialisé ces éléments²⁶⁸. En

droit, op. cit., §17, p. 26. V. égal., LEQUETTE (S.), « La notion de contrat », art. préc., §34 : « le droit prend en considération la rencontre d'intérêts qui s'est opérée ».

²⁶² Au contraire du droit allemand. §154 BGB : « *Tant que les parties ne sont pas tombées d'accord sur tous les points d'un contrat, qui ne fût-ce que d'après la déclaration de l'une seulement d'entre elles, devient être l'objet de la convention, le contrat dans le doute n'est pas conclu* ».

²⁶³ DEMOLOMBE (Ch.), *Cours de Code Napoléon*, Traité des contrats, t. 24, Paris 1881, §38.

²⁶⁴ AUBERT (J.-L.), *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, thèse Paris, 1970, §52. En ce sens, Mme Rochfeld opère un rapprochement entre les éléments essentiels et le type de l'acte, remarquant en effet que « le type représente un modèle réunissant, de façon organisée et non fortuite, les caractères essentiels d'une certaine espèce d'objets », ROCHFELD (J.), th. préc., §43.

²⁶⁵ DELEBECQUE (Ph.), *Les clauses allégeant les obligations*, thèse Aix 1981, p. 198

²⁶⁶ FENET (A.), *op. cit.*, t. 14, p. 114.

²⁶⁷ Civ. 1^{ère} 14 janvier 1987, n° 85-16.306, Inédit ; D. 1988. 80, note J. Schmidt.

²⁶⁸ Dans l'arrêt précité, la Cour précise que « *le défaut d'accord définitif sur les éléments accessoires de la vente ne peut empêcher le caractère parfait de la vente à moins que les parties aient entendu retarder la formation du contrat jusqu'à la fixation de ces modalités* ».

toute hypothèse, la perfection traduit le moment auquel les parties s'accordent sur les éléments essentiels du contrat projeté, qu'ils le soient d'après la qualification de l'acte ou d'après une volonté spéciale.

78. L'extension aux contrats spéciaux – L'extrapolation de l'art. 1583 du code civil a permis de consolider l'emploi du terme « parfait » comme renvoyant à la formation-qualification du contrat. Le travail du juge, qui consiste à « vérifier que les éléments indispensables à la perfection du contrat (sont) suffisamment précisés », est en effet facilité « dans l'hypothèse où le législateur a lui-même déterminé les éléments essentiels »²⁶⁹. Cette tendance à lier la perfection du contrat à sa formation-qualification est récurrente s'agissant des contrats réels. En ce sens l'art. 1919 du code civil énonce que « *le dépôt est parfait en cas de remise effective de la chose* » ; disposition qui apparaît d'ailleurs dans une section du Code civil intitulée « *De la nature et de l'essence du contrat de dépôt* ». Partant, l'emploi du terme parfait a progressivement été étendu à d'autres espèces. M. Rémy l'a utilisé pour décrire le caractère incomplet d'un contrat de prêt consenti consensuellement, sans que cet accord ne s'accompagne de la remise des sommes prêtées²⁷⁰. S'agissant d'un contrat réel, pour la formation duquel la remise de la chose est nécessaire, l'auteur estime que les parties en étaient restées à « la phase consensuelle d'un contrat auquel il ne manque, pour sa perfection, qu'une forme particulière : la tradition de la chose promise ». Le terme parfait sert ici à marquer le caractère indispensable de la remise de la chose pour la formation du contrat. Face au déclin des contrats réels, l'emploi du terme parfait dans ce sens pourrait s'amenuiser. Pour autant on voit que l'usage du terme parfait permet aussi, à l'inverse, d'affirmer le principe consensualiste. En ce sens, l'art. 938 du code civil énonce que la donation est « *parfaite par le seul consentement des parties (...), sans qu'il soit besoin d'autre tradition* ». Réciproquement, la référence à la perfection permet d'exclure la nécessité d'un accord des parties sur les modalités d'exécution du contrat pour sa formation définitive²⁷¹. Mais la réflexion ne doit pas être cantonnée aux contrats nommés.

79. Dans le contrat innomé – Les parties peuvent décider de conclure un contrat « innomé »²⁷². Dans ce cas, le juge ne peut pas s'appuyer sur les textes du Code civil pour déterminer ses éléments essentiels puisqu'il « ne fait l'objet d'aucune réglementation spéciale »²⁷³. À première vue seulement, car la conclusion d'un contrat non expressément réglementé par le Code civil constitue rarement une pure création des parties. Selon la distinction opérée par Mme Rochfeld, bien qu'innomé, le contrat peut être

²⁶⁹ LAUDE (A.), *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, PUAM, 1992, §236.

²⁷⁰ Civ. 1^{ère} 20 juillet 1981, n° 80-12.529, *Bull. civ. I*, n° 267 ; *RTD Civ.* 1982. 427, Ph. Rémy ; *Gaz. Pal* 1982, p. 83 J. Dupichot ; *Deffrénois* 1982, p. 1085, J.-L. Aubert ; *GAJC Dalloz*, 11^{ème} éd., F. Terré et Y. Lequette, n° 283.

²⁷¹ Par ex. : Civ. 3^{ème} 28 octobre 2009, n° 08-20.224, *Bull. Civ. III*, n° 237 (la détermination de la date d'entrée en vigueur du bail n'est pas un obstacle à sa perfection).

²⁷² La qualification de contrat « innomé » est connue du Code civil, mais elle n'est pas explicitée. L'art. 1105 c. civ. se contente d'opérer une répartition des règles de droit selon que le contrat a ou non une « *dénomination propre* ».

²⁷³ MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Droit des contrats spéciaux*, Coll. Droit civil, LGDJ, 11^{ème} éd., 2020, §3. V. égal : PUIGELIER (C.) (dir.), *Dictionnaire juridique*, Bruylant, Coll. Paradigme, 3^{ème} éd. 2020, « Contrat innomé » (n° 1450) ; CABRILLAC (R.) (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis, 12^{ème} éd. 2020, « Contrat innomé ».

typique ou atypique²⁷⁴. Il sera atypique s'il ne correspond à aucun modèle de contrat, si les parties lui ont assigné une finalité inédite. Il sera typique si, au contraire, il permet de réaliser une finalité bien connue, que l'on peut systématiser. Le type de contrat permet d'identifier les éléments essentiels à sa perfection.

80. Les contrats innomés typiques – Comme le note Mme Rochfeld, le type correspond à « tout cadre contractuel préexistant suffisamment connu pour proposer aux volontés un modèle »²⁷⁵ ; ce qui peut donc se faire en dehors de la dénomination légale. Pour identifier les éléments essentiels de ce nouveau contrat, il convient donc de rechercher à quel(s) modèle(s) déjà réglementé(s) les parties ont emprunté. On revient à l'idée que la perfection se rapporte à la réunion des conditions qui permettent de former l'acte d'après sa qualification. En définitive, la détermination des éléments essentiels impose l'identification de ce qui fait la typicité du contrat innomé²⁷⁶. Pour ne prendre qu'un exemple, la vente de meuble à fabriquer emprunte à la vente et au service²⁷⁷. Ce n'est que si les parties entendent s'accorder sur un élément normalement accessoire, que l'accord sur les éléments essentiels sera insuffisant pour la perfection du contrat. Que les parties concluent un contrat typique ne les empêche pas en effet d'ajouter aux éléments essentiels de ce contrat. Non pas que cet élément soit de nature à spécialiser et donc modifier le type de contrat, mais qu'il perde son statut d'élément accessoire. Par la volonté des parties exprimée lors des négociations ou dans un contrat destiné à encadrer les négociations, cet élément est devenu un élément essentiel. Ce sera le cas par exemple si les parties entendent conclure un contrat de vente, mais que l'une d'elles fait des modalités de cette vente (qu'il s'agisse des modalités de livraison, de paiement, etc.) un élément déterminant de sa volonté de conclure. Tant que les parties n'auront pas trouvé un accord sur cet élément devenu essentiel à la formation, le contrat ne pourra pas se former. La jurisprudence fournit de nombreux exemples dans lesquels les juges ont dû se résoudre à reconnaître le défaut de formation du contrat²⁷⁸. Elle fournit également des exemples de contrats jugés parfaits par l'accord des parties sur les éléments essentiels, faute pour elles d'avoir essentialisé l'accord sur les modalités²⁷⁹.

81. Les contrats innomés atypiques – Ce n'est que dans l'hypothèse où les parties ont entendu conclure un contrat atypique, que la recherche des éléments essentiels devient difficile puisque le contrat dispose d'un contenu contractuel inédit. Si l'on devait rechercher à tout prix un modèle de contrat, qu'il soit légal ou issu de la pratique, on serait donc conduit à dénaturer la volonté des parties. Ce serait faire

²⁷⁴ ROCHFELD (J.), th. préc., §44 et s.

²⁷⁵ *Ibid.* §46.

²⁷⁶ GRILLET-PONTON (D.), *Essai sur le contrat innomé*, th. Lyon 1982 ; GRILLET-PONTON (D.) « Nouveau regard sur la vivacité de l'innomé en matière contractuelle », *D.* 2000, chron. 331 ; POULIQUEN (C.), « Le rôle de la volonté en matière de qualification des contrats », in : *Revue juridique de l'ouest*, 2000, n° 4, p. 409.

²⁷⁷ THIOYE (M.), note sous Civ. 1^{ère} 1^{er} juin 1999 : « Vente de meubles à fabriquer : le contrat est parfait dès qu'il y a accord sur les éléments essentiels », *D.* 2000. 622.

²⁷⁸ Civ. 3^{ème} 2 mai 1978, Inédit ; *D.* 1979, 317, J. Schmidt ; *JCP* 1980 II, 19465, Fieschi-Vivet – Com. 16 avril 1991, n° 89-20.697, *Bull. Civ. IV*, n° 148 ; *JCP* 1992 II, 21871, J. Ghestin ; *RTD Civ.* 1992, J. Mestre.

²⁷⁹ Civ. 3^{ème} 14 janvier 1987, n° 85-16.306, Inédit ; *D.* 1988, 80, J. Schmidt.

bien peu de cas de l'art. 1102 al. 1^{er} du code civil qui inclut, dans la liberté contractuelle, la possibilité de « déterminer le contenu et la forme du contrat ». Dans cette situation, on peut penser que l'absence de type de référence évince logiquement l'existence d'éléments essentiels. L'accord devrait donc intervenir sur l'ensemble de ce contenu contractuel inédit, faisant de tout contrat atypique un contrat « lourd », « sur mesure ». La perfection du contrat coïnciderait donc avec la rédaction d'un acte de clôture, destiné à formaliser la fin des négociations et le passage au contrat parfait, c'est-à-dire définitivement formé. Selon un auteur, il y aurait même une obligation de parfaire l'acte, c'est-à-dire une « obligation de compléter et de régulariser », intervenant au « stade le plus élevé de l'obligation de négocier car l'acte juridique est formé, mais il n'est pas parfait »²⁸⁰. Le contrat serait parfait dès l'accord complet des parties.

82. Au-delà du contrat – Hors du domaine de la liberté contractuelle, où l'intérêt légitime est déduit de l'accord des parties, les individus ne disposent que de la liberté de former l'acte d'ores et déjà réglementé par l'ordre juridique²⁸¹. Ce faisant, la détermination suffisante de l'intérêt à l'acte ne se fait pas au moyen d'une manifestation de volonté plus ou moins complète, mais par l'accomplissement d'une procédure que l'ordre juridique détermine. L'acte sera parfait si la procédure est conduite à son terme. Pour cette raison, « l'acte unilatéral présente une certaine tendance au formalisme »²⁸², dans le sens où sa formation obéit au respect de formes particulières. L'acte juridique unilatéral existant en nombre limité, son auteur n'exprime en effet jamais une volonté brute : il met en jeu un pouvoir que lui accorde l'ordre juridique et manifeste ainsi sa volonté d'accomplir une finalité qui aura été définie en amont. Or, la liberté des formes d'expression de la volonté ne constitue pas un outil adéquat pour affecter l'acte à une finalité déterminée. À l'inverse, la procédure imposée est un moyen de diriger la volonté vers un but. Le caractère formaliste des actes unilatéraux est donc directement lié à leur *numerus clausus* : chaque acte unilatéral répond à une fonction et ce faisant, obéit à la réunion de conditions de formation qui lui assurent de produire effet²⁸³. Les exigences du formalisme « permettent alors de reconnaître la signification juridique d'un acte au seul examen de son apparence »²⁸⁴. À ce stade, il est essentiel de distinguer le formalisme direct, qui assure la formation de l'acte juridique, et le formalisme indirect ou ensemble des « formalités » qui n'en conditionne nullement l'existence. Comme l'a remarqué un auteur, le *formalisme* – entendu au sens strict, est le pendant du consensualisme²⁸⁵. Il recouvre l'ensemble des formes que doivent impérativement prendre les manifestations de volonté pour former l'acte. Au contraire les *formalités* sont

²⁸⁰ BAHANS (J.-M.), *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, th. dactyl. Bordeaux, 1998, §249.

²⁸¹ MARTIN DE LA MOUTTE (J.), th. préc., §320 : « la nature unilatérale d'un acte a pour conséquence de limiter la puissance juridique de cet acte, et de lui interdire en principe un domaine que seul un concours de deux volontés a le privilège de pouvoir organiser et réglementer ».

²⁸² *Ibid.* §172. Sur les implications concrètes de ce formalisme, v. *infra*, n° 178.

²⁸³ HAUSER (J.), th. préc., §118, p. 203, « Faute de trouver dans l'accord de l'autre la structure objective finale qui assurerait la perfection de l'acte et déterminerait définitivement son niveau d'équilibre, l'acte unilatéral trouve en lui-même cette rigidité née de l'apport objectif qui en assurera la durée ».

²⁸⁴ FLOUR (J.), « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Études Ripert*, LGDJ, 1950, p. 93, §5.

²⁸⁵ MEILLER (E.), « La distinction du formalisme et de la formalité », *D.* 2012, Chron. 160.

antérieures ou ultérieures à la formation de l'acte. Aussi elles n'ont pas d'incidence directe sur sa formation. S'il est question de formalisme s'agissant de l'acte unilatéral, c'est parce que la manifestation de volonté de l'auteur de l'acte va nécessairement prendre une forme déterminante pour sa formation. L'acte sera donc parfait parce que les formes requises pour sa formation auront été accomplies.

83. Conclusion du §1 – L'acte juridique étant un phénomène institué par l'ordre juridique, il obéit à de strictes conditions de formation. Partant, il est possible et souhaitable d'identifier le moment où ces conditions sont réunies. Cela permet notamment de savoir à quel moment doivent être appréciées les conditions de validité mais aussi de déterminer quelle loi doit être appliquée à l'acte. Il n'est donc pas étonnant que « l'acte juridique parfait » ait longtemps désigné un acte définitivement formé. C'est en ce sens que Durma notait qu'un acte « n'existe juridiquement que lorsqu'il est parfait, c'est-à-dire lorsque les éléments essentiels sont réunis, car, avant ce moment, le droit ne le prend pas en considération ; et on peut dire, ce qui revient au même, qu'un acte est parfait lorsqu'il existe juridiquement »²⁸⁶. Pourtant, cette synonymie entre la formation et la perfection tend aujourd'hui à disparaître.

§2 - LE DÉCLIN DE LA SYNONYMIE ENTRE FORMATION ET PERFECTION

84. Sens contemporain – Si la synonymie entre formation et perfection tendait autrefois à s'affirmer, cela n'a jamais empêché l'existence d'un chaos terminologique, faute de définition légale de la notion de perfection. Ce chaos terminologique tend aujourd'hui à se renforcer, mais pourrait bien être le point de départ pour l'identification d'un sens concurrent pouvant être attribué à l'acte juridique parfait. D'une part, le rapprochement opéré entre la formation et la perfection a nettement tendance à reculer (A) ; d'autre part, un texte récent suggère l'existence d'un lien entre la perfection de l'acte et la thématique de l'efficacité juridique (B).

A - La perfection sortie du giron de la formation

85. L'acte formé : recul de la perfection – Bien que la pertinence de l'assimilation de la perfection à la formation définitive de l'acte juridique ait pu être éprouvée, on assiste à une disparition progressive du terme parfait pris en ce sens. S'il demeure pertinent de chercher à quel moment se forme l'acte, le recours au terme « parfait » pour le désigner semble d'un intérêt moindre. Que ce soit dans la loi ou la doctrine, la synonymie entre l'acte définitivement formé et l'acte parfait est en net recul.

²⁸⁶ DURMA (M.), th. préc. §267.

86. Recul dans la loi – Alors même que le droit des contrats a connu une réforme importante en 2016, il n’a pas été jugé bon d’employer le terme « parfait » en lieu et place du terme « formé » pour désigner le contrat conclu par l’accord des volontés²⁸⁷. À la lecture du Code civil, il est ainsi question de la formation ou de la validité du contrat, mais jamais de sa perfection²⁸⁸. Plus récemment, les auteurs de l’avant-projet de réforme des contrats spéciaux n’ont pas jugé bon de reprendre le terme « parfait » alors que c’est dans ce domaine du droit qu’il était le plus employé jusqu’alors. Ainsi l’art. 1583 de l’avant-projet énonce très simplement que « *si la loi n’en dispose autrement, la vente est consensuelle* ». Le principe du consensualisme, qui permet de faire reposer la formation du contrat de vente sur un simple accord des parties, est affirmé sans recours à la perfection. La disposition est utilement complétée par les articles 1602 et 1603 qui précisent que les parties doivent convenir de la chose et du prix. Là encore, il n’a pas été jugé bon de recourir au terme « parfait » pour signifier que l’accord des parties sur la chose et le prix est à la fois nécessaire et suffisant pour la formation du contrat de vente. Plus spécialement, le terme parfait a disparu de l’art. 1456 al. 1^{er} du code de procédure civile, suite à la réécriture de cette disposition. Il énonce désormais que « *le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée* », alors que l’ancien art. 1452 évoquait la « *constitution parfaite* » du tribunal arbitral²⁸⁹. Le terme parfait ne semblait rien ajouter à l’idée essentielle, à savoir que le tribunal est formé dès que les arbitres ont accepté leur mission, en somme, dès lors qu’ils ont manifesté leur volonté. Ce recul de la synonymie entre formation et perfection peut d’ailleurs être relevé dans les arrêts de la Cour de cassation, même si les références au contrat parfait n’ont pas complètement disparu. Les hauts magistrats n’emploient en effet plus aussi fréquemment le terme « parfait » pour rappeler que le contrat d’assurance constitue un contrat consensuel, dont la formation dépend seulement de l’accord des parties²⁹⁰. Par ailleurs, il n’est plus employé pour trancher la question de savoir si le contrat se forme définitivement par l’émission ou la réception de l’acceptation d’une offre de contrat²⁹¹.

87. Recul dans la doctrine – La doctrine a également remarqué que la notion de perfection n’était guère utile lorsqu’elle était employée comme un synonyme de la formation. Même si la formation constitue un processus qui repose sur une pluralité de conditions, il suffit d’opposer l’acte en cours de formation et l’acte formé pour identifier le moment auquel l’acte s’est définitivement constitué dans l’ordre juridique. Partant, des auteurs ont entrepris de mobiliser la notion de perfection pour traiter des hypothèses dans lesquelles une période intermédiaire semble s’insérer entre la formation de l’acte et le déploiement de ses effets. M. Brenner et Mme Lequette traitent ainsi de la perfection au rang des

²⁸⁷ Le terme était pourtant mobilisé par l’avant-projet Catala, dont l’art. 1127 énonçait qu’ « *en principe, les conventions sont parfaites par le seul consentement des parties, sous quelque forme qu’il soit exprimé* ».

²⁸⁸ V. par ex. : art. 1103, 1104, 1109 al. 1^{er}, 1113, 1128, 1172, et 1178 c. civ.

²⁸⁹ Cette modification terminologique a été opérée par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011.

²⁹⁰ Civ. 3^{ème} 20 avril 2017, n° 16-10.696, Publié au Bulletin. Comp. : Civ. 2^{ème} 13 décembre 2018, n° 17-22.532, Inédit.

²⁹¹ V. par ex. : Civ. 3^{ème} 17 septembre 2014, n° 13-21.824, *Bull. civ. III*, n° 108, (pour la théorie de l’émission) – Civ. 3^{ème} 16 juin 2011, n° 09-72.679, *Bull. civ. III*, n° 103, (pour la théorie de la réception).

Conditions de formation des actes juridiques, mais ils notent que « dans la réalité concrète, l'acte ne passe pas toujours immédiatement et instantanément du stade de la formation à celui de l'efficacité », et ajoutent que « souvent, ce n'est qu'au terme d'une période de transition qu'ils acquièrent leur perfection »²⁹². Dans le même ordre d'idée, M. Revet et M. Zenati-Castaing évoquent la perfection du contrat dans un Livre Ier dédié à *La formation du contrat*, mais traitent de cette question ultérieurement à celle de la « Conclusion du contrat »²⁹³. Si la perfection ne sort donc pas complètement du giron de la formation, un rapprochement certain apparaît avec la question de l'efficacité. Plus récemment, Mme Bleusez a volontairement écarté toute assimilation de la perfection à la formation²⁹⁴. Néanmoins, notre approche sera quelque peu différente de celle défendue par cet auteur, comme nous allons le voir désormais.

88. Si la synonymie entre la formation et la perfection recule, les liens entre perfection et efficacité tendent au contraire à se renforcer. Cela vient donner une légitimité à la définition stipulative de la perfection avancée dès l'introduction²⁹⁵.

B - La perfection entrée dans le giron de l'efficacité

89. L'acte efficace : émergence de la perfection – En droit public, il est courant de parler de la perfection de la loi pour désigner le moment de son entrée en vigueur, afin de la distinguer notamment du moment de son adoption ou de sa promulgation²⁹⁶. En droit privé, le rapprochement entre perfection et efficacité est apparu de manière plus spécifique dans le droit de la consommation, où le législateur a instauré un droit de repentir au profit de l'emprunteur et un droit d'agrément au profit de l'établissement prêteur. Ces droits permettent exceptionnellement de rallonger la durée intermédiaire entre la formation et l'efficacité de l'acte. L'introduction d'un tel échelonnement a entraîné une perte de repères, accentuée par la terminologie employée par le législateur. Comme nous allons le voir, il a été fait le choix de distinguer le contrat « imparfait » au moment de sa conclusion et le contrat « parfait » à l'issue du délai d'exercice des droits. Au premier abord on pourrait penser que le législateur consacre une véritable hypothèse de *punctation*, c'est-à-dire une hypothèse de formation échelonnée de l'acte. Néanmoins, une lecture attentive des textes du Code de la consommation révèle que la perfection se rapporte moins à la formation du contrat qu'à son efficacité. Une brève étude de l'évolution des textes instaurant le droit de repentir dans les contrats de crédit à la consommation (mobilier ou immobilier) permet de le comprendre.

²⁹² *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Acte juridique », préc., §78.

²⁹³ ZENATI-CASTAING (F.), REVET (Th.), *Cours de droit civil – Contrats, Théorie générale – Quasi-contrats*, Coll. Droit fondamental, PUF, 2014, Leçon 7 – La perfection du contrat, p. 199 et s.

²⁹⁴ BLEUSEZ (M.), th. préc., §171.

²⁹⁵ V. *supra*, n° 8.

²⁹⁶ RAPTOPOULOS (T.), *L'entrée en vigueur de la loi, Contribution à l'étude de la loi*, Nvll. bibl. de thèses, t. 198, Dalloz, 2020, spéc. §108 et 194.

90. De la perfection, synonyme de formation – L’ancien art. L. 311-15 du code de la consommation énonçait que « *lorsque l’offre préalable ne comporte aucune clause selon laquelle le prêteur se réserve le droit d’agréer la personne de l’emprunteur, le contrat devient parfait dès l’acceptation de l’offre préalable par l’emprunteur. Toutefois, l’emprunteur peut, dans un délai de sept jours à compter de son acceptation de l’offre, revenir sur son engagement* ». Ce faisant, le législateur semblait associer la perfection du contrat de crédit au moment de sa formation²⁹⁷. Selon cette approche classique, l’offre acceptée suffisait à parfaire le contrat, c’est-à-dire à le former, et le droit de repentir ouvrait simplement un droit de revenir sur la perfection de l’acte. Néanmoins l’art. L. 311-16 semait le trouble en énonçant que « *lorsque l’offre préalable stipule que le prêteur se réserve le droit d’agréer la personne de l’emprunteur, le contrat accepté par l’emprunteur ne devient parfait qu’à la double condition que, dans ce même délai de sept jours, ledit emprunteur n’ait pas usé de la faculté de rétractation visée à l’article L. 311-15 et que le prêteur ait fait connaître à l’emprunteur sa décision d’accorder le crédit* ». La présence d’une réserve d’agrément était donc de nature à transformer le droit de rétractation en condition de perfection ultérieure à la formation : le contrat formé suite à l’acceptation de l’offre par l’emprunteur attendait soudainement l’écoulement du délai de rétractation pour être parfait. Cela était donc de nature à faire douter du sens recouvert par la notion de perfection : était-elle un synonyme de la formation, intervenue par l’accord des volontés ? Ou correspondait-elle à une étape ultérieure à la formation ? Ce second usage du terme l’a finalement emporté suite à la création par l’ordonnance du 14 mars 2016 de l’art. L. 312-24, qui énonce que « *le contrat accepté par l’emprunteur ne devient parfait qu’à la double condition que celui-ci n’ait pas fait usage de sa faculté de rétractation et que le prêteur ait fait connaître à l’emprunteur sa décision d’accorder le crédit, dans un délai de sept jours* ». Une lecture un peu trop rapide de ce nouveau texte suggère que le législateur a entendu repousser la formation du contrat de prêt. La perfection serait toujours un synonyme de la formation, mais celle-ci interviendrait après l’accord des volontés des parties. On serait face à une formation en deux temps de l’acte juridique. Pourtant, à mieux y regarder, il semble bien que le législateur n’ait pas entendu repousser la formation du contrat de crédit, l’art. L. 312-24 se référant en effet à un « *contrat accepté* ».

91. À la perfection, synonyme d’efficacité – L’emploi du terme parfait par le nouveau texte du Code de la consommation suggère selon nous l’existence d’un lien entre la perfection du contrat et le moment de son entrée en vigueur. Ce lien nous semble pouvoir être trouvé dans le constat d’un report systématique de l’entrée en vigueur du contrat lorsqu’un droit de repentir est institué au profit de l’emprunteur. L’art. L. 312-25 du code de la consommation, qui est lui aussi relatif au contrat de crédit à la consommation, énonce en effet que « *pendant un délai de sept jours à compter de l’acceptation du contrat par l’emprunteur, aucun paiement, sous quelque forme et à quelque titre que ce soit, ne peut être fait par le*

²⁹⁷ REVET (Th.), « La prise d’effets du contrat », *RDC* 2004/1, p. 29 : « En vérité, le contrat est bel et bien conclu dès l’acceptation de l’emprunteur, mais il peut être défait : son existence est précaire parce qu’elle est placée sous la menace d’une possible remise en cause unilatérale prochaine ».

prêteur à l'emprunteur ou pour le compte de celui-ci, ni par l'emprunteur au prêteur ». Or, cela correspond au délai pendant lequel l'emprunteur dispose du droit de se rétracter et pendant lequel le prêteur doit encore agréer l'emprunteur. Même si le contrat est formé par l'accord des parties, un report de l'entrée en vigueur du contrat est donc expressément prévu. En l'occurrence, l'imperfection du contrat s'explique par l'ouverture de droits discrétionnaires qui menacent les effets du contrat à court terme. La perfection du contrat est donc exceptionnellement reportée, la question de sa formation n'étant par ailleurs pas discutée. À l'issue de cette étude de l'art. L. 312-24, dont la consécration est relativement récente, la synonymie entre la perfection et la formation semble s'amoindrir.

92. Distinction entre la formation et la perfection – Les dispositions précitées et leur évolution témoignent donc d'un affaiblissement de la synonymie entre formation et perfection. Dans l'exemple du contrat de prêt, la formation se produit assez classiquement au moment où les volontés du prêteur et de l'emprunteur se rencontrent. La perfection correspond à un stade ultérieur, celui de l'entrée en vigueur du contrat conclu. Nous aurons l'occasion de revenir ultérieurement sur les implications de ce report de perfection après la formation de l'acte, ce dernier nous permettant simplement ici de mettre en lumière la différence susceptible d'exister entre la formation et la perfection²⁹⁸. Tandis que la formation renvoie à l'existence de l'acte, la perfection s'intéresse à la production des effets de droit par l'acte, c'est-à-dire à son efficacité. Reste à savoir à quoi correspond l'« efficacité » ou l'« entrée en vigueur » de l'acte.

93. Distinction entre l'aptitude à l'efficacité et l'efficacité – Avant d'aller plus avant dans la définition positive de la perfection, nous entendons nous distinguer de l'étude récemment consacrée par Mme Bleusez à *La perfection du contrat*. Selon cet auteur, la perfection traduirait l'achèvement d'un processus en deux temps de la formation. La notion appartiendrait ainsi partiellement au giron de la formation, permettant *d'achever* celle-ci²⁹⁹, mais elle se singulariserait en conférant à l'acte une simple *aptitude* à l'efficacité³⁰⁰. L'inefficacité de l'acte ne serait donc pas un obstacle à sa perfection. Comme le remarque Mme Bleusez, « apte à l'efficacité, le contrat peut encore être inefficace »³⁰¹. Sans remettre en cause la pertinence de la démonstration faite par l'auteur, qui permet de distinguer l'acte qui existe simplement et l'acte qui existe tout en étant apte à produire des effets, il nous paraît ambigu de faire le choix du terme « parfait » pour désigner un acte juridique qui n'est ni efficace ni certain de produire effet

²⁹⁸ V. *infra*, n° 181.

²⁹⁹ BLEUSEZ (M.), « Caducité et défaut d'efficacité : la non-survenance des conditions de perfection et des conditions suspensives », *RDC* 2023/2, p. 109, §2 : « Concrètement, quand un élément de perfection vient s'ajouter, il faut imaginer les choses de la façon suivante : l'échange des consentements et les conditions premières de validité font naître le contrat définitif, mais celui-ci demeure inachevé dans sa formation et donc imparfait tant que l'élément de perfection ne s'est pas accompli ».

³⁰⁰ BLEUSEZ (M.), th. préc., §52 : « L'élément de perfection est la dernière étape du processus de formation. Il permet son aboutissement et, conséquemment, la pleine réalisation de sa fonction : rendre le contrat apte à produire ses effets. *L'élément de perfection a donc pour incidence de mener le contrat à son aptitude à la production des effets finaux* » (en italique dans le texte).

³⁰¹ BLEUSEZ (M.), th. préc., §53 et §553 et s.

un jour. D'un point de vue terminologique, la perfection désigne en effet une chose qui, ayant atteint sa plénitude, produit d'ores et déjà les effets qu'on en attend. « En toute rigueur, un acte juridique n'est *parfait* que s'il produit ses effets »³⁰². *A minima*, ce constat invite à la prudence, la polysémie du terme « parfait » produisant nécessairement des approches différentes. Au mieux, il doit nous inciter à envisager une autre approche de la perfection, afin d'en faire délibérément un marqueur de l'efficacité des actes. Le choix du sens que l'on fait recouvrir à la notion de perfection est alors justifié par d'autres considérations que celles qui ont guidé Mme Bleusez dans le choix du sens conféré au terme. La perfection entendue comme un marqueur d'efficacité doit nous permettre de procéder à une classification des actes selon le moment où ils produisent effet³⁰³. La pertinence de cette approche se révèle très concrètement par le fait qu'il existe des actes juridiques qui sont formés *et* qui sont aptes à produire des effets de droit, sans pour autant réaliser l'opération juridique qui constitue leur finalité³⁰⁴. Dans ce cas de figure, l'acte a certainement réuni « tous les éléments et qualités nécessaires à la réalisation de son objet »³⁰⁵. Il est donc apte à produire effet. Pourtant, il ne réalise pas encore l'opération juridique recherchée. Selon nous il n'est donc pas encore parfait, car non doté d'effets. Désirant nous tenir à cette approche de la perfection, il convient donc de retenir dès à présent que l'*acte juridique formé* désigne un acte existant et apte à l'efficacité, la simple aptitude à l'efficacité devant selon nous demeurer dans le giron de la formation ; tandis que l'*acte juridique parfait* désigne un acte efficace, qui produit les effets de droit recherchés.

94. Conclusion de la section 1 – L'assimilation de la perfection à la formation de l'acte juridique a donc montré ses limites. Il est vrai que la formation dispose de deux niveaux de définition, comme processus et comme résultat. Dans ce contexte, la perfection permet de marquer conceptuellement l'idée selon laquelle la formation des actes est un « *enchaînement ordonné de faits ou de phénomènes, répondant à un certain schéma et aboutissant à quelque chose* »³⁰⁶. Elle présente l'utilité de désigner le moment de formation *définitive* de l'acte. Pourtant cette assimilation de la perfection à la formation définitive revêt un intérêt moindre dans la mesure où dire d'un acte qu'il s'est « formé » suffit à traduire l'achèvement du processus de formation. L'acte formé peut donc être opposé à l'acte « en formation »³⁰⁷. Par ailleurs, l'occurrence du terme « parfait » dans le Code de la consommation suggère une assimilation à l'efficacité d'un acte dont la formation est éprouvée, confirmant la définition primaire que nous avons retenue de l'acte juridique parfait. Celle-ci doit désormais être reprise et approfondie pour faire de la perfection un marqueur de l'efficacité des actes juridiques.

³⁰² LATINA (M.), *Essai sur la condition en droit des contrats*, Bibl. de dr. privé, t. 505, LGDJ, 2009, §171.

³⁰³ V. *supra*, n° 34.

³⁰⁴ V. *infra*, Deuxième Partie.

³⁰⁵ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Acte juridique », préc., §78.

³⁰⁶ *Dictionnaire Larousse*, « Processus ».

³⁰⁷ Cette idée se trouvera renforcée par le constat que l'acte « en cours de formation » est en réalité un acte inexistant. Assimiler la perfection de l'acte à la formation définitive présente donc le défaut d'assimiler l'acte inexistant à un acte « imparfait », par un effet miroir. Or, ce qui est inexistant ne saurait être « imparfait ». V. *infra*, n° 397.

Section 2

La consécration de la perfection comme marqueur de l'efficacité

95. Le sens retenu – La perfection ne renvoyant pas à la simple formation de l'acte, il convient désormais de la définir positivement en approfondissant la définition stipulative retenue en introduction, par laquelle on avait assimilé l'acte juridique parfait à un acte efficace. Dans son sens courant, ce qui est efficace correspond à « *ce qui produit l'effet attendu* »³⁰⁸. Plus spécifiquement, « le terme est couramment utilisé, à propos des actes juridiques, pour désigner l'obtention, dans l'univers singulier des rapports juridiques, des résultats purement techniques recherchés ou inhérents à leur réalisation »³⁰⁹. Pour mesurer l'efficacité de l'acte, il faut donc identifier le résultat auquel il doit parvenir en tant qu'acte juridique, c'est-à-dire d'après la fonction qui lui est assignée par le droit. Cela est d'autant plus nécessaire que, comme nous l'avons déjà souligné, la perfection est tautologique. Pouvant être rapprochée de la notion de vertu³¹⁰, elle « n'existe qu'autant qu'elle satisfait à une définition préexistante »³¹¹. Dans la recherche de ce qu'est un acte juridique parfait, il convient ainsi de remarquer que tout acte se forme en vue d'une opération juridique (*negotium*) qui constitue sa finalité et lui donne sa qualification (§1), de sorte que la perfection de l'acte désigne le moment auquel il réalise cette opération juridique (§2).

§1 - L'OPÉRATION JURIDIQUE, FINALITÉ DE L'ACTE

96. Mesure de la perfection – La notion même d'acte juridique est représentative d'une conception occidentale de l'efficacité obéissant à un pli « théorie-pratique »³¹². Comme l'explique un auteur, « nous dressons une forme idéale (*eidos*), que nous posons comme but (*telos*), et nous agissons ensuite pour la faire passer dans les faits »³¹³. C'est la considération de ce but, de cette forme idéale, qui doit permettre de mesurer la perfection de l'acte. Nous sommes dès lors confrontés à une difficulté sérieuse : celle de la très grande diversité des effets que les actes sont susceptibles de produire. Pourtant cette diversité peut être dépassée une fois remarqué que l'acte juridique se comprend généralement comme un instrument technique (A) au service d'une opération juridique (B).

³⁰⁸ Le ROBERT, *Dictionnaire de la langue française*, « Efficacité ». V. égal. : LALANDE (A), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Quadrige, 2006, « Efficace » ; Dictionnaire de l'Académie française, 9^{ème} éd, « Efficace ».

³⁰⁹ JEAMMAUD (A.), SERVERIN (E.), « Évaluer le droit », *D.* 1992. 263, §8.

³¹⁰ PENIN (O.), th. préc., §309 (et note n° 115).

³¹¹ L'auteur ajoute qu'à suivre cette approche aristotélicienne de la vertu, cela « suppose donc deux éléments : la définition de l'essence de la chose et sa réalisation. Par où il n'est de vertu qu'autant qu'il est une essence prédéterminée. Est vertueux ce qui permet à l'objet de réaliser ce pour quoi il est destiné, tout ce à quoi il est destiné mais rien que ce à quoi il est destiné », PENIN (O.), th. préc., §310.

³¹² JULLIEN (F.), *Traité de l'efficacité*, Grasset & Fasquelle, Biblio Essais, 1996.

³¹³ *Ibid.* p. 15. L'auteur note que l'efficacité se conçoit par rapport à un « modèle posé comme but, qu'on détermine sur un plan « théorique », et auquel, une fois qu'il est établi, doit se soumettre la « pratique » » (p. 18).

A - L'acte juridique comme instrument technique

97. Critique du double niveau de définition de l'acte juridique – L'idée selon laquelle l'acte est un instrument au service d'une opération juridique découle de sa définition et de la distinction bien connue entre *negotium* et *instrumentum*. Pourtant cette définition de l'acte juridique comme instrument technique n'est pas parvenue à s'imposer véritablement, semble-t-il parce que l'on considère généralement que la notion dispose de deux niveaux de définition. L'acte juridique serait aussi bien l'opération recherchée par l'auteur, que le support qui permet de constater cette opération³¹⁴. En témoigne la formule suivante de Planiol : « Le mot – acte – a dans la langue du droit, deux sens différents : tantôt il désigne une opération juridique et correspond au latin *negotium* ; tantôt il désigne un écrit probatoire, destiné à constater quelque chose, et répond au latin *instrumentum* »³¹⁵. L'admission de deux niveaux de conceptualisation différents contredit pourtant la définition de l'acte juridique comme une manifestation de volonté *destinée* à produire des effets de droit. Il faut voir qu'en réalité l'acte juridique ne se confond ni avec le *negotium* ni avec l'*instrumentum* dont on prétend le rapprocher alternativement.

98. Distinction avec l'*instrumentum* – À première vue l'*instrumentum* ne saurait être un acte juridique, car il ne produit aucun effet de droit. On l'assimile en effet très souvent au document ou plus largement au support qui permet de prouver l'acte juridique ou de satisfaire à une exigence de forme imposée par le droit. Dès lors il ne produit pas lui-même les effets de droit qui sont essentiels à l'identification d'un acte juridique³¹⁶. Il ne serait que le support d'un acte juridique. Une telle exclusion peut toutefois paraître trop rapide, car l'*instrumentum*, en remplissant une fonction probatoire ou validante, dispose d'une certaine force juridique. C'est en ce sens que l'acte authentique est considéré comme parfait à la condition que le notaire appose sa signature (art. 1367 c. civ.)³¹⁷. La signature du notaire confère à l'acte sa force probante, celle d'un acte authentique³¹⁸. Cette force juridique est-elle similaire à l'effet de droit que permet de produire l'acte juridique ? Il est difficile de répondre à cette

³¹⁴ V. not : JOSSERAND (L.), *Cours de Droit civil positif français*, t. 1, Théorie générale du droit et des droits, Les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réels principaux, Sirey, 3^{ème} éd., 1938, §120 ; FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, t. 1 : Contrat et engagement unilatéral*, Thémis droit, PUF, 6^{ème} éd., 2021, §19 ; ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1988, « Acte juridique ».

³¹⁵ PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, 7^{ème} éd., p. 100.

³¹⁶ Mme Mayer remarque que l'*instrumentum* est un simple document, c'est à dire une notion matérielle. Une notion matérielle et une notion juridique ne pouvant être les composantes d'un seul et même objet juridique, seul le *negotium* serait un élément de l'acte juridique, MAYER (L.), th. préc., §391. Sur l'*instrumentum*, v. égal. : AUDIC (O.), *Les fonctions du document en droit privé*, Bibl. de l'IRJS – André Tunc, t. 3, 2004.

³¹⁷ C'est en ce sens également que le décret du 3 avril 2020 autorisant l'acte notarié à distance pendant la période d'urgence sanitaire (n° 2020-395) emploie également le terme. Il énonce en son article 1^{er} que « l'acte est parfait lorsque le notaire instrumentaire y appose sa signature électronique sécurisée ».

³¹⁸ BLEUSEZ (M.), th. préc., §278 : « Tandis que le vocable manifeste traditionnellement l'achèvement de la formation de l'acte en tant qu'opération juridique, son recours désigne ici l'achèvement de l'acte juridique en tant que titre et concerne ainsi la valeur probatoire de l'acte ».

question parce que l'effet de droit ne fait l'objet d'aucune définition par le législateur. En raison de toutes les largeurs que cette expression autorise, l'effet de droit pourrait tout à fait renvoyer aux conséquences qui sont attachées au support de l'acte. Ce n'est toutefois pas la conception généralement retenue de l'effet de droit. Si l'acte juridique entraîne une modification de l'ordonnancement juridique, c'est, semble-t-il, parce qu'il comporte un *negotium*, une véritable « opération juridique ». Or, bien qu'ayant une efficacité juridique propre, *l'instrumentum* ne fait que venir au soutien d'un projet plus général sans être apte à accomplir seul l'opération juridique. *L'instrumentum* ne constitue que le support du *negotium*, avec lequel il ne se confond pas. Ainsi, lorsque l'art. 1369 du code civil énonce que l'officier public instrumente l'acte, c'est uniquement dans un sens matériel³¹⁹. *L'instrumentum* n'est pas une composante de l'acte.

99. Distinction avec le *negotium* – Partant de l'idée que l'acte juridique doit produire des effets de droit substantiels, la majorité des auteurs l'assimilent à un *negotium*³²⁰. Le *negotium* est en effet un terme latin signifiant « occupation » ou « affaire »³²¹. On s'y réfère parfois sous la qualification d'« opération juridique », pour désigner les effets substantiels recherchés par l'auteur de l'acte³²². Il semble dès lors assez naturel d'assimiler l'acte juridique à l'opération juridique recherchée, d'autant que cette assimilation semble remonter aux origines de la notion³²³. Elle nous paraît toutefois regrettable. On voit mal en effet comment l'acte juridique pourrait être tout à la fois une manifestation de volonté, comme le suggère sa définition classique, et une opération substantielle. L'acte juridique ne constitue selon nous que le *procédé* qui permet la réalisation du *negotium*. Ce dernier désigne, « dans l'acte juridique, l'opération en laquelle il consiste »³²⁴. L'usage de la préposition « dans » en fait donc un aspect de l'acte juridique qui ne se confond pas strictement avec lui³²⁵. Cela permet de redonner à l'acte juridique sa vocation conceptuelle : en exprimant la possibilité d'une action juridique volontaire, il constitue le support technique et non simplement matériel assurant la réalisation d'une opération, autrement dit la modification volontaire de l'ordonnancement juridique³²⁶. L'acte étant distinct du *negotium*, qui constitue seulement son objet, il faut

³¹⁹ Art. 1369 c. civ. : « L'acte authentique est celui qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter ».

³²⁰ En ce sens : MAYER (L.), th. préc., §391 : « l'opération juridique (*negotium*) n'est pas un « aspect » de l'acte juridique : elle est l'acte juridique lui-même ». V. égal. : MALINVAUD (Ph.), BALAT (N.), *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 22^{ème} éd. 2022, §465 ; VOIRIN (P.), GOUBEUX (G.), *Droit civil, t. I : Introduction au droit – Personnes – Famille – Personnes protégées – Biens – obligations – Sûretés*, Coll. Manuel droit privé, LGDJ, 42^{ème} éd., 2022, §69 ; ALBIGES (Ch.), *Introduction au droit*, Coll. Paradigme, Bruylant, 8^{ème} éd. 2023, §259.

³²¹ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, « Negotium ».

³²² Sur cette notion : v. *infra*, n° 103 et s.

³²³ M. Sacco notait récemment que l'origine de la notion d'acte juridique pourrait être située dans un ouvrage provençal du XII^e siècle sous la dénomination de « *negoci* », SACCO (R.), « Acte juridique et Rechtsgeschäft. Deux voisins qui s'ignorent », *Mél. X. Blanc-Jouvan*, Société de législ. comparée, 2005, p. 646, spéc. p. 648.

³²⁴ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, « Negotium ». Dans le même sens, GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 30^{ème} éd. 2022-2023, « Negotium », (droit général) : « Dans un acte juridique ou dans un contrat, le *negotium* (le mot veut dire « affaire ») concerne la question de fond que vise cet acte ou ce contrat, par opposition à *l'instrumentum* (...) ».

³²⁵ HOUTCIEFF (D.), *Droit des contrats*, coll. Paradigme, Bruylant, 7^{ème} éd. 2022, §17.

³²⁶ En ce sens : LARGUIER (J.), *Étude sur la notion de titre en droit privé*, thèse dactyl. Montpellier, 1948, §8.

également se départir de l'idée selon laquelle l'acte juridique désignerait tantôt l'effet de droit produit, tantôt la manifestation de volonté³²⁷.

100. Incidences de la distinction entre l'acte juridique et le *negotium* – La mise en lumière de la distinction entre l'acte juridique et son *negotium* se trouve doublement confirmée par la spécificité des effets de droit qui lui sont attachés et par son appartenance à la technique juridique.

101. La spécificité des effets – L'acte étant au service d'une opération juridique, il produit des effets de droit spécifiques par rapport au fait juridique. Cette affirmation a de quoi surprendre puisqu'on enseigne généralement que l'acte et le fait se rejoignent sur le plan de leurs effets. Seule l'origine volontaire ou involontaire des effets permettrait de les distinguer³²⁸. Pourtant, le fait juridique ne réalise jamais un *negotium*. Tantôt il assure la réparation d'un déséquilibre que l'ordre juridique ne peut tolérer ; les effets de droit sont alors déclenchés de manière négative, en réaction à l'atteinte qui a été portée à un intérêt légitime, par l'autorité seule de la loi (c'est-à-dire sans qu'il n'ait été besoin de former un acte juridique). Tantôt il permet de structurer la vie juridique au sens large, en attachant des conséquences juridiques à des événements ciblés (la naissance et la mort par exemple). Dans les deux cas, il permet d'opérer un rétablissement ou une actualisation consécutivement à un fait, ce qui ne revient pas à réaliser une opération juridique. Pour illustrer cette spécificité de l'acte par rapport au fait, on peut prendre l'exemple du concubinage, dont on peine à savoir s'il est un acte ou un fait juridique. Le trouble vient de sa définition légale. Bien que le concubinage soit défini comme une « *union de fait* » par l'art. 515-8 du code civil, ce dernier pose l'exigence d'une « *vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité* » que l'on pourrait assimiler à une volonté comportementale. D'où la question de savoir si cette vie commune suffit à en faire un acte juridique. La réponse est selon nous négative³²⁹. À la suite de M. Égéa, on peut dire « qu'en matière de concubinage, les effets de droit ne sont pas préalablement déterminés »³³⁰. Si des effets sont attachés à la situation de concubinage, notamment l'attribution de droits sociaux ou fiscaux, ils ne se présentent pas comme une opération juridique finalisée. L'effet de droit produit par l'acte juridique porte donc la marque de son origine volontaire : il correspond à un *negotium*.

³²⁷ *Contra* : LEFORT (D.), th. préc., §25 ; FRANÇOIS (C.), th. préc., §77.

³²⁸ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Acte juridique », préc., §19.

³²⁹ En ce sens : ÉGÉA (V.), *op. cit.*, §600 ; COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), FARGE (M.), *Droit de la famille, Droit interne, européen et international*, Coll. Université, Sirey, 8^{ème} éd., 2021, §104 ; TERRÉ (F.), GOLDIEGENICON (Ch.), FENOUILLET (D.), *Droit civil : La famille*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2018, §377 ; MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *Droit de la famille*, Coll. Droit civil, LGDJ, 8^{ème} éd., 2022, §268. *Contra* : MOLIÈRE (A.), « Et si le concubinage était un acte juridique ? », *RTD Civ.* 2018. 21.

³³⁰ ÉGÉA (V.), *Droit de la famille*, 4^{ème} éd., LexisNexis, 2022, §600. En ce sens égal. : BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille*, Coll. Université, Sirey, 22^{ème} éd., par V. Larribau-Terneyre, 2021, §2040 ; CHAMPION (J.), *Patrimoine du couple*, Ed. Delmas, 13^{ème} éd. 2011-2012, n° 12.11 et s.

102. L'appartenance de l'acte à la technique juridique – La découverte de la notion d'opération juridique permet surtout d'établir une relation de causalité entre l'acte et ses effets. La remarque peut paraître banale, mais elle permet d'appuyer une distinction majeure, entre la détermination de l'opération juridique et sa réalisation. L'acte juridique se présente alors comme un instrument technique et l'opération comme son produit³³¹. La technique peut en effet être définie comme « une coordination de moyens destinée à la production d'un certain résultat »³³², et la technique *juridique*, comme « le procédé de mise en œuvre destiné à atteindre le but recherché par la volonté en la faisant pénétrer sur le plan juridique »³³³. En l'occurrence l'acte juridique est la technique, instituée par le droit, qui permet à son auteur d'élaborer ou d'adhérer à une opération juridique, mais aussi de la réaliser. Cette vocation instrumentale du contrat a fait son chemin puisque sa conception moderne tend à en faire « l'instrument des parties », un « moyen d'obtenir quelque chose »³³⁴. Elle permet ainsi de dépasser sa fonction traditionnelle d'échange en remarquant qu'il est plus largement un instrument d'organisation sociale³³⁵. Le propos s'étend au-delà du contrat. Les actes unilatéraux apparaissent ainsi comme des procédés techniques que l'ordre juridique met à la disposition des individus pour servir des fins multiples : reconnaître un enfant, notifier une décision de justice, mettre en demeure un débiteur, etc. En somme, l'acte juridique constitue un instrument de la technique juridique, c'est-à-dire un moyen en vue d'une fin. L'opération juridique, quant à elle, constitue le *résultat* que l'acte juridique doit réaliser ; autrement dit son effet³³⁶.

B - L'opération juridique comme résultat

103. Si l'opération juridique ou *negotium* constitue le résultat de l'acte juridique, encore faut-il parvenir à définir convenablement cette notion. Pour ce faire il convient de remarquer que l'opération juridique peut être rapprochée de la notion de contenu (anciennement « objet ») de l'acte, dans son aspect statique (1) ; mais aussi de la finalité de l'acte, dans son aspect dynamique (2).

³³¹ En ce sens, un auteur fonde la distinction entre le fait juridique et l'acte juridique sur le verbe « produire » employé par l'art. 1100-1 pour définir l'acte juridique, HONTEBEYRIE (A.), « Le régime général des obligations et le rôle de la volonté dans l'acte juridique », art. préc., §8.

³³² BOUILLON (H.), *La technique juridique, Essai*, L'Harmattan, 2016, p. 20 et s.

³³³ PERROT (R.), th. préc., §5.

³³⁴ LUCAS-PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, Bibl. de dr. privé, t. 441, LGDJ, 2005, §312. Cette idée est également développée par M. Libchaber qui note que « le contrat n'est qu'un artifice juridique asservi à une fonction unique ; sur les brisées du droit romain, on dirait volontiers, au sens limité du terme : un instrument », LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les effets du contrat », *Mél. J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211, §11.

³³⁵ ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, Thémis Droit, PUF, 3^{ème} éd., 2022, p. 149.

³³⁶ ROUBIER (P.), « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *APD*, Sirey, 1957, p. 1, spéc. p. 16 : « l'acte juridique et sa construction sont l'œuvre du droit objectif qui s'attache à fournir aux parties tout un matériel de droits et d'obligations en rapport avec le but économique qu'elles poursuivent ; mais le droit leur fournit le moyen, elles ne veulent, elles, que le but ».

1 - D'un point de vue statique

104. Une extrapolation de la notion d'objet – La notion d'opération juridique est le fruit d'un lent processus d'extrapolation d'une autre notion : celle d'objet du contrat. Tout d'abord entendu au sens matériel du terme, l'objet a connu sa première extrapolation par le biais de l'obligation. Les auteurs ont en effet remarqué que les obligations étaient l'objet véritable du contrat, ce dernier ayant pour fonction première de lier les parties³³⁷. Les biens échangés ont donc été relayés au second plan. Mais l'obligation est ensuite devenue insuffisante pour saisir la diversité des contrats, le développement de nouveaux besoins à satisfaire ayant imposé une nouvelle extrapolation de la notion d'objet. Une place a ainsi été faite à l'objet conçu comme « effet juridique global et immédiat du contrat »³³⁸. Ce dernier niveau d'extrapolation de l'objet a été repris par l'ordonnance de 2016 qui a substitué la notion de « contenu du contrat » aux deux notions que constituaient autrefois l'objet et la cause. Pourtant, cette définition relativement large de l'objet avait déjà été avancée par une partie de la doctrine. Japiot avait ainsi remarqué que « l'objet des actes juridiques est la création, la transmission, la modification ou l'extinction de droits ; c'est l'opération juridique elle-même caractérisée par ses effets ; ou bien c'est le droit ou l'ensemble de droits sur lequel porte l'opération, la situation, le statut juridique nouveau qu'il s'agit d'instituer »³³⁹. Plus récemment, M^{me} Lucas-Puget est parvenue à démontrer l'existence autonome de la notion d'« opération juridique », bien que restreinte au contrat. L'auteur a remarqué que le contrat dispose d'un objet plus large que l'obligation et qui peut être assimilé aux effets voulus communément par les parties. Ainsi considéré, l'objet de l'acte correspond ni plus ni moins au *negotium*, c'est-à-dire à l'opération en vue de laquelle le ou les auteurs de l'acte manifestent leur volonté.

105. Une notion englobante – Permettant de dépasser la somme des prestations, obligations et effets du contrat, la notion d'opération juridique présente une vertu globalisante. Elle leur donne une cohérence. Pour cette raison, nous ne retiendrons pas l'assimilation finalement réalisée par M^{me} Lucas-Puget entre l'objet de l'acte et la prestation. L'auteur arrive en effet à la conclusion que la notion de « prestation », en ce qu'elle correspond à « un accomplissement garanti par la force obligatoire du contrat », est un synonyme de l'opération juridique³⁴⁰. Le Code civil ne consacre pas cette approche puisque l'art. 1163 al. 1^{er} définit la prestation comme l'objet de l'obligation. Or, le contrat est en général au service de plusieurs prestations : livrer un bien, payer un prix, accomplir un travail, etc. Seul leur *agencement* permet de saisir l'opération : la vente, le prêt, l'entreprise, etc. L'opération juridique ou *negotium* est donc irréductible à l'obligation ou à la prestation parce qu'elle doit permettre de synthétiser l'ensemble des effets que les

³³⁷ Les détails de cette évolution ayant déjà fait l'objet de nombreuses études, il nous paraît inutile de les retracer. Sur cette question nous renvoyons donc à l'étude faite par M^{me} Lucas-Puget : th. préc., §41 et s.

³³⁸ LUCAS-PUGET (A.-S.), th. préc., §499.

³³⁹ JAPIOT (R.), th. préc., p. 214-215.

³⁴⁰ LUCAS-PUGET (A.-S.), th. préc., §582.

auteurs ont entendu produire. Bien que les deux notions – contenu du contrat et opération juridique, recourent sensiblement la même chose, on préférera cette seconde notion pour au moins deux raisons. Tout d’abord, parce que le contenu est une notion statique, elle désigne davantage un contenant³⁴¹. Au contraire, l’opération juridique peut convenir à une approche aussi bien statique que dynamique de l’acte juridique, comme nous le verrons. Ensuite, parce que le contenu du contrat est une notion marquée dès son origine par des spécificités propres au contrat. Au contraire, la notion d’opération juridique permet une approche englobante de l’objet du contrat *et* de l’acte unilatéral, ce qui s’avérera essentiel pour identifier le moment de perfection de l’acte juridique.

106. Son adaptation à l’étude des contrats – Bien qu’elle ne soit pas consacrée par le Code civil, l’opération juridique est devenue une notion clé en droit des contrats. La doctrine en fournit une démonstration éclairante. Employée par M. Chénéde, elle permet de différencier les commutations et les distributions en droit privé³⁴². Également utilisée par MM. Revet et Zenati-Castaing, elle sert à décrire le phénomène de coordination des normes contractuelles, au moyen d’une « opération contractuelle, qui désigne *l’effet principal attendu du contrat* »³⁴³. À suivre M. Puig, elle devrait également permettre de construire un droit commun spécial des contrats³⁴⁴. La notion permet ainsi d’identifier l’objet des contrats et d’en dépasser la diversité, que l’opération contractuelle soit « substantielle » ou « technique ».

107. Opération substantielle – L’opération juridique contractuelle peut tout d’abord être substantielle, ce que suggère prioritairement la définition du *negotium* comme une « affaire ». Elle permet alors de saisir les besoins concrets que le contrat permet de satisfaire : vendre un bien, proposer à un service, représenter une personne, etc. La prise en compte de cette opération permet généralement d’attribuer un nom au contrat. La plupart des opérations substantielles constituent en effet des opérations nommées. Des auteurs notent en ce sens que « par nature, chaque contrat spécial a, en principe, un objet et une fin déterminés »³⁴⁵. Selon le degré de spécialisation de l’opération, le nom attribué au contrat est plus ou moins complexe. On peut ainsi distinguer les opérations classiques telles que la vente, le bail, ou encore le mandat, et les opérations plus spécifiques, dans lesquelles la spécialisation atteint des degrés plus élevés encore, tels que

³⁴¹ FABRE-MAGNAN (M.), « Critique de la notion de contenu du contrat », *RDC* 2015/3, p. 639.

³⁴² CHÉNÉDÉ (F.), *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Coll. Recherches juridiques, Economica, 2008. Déjà en ce sens : SÉRIAUX (A.), *Contrats civils*, Coll. Droit fondamental, PUF, 2001, n° 3.

³⁴³ ZENATI-CASTAING (F.), REVET (Th.), *Contrats, Théorie générale*, *op. cit.*, §106. V. égal. REVET (Th.), « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité (II) », *RDC* 2013/1, p. 327, §4 : « Un contrat est formé lorsqu’au moins deux sujets de droit capables adhèrent à un projet prescriptif caractéristique d’une opération contractuelle ».

³⁴⁴ PUIG (P.), « Pour un droit commun spécial des contrats », *Écrits J. Foyer*, Economica, 2008, p. 829. Sur la référence à l’opération juridique dans l’étude de l’objet des contrats spéciaux, v. égal. : CATTALANO-CLOAREC (G.), *Le contrat de prêt*, Bibl. de dr. privé, t. 564, LGDJ, 2015, spéc. §167.

³⁴⁵ MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, §51 : « Par exemple la vente est un contrat translatif de propriété : elle permet la circulation des richesses. Le mandat est un contrat de représentation : il permet le développement de l’activité humaine. Le dépôt est un contrat de garde : il permet de conserver les biens. Le prêt à usage est un contrat d’amitié : il permet l’usage gratuit d’une chose, etc. En ce sens la technique n’est pas neutre ».

les opérations réservation, de crédit-bail ou encore de gardiennage. Néanmoins, cela ne signifie pas que l'identification des actes à partir de l'opération accomplie fasse dépendre leur existence d'une prévision expresse du législateur. La liberté contractuelle autorise les parties à conclure un contrat au contenu inédit. On les désigne souvent sous la qualification de contrats d'affaires parce qu'ils font appel à une plus grande implication des parties dans l'élaboration de l'opération. Dans ce cas, ne pouvant pas s'appuyer sur des textes de loi, « les juges analysent l'objectif de chaque opération juridique afin d'en déduire quelles obligations participent de sa nature même »³⁴⁶. Le passage de l'objet à l'opération juridique constitue donc une évolution bienvenue, car la notion permet de concevoir les intérêts contractuels de manière pragmatique. L'opération traduit par son appellation une idée de complexité et d'organisation qui est absolument nécessaire à la mise en forme des intérêts des parties. En ce sens, M^{me} Lequette note que « s'il est de la nature du contrat de lier juridiquement les intérêts des parties, il peut ce faisant unir des intérêts contraires ou des intérêts convergents selon le type d'opération économique qu'il organise »³⁴⁷. La notion d'opération juridique permet finalement de saisir le phénomène de diversification des fonctions du contrat³⁴⁸.

108. Opération technique – L'opération juridique permet également de saisir l'objet des contrats que l'on qualifie tantôt de contrats préparatoires, tantôt d'avant-contrats. Cela peut surprendre : on serait tenté de dire que ces contrats ne sont que des étapes en vue d'une opération substantielle. Mais ce serait diminuer sans raison les potentialités de la notion de contrat. Le pacte de préférence apparaît ainsi comme un contrat réalisant une opération technique, qui réside dans la création d'un droit de préférence. Sans donner un droit à la conclusion du contrat définitif, le contrat préparatoire peut plus modestement avoir pour objet d'encadrer la période des négociations. Il faut toutefois délimiter prudemment cette catégorie juridique. D'une part, il convient d'exclure la promesse (qu'elle soit unilatérale ou synallagmatique), car nous verrons qu'elle n'est pas un avant-contrat à finalité préparatoire, mais un contrat en la forme imparfaite dont l'objet correspond bel et bien à une opération substantielle³⁴⁹. D'autre part, il convient d'exclure les accords de principe qui sont abusivement présentés comme des contrats³⁵⁰. À première vue, il est vrai que l'accord de principe dispose d'un objet technique dans la mesure où il donne naissance *a minima* à une obligation d'entamer ou poursuivre la négociation du contrat et à une obligation de le faire

³⁴⁶ LAUDE (A.), th. préc., §320.

³⁴⁷ LEQUETTE (S.), « La notion de contrat », art. préc., §28. En ce sens égal., un auteur a démontré que l'intérêt est le « dénominateur commun à toute opération contractuelle ». Qu'il s'agisse d'un contrat-échange où les intérêts des parties sont réciproques, ou d'un contrat-organisation où les intérêts des parties vont dans le même sens, l'opération contractuelle en fait une synthèse, GALBOIS-LEHALLE (D.), th. préc., §630 s. L'idée était déjà présente chez M. Chénédé, l'auteur ayant démontré que les commutations réalisent une « conciliation d'intérêts » tandis que les distributions réalisent la « poursuite d'un intérêt commun », CHÉNEDÉ (F.), th. préc., §49.

³⁴⁸ PIMONT (S.), *L'économie du contrat*, PUAM, 2004, p. 6 : « le contrat-obligation fait place au contrat-opération ; il se dote d'une matière indépendante des obligations qu'il a pour but de produire ; ni cause ni objet de l'obligation, le contenu de la convention s'entend d'une opération globale et concrète ».

³⁴⁹ V. *infra*, n° 497.

³⁵⁰ Sur cette notion, v. : NAJJAR (I.), « L'accord de principe », *D.* 1991, 57 ; ROZÈS (L.), « Projets et accords de principe », *RTD Com.* 1998. 501.

de bonne foi. À l'instar d'un auteur, qui dénonce un « recours superflu à la qualification d'acte juridique »³⁵¹, il nous semble toutefois que l'accord de principe n'a rien d'un contrat, car ses effets sont strictement identiques à ceux qui découlent de la loi. L'art. 1112 du code civil étend en effet l'exigence de bonne foi à la période antérieure à la conclusion du contrat et sanctionne la rupture abusive par l'allocation de dommages et intérêts. Le critère de l'opération juridique s'avère à nouveau efficace pour rejeter la qualification d'acte juridique : là où il y a une volonté, celle de négociateur en vue de la conclusion d'un contrat, il n'y a donc pas nécessairement d'opération. En conséquence il ne peut pas y avoir d'acte juridique. Il s'agit d'un simple projet d'acte. Le périmètre du contrat ayant un objet technique s'arrête donc à l'hypothèse dans laquelle les parties ont prévu des obligations plus intenses que la loi : obligation d'exclusivité, obligation de sincérité, obligation de confidentialité renforcée, etc.

109. Son adaptation à l'étude des actes unilatéraux – Comme le contrat, l'acte unilatéral a « nécessairement un objet à savoir une opération juridique au sens d'un *negotium* »³⁵². L'opération juridique n'est donc pas une notion exclusivement contractuelle³⁵³. La référence à l'opération juridique pour l'étude des actes unilatéraux présente ainsi une double vertu. Tout d'abord, elle permet d'englober la grande diversité des effets qu'ils peuvent produire : confirmer un contrat, accepter une succession, délivrer un congé, etc. On retrouve ainsi la vertu globalisante de la notion. Ensuite, elle permet d'identifier précisément les fins particulières en vue desquelles le jurisléteur autorise l'action. L'acte unilatéral étant soumis à un *numerus clausus*, l'opération réalisée par lui est en toute hypothèse une opération nommée. L'acte et son opération sont donc intimement liés puisque c'est l'opération accomplie par l'acte qui lui donne sa qualification. Il est d'ailleurs courant de classer les actes unilatéraux en fonction de l'opération juridique qu'ils sont destinés à réaliser, ce qui permet de régler la question de l'efficacité de ces actes sans avoir à prendre position sur leur aptitude à créer des obligations³⁵⁴. Ainsi, « en considérant l'incidence de l'acte juridique sur l'existence d'un droit subjectif ou d'une situation juridique déterminée, on distingue les actes constitutifs, les actes translatifs, les actes déclaratifs, les actes reconnaissifs ou portant reconnaissance, enfin les actes abdicatifs et, plus généralement, extinctifs »³⁵⁵. Cette classification repose sur le résultat opéré par l'acte, autrement dit, sur l'opération juridique.

³⁵¹ STOFFEL (J.-N.), *Le projet d'acte juridique (étude de droit privé)*, PUAM, 2020, §222.

³⁵² ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), th. préc., §193.

³⁵³ Dans sa thèse dédiée à la notion, Mme Lucas-Puget notait toutefois qu'il pouvait y avoir des spécificités de l'objet dans le domaine de l'acte unilatéral : « en raisonnant sur le contrat nous éludons les éventuelles spécificités qui pourraient être déduites notamment de l'acte juridique unilatéral », LUCAS-PUGET (A.-S.), th. préc., §46.

³⁵⁴ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil : Les obligations*, t. 1 – L'acte juridique, Coll. Université, Sirey, 17^{ème} éd. 2022, §895 et s.

³⁵⁵ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Acte juridique », préc., §247. À vrai dire la classification était déjà connue. On en trouve trace not. dans la thèse de Mme Buffelan-Lanore : BUFFELAN-LANORE (Y.), *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, Bibl. de dr. privé, t. 18, LGDJ, p. 6.

110. Si l'opération juridique peut être rapprochée de l'objet de l'acte, qu'elle permet de saisir dans sa globalité, il faut voir désormais qu'elle peut aussi s'entendre de « l'effet de droit que les parties se proposent d'atteindre ou de réaliser en agissant »³⁵⁶. On délaisse alors l'aspect statique de la notion pour s'intéresser à son aspect dynamique.

2 - D'un point de vue dynamique

111. **Finalité** – Saisie dans son aspect dynamique, l'opération juridique constitue la finalité de l'acte (a). Cette appréhension dynamique est évidemment à mettre en lien avec l'appartenance de l'acte juridique aux procédés de technique juridique : objet de l'acte au moment de sa formation, l'opération juridique correspond aussi à la finalité que l'acte permet de réaliser. Il convient de la distinguer de la cause, qui permet d'identifier le « pourquoi » de l'engagement de ses auteurs *dans* l'opération juridique (b).

a) Assimilation à la finalité de l'acte

112. **La finalité de l'acte** – Dans son sens courant, la finalité peut être définie comme « *ce à quoi est ordonnée une action et l'action d'y tendre ; ce qu'il s'agit d'obtenir (...), ce qui est attendu d'une entreprise pour finir* »³⁵⁷. Elle correspond ainsi à l'opération juridique prise dans son aspect dynamique, étant entendu que l'opération à laquelle adhère l'auteur de l'acte au moment de sa formation constitue également le résultat qu'il doit réaliser une fois le stade de la formation dépassé. On en revient ainsi à l'idée que l'acte juridique est un instrument en vue d'une fin, un procédé technique indissociable du résultat qu'il doit produire³⁵⁸. Reposant sur une définition de l'opération juridique (c'est son objet), l'acte permet la réalisation de cette opération (elle constitue sa finalité)³⁵⁹. Cette dualité inhérente à la notion d'opération juridique est bien connue en matière contractuelle. Nous savons en effet que le processus de formation du contrat permet aux parties de s'accorder sur la consistance de l'opération juridique, par la détermination du contenu contractuel³⁶⁰. Or, ce contenu contractuel servira de modèle pour la réalisation

³⁵⁶ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Acte juridique », préc., §52.

³⁵⁷ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, « Finalité ».

³⁵⁸ Dès lors qu'on adopte une conception instrumentale, « la technique est précisément le moyen qui permet de réaliser certaines finalités », ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), « Qu'est-ce que la technique juridique ? Observations sur l'apport des juristes au lien social », *D.* 2004, n° 11, p. 712.

³⁵⁹ *Contra*, SÉVELY-FOURNIÉ (C.), *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé, Contribution à l'étude de l'acte juridique*, Nvle. Bibl. de thèses, vol. 100, Dalloz, 2010, note 1245, p. 315 : « Les deux notions ne doivent pas être confondues. (...) L'objet immédiat, juridique, c'est l'opération juridique envisagée ou la création d'une norme ; l'objet réel ou concret, c'est le résultat attendu de l'application de la norme (exécution de la prestation objet de l'obligation, usage d'un droit, etc.) ».

³⁶⁰ M. Rouvière note en ce sens que « le contrat porte en son sein un objectif, une finalité, un projet qu'il a vocation à réaliser », qu'il associe à « l'opération envisagée par les parties », ROUVIÈRE (F.), *Le contenu du contrat : essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005, §104-105.

du projet contractuel au stade de l'exécution. En ce sens, un auteur a remarqué que « l'objet traduit toujours une finalité. Notion téléologique, elle est la manifestation de ce qui est convenu : un résultat à la fois promis et attendu »³⁶¹. Cette dernière extrapolation marque un progrès parce qu'elle révèle le dynamisme de l'acte juridique. Comme Jhering en a fait la démonstration, « la loi de la finalité dit : *point de vouloir*, ou ce qui revient au même : *point d'action sans but* »³⁶². Cette conception finaliste de l'acte juridique ne s'incarne toutefois dans aucune notion connue du Code civil. Si l'art. 1162 du code civil vise bien le but du contrat à côté de ses stipulations, cela renvoie à la cause³⁶³. Or, cette notion doit être strictement distinguée de celle d'opération juridique.

b) Distinction avec la cause de l'engagement

113. La cause, fraction de l'opération juridique – L'opération juridique étant un synonyme de la finalité qui doit s'accomplir par l'acte, on pourrait être tenté de la confondre avec la cause. Tout d'abord, et bien qu'elle ait formellement disparu du Code civil, la cause continue en effet d'être mobilisée pour désigner « le but que l'agent a désiré atteindre et qui a ainsi déterminé son action »³⁶⁴. On précise ainsi qu'il s'agit de la « cause finale »³⁶⁵, de « la finalité de la structure contractuelle dans son ensemble ou encore l'opération à réaliser »³⁶⁶. À première vue, la cause et l'opération juridique sont donc confondues parce qu'elles permettent de saisir la finalité de l'acte. Ensuite, il est courant de retenir que la cause traduit « l'intérêt » à l'acte³⁶⁷. En ce sens, Mme Rochfeld note que la cause correspond à cet « intérêt raisonnable que poursuit chaque partie au contrat, et qui permet de rendre ce dernier intelligible pour l'ensemble de la collectivité »³⁶⁸. Or, nous avons vu que l'opération juridique opère une synthèse des intérêts des parties à l'acte. Là encore, la cause semble donc se confondre avec l'opération juridique. Une étude plus approfondie des fonctions assignées à la cause permet toutefois de remarquer qu'elle ne remplit pas le même rôle que l'opération juridique, en ce qu'elle dispose d'un référentiel plus étroit³⁶⁹. Traduisant l'intérêt personnel de l'auteur ou des auteurs de l'acte, la cause correspond à une fraction de l'opération juridique dans la mesure où elle permet de savoir pourquoi chacun des auteurs s'est engagé dans l'acte juridique. L'identification de la cause implique donc un découpage de l'opération, qu'on la considère objectivement comme la contrepartie de l'engagement, ou subjectivement comme l'avantage recherché.

³⁶¹ LUCAS-PUGET (A.-S.), th. préc., §308.

³⁶² JHERING (R. Von), *L'évolution du droit*, op. cit., §1.

³⁶³ C'est ainsi que l'on peut comprendre l'art. 1162 c. civ. qui précise *in fine* que « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». Le but visé est celui qui est extérieur à l'acte et donc distinct de l'opération.

³⁶⁴ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Acte juridique », préc., §62.

³⁶⁵ *Rép. de droit civ. Dalloz*, « Cause », J. ROCHFELD, 2022, §9.

³⁶⁶ ROCHFELD (J.), th. préc., §504.

³⁶⁷ V. not. : WICKER (G.), th. préc., §107 et s. ; MARTIN DE LA MOUTTE (R.), th. préc., §33.

³⁶⁸ ROCHFELD (J.), th. préc., §127.

³⁶⁹ Capitant l'avait déjà remarqué : « La cause d'un contrat, cela ne signifie rien. Il ne peut être question que de la cause des obligations assumées par les contractants », CAPITANT (R.), th. préc., §5.

114. La cause-contrepartie – La distinction entre la cause de l’engagement et la finalité du contrat est évidente lorsque les parties ont conclu un contrat synallagmatique. Dans ce cas en effet, la cause de l’engagement de chaque partie réside dans l’engagement de l’autre. Pour identifier la cause de l’engagement, il faut donc nécessairement procéder à un découpage de l’opération, ce qui permet de remarquer que malgré l’unité de l’opération juridique à accomplir, les parties ont généralement un intérêt différent à la réalisation de l’opération³⁷⁰. La cause se rapportant à l’engagement pris par le contractant, elle ne se réduit pas à l’unité. Ainsi elle « ne saisit pas la globalité de l’opération, mais chacun des termes de cet échange pour leur conférer, l’un vis-à-vis de l’autre, un rôle justificatif réciproque »³⁷¹. À l’inverse, l’opération constitue le résultat que les parties veulent communément atteindre. En matière de bail par exemple, la finalité du contrat est la même pour les deux parties : il s’agit d’assurer la jouissance d’un local à titre onéreux. C’est à ce résultat que les deux parties veulent parvenir ; c’est donc la finalité de ce contrat. Les parties ont toutefois un intérêt personnel différent, qui justifie leur engagement : le bailleur trouve son intérêt dans le paiement d’un loyer, tandis que le preneur trouve son intérêt dans la jouissance des locaux qui lui est procurée. Cette description de la cause par rapport à l’opération juridique semble à première vue faire abstraction du mouvement de subjectivisation de la cause, qui a permis de saisir certains motifs déterminants de la volonté des parties³⁷². Néanmoins, la cause demeure une fraction de l’opération juridique, car les motifs sont propres à chacune des parties et se rapportent donc à l’engagement pris personnellement par chacune d’elles³⁷³.

115. La cause-avantage recherché – Cette approche de la cause semble toutefois impossible à étendre au contrat unilatéral, qui présente la spécificité de reposer sur un engagement unique. Si les deux parties ont consenti à former le contrat, une seule partie est en effet engagée, c’est-à-dire tenue d’obligations principales³⁷⁴. Ainsi la cause de l’engagement ne peut pas résider dans un engagement réciproque de l’autre partie. Pourtant, cela n’a jamais dispensé le contrat unilatéral de satisfaire à l’exigence d’une cause certaine. Avant que la réforme de 2016 ne supprime cette exigence générale et ne la remplace par des dispositions adaptées au contrat synallagmatique³⁷⁵, la jurisprudence avait coutume de rechercher la cause de l’engagement dans le sentiment de bienfaisance, que celui-ci soit complètement désintéressé (intention libérale) ou intéressé (relations d’affaires). Là encore, c’est donc le découpage de l’opération juridique

³⁷⁰ Cette particularité de la cause se comprend aisément lorsque celle-ci est définie comme le « *but immédiat et direct qui conduit le débiteur à s’engager dans une obligation* », GUINCHARD (S.), DEBARD (T.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 30^{ème} éd. 2022-2023, « Cause », sens 1.

³⁷¹ LUCAS-PUGET (A.-S.), th. préc., §441.

³⁷² Sur cette question, v. not. : ROCHFELD (J.), « Les techniques de prise en considération des motifs dans le contrat en droit français », *RDC* 2013/4, p. 1601.

³⁷³ L’affirmation contraire, d’une cause située en dehors de l’opération, procède selon nous d’une confusion entre le domaine dévolu à la cause et celui dévolu à la condition. V. *infra*, n° 346.

³⁷⁴ Art. 1106 al. 2 c. civ. : « *Il est unilatéral lorsqu’une ou plusieurs personnes s’obligent envers une ou plusieurs autres sans qu’il y ait d’engagement réciproque de celles-ci* ».

³⁷⁵ Les art. 1163 et s. c. civ. ne reportent que les exigences inhérentes à l’obligation ou afférentes à sa « contrepartie ». Ce faisant ils ne permettent pas de rechercher la nullité du contrat unilatéral pour absence de cause.

accomplie qui permet d'identifier la cause de l'engagement. Il s'agit simplement de l'avantage attendu à travers l'acte et au moyen d'une absence de contrepartie matérielle. Le donateur qui n'obtient aucun avantage matériel par le contrat de donation, obtient ainsi et malgré tout l'avantage juridique qu'il recherchait, c'est-à-dire le sentiment de bienfaisance. La cause de l'engagement est d'ailleurs prescrite par la nature de l'opération juridique à accomplir, de sorte qu'elle ne peut pas être confondue avec elle. L'art. 893 du code civil définit ainsi la libéralité comme une opération de disposition à titre gratuit, ce qui revient, semble-t-il, à faire de l'intention libérale un élément constitutif de l'opération. La cause et l'opération peuvent donc être distinguées : la cause correspond à l'intention libérale, mais l'opération repose également et nécessairement sur la remise du bien par le donateur. À ce stade, il apparaît donc que l'exigence relative à la cause de l'engagement dépend toujours de l'opération juridique accomplie par le contrat, mais ne se confond jamais avec elle. C'est en cela que l'opération juridique nous semble devoir être rapprochée de la notion d'objet, dans la mesure où elle exprime la finalité globale de l'acte. Elle doit au contraire garder ses distances avec la cause, qui correspond à « la partie de l'intérêt dont la satisfaction se trouve attendue du cocontractant »³⁷⁶.

116. Limites naturelles de la distinction – À première vue, la distinction entre la cause de l'engagement et la finalité de l'acte paraît possible dans l'acte unilatéral : il est assez courant de retenir que la cause de l'acte se situe dans le motif déterminant qui préside à sa formation et permet d'en déterminer le « but »³⁷⁷. Mais un double constat s'impose. D'une part, l'art. 1100-1 al. 2 précise que les actes juridiques « obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats ». Or, la « raison » veut qu'on n'applique pas les dispositions concrétisant les fonctions traditionnelle de la cause à l'acte unilatéral. Permettant d'identifier l'intérêt personnel d'une partie à l'opération, la cause de l'acte unilatéral se confond nécessairement avec l'opération, dans la mesure où l'acte émane d'un seul auteur. Constituant « l'intérêt de l'acte juridique pour son auteur »³⁷⁸, la cause est ainsi nécessairement absorbée par l'objet, c'est-à-dire par l'opération juridique. Ainsi, pour prendre un exemple assez simple, on n'exige pas de celui qui fait une reconnaissance d'enfant qu'il motive son acte. De même on n'exige pas de la partie qui confirme le contrat susceptible d'annulation qu'elle motive son acte. Ces deux actes juridiques unilatéraux réalisent une opération juridique *naturellement causée*. En deux mots, l'opération se suffit à elle-même. D'autre part, si l'auteur de l'acte entend préciser le but de l'acte en ajoutant un motif extérieur à l'acte, nous verrons que c'est au moyen d'une condition suspensive ou résolutoire et que celle-ci doit être distinguée de la notion de cause³⁷⁹. Qu'un motif extérieur puisse exceptionnellement venir justifier l'acte et qu'il doive être pris en compte pour apprécier sa licéité

³⁷⁶ BONNET (D.), *Cause et condition dans les actes juridiques*, Bibl. de dr. privé, t. 449, LGDJ, 2005, §942.

³⁷⁷ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil : Les obligations*, t. 1 – L'acte juridique, Coll. Université, Sirey, 17^{ème} éd. 2022, §891-1.

³⁷⁸ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, « Cause ».

³⁷⁹ V. *infra*, n° 346.

ne signifie donc pas que celui-ci soit nécessaire pour sa validité. En toute hypothèse, le motif (et donc la cause) peut facilement être distingué de l'opération juridique accomplie par l'acte.

117. Conclusion du §1 – Notion instrumentale, l'acte juridique est donc au service d'une opération juridique (*negotium* de l'acte). Fruit d'une extrapolation progressive de la notion d'objet, l'opération juridique permet de faire la synthèse des intérêts inhérents à l'acte et de saisir sa finalité globale. Devant être déterminée au moment de la formation de l'acte, elle constitue également le résultat que l'acte est destiné à produire *in fine*. L'acte juridique parfait pouvant être défini comme un acte juridique ayant réalisé sa finalité, la perfection de l'acte juridique correspond donc au stade où l'acte juridique *réalise* cette opération juridique.

§2 - LA RÉALISATION DE L'OPÉRATION JURIDIQUE, PERFECTION DE L'ACTE

118. Déploiement des effets – La perfection doit permettre de saisir les conditions d'efficacité de l'acte. Étant désormais acquis que l'effet attendu par l'auteur ou les auteurs d'un acte juridique correspond plus précisément à une opération juridique, la perfection de l'acte juridique dépend donc de la *réalisation* de cette finalité, incarnée par l'opération juridique ou *negotium*. Il convient de préciser le sens que recouvre l'expression « réalisation de l'opération juridique » (A), avant de démontrer que l'emploi du terme parfait est pertinent pour désigner l'acte ayant réalisé sa finalité (B).

A - Sens de l'expression

119. Précisions sur la notion de perfection – Si la détermination d'une opération juridique permet d'affecter l'acte à une finalité, c'est bien sa réalisation qui rendra l'acte efficace et donc, parfait. Lorsqu'on dit que l'acte réalise une opération juridique, c'est une autre manière de dire qu'il produit des effets de droit, en l'occurrence, les effets inhérents à sa finalité (1). L'effectivité des effets de droits ne participe toutefois pas à la perfection de l'acte (2).

1 - Sens positif : la production des effets de droit

120. Effets de droit : notion – Pour définir la perfection, il est nécessaire de savoir ce que recouvre la notion d'effet de droit. À suivre la plupart des auteurs, la référence à « l'effet de droit » ou « l'effet juridique » aurait toutefois pour avantage « d'englober tous les effets potentiels de l'acte sans avoir à se

prononcer sur leur nature »³⁸⁰. À l'inverse, les tentatives d'élaboration d'une définition plus précise comporteraient « le risque de méconnaissance de certains aspects de l'activité juridique volontaire »³⁸¹. Partant, il serait préférable de préciser quel est l'effet de chaque acte juridique sans préciser davantage ce à quoi correspond en général un effet de droit. Lorsque la définition précise de l'effet de droit n'est pas volontairement éludée, c'est donc la substance de l'effet de droit qui se trouve précisée. On se réfère alors simplement au type d'effet produit par l'acte : il sera déclaratif, constitutif, translatif de propriété, etc. Mais cette précision permet simplement de renvoyer à la définition de l'opération juridique et non à sa réalisation, que nous cherchons à définir. Ayant à l'esprit que l'effet de droit est indissociable de l'opération juridique, il paraît donc indispensable de tenter d'élaborer une définition générale de l'effet de droit. Dans cette optique, on précise couramment que l'effet de droit emporte une « modification de l'ordonnement juridique existant »³⁸², voire, lorsqu'il s'agit plus particulièrement de l'acte juridique, une « modification d'une situation juridique »³⁸³. Il en ressort que la réalisation de l'opération juridique par l'acte implique une modification des droits subjectifs eux-mêmes.

121. Une modification des droits subjectifs – On admet généralement que toute situation juridique se compose de droits subjectifs, en particulier lorsque celle-ci résulte d'une modification opérée par un acte juridique³⁸⁴. Si on reprend la définition donnée par Jhering, les droits subjectifs constituent en effet des « intérêts juridiquement protégés »³⁸⁵. Or, nous avons vu que l'opération juridique permet de synthétiser et de concrétiser les intérêts du ou des auteurs de l'acte juridique. Aussi n'y a-t-il rien d'étonnant à ce qu'on retrouve la notion d'intérêt dans la réalisation de l'opération juridique, en l'occurrence à travers les droits qui la composent. Les effets de l'acte atteignent logiquement la sphère des droits subjectifs, étant entendu que le droit subjectif « marque l'investiture de l'individu, par la règle de droit objectif, d'un pouvoir d'action déterminée dans la société »³⁸⁶. Si l'intérêt est juridiquement protégé, c'est précisément parce que l'acte juridique permet de le faire valoir au moyen d'un droit subjectif, que l'on peut définir comme une « faculté ou prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par une contrainte émanant de l'autorité publique, qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose »³⁸⁷.

³⁸⁰ FRANÇOIS (C.), th. préc., §129.

³⁸¹ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Acte juridique », préc., §16. Les auteurs ajoutent que « la définition traditionnelle paraît donc préférable, dans la mesure où son imprécision n'est pas la conséquence d'une analyse insuffisante, mais la traduction de la variété extrême des actes juridiques ».

³⁸² RÉGLADE (M.), « La place de la convention dans une classification des actes juridiques », *APD*, 1940, n° spéc. : *Le Problème du contrat*, Sirey, p. 159.

³⁸³ MAYER (L.), th. préc., §159 et s.

³⁸⁴ LARROUMET (Ch.), AYNÈS (A.), *Introduction à l'étude du droit*, *Traité de Droit civil*, t. 1, Coll. Corpus, Economica, 6^{ème} éd., 2013, §528 : « il faut souligner que les droits subjectifs n'existent que dans le cadre d'une situation juridique, c'est-à-dire d'une situation admise par la règle de droit objectif et qui produira certains effets au profit et à l'encontre de ceux qui sont placés dans cette situation (...) ».

³⁸⁵ Définition préc. JHERING (R. Von), *L'esprit du droit romain...*, *op. cit.* En ce sens égal. : TERRÉ (F.), MOLFESSIS (N.), *Droit civil : Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 14^{ème} éd. 2022, §25.

³⁸⁶ AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, §196.

³⁸⁷ MALINVAUD (Ph.), BALAT (N.), *op. cit.*, §7 et §357. V. égal. : BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAUTERNEYRE (V.), *Introduction, Biens, Personnes, Famille*, *op. cit.*, §101 ; MALAURIE (Ph.), MORVAN (P.),

Concrètement, la réalisation de l'opération juridique implique donc une modification de droits subjectifs, qu'il s'agisse de donner naissance, de transmettre, voire d'éteindre ces prérogatives. Il est important d'insister sur le terme de *modification* de droits subjectifs et de le conserver. Trop souvent en effet, il est question d'une *naissance* de droits subjectifs. Or l'acte juridique peut tout à fait avoir pour finalité la transmission, voire l'extinction de droits. Dès lors, il conviendra d'évoquer la modification des droits subjectifs au sens large du terme.

122. La modification suffisante – Bien que les droits subjectifs ne forment pas une catégorie homogène, ils ont pour point commun d'être des pouvoirs dont l'attribution, la transmission ou la disparition sont suffisantes pour que l'acte réalise sa finalité. Aussi convient-il de dépasser la distinction qui avait été proposée par un auteur, entre les droits subjectifs qui se réalisent immédiatement, et les droits subjectifs qui se réalisent médiatement³⁸⁸. Si on suit cet auteur, le droit à réalisation immédiate est celui « qui a son siège dans la personne de son titulaire et qui procure à celui qui en est investi les jouissances qu'il contient sans passer par le concours de quiconque », tandis que le droit à réalisation médiate est celui « qui ne se conçoit que par le pouvoir qu'a le titulaire d'asservir une autre personne et qui ne se réalise qu'à travers l'activité ou l'attitude qu'on peut exiger d'un sujet passif déterminé »³⁸⁹. À première vue, seule l'opération juridique donnant naissance à des droits à réalisation immédiate pourrait se réaliser par la seule naissance des droits. Il convient toutefois de remarquer que, la perfection de l'acte juridique impliquant une modification des droits subjectifs, il importe peu que ceux-ci soient de réalisation médiate ou immédiate. Que le droit s'impose de lui-même ou confère à son titulaire un droit d'exiger, il donne d'ores et déjà naissance aux prérogatives qui étaient recherchées par son titulaire³⁹⁰.

123. Droits de réalisation médiate – Le droit de réalisation médiate constitue une première catégorie des droits subjectifs. Reposant sur un assujettissement du sujet passif, il comprend naturellement ce qu'il est convenu d'appeler le droit personnel ou droit de créance, mais aussi les diverses incombances auxquelles peut donner naissance un acte³⁹¹. Cet assujettissement correspond plus précisément à une prestation qui doit être exécutée par le sujet passif. Elle désigne « *soit, dans sa matérialité, la chose due*

Introduction au droit, LGDJ, Lextenso, Coll. Droit civil, 9^{ème} éd. 2022, §55 ; ALBIGES (Ch.), *op. cit.*, §256 ; FABRE-MAGNAN (M.), BRUNET (F.), *Introduction générale au droit*, Thémis droit, PUF, 2^{ème} éd., 2022, §252 ; AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, §195.

³⁸⁸ HAGE-CHAHINE (F.), « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD Civ.* 1982. 705.

³⁸⁹ *Ibid.* §15.

³⁹⁰ L'auteur reconnaît que, « quand il se réalise médiatement, le rapport de droit existe entre le titulaire et une personne déterminée et le pouvoir consiste, pour celui-là, d'exiger, de celle-ci, le respect du lien particulier qui l'oblige à donner, à faire, à ne pas faire ou à subir ». À l'inverse, « quand le droit se réalise immédiatement, le rapport de droit existe entre le titulaire et le monde entier et le pouvoir consiste, pour le titulaire, à imposer à tous les hommes de se conformer au devoir universel de ne pas le troubler dans l'exercice de son droit », *Ibid.* §16.

³⁹¹ Sur cette notion, v. : FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, Bibl. de dr. privé, t. 576, LGDJ, 2017.

(...), soit, l'activité attendue du débiteur relativement à cette chose »³⁹². Le droit est donc à réalisation médiate car une prestation doit encore être exécutée par le débiteur de la créance ou de l'incombance. En ce sens, un auteur a pu remarquer que « la création de l'obligation est, à elle seule, impuissante à accomplir l'objectif que les parties avaient en vue en contractant »³⁹³. Par sa force contraignante, l'obligation donne pourtant naissance à un droit à l'exécution pour le créancier³⁹⁴. Elle constitue une garantie que la prestation sera accomplie³⁹⁵. Ce faisant, la prestation constitue un « accomplissement obligatoire »³⁹⁶ qui permet simplement d'accorder la réalité à la prescription que contient l'acte juridique³⁹⁷. Seule la naissance de l'obligation importe donc pour la perfection de l'acte juridique, car elle fait naître un titre d'appropriation et un titre d'exécution au profit du créancier³⁹⁸. Bien que le droit soit réalisation médiate, sa naissance suffit donc à parfaire l'acte. Il en va de même si l'acte a une finalité extinctive : la disparition du droit suffit à parfaire l'acte. Le même raisonnement peut être tenu à l'égard du troisième type de droit subjectif à réalisation médiate : le droit potestatif³⁹⁹. Dans ce cas, l'assujettissement réside moins dans une prestation que dans une abstention obligatoire du sujet passif, découlant d'un droit de décider du sujet actif⁴⁰⁰. Le sujet passif n'est pas simplement tenu de respecter un droit, mais il doit plus encore « supporter le pouvoir du titulaire de le mettre dans une position différente de la situation juridique dans laquelle il était antérieurement, soit en la modifiant ou en l'éteignant, soit en créant une situation juridique nouvelle »⁴⁰¹. Là encore, la réalisation du droit dépend d'une abstention, mais la simple naissance du droit potestatif permet la réalisation de l'opération qui repose sur ce droit.

124. Droits de réalisation immédiate – Toute opération juridique ne reposant pas nécessairement ou exclusivement sur l'accomplissement de prestations, il faut préciser les modalités de réalisation d'une opération juridique portant sur des droits subjectifs d'une autre nature. Cela s'avère nécessaire pour le

³⁹² Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, « Prestation », sens 1, a) ; GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 30^{ème} éd. 2022-2023, « Prestation » (droit civil), « Désigne ce qui est dû par le débiteur d'une obligation ».

³⁹³ PÉTEL (I.), *Les durées d'efficacité du contrat*, th. dactyl. Montpellier-I, 1984, §7.

³⁹⁴ En ce sens : DUPRE-DALLEMAGNE (A.-S.), *La force contraignante du rapport d'obligation*, *Recherche sur la notion d'obligation*, PUAM, 2004, spéc. §7 ; JESTAZ (Ph.), « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », *Mél. P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 273.

³⁹⁵ ROUVIÈRE (F.), « L'obligation comme garantie », *RTD Civ.* 2011. 1.

³⁹⁶ LEQUETTE (Y.), Préface de la thèse préc. de O. Penin, p. VIII.

³⁹⁷ ALVAREZ (I.), *Essai sur la notion d'exécution contractuelle*, Coll. Logiques Juridiques, L'Harmattan, 2017, §69, « À travers l'exécution, le droit passe dans les faits » ; PENIN (O.), th. préc., §30, « Si les règles de formation régissent le passage du fait au droit, les règles d'exécution gouvernent le passage du droit au fait ».

³⁹⁸ FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Nvll. bibl. de thèses, vol. 116, Dalloz, 2012, §336 : « légitimant l'appropriation en cas d'exécution spontanée, elle contient les prérogatives subjectives qui autorisent le créancier à exiger en cas d'inexécution la dation de la prestation en initiant le cas échéant un processus public de contrainte visant à l'obtenir ».

³⁹⁹ Sur l'appartenance du droit potestatif à la catégorie des droits subjectifs : NAJJAR (I.), *Le droit d'option : contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Bibl. de dr. privé, t. 85, LGDJ, 1967, p. 107 ; VALORY (S.), *La potestativité dans les relations contractuelles*, PUAM, 1999, p. 45.

⁴⁰⁰ MOLINA (L.), *La prérogative contractuelle*, Bibl. de dr. privé, t. 619, LGDJ, 2022, §128 : « droit d'imposer une décision, prise de manière unilatérale, qui a pour effet direct et automatique de créer, éteindre ou modifier une situation juridique qui intéresse en premier lieu son titulaire ».

⁴⁰¹ HAGE-CHAHINE (F.), « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », art. préc., §48.

contrat qui, suivant la démonstration faite par M. Ancel, « peut éteindre un droit, le transférer ou encore créer un droit ou une situation juridique nouvelle »⁴⁰². Mais à la vérité, cela s'avère d'autant plus nécessaire pour les actes unilatéraux puisque, face à leur grande diversité, il est fréquent de préciser la portée de l'acte pour en cerner les effets sans détailler de la consistance de cet effet de droit. Ne permettant pas d'exiger l'exécution d'une prestation, ces actes permettent néanmoins de protéger certains intérêts et de les faire valoir. Ainsi, l'acte sera extinctif s'il a pour objet « l'extinction d'une situation juridique »⁴⁰³. Il sera translatif s'il établit « une relation d'auteur à ayant cause en transmettant à un nouveau titulaire un droit existant, souvent une propriété ou un droit réel, parfois une créance ou un autre droit incorporel »⁴⁰⁴. En toute hypothèse, ils modifient donc des droits de réalisation immédiate, qui ne supposent aucune exécution. Cette catégorie regroupe essentiellement les droits réels, qu'il s'agisse de les constituer, de les éteindre, de les modifier ou bien de les transférer. À l'égard du transfert de propriété, on souligne d'ailleurs qu'il constitue un « effet légal » se produisant par le simple effet de la loi⁴⁰⁵. En réalité, cela signifie tout simplement qu'il s'agit d'un droit à réalisation immédiate, donnant à son titulaire le droit de le faire respecter par tout un chacun, ce qui constitue déjà une fin en soi. Dans cette optique, Planiol identifiait d'ailleurs une « obligation passive universelle »⁴⁰⁶. Bien que cette approche malmène la notion d'obligation, elle présente le mérite de démontrer que le droit réel n'est rien d'autre qu'un ensemble de prérogatives permettant de faire valoir une situation. Derrière le transfert de propriété se trouve le droit de faire respecter son absolutisme⁴⁰⁷. De même, derrière l'effet extinctif de la renonciation à une succession se trouve une perte du droit de propriété et ce faisant, du droit de faire respecter cette situation juridique. Là encore, il apparaît donc que la modification apportée au droit suffit à réaliser l'opération juridique, en donnant naissance aux diverses prérogatives permettant de protéger son titulaire.

125. Parce que le droit subjectif constitue un pouvoir, la perfection de l'acte juridique n'attend donc jamais que ce dernier soit exercé ou respecté. La réalisation du droit suppose certes de le faire observer, mais on quitte alors le domaine de l'efficacité de l'acte pour celui de l'effectivité⁴⁰⁸.

⁴⁰² ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.* 1999. 771.

⁴⁰³ SÉVELY-FOURNIÉ (C.), th. préc., p. 280.

⁴⁰⁴ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Acte juridique », préc., §251.

⁴⁰⁵ Sur le transfert de propriété, et plus largement le transfert de droit, comme effet légal du contrat, v. : FABRE-MAGNAN (M.), « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD Civ.* 1996. 85 ; ARDOY P.-Y.), « L'effet translatif du contrat : la fin de l'obligation de donner », in : *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, 2016, PUPPA. 127 ; MARAIN (G.), « Le transfert de propriété après la réforme du 10 février 2016 », *AJ contrat* 2016, 526.

⁴⁰⁶ PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, n° 2158.

⁴⁰⁷ DUBARRY (J.), *Le transfert conventionnel de propriété, Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, Bibl. de dr. privé, t. 555, LGDJ, 2014, §584. L'auteur distingue ainsi l'opposabilité du droit, « immédiate car inhérente à la nature du droit », et l'opposabilité du titre (§609). Cela est évidemment à mettre en lien avec l'exclusion de l'effectivité du champ de la perfection : v. *infra*, n° 126.

⁴⁰⁸ ROCHFELD (J.), *op. cit.*, §19, p. 241.

2 - Sens négatif : l'effectivité des effets

126. L'effectivité : exclusion – Dans son sens courant, la réalisation s'entend de l' « *action de rendre réel, effectif* ». À première vue, la réalisation de l'opération juridique devrait donc reposer sur des droits rendus effectifs, c'est-à-dire qui ont le « *caractère d'une situation qui existe en fait, réellement* »⁴⁰⁹. Si la réalisation de l'opération juridique devait se rapporter à l'effectivité des effets de droit, la mesure de la perfection devrait donc permettre de vérifier que les suites concrètes de l'acte se sont bien produites, comme on peut parfois être conduit à apprécier les suites concrètes d'une norme légale en s'assurant de la « *conformité des situations ou opérations concrètes qu'elle vise au modèle que constitue cette norme* »⁴¹⁰. Néanmoins nous n'entendons pas retenir cette définition générale de la réalisation parce que, mis à part le cas particulier des sûretés réelles, où la réalisation renvoie précisément à l'ensemble des mécanismes qui permettent d'assurer le paiement effectif du créancier⁴¹¹, la réalisation de l'opération juridique désigne l'ensemble des phénomènes qui interviennent en amont de l'exécution. Comme l'a relevé M. Sériaux à propos du contrat, « ce que les parties au contrat recherchent réside plus généralement et plus exactement, croyons-nous, dans la modification de l'ordre juridique, conçue comme devant se réaliser dans les faits »⁴¹². Réaliser une vente ce n'est pas tant exécuter les prestations imposées par ce contrat que s'obliger réciproquement à délivrer et à payer. Par conséquent, nul besoin d'atteindre que les obligations soient exécutées pour que l'opération se réalise. Cela se comprend d'autant plus lorsqu'aucune exécution de prestation n'est attendue. L'opération de reconnaissance d'enfant repose ainsi sur la naissance de droits et devoirs afférents à cette qualité. De même, l'opération de confirmation d'un contrat faite au moyen d'un acte unilatéral ne fait qu'éteindre un droit, celui d'agir en nullité de l'acte.

127. L'observation indifférente – En toute hypothèse, la simple naissance, disparition, transmission ou modification des droits subjectifs suffit donc à réaliser l'opération juridique. En ce sens, M. Revet est parvenu à distinguer la « prise d'effet » du contrat et le moment d'exécution des obligations auxquelles il donne éventuellement naissance. Il note plus précisément que « la prise d'effets est au contrat ce que l'entrée en vigueur est à la loi. L'une et l'autre désignent le moment à partir duquel doivent se réaliser les modifications de l'ordonnement juridique décidées par ces actes. Ils deviennent exécutoires, ce qui ne signifie pas qu'ils soient exécutés, eu égard à la nécessité, pour que maintes prescriptions s'accomplissent, que leurs sujets développent un certain comportement. On en déduit une distinction générale entre caractère exécutoire et exécution (...) »⁴¹³. Le caractère exécutoire ne représente rien de moins que la

⁴⁰⁹ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, « Effectivité », sens 2 ; GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 30^{ème} éd. 2022-2023, « Effectivité » (droit civil), « *Caractère réel et concret d'un droit au-delà de sa reconnaissance abstraite par les textes de loi* ».

⁴¹⁰ JEAMMAUD (A.), SERVERIN (E.), « Évaluer le droit », art. préc., §8.

⁴¹¹ SÉJEAN-CHAZAL (C.), *La réalisation de la sûreté*, Nvll. Bibl. de thèses, vol. 190, Dalloz, 2019.

⁴¹² SÉRIAUX (A.), « Le futur contractuel », art. préc., spéc. §8.

⁴¹³ REVET (Th.), « La prise d'effets du contrat », *RDC* 2004/1, p. 29.

perfection de l'acte juridique, acquise par la modification de l'ordonnement juridique. L'acte étant parfait, son ou ses auteurs peuvent désormais compter sur sa force contraignante, qu'il s'agisse d'accomplir une prestation ou de demander le respect d'un droit⁴¹⁴. L'exécution des prestations et l'observations des droits ne sont donc pas nécessaires à la perfection de l'acte juridique.

128. L'exécution des prestations : exclusion – « En droit, l'efficacité d'un acte juridique n'est pas subordonnée à son exécution et ne peut l'être. Sa fonction est de la rendre obligatoire (...) »⁴¹⁵. Par cette formule, Atias avait remarqué que la perfection d'un acte ne peut dépendre de son exécution. Logiquement, la naissance de l'obligation permet à elle seule la réalisation de l'opération juridique parce qu'elle comporte un pouvoir de contraindre à l'exécution d'une prestation, un droit d'exiger celle-ci⁴¹⁶. En ce sens également, Savigny avait également remarqué que l'essence de l'obligation réside dans « la transformation d'actes (*au sens matériel du terme*), qui, jusque-là, devaient être considérés comme des événements futurs, accidentels et incertains, en événements nécessaires et certains. Même le but définitif de l'obligation est de placer le créancier dans une position telle qu'il puisse compter avec certitude sur l'arrivée de ces événements »⁴¹⁷. Réciproquement, l'obligation constitue la mesure de la prestation à exécuter. L'inexécution de l'obligation ne peut donc pas ôter sa perfection à l'acte. Définie comme « *le non-accomplissement de l'obligation* »⁴¹⁸, elle relève du fait puisqu'il s'agit d'identifier une abstention ou un mauvais accomplissement de l'obligation par le débiteur. La naissance de l'obligation, qui correspond à la naissance d'un droit de créance, suffit donc à la réalisation de l'opération juridique. Même si le débiteur ne s'exécute pas spontanément et que le créancier ne demande pas l'exécution des prestations, l'acte n'en sera pas moins parfait précisément parce qu'il rend l'exécution obligatoire et confère au créancier un pouvoir de contrainte qui existe indépendamment de l'exigibilité⁴¹⁹. Ainsi, le contrat créateur d'obligations « s'épuise dans cette fonction » consistant à faire naître des obligations⁴²⁰.

⁴¹⁴ Comme Kant l'avait remarqué, tout « droit est lié à la faculté de contraindre », KANT (E.), « Introduction à la doctrine du droit », in : *Métaphysique des mœurs*, Première partie, Doctrine du droit, trad. A. Philonenko, 5^{ème} éd., J. Vrin, 1993, p. 103, spéc. p. 105-106.

⁴¹⁵ ATIAS (Ch.), « Exécution et efficacité des actes juridiques », *D.* 2013, 2288, §3.

⁴¹⁶ FRANÇOIS (J.), *Les obligations – Régime général*, Traité de Droit civil t. 4, Coll. Corpus, Economica, 6^{ème} éd., 2022, §340 ; ANCEL (P.), *Droit des obligations en 12 thèmes*, *op. cit.*, p. 9 et s. ; FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, t. 1*, *op. cit.*, §1 ; PORCHY-SIMON (S.), *Droit des obligations*, Hypercours Dalloz, 15^{ème} éd., 2022, §11 ; CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, Cours Dalloz, 15^{ème} éd. 2022, §1 ; SÉRIAUX (A.), LARDEUX (G.), *op. cit.*, §3 ; BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Les obligations, op. cit.*, §108-109 ; FAGES (B.), *Droit des obligations*, Coll. Manuel droit privé, LGDJ, 12^{ème} éd., 2022, §1 ; BÉNABENT (A.), *Droit des obligations, op. cit.*, §1 ; ZENATI-CASTAING (F.), REVET (Th.), *Cours de droit civil, Obligations – Régime*, Coll. Droit fondamental, PUF, 2013, §7.

⁴¹⁷ SAVIGNY (M. de), *Le droit des obligations*, t. 1, trad. C. Gérardin et P. Jozon, Lib. Durand, 1863, p. 21

⁴¹⁸ Assoc. H. Capitiant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, « Inexécution ».

⁴¹⁹ Nous verrons que c'est la définition même de l'obligation comme un pouvoir de contrainte qui interdit le recours à la condition suspensive comme outil de morcellement de l'opération juridique, et impose réciproquement que le terme affectant l'exigibilité soit un événement certain. V. *infra*, n° 271.

⁴²⁰ LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les effets du contrat », art. préc., §11. V. égal., ARTEIL (D.), *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Coll. de la Faculté de droit et des sciences sociales de Paris, LGDJ, 2006, §11, « L'acte juridique ne donne pas lieu à exécution, il ne fait que produire des effets créateurs d'obligations ».

129. Le respect des droits : exclusion – De même, l’observation des droits issus de l’acte importe peu pour la réalisation de l’opération. L’acte juridique est parfait précisément parce qu’il permet à son auteur de faire respecter son droit. On peut même aller plus loin et considérer que l’opposabilité du droit n’est pas nécessaire à la perfection. À première vue cela peut surprendre. Comment dire par exemple que le contrat de vente portant sur un immeuble est parfait avant la publicité du droit ? Sans l’opération de publicité, le droit de propriété n’est pas opposable aux tiers. Pour autant la question de l’opposabilité des droits réels auxquels l’acte donne naissance excède les limites de ce que l’instrument-acte juridique permet. Il importe seulement qu’il donne naissance au droit, donnant ainsi la *possibilité* à son titulaire de procéder aux formalités nécessaires à son opposabilité. L’acte juridique ne sera pas moins parfait si les auteurs de l’acte ne font pas preuve de diligence en assurant l’opposabilité de leurs droits. L’opposabilité ne constitue donc pas une condition de réalisation de l’opération, n’étant pas nécessaire pour imposer au vendeur la délivrance de l’immeuble qui en est l’objet. Ce dernier est d’ores et déjà contraint par la perfection du contrat, permise ici par la naissance des obligations et le transfert de la propriété. L’opposabilité des droits participe moins de l’efficacité des actes, que de l’effectivité des droits garantis par l’acte⁴²¹. Elle doit donc être exclue du périmètre de la perfection des actes.

130. Synthèse de définition – L’acte juridique parfait est donc un acte efficace, qui réalise l’opération juridique constituant sa finalité en modifiant une situation juridique. Selon la substance de l’opération, cela peut impliquer la naissance, l’extinction, le transfert ou la modification de droits subjectifs. En revanche, les questions afférentes à l’opposabilité des droits ou à l’exécution des obligations demeurent hors du domaine de la perfection. Cela étant, il convient désormais de remarquer que l’expression « acte juridique parfait » est tout indiquée pour désigner l’acte juridique qui réalise sa finalité. En somme, que le terme choisi est apte à décrire convenablement le phénomène qu’il est censé recouvrir.

B - Pertinence de l’expression

131. Un fondement textuel : l’art. 1583 c. civ. – Outre le lien précédemment mis en évidence entre l’écoulement du délai de repentir et le moment d’entrée en vigueur de l’acte juridique⁴²², qui correspond ni plus ni moins au moment où l’opération de prêt peut se réaliser, divers textes du Code civil permettent de souligner l’appartenance de la notion de perfection à la question de l’efficacité des actes juridiques. Ce faisant, choisir d’employer le terme parfait pour qualifier le moment auquel l’acte juridique réalise sa finalité ne revient pas à éluder complètement l’usage du terme dans la loi. Bien au contraire, cet usage semble disposer d’une solide base dans les textes déjà étudiés. Si l’art. 1583 du code civil a nourri nombre d’interprétations différentes, il nous semble qu’une interprétation plausible ait été largement ignorée. La

⁴²¹ En ce sens égal., bien que définissant différemment la perfection : BLEUSEZ (M.), th. préc., §280 et s.

⁴²² V. *supra*, n° 89.

perfection pourrait bien être liée à l'efficacité de l'acte, si on en croit la référence qui est faite au transfert de propriété et plus largement à la réalisation de la vente.

132. Du transfert de propriété *solo consensu* – À première vue la perfection du contrat de vente renvoie à sa formation. Pourtant l'art. 1583 du code civil ne se contente pas d'énoncer que l'accord est suffisant pour la formation du contrat. Il énonce également que cet accord suffit à opérer le transfert de propriété⁴²³. En plus d'asseoir le principe du consensualisme, cette disposition véhicule donc une conception moderne du droit de propriété qui se réalise par l'effet de la loi. Lorsqu'on parle du transfert de propriété *solo consensu* il y a donc un double principe de transfert immédiat et par la simple volonté⁴²⁴. C'est ce que Portalis avait mis en avant lors de la présentation des dispositions sur la vente au corps législatif chargé d'adopter le code civil de 1804. Rappelant que « *dans les premiers âges, il fallait tradition et occupation corporelle pour consommer un transport de propriété* », il affirme que désormais « *le contrat suffit* »⁴²⁵. Selon des auteurs, l'apport véritable de la disposition se situe d'ailleurs dans cette précision : elle reprendrait ainsi le contenu de l'ancien art. 1138 du code civil qui énonçait que « *l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes* » et appuyait ainsi l'idée d'un transfert *solo consensu*⁴²⁶. En ce sens, Portalis précisait qu'il « *s'opère par le contrat une sorte de tradition civile qui consomme le transport du droit, et qui nous donne une action pour forcer la tradition réelle de la chose* »⁴²⁷. Par cette autre lecture de l'article, on pourrait donc penser que le terme parfait renvoie non pas à la formation du contrat de vente mais plutôt au moment de survenance du transfert de propriété. Certes, l'emploi de la conjonction de coordination « *et* » au sein de l'art. 1583 ne va pas complètement en ce sens. Il énonce en effet que la vente est parfaite par l'accord des parties sur la chose et le prix, « *et* » que le transfert de propriété se réalise à ce même moment. La question du transfert de propriété apparaît donc comme isolée par la conjonction de coordination et par l'emploi par des virgules. Néanmoins, la lecture des travaux préparatoires au Code civil révèle que certains de ses rédacteurs associaient explicitement la perfection de la vente au moment du transfert de propriété⁴²⁸.

⁴²³ Notant également l'idée d'un alignement entre formation définitive et transfert de propriété, exprimée par le terme parfait : BLEUSEZ (M.), th. préc., §165.

⁴²⁴ Sur cette dualité : COURDIER-CUISINIER (A-S), « Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner, Essai sur les causes d'une controverse doctrinale », *RTD. Civ.* 2005. 521.

⁴²⁵ FENET (A.), *op. cit.*, t. 14, p. 112.

⁴²⁶ En ce sens : CHAZAL (J.-P.), VICENTE (S.), « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », *RTD Civ.* 2000. 477 ; BLANLUET (G.), « Le moment du transfert de la propriété », *in* : 1804-2004 : *Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 409, spéc. §8-9. V. égal. : BALAT (N.), *Les grands articles du Code civil, op. cit.*, p. 237 (art.1583 C. civ.). *Contra* : DUBARRY (J.), th. préc., §83.

⁴²⁷ FENET (A.), *op. cit.*, t. 14, p. 113.

⁴²⁸ Ce lien entre perfection et réalisation du transfert de propriété se retrouve en divers endroits. Ainsi par exemple, le tribun Grenier lors de la discussion devant le corps législatif : « Cependant, quoique l'engagement qui donne l'essence à la vente existe, elle peut n'être pas toujours parfaite. Sa perfection dépend, dans certains cas, de quelques circonstances qui l'accomplissent ; et c'est seulement lors de cet accomplissement qu'elle peut être considérée comme ayant réellement opéré la transmission de la propriété », FENET (A.), *op. cit.*, t. 14, p. 182.

133. Abandon – Cet usage du terme a pourtant fait l’objet d’un net rejet par les auteurs de la réforme de 2016. L’art. 1196 du code civil règle désormais la question du transfert sans emploi du terme parfait et énonce que « *dans les contrats ayant pour objet l’aliénation de la propriété ou la cession d’un autre droit, le transfert s’opère lors de la conclusion du contrat* », avant de préciser que « *ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l’effet de la loi* ». L’avant-projet de réforme des contrats spéciaux de l’Association Capitant retient le même principe de solution, là encore sans employer le terme parfait. L’art. 1609 al. 1^{er} reproduit une partie de l’art. 1583 du code civil en énonçant que « *la propriété du bien vendu est acquise de droit à l’acheteur à l’égard du vendeur, dès la conclusion du contrat, quoique le bien n’ait pas encore été délivré ni le prix payé* »⁴²⁹. Quant à la question du transfert des risques, qui pouvait extensivement être considérée comme le moment véritable de perfection de la vente⁴³⁰, elle est là encore réglée sans référence à la perfection. L’art. 1196 al. 3 précise que, sauf exceptions légales, « *le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose* ». Même si le législateur avait semblé faire de la perfection un marqueur du moment de transfert des risques, cet usage du terme a donc été abandonné. Les articles 1585 et 1586, qui continuent d’entretenir le doute, devraient d’ailleurs faire l’objet d’une reformulation évinçant toute référence à la question du transfert de risques. Pour l’heure l’art. 1585 énonce que « *lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n’est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu’à ce qu’elles soient pesées, comptées ou mesurées...* ». Il suggère donc un lien entre perfection du contrat et moment du transfert des risques. Néanmoins l’avant-projet de réforme des contrats spéciaux prévoit de traiter seulement de la question du transfert de propriété des choses fongibles ou vendues au poids, au compte ou à la mesure, en précisant que le transfert de propriété a lieu par leur individualisation⁴³¹. L’assimilation entre perfection et transfert des risques ne devrait donc plus exister à l’avenir. En définitive le législateur semble avoir exclu toute assimilation entre la perfection du contrat de vente et le transfert de propriété ou le transfert des risques.

134. À la réalisation de l’opération *solo consensu* – Il se peut toutefois que les rédacteurs du Code civil, en visant le transfert de propriété opéré par le contrat, aient entendu viser plus largement l’ensemble des effets produits par l’acte. Il est en effet important de replacer cette disposition dans son contexte et de rappeler que les rédacteurs du Code civil considéraient le transfert de la propriété comme la finalité du contrat de vente. On pourrait donc imaginer que le terme parfait ait servi à exprimer le moment et les conditions auxquelles se réalise la finalité de tout acte juridique. Une formule de Portalis, qui était chargé

⁴²⁹ Cette disposition présente le mérite de distinguer clairement la question de la formation de la vente, qui obéit au principe du consensualisme, et la question du moment auquel le transfert de propriété intervient par principe. En cela elle est un progrès par rapport à l’actuel art. 1583 c. civ. qui mélange ces deux questions.

⁴³⁰ À propos de la vente au poids, Portalis notait ainsi que « De la nécessité de s’accorder sur une chose déterminée, il suit que, lorsque les marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n’en est point parfaite en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu’à ce qu’elles soient pesées, comptées ou mesurées » (FENET (A.), *op. cit.*, t. 14, p. 113).

⁴³¹ Art. 1610 de l’avant-projet de réforme des contrats spéciaux de l’Assoc. H. Capitant.

de présenter les articles sur la vente au corps législatif lors des travaux préparatoires à la rédaction du Code civil, accrédite cette idée. Il précisait en effet que « *la règle que la vente est parfaite, bien que la chose vendue ne soit point encore livrée et que le prix n'ait point encore été payé, ne s'applique qu'aux ventes pures et simples, et non aux ventes conditionnelles ou subordonnées à quelque événement particulier* »⁴³². Autrement dit, la vente parfaite ne désignerait pas le contrat qui s'est formé, mais plutôt le contrat pur et simple, c'est-à-dire celui qui réalise sa finalité sans que celle-ci ne soit conditionnée par un événement. Reste alors, pour définir convenablement la perfection de l'acte juridique, à se départir de la vision trop réductrice qu'avaient les rédacteurs du Code civil de la finalité du contrat de vente. On aurait tort en effet de réduire l'efficacité caractéristique de la vente à un transfert de propriété. Ce serait se focaliser sur l'effet attendu par l'acquéreur bien plus que sur l'effet recherché par le vendeur. Surtout, il ne faut pas oublier que le tout premier article sur la vente, l'art. 1582 du code civil, énonce que « *la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer* ». Entendue comme une opération juridique, la vente se caractérise donc par l'association de trois effets : à la fois la naissance d'obligations réciproques que sont la délivrance et le paiement, et le transfert de propriété. C'est ce que met en avant l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux, puisque l'art. 1582 al. 1^{er} de cet avant-projet énonce que « *la vente est le contrat par lequel, en contrepartie d'un prix, le vendeur cède, au profit de l'acheteur, la propriété d'un bien corporel ou incorporel* »⁴³³. Le transfert de propriété cesse donc d'être l'effet essentiel de ce contrat, l'accent étant mis sur l'opération de vente prise dans sa globalité. La vente parfaite serait celle qui se réalise par la naissance des obligations dont la réciprocité est caractéristique de ce contrat – l'obligation de transférer la propriété et l'obligation de payer. En somme la perfection de l'acte correspondrait au moment de réalisation de l'opération juridique convenue. Bien que les rédacteurs du Code civil aient artificiellement réduit la finalité de la vente à un transfert de propriété, ils auraient incidemment prévu un principe de concomitance entre la formation du contrat de vente, par l'accord des parties sur la chose et le prix, et la réalisation de ses effets. Plus largement, et par principe là encore, le contrat serait parfait dès sa formation, n'attendant pas une quelconque formalité ou condition pour réaliser l'opération recherchée par son auteur.

135. La possibilité théorique de l'imperfection – Cet emploi positif du terme parfait, renvoyant à la réalisation de l'opération juridique, trouve pleinement confirmation dans la possibilité de son revers. La distinction faite par Portalis, entre la vente « *pure et simple* » et la vente « *subordonnée à quelque événement particulier* », illustre d'ailleurs parfaitement cette imperfection potentielle de l'acte. Une condition pourrait en effet reporter la réalisation de l'opération juridique sans menacer la formation définitive de l'acte. La perfection désignerait alors non pas le moment de formation du contrat de vente

⁴³² FENET (A.), *op. cit.*, t. 14, p. 113.

⁴³³ C'est ce qu'explique le commentaire de l'avant-projet. Il y est précisé qu'« avec la définition proposée, la Commission a souhaité mettre l'accent sur les éléments caractéristiques de la vente : un transfert de propriété en contrepartie d'un prix » (Avant-projet de réforme commenté, Assoc. H. Capitant, p. 11).

mais plutôt le moment de réalisation de la vente. Il est d'ailleurs fréquemment employé en jurisprudence, la Cour de cassation retenant souvent que la vente est devenue parfaite au jour d'accomplissement de la condition suspensive⁴³⁴ et à l'inverse, qu'elle est demeurée « imparfaite » au jour de sa défaillance⁴³⁵. Cette dissociation implicite entre la formation et la perfection trouve confirmation dans l'affirmation désormais récurrente que la condition suspensive ne participe pas de la formation du contrat⁴³⁶. Nous approfondirons cette question ultérieurement lorsqu'il sera temps d'étudier les hypothèses de discordance entre la formation et la perfection des actes que nous avons qualifiés de « prospectifs » ; catégorie à laquelle appartient la vente conditionnelle⁴³⁷. Pour l'heure il convient simplement de remarquer que la distinction entre la vente conditionnelle d'une part et la vente pure et simple d'autre part, fournit un premier indice d'assimilation de la perfection au moment de réalisation de l'opération juridique. Mais cela ne concerne pas que l'opération de vente.

136. Un sens pouvant dériver des dispositions sur les contrats spéciaux – Nous l'avons déjà remarqué, le terme parfait apparaît fréquemment dans les dispositions du Code civil consacrées aux contrats spéciaux. Par exemple, lorsque l'art. 1919 du code civil énonce que le dépôt « *n'est parfait que par la remise réelle ou fictive de la chose déposée* ». Selon une analyse classique, le terme parfait permet de marquer le caractère essentiel de certains éléments pour leur formation définitive, par une extrapolation du sens déjà employé par l'art. 1583 du code civil pour décrire le mode de formation du contrat de vente. Mais comme pour ce contrat, le terme parfait pourrait être un moyen de faire un lien entre la formation de l'acte et ses effets. En ce sens, des auteurs notent que le mot parfait peut ici désigner « soit la conclusion du contrat – le contrat est définitivement conclu parce que sont remplies toutes les conditions nécessaires à sa formation –, soit ses conséquences – le contrat conclu produit la plénitude de ses effets »⁴³⁸. Rien ne s'oppose donc à ce que la perfection renvoie au moment d'efficacité de l'acte, laquelle se trouve être concomitante à sa formation définitive. On comprend que c'est par la remise du bien déposé que le contrat révèle son utilité, la garde de la chose étant confiée au dépositaire à cet instant précis et ce dernier pouvant dès lors exiger le paiement d'un prix. L'opération de dépôt se réalise donc concomitamment à la formation de l'acte ; pour autant elle désigne le moment d'efficacité de l'acte et non sa simple constitution.

⁴³⁴ V. par ex. : Civ. 3^{ème} 21 novembre 2012, n° 11-23.382, *Bull. Civ. III*, n° 173 : « la cour d'appel, en l'absence d'une date fixée pour la réalisation des conditions suspensives, a retenu à bon droit que la vente intervenue le 29 octobre 2001 était parfaite dès la réalisation de ces conditions » – Civ. 3^{ème} 25 octobre 2006, n° 05-15.393, *Bull. Civ. III*, n° 210 : « la vente par M. X... à la SCI était parfaite du fait de la levée de la condition suspensive et de l'accord des parties sur la chose et sur le prix ».

⁴³⁵ Soc. 25 novembre 1971, n° 70-40.002, *Bull. civ. V*, n° 688 : « le contrat conclu entre lui et la société de chasse était nécessairement affecté de la condition suspensive de l'agrément du salarié en qualité de garde particulier par l'autorité administrative, sans lequel la convention demeurait imparfaite ».

⁴³⁶ M. Latina en a fait la démonstration en distinguant « le lien de droit que constitue le contrat et le lien d'obligation qu'il peut éventuellement engendrer », LATINA (M.), th. préc., §26.

⁴³⁷ V. *infra*, Deuxième partie.

⁴³⁸ MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, p. 532, note n° 6.

137. Un sens connu du Code de procédure civile – Enfin, et bien que nous ayons exclu les actes de procédure de notre étude⁴³⁹, il convient de remarquer que le code de procédure civile emploie lui aussi le terme parfait comme synonyme de l'efficacité. À propos de l'acte de désistement d'instance, l'art. 395 du code de procédure civile énonce que « *le désistement n'est parfait que par l'acceptation du défendeur...* » et l'art. 396 précise que « *le juge déclare le désistement parfait si la non-acceptation du défendeur ne se fonde sur aucun motif légitime* ». À première vue c'est la formation définitive de l'acte qui se trouve ici visé. Pourtant, une approche pragmatique de ces textes démontre qu'il est question de l'efficacité de l'acte⁴⁴⁰. Ce qui importe en effet n'est pas de savoir à quel moment le désistement pourra être considéré comme définitivement formé, mais plutôt de savoir à quel moment le désistement pourra être considéré comme réalisé et donc efficace. En précisant le moment auquel l'acte de désistement est parfait, ces textes semblent donc régler le moment de son efficacité. L'étude de la jurisprudence confirme cette assimilation de la perfection à l'efficacité puisque la Cour de cassation juge que le lien d'instance perdure jusqu'à la perfection du désistement⁴⁴¹. La perfection de l'acte correspond donc au moment où il produit son effet extinctif, c'est-à-dire le moment où se produit le désistement. En l'occurrence la perfection de l'acte intervient dès l'acceptation par le défendeur ou à défaut, dès la déclaration du juge.

138. Conclusion de la section 2 – Tout acte juridique se formant en vue d'une opération juridique, il ne devient parfait que par la réalisation de cette dernière. Pour ce faire, il doit produire des effets de droit. Quelle que soit leur substance, ces derniers correspondent à la modification d'une situation juridique et donc de droits subjectifs, qu'il peut être question de créer, de modifier, d'éteindre ou de transmettre. Leur identité peut varier, mais elle dépend simplement de l'identité de l'opération juridique que l'acte a en toute hypothèse pour fonction de réaliser. Cette efficacité suffit à l'acte pour se parfaire : l'ensemble des procédés destinés à assurer leur effectivité ou leur opposabilité sont indifférents à la perfection de l'acte, ce dernier ayant déjà modifié l'ordonnancement juridique. L'examen de dispositions emblématiques du Code civil, et l'étude du contexte de leur élaboration, a par ailleurs permis de donner une assise légale à cette définition. Ayant initialement permis de mettre l'accent sur les modalités de réalisation du transfert de propriété dans le contrat de vente, le terme parfait employé par l'art. 1583 du code civil peut selon nous faire l'objet d'une double extrapolation. Il permet ainsi de saisir le moment et les conditions de réalisation des opérations juridiques les plus diverses, celles-ci devant être prises dans leur globalité.

⁴³⁹ Sur la justification de cette exclusion, v. *supra*, n° 28.

⁴⁴⁰ CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 11^{ème} éd. 2020, §679 ; CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), MAYER (L.), GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, Précis Dalloz, 36^{ème} éd. 2022, §501 ; HÉRON (J.), LE BARS (Th.), SALHI (K.), *Droit judiciaire privé*, LGDJ, Lextenso, 7^{ème} éd. 2019, §1207 ; COUCHEZ (G.), LAGARDE (X.), *Procédure civile*, Sirey, 17^{ème} éd. 2014, §389 ; PÉTEL-TEYSSIE (I.), « Incidents relatifs au cours de l'instance », *Droit et pratique de la procédure civile*, dir. S. Guinchard, Dalloz Action, 2017-2018, 9^{ème} éd., Chap. 352, n° 352.284.

⁴⁴¹ Civ. 2^{ème} 12 juin 1976, n° 74-15.182, *Bull. Civ. II*, n° 194.

139. Conclusion du Chapitre 1 – Si la perfection a longtemps été un synonyme de la formation définitive de l'acte, cet emploi du terme ne paraît plus unanime. D'une part, la formation de l'acte juridique renvoie à une réalité bien définie, le terme étant employé dans le Code civil pour désigner la constitution de l'acte dans l'ordre juridique. D'autre part, les textes plus récents, notamment ceux qui sont issus du Code de la consommation, suggèrent un rapprochement entre la perfection et la problématique de l'efficacité des actes. La perfection pourrait donc disposer d'un sens autonome par rapport à la formation, ouvrant la voie à une distinction des notions. Ce sens autonome nous paraît résider dans la réalisation de l'opération juridique par l'acte. L'étymologie du terme parfait suggère en effet que la chose parfaite est parfaite en son genre. L'acte étant un instrument en vue d'une finalité, plus précisément une opération juridique, on peut dire qu'il est parfait lorsqu'il réalise cette opération. Par ailleurs, peu importe que ces effets soient *effectivement* observés. Ce qui importe pour la perfection de l'acte, c'est que l'auteur ait la possibilité de les faire observer. L'acte juridique parfait est donc tout simplement l'acte *efficace*, qui a réalisé sa finalité. D'où on voit que si la synonymie entre formation définitive et perfection a longtemps perduré, c'est parce que l'acte réalise *généralement* sa finalité dès l'achèvement du processus de formation. Si les notions de formation et de perfection ne sont pas identiques, elles interviennent donc au même moment. Mais c'est déjà empiéter sur la démonstration de l'existence d'une coïncidence entre la formation définitive de l'acte juridique et la réalisation de sa finalité, en somme de sa perfection.

CHAPITRE 2

La coïncidence des moments

140. Coïncidence entre formation et perfection – Rétrospectivement, il apparaît que si l'acte juridique est souvent qualifié de « parfait », c'est pour traduire l'existence d'une simple concomitance entre le moment de sa formation et le moment auquel l'opération juridique constituant sa finalité se réalise. Étant désormais admis que la formation correspond à la réunion des conditions imposées par l'ordre juridique pour l'existence de l'acte et que la perfection correspond à la réalisation de l'opération juridique, il convient en effet de remarquer qu'il existe une *coïncidence* entre ces deux moments. On a déjà pu la pressentir pour le contrat de vente : l'accord des parties suffit à faire naître les obligations nécessaires à la réalisation de cette opération, les obligations de délivrer et de payer. Dès leur accord sur la chose et le prix, l'opération de vente se réalise donc. En dehors de ce cas particulier, qu'il nous faut dépasser, les auteurs tiennent le principe de concomitance pour acquis, à l'instar de M^{me} Mayer qui estime que la formation de l'acte implique son efficacité immédiate. Elle note ainsi que, « dès que l'acte rassemble tous les éléments constitutifs de l'acte juridique envisagé, l'effet juridique qui lui est attaché par la loi est déclenché. On dit qu'il est formé ». À l'inverse, « tant qu'il ne réunit pas ses éléments constitutifs, l'acte ne parvient pas au stade de la formation de l'acte juridique, et aucun effet juridique n'est déclenché »⁴⁴². Pour expliquer cette coïncidence, on peut prendre appui sur la *Théorie des actes de langage* établie par Austin, qui établit que certains actes de langage ont pour propriété particulière de « faire » en même temps qu'ils « sont »⁴⁴³. C'est ce qu'il nomme les « performatifs ». On pourra constater que les principes de solution élaborés par Austin pour expliquer cette efficacité du langage se retrouvent dans la théorie générale de l'acte juridique.

141. Plan – Il convient ainsi de remarquer que l'acte juridique constitue un véritable performatif (Section 1), ce qui explique pourquoi il réalise sa finalité immédiatement, dès l'instant de sa formation définitive (Section 2),

⁴⁴² MAYER (L.), th. préc., §312.

⁴⁴³ AUSTIN (J.-L.), *How to do things with words*, Coll. Essais, Seuil, Paris, 1991.

Section 1

Le caractère performatif de l'acte juridique

142. L'effet performatif attaché à la formation de l'acte – Tout acte juridique repose sur la parole ou le comportement de son auteur⁴⁴⁴. Les actes juridiques sont donc susceptibles d'obéir aux mêmes principes que les actes du langage et en particulier que les actes performatifs. Ces derniers ont en effet pour spécificité de réaliser quelque chose par le seul fait de leur énonciation, car « ils disent ce qu'ils font et le font en le disant »⁴⁴⁵. Si les juristes privatistes sont évidemment peu accoutumés à un tel rapprochement entre la théorie générale de l'acte juridique et la *Théorie des actes de langage*, l'étude de cette dernière permet de constater que les principes de solution identifiés par Austin sur le fonctionnement des actes performatifs peuvent tout à fait être étendus à l'acte juridique. (§1). Ce constat doit nous permettre de formuler un véritable principe d'implication entre la formation et la perfection, la première étant à la fois nécessaire et suffisante à la seconde (§2).

§1 - LE PERFORMATIF SAISI PAR LA THÉORIE GÉNÉRALE DES ACTES JURIDIQUES

143. Les actes juridiques semblent obéir au même mode opératoire que les actes performatifs. On ne peut toutefois se contenter d'une simple intuition quant aux apports potentiels de la *Théorie des actes de langage* à la théorie générale de l'acte juridique. Il convient donc d'exposer cette théorie (A) avant de relever ses apports éventuels à la théorie générale de l'acte juridique (B).

A - Exposé de la Théorie des actes de langage

144. La *Théorie des actes de langage* n'est pas facile à appréhender. Il convient donc tout d'abord de la présenter brièvement (1), avant de faire ressortir ses aspects proprement juridiques (2).

1 - Présentation de la théorie

145. Le langage comme action – Si le performatif est une notion qui a été inventée par Austin, des travaux antérieurs avaient déjà perçu, sous d'autres termes, la performativité du langage. Il nous paraît donc nécessaire de dire quelques mots de ces travaux, en particulier ceux de Reinach et de Wittgenstein, qui, les premiers, ont posé clairement la question de l'efficacité de la parole.

⁴⁴⁴ JESTAZ (Ph.), « Une révolution inaperçue, ... », art. préc.

⁴⁴⁵ SÉRIAUX (A.), LARDEUX (G.), *op. cit.*, §9.

146. Reinach et la promesse – Philosophe, phénoménologue et théoricien du droit allemand, Adolf Reinach fût l'un des premiers à démontrer l'existence d'actes sociaux dont la fonction n'est pas de communiquer une intention à autrui, mais de réaliser quelque chose⁴⁴⁶. Dans son ouvrage *Fondements a priori du droit civil* publié en 1913⁴⁴⁷, l'auteur décrit très clairement l'efficacité attachée à de tels actes. « On a ici affaire à des actes sociaux qui, à la différence de la communication, visent essentiellement une activité correspondante, ou plus précisément une réponse, que cette activité soit ou non réalisée. Chaque ordre ou chaque requête vise un comportement qui est prescrit par l'acte. Seule la réalisation de ce comportement clôt définitivement le cercle qui est ouvert par l'acte social »⁴⁴⁸. Sur ce point les constats de l'auteur sont, comme nous le verrons ensuite, très nettement similaires à ceux d'Austin. À la différence de ce dernier, Reinach estime cependant que l'efficacité des actes sociaux peut s'expliquer par des fondements *a priori* du droit civil. Selon lui la promesse en ferait partie. Elle serait un acte auquel il est naturellement donné effet sans que l'on ne puisse fournir d'explication à cette performance, si ce n'est dans un fondement *a priori*⁴⁴⁹. La véritable spécificité du travail de Reinach réside dans cette appartenance de la promesse aux fondements *a priori* du droit civil. Mais c'est aussi ce qui constitue son principal écueil : cela n'explique pas comment les actes sont dotés d'une efficacité en dehors du cas particulier de la promesse. Austin s'est précisément intéressé à ce fondement, sans toutefois poser le postulat d'un quelconque fondement *a priori*.

147. Wittgenstein et les circonstances – Plus proche d'Austin, c'est à Ludwig Wittgenstein que l'on doit l'approfondissement des conditions d'efficacité du langage. Dans son ouvrage *Investigations philosophiques* publié à titre posthume en 1953⁴⁵⁰, le philosophe austro-hongrois développe une philosophie « du langage ordinaire ». Cette philosophie prend pour objet d'étude le langage et a pour ambition de démontrer que la signification des mots qui sont employés pour décrire la réalité ou formuler une pensée ont nécessairement une incidence sur la résolution des questions traitées. Elle entend mettre en lumière les incidences du langage sur la compréhension des grandes questions philosophiques, tantôt pour clarifier les idées et concepts, tantôt pour dénoncer les erreurs de raisonnement induites par le langage. L'apport décisif de sa théorie des « jeux de langage » est de mettre l'accent sur les circonstances qui conditionnent l'efficacité du langage. La différence avec Reinach est marquée par le fait que celles-

⁴⁴⁶ Pour être complet, il convient de signaler que cette propriété performative de la promesse avait déjà été isolée par Hume au XVIII^e siècle (HUME (D.), *Traité de la nature humaine, La morale*, trad. P. Saltel, GF-Flammarion, 1993). Néanmoins le philosophe écossais n'était pas parvenu à percer les raisons de cette efficacité du langage, s'attachant davantage à l'intention et à la formule employée par le locuteur. Sur cette question, v. : BRUNET (F.), *La normativité en droit*, Mare et Martin, Bibl. de thèses, 2011, p. 122-123.

⁴⁴⁷ REINACH (A.), *Les fondements a priori du droit civil*, 1913, Vrin, 2004.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, §161.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, §166/167 : « Qu'une déclaration de volonté puisse produire la moindre obligation, c'est naturellement incompréhensible. Mais nous avons trouvé dans la promesse un acte d'un type particulier et nous affirmons qu'il est dans l'essence même de cet acte de produire des prétentions et des obligations ».

⁴⁵⁰ WITTGENSTEIN (L.), *Investigations philosophiques*, 1953, Gallimard, rééd. 1986.

ci ne lui semblent pas résider dans des sources préétablies, dans une structure logique unique qui soutient le langage⁴⁵¹. Il remarque que la signification du langage est susceptible de connaître des variations lorsqu'il est question non plus simplement de montrer des choses, mais de réaliser des actions ; ces variations étant dues à l'insertion du langage dans un contexte social donné. L'auteur est d'ailleurs reconnu aujourd'hui pour ses apports importants à la philosophie analytique, qu'Austin a contribué à approfondir en inventant la notion de performatif.

148. Austin et le performatif – En parvenant à démontrer que le langage ne doit pas être assimilé à un ensemble de procédés ayant une fonction purement descriptive, John L. Austin s'inscrit dans la lignée du « second Wittgenstein ». Dans la série de douze conférences qu'il prononce à l'Université de Harvard en 1955, qui seront ensuite publiées sous l'intitulé *How to do Things with Words*, il remarque que certains actes de langage ne se contentent pas de décrire ou de constater un état de chose, mais produisent un résultat par le simple fait de leur énonciation. Il oppose ainsi les actes simplement « constatifs » et les actes « performatifs ». Comme l'explique le philosophe pour illustrer son propos, la formule « *cette fenêtre est verte* » est une énonciation constatative, car elle sert à décrire une réalité sans apporter de modification à celle-ci. À l'inverse, la formule « *je vous déclare mari et femme* » prononcée par l'Officier d'état civil lors de la célébration du mariage est une énonciation performative. Il ne fait aucun doute que cette énonciation change la situation des deux personnes présentes en faisant des époux ; état qui n'était pas le leur avant le prononcé de ces paroles. Surtout, cette énonciation ne peut pas être analysée selon des critères classiques de vérité. Contrairement à la formule précédente, on ne peut pas dire qu'elle soit « vraie » ou « fausse ». En revanche, il est possible de dire si cette formule a « échoué » ou « réussi », autrement dit, si elle a produit l'effet escompté⁴⁵². Certains actes de langage ont donc pour fonction de modifier l'état des choses par le simple fait de leur énonciation, ce sont des performatifs.

149. La distinction de l'illocutoire et du perlocutoire – Si cette distinction entre le constatif et le performatif était particulièrement éclairante, Austin a toutefois délaissé cette distinction initiale dans le dernier état de ses recherches. Dès la fin de la septième conférence, il s'interroge : « en quel sens dire une chose, est-ce la faire ? en quel sens faisons-nous quelque chose en disant quelque chose ? »⁴⁵³. Il décide de repartir de zéro pour tenter de cerner « ce que faire veut dire ». Il lui apparaît alors que le simple fait de parler est une action : c'est ce qu'il nomme le *locutoire*, qui désigne un ensemble « de sons, de mots entrant dans une construction, et douée d'une signification »⁴⁵⁴. Partant, il cherche à

⁴⁵¹ Du moins est-ce l'approche qu'il retient dans le dernier état de ses recherches. Sa pensée a en effet fortement évolué par rapport à son premier ouvrage : *Tractatus logico-philosophicus*, 1921, Coll. Tel, Gallimard, rééd. 2001.

⁴⁵² *HTW*, Première conférence, n° 6 : « il semble clair qu'énoncer la phrase (dans les circonstances appropriées, évidemment), ce n'est ni *décrire* ce qu'il faut bien reconnaître que je suis en train de faire en parlant ainsi, ni affirmer ce que je fais : c'est le faire. Aucune des énonciations citées n'est vraie ou fausse : j'affirme la chose comme allant de soi et ne la discute pas ».

⁴⁵³ *HTW*, Septième conférence, n° 91.

⁴⁵⁴ *HTW*, Huitième conférence, n° 94.

distinguer les actes locutoires qui produisent un résultat et ceux qui ne font qu'opérer un constat. Il remarque que les actes qu'il a qualifiés de performatifs sont plus précisément des actes dotés d'une valeur ou force *illocutoire*⁴⁵⁵. Un même acte locutoire peut donc avoir différentes valeurs illocutoires puisqu'il peut tout aussi bien signifier un ordre, une recommandation ou un conseil selon le contexte de l'énonciation. Enfin, l'auteur remarque que l'illocutoire engendre un produit, des suites : c'est ce qu'il nomme le *perlocutoire*. Il remarque que les suites perlocutoires peuvent être multiples, mais qu'elles n'enlèvent jamais sa valeur illocutoire à l'acte. Par exemple, un ordre reste un ordre même s'il n'est pas suivi. Austin parvient donc à une approche plus subtile de la performativité, qui s'incarne davantage dans l'idée de valeur que dans l'idée de la réalisation d'une action. La conséquence principale est qu'un acte constatif peut être doté d'une certaine valeur (il est donc performatif) : on pense par exemple au constat d'huissier, dont la valeur de constat change sans aucun doute l'état des choses. L'efficacité de l'acte de langage se mesure donc à l'aune de sa force illocutoire. La *Théorie des actes de langage* basée sur ces découvertes connaîtra un grand succès que l'on peut mesurer par la diversité des écrits qui lui ont été consacrés pour la préciser, la développer, voire identifier de nouveaux champs pertinents pour son application⁴⁵⁶. À l'issue de cette brève présentation⁴⁵⁶, on peut mettre en évidence ses aspects proprement juridiques.

2 - Aspects juridiques de la théorie

150. Liens avec le droit – La *Théorie des actes de langage* dispose de nombreux points d'entrée vers le droit. Austin a en effet construit sa théorie à partir d'exemples qui sont pour la plupart juridiques⁴⁵⁷. Parmi les énoncés qu'il qualifie de performatifs, on retrouve notamment la formule « *la séance est ouverte* » prononcée par un président de séance ou encore « *je vous déclare mari et femme* » prononcée par l'officier d'état civil pour sceller le mariage. Il se réfère également aux « juristes » et aux « hommes de loi », ce qui montre bien l'ancrage juridique de son propos⁴⁵⁸. D'ailleurs, des personnalités du monde

⁴⁵⁵ Le terme « force » doit être préféré car c'est celui employé par Austin, le terme « valeur » ayant simplement été choisi par l'éditeur lors de la traduction de l'anglais vers le français.

⁴⁵⁶ V. not. : SEARLE (R.), *Les actes de langage*, trad. H. Pauchard, Hermann, 1972 et *Sens et expression*, trad. J. Proust, Ed. de Minuit, 1982 ; RÉCANATI (F.), *Les énoncés performatifs*, Ed. de Minuit, Coll. Propositions, 1981 ; BOURDIEU (P.), *Ce que parler veut dire, L'économie des échanges linguistiques*, Fayard, 1982 ; DUCROT (O.), *Dire et ne pas dire*, Hermann, 1998.

⁴⁵⁷ En ce sens : MacCORMICK (N.), BANKOWSKI (Z.), « La théorie des actes de langage et la théorie des actes juridiques », *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, dir. P. Amselek, PUF, 1986, p. 195. Certains contemporains d'Austin lui ont d'ailleurs reproché d'avoir pris essentiellement des actes juridiques pour exemple et d'avoir généralisé la propriété performative de ces derniers à l'ensemble des actes de discours, quand il s'agirait en réalité d'une spécificité juridique. C'est en ce sens qu'une distinction a ensuite été proposée entre les actes institutionnels et les actes communicationnels, les actes juridiques appartenant à la première catégorie : SÉRIAUX (A.), *Le droit comme langage, op. cit.*, §27 ; RÉCANATI (F.), « La pensée d'Austin et son originalité par rapport à la philosophie analytique antérieure », *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, dir. P. Amselek, PUF, 1986, p. 33 ; AMSELEK (P.), « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », *Théorie des actes de langage, éthique et droit, op. cit.*, p. 109.

⁴⁵⁸ Par ex. : HTW, Première conférence, n° 4 et 7.

juridique ont été associées à l'élaboration de la théorie des actes de langage, notamment Hart qui participa à un séminaire lui étant dédié peu après la Seconde Guerre mondiale⁴⁵⁹. On trouve trace de son influence, car Austin emprunte certaines de ses remarques⁴⁶⁰. Certains auteurs considèrent surtout qu'« historiquement, la théorie des actes de langage d'Austin a dû en partie son épanouissement à la réflexion sur la nature des actes juridiques »⁴⁶¹. Pourtant, si la théorie d'Austin s'est construite à partir d'exemples juridiques, le constat opéré quant au caractère performatif de certains discours ne semble pas avoir concrètement influencé la construction de la théorie générale de l'acte juridique⁴⁶². Cette théorie a néanmoins intéressé les théoriciens du droit, notamment Eisenmann qui s'est explicitement appuyé sur les travaux d'Austin pour élaborer une théorie complète de l'acte administratif⁴⁶³. Par la suite, M. Amselek a entrepris de faire progresser la définition de l'acte juridique en reprenant et en approfondissant ses travaux⁴⁶⁴. On lui doit d'ailleurs la seule véritable tentative de transposition de la théorie de l'acte de langage à la théorie générale de l'acte juridique⁴⁶⁵. Enfin, il convient de noter que, face aux écueils qui subsistent dans la définition de l'acte juridique, un certain nombre de travaux récemment dédiés à l'acte juridique se sont appuyés sur la *Théorie des actes de langage* avec des intensités variables⁴⁶⁶. C'est un effort qu'il convient de poursuivre.

151. Parallèle entre la valeur illocutoire et l'opération juridique – Dès sa première conférence, Austin insiste sur le fait que tout acte de langage se voit assigner une fin qu'il doit réaliser. Pour exprimer cette idée, le philosophe hésite toutefois entre deux termes. S'il juge le terme « *perform* » adéquat parce qu'il « indique que produire l'énonciation est exécuter une action »⁴⁶⁷, il hésite néanmoins avec un autre terme, comme en témoigne le passage suivant. « Parmi les termes techniques, il y en a un qui, peut-être, se rapprocherait le plus de ce que nous cherchons. Il s'agit du mot (anglais) *operative*, tel qu'il est employé (au sens strict) par les hommes de loi, lorsqu'ils veulent se référer à la partie (*i.e.* aux clauses)

⁴⁵⁹ Hart avait remarqué que certaines expressions ne se bornaient pas à opérer une description. C'est l'idée qu'il développe dans un article daté de 1949 intitulé « *The Ascription of Responsibility and Right* ». Sur cette question, v. : GRZEGORCZYK (C.), « L'impact de la théorie des actes de langage dans le monde juridique : essai de bilan », *Théorie des actes de langage, éthique et droit, op. cit.*, spéc. p. 181.

⁴⁶⁰ HTW, Première conférence, p. 42.

⁴⁶¹ MacCORMICK (N.), BANKOWSKI (Z.), « La théorie des actes de langage et la théorie des actes juridiques », art. précité.

⁴⁶² LAUGIER (S.), « Performativité, normativité et droit », *Archives de Philosophie*, 67, 2004. V. égal. dans une perspective non exclusivement juridique : FRAENKEL (B.), « Actes écrits, actes oraux : la performativité à l'épreuve de l'écriture », *Études de communication* 29, 2006 ; GRZEGORCZYK (C.), « L'impact de la théorie des actes de langage dans le monde juridique : essai de bilan », art. préc., spéc. p. 166.

⁴⁶³ EISENMANN (Ch.), *Cours de droit administratif*, t. II, Coll. Anthologie du droit, LGDJ, Lextenso, 2014.

⁴⁶⁴ AMSELEK (P.), « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », *APD*, t. 32, p. 305 (égal. in : *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, PUAM 1986).

⁴⁶⁵ AMSELEK (P.), *Cheminements philosophiques*, préc., p. 246 et s. À la différence de cet auteur, nous exploiterons cette théorie dans le seul but d'éclairer les conditions d'efficacité *juridique* de l'acte, en tant qu'il doit réaliser une opération juridique, et non les conditions d'une efficacité *pragmatique* (sur cette différence, exposée par l'auteur : v. ouvrage préc., p. 336 et s.)

⁴⁶⁶ V. not. : MAYER (L.), th. préc., §138 et s. ; STOFFEL (J.-N.), th. préc., §75 et s. ; GOUJON-BETHAN (Th.), *L'homologation par le juge, Essai sur une fonction juridictionnelle*, Bibl. de dr. privé, t. 611, 2021, §60.

⁴⁶⁷ AUSTIN (J.L.), HTW, Première Conférence, n° 7, p. 42.

d'un acte juridique qui sert à effectuer la transaction elle-même (: son but principal) – un transfert de biens, ou que sais-je ? – le reste du document ne faisant que débiter les circonstances dans lesquelles la transaction devra s'effectuer »⁴⁶⁸. Si l'approche retenue nous semble un peu réductrice, parce qu'elle opère une division du contenu de l'acte et une focalisation déjà dénoncée sur le transfert de propriété, elle suggère toutefois un parallèle avec la notion d'opération juridique. En visant le « but principal » de l'acte (*operative*), Austin identifie bien la nature opératoire de l'acte de langage, affecté à la réalisation d'une action. Dans sa douzième et ultime conférence, le philosophe anglais parvient d'ailleurs à identifier cinq classes d'actes : les *verdictifs*, les *exercitifs*, les *promissifs*, les *comportatifs* et les *expositifs*⁴⁶⁹. Selon Austin, ces actes se distinguent par leur valeur illocutoire, cette valeur étant directement fonction de la modification apportée à l'état des choses. On retrouve donc la définition que nous avons retenue de la réalisation de l'opération juridique, laquelle passe par une modification d'une situation juridique. De même que l'acte juridique est indissociable de l'opération juridique qu'il a vocation à réaliser et qui lui donne sa portée (déclarative, constitutive, translatrice, etc.)⁴⁷⁰, l'acte de langage est indissociable de sa valeur. Qui plus est, Austin remarque qu'il existe des points de contact et même des recoupements entre les catégories⁴⁷¹. Le constat est le même en matière juridique : l'opération juridique permet d'englober un ensemble d'effets de droit. Dans la théorie générale de l'acte juridique, la notion d'opération juridique joue donc un rôle semblable à celui que joue la valeur illocutoire dans la *Théorie des actes de langage*. Elle indique ce que l'acte doit faire.

152. Ces premiers liens existant entre les travaux d'Austin et la matière juridique nous incitent à les considérer comme une clé de lecture pour comprendre le mode opératoire des actes juridiques. Pour ce faire, il convient de remarquer que l'analyse normativiste de l'acte juridique, qui semble aujourd'hui dominante, n'est pas incompatible avec l'approche fondée sur la notion de performatif.

B - Rapprochements entre performatif et normatif

153. Une présentation synthétique de l'approche normativiste du droit doit nous permettre d'identifier les nombreux points de contact qui existent entre la définition normativiste de l'acte juridique d'une part, et la théorie d'Austin, d'autre part. De tels liens apparaissent en particulier avec la théorie institutionnelle des actes de langage, qui en est une relecture spécialement adaptée à l'acte juridique. Même s'il est tentant d'opposer le performatif au normatif, on pourra ainsi remarquer que les deux

⁴⁶⁸ *Ibid.*

⁴⁶⁹ AUSTIN (J.L.), *HTW*, Douzième conférence, n° 161.

⁴⁷⁰ En ce sens : SÉVELY-FOURNIÉ (C.), th. préc., §216 : « La volonté créatrice de droit ne peut être pleinement comprise en dehors de l'intention ou de sa signification. Il n'y a pas d'acte de volonté sans objet de cette volonté, l'objet est la signification de l'acte de volonté ».

⁴⁷¹ AUSTIN (J.L.), *HTW*, Douzième conférence, n° 151.

notions peuvent être rapprochées sur le plan de la formation (1), mais aussi sur le plan des effets de l'acte juridique (2), les deux aspects étant comme nous allons le voir, intimement liés.

1 - Sur le plan de la formation

154. Analyse normativiste de l'acte juridique – Face aux nombreux écueils déjà relevés à l'endroit de la définition de l'acte juridique, l'approche normativiste a bénéficié d'un succès certain. À partir des travaux de Kelsen, il a pu être démontré que si l'acte produit effet, c'est moins parce que son auteur le veut, que parce que l'ordre juridique habilite son auteur à agir⁴⁷². L'approche kelsénienne repose essentiellement sur l'idée qu'une norme ne peut intégrer l'ordre juridique qu'à la condition d'être validée par une norme supérieure. Autrement dit, il existe une norme de l'ordre juridique que l'on peut nommer « norme habilitante », qui dote l'acte pris en son sein d'une valeur normative et lui confère ainsi la capacité à produire lui-même une norme. On retient généralement que la norme habilitante réside dans l'art. 1103 du code civil, qui énonce que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* », et qui s'étend aux actes unilatéraux, puisque l'art. 1100-1 al. 2 du code civil énonce qu'ils « *obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats* »⁴⁷³. Selon nous la norme habilitante réside plutôt dans l'art. 1100-1 al. 1^{er} du code civil, qui énonce que « *les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit* ». Il nous a en effet semblé que l'expression « *destiné à produire des effets de droit* » traduisait moins la nécessité de la volonté de produire des effets de droit l'auteur que la nécessité d'une habilitation par l'ordre juridique à produire des effets de droit⁴⁷⁴. Reposant sur une habilitation, l'acte obéit donc à un principe de causalité, car une norme de l'ordre juridique lui attribue « une signification déterminée en vertu de laquelle elle lui rattache une conséquence juridique »⁴⁷⁵. C'est précisément par la réunion des conditions de formation que l'habilitation se réalise, les conditions de formation étant dictées par l'ordre juridique.

⁴⁷² Cette idée n'est pas exclusivement kelsénienne. En ce sens : CAYLA (O.), « La théorie de la signification de l'acte dans la pensée normativiste », *Droits*, 1988, n° 7, p. 59. Toutefois nous prendrons volontairement les travaux de Kelsen pour référence de l'approche normativiste et nous référerons à des travaux contemporains au besoin.

⁴⁷³ En ce sens, FRANÇOIS (C.), th. préc., §353 : « l'article 1103 du Code civil, lorsqu'il énonce que « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui le sont faits », prescrit aux parties d'observer les normes posées par leur contrat. Ce faisant, il les habilite à poser des normes juridiques : si la loi commande aux parties de respecter les contrats qu'elles concluent, c'est nécessairement qu'elle les habilite à conclure ces contrats ».

⁴⁷⁴ V. *supra*, n° 51.

⁴⁷⁵ VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, rééd. 1960, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2010, p. 92. En ce sens égal., ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1988, « Causalité » : « Un tel acte peut bien être analysé comme l'effet de certaines causes. Mais, en réalité, un acte de volonté ne pose une norme, n'a la signification d'une norme, que si cet acte réalise la condition fixée par la norme supérieure pour qu'une norme nouvelle entre en vigueur ».

155. Analyse performative de l'acte juridique – À première vue, le phénomène de l'acte de langage est rétif à son insertion dans un système de droit positif fondé sur l'idée d'habilitation. L'acte performatif semble en effet disposer d'une force intrinsèque dès lors que sa seule énonciation permet à son auteur d'accomplir une action. Son efficacité apparaît ainsi « indépendamment de toute normativité antérieure et inversement de toute création d'état de choses ou de réalité sociale »⁴⁷⁶. Il y aurait une véritable opposition entre le caractère intrinsèque de la performativité et le caractère préalable du système normativiste qui doit habiliter l'acte juridique⁴⁷⁷. Pourtant, une lecture plus attentive des travaux d'Austin permet de remarquer que si l'acte de langage est un performatif, ce n'est pas tant parce qu'il dispose d'une force intrinsèque, mais parce qu'il intervient dans des circonstances appropriées. Ainsi l'opposition entre les deux systèmes n'est pas si radicale et le performatif doit pouvoir être transposé à la théorie générale de l'acte juridique. On s'étonne que cela n'ait été le cas qu'en droit public, pour mettre en évidence le mode d'édiction des règles de droit à un niveau macro-juridique⁴⁷⁸, alors que les actes du droit privé fonctionnent de manière identique. Il faut simplement admettre que les circonstances qui donnent effet à l'acte correspondent à une norme habilitante de l'ordre juridique.

156. Du caractère performatif de l'acte de langage – L'acte de langage ne doit pas être isolé du contexte dans lequel il intervient. Austin insiste en effet sur les circonstances qui entourent tout acte de langage : l'énoncé est certes une véritable action, le différenciant en cela de la description d'une réalité préexistante, mais cette efficacité de l'acte provient de son contexte. C'est une idée que le philosophe anglais développe tout particulièrement dans la troisième conférence de *How to do things*. Il note que pour que l'acte soit une action efficace, « il doit exister une procédure, reconnue par convention, dotée par convention d'un certain effet, et comprenant l'énoncé de certains mots par certaines personnes dans de certaines circonstances »⁴⁷⁹. Si l'acte est performatif, ce n'est donc pas parce qu'il possède une force intrinsèque, mais parce qu'il est pris dans des circonstances appropriées. Dans la douzième et ultime conférence, Austin insiste donc sur la nécessité d'étudier « l'acte de discours intégral, dans la situation intégrale de discours »⁴⁸⁰. Cette importance du contexte et des conventions qui entourent l'acte a d'ailleurs donné lieu à une relecture de la théorie des actes de langage : il s'agit de la théorie des actes institutionnels⁴⁸¹. Elle permet d'insister sur le fait que l'acte de langage produit un résultat parce qu'il

⁴⁷⁶ LAUGIER (S.), « Performativité, normativité et droit », art. préc.

⁴⁷⁷ L'auteur précité note ainsi que « définir le performatif comme pratique intégrée à un cadre institutionnel fait perdre la force même de la définition austinienne », LAUGIER (S.), « Actes de langage et état de choses : Austin et Reinach », *Les études philosophiques*, 2005/1, p. 73.

⁴⁷⁸ AMSELEK (P.), *Écrits de philosophie du droit*, Ed. Panthéon-Assas, 2019, p. 421 et s.

⁴⁷⁹ AUSTIN (J.L.), *HTW*, Troisième conférence, n° 26. À vrai dire, cette idée apparaît déjà dans la deuxième conférence. Le philosophe remarque qu'« en plus de la formulation des mots, qui constituent ce que nous avons appelé le performatif, il faut généralement que nombre de choses se présentent et se déroulent correctement, pour que l'on considère que l'acte a été conduit avec bonheur », *HTW*, Deuxième conférence, n° 14.

⁴⁸⁰ AUSTIN (J.L.), *HTW*, Douzième conférence, n° 147.

⁴⁸¹ MacCORMICK (N.), WEINBERGER (O.), *Pour une théorie institutionnelle du droit, Nouvelles approches du positivisme juridique*, La pensée juridique moderne, LGDJ, 1992.

intervient dans un contexte bien spécifique⁴⁸². Cela revient à dire, comme le remarquait déjà Benveniste, qu' « un énoncé performatif n'a de réalité que s'il est authentifié comme acte. Hors des circonstances qui le rendent performatif, un tel énoncé n'est plus rien »⁴⁸³. Mais on rencontre peu d'actes dans la vie courante qui répondent aussi strictement à des conventions préétablies. De tels actes se rencontrent en réalité dans des contextes très formalisés⁴⁸⁴. L'approche institutionnelle de la théorie des actes de langage, qui insiste sur le rôle que jouent les conventions préétablies pour l'efficacité du langage, se révèle donc particulièrement adaptée à la matière juridique. Comme l'ont remarqué les auteurs à l'origine de la relecture institutionnelle des travaux d'Austin, c'est en effet « ce type d'acte de langage hautement formalisé qui constitue, en même temps, un acte juridique au sens classique »⁴⁸⁵.

157. Du caractère performatif de l'acte juridique – Étant démontré que le caractère performatif du langage provient de conventions préétablies, il se pourrait que le droit soit le domaine d'élection des performatifs. Les actes juridiques seraient performatifs, parce que pris sur la base de règles institutionnelles. La signification de l'acte de volonté, incarnée chez Kelsen dans la norme, serait en tout point identique à la valeur illocutoire de l'acte de langage dans la théorie élaborée par Austin⁴⁸⁶. On pourrait donc faire un parallèle entre les conventions préétablies nécessaires à l'efficacité du performatif et la « norme d'habilitation » qui pose des conditions « déterminant respectivement l'organe compétent pour réaliser l'acte juridique (compétences personnelles), la procédure (compétences formelles) et le contenu possible de l'acte juridique (compétence matérielle) »⁴⁸⁷. Selon les dires de M. Amselek, les actes juridiques seraient donc de véritables « actes sociaux institutionnalisés et ritualisés – formalisés – par excellence »⁴⁸⁸. À première vue il s'agit d'une dénaturation de la théorie d'Austin parce qu'elle gomme toutes les circonstances pragmatiques qui sont susceptibles de modifier la valeur d'un acte de

⁴⁸² RÉCANATI (F.), « Du positivisme logique à la philosophie du langage ordinaire : naissance de la pragmatique », Postface de *HTW*, p. 185, spéc. p. 200. En ce sens égal., SÉRIAUX (A.), *Le droit comme langage*, *op. cit.*, §36 : n'est performatif « que le langage dûment autorisé à produire l'effet qu'il énonce ».

⁴⁸³ BENVENISTE (E.), *Problèmes de linguistique générale*, t. 1, Gallimard, 1966, p. 273.

⁴⁸⁴ Comme l'explique M. Récanati, le performatif repose sur des énoncés. « Ces énoncés servent à accomplir des actes « institutionnels » (...), c'est-à-dire des actes qui n'existent que relativement à une institution humaine. Roquer aux échecs, marquer un but au football, se marier, condamner quelqu'un à trois ans de prison avec sursis, autant d'exemples d'actes institutionnels. On ne peut décrire de tels actes sans faire référence à une convention humaine, car ces actes sont fondamentalement conventionnels », RÉCANATI (F.), « La pensée d'Austin et son originalité par rapport à la philosophie analytique antérieure », art. préc., spéc. p. 25-26. Selon M. Amselek, « ces circonstances appartiennent à un « système conventionnel de références implicites » », AMSELEK (P.), « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », art. préc., spéc. p. 112.

⁴⁸⁵ MACCORMICK (N.), BANKOWSKI (Z.), « La théorie des actes de langage et la théorie des actes juridiques », art. préc., spéc. p. 205.

⁴⁸⁶ Kelsen a remarqué que tout acte d'édition de norme est à la fois un acte permettant de communiquer une pensée et un acte permettant de produire un résultat. Néanmoins, il semble que l'auteur ne désigne que ce second élément lorsqu'il évoque la « signification » de l'acte, précisément parce qu'il s'intéresse à la capacité de l'acte à produire une norme, ce qui dépend en premier lieu de l'habilitation de l'acte par une norme supérieure. Comp. : CAYLA (O.), « La théorie de la signification de l'acte dans la pensée normativiste », art. précité.

⁴⁸⁷ TUSSEAU (G.), th. préc., §563.

⁴⁸⁸ AMSELEK (P.), *Cheminements philosophiques*, préc., p. 362.

langage⁴⁸⁹. Mais il faut bien admettre que, s'agissant de donner une efficacité *juridique* au langage, les conventions préétablies ne peuvent être que de nature *juridique*. Dans ce contexte, les conventions préétablies sont donc des règles de l'ordre juridique qui se distinguent par le fait qu'« elles n'établissent pas les conditions de la réussite des performatifs juridiques en tant qu'acte de langage, mais en tant qu'actes du droit »⁴⁹⁰. Réciproquement, les règles institutionnelles étant de nature juridique, l'effet produit par l'acte est un effet de droit⁴⁹¹. En définitive, l'acte juridique se présente comme un performatif au sens très classique du terme : il « fait » en même temps qu'il « est ». Les conditions imposées par l'ordre juridique pour sa formation sont autant de circonstances qui lui permettent de produire effet.

158. Performatif et normatif ne doivent donc pas nécessairement être opposés. Cela vaut sur le plan de la formation, mais aussi sur le plan des effets.

2 - Sur le plan des effets

159. Analyse normativiste des effets – Si l'approche normativiste présente le mérite de mettre en avant la dépendance de l'acte vis-à-vis de l'ordre juridique pour sa formation, elle permet également de renouveler la conceptualisation de son efficacité. Les auteurs qui adoptent une approche normativiste proposent en effet de définir l'acte juridique comme un acte de volonté créateur d'une ou plusieurs nouvelles normes juridiques⁴⁹². Si l'acte a besoin de respecter les conditions dictées par l'ordre juridique pour se former, c'est parce qu'il a lui-même vocation à faire naître des normes juridiques. Kelsen notait en ce sens que « l'acte de volonté, dont la norme est la signification, est l'acte dont on dit, de manière imagée, que la norme est "créée" par lui ; c'est l'acte par lequel la norme est posée, l'acte posant la norme »⁴⁹³. Il voyait déjà dans la norme « l'effet juridique de la convention »⁴⁹⁴. Cette approche normativiste a permis de renouveler la définition du contrat. Dans sa *Contribution à l'étude de la notion de contrat*, Rouhette a ainsi défendu une approche purement objective du contrat, comme « acte productif de normes »⁴⁹⁵. Cette efficacité normative du contrat est désormais fréquemment exploitée⁴⁹⁶.

⁴⁸⁹ « Si l'on veut, on peut parler en ce sens précis d'un certain « régime opératoire », c'est-à-dire d'une certaine sorte de fonctionnement ou d'agissement du locuteur, qu'il ne faut pas confondre avec la soumission de ce type d'agissement à un régime normatif conventionnel, à des règles de conduites à respecter », *Ibid.*

⁴⁹⁰ GRZEGORCZYK (C.), « L'impact de la théorie des actes de langage dans le monde juridique : essai de bilan », art. préc., spéc. p. 190.

⁴⁹¹ CORNU (G.), « Réflexion finale », *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, art. préc., spéc. p. 250 : « Ce qui spécifie l'effet performatif en action dans le Droit, c'est que son effet actif est un effet de droit ».

⁴⁹² Sur ce lien entre la norme d'habilitation et le caractère normatif de l'acte juridique, v. les développements très complets de : TUSSEAU (G.), th. préc., §430 et s.

⁴⁹³ KELSEN (H.), *Théorie générale des normes*, 1979, Coll. Léviathan, PUF, rééd. 1996, chap. 1, IV, p. 3.

⁴⁹⁴ KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 33, spéc. p. 35.

⁴⁹⁵ ROUHETTE (G.), th. préc., §224.

⁴⁹⁶ V. not. : GALBOIS-LEHALLE (D.), th. préc., spéc. p. 554 ; CHARBONNEL (L.), *La hiérarchie des normes conventionnelles, Contribution à l'analyse normativiste du contrat*, Coll. de thèses, Fond. Varenne, 2012, §140.

Mais il faut voir qu'elle peut aisément être étendue à l'ensemble des actes juridiques. Cherchant à préciser l'expression trop vague de « modification de l'ordonnancement juridique » inhérente à la définition de l'acte juridique, Eisenmann a proposé de lui substituer l'expression de norme⁴⁹⁷. En toute hypothèse, l'acte juridique serait donc une manifestation de volonté produisant une norme⁴⁹⁸. Toutefois il ne faut pas confondre la norme issue de l'acte juridique et la force obligatoire qui lui est attachée, car elles ne se situent pas sur le même plan. La première révèle l'efficacité substantielle de l'acte, tandis que la deuxième ne fait que traduire son insertion dans l'ordre juridique.

160. La force obligatoire comme norme (non) – La force obligatoire est souvent décrite comme un devoir-être, c'est-à-dire comme une norme. Cette assimilation existait déjà chez Kelsen, mais c'est surtout à M. Ancel que l'on doit ce rapprochement. Cherchant à distinguer la force obligatoire et le contenu obligationnel, l'auteur a défini la force obligatoire comme une norme s'imposant aux parties. Il estime qu'à l'égard des parties le contrat peut être considéré « comme un acte normatif en ce qu'il signifie ce qui doit être dans leurs relations »⁴⁹⁹. Pourtant, il nous semble que la norme produite par le contrat se rapporte davantage à ses effets substantiels, donc au contenu obligationnel ou non obligationnel, qu'à sa force obligatoire. Il convient en effet de remarquer que la force obligatoire indique simplement que l'acte existe dans l'ordre juridique et que les parties ne peuvent plus faire comme si l'acte n'existait pas. Or, dès le début de la *Théorie générale des normes*, Kelsen insiste sur le fait que la norme prescrit un comportement⁵⁰⁰, ce qu'il élargira plus tard en considérant que ce comportement peut être positif ou négatif⁵⁰¹. La force obligatoire ne constitue donc pas un devoir car elle n'est pas finalisée : elle ne dit pas *ce qui doit être*. Elle préexiste à la norme puisque, « si les normes contractuelles doivent être respectées, c'est parce qu'elles sont issues d'un lien contractuel que la loi dote de force obligatoire »⁵⁰². Pour autant elle ne doit pas être confondue avec la norme qui est son produit. Si l'acte a un effet normatif, ce dernier se situe donc davantage dans les effets de droit.

161. L'obligation comme norme (non) – Dans son entreprise de définition du devoir-être, Kelsen semblait assimiler ce dernier à l'obligation. « Dire qu'une norme commande un certain comportement équivaut à dire qu'une norme oblige à un certain comportement. Dire qu'une personne est « obligée »

⁴⁹⁷ EISENMANN (Ch.), *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, t. 1, p. 371-375.

⁴⁹⁸ M. François définit l'acte juridique comme un « acte de volonté posant une ou plusieurs normes juridiques ou un ou plusieurs fragments de normes ou abrogeant une ou plusieurs normes préexistantes », FRANÇOIS (C.), th. préc., §121 et s., spéc. §144. De même, M. Moron-Puech définit l'acte juridique comme « tout acte volontaire reconnu dans l'ordre juridique comme créant une ou plusieurs normes », MORON-PUECH (B.), th. préc., §288.

⁴⁹⁹ ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD Civ.* 1999. 771, §5. Selon lui, « dire que le contrat a force obligatoire c'est dire que l'accord des parties crée une nouvelle norme juridique », *Ibid.*, §7.

⁵⁰⁰ KELSEN (H.), *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 2 : « Le devoir-être, la norme est la signification d'une volonté, d'un acte de volonté et – quand la norme est une prescription ou un commandement –, la signification d'un acte, qui est dirigé vers le comportement d'autrui, d'un acte dont la signification est qu'une autre personne (ou d'autres personnes) doit se comporter d'une manière déterminée ».

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 119.

⁵⁰² *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Contrat : généralités », M. LATINA, 2019, §117.

ou a « l'obligation » de se comporter d'une certaine manière équivaut à dire qu'une norme commandant ce comportement est valide. L'obligation n'est pas quelque chose de différent de la norme, l'obligation *est* la norme dans sa relation avec le sujet dont le comportement est commandé »⁵⁰³. L'obligation serait donc une norme en ce qu'elle prescrit un comportement, c'est-à-dire une prestation. Cette idée a été reprise par un auteur pour faire progresser la définition de l'obligation. Ayant démontré les défauts inhérents aux définitions classiques de l'obligation, mais aussi les défauts persistants dans les définitions plus contemporaines (notamment celle qui conçoit l'obligation comme un pur lien patrimonial), il est parvenu à définir le droit de créance comme un droit subjectif à l'exécution d'une norme de comportement⁵⁰⁴. Reste que la norme peut être trouvée dans les autres effets produits par l'acte juridique. La spécificité de l'obligation réside dans le fait qu'elle comporte un droit de créance, c'est-à-dire un droit subjectif à l'exécution d'une prestation⁵⁰⁵. Mais l'acte juridique peut donner naissance à bien d'autres droits subjectifs qui ne sont pas des droits de créance. Comme l'a montré M. Ancel, le contrat peut produire un effet extinctif, translatif ou constitutif, au lieu (ou en plus), de créer des obligations. Simplement, là où l'auteur voit une simple manifestation de la force obligatoire « à l'état pur »⁵⁰⁶, nous pensons identifier une norme finalisée.

162. La norme comme manteau de l'opération juridique – Dépassant la réduction des effets du contrat à une création d'obligations, Mme Lequette a remarqué que la norme contractuelle peut être assimilée au « manteau juridique d'une opération concrète finalisée par les intérêts poursuivis par les parties »⁵⁰⁷. Si la norme a une finalité, au contraire de la force obligatoire, c'est donc parce qu'elle est le relai nécessaire de l'opération juridique. Les différents droits issus de l'acte ne sont donc rien d'autre que le résultat d'une norme entrée en vigueur. Pour le comprendre, il faut néanmoins apporter des précisions sur la définition même de la norme qui est, à tort, souvent définie comme une règle de conduite au sens strict du terme. Cette réduction entraîne en effet un rapprochement entre la norme et l'obligation, ce qui amène à considérer que toute norme prescrit un comportement. Or, comme M. Jammaud en a fait la démonstration, il s'agit d'une réduction dommageable de la fonction normative. « Définir la norme juridique comme une règle (obligatoire) de conduite, c'est nécessairement postuler qu'elle a toujours pour objet un comportement, une action »⁵⁰⁸. Or, toute norme produite par l'acte juridique n'impose pas un comportement au sens d'une prestation. En toute hypothèse la norme est un

⁵⁰³ *Ibid.* p. 175.

⁵⁰⁴ FOREST (G.), th. préc., §299. L'auteur insiste sur le fait que la prestation correspond au comportement rendu obligatoire par l'obligation : « La prestation est avant tout un *comportement humain*. C'est en ce sens que l'obligation est une *norme de comportement*, qui contraint le débiteur à adopter une conduite déterminée » (§307).

⁵⁰⁵ Ce lien entre norme et droit subjectif apparaissait déjà chez Kelsen : « Si quelqu'un est obligé à un certain comportement vis-à-vis d'autrui, on dit qu'autrui a un droit à ce comportement. (...) Donc, le droit à un certain comportement d'autrui est alors un reflet de l'obligation d'autrui à ce comportement. (...) C'est pourquoi on parle d'un « droit » au sens subjectif », KELSEN (H.), *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 179.

⁵⁰⁶ ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel », art. préc., §17.

⁵⁰⁷ LEQUETTE (S.), « La notion de contrat », art. préc., §25.

⁵⁰⁸ JAMMAUD (A.), « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, 199, §5.

modèle dont la substance dépend de l'opération juridique à réaliser. Kelsen avait d'ailleurs progressivement abandonné l'idée de « prescription » en relevant que la norme peut aussi bien prescrire une action qu'imposer une abstention, voire habiliter une personne à agir. L'obligation n'est donc qu'un des effets potentiels de la norme⁵⁰⁹. En serrant les effets de droit recherchés, la norme permet plus largement la réalisation de l'opération juridique. Cette définition plus aboutie de la norme doit nous permettre de faire le pont avec l'approche performative de l'acte juridique.

163. Analyse performative des effets – Parce que la norme produite par l'acte juridique est un modèle qui enserme une opération juridique, un parallèle peut être effectué avec la conception de l'efficacité des actes induite par la *Théorie des actes de langage*. Pour ce faire, il convient tout d'abord de remarquer qu'il n'y a pas d'opposition entre le normatif et le performatif, ni d'absorption de l'un par l'autre.

164. Critique de l'opposition entre performatif et normatif – En tant qu'il produit des normes, l'acte juridique pose un devoir-être. Au contraire, l'acte performatif « fait en même temps qu'il est ». Les deux conceptions paraissent donc incompatibles. Comme l'a remarqué un auteur, le devoir-être « n'accomplit pas l'action qu'il évoque. Il *prescrit* un comportement, *prévoit* les conséquences du respect ou de la transgression de ce qu'il prescrit, mais n'*effectue* rien d'autre que sa propre profération... »⁵¹⁰. La prescription s'opposant nettement à la réalisation, il faudrait donc opposer l'acte normatif et l'acte performatif. M. Amselek se range à cette opinion et considère que l'acte peut avoir pour effet « soit la prescription de normes, de commandements ou de recommandations à suivre, (...), soit l'établissement de certaines situations appelant le jeu de régimes juridiques correspondants déjà prescrits ou, le cas échéant, à prescrire »⁵¹¹. Pour d'autres auteurs il faudrait, non pas opposer le normatif et le performatif, mais considérer le performatif comme une catégorie englobant le normatif. Il y aurait donc deux catégories d'actes⁵¹². Les « performatifs effectifs » d'une part, tels que les actes déclaratifs qui font advenir une nouvelle réalité juridique sans qu'il ne soit nécessaire de procéder à une exécution. Les « performatifs normatifs » d'autre part, tels que les contrats qui donnent naissance à des obligations, mais doivent être exécutés pour que l'action recherchée soit effective. Que l'on opte pour une opposition des deux notions ou pour l'absorption de l'une par l'autre, la distinction suggérée entre le performatif et le normatif nous paraît artificielle. Elle repose sur une distinction illusoire entre le *devoir-être* inhérent à la norme et l'*action* caractéristique du performatif.

⁵⁰⁹ FOREST (G.), th. préc., §353 : « La norme « signifie ce qui doit être » dans la relation entre les parties. Ce devoir être se concrétise au travers d'effets de droit qui peuvent posséder la nature d'obligation. Mais ces effets de droit sont distincts de la norme : la norme porte le « projet », tandis que ses effets – l'obligation, en particulier – sont les moyens techniques d'y parvenir ».

⁵¹⁰ DENQUIN (J.-M.), *Les concepts juridiques, Comment le droit rencontre le monde*, Class. Garnier, Bibl. de la pensée juridique, 2021, p. 172.

⁵¹¹ AMSELEK (P.), « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », art. préc., p. 56.

⁵¹² BRUNET (F.), th. préc., p. 132.

165. Critique de la norme comme devoir-être – L’opposition entre normatif et performatif découle d’une approche réductrice de la norme, que l’on assimile trop souvent au commandement d’une action ou d’une abstention. Partant, il faudrait distinguer la norme, qui prescrit, et l’action, qui se réalise d’elle-même. Pourtant cette définition du devoir-être a été nuancée il y a quelques années par M. Jeammaud⁵¹³. L’auteur a remarqué que si la norme est un modèle idéal, elle n’est pas nécessairement un modèle de conduite : « sa vocation sera de permettre l’évaluation de situations, rapports, actes, actions, conduites, ou d’autres objets encore, c’est-à-dire de déterminer comment ils doivent être, devront être ou auraient dû être du point de vue du système auquel appartient cette norme, afin d’être conformes à ses dispositions et de procurer, le cas échéant, les résultats attachés à cette conformité »⁵¹⁴. En apparence, cette définition de la norme contribue à réduire drastiquement l’opposition classique entre l’être et le devoir-être. Pourtant il n’en est rien. Lorsqu’un énoncé établit ce qui « est », comme c’est le cas typiquement dans un acte déclaratif, cette structure grammaticale masque un devoir-être, l’acte imposant le respect d’une réalité qui doit désormais être tenue pour acquise⁵¹⁵. Le devoir-être auquel correspond la norme n’est donc qu’une valeur de référence qui permet d’évaluer et de sanctionner des comportements, mais sa fonction n’est pas nécessairement de prescrire un comportement positif. Ce faisant, le normatif ne doit pas être opposé au performatif.

166. Critique du performatif comme action – L’opposition entre normatif et performatif provient également d’une approche réductrice de cette seconde notion. Certes, dans le premier état de ses travaux, Austin opposait le performatif au constatif selon que l’acte était capable de réaliser ou non une action. Mais il a assez rapidement abandonné cette vue caricaturale pour considérer que l’acte de langage a une valeur illocutoire, qui se retrouve aussi bien dans les actes promissifs, qui imposent l’adoption d’un certain comportement, que dans les actes constatifs, qui ont valeur de constat⁵¹⁶. Ce qui fait la performativité de l’acte c’est donc bien sa valeur illocutoire et non ses suites perlocutoires, pour reprendre les termes d’Austin. L’action réalisée par le performatif n’est donc rien d’autre qu’une valeur qui servira par la suite de référence. De même, ce qui fait le caractère normatif d’un acte c’est bien sa signification de norme et non l’effectivité de la norme.

167. Approche retenue – Il n’est donc pas nécessaire d’opposer l’action réalisée par le performatif au devoir-être imposé par le normatif. Dans les deux cas, l’acte est doté d’une valeur qui doit être « tenue pour vraie » et ce, qu’il s’agisse de respecter une situation née de l’acte ou d’exécuter une prestation. La

⁵¹³ JEAMMAUD (A.), « La règle de droit comme modèle », art. précité.

⁵¹⁴ *Ibid.* §10.

⁵¹⁵ Cela n’est d’ailleurs pas sans rappeler les développements d’Austin consacrés à la distinction entre les performatifs « explicites » et les performatifs « implicites », AUSTIN (J.L.), *HTW*, Troisième conférence.

⁵¹⁶ AUSTIN (J.L.), *HTW*, Onzième conférence, n° 133 : « Sans nul doute, affirmer est tout autant exécuter un acte illocutoire qu’avertir, par exemple, ou déclarer. Ce n’est certes pas effectuer (*perform*) un acte physique particulier (...) ; mais il en va de même, nous l’avons vu, pour avertir, protester, promettre, nommer ».

valeur illocutoire, qui est au cœur de la *Théorie des actes de langage*, peut donc être assimilée au phénomène d'entrée en vigueur de la norme issue de l'acte juridique, qui permet à l'opération de se réaliser. Les expressions sont similaires. Ainsi, à la suite d'un auteur, on peut affirmer qu'« un acte juridique est parfait lorsque la norme est émise. On peut dire aussi que l'acte juridique est efficace »⁵¹⁷. Ce parallèle étant effectué entre l'efficacité normative de l'acte juridique et la performativité de l'acte de langage, il convient de remarquer que ce dernier est naturellement doté d'une efficacité immédiate.

168. La valeur immédiate de l'acte de langage – L'apport essentiel d'Austin réside dans la démonstration de la force dont est doté le langage. Il remarque que l'acte de langage produit un effet immédiat, ce qu'indique avec pertinence la formule « *quand dire c'est faire* ». Dans l'exemple du baptême d'un navire « Queen Elizabeth », Austin remarque que le bateau est nommé par le fait même d'être baptisé⁵¹⁸. Commentant ce passage, M. Sériaux remarque que « le nom donné au navire est indiscutable : il entre de plein droit dans la réalité »⁵¹⁹. C'est finalement toute la force du langage performatif que d'être doté d'une efficacité immédiate. Or, il est souvent relevé que l'acte juridique fonctionne de la même manière. En ce sens un auteur a pu énoncer que « tout se passe comme si (...) l'acte, instantanément passé du néant normatif à la vie juridique, était désormais *parfait* et porteur de tous ses effets juridiques futurs »⁵²⁰. Précisant ce qu'il faut entendre par la performativité, Austin remarque par ailleurs que deux choses doivent être distinguées : la valeur illocutoire de l'acte d'une part, et ses suites perlocutoires d'autre part. L'auteur note ainsi qu'« il ne faut pas confondre la façon dont l'acte illocutoire prend effet avec la production des conséquences (au sens d'entraîner normalement tel ou tel état de choses, c'est-à-dire un changement dans le cours habituel des événements) »⁵²¹. Selon le philosophe, seules les suites perlocutoires de l'acte permettraient de mesurer le succès de l'acte de langage⁵²². C'est à ce stade que l'acte juridique se singularise véritablement : en tant qu'il produit une norme qui doit être observée, qui servira de modèle, l'acte est d'ores et déjà parfait et donc performant. La valeur que lui confère l'ordre juridique ne va pas sans un effet de contrainte qui garantit à son auteur que son acte sera suivi de conséquences concrètes. La distinction faite par Austin entre la valeur illocutoire et les suites perlocutoires correspond finalement à la distinction que nous faisons entre la perfection de l'acte, acquise dès sa formation, et l'exigibilité, qui ne peut pas la précéder. La performativité du langage se traduit donc par la valeur qui lui est immédiatement conférée.

⁵¹⁷ LEFORT (D.), th. préc., §25.

⁵¹⁸ AUSTIN (J.L.), *HTW*, Première conférence, n° 6.

⁵¹⁹ SÉRIAUX (A.), *Le droit comme langage*, op. cit., §27.

⁵²⁰ OST (F.), « Temps et contrat, Critique du pacte faustien », in : *La relativité du contrat*, Trav. Assoc. Henri Capitant, Journées nationales, t. IV, 1999, LGDJ, p. 137, spéc. p. 148.

⁵²¹ AUSTIN (J.L.), *HTW*, Neuvième conférence, n° 116.

⁵²² AUSTIN (J.L.), *HTW*, Neuvième conférence, n° 115-116 : « Un acte illocutoire n'aura pas été effectué avec bonheur, ou avec succès, si un certain effet n'a pas été produit. Cela ne signifie pas pour autant que l'acte illocutoire soit lui-même la production d'un certain effet. Simplement on ne peut dire que j'ai averti un auditoire s'il n'a pas entendu mes paroles ou ne les a pas prises en un certain sens ».

169. L'entrée en vigueur immédiate de la norme – Une norme ne pose un modèle qu'à la condition d'entrer en vigueur, car c'est ce procédé qui permet de « diriger l'action d'un ou plusieurs assujettis au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires »⁵²³. Ainsi, on devine sans mal l'importance que revêt la détermination du moment d'entrée en vigueur d'une norme. Cette importance est bien connue en droit public, plus particulièrement s'agissant de la loi. Nombre d'auteurs voient en effet dans la promulgation, moment d'entrée en vigueur, un procédé « nécessaire à la perfection des lois »⁵²⁴. Reste à savoir quand se produit la perfection de l'acte en droit privé. Autrement dit, à quel moment entrent en vigueur les normes qui assurent la réalisation de l'opération juridique. D'après M. Revet, il existe un principe d'alignement entre la prise d'effet du contrat (au sens de sa naissance) et la prise d'effet des normes contractuelles⁵²⁵. Cela revient à suggérer que l'acte juridique fonctionne à la manière d'un performatif. De même que l'acte de langage se trouve doté d'une valeur illocutoire immédiate, l'acte juridique donnerait naissance à une norme permettant la réalisation de l'opération juridique dès le moment de la formation. Autrement dit, la formation et la perfection de l'acte juridique coïnciderait. La distinction de ces deux notions demeurerait néanmoins possible. Comme le note là encore M. Revet, « la concomitance de principe entre l'entrée en vigueur de l'acte contractuel et l'entrée en vigueur des normes contractuelles ne doit pas occulter la relation de causalité qui existe entre ces événements : l'achèvement du processus de formation du contrat se traduit par l'entrée en vigueur de l'acte contractuel ; devenu exécutoire, l'acte contractuel rend lui-même exécutoires toutes les normes contractuelles, sauf dérogation »⁵²⁶.

170. Conclusion du §1 – Le performatif repose ainsi sur l'existence d'un principe de concomitance entre la prise de l'acte et la réalisation d'une action. On a pu démontrer que la notion était transposable à l'acte juridique tant à l'égard de sa formation que de son efficacité. Malgré les apparences, l'idée d'une performativité de l'acte n'est en effet pas contradictoire avec l'approche normativiste souvent appliquée à l'acte juridique. Ce dernier pourrait donc fonctionner comme un performatif et réaliser sa finalité concomitamment à sa formation. Pour ce faire, les conditions de formation devraient être autant de circonstances préétablies lui permettant de produire effet immédiatement. Autrement dit, il devrait exister un véritable principe d'implication entre la formation et la perfection des actes juridiques.

⁵²³ MORON-PUECH (B.), th. préc., §277.

⁵²⁴ BARTHÉLEMY (J.), *Précis de droit constitutionnel*, 4^{ème} éd. Dalloz, 1938, §444. En ce sens, v. égal. : HAMON (F.) et TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, 39^{ème} éd, LGDJ, 2018, spéc. §756 ; LAVROFF (D. G.), *Le droit constitutionnel de la Vème République*, 3^{ème} éd. Dalloz, 1999, spéc. p. 808 ; VEDEL (G.), *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Dalloz, 2002, spéc. p. 489. *Contra* : CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Dalloz 2004, p. 416 ; REVEL (G.), *La publication des lois, des décrets et des autres actes de l'autorité publique*, Sirey, 1933, p. 134.

⁵²⁵ REVET (Th.), « La prise d'effets du contrat », *RDC* 2004/1, 29.

⁵²⁶ *Ibid.*

§2 - LE PRINCIPE D'IMPLICATION ENTRE FORMATION ET PERFECTION

171. Un principe manifeste – La qualification de l'acte juridique comme performatif est doublement justifiée. D'une part, l'acte ne peut produire effet qu'à la condition de respecter les conditions de formation imposées par l'ordre juridique dont il dépend et au sein duquel il a vocation à s'inscrire. Les conventions préétablies qui confèrent valeur illocutoire à l'acte de langage possèdent donc leur équivalent en matière juridique. D'autre part, sa formation suffit à lui faire produire effet. L'acte juridique devient parfait dès l'instant de sa formation. Le caractère performatif de l'acte se traduit donc par l'existence d'un principe d'implication entre sa formation et sa perfection. Une fois ce principe formulé et explicité (A), il conviendra de voir qu'il souffre de quelques exceptions qui ne suffisent pas pour autant à le renverser (B).

A - La formulation du principe

172. Implication – En mathématiques, lorsque deux propriétés sont à la fois nécessaires et suffisantes pour la production d'un résultat, on dit qu'il existe une relation d'implication entre les deux (représentée par le symbole « \Rightarrow », se lisant « ... implique ... »). Ce principe peut être transposé à l'acte juridique et éclairer son mode opératoire. En l'occurrence, la formation de l'acte implique sa perfection : les conditions de formation sont autant de conditions nécessaires (1) et suffisantes (2) à la réalisation de l'opération juridique.

1 - La formation nécessaire à la perfection

173. La formation, cause efficiente des effets – Lors de l'étude de la notion d'acte juridique, nous avons remarqué que sa définition ménageait une place à la volonté (élément subjectif) mais aussi à l'intérêt (élément objectif), en conséquence de quoi sa formation repose sur ces deux éléments, selon un équilibre qui varie au gré des espèces. Cette combinaison entre la volonté et l'intérêt, donnant corps à l'acte juridique, permet précisément la production des effets de droit. Si les effets de droit peuvent être déclenchés par la formation de l'acte, c'est parce qu'ils ne trouvent leur cause ni seulement dans la volonté, ni seulement dans la loi : l'acte juridique en est la cause efficiente. De nombreux auteurs ont d'ailleurs été conduits à critiquer le mythe de l'autonomie de la volonté pour cette raison⁵²⁷. Si l'acte

⁵²⁷ KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », art. préc., spéc. p. 37, « « Si l'ordre juridique attribue à un état de fait la qualité de condition ou de conséquence en droit, ce n'est jamais le fait en soi, c'est toujours le fait constaté par l'organe compétent dans une procédure de droit qui forme la condition ou la conséquence de droit ». Cette idée était aussi au cœur des réflexions de Duguit, dans sa volonté de démontrer que le droit subjectif ne prime jamais le droit objectif. Selon lui, « le vouloir humain, pas plus en matière juridique que dans les autres

produit des effets c'est moins parce que l'auteur l'a voulu, que parce que l'ordre juridique l'a admis. On retrouve ici l'idée phare de Motulsky quant aux principes de réalisation du droit, le premier étant que la règle de droit dispose d'une structure conditionnelle : l'effet de droit se produit parce qu'un présupposé s'est accompli⁵²⁸. Cela ne signifie pas pour autant que l'acte se confond avec le fait juridique, simple agissement pris en considération par le droit. L'acte demeure un véritable acte créateur de droit. Mais cette production des effets de droit n'interviendra logiquement que dès lors que les conditions mises par l'ordre juridique auront été réunies. La distinction parfois réalisée entre la relation de cause à effet d'une part, l'acte étant la source des effets de droit, et la relation d'imputation (ou conditionnelle) d'autre part, les effets étant attachés par l'ordre juridique, n'apparaît donc point si tranchée⁵²⁹. Le mode opératoire de l'acte juridique induit une forme de circularité puisque « grâce à cet instrument, l'ordre juridique dispose du moyen de s'engendrer lui-même et de déterminer les conditions de sa création par une activité volontaire »⁵³⁰. Si la prise d'effet est immédiate, elle ne participe donc pas de la formation de l'acte. La perfection demeure une simple conséquence de la formation, cette conséquence étant immédiate. Kelsen l'avait déjà remarqué, en notant que « l'acte ou la procédure consiste en un accord exprimé des volontés de deux ou plusieurs sujets ayant pour conséquence que la conduite voulue subjectivement par les contractants doit être objectivement considérée comme obligatoire »⁵³¹. La réunion des conditions de formation directement imposées par l'ordre juridique est donc absolument nécessaire à la production des effets de droit. Concrètement, cela signifie tout d'abord que la prise d'effet de l'acte ne peut pas remonter à une date antérieure à la formation définitive de l'acte juridique⁵³². Cela signifie également que l'acte qui n'a pas achevé sa formation est inexistant et donc logiquement, dépourvu de toute efficacité juridique, ce dont on pourra ultérieurement tirer plusieurs conséquences⁵³³. Pour l'heure il convient de remarquer que, nécessaires à la perfection de l'acte juridique, les conditions de formation sont également suffisantes.

domaines, ne peut avoir d'autre objet direct, immédiat, qu'un mouvement corporel du sujet. (...). Puisque le sujet ne peut déclencher par sa volonté qu'un mouvement corporel propre, ce n'est pas, ce ne peut pas être sa volonté qui engendre un effet de droit ...», DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, *op. cit.*, p. 337.

⁵²⁸ MOTULSKY (H.), *th. préc.*, p. 18.

⁵²⁹ Sur la difficulté à concilier la définition de l'acte juridique comme acte créateur avec la nécessaire institutionnalisation par le droit, v. : HONTEBEYRIE (A.), « Le régime général des obligations et le rôle de la volonté dans l'acte juridique », *art. préc.*, §9 et s.

⁵³⁰ VIRALLY (M.), *La pensée juridique, op. cit.*, p. 95.

⁵³¹ KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 33, spéc. p. 36. Il tend toutefois à confondre la force obligatoire et la norme contractuelle (v. not. p. 41 : « le « caractère obligatoire » est en vérité tout simplement la norme juridique qui est le produit de la procédure consistant dans les manifestations de volontés concordantes »).

⁵³² REVET (Th.), « La prise d'effets du contrat », *art. préc.*

⁵³³ V. *infra*, n° 413 et s.

2 - La formation suffisante pour la perfection

174. La formation, cause immédiate des effets – Si les conditions de formation qui donnent corps à l'acte sont nécessaires pour lui faire produire effet, elles sont également suffisantes. Le caractère performatif de l'acte réside en effet dans cette idée : si l'acte est pris dans les circonstances appropriées, il produit effet dans un même trait de temps, sans qu'il ne soit besoin de satisfaire à une formalité supplémentaire. Ainsi la performativité s'entend aussi de l'automatisme du déclenchement des effets juridiques recherchés. L'acte, « *une fois en mouvement, fonctionne de lui-même* ». Il « *opère par des moyens mécaniques* »⁵³⁴. Cela révèle l'existence d'une certaine philosophie de l'action juridique puisque les conditions qui justifient la production des effets de droit tiennent toutes dans le processus de formation de l'acte. Il en résulte une double conséquence : les effets de droit sont réputés être admis par l'ordre juridique et présumés être connus de l'auteur de l'acte.

175. Les effets sont réputés admis par l'ordre juridique – Si la réunion de la volonté et de l'intérêt suffit à la perfection de l'acte, c'est parce que le législateur reconnaît dans cet assemblage un acte juridique susceptible de produire des effets de droit. Comme l'avait remarqué Durma, « pour qu'un effet de droit intervienne, il faut qu'une règle juridique précise – et détermine la chose, ou l'ensemble de choses qui doit déclencher la production de l'effet juridique »⁵³⁵. Pour cette raison, l'acte peut être efficace immédiatement au moment de sa formation. Cela vaut tout d'abord en matière contractuelle. Les parties étant les plus à même de savoir ce qui est dans leur intérêt, elles ont la liberté de conclure un contrat et d'en déterminer les effets. L'opération convenue n'a donc nullement besoin d'être approuvée par l'ordre juridique pour se réaliser et elle ne dépend pas d'une procédure d'admission par laquelle une autorité s'assurerait que l'intérêt poursuivi est conforme à ce qu'admet l'ordre juridique. L'accord des volontés suffit à parfaire l'acte. À ce sujet, on convoque parfois l'idée de « commutativité subjective »⁵³⁶. Le même principe d'implication se retrouve pour l'acte unilatéral, mais il découle ici du *numerus clausus* qui lui est imposé⁵³⁷. Si l'acte unilatéral est formaliste, c'est donc dans le sens où la forme conditionne la production des effets de droit. GénY définissait d'ailleurs le formalisme comme toute forme requise « à peine d'inefficacité juridique (absence de sanction sociale), à un degré quelconque »⁵³⁸. En l'occurrence, la forme permet de véhiculer les effets de droits institués par l'ordre juridique et recherchés par l'auteur. Elle joue un rôle équivalent à celui que joue l'accord des volontés

⁵³⁴ Le ROBERT, *Dictionnaire de la langue française*, « Automatique ».

⁵³⁵ DURMA (M.), th. préc., §3. Plus loin, l'auteur ajoute que « c'est donc la loi qui détermine les états de cause des effets juridiques, l'ensemble des circonstances produisant un effet de droit » (§4).

⁵³⁶ CHÉNEDÉ (F.), « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative du mythe à la réalité », in : *Droit et philosophie : annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2012, n° 4, p. 155, spéc. p. 172. Comme le note M. Revet, cette approche du contrat a manifestement été reprise par la réforme de 2016 : REVET (Th.), « Le contrat Janus ou la dualisation de la théorie du contrat », art. préc., spéc. p. 422.

⁵³⁷ Sur lequel, v. *supra*, n° 55.

⁵³⁸ GÉNY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1925, t. III, p. 99.

pour la formation du contrat⁵³⁹. En toute logique, dès lors que les conditions de formation imposées par la loi sont observées, il n'y a aucune raison de repousser l'efficacité de l'acte. Ce dernier dispose d'ores et déjà de tout ce qu'il faut pour produire effet.

176. Les effets sont présumés connus de l'auteur – La formation de l'acte juridique ne dépendant pas de l'examen de la volonté réelle de son auteur, il est possible en pratique que l'auteur de l'acte ne connaisse pas l'étendue de ses effets, en particulier si ces derniers sont largement déterminés par la loi. Pourtant l'auteur de l'acte est présumé connaître les effets de droit qui se produiront, en application de l'adage *nul n'est censé ignorer la loi*. C'est ce qui justifie que la procédure de formation convenablement menée à son terme suffise à déclencher les effets de droit. Dans cette logique, les lois et les actes administratifs unilatéraux publiés au Journal officiel de la République française entrent en vigueur le lendemain de leur publication, à défaut de date dérogatoire (art. 1^{er} al. 1^{er} c. civ.). La date d'entrée en vigueur de la loi correspond ainsi au moment où ses destinataires sont censés la connaître⁵⁴⁰. Ce faisant, elle ne concorde pas avec le moment de la formation, la promulgation précédant naturellement la publication au Journal Officiel⁵⁴¹. Une telle dissociation n'est d'ailleurs pas propre à la loi. Elle s'étend aux actes administratifs de toute sorte. Ainsi, l'art. L.221-2 al. 1^{er} du code des relations entre le public et l'administration énonce que « l'entrée en vigueur d'un acte réglementaire est subordonnée à l'accomplissement de formalités adéquates de publicité », l'alinéa 2 précisant par ailleurs qu' « un acte réglementaire entre en vigueur le lendemain du jour de l'accomplissement des formalités prévues au premier alinéa ». Les actes administratifs étant destinés à régir le comportement des administrés, il est logique que leur entrée en vigueur soit en rapport avec le moment de leur publication⁵⁴². Au contraire, les actes juridiques privés prennent effet dès l'achèvement de leur formation, par la connaissance que sont présumés avoir les auteurs de l'acte des effets qui y seront attachés.

⁵³⁹ FORRAY (V.), *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Bibl. de dr. privé, t. 480, LGDJ, 2007, §293 : « toute forme est particulière, et emprunte la typicité de l'acte dont elle réalise certains intérêts substantiels, par détermination du droit objectif ». En ce sens égal. : « ...à force d'habitude, on oublie souvent un aspect essentiel : l'appréciation de la volonté contractuelle n'est pas seulement l'appréciation d'une volonté en soi, d'une volonté considérée isolément, mais d'une volonté échangée – ou présumée telle – dans un accord. (...) Il est alors tout à fait permis d'avancer l'hypothèse selon laquelle la volonté unilatérale devrait respecter certaines conditions pour voir reconnue sa prétention à valoir du droit », ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), th. préc., §376.

⁵⁴⁰ L'évolution des textes confirme l'idée d'un alignement entre l'entrée en vigueur de l'acte et le moment de sa connaissance par ses destinataires, le tout ayant évolué avec les progrès technologiques. Avant la réforme opérée par la loi du 20 février 2004, l'art. 2 du 5 novembre 1870 prévoyait en effet que « les lois et les décrets seront obligatoires, à Paris, un jour franc après la promulgation et, partout ailleurs, dans l'étendue de chaque arrondissement ». Avant lui l'art. 1^{er} al. 2 du Code civil énonçait que les lois « seront exécutées dans chaque partie du Royaume (de la République), du moment où la promulgation en pourra être connue ».

⁵⁴¹ La promulgation étant l'acte par lequel « le chef de l'État atteste l'existence de la loi », Conseil d'État, 8 février 1974 – *Commune Montory et autres* ; *Rec.* p. 93 ; *RD publ.* 1974, 1511, concl. Rougevin-Baville ; *JCP* 1974 II, 17703, note G. Liet-Veaux ; *AJDA* 1974, 192, chron. Franc et Boyon.

⁵⁴² Les auteurs administrativistes distinguent plus avant « l'entrée en vigueur » et l'application de l'acte. V. not. : SEILLER (B.), « L'entrée en vigueur des actes unilatéraux », art. préc. ; DELVOLVÉ (P.), « L'entrée en vigueur des actes administratifs », *RFDA* 2016, 50.

177. Dans le contrat – L’efficacité immédiate du contrat se comprend facilement puisqu’il revient aux parties de déterminer le contenu contractuel et ce faisant, la nature et la portée des effets de l’acte. Si « l’acte contractuel prend nécessairement effet avec l’achèvement du processus de formation », c’est donc parce que les parties sont à la fois auteurs et destinataires de la norme contractuelle⁵⁴³. Il en résulte que celui qui contracte sans participer à la rédaction du contrat, voire sans lire les clauses du contrat, n’y aura pas moins consenti. La conclusion du contrat, qui est un phénomène objectif, suffit à la production des effets de droit. L’explication d’un tel alignement entre formation et perfection est également à trouver dans la connaissance que les parties sont présumées avoir de la force obligatoire du contrat. Duguit avait d’ailleurs remarqué que cette connaissance est telle, que l’effet de droit est rarement l’objet immédiat du vouloir des parties. Bien au contraire, « il est objet médiat en ce sens que le sujet sait ce qu’il veut et que s’il accomplit tel acte corporel, le droit objectif y rattache certaines conséquences, ouvre certaines voies de droit ». Il poursuit : « le sujet considérera donc dans sa délibération que s’il veut et fait tel acte corporel, tel effet de droit se produira par application de la loi juridique ou droit objectif, comme telle conséquence matérielle se produit par application des lois physiques »⁵⁴⁴. En toute hypothèse, les parties ayant consenti à un contenu contractuel qu’elles sont censées connaître, le contrat est parfait immédiatement.

178. Dans l’acte unilatéral – Bien qu’il n’en détermine pas les effets, l’auteur de l’acte unilatéral est réputé connaître les effets qui y seront attachés. Le fait d’imposer une certaine forme à sa constitution permet en effet de « relier le résultat à atteindre à l’accomplissement d’une formalité par l’établissement d’une relation de cause à effet artificielle. On substitue à l’élément subjectif, par hypothèse impossible à déterminer, un élément objectif quelque on attache des effets identiques »⁵⁴⁵. En obéissant au processus de formation de l’acte, son acteur agit donc nécessairement en vue d’un certain but, puisque la forme imposée est directement liée à la finalité qu’il doit réaliser. Et inversement : s’il désire atteindre le résultat impliqué par l’acte, c’est cet acte qu’il devra former. Comme le résume Perrot, « tout procédé technique conditionne un certain résultat qu’il faut se résigner à accepter dès l’instant où on l’utilise »⁵⁴⁶. En pratique, il se peut donc que l’auteur de l’acte ne soit pas réellement conscient de l’étendue des effets de l’acte auquel il consent⁵⁴⁷. Pour éviter que la présomption de connaissance des effets ne devienne une pure fiction, la loi impose souvent qu’une information soit délivrée à l’auteur quant aux effets de son acte, du moins lorsque la procédure de formation fait intervenir une autorité publique.

⁵⁴³ REVET (Th.), « La prise d’effets du contrat », art. préc.

⁵⁴⁴ DUGUIT (L.), « Théorie générale de l’acte juridique », art. préc., spéc. p. 328

⁵⁴⁵ FORRAY (V.), th. préc., §310.

⁵⁴⁶ PERROT (R.), th. préc., §26.

⁵⁴⁷ JESTAZ (Ph.), « Une révolution inaperçue... », art. préc. : « Le règlement de copropriété s’impose à tout acquéreur d’un lot dès lors qu’il est censé l’avoir approuvé en consentant à l’acquisition. Et nul n’est censé ignorer la loi. Il y a une part non négligeable de fiction dans les effets de l’acte juridique... ».

Ainsi, en vertu de l'art. 62 al. 6 du code civil, l'officier d'état civil qui reçoit la reconnaissance d'enfant doit faire « lecture à son auteur des articles 371-1 et 371-2 ». Ces mêmes articles énoncent l'ensemble des droits et devoirs afférents à la qualité de père et qui découlent de l'acte de reconnaissance. Par ailleurs, il est bien précisé que cette information doit être délivrée « lors de l'établissement de l'acte de reconnaissance ». Si les effets sont attachés immédiatement à l'acte, c'est donc parce que son auteur est censé avoir pris conscience de leur portée. Lorsque l'acte est réceptice, la formation définitive de l'acte unilatéral permet également de présumer que le destinataire de l'acte a connaissance des effets, du fait de sa réception. Celui qui reçoit une mise en demeure est par exemple présumé connaître l'effet qui en découle. L'achèvement de la formation de cet acte, qui intervient ici par la réception, suffit alors logiquement à lui faire produire effet.

179. Si le principe est celui d'une implication entre la formation et la perfection de l'acte juridique, il convient toutefois de remarquer qu'il existe des exceptions à ce principe.

B - La justification des exceptions

180. La formation insuffisante – Comme l'avait remarqué Batiffol, une règle demeure de principe si les exceptions qui lui sont apportées disposent d'un statut dérogatoire et ne véhiculent pas un principe concurrent, susceptible de subvertir le principe initial⁵⁴⁸. Les quelques exceptions apportées au principe d'implication précédemment dégagé ne suffisent donc pas à le renverser, car elles sont justifiées par des circonstances particulières⁵⁴⁹. Ainsi, la loi impose parfois que l'auteur de l'acte réitère sa volonté pour parfaire l'acte (1), ou encore qu'une formalité soit accomplie ultérieurement à la formation, là encore pour parfaire l'acte (2).

1 - Une exception relative : la fragilité de la volonté

181. La volonté présumée fragile – Parce qu'elle repose *a minima* sur une manifestation de volonté, la formation de l'acte juridique est en principe suffisante pour s'assurer que son auteur a recherché les effets de droit. Pour que l'acte soit parfait, il n'est donc pas nécessaire que la volonté émise fasse l'objet d'une confirmation ou d'une réitération. Par exception, la volonté peut toutefois être présumée fragile,

⁵⁴⁸ BATIFFOL (H.), *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 254 : « L'exception, en tant que telle, est aussi longtemps qu'elle conserve ce caractère, ne vide pas le principe de sa signification ».

⁵⁴⁹ Ces « circonstances particulières » qui entourent un acte performatif, devront être distinguées des conditions qui font défaut pour la perfection de l'acte prospectif. Dans ce second cas, le report de la perfection est inhérent à la qualification de l'acte, ce qui rejaillit sur son mode opératoire. Les actes étudiés ici demeurent au contraire des actes performatifs, l'imperfection qui les caractérise n'étant qu'une exception. V. *infra*, Deuxième partie.

justifiant que la perfection de l'acte soit exceptionnellement reportée à un stade ultérieur, lorsque la volonté aura été consolidée. L'art. L. 312-24 du code de la consommation, qui nous avait déjà mis sur la piste d'une distinction entre formation et perfection⁵⁵⁰, est symptomatique de cette situation en ce qu'il instaure un droit de repentir à l'emprunteur et un droit d'agrément au prêteur.

182. Droit de repentir – Plusieurs analyses du droit de repentir ont été exposées : certains voient dans l'ouverture de ce droit une entrave à la formation du contrat ; d'autres y voient le signe d'une formation intervenue en deux temps. Il s'agit selon nous d'une dissociation exceptionnelle entre la formation du contrat, qui est définitive, et la perfection de ce dernier.

183. Une formation échelonnée (non) – On comprend l'embarras de la doctrine classique qui voyait dans l'existence d'un droit de rétractation le signe que le contrat n'était pas encore formé⁵⁵¹. Comment dire en effet que le contrat est définitivement formé alors que l'une des parties peut décider unilatéralement de se rétracter ? L'ouverture d'un tel droit semble avoir pour effet d'échelonner la procédure de formation ; en somme de transformer le contrat en acte juridique à formation successive⁵⁵². Une partie de la doctrine s'est toutefois attachée à démontrer que le droit de rétractation n'a pas pour effet d'échelonner le processus de formation du contrat⁵⁵³. Selon cette conception, le contrat serait bel et bien formé avant que le droit de rétractation ne soit éventuellement mis en œuvre⁵⁵⁴. Cette faculté paraît toutefois contradictoire car, une fois le contrat formé, les parties sont définitivement liées : le processus de formation fait place à la formation entendue comme un résultat, de sorte que la manifestation de volonté qui a contribué à former le contrat ne devrait plus pouvoir être rétractée. En toute logique, seule la voie de la révocation devrait être ouverte⁵⁵⁵.

184. Une formation en deux temps (non) – Selon Mme Bleusez il y aurait ici deux stades successifs dans la formation de l'acte juridique : le premier stade correspondrait à la formation, entendue strictement comme la rencontre des volontés, et le second stade serait la perfection, entendue ici comme

⁵⁵⁰ V. *supra*, n° 89.

⁵⁵¹ CALAIS-AULOY (J.), « La loi sur le démarchage à domicile et la protection du consommateur », *D.* 1972, chron. 266 ; CORNU (G.), « La protection du consommateur et l'exécution du contrat », *Travaux Assoc. H. Capitant*, t. XXIV, 1973, p. 131 ; MOUSSERON (J.-M.), « La durée dans la formation des contrats », art. préc. ; ROUHETTE (G.), « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », *Mélanges Rodière*, Dalloz, 1981, p. 247 ; BAILLOD (R.), « Le droit de repentir », *RTD civ.* 1984. 227.

⁵⁵² V. encore récemment, en ce sens : PENIN (O.), th. préc., §656.

⁵⁵³ CHRISTIANOS (V.), « Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs », *D.* 1993, chron., p. 28 ; PIZZIO (J.-P.), « Un apport législatif en matière de protection du consentement : la loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile », *RTD civ.* 1976. 86 ; FAGES (B.), « Effets du droit de rétractation », *RTD civ.* 2008. 293.

⁵⁵⁴ La Cour de cassation a validé cette approche. Dans une affaire concernant une vente de service lors d'un démarchage à domicile, elle a retenu que « le contrat était formé dès la commande » malgré l'ouverture d'un droit de rétractation : Civ. 1^{ère} 10 juin 1992, n° 90-17.267, *Bull. Civ. I*, n° 178 ; CCC 1992, n° 195, obs. G. Raymond.

⁵⁵⁵ En ce sens : NAJJAR (I.) « Le droit de révocation, Pour un lifting de circonstance », *JCP G* 2018, n° 23, 633.

l'écoulement du délai de repentir⁵⁵⁶. Cette analyse nous semble devoir faire l'objet d'une approbation partielle, en ce qu'elle retient que l'accord des parties permet à lui seul la formation du contrat. Néanmoins, il y a une certaine ambiguïté à retenir que la formation « définitive » de l'acte n'est pas encore acquise. Si l'auteur qualifie cet acte d'imparfait, c'est en effet parce qu'il lui semble que la perfection constitue une étape finale, un moyen de consolider le processus de formation, qui ne doit pas gommer pour autant le phénomène primaire de rencontre entre les volontés⁵⁵⁷. Cela voudrait dire qu'une condition fait encore défaut pour que l'acte soit pleinement, complètement formé. Or, l'écoulement du délai de rétractation correspond mal à cette description. Acquis par l'accord des volontés, le consentement pourra exceptionnellement être *retiré*. Le repentir est moins une manière de consolider la volonté d'une partie au contrat que de lui ménager un droit de regret⁵⁵⁸. L'institution de cette faculté est en effet « justifiée par la recherche de la pleine et entière satisfaction du contractant, qui pourra ainsi se délier d'un contrat qu'il ne désire en définitive pas »⁵⁵⁹. La formation reste un moment dans le temps, marqué par la rencontre des volontés des parties, mais elle est exceptionnellement considérée comme fragile. En ce sens, M. Revet estime qu'« en vérité, le contrat est bel et bien conclu dès l'acceptation de l'emprunteur, mais il peut être défait : son existence est précaire parce qu'elle est placée sous la menace d'une possible remise en cause unilatérale prochaine »⁵⁶⁰.

185. Droit d'agrément – La thèse d'une formation en deux temps paraît davantage appropriée pour expliquer le droit d'agrément dont dispose le prêteur. Pour rappel, l'art. L. 312-24 du code de la consommation énonce que « *le contrat accepté par l'emprunteur ne devient parfait qu'à la double condition que celui-ci n'ait pas fait usage de sa faculté de rétractation et que le prêteur ait fait connaître à l'emprunteur sa décision d'accorder le crédit, dans un délai de sept jours* ». Le contrat « *accepté par l'emprunteur* » est donc un contrat formé et l'agrément donné par le prêteur doit être un moyen d'infirmer ou de confirmer sa volonté précédemment émise. Subordonnée à l'absence de repentir de l'emprunteur, la perfection du contrat l'est donc aussi à la réitération de sa volonté par le prêteur. De ce point de vue, le texte précité, issu de la loi du 14 mars 2016, opère un véritable changement de perspective : là où on identifiait autrefois une « offre préalable », on identifie désormais un contrat

⁵⁵⁶ BLEUSEZ (M.), th. préc., §47.

⁵⁵⁷ En ce sens égal. : GHESTIN (J.), LOISEAU (G.), SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat*, t. 1, *op. cit.*, §891, « Il y aurait, ainsi compris, une formation progressive du contrat, le premier palier que réalise la rencontre des volontés devant être suivi du maintien de celles-ci durant le délai de rétractation pour parvenir à la perfection de l'acte ».

⁵⁵⁸ Sur le plan psychologique les deux approches ne sont pas inconciliables : l'absence de mise en jeu du droit de repentir s'explique sans doute par le fait que son titulaire est désormais pleinement convaincu de l'utilité du contrat qu'il a conclu. Sur le plan juridique néanmoins, la volonté ne s'affirme pas progressivement à compter du jour où le délai de rétractation commence à courir. Manifestée au moment de l'accord des volontés, elle devra être expressément retirée par son auteur s'il veut se rétracter, ce qui est davantage constitutif d'un regret que d'une maturation de la volonté (au contraire du bien-nommé « délai de réflexion », antérieur à la formation de l'acte).

⁵⁵⁹ GHIGLINO (M.), *La volonté précontractuelle, Socle de la formation contractuelle*, th. dactyl. Aix-Marseille, 2017, §454.

⁵⁶⁰ REVET (Th.), « La prise d'effets du contrat », art. préc.

formé⁵⁶¹. D'ailleurs l'identification du moment de formation revêt une importance majeure pour savoir si l'établissement de prêt a satisfait à ses obligations légales⁵⁶². Toutefois la situation semble inversée par rapport à celle de l'emprunteur, puisque le prêteur doit exprimer sa volonté pour parfaire le contrat. L'article précité précise en effet que « *l'agrément de la personne de l'emprunteur est réputé refusé si, à l'expiration de ce délai, la décision d'accorder le crédit n'a pas été portée à la connaissance de l'intéressé* ». L'agrément pourrait donc bien être une condition « seconde »⁵⁶³ de formation, qui doit être réunie pour que la formation soit pleinement acquise. On remarque toutefois que, faute pour le prêteur d'avoir manifesté sa volonté, la remise spontanée des fonds au-delà du délai de sept jours vaudra agrément. En clair, le contrat pourra spontanément être exécuté sans que la volonté n'ait à être expressément réitérée. Le droit d'agrément ne se distingue donc pas fondamentalement du droit de repentir : la volonté du prêteur est définitive, faute pour celui-ci d'avoir retiré sa volonté.

186. Un acte formé, mais imparfait – En définitive il nous semble que le droit de repentir et le droit d'agrément ne font pas obstacle à la formation du contrat, que l'on considère que celle-ci intervient progressivement ou en deux temps. L'acte est formé par l'accord des volontés, mais les manifestations de volonté ayant contribué à le former peuvent exceptionnellement être anéanties.

187. Une formation fragile (oui) – L'existence d'un droit d'agrément et d'un droit de repentir démontre l'immaturation des volontés qui ont contribué à former le contrat. La volonté de l'emprunteur est réputée fragile parce qu'il s'agit d'une partie faible. La volonté du prêteur l'est également parce que ce dernier doit encore pouvoir procéder à certaines vérifications avant d'accorder définitivement le prêt. Néanmoins, et cela vaut dans les deux cas, cette fragilité de la volonté ne constitue pas un obstacle à la

⁵⁶¹ Cette approche est selon nous préférable à celle qui avait cours avant la réforme opérée par la loi du 14 mars 2016. Autrefois on considérait en effet que seule une offre préalable liait le prêteur et l'emprunteur. Les anciens art. L. 311-15 et L. 311-16 c. conso. opposaient alors l'offre préalable ferme et l'offre préalable « avec réserve d'agrément », ce qui n'avait guère de sens, une proposition de contracter ne pouvant tout à la fois être une offre et ne pas être ferme. Sur cette question, v. *infra.*, n° 704.

⁵⁶² L'art. L. 312-12 c. conso précise que le prêteur doit délivrer des informations à l'emprunteur « *préalablement à la conclusion du contrat de crédit* ». De même, l'art. L.312-16 c. conso. impose au prêteur d'interroger le fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers (FICP), « *avant de conclure le contrat de crédit* ». Le moment de cette seconde obligation peut être critiqué. S'il semble logique que les informations précontractuelles soient délivrées avant la conclusion du contrat de crédit, pour permettre à l'emprunteur d'user de son droit de repentir en connaissance de cause, il semble peu opportun d'imposer au prêteur qu'il interroge le FICP alors même qu'il dispose encore d'un délai pour agréer la personne de l'emprunteur. Il serait logique que cette vérification puisse intervenir après la conclusion du contrat et avant l'expiration du délai d'agrément. C'est d'ailleurs pour cette solution qu'a récemment opté la Cour de cassation (Civ. 1^{ère} 23 novembre 2022, n° 21-15.435, Publié au Bulletin ; D. 2022, 2157 ; LEDB 2023, n° 1, p. 3, J. Lasserre-Capdeville ; LEDC 2023, n° 1, p. 3, C.-M. Pégion-Zika). Pour cela elle s'est directement référée à l'article 2 de l'arrêt du 26 octobre 2010 relatif au FICP qui impose une consultation « *avant toute décision effective d'octroyer un crédit* ». Remarquant que la décision *effective* dépend de l'agrément, les hauts magistrats ont retenu que le prêteur pouvait consulter le fichier pendant le délai d'agrément, solution que nous approuvons.

⁵⁶³ Selon la terminologie retenue par Mme Bleusez, th. préc., §50.

formation⁵⁶⁴. Cela semble logique puisque la formation de tout acte juridique repose sur un phénomène purement objectif : celui de rencontre des manifestations de volonté. La fragilité de la volonté ne se confond donc ni avec une absence de volonté, insusceptible de former le contrat, ni avec un vice du consentement, susceptible de justifier son annulation. Qui dit formation fragile dit tout de même formation. Ainsi la situation est originale car, tout en admettant que les manifestations de volonté ont contribué à former le contrat, on retient que leur fragilité doit permettre à leurs auteurs de les rétracter⁵⁶⁵. Il a donc été fait le choix d'admettre la formation du contrat malgré la fragilité de la volonté, plutôt que de maintenir de force les parties dans une période précontractuelle. La formation a eu lieu, mais les manifestations de volonté, qui perdent normalement leur individualité par la formation définitive du contrat, restent sous le joug de leur auteur pendant une période intermédiaire.

188. Une imperfection ? – En faisant l'inventaire des droits de repentir ouverts par la loi, on remarque que l'exécution du contrat est corrélativement suspendue pendant le laps de temps au cours duquel l'une des parties est susceptible de se rétracter. L'article L. 312-25 du code de la consommation énonce en effet que « *pendant un délai de sept jours à compter de l'acceptation du contrat par l'emprunteur, aucun paiement, sous quelque forme et à quelque titre que ce soit, ne peut être fait par le prêteur à l'emprunteur ou pour le compte de celui-ci, ni par l'emprunteur au prêteur* »⁵⁶⁶. Pendant toute la durée laissée pour exercer le droit de repentir et le droit d'agrément, les parties sont donc maintenues dans une situation d'attente forcée. L'incertitude afférente à la pérennité de l'acte interdit donc aux parties de procéder à son exécution. Même si le contrat est formé, l'ouverture de ces droits a pour effet de « *dissocier impérativement la formation de l'exécution du contrat* »⁵⁶⁷. Cela signifie-t-il pour autant que le contrat demeure imparfait, de sorte qu'il ne donne encore naissance à aucune obligation⁵⁶⁸ ? Par définition, l'obligation constitue un droit de contrainte dont l'exigibilité est seule susceptible d'être

⁵⁶⁴ *Contra*, PENIN (O.), th. préc., §654-655. L'auteur critique cette conception qui semble éluder « la réelle inanité de la volonté lorsque le délai de rétractation n'est pas expiré. En conséquence, on ne saurait considérer que le contrat est formé ou que le délai de rétractation court lors de l'exécution du contrat. Le droit de rétractation est exclusif du contrat formé ».

⁵⁶⁵ Il y a une « *insécurité temporaire des conventions* », ROCHFELD (J.), « Ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, (Le contrat... Si je veux !) », *RTD Civ.* 2001. 969.

⁵⁶⁶ L'article L. 271-2 CCH. al. 1^{er} énonce que « *lors de la conclusion d'un acte mentionné à l'article L. 271-1, nul ne peut recevoir de l'acquéreur non professionnel, directement ou indirectement, aucun versement à quelque titre ou sous quelque forme que ce soit avant l'expiration du délai de rétractation, sauf dispositions législatives expresses contraire...* ». De même, s'agissant de la transaction consécutive à un accident de la circulation, l'art. L. 211-17 c. assur. précise que « *le paiement des sommes convenues doit intervenir dans un délai d'un mois après l'expiration du délai de dénonciation fixé à l'article L. 211-16* ». Le rejet d'une possibilité de l'exécution avant expiration du délai de repentir n'est affirmé qu'implicitement dans la mesure où l'art. L.211-17 est antérieur à la consécration d'un droit de repentir à l'art. L.211-16.

⁵⁶⁷ CHRISTIANOS (V.), « *Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs* », art. préc. (toutefois nous n'approuvons pas la terminologie de l'auteur, qui fait de la perfection un synonyme de la perfection et estime que celle-ci est dissociée de « l'efficacité » de l'acte).

⁵⁶⁸ Sur ce questionnement : CALAIS-AULOY (J.), « *La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs* », art. préc.

différée. Dès lors qu'une incertitude pèse sur l'exécution future des prestations prévues par le contrat, il semble que la naissance des obligations soit nécessairement reportée à l'expiration du délai de repentir. Cette analyse nous semble toutefois artificielle, car la rétractation d'un engagement suppose que ce dernier ait été pris et qu'il ait donné naissance à des obligations⁵⁶⁹. De ce point de vue, la qualification d'acte imparfait semble inadaptée pour désigner le contrat qui comporte un droit de repentir d'origine légale, puisqu'elle ne correspond pas exactement à la dimension positive de la notion que nous avons retenue⁵⁷⁰. Pourtant elle apparaît justifiée par le caractère discrétionnaire du droit de repentir qui affecte la certitude de l'écoulement du délai. Le report de l'exécution obéit certes à la qualification de terme, le délai de rétractation étant connu. Mais associé au droit de rétractation qui est par essence discrétionnaire et incertain, l'événement qui fait office de terme n'est pas certain d'advenir. Par conséquent, il existe une véritable éventualité quant à la permanence des obligations, dont on sait qu'elles ne pourront pas être exécutées dans ce laps de temps. Par un effet combiné du droit de rétractation et de la suspension exceptionnelle de l'exécution, l'acte mérite donc la qualification d'acte imparfait : objectivement, l'acte est dépourvu de tout effet et il n'est pas certain d'être efficace un jour. Comme le notent des auteurs « l'acte juridique n'en a pas moins été formé dès l'échange des consentements, mais sa perfection est subordonnée à l'absence de repentir pendant la durée du délai de réflexion »⁵⁷¹.

189. Une imperfection exceptionnelle – Si l'imperfection est due à la conjonction de deux droits à l'issue incertaine, le droit de repentir et le droit d'agrément, c'est essentiellement à propos du premier que la dissociation exceptionnelle entre formation et perfection est remarquée. Aussi raisonnerons-nous désormais à propos de dernier, que les auteurs présentent comme une modalité de l'opération que doit accomplir le contrat⁵⁷². Preuve que la suspension des effets de l'acte est directement liée à l'ouverture d'un droit de repentir, la seule exception permise par la loi quant à ce report est l'hypothèse dans laquelle son titulaire demande à ce que le contrat soit exécuté. Cette possibilité est ouverte dans trois hypothèses : celle du démarchage, de la souscription à une assurance-vie et de la consommation de biens ou services à distance⁵⁷³. La loi pose néanmoins deux limites à ce droit de renoncer au droit de repentir. Tout d'abord elle subordonne l'exécution à une demande expresse du titulaire du droit. Surtout, elle prévoit diverses hypothèses où seule une exécution partielle du contrat est possible, l'exécution complète avant l'écoulement du délai de repentir faisant perdre au contractant son droit de repentir⁵⁷⁴. Ce faisant, le législateur associe étroitement le report de l'entrée en vigueur et l'ouverture du droit de repentir. De deux choses l'une : soit le contrat entre en vigueur immédiatement, le signe étant l'exécution spontanée

⁵⁶⁹ En ce sens : TORCK (S.), « La date de naissance des créances en droit civil », *LPA* 2004, n° 224, p. 25, §9.

⁵⁷⁰ V. *supra*, n° 119.

⁵⁷¹ *Rép. Droit civ. Dalloz*, « Acte juridique », préc., §125.

⁵⁷² MOUSSERON (P.), RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Technique contractuelle*, dir. J.-M. Mousseron, Ed. Francis Lefebvre, 5^{ème} éd. 2017, n° 263 et s.

⁵⁷³ Art. L. 341-16-II CMF ; Art. L. 132-5-1 c. assur. ; Art. L. 221-25 c. conso.

⁵⁷⁴ Art. L. 341-16-III CMF ; Art. L. 221-28 c. conso.

des parties, de sorte que le droit de rétractation tombe comme pour mieux affirmer le caractère définitif de la volonté ; soit les parties s'abstiennent de l'exécuter, comme pour mieux tenir compte de la fragilité de la formation. La solution doit être approuvée pour deux raisons. Tout d'abord parce que l'exécution du contrat malgré la menace d'un anéantissement rétroactif imposerait de procéder à des restitutions intégrales, ce qui n'est pas toujours possible dans les hypothèses précitées. Ensuite, parce qu'en demandant expressément à ce que le contrat soit exécuté, le titulaire du droit de rétractation fait tomber la présomption de fragilité de son consentement. Le droit exceptionnel de rétracter sa volonté n'est, dès lors, plus justifié. Cela démontre que le législateur est attaché au lien qui unit la formation et la perfection des actes juridiques.

190. Exclusion de la clause de dédit – Cette approche du droit de repentir, comme suspendant l'entrée en vigueur du contrat malgré sa formation, demeure bornée au droit d'origine légale. L'objectif poursuivi par le législateur est en effet de permettre à une partie de « regretter » la conclusion du contrat tout en ménageant un équilibre avec les droits du contractant. Cette logique change lorsque le droit de repentir est institué par les parties contractuellement sur la base de l'art. 1122 du code civil. Outre son origine consensuelle, la faculté de dédit constitue une prérogative qui participe activement de l'équilibre de la relation contractuelle. Il n'est pas rare en effet que l'institution d'un tel droit se fasse à titre onéreux. Dans ce cas, c'est moins la fragilité de la volonté qui motive l'ouverture de cette faculté, que la volonté de ménager un droit de ne pas exécuter son engagement⁵⁷⁵. Par ailleurs, même s'il menace avec certitude l'exécution à venir des obligations contractuelles, il n'est pas pour autant un obstacle à son entrée en vigueur. Le titulaire du droit de dédit reste tenu d'exécuter les obligations souscrites sauf à faire jouer son droit. Les rapports sont donc inversés par rapport au droit de repentir d'origine légale qui entraîne une véritable suspension de l'exécution. Par ailleurs, s'il décide de faire jouer la clause de dédit, le contrat ne pourra pas être considéré comme dépourvu d'effet puisque le titulaire du droit devra dédommager son cocontractant. L'extinction du contrat interviendra donc non pas par une disparition rétroactive, mais par un paiement, en somme par une exécution.

191. Une exception renforçant le principe – Une distinction apparaît donc entre la formation du contrat et sa perfection, au sens de la réalisation de l'opération. Le contrat est tout à la fois un acte formé et néanmoins insusceptible de produire effet sauf à faire « tomber » la cause d'imperfection, soit par l'exécution complète et volontaire de l'acte, soit par l'écoulement du délai laissé pour se rétracter. Ce faisant, on pourrait douter du principe d'alignement entre la formation et la perfection des actes. Néanmoins, nous avons vu que l'ouverture d'un droit de repentir et la suspension corrélative de l'entrée en vigueur du contrat est justifiée par la présomption de fragilité de la volonté et donc, de la formation. Non pas que le titulaire du droit n'ait pas connaissance du contenu du contrat, mais qu'il n'ait pas pu en

⁵⁷⁵ En ce sens : BOYER (L.), « La clause de dédit », *Mél. P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 41.

apprécier la portée. La présomption de volonté qui existe normalement du fait de la formation du contrat ne vaut donc pas dans ce cas précis. L'exception confirme ainsi le principe établi : le report de la perfection est justifié par l'insuffisance de la formation pour présumer la volonté de la partie faible. Réciproquement, l'acte sera parfait uniquement si l'écoulement du délai ou l'exécution complète de l'acte en connaissance de cause permettent de rétablir cette présomption⁵⁷⁶.

2 - Une exception absolue : le contexte inadéquat

192. L'exception du conflit entre les actes – Il se peut aussi que le contexte de la formation soit exceptionnellement attentatoire à la perfection de l'acte⁵⁷⁷. Cette situation peut se produire si deux actes entrent en conflit, c'est-à-dire s'il se produit un « état d'opposition, élevé entre deux actes juridiques au moins, qui crée en tout ou partie, un empêchement à leur exécution cumulative »⁵⁷⁸. Cette situation est exceptionnelle, car elle requiert évidemment que deux actes juridiques aient pu se former. Or, le plus souvent, l'existence d'un acte sera plus radicalement un obstacle à la formation du second, précisément pour éviter une situation conflictuelle⁵⁷⁹. La situation de conflit correspond donc à l'hypothèse dans laquelle où il existe au moins deux actes, à raison d'une incompatibilité entre leurs objets génératrice d'un conflit. L'objet peut ici être entendu ici au sens large, comme l'opération juridique accomplie par l'acte, ou dans un sens plus restreint, comme la chose objet de l'obligation. On songe par exemple à deux contrats de bail portant sur un même bien ou encore à deux actes ayant pour effet de constituer des « *droits concurrents sur le même immeuble* », hypothèse explicitement visée par l'art. 30-1 du décret du 4 janvier 1955. On songe également à l'exemple, assez fréquent en pratique, d'une reconnaissance d'enfant qui intervient alors même que l'enfant dispose déjà d'une filiation établie⁵⁸⁰. Dans chacune des hypothèses précitées, le conflit entre les actes fait exceptionnellement obstacle à leur perfection. Une formalité doit être accomplie pour mettre fin au conflit et donner effet à l'acte jusqu'alors imparfait.

193. L'inefficacité de l'acte – Le conflit d'actes juridiques entraîne exceptionnellement l'inefficacité de l'un des deux actes. De manière générale, l'ordre juridique donne la faveur à l'acte qui intervient en premier, ce qui résulte de l'adage *prior tempore potior jure*⁵⁸¹. La date étant un moment dans le temps⁵⁸², c'est elle qui permet de conférer perfection au premier des actes juridiques formés. Dès lors, le second

⁵⁷⁶ C'est le caractère exceptionnel de la dissociation, qui nous incite à considérer que nous ne sommes pas face à un acte « prospectif », dont la perfection est toujours ultérieure à la formation.

⁵⁷⁷ MAUMONT (B.), th. préc., §868 : « L'efficacité des actes juridiques requiert des circonstances d'exécution propice à la réalisation du but poursuivi par les auteurs de l'acte juridique ».

⁵⁷⁸ BERTIER-LESTRADE (B.), *Les conflits d'actes juridiques en droit privé*, PUAM, 2003, §351.

⁵⁷⁹ Art. 147 c. civ. : « *On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier* ».

⁵⁸⁰ BERR (C. J.), « Les tendances du droit contemporain en matière de conflits de filiation », *RTD Civ.* 1964. 635.

⁵⁸¹ ROLAND (H.), BOYER (L.), *Adages du droit français*, 4^{ème} éd. Litec, 1999, n° 339 : « *Le premier en date est premier en droit* ».

⁵⁸² SOUSI-ROUBI (B.), « Variations sur la date », *RTD Civ.* 1991. 69.

acte se trouve privé d'effet. Comme le note M. Putman, « antériorité a priorité »⁵⁸³. Cela vaut pour chacun des exemples précités. La filiation paternelle ne pouvant être établie qu'à l'égard d'une seule personne, la reconnaissance qui intervient dans ce contexte est logiquement privée d'effet. C'est ce qu'énonce l'art. 320 du code civil à savoir que, « *tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait* ». On pouvait toutefois s'interroger sur l'intensité de l'obstacle : empêche-t-il la formation ou seulement la perfection de l'acte ? Dans un arrêt du 30 novembre 2022, la Cour de cassation a retenu que l'existence d'une filiation déjà établie faisait simplement obstacle à la perfection de la reconnaissance intervenue sans contestation préalable de la filiation établie⁵⁸⁴. Cette solution est conforme à ce que prescrivait déjà la circulaire de présentation de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation⁵⁸⁵. La nullité de l'acte est donc à écarter, ce qui est assez logique dans la mesure où celle-ci doit être prononcée par le juge, sans quoi l'acte invalide produit normalement ses effets⁵⁸⁶. Au demeurant, si l'acte encourt la nullité, cela écarte l'existence d'un véritable conflit parce que l'annulation de l'acte aura pour effet de faire disparaître l'acte invalide⁵⁸⁷. Quoi qu'il en soit, si l'acte est exceptionnellement inefficace alors qu'il est complètement formé, c'est parce qu'un acte juridique préexistant a déjà réalisé l'opération juridique recherchée. La perfection de l'acte premier en date chasse donc la perfection du second. La solution vaut également en cas de conflit entre deux contrats. S'il s'agit de contrats translatifs de propriété, le transfert de propriété ne peut exceptionnellement pas advenir par le second acte auquel la loi attache normalement un effet translatif. Selon l'expression consacrée par l'art. 1196 du code civil, le transfert de propriété ne peut pas « s'opérer » lors de la conclusion du contrat. De même, le second contrat de bail ne peut conférer aucun droit de jouissance au preneur : « le droit de jouissance du bien loué ne peut matériellement être exercé de façon simultanée par les deux locataires, il faut que dans leurs rapports entre eux, un choix s'opère »⁵⁸⁸. Ces solutions sont fondées sur un principe bien connu, celui selon lequel il n'est pas possible de transférer plus de droits qu'on en a soi-même, *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Là encore la perfection d'un acte est écartée alors que sa formation ne fait aucun doute, ce dernier ne pouvant produire effet cumulativement au premier. Mais cette situation n'est pas sans issue.

⁵⁸³ PUTMAN (E.), « Le temps et le droit », *Dr. et patrimoine*, janv. 2000, n° 78, p. 43, spéc. p. 45.

⁵⁸⁴ Civ. 1^{ère} 30 novembre 2022, n° 21-14.726, Publié au Bulletin ; *D.* 2022, 2161 ; *D.* 2023, 523, note M. Douchy-Oudot et 662, obs. P. Hilt ; *RTD Civ.* 2023. 85, note A.-M. Leroyer ; *Dr. fam.* 2023, n° 2, p. 23, note M. Musson ; *JCP G*, 2023, n° 12, p. 398, obs. A. Gouttenoire ; *Gaz. Pal.* 2023, n° 14, p. 59, note A. Wehbé.

⁵⁸⁵ Ord. n° 759-2005, 1^{ère} partie, III, 1.2, (conflit de filiations : principe chronologique) : « *lorsqu'une reconnaissance contredit une filiation légalement établie antérieurement, l'officier de l'état civil doit la recevoir et établir l'acte de reconnaissance à titre conservatoire (...), cette reconnaissance ne pourra produire d'effets et être mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant tant que la première filiation n'a pas été annulée* ».

⁵⁸⁶ Nous aurons l'occasion de détailler cela ultérieurement, v. *infra*, n° 396 et s.

⁵⁸⁷ Mme Bertier-Lestrade fait d'ailleurs de la validité des actes une condition nécessaire à l'identification d'une situation de conflit entre actes juridiques, insistant sur le fait que « la question du conflit d'actes juridiques n'est pas une question de validité, elle soulève un problème d'exécution de deux actes juridiques incompatibles et non un problème de formation d'un acte juridique », BERTIER-LESTRADE (B.), *th. préc.*, §284.

⁵⁸⁸ GARBIT (P.), *Baux commerciaux*, Lamy Droit commercial, 2002, n° 849.

194. La formalité exceptionnelle à accomplir – Pour parfaire l’acte, il faut mettre fin au conflit. Cela revient à devoir priver l’acte premier en date de son efficacité, la perfection du second ne pouvant pas tolérer la perfection concurrente de l’acte plus ancien. Divers procédés peuvent donc être mis en œuvre pour donner effet à l’acte demeuré imparfait. S’agissant de la reconnaissance d’enfant, la formalité nécessaire au déclenchement des effets réside dans la destruction judiciaire du lien de filiation déjà établi. La Cour de cassation avait déjà admis que le père biologique puisse, dans une même action, agir en contestation de la paternité et demander à voir sa propre filiation établie⁵⁸⁹. L’intérêt était d’éviter une période de latence au cours de laquelle la reconnaissance serait dénuée de toute efficacité avant que la filiation déjà établie ne soit contestée. Dans l’arrêt du 30 novembre 2022, les hauts magistrats sont allés encore plus loin puisqu’ils ont admis l’établissement de la filiation sans introduction préalable d’une action en établissement de paternité. La destruction du lien de filiation antérieur suffisait donc à parfaire automatiquement l’acte de reconnaissance et à établir la filiation rétroactivement, démontrant que la formation était bien acquise. S’agissant du transfert de la propriété d’un même bien par deux actes successifs, le droit positif règle le conflit en faisant appel à trois procédés exposés par l’art. 1198 du code civil : la bonne foi, dont la démonstration doit être cumulée à une prise de possession du bien meuble ou à la publicité foncière du bien immeuble. Contrairement à ce qu’il paraît au premier abord, ils permettent de priver d’effet l’acte premier en date et de parfaire le second acte. Cette disposition ne concerne donc pas seulement l’opposabilité des droits, dont on sait qu’elle est sans rapport avec la perfection de l’acte. Elle permet d’opérer le transfert de propriété au profit du second acquéreur alors même que l’effet légal ne devrait pas se produire. Si le bien transféré est un bien meuble, le transfert de propriété pourra donc exceptionnellement se produire au profit du « second acquéreur » à la condition qu’il soit de bonne foi et qu’il ait pris possession du bien en premier (art. 1198 al. 1^{er} c. civ.). Cela permet de mesurer la force de la règle « *en fait de meuble, la possession vaut titre* ». Si le bien transféré est un bien immeuble, la bonne foi du second acquéreur devra être confortée par la réalisation de la publicité foncière avant le premier acquéreur. Là encore on voit le caractère exceptionnel de la perfection conférée à l’acte second en date puisque la publicité permet de réaliser le transfert de propriété (art. 1198 al. 2 c. civ.). La simple inefficacité de l’acte et la possibilité d’y remédier par un procédé perfecteur confirment le statut d’exception du défaut de perfection immédiate de l’acte, sa formation n’étant pas remise en cause par cette inefficacité. S’agissant des baux successifs en revanche, la règle semble être exclusivement chronologique, reposant sur la démonstration de la date certaine de l’acte conclu sous seing privé. La question s’était toutefois posée de savoir si l’exécution du second contrat de bail pouvait suffire à le parfaire et ce faisant, à préférer le maintien de celui-ci au détriment du premier. La Cour de

⁵⁸⁹ Civ. 1^{ère} 3 octobre 2018, n° 17-23.627, Publié au Bulletin ; *D.* 2019, 505, obs. M. Douchy-Oudot et 663, obs. F. Granet-Lambrechts ; *D. actu.* 23 octobre 2018, L. Gareil ; *Dr. fam.* 2019, n° 1, note A. Molière ; *JCP G.* 2019, n° 8, doct. 215, obs. Y. Favier.

cassation a constamment refusé de consacrer cette solution, donnant ainsi toute sa portée à la perfection du contrat premier en date⁵⁹⁰.

195. Conclusion du §2 – Le phénomène de concomitance entre la formation et la perfection de l’acte juridique s’incarne donc dans un véritable principe d’implication. Si l’acte peut réaliser sa finalité dès l’instant de sa formation, c’est parce que les conditions imposées par l’ordre juridique pour sa formation sont autant de conditions permettant à ce dernier de produire effet. À la marge, les quelques exceptions relevées ne font que renforcer ce principe. L’imperfection due à l’existence d’un droit de repentir ou à une situation de conflit entre deux actes juridiques, s’explique ainsi respectivement par la fragilité exceptionnelle de la volonté ayant formé l’acte et par la présence de circonstances particulières qui justifient de suspendre les effets.

196. Conclusion de la section 1 – Partant de la démonstration établie par Austin dans *Quand dire c’est faire*, il est apparu que certains actes de langage ordinaires étaient dotés d’une valeur opératoire. Ils présentent la particularité de produire des conséquences en même temps qu’ils sont établis. Ainsi, pour n’exposer qu’un des nombreux exemples donnés par le philosophe, le fait pour une personne d’annoncer « je parie six pence qu’il pleuvra demain » ne permet pas de rapporter l’existence d’un pari ; cela revient à *parier*⁵⁹¹. Qualifié par Austin de « performatif », cet acte de parole ou de comportement modifie spontanément l’état des choses, dans la mesure où des circonstances préétablies le permettent : selon une convention sociale bien établie, le fait d’annoncer que l’on prend un pari oblige à honorer ce dernier. Cette efficacité immédiate se retrouve en tous points dans la réglementation de l’acte juridique, dans la mesure où le système mis en évidence par Austin pour expliquer la performativité est similaire à l’approche normativiste de l’acte juridique, à laquelle semble obéir notre système juridique. Ainsi, la réunion des conditions imposées par l’ordre juridique pour la formation de l’acte permet à ce dernier de produire immédiatement des effets de droit. La formation permet en effet de présumer que l’auteur de l’acte en recherche les effets et que le jurislatureur admet que ces derniers se produisent, ayant préalablement habilité la volonté. L’acte juridique est donc parfait dès sa formation, parce que les conditions imposées par l’ordre juridique sont à la fois *nécessaires* et *suffisantes* à sa perfection : il existe un véritable principe d’implication entre sa formation et sa perfection. Quelques exceptions à ce principe ont certes pu être relevées, mais il s’est avéré que, justifiées par le caractère exceptionnellement insuffisant des conditions de formation de l’acte, il est logique que l’efficacité de l’acte soit reportée à un stade ultérieur à sa formation. Par principe, l’acte juridique réalise donc sa finalité immédiatement, dès que le processus de sa formation est achevé.

⁵⁹⁰ Soc. 12 février 1954, *Bull. Civ. IV*, n° 105 – Soc. 1^{er} juin 1954, n° 54-02.098, *Bull. Civ. IV*, n° 383 ; *GAJ civ.* 11^{ème} éd., n° 256-257 ; *JCP* 1955. II. 8507, note Jack-Mayer.

⁵⁹¹ *HTW*, Première conférence, n° 5.

Section 2

La réalisation immédiate de la finalité

197. Immédiateté – La coïncidence entre la formation et la perfection de l'acte juridique s'explique donc par le caractère performatif de ce dernier. Concrètement, cela signifie que l'acte réalise sa finalité dès l'instant de sa formation. Ce principe peut être vérifié malgré la grande diversité des actes juridiques du droit privé. On constate en effet que l'accord des volontés qui forme le contrat opère une « présentation » des intérêts des parties, de sorte que la réalisation de l'opération se produit immédiatement (§1). En dehors du domaine contractuel, on remarque également que le processus de formation de l'acte correspond à une véritable action porteuse des effets de droit, d'où la réalisation là encore immédiate de l'opération juridique dès la formation de l'acte (§2).

§1 - L'ACCORD DE VOLONTÉS COMME « PRÉSENTATION »

198. « Présentation » : de la volonté à l'effet – Comme l'a remarqué un auteur, « le Code a conçu le contrat comme une source d'effets de droit, un instrument qui n'a pas vocation à durer. Le contrat disparaît aussitôt son office rempli, dès qu'il a produit ses effets, ce qui se produit instantanément »⁵⁹². Cela sous-entend que « le contrat est, par nature, un projet, une anticipation sur une opération envisagée comme réalisée »⁵⁹³. Selon nous, cette perfection immédiate du contrat s'explique par le fait que le processus de formation qui lui donne corps permet de figer les intérêts des parties selon un certain agencement, ce qui s'avère suffisant pour lui faire produire effet. En formant le contrat, les parties ensèrent donc l'avenir au point de le rendre présent, d'où le terme de « présentation »⁵⁹⁴. Selon cette approche classique, le contrat assure une domination sur les faits à venir, assurant dès lors aux parties qu'elles pourront contraindre leur cocontractant à l'exécution⁵⁹⁵. Peut-être trop classique, car si on suit M. Libchaber, ce « mot horrible en français » que constitue la présentation, relève d'une conception datée du contrat ayant eu cours jusqu'au milieu du XXe siècle, qui réduit « l'acte juridique à une sorte

⁵⁹² ETIENNEY-DE SAINTE MARIE (A.), « Le temps et le contrat », in : *Le temps et le droit, Journées nationales*, Assoc. H. Capitant, t. XVIII, Dijon, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2014, p. 43. En ce sens égal. : « Pour ce qui concerne le mode opératoire des accords de volonté, la seule solution logique tient donc dans le dédoublement de l'acte et de ses effets. La rencontre des volontés produit immédiatement tous les effets voulus, ce qui signifie qu'ils accèdent aussitôt à l'existence », LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les effets du contrat », art. préc., §8.

⁵⁹³ ATIAS (Ch.), « Qu'est-ce qu'un contrat ? », *Droit et économie des contrats*, dir. Ch. Jamin, LGDJ, 2008, p. 3, spéc. §42.

⁵⁹⁴ LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les effets du contrat », art. préc., §10.

⁵⁹⁵ « Grâce à l'élément juridique de l'obligation, par un effort de la prévision humaine, une longue série de faits d'exécution sont ramenés à n'être que des clauses de l'acte initial. L'obligation contractuelle contient en elle tous les faits d'exécution envisagée dès maintenant comme accomplie », HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, Paris, 1912, p. 201.

d'effet de langage », à un « instrument » insensible à l'évolution des circonstances⁵⁹⁶. Il en éprouve la limite en remarquant que le droit positif fait une place à l'évolution du contenu contractuel après la formation du contrat. Le terme présentation conserve néanmoins une utilité technique lorsqu'il est question de préciser le mode opératoire du contrat. En toute hypothèse, le droit positif exige en effet que « les effets du contrat (soient) entièrement logés dans la sphère des volontés qui se sont accordées », de sorte que « tous les effets doivent exister en puissance à l'instant de la formation de l'acte, qu'ils soient explicités ou non, qu'ils s'inscrivent dans la réalité immédiate ou non »⁵⁹⁷. En dépit de la possibilité pour les parties de relancer leur projet contractuel en cours d'exécution, d'un commun accord ou par suite d'une imprévision, il se produit une « présentation » au moment de la formation de l'acte. En tout état de cause, la réalisation de l'opération juridique intervient en effet immédiatement, qu'elle soit instantanée (A) ou successive (B).

A - La réalisation instantanée de l'opération

199. Pour démontrer le principe de perfection immédiate des contrats instantanés, il semble vain de faire l'inventaire de tous les contrats spéciaux. Il convient en revanche de présenter ce principe (1) avant de le confronter à des exemples topiques, susceptibles de le remettre en cause (2).

1 - Présentation du principe

200. Contrat à exécution instantanée – Selon l'art. 1111-1 du code civil, « *le contrat à exécution instantanée est celui dont les obligations peuvent s'exécuter en une prestation unique* ». Cette définition issue de la réforme de 2016 est relativement novatrice parce qu'elle renouvelle la distinction entre le contrat à exécution instantanée et le contrat à exécution successive. Autrefois fondée sur la simple durée d'exécution, cette classification doctrinale des contrats était peu praticable, car il était difficile de distinguer le contrat dont l'exécution se fait « en un trait de temps » et celui dont l'exécution dure dans le temps. Plus rigoureuse, la définition légale associe le caractère instantané de l'exécution à l'unicité de l'opération à accomplir. Si le texte continue de se référer à un critère temporel, celui de l'instantanéité, c'est parce que le contrat portant sur une prestation unique se présente comme un contrat qui réalise une opération juridique une fois pour toutes dès sa formation, sans périodicité. L'instantanéité atteint donc la *réalisation* de l'opération juridique et non sa seule exécution. Le contrat à réalisation instantanée donne ainsi naissance, dès sa formation, aux obligations qui composent l'opération à accomplir.

⁵⁹⁶ LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les effets du contrat », art. préc., §10-11.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, §9.

201. Naissance immédiate des obligations – Selon M. Putman, il existe « un principe de naissance des créances à la date de conclusion du contrat », du fait de la fonction créatrice assignée à cet acte juridique⁵⁹⁸. Ce principe d’alignement de la date de naissance des créances sur le jour de la formation de l’acte juridique est parfois affirmé par la Cour de cassation au moyen d’un attendu de principe, les hauts magistrats retenant que « *les obligations contractuelles prennent naissance, sauf convention contraire, au jour de la conclusion du contrat* »⁵⁹⁹. Par principe l’obligation peut donc être qualifiée de « pure et simple », parce qu’elle naît dès la formation de l’acte qui constitue sa source⁶⁰⁰. Ce sont plus précisément les obligations principales ou essentielles, qui sont inhérentes à l’opération voulue, qui naissent dès la formation du contrat⁶⁰¹. S’il a été souvent discuté, en particulier pour savoir si les créances naissent au moment de formation du contrat ou à un moment ultérieur, qualifié de « fait générateur », ce principe volontariste nous semble devoir être maintenu à chaque fois que le contrat porte sur une opération dont la réalisation est instantanée. La naissance immédiate et simultanée des obligations essentielles de l’opération juridique est directement liée aux origines de la notion de contrat, entendue comme le moyen de se lier⁶⁰², et se trouve confirmée que le contrat soit synallagmatique ou unilatéral.

202. Contrat synallagmatique – Le contrat synallagmatique se caractérise par la réciprocité des engagements souscrits par les parties⁶⁰³. Chaque partie ayant pris un engagement à raison de l’engagement réciproque de l’autre partie, il semble donc logique que chacune d’elles soit tenue des obligations caractéristiques de cet engagement dès la formation du contrat. En toute hypothèse, et comme le note M. Libchaber, « ce qui importe c’est que tout ce que fait l’accord se produit d’emblée dans et par la rencontre des volontés. Il en va de la notion de cause : chaque obligation, chaque aménagement, est justifié par l’ensemble de l’acte qui tient en équilibre à l’instant de sa formation »⁶⁰⁴. Dans le contrat de vente, le vendeur est tenu de délivrer la chose tandis que l’acquéreur est tenu de la payer, et ce dès la formation du contrat. Dans le contrat de service, l’obligation d’accomplir le service naît comme contrepartie d’une obligation de payer le prix. L’entrée en vigueur immédiate s’explique donc par la réciprocité des engagements. Lors des travaux de réforme du Code civil, Latournerie notait

⁵⁹⁸ PUTMAN (E.), *La formation des créances*, th. dactyl., Aix-Marseille, 1987, p. 186. En ce sens égal. : « les effets directement rattachables au contrat se produisent automatiquement, par le seul accord des volontés. Ainsi, la création d’obligations, premier effet du contrat, est-elle automatique. Elle ne requiert aucun accomplissement, elle est un accomplissement », LUCAS-PUGET (A.-S.), th. préc., §518.

⁵⁹⁹ Civ. 1^{ère} 11 décembre 1985, n° 84-15.716, *Bull. Civ. I*, n° 349 ; Civ. 1^{ère} 16 juillet 1986, n° 84-12.990, *Bull. Civ. I*, n° 212.

⁶⁰⁰ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Les obligations*, op. cit., §234.

⁶⁰¹ CARDOSO-ROULOT (N.), *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, Coll. Logiques juridiques, L’Harmattan, 2009, §248 : « c’est bien à partir de l’accord sur les obligations essentielles que l’on définit l’opération que l’on noue ».

⁶⁰² Sur cette idée : ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, Coll. Recherches juridiques, Economica, 2002, §121 et s.

⁶⁰³ Art. 1106 al. 1^{er} c. civ. : « *Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s’obligent réciproquement les uns envers les autres* ».

⁶⁰⁴ LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les effets du contrat », art. préc., §14.

déjà que « si tous les effets juridiques nés d'un contrat se servent mutuellement de cause, c'est qu'ils forment tous l'objet du contrat et qu'ils sont liés entre eux dans leur existence et dans leur exécution par un lien de connexité »⁶⁰⁵. CAPITANT développera ensuite cette idée en retenant que « l'exécution simultanée est la conséquence nécessaire de l'idée de cause »⁶⁰⁶. Dès la formation du contrat, il y a donc une naissance des obligations principales, ce qui n'empêche pas comme nous le verrons, que les parties prévoient un ordre dans leur exécution⁶⁰⁷.

203. Contrat unilatéral – Il en va de même, voire avec encore plus d'évidence, pour le contrat unilatéral⁶⁰⁸. Conclu sans contrepartie, il n'y a en effet aucune raison de reporter la réalisation de l'opération et donc, la naissance des obligations souscrites par la partie qui s'est engagée unilatéralement dans ce contrat. Là encore, l'équilibre causal se réalise dès l'instant de la formation, soit parce que l'engagement souscrit trouve sa cause dans un phénomène qui s'est déjà produit en amont de la formation de l'acte, soit parce que l'engagement est souscrit à titre gratuit et n'attend donc aucune contrepartie pour se réaliser⁶⁰⁹. Lorsque le contrat unilatéral est conclu à titre gratuit, le sentiment de bienfaisance justifie l'absence de contrepartie. Or, cette cause de l'engagement existe dès le moment de formation du contrat. Dès la souscription de son engagement, le contractant trouve intérêt à l'acte parce qu'il gratifie par là même son cocontractant. Son obligation naît donc immédiatement. Lorsque le contrat unilatéral est à titre onéreux, la *préexistence* d'une relation d'affaires ou d'un avantage préalablement accordé justifie généralement de prendre un engagement sans contrepartie, celle-ci ayant en quelque sorte déjà été accomplie. Ainsi, lorsqu'une reconnaissance de dette est formée, la dette préexistante sert de cause à cet engagement unilatéral. L'opération doit donc se réaliser immédiatement parce qu'elle est déjà causée. La formation du contrat suffit donc à déclencher la réalisation de l'opération juridique parce que la cause de cet engagement demeure extérieure à l'acte.

2 - Mise à l'épreuve du principe

204. Un principe général ? – Le principe de naissance immédiate des obligations semble devoir être nuancé pour certains contrats. Il a été particulièrement débattu pour les contrats de restitution, comme le contrat de prêt (a) et pour les contrats de garantie, comme le contrat de cautionnement ou le contrat d'assurance (b). Pourtant, il convient de voir qu'il n'est pas dérogé au principe de perfection immédiate.

⁶⁰⁵ Travaux de réforme du Code civil, 1947-1948, p. 52.

⁶⁰⁶ CAPITANT (R.), th. préc., §124.

⁶⁰⁷ Sur la stipulation d'un ordre dans l'exécution, v. *infra*, n° 284 et s.

⁶⁰⁸ Art. 1106 al. 2 c. civ. : « *Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci* ».

⁶⁰⁹ En ce sens : SIMON (F.-L.), « La spécificité du contrat unilatéral », *RTD Civ.* 2006. 209, §18.

a) Contrats de restitution

205. Naissance de l'obligation de restitution – Le prêt étant par essence temporaire⁶¹⁰, l'obligation de restitution constitue une obligation principale de cette opération, car elle assure le retour du bien prêté. Pour être parfait dès sa formation, le contrat de prêt doit donc donner immédiatement naissance à cette obligation. Autrement dit, le caractère réel ou consensuel du contrat doit s'avérer déterminant.

206. Contrat réel et restitution – Contrairement au contrat consensuel qui se forme « *par le seul échange des consentements* », le contrat réel se forme par « *la remise d'une chose* » (art. 1109 c. civ.). Partant, la remise du bien devrait constituer le fait générateur de l'obligation de restitution, non parce qu'il s'agit d'un phénomène nécessaire à la restitution, mais parce qu'il s'agit d'une véritable condition de formation de ce contrat.

207. La remise, condition de formation du contrat réel – Nombreux sont les auteurs à affirmer que le contrat est réel parce que sa validité dépend de la remise d'une chose⁶¹¹. Pourtant l'art. 1109 du code civil fournit un des rares exemples de distinction légale entre la formation et la validité⁶¹². Il oppose les contrats consensuels et réels d'une part, qui se forment le premier par l'échange des consentements et le second par la remise de la chose, et le contrat solennel d'autre part, dont la « *validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi* ». D'après ce texte, la remise de la chose est donc une véritable condition de formation de ces contrats et non une simple condition de validité⁶¹³. Il convient également de remarquer que la remise ne s'ajoute pas à l'accord de volontés des parties, ce qui va là encore à l'encontre de l'approche doctrinale majoritaire⁶¹⁴. Pourtant, cette approche est contestable. Tout

⁶¹⁰ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Prêt », préc., §32.

⁶¹¹ MALINVAUD (Ph.), MEKKI (M.), SEUBE (J.-B.), *op. cit.*, §391 ; TRANCHANT (L.), ÉGÉA (V.), *Droit des obligations*, Mémentos Dalloz, 26^{ème} éd., 2023, p. 19 ; PORCHY-SIMON (S.), *op. cit.*, §295 ; CABRILLAC (R.), *op. cit.*, §37 ; SÉRIAUX (A.), LARDEUX (G.), *op. cit.*, §19.

⁶¹² FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil : Les obligations*, t. 1 – L'acte juridique, Coll. Université, Sirey, 17^{ème} éd. 2022, §123 : « ... il faut observer que les deux articles évoquent, l'un la validité des contrats solennels, l'autre la formation des contrats réels. Si les mots ont un sens, il se pourrait que la sanction de la violation de l'exigence ne soit pas la même dans les deux cas » (v. égal. §502). V. égal. : TERRÉ (F.), SIMPLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNÉDÉ (F.), *op. cit.*, §97 et §211 ; *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Contrat : formation », N. DISSAUX, 2019, §207 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, §243. Plus implicitement : BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Les obligations*, *op. cit.*, §946 ; HOUTCIEFF (D.), *op. cit.*, §121.

⁶¹³ L'art. 1172 al. 3 c. civ. est également en ce sens puisqu'il énonce que « *la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose* ».

⁶¹⁴ De nombreux auteurs retiennent que le contrat se forme cumulativement par l'accord des parties et la remise de la chose. Mme Cattalano-Cloarec retient par exemple que la formation du contrat de prêt doit être décomposée : « D'un côté l'accord de volontés sur le prêt, l'intention de prêter, qui constitue un acte juridique. De l'autre, la remise qui n'est, quant à elle, qu'un simple fait juridique, bien que la loi y attache la formation du contrat », CATTALANO-CLOAREC (G.), *Le contrat de prêt*, Bibl. de dr. privé, t. 564, LGDJ, 2015, §122. En ce sens égal. : FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations*, t. 1, *op. cit.*, §320, « Ces contrats nécessitent un accord des parties mais, en outre, ils ne se forment pas tant que la chose n'a pas été remise ».

d'abord, elle n'est pas conforme à la définition du formalisme. Comme l'a remarqué M. Forray, « avec le formalisme, le principe tient dans la confusion de la forme et du contrat ; avec le consensualisme le contrat existe juridiquement indépendamment de la forme qu'il emprunte »⁶¹⁵. Suivant cette opposition, le consentement et le consensualisme ne sont pas des synonymes : si le consentement est absolument nécessaire à la formation de tout acte juridique, il peut être donné au moyen d'une expression formelle (formalisme), ou au moyen d'une expression libre en la forme (consensualisme). En l'occurrence, le formalisme impose que les manifestations de volonté se coulent matériellement dans la remise du bien⁶¹⁶. Pour émettre un consentement, les parties doivent donc procéder à la remise de la chose. Le consentement ne « s'ajoute » donc pas à la remise, il n'est pas un supplément au consentement⁶¹⁷. Les parties s'accordent non pas verbalement, mais réellement. Ensuite, l'approche cumulative n'est pas conforme à l'histoire des contrats réels. Le droit romain, dont est directement issue la catégorie⁶¹⁸, distinguait nommément l'ensemble des contrats d'après leur finalité, en imposant pour leur formation le respect de formes solennelles. Au gré des besoins, de nouveaux contrats ont été progressivement admis. Les juristes romains n'ayant toutefois pas atteint un degré d'abstraction suffisant pour créer une théorie générale des contrats, ils ont créé une nouvelle catégorie limitative : celle des contrats innomés. Au nombre de quatre, l'originalité de ces contrats venait du fait que pour les former, une action spécifique était nécessaire⁶¹⁹. Le contrat réel se caractérisait donc par son mode de formation : le contrat réel désignait le contrat *formé* par la remise de la chose ; ce procédé faisant office d'accord entre les parties.

208. Une réalisation spontanée – Du fait de ce mode de formation original, la catégorie des contrats réels semble anachronique dans un système où le consensualisme est de principe⁶²⁰. Pourtant, même si des contrats anciennement réels ont été consensualisés⁶²¹, la catégorie a fait officiellement son entrée dans le Code civil et le caractère réel de certains contrats a été maintenu à la fois par le législateur et la

⁶¹⁵ FORRAY (V.), th. préc., §21.

⁶¹⁶ Cette approche peut sembler contradictoire avec la définition légale du contrat dépôt, qui est lui aussi un contrat réel. L'art. 1921 c. civ. énonce en effet que « *le dépôt volontaire se forme par le consentement réciproque de la personne qui fait le dépôt et de celle qui le reçoit* ». Pourtant, suivant la définition du formalisme, rien n'empêche de retenir que le phénomène de remise de la chose matérialise le consentement réciproque. Sur cette apparente contradiction : HOUSSIER (J.), « De quelques paradoxes du contrat de dépôt », *Dr. et patr.*, oct. 2014, p. 28.

⁶¹⁷ *Contra* : MOUSSERON (J.-J.), « « La durée dans la formation du contrat », art. préc., spéc. p. 522.

⁶¹⁸ La qualification de contrat réel provient du latin *res*, la chose. En droit romain le contrat réel se forme par la remise de la chose, seule apte à obliger la restitution de la chose.

⁶¹⁹ Ce dont témoigne d'ailleurs leur appellation : *do ut des* (je donne pour que tu donnes), *do ut facias* (je donne pour que tu fasses), *facio ut des* (je fais pour que tu donnes) et *facio ut facias* (je fais pour que tu fasses).

⁶²⁰ JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif », *RTD civ.* 1985. 1, §1 ; JAMIN (Ch.), « Éléments d'une théorie réaliste des contrats réels », *Études J. Béguin*, Litec, 2005, p. 381, §2. *Contra* : MOULIGNIER (N.), « Le contrat réel dans l'évolution du droit des contrats », *RRJ* 2004, p. 2233.

⁶²¹ Le législateur a transformé le gage en contrat solennel (ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006 ; art. 2336 c. civ.). La jurisprudence a transformé le prêt d'argent consenti par un établissement de crédit en contrat consensuel (Civ. 1^{ère} 28 mars 2000, n° 97-21.422, *Bull. civ. I*, n° 105 ; *GAJC*, t. 2, 13^{ème} éd., 2015, n° 285).

jurisprudence⁶²². Autrefois, les auteurs soulignaient volontiers le caractère inévitable de la remise de la chose pour former le contrat, du fait de sa nature ou de son essence⁶²³. Cette justification était insuffisante, la remise du bien pouvant tout à fait être l'objet d'une obligation née d'un contrat consensuel. Imposée pour la formation du contrat, la remise de la chose s'avère en réalité être un instrument très efficace de protection du consentement. Les détracteurs du procédé remarquent toutefois qu'il existe bien d'autres moyens d'attirer l'attention du déposant sur la gravité de son acte. L'exigence d'un écrit authentique, par exemple, est bien plus à même de protéger le consentement du déposant. Mais cette critique repose sur une mauvaise identification des vertus du réalisme et des situations dans lesquelles il s'impose. La plupart des contrats réels sont en effet conclus à titre gratuit ou de manière désintéressée⁶²⁴. En refusant d'identifier dans le simple accord des volontés un don ou un prêt gratuit, le législateur cherche donc à protéger le détenteur du bien de la conclusion d'un contrat auquel il n'a apparemment aucun intérêt, ne recevant par définition aucune contrepartie matérielle à la remise de la chose. L'intérêt du réalisme est donc de prémunir l'auteur contre la remise forcée du bien en exécution de l'accord conclu consensuellement. Il peut donc donner ou prêter spontanément son bien, ce qui oblige alors son cocontractant à restitution, mais il ne peut en aucun cas s'engager à remettre le bien à titre gratuit. Si un accord verbal ou écrit intervient entre les parties avant la remise de la chose, il a donc pour seule fonction de préciser les modalités du contrat projeté. Les rédacteurs de l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux ont suivi ce raisonnement pour maintenir le réalisme. S'agissant du prêt à usage, et pour ne prendre que cet exemple⁶²⁵, l'art. 1877 de l'avant-projet prévoit en effet que « *le prêt intéressé est consensuel* » (al. 1^{er}) tandis que « *le prêt désintéressé est réel* ». Pour justifier cette distinction, les rédacteurs relèvent une incompatibilité entre une remise forcée du bien et le désintéressement du prêteur : « engager ce dernier sur la seule expression de sa parole permettrait de lui imposer un sacrifice alors qu'il entend agir par altruisme ». Le caractère désintéressé de l'opération juridique justifie donc le caractère réel du contrat.

209. Une remise « à titre de » – Dans les contrats réels, la réalisation de l'opération juridique semble donc se confondre avec la formation du contrat⁶²⁶. Rouhette le remarquait déjà dans son étude consacrée à la notion de contrat. Il qualifiait ainsi de « contrats manuels » les contrats qui « s'épuisent dans leur

⁶²² Si on fait abstraction des dispositions de l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux, sont des contrats réels : le prêt de consommation lorsque le prêteur n'est pas un établissement de crédit (art. 1892 c. civ. ; Civ. 1^{ère} 7 mars 2006, n° 02-20.374, *Bull. civ. I*, n° 138), le prêt à usage (art. 1875 c. civ.) et le dépôt (art. 1919 c. civ.). Le don manuel est également formé par la remise de la chose (Civ. 1^{ère} 10 octobre 2012, n° 10-28.363, *Bull. Civ. I*, n° 195) même s'il peut aussi être formé par une convention dont la validité impose la forme notariée (art. 931 c. civ.).

⁶²³ V. not. : POTHIER (R.-J.), *Traité des obligations*, t. 1, Paris, 1821, rééd. Dalloz, 2011, §10 ; GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, rééd. Dalloz, 2044, p. 29.

⁶²⁴ Un contrat peut tout à fait être conclu à titre gratuit et présenter un intérêt pour celui qui s'engage. C'est souvent le cas dans les contrats de restitution, la remise d'une chose à titre temporaire pouvant être intéressée. On pense au supermarché qui met à disposition des cadis dans le but d'attirer la clientèle ou de pousser à la consommation.

⁶²⁵ La même solution est retenue pour le prêt de consommation (art. 1893).

⁶²⁶ Comme le note Jhering, « la parole sans la *res* est dépourvue d'efficacité, elle n'oblige pas », JHERING (R. V.), *L'évolution du droit, op. cit.*, §125.

réalisation même, où l'échange simultané des prestations constitue le tout de l'opération sans que l'on puisse saisir auparavant quelque processus de formation à quoi ferait suite une quelconque phase d'exécution : des contrats doublement instantanés, au point de vue génétique comme au point de vue fonctionnel »⁶²⁷. L'appartenance de tels procédés à la catégorie des contrats lui paraissait même douteuse, l'effet n'étant pas ici un produit du contrat au sens classique de l'obligation. Cela explique que l'on voit dans la remise de la chose un phénomène de « formation du contrat par l'exécution »⁶²⁸. La véritable spécificité des contrats réels résiderait donc dans le fait qu'ils « opèrent directement, sans passer par la médiation de l'obligation »⁶²⁹. Le phénomène semble trouver une explication dans l'agencement des intérêts des parties qui se produit au moment même de la formation de l'acte, grâce à la remise du bien. Le bien n'est en effet pas simplement remis à autrui, il lui est remis « à titre » de prêt, de don, ou de dépôt. La remise d'une chose constitue un acte neutre, elle « n'est qu'un simple fait qui ne renseigne pas sur le *negotium* accompli »⁶³⁰. C'est le titre en vertu duquel la chose est remise qui indique la finalité, la chose étant remise « à titre de » telle ou telle opération juridique. Le titre se définit en effet comme la « *cause ou fondement juridique d'un nouveau droit qui, associé à divers qualificatifs, indique tant la source du droit (volonté de l'homme : titre conventionnel, loi : titre légal), que le mode et les caractères de l'acquisition (acte à titre gratuit ou à titre onéreux, vocation à titre universel ou à titre particulier, rente à titre indemnitaire ou alimentaire, etc.)* »⁶³¹. Si le bien est remis à titre gratuit et définitivement, comme c'est le cas du don, l'opération se trouve réalisée dès la remise par l'absence d'avantage matériel attendu par le donateur. Comme le remarquait déjà Capitant, « le but poursuivi par le donateur étant d'enrichir le donataire sans rien recevoir de lui en retour, cette fin se trouve obtenue au moment même du contrat »⁶³². Lorsque l'opération permet la remise d'un bien à titre temporaire, une obligation de restitution naît là encore dès la formation du contrat. Sans être une contrepartie de la remise, elle est néanmoins une prestation caractéristique de cette opération qui permet au dépositaire de bénéficier de la jouissance temporaire du bien remis⁶³³. La remise constitue donc la source des droits des parties, à la fois de celui qui remet et de celui qui reçoit, et donne naissance à des obligations caractéristiques qui dépendent directement du titre auquel le bien est remis.

210. Contrat consensuel et restitution – Si la remise du bien suffit à faire naître les obligations inhérentes à l'opération de prêt, notamment l'obligation de restitution, c'est donc parce que ce phénomène forme le contrat. On peut dès lors s'étonner que la remise du bien soit parfois présentée comme un procédé absolument nécessaire à la naissance de l'obligation de restitution, en tout état de

⁶²⁷ ROUHETTE (G.), th. préc., §118.

⁶²⁸ Pour la critique de cette approche : PENIN (O.), th. préc., §459.

⁶²⁹ LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les effets du contrat », art. préc., §24.

⁶³⁰ DERROUSSIN (D.), « Article 1107 : les contrats réels », *RDC* 2015/3, p. 734.

⁶³¹ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, « Titre ».

⁶³² CAPITANT (H.), th. préc., p. 22, note n° 3.

⁶³³ CATTALANO-CLOAREC (G.), th. préc., §315, « l'obligation de restitution est inhérente au contrat puisqu'elle est une conséquence de la nature temporaire de la mise à disposition ».

cause⁶³⁴. Selon une partie de la doctrine, il serait en effet de bon sens de retenir que la remise des fonds constitue le « fait générateur » de l'obligation de restitution⁶³⁵. On serait alors incité à identifier un fait générateur de la créance qui soit ultérieur à la naissance du contrat, dérogeant au principe de perfection immédiate. Cette solution tiendrait à l'impossibilité matérielle de restituer un bien ou des fonds non encore reçus. La logique implique nécessairement un ordre dans l'exécution des prestations, puisqu'à l'impossible nul n'est tenu. Bien que « logique », cet ordre dans l'exécution ne remet pas en question le principe de naissance des obligations au moment de la formation. Quand bien même le dépositaire sera tenu de restituer le bien uniquement après l'avoir reçu, cela n'empêche pas cette obligation de naître dès la formation du contrat, une fois que les parties se sont entendues sur l'opération à réaliser. Le consensualisme sur lequel repose la formation du contrat de prêt prend ici tout son sens : c'est l'accord des parties qui suffit à réaliser l'équilibre causal et à faire naître les obligations⁶³⁶. Cela n'a d'ailleurs jamais posé problème dans les contrats de service qui donnent lieu à la fourniture d'un matériau. En toute logique, le service ne pourra être accompli qu'à compter de la remise du matériau nécessaire à sa réalisation. Pour autant, il ne fait pas de doute que dès la formation du contrat une obligation d'accomplir le service a été souscrite, seule son exécution étant subordonnée à la remise du matériau. Lorsque le contrat est réel, l'enseignement essentiel est donc que la remise du bien devient le fait générateur de l'obligation de restitution, alors que traditionnellement, c'est l'engagement à la remise du bien qui sert de cause à l'obligation de restitution. La prise d'un engagement et la remise de la chose étant tous deux des conditions de formation du contrat de prêt, tantôt consensuel, tantôt réel, le principe d'implication entre la formation et la perfection est donc vérifié.

b) Contrats de garantie

211. Naissance de l'obligation de garantir – Le principe de naissance des obligations principales dès le moment de formation du contrat s'applique également aux contrats réalisant une opération de garantie. Cela peut surprendre, car l'essence de l'opération de garantie est de prémunir les parties contre un risque, c'est-à-dire contre la survenance d'un événement par définition *éventuel*. Pourtant l'acte donne naissance à des droits et obligations qui permettent de couvrir le risque dès sa formation. L'éventualité se trouve donc absorbée par l'obligation principale souscrite, mais sa naissance n'est pas reportée. Pour

⁶³⁴ LUCAS-PUGET (A.-S.), th. préc., §577 : « l'étape *sine qua non* de réalisation de l'opération voulue » ; EYRAUD (F.-A.), *Le contrat réel*, th. dactyl. Paris I, 2003, §217 : « ce formalisme s'inscrit naturellement dans l'opération contractuelle ».

⁶³⁵ CATTALANO-CLOAREC (G.), th. préc., §94, « L'obligation de restitution dans le prêt a donc une double origine : si elle est initiée par la volonté des parties, elle n'est encore qu'en germe et ce n'est qu'une fois la remise effectuée que l'obligation de restitution se met à exister pleinement »

⁶³⁶ Com. 11 février 2004, n° 01-11.654, *Bull. Civ. IV*, n° 30 : « la créance de remboursement d'un crédit immobilier dont l'offre a été acceptée antérieurement à l'ouverture de la procédure collective a son origine antérieurement au jugement d'ouverture et doit dès lors être déclarée ».

le démonter, nous nous appuyerons sur les opérations de garantie les plus courantes, qui se distinguent par la nature du risque qu'elles permettent de couvrir : le contrat de cautionnement qui couvre le risque de non-paiement par le débiteur principal, et le contrat d'assurance qui couvre un risque de sinistre.

212. Cautionnement – Toute sûreté repose classiquement sur l'existence d'une éventualité de paiement⁶³⁷. Le cautionnement ne déroge pas à cette règle puisque le paiement par la caution est subordonné à la défaillance du débiteur. Dès lors, nombreux sont les auteurs à s'être interrogés sur la consistance de l'engagement pris par la caution et ce faisant, sur les droits et obligations inhérents à l'opération de cautionnement. La définition légale n'est pas d'une grande aide puisque l'art. 2288 al. 1^{er} du code civil, tel que modifié par l'ordonnance du 15 septembre 2021, se contente d'énoncer que « *le cautionnement est le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci* ».

213. Une obligation conditionnelle (non) – Selon une première approche, la caution serait tenue d'une obligation spécifique, ayant pour objet un paiement *éventuel*⁶³⁸. En ce sens, M. Mazeaud retient par exemple que la caution est tenue d'une « prestation conditionnelle », c'est-à-dire d'une obligation née, mais dont l'exigibilité demeure incertaine, en raison du simple risque de défaillance du débiteur principal⁶³⁹. Cette approche est pourtant contestable, car la notion même d'obligation est rétive à absorber une telle éventualité⁶⁴⁰. Une obligation ne peut naître et voir son exigibilité subordonnée à un événement incertain. Si la caution a souscrit une obligation conditionnelle, cela signifie donc nécessairement dire que sa naissance est suspendue à la défaillance du débiteur principal⁶⁴¹. Au premier abord il faut bien admettre que cette approche est très séduisante. Elle semble disposer d'une assise dans l'art. 2288 du code civil qui vise la défaillance du débiteur comme condition de l'obligation de la caution. L'art. 2288 dans sa version antérieure à la réforme du droit des sûretés était encore plus éclairant puisqu'il énonçait que le cautionnement oblige la caution à satisfaire à une obligation « *si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* », accréditant l'hypothèse d'une obligation conditionnelle souscrite par la caution. En ce sens, on a pu affirmer qu'avant une éventuelle défaillance du débiteur, le contrat de cautionnement est « dormant : il existe, mais il ne produit presque aucun effet notable »⁶⁴², la naissance de l'obligation étant véritablement reportée. Cette approche n'apparaît pourtant pas conforme à l'idée

⁶³⁷ « Classiquement » parce que le développement des garanties autonomes ainsi que la défense du cautionnement « à première demande » obligent à nuancer cette affirmation.

⁶³⁸ LEGAIS (D.), *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 13^{ème} éd, LGDJ, 2019, §134.

⁶³⁹ MAZEAUD (V.), *L'obligation de couverture*, Bibl. de l'IRJS, André Tunc, t. 27, 2010, §136 et s.

⁶⁴⁰ Nous verrons que c'est la raison pour laquelle seul un événement certain est susceptible de reporter l'exécution de l'obligation sans la menacer dans son principe-même. V. *infra*, n° 274 et s.

⁶⁴¹ GOUËZEL (A.), *La subsidiarité en droit privé*, Economica, Coll. Recherches juridiques, vol. 32, 2013, §353 : « Force est de constater que l'obligation subsidiaire correspond exactement à la définition de l'obligation sous condition suspensive : elle est suspendue à la défaillance de l'obligation première, laquelle constitue en principe un événement futur et incertain ».

⁶⁴² MIGNOT (M.), *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, LGDJ, Lextenso, 3^{ème} éd. 2017, §278.

que la condition n'est qu'une modalité de l'obligation qui « ne saurait être inhérente à l'économie même du contrat »⁶⁴³. L'éventualité de paiement constitue en effet une donnée naturelle de l'opération de cautionnement de sorte qu'elle ne peut découler d'une condition suspensive, adventive à l'opération. Surtout, même si le créancier recherche évidemment le paiement par la caution, ce n'est là qu'un fait d'exécution. La fonction du contrat s'épuise en effet en amont, par la garantie qu'elle fait naître.

214. Une obligation subsidiaire (oui) – Pour tenir compte de cette critique, une partie de la doctrine considère que la caution est tenue d'une obligation de paiement subsidiaire⁶⁴⁴. L'obligation serait née, mais l'exécution serait éventuelle en raison du second rang de paiement de la caution, cette dernière n'étant tenue qu'en cas de défaillance du débiteur principal. Il y aurait donc une unicité de la dette, mais une pluralité des liens, la caution étant tenue à la même dette que le débiteur principal. Selon l'expression employée par M. Pellier il y aurait donc une coobligation⁶⁴⁵, ce que les auteurs qualifient parfois d'obligation « conjointe »⁶⁴⁶ et que le Code civil traite désormais sous la qualification d'obligation plurale (art. 1309 c. civ.). Mais la pluralité des débiteurs étant hiérarchisée, l'obligation serait subsidiaire et non solidaire, la caution n'étant tenue qu'à condition que le débiteur principal soit défaillant. Cette approche reposant sur l'obligation et donc, sur l'identification des droits sur lesquels repose l'opération, confirme la perfection de l'acte dès sa formation. Dès la conclusion du contrat, la caution est déjà obligée de payer la dette principale, mais à titre subsidiaire. L'éventualité se trouve absorbée par l'obligation principale, qui naît immédiatement. Il convient d'ailleurs de préciser que la subsidiarité ne s'incarne pas dans l'existence du droit de discussion au bénéfice de la caution. Si c'était le cas, on serait obligé de retenir que le cautionnement simple est seul subsidiaire, puisque la caution solidaire est réputée avoir renoncé à son droit de discussion⁶⁴⁷. L'obligation de paiement reste en réalité subsidiaire, car la caution dispose d'un recours contre le débiteur principal. Elle perd seulement le droit d'imposer au créancier une poursuite préalable du débiteur⁶⁴⁸.

215. Cautionnement de dettes futures ? (renvoi) – Reste que cette analyse du contrat de cautionnement n'explique pas comment il peut porter sur des dettes futures. Si le caractère subsidiaire

⁶⁴³ FRANÇOIS (J.), *Les obligations – Régime général*, Traité de Droit civil t. 4, Coll. Corpus, Economica, 6^{ème} éd., 2022, §227.

⁶⁴⁴ AUBRY DE MAROMONT (C.), « Les obligations subsidiaires » *RTD civ.* 2018. 305, spéc. §6 ; GOUËZEL (A.), th. préc., spéc. §451 et s. ; ROUVIÈRE (F.), « Le caractère subsidiaire du cautionnement », *RTD com.* 2011. 689 ; PELLIER (J.-D.), *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation*, *Bibl. de dr. privé*, t. 539, LGDJ, 2012, §167.

⁶⁴⁵ PELLIER (J.-D.), th. préc. §157. V. du même auteur, « Une certaine idée du cautionnement », *D.* 2018. 686.

⁶⁴⁶ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *op. cit.*, §1381 ; BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Les obligations, op. cit.*, §313 ; CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, Cours Dalloz, 14^{ème} éd., 2020, p. 335.

⁶⁴⁷ La solidarité chasserait donc la subsidiarité. En ce sens : HABRE (C.), *La subsidiarité en droit privé*, LGDJ, Lextenso, Point Delta, 2015, §141.

⁶⁴⁸ En ce sens : SIMLER (P.), DELEBECQUE (Ph.), *op. cit.*, §47 ; BOURASSIN (M.), BRÉMOND (M.), *op. cit.*, §316 ; PELLIER (J.-D.), th. préc., §173.

de l'obligation souscrite par la caution est de nature à absorber l'éventualité du paiement liée à la défaillance du débiteur principal, elle n'est pas de nature à absorber l'éventualité qui affecte la dette elle-même, liée à son caractère futur. Une contradiction évidente apparaît d'ailleurs entre la définition de l'obligation de la caution comme une obligation de paiement subsidiaire par l'art. 2288 du code civil (la nature juridique d'obligation étant confirmée par l'art. 2313 al. 1^{er} du code civil qui précise que l'obligation de la caution s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations), et l'affirmation selon laquelle « *le cautionnement peut garantir une ou plusieurs obligations, présentes ou futures, déterminées ou déterminables* » (art. 2292 c. civ.). La dette ne peut pas constituer un bien futur au sens de l'art. 1130 du code civil puisqu'elle n'est pas l'objet de l'obligation de la caution, mais qu'elle est l'obligation elle-même⁶⁴⁹, à laquelle la caution est tenue en second rang. Or, on voit mal comment la caution pourrait être tenue par une obligation, certes subsidiaire, alors que le débiteur principal n'est pas encore lui-même tenu en premier rang. Pour que l'obligation subsidiaire naisse à la charge de la caution, encore faut-il en effet que la dette cautionnée existe. C'est ce qui incite aujourd'hui la doctrine majoritaire à identifier un effet de couverture caractéristique de l'opération de cautionnement, ce qui est le fruit d'une extension de la notion d'obligation de couverture autrefois forgée par le Professeur Mouly pour éclairer les modalités d'extinction du cautionnement de dettes futures⁶⁵⁰. Cette approche induit toutefois un glissement dans la substance même de l'opération juridique de cautionnement. Cela revient à dire que la caution couvre non seulement un risque de défaillance, mais plus largement un *risque de dette*. La couverture identifiée par les auteurs désigne donc la simple force obligatoire attachée à une promesse de cautionnement, dont nous verrons qu'elle est spécialement adaptée à la garantie de dettes futures⁶⁵¹. Le mode opératoire de la promesse lui permet en effet de subordonner une opération, en l'occurrence le cautionnement, à un événement futur. En tant que tel, le cautionnement ne peut donc porter que sur des dettes présentes dans la mesure où la caution est tenue de la même obligation que le débiteur principal. L'acte est ainsi parfait dès sa formation, car il donne naissance à une obligation subsidiaire, et la mise en œuvre de la sûreté par la défaillance du débiteur principal appartient strictement au domaine de l'effectivité postérieure à la perfection de l'acte. On voit donc à nouveau que lorsqu'il est question de la réalisation de la sûreté, c'est bien de l'exécution qu'il est question et non de sa perfection, acquise en amont par la naissance des obligations principales.

216. Assurance – La description de l'opération juridique réalisée par le contrat d'assurance soulève des difficultés similaires à celles présentées par le contrat de cautionnement⁶⁵². Définissant « l'opération

⁶⁴⁹ *Contra*, estimant que la caution peut être tenu d'une dette future : PELLIER (J.-D.), th. préc., §160 et s.

⁶⁵⁰ MOULY (Ch.), *Les causes d'extinction du cautionnement*, Dalloz, Bibl. de dr. de l'entreprise, 1977, §255 et s. Un exposé plus détaillé de cette thèse fera l'objet de développements ultérieurs.

⁶⁵¹ V. *infra*, n° 524.

⁶⁵² Ne pouvant pas entrer dans les détails des particularités propres aux contrats d'assurance « complexes », tels que les contrats d'assurance-vie ou les assurances de groupe, nous n'étudierons que les contrats d'assurance à structure « simple ». Sur cette distinction : NICOLAS (V.), *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, Bibl. de dr. privé, t. 267, LGDJ, 1996.

d'assurance », M. Mayaux note que « l'assureur se charge, moyennant le paiement préalable d'une prime, de procurer à l'assuré, en cas de réalisation du risque couvert, la prestation convenue lors de la conclusion du contrat »⁶⁵³. L'éventualité de la prestation dépend ici de la réalisation d'un risque et incite à penser que le contrat ne produit pas immédiatement ses effets.

217. Une obligation conditionnelle (non) – Pour traduire juridiquement l'éventualité, il est tentant de retenir que l'assureur est tenu d'une obligation conditionnelle⁶⁵⁴. Cette analyse du contrat d'assurance doit pourtant être rejetée parce que l'éventualité qui affecte le paiement est là encore inhérente à l'opération réalisée⁶⁵⁵. S'il est donc exact de remarquer que l'éventualité est ici une « originalité relative à l'exécution de la prestation de l'assureur »⁶⁵⁶, ce n'est pas le recours à la condition suspensive qui permet de l'expliquer. L'éventualité du paiement a vocation là encore à être saisie par l'opération juridique elle-même, l'aléa étant inhérent à la structure du contrat⁶⁵⁷. Le sinistre, c'est-à-dire la réalisation du risque couvert, permettra simplement de rendre exigible l'exécution d'une obligation d'ores et déjà souscrite par l'assureur. Le caractère instantané de l'engagement est d'autant plus évident qu'il dispose d'une contrepartie immédiate résidant dans le versement d'une prime d'assurance. L'éventualité est donc absorbée par le caractère aléatoire du contrat⁶⁵⁸. Reste à savoir comment cet aléa se traduit dans l'opération juridique réalisée par ce contrat. Même si l'ancien art. 1964 du code civil, qui énumérait le contrat d'assurance au sein des contrats aléatoires, a été abrogé par l'ordonnance du 10 février 2016, nombre d'auteurs retiennent encore cette qualification⁶⁵⁹. Le contrat d'assurance serait donc un contrat aléatoire, c'est-à-dire un contrat dans lequel « *les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain* » (art. 1108 al. 2 c. civ.). Comme pour le cautionnement, il faudrait ainsi chercher dans l'obligation elle-même le fondement de l'éventualité affectant le paiement par l'assureur, l'exécution seule demeurant incertaine⁶⁶⁰.

⁶⁵³ MAYAUX (L.), *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Assurance : généralités », 2022, §3.

⁶⁵⁴ NICOLAS (V.), th. préc., §145 et s. ; BONNET (D.), th. préc., §549.

⁶⁵⁵ TAISNE (J.-J.), *La notion de condition dans les actes juridiques, Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, th. dactyl. Lille, 1977, §345 ; LATINA (M.), th. préc., §126 sur le contrat aléatoire en général, §131 sur le contrat d'assurance en particulier.

⁶⁵⁶ NICOLAS (V.), th. préc. §148.

⁶⁵⁷ MORIN (A.), *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, PU Faculté de droit – Univ. d'Auvergne, 1998, §186 ; DEMONT (B.), *L'aléa dans le contrat d'assurance*, Coll. de thèse, Inst. Univ. Varenne, 2014, §294.

⁶⁵⁸ Civ. 1^{ère} 4 novembre 2003, n° 01-14.942, *Bull. Civ. I*, n° 220 – Civ. 1^{ère} 17 février 1994, *Bull. Civ. I*, n° 52 – Civ. 1^{ère} 11 octobre 1994, *Bull. Civ. I*, n° 277.

⁶⁵⁹ BEIGNIER (B.), BEN HADJ YAHIA (S.), *Droit des assurances*, Précis Domat, LGDJ, 4^{ème} éd. 2021, §152 ; CABRILLAC (R.), *op. cit.*, §35 ; LAMBERT-FAIVRE (Y.), LEVENEUR (L.), *Droit des assurances*, Précis Dalloz, 14^{ème} éd., 2017, §246 ; LARROUMET (Ch.), BROS (S.), *Les obligations – Le contrat*, Traité de droit civil, t. III, Coll. Corpus, Economica, 10^{ème} éd., 2021, §151.

⁶⁶⁰ En ce sens un auteur note que le contrat aléatoire « s'accomplit inévitablement ; le hasard décide non pas si le contrat aura son effet, mais seulement quel sera cet effet », ARAUD (N.), *La rescision pour cause de lésion et les contrats aléatoires*, th. dactyl., Toulouse, 1941, p. 16.

218. Une obligation aléatoire (oui) – L'éventualité étant inhérente à l'opération juridique, l'obligation principale du garant n'est pas reportée dans sa naissance. Contrairement à l'obligation conditionnelle, l'obligation aléatoire existe de manière définitive au moment de la formation du contrat. C'est dire que « l'auteur de l'engagement aléatoire sait qu'il est engagé, mais ignore pour combien. Au contraire celui de l'engagement conditionnel connaît l'entendue de son engagement, mais point son existence »⁶⁶¹. L'aléa ne constitue donc pas une modalité de l'obligation ayant pour effet d'en reporter la naissance, mais « une manière particulière de définir l'objet de celle-ci »⁶⁶². Dès la formation du contrat, l'assureur s'avère tenu de garantir l'assuré contre un risque qui tient à un événement aléatoire⁶⁶³. La définition du risque nécessaire pour former le contrat d'assurance, en fait donc un élément essentiel du contrat⁶⁶⁴. La singularité du contrat d'assurance par rapport aux autres contrats aléatoires que sont le pari, le jeu et la rente viagère réside simplement dans l'objet de l'aléa, qui ne génère pas une chance de gain, mais permet la couverture d'un risque⁶⁶⁵. Une seule et même obligation naît donc à la charge de l'assureur dès la conclusion du contrat en raison de *l'existence certaine* d'un risque couvert, mais l'existence et l'étendue de la prestation sont exceptionnellement affectées d'aléa en raison de la *réalisation incertaine* du risque couvert⁶⁶⁶. Le caractère aléatoire ne pose aucun problème puisqu'il est précisément recherché par les parties et inhérent à l'opération d'assurance, à l'inverse du contrat commutatif. Ainsi, « l'aléa rétablit la balance entre des obligations qui ont vocation à être disproportionnées »⁶⁶⁷. Cela ne signifie pas que l'assuré ne retire aucun intérêt du contrat si toutefois aucun sinistre ne survient, puisque la simple souscription d'une assurance garantit sa sécurité. Reste que la prise en compte de ce sentiment de sécurité pour la mesure de l'intérêt de l'assuré ne s'oppose pas à la reconnaissance du caractère aléatoire du contrat⁶⁶⁸. L'identification d'un contrat aléatoire impose simplement que les parties « ne recherchent pas un équilibre entre les prestations, mais subordonne son économie à un événement incertain ; c'est l'aléa, c'est-à-dire le hasard »⁶⁶⁹. Si l'assuré en tire un sentiment de garantie, ce dernier se produit donc par la naissance d'une obligation de verser les primes,

⁶⁶¹ GRUA (F.), « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RTD Civ.* 1983. 263, §12.

⁶⁶² *Ibid.* En ce sens égal. : « le contrat d'assurance n'est certainement pas un contrat conditionnel, il est aléatoire, ce qui est totalement différent. Certes, ce qui est conditionnel c'est le règlement de l'indemnisation par l'assureur, mais ce n'est pas là sa principale obligation, qui est de donner sa garantie », BEIGNIER (B.), BEN HADJ YAHIA (S.), *op. cit.*, §159. On retrouve ici l'idée selon laquelle le paiement n'est pas la finalité du contrat d'assurance mais un des procédés de sa mise en œuvre, en somme de son exécution.

⁶⁶³ Civ. 2^{ème} 24 mars 2016, n° 15-16.765 ; *RGDA* 2016, p. 238, note. A. Pélissier.

⁶⁶⁴ NICOLAS (V.), *th. préc.*, §50. En ce sens égal. : « un contrat en vertu duquel l'une au moins des prestations dues dépend d'un événement incertain est dit aléatoire pourvu que cette dépendance soit un élément essentiel de l'accord des parties », KAHN (R.), *La notion d'aléa dans les contrats*, *th. dactyl.* Paris, 1924, p. 89.

⁶⁶⁵ Dit autrement, il est palliatif au lieu d'être spéculatif (BONNET (D.), *th. préc.*, §545).

⁶⁶⁶ MORIN (A.), *th. préc.*, §68 : « En résumé, l'existence ou la détermination de l'objet de l'obligation dépend de l'éventuelle réalisation de l'aléa ».

⁶⁶⁷ GRUA (F.), *art. préc.*, §36.

⁶⁶⁸ *Contra* : MAYAUX (L.), *Les grandes questions du droit des assurances*, Lextenso, LGDJ, 2011 §39.

⁶⁶⁹ BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Précis Domat, LGDJ, Lextenso, 14^{ème} éd. 2021, §913.

à laquelle correspond une obligation réciproque de couvrir les risques à la charge de l'assureur⁶⁷⁰. Il ne s'agit en aucun cas de l'objet d'une prestation à laquelle serait tenu l'assureur, le sentiment de sécurité ne pouvant être considéré comme l'objet d'une prestation. Il en va de même du côté de l'assureur. Si la mutualisation ainsi que l'évaluation des risques en amont de la conclusion du contrat permettent de diminuer le risque qu'il soit perdant, cela atténue seulement le caractère aléatoire de l'activité d'assurance et non le caractère aléatoire de l'opération d'assurance réalisée par le contrat. Il est bien évident que l'activité de l'assureur n'a rien d'aléatoire sans quoi elle ne serait pas rentable. L'activité de la Française des jeux ne l'est pas davantage. En revanche, il est certain que le contrat conclu entre l'assureur et l'assuré demeure aléatoire, car il génère une incertitude quant à l'existence et l'étendue de la prestation due par l'assureur⁶⁷¹. Là où l'éventualité était absorbée par le caractère subsidiaire de l'obligation souscrite par la caution dans l'opération de cautionnement, elle est absorbée par le caractère aléatoire de l'obligation souscrite par l'assureur dans l'opération d'assurance.

219. Critique de l'obligation de couverture – Tout en admettant le caractère aléatoire du contrat, les auteurs adoptent de plus en plus souvent une analyse de l'obligation souscrite par l'assureur équivalente à celle qu'avait élaborée le Professeur Mouly pour le cautionnement de dettes futures. Ils opèrent une distinction entre l'obligation de couvrir les risques et l'obligation de règlement, cette dernière seulement révélant l'aléa essentiel à la qualification de ce contrat. Cette analyse permet de concilier le caractère définitif de l'engagement souscrit par l'assureur et l'éventualité du paiement⁶⁷². Bien qu'elle soit séduisante, elle n'est pas davantage justifiée qu'en matière de cautionnement, car on voit mal comment une obligation pourrait porter sur une prestation indéterminable. En réalité l'assureur souscrit une obligation aléatoire. Le contrat emprunte simplement son caractère aléatoire à l'obligation⁶⁷³. Le contrat n'en est donc pas moins parfait puisque les obligations caractéristiques naissent dès sa formation. Les mêmes obligations, d'ores et déjà à la charge des parties, permettront notamment d'apprécier la validité du contrat à travers le contrôle de son équilibre ou plutôt de son déséquilibre, lié à la probabilité du risque couvert. Le principe de concomitance entre formation et perfection est là encore démontré malgré le caractère aléatoire saisi par l'opération.

⁶⁷⁰ S'il exclut la commutativité, le caractère aléatoire du contrat n'exclut donc pas la réciprocité.

⁶⁷¹ Sur cette distinction : NICOLAS (V.), th. préc., §96-97. Comp. HADDAD MIMOUN (E.), *Les notions de contrat d'assurance*, Coll. Droit des assurances, PUAM, 2021, §222 et s., qui considère que la mutualisation des risques est un « critère de qualification du contrat d'assurance ».

⁶⁷² « Sur le plan juridique, il en résulte que l'assureur est tenu, dès la prise d'effets du contrat, d'une véritable obligation, dite de couverture (...), qui est inscrite dans la durée. En cas de sinistre, elle se résoudra dans le versement d'une somme d'argent (ou d'une prestation en nature), autrement dit par l'exécution, généralement instantanée, d'une obligation de règlement », MAYAUX (L.), *Les grandes questions...*, préc., §20.

⁶⁷³ Suivant cette logique, le contrat de vente peut devenir aléatoire si les parties ont accepté l'aléa affectant l'une des prestations essentielles, par exemple l'authenticité du bien vendu. En revanche, la souscription d'une obligation de garantie des vices cachés, aléatoire par nature, ne suffit pas à le rendre obligatoire car il ne s'agit pas d'une obligation principale de ce contrat.

220. Synthèse – En définitive, les contrats de restitution et de garantie sont parfaits immédiatement. La perfection du contrat de prêt n'est en rien suspendue à la remise du bien prêté, sauf dans l'hypothèse où ce procédé sert à former le contrat (ce qui ne fait que confirmer le principe d'une coïncidence entre la formation et la perfection). De même, la perfection du contrat de cautionnement et du contrat d'assurance n'est en rien suspendue à la défaillance du débiteur principal pour le premier, et à la survenance du sinistre pour le second. L'éventualité caractéristique de ces deux contrats se trouve « absorbée » par l'opération – plus précisément par le caractère tantôt subsidiaire, tantôt aléatoire de l'obligation souscrite, de sorte qu'elle se réalise immédiatement.

B - La réalisation successive de l'opération

221. Contrat à exécution successive – Si le principe de perfection immédiate se trouve confirmé à l'endroit des contrats à exécution instantanée, cela paraît plus délicat s'agissant des contrats à exécution successive. Pour le comprendre, il convient de revenir brièvement sur la définition de ces contrats.

222. Définition – L'art. 1111-1 al. 2 du code civil définit le contrat à exécution successive comme « celui dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps ». Pourtant, le simple échelonnement de prestations multiples ne suffit pas à rendre l'exécution successive, toute prestation ayant tendance à durer dans le temps en raison des phénomènes matériels nécessaires à son exécution. Qu'il s'agisse d'un contrat de livraison ou d'un contrat de construction immobilière, plusieurs jours, plusieurs mois, voire plusieurs années peuvent être nécessaires à la complète exécution des prestations. Pour autant, il n'est pas certain que tous les contrats dont l'exécution dure dans le temps méritent la qualification de contrats à exécution successive. Comme cela a été suggéré en doctrine, l'exécution successive repose moins sur le nombre et la durée des prestations que sur la *répétition périodique* de celles-ci. Le pivot de la qualification de contrat à exécution successive résiderait ainsi dans la succession de phases d'exécution, c'est-à-dire dans la divisibilité de l'exécution et la récurrence des prestations⁶⁷⁴. Pour reprendre les propos de M. Libchaber, « la répétition mécanique des prestations » entraînerait la « réitération constante d'un échange patrimonial »⁶⁷⁵. L'exécution successive ne serait donc qu'une répétition de l'opération selon l'équilibre convenu initialement, l'exemple classique étant le contrat de bail : chaque loyer payé correspond à la jouissance pour une certaine durée de temps, entraînant une répétition de l'échange.

⁶⁷⁴ ROCHFELD (J.), « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004/1, p. 47, §16.

⁶⁷⁵ LIBCHABER (R.), *Le contrat au XXI^e siècle, L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, op. cit., §37.

223. Une naissance successive des obligations – Cette redéfinition du contrat à exécution successive suscite des interrogations quant au moment de naissance des obligations. Classiquement, on considère que les obligations naissent dès la formation du contrat mais que leur exécution peut être suspendue. Cette approche, que l'on doit très largement à M. Putman⁶⁷⁶, est conforme à la distinction que l'art. 1111-1 du code civil opère aujourd'hui entre l'obligation et la prestation. Pourtant, elle ne semble convenir qu'au contrat à exécution successive doté d'une durée déterminée. Dans ce cas en effet, le fait que les parties se soient entendues sur la durée du contrat implique qu'elles se soient entendues sur le nombre de périodes de répétition de l'opération, en faisant un élément à part de l'opération. Il n'y a donc pas d'obstacle à la naissance immédiate de l'ensemble des obligations. En revanche, dès lors que le contrat est à durée indéterminée, il paraît peu logique de considérer que le preneur a déjà souscrit l'obligation de payer le loyer chaque mois et que le bailleur a d'ores et déjà l'obligation de garantir la jouissance paisible, puisque la durée du contrat et l'étendue des obligations des parties sont incertaines au moment de la conclusion du contrat. Comme nous l'avons vu, une obligation ne mérite plus cette qualification dès lors qu'elle devient incertaine dans son principe⁶⁷⁷. Le contrat à exécution successive présenterait donc la spécificité de reporter la naissance des obligations⁶⁷⁸. Celles-ci auraient pour spécificité de « se reformer périodiquement »⁶⁷⁹. Faut-il pour autant en déduire que le contrat est imparfait ?

224. Une répétition périodique de l'opération – Même si l'on retient que la naissance des obligations est incertaine au moment de la formation du contrat, le contrat à exécution successive n'est pas un contrat imparfait pour autant. Cela serait un non-sens, car la satisfaction des parties se réitère au gré des échéances. Le contrat à exécution successive se distingue en effet du contrat à exécution instantanée dans lequel « les contractants regardent l'exécution globale comme seule susceptible de satisfaire leur intérêt au contrat »⁶⁸⁰. À titre de comparaison, le contrat de prêt se présente comme un contrat à exécution instantanée parce que les parties se sont entendues sur le nombre d'échéances. L'obligation de rembourser le montant versé naît donc définitivement à la charge de l'emprunteur dès la conclusion du contrat et les échéances permettent donc simplement d'étaler ce remboursement⁶⁸¹. À l'inverse,

⁶⁷⁶ PUTMAN (E.), th. préc., §579 : « la réitération des prestations aux « termes » successifs fixés par le contrat est bien, en principe, suspendue dans sa seule exigibilité et non dans son existence ».

⁶⁷⁷ M. Putman notait d'ailleurs, dès l'introduction de sa thèse, que « l'insuffisante certitude, l'insuffisante détermination des droits du créancier jettent un doute sur leur existence même » et que « le droit de créance est proprement inconcevable sans un « droit d'exiger » », PUTMAN (E.), th. préc., §7.

⁶⁷⁸ Selon un auteur, la dette naît dès la formation du contrat tandis que le droit de créance naît au gré des échéances : « avant terme, il y a une dette sans créance, donc pas d'obligation : le créancier n'est qu'un « créancier éventuel » » (FOREST (G.), th. préc., §580). Toutefois, si on fait une analyse causale, on voit mal pourquoi le débiteur serait tenu avant chaque échéance alors que le créancier ne l'est pas encore. Il semble plus logique de retenir que la naissance de l'obligation (créance *et* dette) est reportée à chaque échéance, par la répétition de l'opération.

⁶⁷⁹ TORCK (S.), « La date de naissance des créances en droit civil », art. préc., §13.

⁶⁸⁰ ROCHFELD (J.), « Les modes temporels d'exécution du contrat », art. préc., §17.

⁶⁸¹ Cela explique que l'emprunteur ne puisse faire un remboursement anticipé du prêt qu'avec l'accord du prêteur, le montant des intérêts dus à chaque échéance ayant été pris en compte dans l'équilibre de l'opération.

lorsque le contrat est à exécution successive (on dira plutôt à *réalisation* successive), il existe donc une succession des phases de perfection du contrat par la répétition de l'opération. C'est ainsi que le contrat d'assurance, dont on a vu qu'il donne naissance à une obligation aléatoire dès la formation, deviendra un contrat à exécution successive reportant la répétition de l'opération d'assurance si les parties ont identifié des périodes distinctes de couverture. L'aléa sera alors reproduit à chaque période, la prime fixe versée par l'assuré étant la contrepartie de l'obligation aléatoire souscrite par l'assureur⁶⁸². M. Libchaber note à ce titre que « l'exécution successive réitère périodiquement une permutation dont l'équilibre et le principe avaient été formés une fois pour toutes ; et l'obligation est bien le moyen technique de cette réitération. Dans leur économie propre, ces contrats marquent ainsi un véritable bégaiement de l'échange, un recommencement échelonné de la volonté fondatrice, sans perspective d'évolution »⁶⁸³. Le contrat est donc parfait dès sa formation, en ce qu'il donne naissance aux obligations nécessaires à la réalisation de l'opération au moins pour une période. L'opération se trouve déjà réalisée avant d'éventuellement se répéter. Parce que le contrat est à durée indéterminée, l'éventualité qui affecte le principe de répétition de l'opération ne porte toutefois pas atteinte à sa perfection, car elle ne fait pas obstacle à la réalisation de l'opération.

225. Conclusion du §1 – À travers ces quelques exemples, on a donc pu remarquer que le contrat est parfait dès sa formation en ce qu'il modifie immédiatement l'ordonnement juridique. Lorsque le contrat se forme, il se produit donc une « présentation » ou un « équilibre causal », qui donne à l'acte toute sa plénitude. Du fait de cet équilibre, le contrat est tout à fait apte à intégrer une certaine éventualité, au moyen par exemple d'une obligation aléatoire ou subsidiaire, de sorte qu'il n'y a pas d'entrave au principe de perfection immédiate de l'acte. Le constat est similaire hors du domaine contractuel : la procédure de formation imposée à l'acte s'avère être une véritable action porteuse d'effets de droit.

§2 - LE PROCESSUS DE FORMATION COMME ACTION

226. Action : de la volonté à l'effet – Outre le contrat, les actes juridiques peuvent être considérés comme de véritables « actions juridiques »⁶⁸⁴. Leur formation correspond en effet à l'accomplissement

⁶⁸² L'identification du phénomène de répétition de l'opération d'assurance permet de comprendre pourquoi l'assureur doit rembourser le montant de la prime correspondant à la période ultérieure à la date de résiliation, lorsque les versements de celle-ci n'ont pas été échelonnés (art. L. 113-4 al. 4 c. assur.).

⁶⁸³ LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les effets du contrat », art. préc., §14. En ce sens égal., M. Ancel remarque que les parties d'un contrat à exécution successive « ne deviennent créancières l'une de l'autre qu'au fur et à mesure de l'exécution du contrat, selon la périodicité fixée par celui-ci », ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel », art. préc., §42.

⁶⁸⁴ Le terme « action » n'a évidemment aucun rapport avec l'action en justice ou les actions contractuelles que sont l'action oblique, l'action directe et l'action paulienne, voire l'action interrogatoire.

de l'action qu'ils désignent, dans la mesure où l'ordre juridique réglemente précisément leur mode de formation et les effets qui y seront attachés. L'action apparaît tantôt individuelle, reposant sur la seule intervention de l'auteur de l'acte (A), tantôt coordonnée, faisant intervenir une autorité publique aux côtés de l'auteur (B). Dans les deux cas, le processus de formation permet la réalisation de l'opération juridique. En conséquence, il existe une coïncidence entre la formation et la perfection de l'acte.

A - Action individuelle

227. L'unilatéralité porteuse d'effets – L'acte unilatéral peut être réceptice, il se forme alors par la réception que fait autrui de la volonté émise, ou non-réceptice, il se forme alors par la simple émission de la manifestation de volonté⁶⁸⁵. Dans l'un et l'autre cas, il convient de voir que l'acte produit effet dès l'achèvement de son processus de formation⁶⁸⁶. Ainsi, « les uns pourront prendre existence et efficacité sans qu'aucune direction matérielle leur soit imprimée, c'est-à-dire plus simplement, sans qu'il soit besoin pour leur auteur de les notifier à autrui. (...) À l'inverse, les autres actes unilatéraux seront soumis (...), à des exigences plus grandes ; la simple extériorisation de la volonté sera impuissante à les parfaire, et il faudra de plus qu'elle soit expressément adressée à quelqu'un »⁶⁸⁷. Dès lors, il est utile de savoir à quel moment l'acte achève de se former (1), car c'est à ce moment qu'il produit ses effets (2).

1 - Choix du système : émission ou réception ?

228. Absence de système général – Lorsqu'on se trouve face à un acte unilatéral, il n'est pas aisé de savoir s'il se forme définitivement par l'émission ou la réception de la volonté de son auteur, car le législateur n'indique jamais expressément si l'acte unilatéral est réceptice ou non⁶⁸⁸. Il n'existe qu'une exception notable : celle des actes de procédure, pour lesquels l'art. 651 al. 1^{er} du code de procédure civile prévoit qu'ils « *sont portés à la connaissance des intéressés par la notification qui leur en est faite* ». En ce domaine, il ne fait pas de doute que la notification est un procédé de réception destiné à former définitivement l'acte, même si le texte précité évoque simplement une notification destinée à informer le destinataire⁶⁸⁹. Hors de ce domaine, et faute de pouvoir se référer à une théorie générale de

⁶⁸⁵ V. *supra*, n° 73.

⁶⁸⁶ Nous réservons l'étude de l'offre et de son acceptation, qui feront l'objet d'une étude ultérieure, l'offre étant en effet un acte réceptice prospectif, que l'acceptation a pour objet de parfaire. V. *infra*, Deuxième partie.

⁶⁸⁷ MARTIN DE LA MOUTTE (J.), th, préc., §179. Plus loin : « Il n'est pas sans importance de connaître le moment où un acte est formé, puisque c'est à partir de cet instant qu'il produit normalement ses effets » (§192).

⁶⁸⁸ Au contraire du droit allemand qui retient un principe de nécessité de la réception pour la perfection. §130 BGB : « *Une déclaration de volonté qui doit être émise à l'égard d'une personne, mais qui est faite en son absence, devient efficace au moment où elle lui parvient* ».

⁶⁸⁹ CORNU (G.), FOYER (J.), *Procédure civile*, 1996, PUF, §127, pour qui la notification « est aux actes de procédure ce qu'est la publication aux lois et aux règlements et la notification aux actes administratifs individuels ».

l'acte juridique, et en particulier de l'acte juridique unilatéral, on ne dispose donc pas d'un fondement légal permettant de distinguer les actes qui doivent être soumis au système de la réception et ceux qui doivent être soumis au système de l'émission. C'est la raison pour laquelle la doctrine s'est lancée à la recherche d'un critère.

229. À la recherche d'un critère – Toutes les tentatives pour identifier un critère de distinction ont un point commun : elles appellent à la prise en compte des répercussions qu'un acte unilatéral peut avoir sur les tiers. Certes, comme l'avait remarqué Martin de la Moutte, « l'élément fondamental qui marque véritablement la substance d'un tel acte est qu'il n'exprime jamais une conciliation d'intérêts contradictoires »⁶⁹⁰. Pourtant, même si l'acte unilatéral n'opère aucune conciliation de l'intérêt de son auteur avec ceux des tiers, cela ne signifie pas que l'intérêt d'autrui doive être complètement négligé. Plus encore que le contrat, l'acte unilatéral a vocation à modifier l'ordonnement juridique et il est donc susceptible d'atteindre la sphère d'intérêt d'autrui⁶⁹¹. Aussi son processus de formation doit ménager une place aux tiers intéressés par les effets de l'acte. Ainsi l'acte devait être réceptice s'il a « pour fonction directe soit une information soit un ordre juridique, soit une atteinte aux droits d'autrui »⁶⁹². Martin de la Moutte était un fervent défenseur de l'idée selon laquelle le choix du système devait dépendre du but de l'acte. L'auteur mettait donc l'accent sur les nécessités inhérentes à l'opération réalisée, comme l'a récemment rappelé M. Cerqueira. « Dans les deux premières hypothèses (*ndlr : information ou ordre juridique*), le caractère réceptice fait partie de l'essence même de la volonté notifiée puisqu'autrement l'opération n'aurait eu aucun sens ; dans la dernière hypothèse, la notification s'impose naturellement, car l'acte produit des effets sans l'acceptation de l'individu qui les subit (*ndlr : atteinte au droit d'autrui*) »⁶⁹³. Dans une étude récente, M. Cerqueira a toutefois proposé un autre critère. Bien qu'approuvant l'analyse précédente, il estime que le critère du but de l'acte dissimule le véritable critère de la distinction : l'assujettissement. L'auteur remarque que lorsque l'acte est réceptice c'est généralement parce qu'il revêt un caractère personnel et comminatoire pour le destinataire, voire pour son auteur⁶⁹⁴. Il remarque qu'« un rapport de sujétion-pouvoir en résulte et apparaît comme une propriété commune à toute manifestation de volonté devant parvenir à son destinataire »⁶⁹⁵. Par conséquent « la réceptivité serait une exigence tirée de l'état de soumission induit par l'acte unilatéral

» ; *Rép. Proc. Civ. Dalloz*, « Actes de procédure », G. MAUGAIN, 2023, §207, « Elle est indispensable car, sans elle, l'acte de procédure ne saurait produire d'effet ».

⁶⁹⁰ MARTIN DE LA MOUTTE (J.), th. préc., §46. En ce sens, plus récemment : « Tandis que dans l'acte unilatéral, le droit attache des effets de droit à l'expression d'un intérêt isolé, dans l'acte conventionnel, le droit prend en considération la rencontre d'intérêts qui s'est opérée », LEQUETTE (S.), « La notion de contrat », art. préc., §34.

⁶⁹¹ Sur la démonstration de ce rayonnement de l'acte unilatéral, v. *infra*, n° 330.

⁶⁹² MARTIN DE LA MOUTTE (J.), th. préc., §187. Il ajoute que pour distinguer les opérations réceptices de celles qui ne le sont pas, il faut s'attacher « au but et à la fonction naturelle des actes ».

⁶⁹³ CERQUEIRA (G.), « Le critère de qualification de l'acte juridique réceptice », art. préc., spéc. p. 164.

⁶⁹⁴ CORNU (G.), *Linguistique juridique*, préc., §51, p. 225.

⁶⁹⁵ CERQUEIRA (G.), « Le critère de qualification de l'acte juridique réceptice », art. préc., §31.

de volonté »⁶⁹⁶. Mais l'examen du droit positif révèle l'échec d'un tel raisonnement, qu'il mette l'accent sur le but de l'acte ou sur l'assujettissement qu'il réalise.

230. L'échec des critères – Malgré leur pertinence, les deux critères avancés ne sont manifestement pas de droit positif. Il est vrai qu'on les retrouve parfois pour justifier le caractère réceptice de certains actes. Ainsi la réceptivité de l'acte de mise en demeure a pu être défendue au motif que « l'ordre n'aurait aucun sens s'il n'était pas communiqué à la personne à soumettre »⁶⁹⁷. Et il s'avère que la mise en demeure est effectivement un acte réceptice, dont la formation définitive est subordonnée à la réception du destinataire⁶⁹⁸. Néanmoins ce critère s'avère non opératoire, car certains actes unilatéraux ayant pour but un ordre juridique ou une atteinte aux droits d'autrui ne sont pas réceptices. C'est le cas par exemple du licenciement, comme nous le verrons ultérieurement. Manifestant la puissance de la décision unilatérale de l'employeur, la réception par le salarié n'est pas une condition de la formation de cet acte, la notification ayant simplement pour effet de communiquer la prise de décision au salarié. De même, le critère de l'assujettissement ne fonctionne pas toujours. Certes, il s'avère souvent pertinent puisque la quasi-totalité des actes unilatéraux intervenant dans les rapports contractuels est réceptice, confirmant la règle selon laquelle l'unilatéralité est exceptionnelle en matière contractuelle. Parmi les actes qui sont réceptices, on peut ainsi citer : la résiliation unilatérale du contrat, la sollicitation d'une réduction du prix en cas d'inexécution ou encore l'acte de suspension d'exécution. Reste que le critère ne fonctionne pas toujours puisque nous verrons que la résiliation du contrat d'assurance par l'assureur n'est pas un acte réceptice⁶⁹⁹. M. Cerqueira y voit d'ailleurs une véritable exception justifiée par la volonté du législateur de faciliter la résiliation. En somme, le règlement de cette question dépend d'un arbitrage qui correspond difficilement à des critères objectifs, déterminés en amont. S'ils ne sont pas de droit positif, les critères avancés pourraient toutefois constituer des propositions intéressantes pour régler la question de la réceptivité des actes unilatéraux. Outre le contentieux que génère l'absence de système, il s'avère dangereux pour la sécurité juridique puisque le classement de l'acte unilatéral dans l'une ou l'autre de ces catégories a une incidence sur le moment de perfection.

2 - Incidence sur le moment de perfection

231. Concomitance – En tant que tel, le caractère réceptice de l'acte juridique n'indique pas à quel moment l'acte unilatéral produit effet. Il indique simplement à quel moment celui-ci se forme

⁶⁹⁶ *Ibid.*, §35.

⁶⁹⁷ MIGNOT (M.), « La réceptivité de la mise en demeure », *LEDB*, 2017, n° 8, p. 3, note sous Civ. 1^{ère} 22 juin 2017, n° 16-18.418, Publié au Bulletin.

⁶⁹⁸ Civ. 1^{ère} 22 juin 2017, préc. ; *D.* 2017. 1356 ; *AJDI* 2017. 859, obs. L. Lang, J. Moreau et O. Poindron ; *AJ contrat* 2017. 386, obs. J. Lasserre Capdeville ; *LEDB*, 2017, n° 8, p. 3, M. Mignot. Déjà en ce sens : Civ. 2^{ème} 16 novembre 2004, n° 03-16.270, Inédit.

⁶⁹⁹ *V. infra*, n° 234.

définitivement, l'enjeu étant de savoir si la manifestation de volonté peut encore être rétractée après avoir été émise. Souvent pourtant, les auteurs associent le caractère réceptice d'un acte, formé par la réception, et son caractère performatif, l'acte étant parfait dès sa réception⁷⁰⁰. Cette confusion provient du principe d'alignement entre formation et perfection : l'acte non-réceptice est parfait dès l'émission de la manifestation de volonté (a), tandis que l'acte réceptice n'est parfait qu'au moment de la réception de la manifestation de volonté (b).

a) La perfection par l'émission de volonté

232. L'émission porteuse d'effets – Lorsque l'acte est non-réceptice, la simple émission de la volonté de son auteur suffit à le former définitivement et à lui faire produire effet. Ainsi, « pour les déclarations non réceptices, le changement dans le monde juridique se produit par la déclaration, elles deviennent donc efficaces à ce moment »⁷⁰¹. Autrement dit, « un seul acte les réalise »⁷⁰². Pour identifier de tels actes, il semble opportun de se rapporter à la finalité de la notification qui est souvent exigée dans le domaine des actes unilatéraux, que ceux-ci soient réceptices ou non. La présence d'une notification n'est en effet pas suffisante pour qualifier l'acte unilatéral d'acte réceptice. On peut opérer une distinction entre les notifications constitutives, dont nous verrons qu'elles assurent la réception de la manifestation de volonté et ce faisant, la formation définitive de l'acte ; et les notifications « autonomes », dont la finalité est simplement de porter l'existence et la consistance des effets de droit à la connaissance d'autrui⁷⁰³. Lorsque la notification a simplement vocation à informer les tiers de la production d'un effet de droit d'ores et déjà acquis, l'acte est manifestement non-réceptice, ayant d'ores et déjà produit effet au moment où la volonté est notifiée. Un acte peut donc être non-réceptice et donner lieu à une notification. Cette notification ayant simplement pour finalité d'informer sur la production d'un effet, l'acte est déjà parfait. De tels actes ne sont pas majoritaires. On peut relever essentiellement deux exemples : le licenciement et la résiliation.

⁷⁰⁰ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil : Les obligations*, t. 1 – L'acte juridique, Coll. Université, Sirey, 17^{ème} éd. 2022, §893 : « Certains actes unilatéraux n'ont d'existence juridique que sous la condition d'avoir été portés, par une notification, à la connaissance de la personne envers laquelle ils sont appelés à produire effet. De tels actes sont qualifiés réceptices, par opposition aux actes non réceptices, dont l'efficacité n'est subordonnée qu'à la manifestation de volonté de leur auteur... » ; GRIMALDI (C.), *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, Coll. Doctorat et Notariat, t. 23, Defrénois, 2007, §731, « l'acte réceptice est l'acte efficace au jour de sa réception par son destinataire ».

⁷⁰¹ DURMA (M.), th. préc., §276.

⁷⁰² *Ibid.* §265.

⁷⁰³ Sur le rappel et l'exploitation contemporaine de cette distinction : CERQUEIRA (G.), « Le critère de qualification de l'acte juridique réceptice », *Mél. C. Witz*, LexisNexis, 2018, p. 143 ; RBII (J.), « L'acte unilatéral réceptice », art. préc., p. 88.

233. Licenciement – Autrefois, la chambre sociale de la Cour de cassation considérait que la rupture du contrat de travail intervenait par la réception de la lettre de licenciement par le salarié⁷⁰⁴. La notification était donc constitutive de cet acte. Désormais elle retient au contraire « *que la rupture d'un contrat de travail se situe à la date où l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin, c'est-à-dire au jour de l'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception notifiant la rupture* »⁷⁰⁵. La notification de la rupture est donc devenue un acte véritablement autonome. Ayant vocation à informer le salarié de son licenciement, elle n'est pas un procédé dont la réception est nécessaire pour parfaire l'acte. Dès l'émission de la lettre par l'employeur, le licenciement produit donc ses effets. La solution nous semble logique eu égard à la particularité de l'opération de licenciement, qui se présente comme une rupture unilatérale d'une relation de travail, donc d'un lien de subordination. Il semble ainsi logique que la rupture prenne effet au moment où l'employeur envoie la lettre de licenciement. Pourtant la jurisprudence adopte une position pragmatique puisque le moment de perfection de l'acte, qui correspond à la date à laquelle le salarié peut être considéré comme licencié, n'a pas vocation à régler toutes les questions relatives au licenciement. La Cour de cassation considère par exemple qu'un certain nombre de délais ouverts au salarié pour agir courent à compter de la notification du licenciement, donc à compter de la réception de la lettre⁷⁰⁶. La notification se présente donc comme un acte autonome qui n'a pas vocation à parfaire le licenciement, d'ores et déjà intervenu.

234. Résiliation – La résiliation d'un contrat intervient en principe par la seule émission de la volonté de résilier, donc sans attendre que la volonté ne soit réceptionnée. L'art. L.113-12 du code des assurances retient expressément cette solution. La résiliation étant intervenue dès l'émission de la volonté de résilier, la fin du contrat est donc d'ores et déjà acquise au moment où la volonté de résilier est notifiée au cocontractant. Le principe de perfection immédiate ne signifie pas que le contrat sera éteint au jour de la résiliation, mais simplement que le principe de la réalisation sera acquis à ce jour. En principe le contrat prendra fin au jour d'anniversaire de sa prise d'effet et c'est donc à cette date que les obligations disparaîtront⁷⁰⁷. Nous verrons toutefois ultérieurement qu'il s'agit d'un simple terme, événement futur dont la certitude permet de préserver la perfection de l'acte juridique⁷⁰⁸.

⁷⁰⁴ Soc. 17 octobre 2000, n° 98-42.581, *Bull. civ. V*, n° 332 ; *D.* 2000. IR. 304 ; *RJS* 2000, 804, n° 1240 ; *Gaz. Pal.* 2000, n° 335, p. 13, obs. F. Ghilain.

⁷⁰⁵ Soc. 11 mai 2005, n° 03-40.650 et n° 03-40.651, *Bull. Civ. V*, n° 159 ; *Dr. soc.* 2005. 920, obs. Mouly ; *Dr. soc.* 2006. 1193, obs. J. Savatier ; *D.* 2006, 701, note Reynès ; *D.* 2007, 688, obs. Leclerc ; *JCP E* 2005, n° 26, 1023 ; *JCP G* 2005, n° 25, 2453 ; *CSBP* 2005, n° 173, p. 378, obs. F.-J. Pansier. La solution a depuis été réitérée, par ex. : Soc. 28 novembre 2006, n° 05-42.202, *Bull. Civ. V*, n° 354.

⁷⁰⁶ C'est le cas par exemple du délai de préavis : Soc. 7 novembre 2006, n° 05-42.323, *Bull. civ. V*, n° 327.

⁷⁰⁷ LEVENEUR (L.), LAMBERT-FAIVRE (Y.), *Droit des assurances*, Précis Dalloz, 14^{ème} éd. 2017, §299.

⁷⁰⁸ V. *infra*, n° 282.

b) La perfection par la réception de la volonté

235. La réception porteuse d'effets – Lorsque l'acte unilatéral est réceptice, on constate au contraire que ce dernier prend effet au moment de la réception. Là encore, la perfection concorde avec la formation définitive, qui intervient ici par la réception. Cette solution est expressément reprise par l'avant-projet de Code européen des contrats, qui prévoit dans son article 20 que « *les déclarations et les actes unilatéraux réceptices produisent les effets qui peuvent en dériver en vertu de la loi, de la coutume et de la bonne foi, à partir du moment où ils parviennent à la connaissance de la personne à laquelle ils sont destinés (...)* ». Cette solution générale n'est évidemment pas dictée par le Code civil. On remarque toutefois que la plupart des actes unilatéraux réceptices deviennent parfaits au moment de leur réception. L'acte de déchéance du terme, acte unilatéral réceptice, produit effet par la réception qu'en fait le destinataire⁷⁰⁹. De même, l'exercice d'un droit de préemption, acte unilatéral réceptice là encore, produit effet au jour de la réception par son destinataire⁷¹⁰. On peut également citer l'acte de mise en demeure, dont l'efficacité intervient là encore au jour de sa réception, ce qui signifie qu'elle sera dépourvue de tout effet si elle n'est pas notifiée⁷¹¹. Enfin, l'acte de démission d'un dirigeant de société, acte là encore réceptice, produit effet dès qu'il est porté à la connaissance de la société⁷¹². Du fait de ce principe de coïncidence, l'enjeu de détermination du caractère réceptice de l'acte unilatéral réside dans l'identification de son moment de perfection, lequel intervient donc au moment où la manifestation de volonté est réceptionnée. Parfois la question est également posée de savoir si les destinataires doivent prendre connaissance de la manifestation de volonté pour que celle-ci puisse être considérée comme ayant été réceptionnée. Mais à dire vrai cette question touche davantage à la définition même du procédé de réception et donc, de l'acte réceptice. C'est pourquoi nous n'entendons pas rentrer dans le détail de cette question. On notera simplement qu'en toute logique, si on retient que la réception implique la connaissance, cela doit avoir pour effet de reporter le moment d'efficacité de l'acte à la connaissance effective de celui-ci par le destinataire, la seule réception matérielle n'étant dès lors plus suffisante. Mais la plupart des auteurs optent pour un système de présomption de connaissance du fait de la réception⁷¹³.

236. Incidence du délai – Pour en finir sur ce point il faut remarquer que bien souvent, le respect d'un délai légal ou conventionnel est indissociable de la formation de l'acte, que celle-ci soit conditionnée à la seule émission ou à la réception de la manifestation de volonté. Lorsque l'acte se trouve enserré dans un certain délai, il faut donc que l'ensemble des procédés qui le constituent interviennent dans ce délai,

⁷⁰⁹ Civ. 1^{ère} 17 février 2021, n° 19-21.615, Inédit ; *LEDB* 2021, n° 4, p. 7, M. Mignot.

⁷¹⁰ Civ. 3^{ème} 14 juin 2005, n° 04-14.738, Inédit ; *LEDC* 2011, n° 8, p. 7, G. Pillet.

⁷¹¹ Civ. 1^{ère} 22 juin 2017, arrêt préc.

⁷¹² Com. 22 février 2005, n° 03-12.902, *Bull. Civ. IV*, n° 38 – Com. 20 septembre 2017, n° 15-28.262, Inédit.

⁷¹³ En ce sens : MARTIN DE LA MOUTTE (J.), th. préc., §204.

ce qui rappelle une fois de plus que l'acte unilatéral repose sur un pouvoir qui doit être exercé dans les limites prévues. Si l'acte est non-réceptice, l'émission de la manifestation dans le délai laissé devrait donc suffire à le former efficacement. En revanche, si l'acte est réceptice, il semble que la réception doive également intervenir dans le délai laissé pour agir. Un lien existant entre l'efficacité et la formation de l'acte, il n'est donc pas étonnant que la question du caractère réceptice ou non-réceptice de l'acte soit posée lorsqu'un délai est imposé. Faute pour la réception d'être intervenue dans les délais, l'acte réceptice sera logiquement dépourvu de toute efficacité⁷¹⁴. La Cour de cassation a récemment retenu cette solution concernant l'acte d'opposition à l'entrée en vigueur d'une convention ou d'un accord collectif formulé par des organisations syndicales⁷¹⁵. L'acte d'opposition étant un acte unilatéral réceptice, la réception devait intervenir dans le délai laissé, la seule émission dans le délai étant insuffisante à lui faire produire effet. Ayant échoué à former l'acte, la manifestation de volonté faite hors délai constituait donc un véritable acte inexistant et ce faisant, insusceptible de produire le moindre effet⁷¹⁶.

237. Comme le contrat, l'acte unilatéral obéit donc à un principe de concomitance entre sa formation et sa perfection. Selon qu'il est réceptice ou non-réceptice, il sera donc parfait tantôt par l'émission de la manifestation de volonté, tantôt par sa réception.

B - Action coordonnée

238. La complexité porteuse d'effet – Il peut arriver que l'action de l'auteur de l'acte ne suffise pas à former l'acte juridique, dans la mesure où l'effet de droit recherché dépend de l'intervention d'une autorité publique détentrice du pouvoir de le produire. Dans ce cas, l'acte peut être qualifié d'« acte juridique complexe »⁷¹⁷. La complexité de l'acte, qu'il nous faut définir (1) permet d'expliquer pourquoi l'acte peut produire effet par le simple fait de sa formation (2).

1 - Explication de la complexité

239. Rejet du critère quantitatif – Pour la plupart des auteurs, l'acte peut être qualifié de complexe s'il repose sur une *pluralité* de manifestations de volonté. En ce sens, M. Cornu retient que le

⁷¹⁴ En ce sens : LEVENEUR (L), LAMBERT-FAIVRE (Y.), *Droit des assurances*, Précis Dalloz, 2017, 4^{ème} éd. §298 : « lorsque les conditions requises par la loi ne sont pas remplies, la résiliation, acte unilatéral, ne peut produire ses effets et le contrat se poursuit de plein droit ».

⁷¹⁵ Soc. 10 janvier 2017, n° 15-20.335, Publié au Bulletin ; *Dalloz actu.* 25 janvier 2017, J. Cortot.

⁷¹⁶ Sur cette particularité de l'inexistence, v. *infra*, n° 413.

⁷¹⁷ BEZIN (E.), « Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe », *Rec. Acad. législ. Toulouse*, 1905, p. 289 ; MOREAU (J.), « À la recherche de l'acte complexe : l'exemple du droit public », *Droits*, n° 7, 1988, p. 75.

contrat est un acte complexe, car on peut identifier une « pluralité des agents qui sont à l'origine d'un même énoncé »⁷¹⁸. Une partie de la doctrine suggère pourtant qu'il existe une différence entre l'acte complexe et le contrat, ce qui donnerait son intérêt à la première notion. L'acte serait complexe en raison d'une *fusion* des manifestations de volonté. Il reposerait « non une somme, mais un produit de deux déclarations de volonté qui (...) vont donner naissance à une nouvelle déclaration de volonté, complexe celle-là, indépendante des précédentes »⁷¹⁹. Il constituerait ainsi une troisième catégorie irréductible au contrat et à l'acte unilatéral, l'acte pouvant ici être qualifié de « collectif »⁷²⁰ ou de « conjonctif »⁷²¹. Pourtant, dès lors que la fusion des déclarations de volonté donne naissance à une partie unique, l'acte est forcément un acte unilatéral. Cela est d'autant plus vrai que cette fusion se traduit par l'unité de l'intérêt qui guide la réalisation de l'acte juridique⁷²². La complexité de la volonté n'altère donc pas la nature unilatérale de l'acte. D'ailleurs, il se pourrait même que l'acte juridique formé soit un contrat si chaque partie opère une fusion de plusieurs entités et que les deux parties parviennent à un accord⁷²³. La complexité d'un acte juridique ne semble donc pas devoir être recherchée dans le nombre d'auteurs.

240. Adoption d'un critère qualitatif – Selon nous, le critère de l'acte complexe réside plutôt dans un critère qualitatif, qui tient à l'intervention d'une autorité particulière dans le processus de formation de l'acte, cumulativement aux manifestations de volonté du ou des auteurs. La complexité de l'acte s'impose ainsi lorsque le ou les auteurs de l'acte ne sont pas aptes à générer seuls les effets de droit. Une entité spécialement habilitée par l'ordre juridique intervient alors à leurs côtés pour la réalisation de l'opération juridique. Ces intervenants ne sont pas pour autant des auteurs de l'acte puisqu'ils ne sont ni à l'initiative de l'acte, ni intéressés personnellement par la réalisation de l'opération juridique. L'acte complexe peut ainsi être unilatéral ou plurilatéral, selon le nombre des manifestations de volonté. L'exemple le plus évident d'acte unilatéral complexe est la reconnaissance de paternité. Il ne fait aucun doute en effet que cet acte est unilatéral puisqu'il repose sur la seule volonté du déclarant⁷²⁴. Pourtant nous verrons que cette manifestation de volonté ne peut intervenir sans le relai d'une autorité compétente, en l'occurrence d'un notaire ou d'un officier d'état civil. Comme le note M. Terré, « de

⁷¹⁸ CORNU (G.), *Linguistique juridique*, préc., §50.

⁷¹⁹ BEZIN (E.), « Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe », art. préc., §2.

⁷²⁰ ROUJOU DE BOUBÉE (G.), *Essai sur l'acte juridique collectif*, Bibl. de dr. privé, t. 27, LGDJ, 1961.

⁷²¹ CABRILLAC (R.), *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, Bibl. de dr. privé, t. 213, LGDJ, 1991.

⁷²² En ce sens, des auteurs notent que l'acte complexe « naît de la fusion ou de la conjonction de volontés qui, poursuivant le même objet, étant sous-tendues par le même intérêt, ne représentent pas des parties adverses comme c'est le cas dans le contrat, mais forment une partie unique et plurale », *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Acte juridique », préc., §200. V. égal. : BEZIN (E.), « Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe », art. préc., §2 : « leurs intérêts ne sont plus opposés, mais identiques, parallèles ; aucune lutte ne se peut concevoir entre elles, puisqu'en réalité chacune d'elles fait la même déclaration de volonté, pour accomplir un acte unique, en vue de la satisfaction d'un intérêt identique ».

⁷²³ Par exemple, un contrat conclu entre deux copropriétés. Sur cette qualification : CABRILLAC (R.), th. préc. ; CABRILLAC (R.), *op. cit.*, §44 ; MARMAYOU (J.-M.), *L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties*, PUAM, 2002.

⁷²⁴ VÉRON (M.), « Volonté du « père » et reconnaissance d'enfant », *RTD Civ.* 1967. 521.

proche en proche, on parcourt une zone d'intervenants dont la situation impose le recours à des analyses nuancées, par exemple lorsqu'il s'agit de personnes appelées à autoriser, à assister ou à représenter les principaux intéressés à la réalisation de l'acte juridique »⁷²⁵. L'acte complexe est donc singulier en ce qu'il fait intervenir des « coopérants » à l'acte dans le processus de formation, sans qu'ils ne se confondent avec le ou les auteurs de l'acte.

241. « Coopérants » à l'acte – Les autorités qui interviennent nécessairement pour la formation de l'acte complexe peuvent être qualifiées de « coopérants » à l'acte, dans la mesure où leur fonction « est de parfaire l'acte, de le rendre possible ou complet selon que leur intervention précède ou suit la décision principale »⁷²⁶. Si l'acte complexe s'avère irréductible à un contrat, c'est donc parce que les intervenants le sont de manière asymétrique, à titre différent et dans un but particulier. Le mariage constitue également un exemple classique d'acte complexe : il demeure irréductible au contrat parce que l'officier d'état civil est seul apte à déclarer les époux unis par le lien du mariage. Toutefois, bien que ce dernier participe nécessairement à la formation de l'acte complexe, il n'est pas auteur de l'acte pour autant. Le fait que le coopérant à l'acte ne recherche pas les effets de droit pour lui-même conduit non seulement à lui dénier la qualité d'auteur, mais aussi à ne pas voir dans son intervention une véritable « manifestation de volonté »⁷²⁷. Cela explique également qu'aucune fusion des manifestations de volonté ne puisse être mise en évidence, le coopérant n'ayant pas vocation à subir ou profiter des effets de l'acte. Sa coopération est essentielle *parce que* la loi y subordonne le processus de formation de l'acte. La formation de l'acte devient à la fois le lieu d'expression de la volonté des auteurs, mais aussi le lieu d'accomplissement de « formalités destinées à conférer à la volonté une force obligatoire qu'elle n'a pas sans cela (autorisations, habilitations, homologations, avis conformes, etc.) »⁷²⁸.

242. Une formation conditionnée – L'intervention du coopérant à l'acte constitue donc une véritable condition de forme sans laquelle l'acte juridique ne peut pas se former. Cette forme sert « à élever l'accord des parties jusqu'à la sphère étatique hors de laquelle l'acte ne produirait pas son effet »⁷²⁹. Cette appartenance de l'intervention d'une autorité spéciale aux conditions de formation est bien connue en droit public. Lorsque la formation du contrat doit être soumise à une autorité de contrôle pour approbation, le juge administratif retient en effet qu'à défaut d'autorisation le contrat est inexistant et non simplement annulable. Même si les formules varient, la jurisprudence y voit un acte « non approuvé

⁷²⁵ TERRÉ (F.), « Les seconds rôles dans l'événement juridique », *Mél. Hauser*, Dalloz, 2012, p. 1047.

⁷²⁶ MOREAU (J.), « À la recherche de l'acte complexe : l'exemple du droit public français », art. préc., §12.

⁷²⁷ En ce sens : FERRARI (P.), « Essai sur la notion de co-auteurs d'un acte unilatéral en droit administratif français », *Recueil Ch. Eisenmann*, Ed. Cujas, 1977, p. 215, « L'analyse juridique de la participation de plusieurs sujets à l'édition d'un acte unilatéral doit permettre de déterminer parmi les personnes qui interviennent dans la procédure d'édition celles qui peuvent être considérées comme les véritables auteurs de l'acte au sens juridique du terme ».

⁷²⁸ GUERRIERO (M.-A.), *L'acte juridique solennel*, Bibl. de dr. privé, t. 137, LGDJ, 1975, p. XV.

⁷²⁹ POSEZ (A.), *L'inexistence du contrat, Un autre regard sur sa formation*, thèse dactyl, Paris 2, 2010, §307.

», qui n'est pas devenu définitif⁷³⁰. Dans ce cas, la formation de l'acte obéit à une véritable procédure. Parce que le processus de formation est complexe et s'éloigne du modèle de l'acte de langage ou de comportement – unilatéral par essence, des auteurs se demandent même « à quel niveau » se situe l'acte juridique. « On se demande si les éléments qui concourent à l'efficacité juridique d'un acte peuvent, le cas échéant, être envisagés isolément comme constituant autant d'actes juridiques autonomes, ou si la qualification doit être réservée à l'acte complet et parfait »⁷³¹. Pourtant la complexité de la procédure n'entache pas l'unité de l'acte juridique puisque diverses entités coopèrent pour réaliser une opération unique, ce critère révélant une fois de plus sa pertinence dans la définition de l'acte juridique. Comme l'a remarqué M. Encinas de Munagorri : « de toute évidence, une seule opération juridique est ici élaborée, c'est-à-dire un seul acte au sens de *negotium* »⁷³². Nous sommes donc bien face à un acte complexe et non face à plusieurs actes⁷³³.

243. Sur le plan de la formation, l'acte complexe se présente comme une véritable opération à procédure. Cela a une incidence sur le moment de perfection de l'acte, qui se trouve là encore nécessairement aligné avec celui de sa formation définitive.

2 - Incidence sur le moment de perfection

244. Une opération à procédure – Parce que la formation de l'acte juridique obéit à une véritable procédure, qui mobilise à la fois ses auteurs et une autorité particulière, l'acte devient une véritable opération à procédure⁷³⁴. Les conditions imposées par l'ordre juridique pour la formation de l'acte sont donc intimement liées à l'opération qu'il doit accomplir. Ce faisant, la formation de l'acte permet simultanément la réalisation de l'opération juridique recherchée. Certaines de ces opérations peuvent être qualifiées de « traditionnelles », dans la mesure où elles ont toujours été marquées par un fort interventionnisme, n'ayant jamais été abandonnées à la liberté individuelle (a). D'autres peuvent être qualifiées de « contemporaines », dans la mesure où elles sont issues d'un mouvement relativement récent de libéralisation, compensé néanmoins par l'intervention d'une entité particulière (b).

⁷³⁰ BOURDON (P.), *Le contrat administratif illégal*, Nvll. bibl. de thèses, vol. 131, Dalloz, 2014, §905 et s.

⁷³¹ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Acte juridique », préc., §36

⁷³² ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), th. préc., §299.

⁷³³ Encore faut-il accepter de retenir une conception syncrétique de l'acte juridique, en admettant que la déclaration de volonté n'est qu'un élément constitutif de l'acte. *Contra*, MOREAU (J.), « À la recherche de l'acte complexe : l'exemple du droit public français », *Droits*, n° 7, p. 75, §1 : « l'acte complexe est à l'évidence un ensemble d'actes juridiques dont chaque élément conserve sa propre individualité, mais dont les liens qui les unissent sont tels que leur somme constitue un « ensemble », doté d'un régime juridique spécifique ».

⁷³⁴ *Ibid.*, p. 77.

a) Opérations à procédure traditionnelles

245. Interventionnisme – Toute opération à procédure repose sur l'intervention d'une autorité spécialement habilitée à produire l'effet de droit recherché. Elle concerne donc souvent des actes pour la formation desquels il existe un fort interventionnisme, parce qu'ils interviennent dans des domaines du droit très marqués par l'ordre public. C'est le cas en particulier en droit de la famille : mariage, divorce, reconnaissance d'enfant, etc. Notre droit connaît depuis longtemps ces actes complexes, mais du fait de leur finalité spécifique, ils sont souvent l'objet d'études autonomes et rarement de réflexions liées à leur qualité d'actes juridiques⁷³⁵. Nous n'entendons pas présenter ces actes de manière exhaustive. Trois exemples significatifs doivent permettre de démontrer que la notion d'opération à procédure est révélatrice du lien particulier qui unit l'intervention du coopérant à l'acte aux effets de droit à produire.

246. Mariage – Certains voient dans le mariage une forme de contrat, exacerbant la place de la volonté des époux. D'autres y voient une institution, exacerbant la dimension statutaire de l'accord intervenu. La qualification d'opération à procédure présente l'avantage de reprendre la part de vérité inhérente à chacune de ces qualifications. Elle ménage en effet une place à la volonté des auteurs de l'acte, les époux, et à l'intervention de celui qui doit impérativement coopérer pour que l'acte existe et produise effet, l'officier d'état civil⁷³⁶. Comme le note M. Cornu, « dans le mariage, le contrat est l'adhésion à l'institution »⁷³⁷. Or, l'adhésion des époux suppose l'intervention de l'officier d'état civil. « S'il prend acte de leur accord, il fait acte de les unir. Son intervention n'est donc pas que formelle, mais également substantielle en ce qu'elle s'avère nécessaire, non pas seulement à la validité, mais à l'existence même du mariage »⁷³⁸. Tant que celui-ci n'est pas intervenu, le mariage demeure donc un acte juridique en formation et les époux sont libres de changer d'avis⁷³⁹. Ils le sont notamment entre le moment où ils répondent « oui » à l'interrogation de l'officier d'état civil et le moment auquel ce dernier doit les déclarer unis par les liens du mariage⁷⁴⁰. Si le prononcé du mariage par l'officier d'état civil est donc essentiel pour clore la procédure de formation, il permet également de déclencher les effets du

⁷³⁵ À l'exception notable d'une thèse : MAUMONT (B.), *L'acte juridique en droit des personnes et de la famille*, th. dactyl., Bordeaux, 2015. L'auteur note qu'en ce domaine, l'opération à procédure est un moyen « d'amalgamer des actes successifs en mouvement et recouvre une chaîne d'actes de volonté qui, une fois exécutés, constituent l'objet de l'adhésion des actes ultérieurs » (§584).

⁷³⁶ Carbonnier évoquait le « rôle efficient » de l'officier d'état civil : CARBONNIER (J.), *Droit Civil, t. I – Introduction. Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, PUF, Quadriga, 2004, §544.

⁷³⁷ CORNU (G.), « Consentement au mariage et consentement au divorce en trompe-l'œil », *Mél. Meulders-Klein, Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruylant, 1998, p. 103, spéc. p. 106.

⁷³⁸ POSEZ (A.), th. préc., §308.

⁷³⁹ Roubier l'avait bien remarqué : « jusqu'au dernier moment, les personnes qui doivent donner leur consentement au mariage peuvent changer d'avis, et si l'une d'elles refuse, le mariage ne pourra être célébré », ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, Coll. Philosophie du droit, Dalloz, Paris, 1963, p. 13.

⁷⁴⁰ FENOUILLET (D.), *Droit de la famille*, Cours Dalloz, 5^{ème} éd., 2022, §108 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (Ch.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, §109.

mariage⁷⁴¹. Cela se voit très clairement dans la formulation choisie par le législateur. Ainsi l'art. 203 du code civil énonce que « *les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants* ». S'agissant plus largement des droits et devoirs sur lesquels repose tout mariage, les articles 212 et suivants du code civil indiquent qu'ils sont là encore attachés à la qualité d'époux acquise par le fait du mariage. Dès lors que le mariage est célébré, les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance ; ils assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille ; ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir ; ils s'obligent mutuellement à une communauté de vie. En ce sens, l'art. 226 du code civil énonce que l'ensemble de ces dispositions, à l'exception de celles qui peuvent écartées par l'application des conventions matrimoniales, « *sont applicables, par le seul effet du mariage, quel que soit le régime matrimonial des époux* ». La célébration du mariage entraîne l'application immédiate du régime juridique correspondant.

247. Divorce judiciaire – Le divorce judiciaire repose nécessairement sur une intervention du juge⁷⁴². Cela en fait donc une opération à procédure, ce qui n'est pas surprenant puisque une véritable procédure judiciaire permet alors son prononcé. Dans ce cas le juge *prononce* le divorce, raison pour laquelle il produit ses effets principaux lorsque le juge clôt la procédure. Cette concomitance entre formation et perfection s'explique par le rôle déterminant du juge dans la rupture de ce lien matrimonial, qu'il est le seul susceptible de réaliser lorsque les circonstances exigent que le divorce soit judiciaire. Par ailleurs il faut voir que, là encore, cette finalité se réalise forcément de manière unitaire, les époux ne pouvant demeurer mariés pour une part, mais divorcés pour l'autre. « Entre ces deux situations juridiques, il n'y a point de place pour une position intermédiaire »⁷⁴³.

248. Reconnaissance d'enfant – Enfin, pour clore l'examen des opérations à procédure traditionnelles, il convient de remarquer que l'acte de reconnaissance d'enfant réalisé sur le fondement de l'art. 316 du code civil constitue un acte complexe dans la mesure où la déclaration de son auteur ne suffit pas à sa formation. La reconnaissance intervient grâce au relai de la personne qui instrumente l'acte et dont l'intervention s'avère absolument nécessaire pour lui donner effet. Son intervention ne constitue donc pas une simple exigence de validité, mais de perfection de celui-ci. Ce faisant la formation de l'acte, qui fait intervenir le notaire ou l'officier d'état civil, est nécessaire, mais suffisante pour que l'acte réalise l'opération recherchée, la reconnaissance de l'enfant désigné dans l'acte. Cette efficacité immédiate s'explique aussi par la nature hybride de la reconnaissance, qui comporte une part

⁷⁴¹ En ce sens, un auteur note que l'officier d'état-civil « n'est pas un simple témoin de l'échange des consentements. Il célèbre le mariage, unit les époux au nom de la loi, et la formation du lien se situerait donc en cet instant précis », LEMOULAND (J.-J.), « Conditions de forme du mariage », in : MURAT (P.) (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 7^{ème} éd. 2016-2017, n° 113.153.

⁷⁴² Le « divorce judiciaire » est entendu ici de manière restrictive car l'hypothèse du divorce par consentement mutuel judiciaire (aussi appelé « divorce gracieux »), fera l'objet d'une étude ultérieure. V. *infra*, n° 252 et s.

⁷⁴³ JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, t. 1, 3^{ème} éd. Sirey, 1938, p. 521, §954. « Les effets du divorce se ramènent tous à ce phénomène essentiel que le lien conjugal est rompu, le mariage est dissous ».

d'engagement, mais aussi un aveu de son auteur, dont on a vu qu'il justifiait le caractère non-réceptice de l'acte. C'est donc à cet instant précis que le lien de filiation est établi et que les droits et devoirs qui en découlent sont mis à la charge et au bénéfice de son auteur. L'engagement pris par ce dernier coïncide logiquement avec son aveu de paternité.

249. Vertus de la procédure – Lorsque l'acte juridique est complexe, il est généralement possible d'identifier une condition ultime qui clôt la procédure et qui s'avère bien souvent révélatrice de la conception que l'on se fait de l'acte en question. En matière de mariage, la condition ultime était autrefois sa consommation par les époux⁷⁴⁴. Avant que le mariage ne soit consommé par les époux, ce dernier n'était pas considéré comme définitivement formé et le lien matrimonial n'était donc pas encore créé. Aujourd'hui il n'en va évidemment plus ainsi : la formule prononcée par l'officier d'état civil suffit à marquer l'achèvement du processus. Cela signifie également que si l'un des époux refuse de procéder au mariage canonique, le mariage n'est pas remis en cause, ne s'agissant pas d'une condition de perfection du mariage. En toute hypothèse, la procédure imposée repose sur une diversité de conditions et aboutit à un acte de clôture qui parfait le tout. L'identification de la condition ultime de formation de ces actes permet donc de régler sans ambiguïté le régime de la volonté des auteurs de l'acte. Tant que l'acte n'est pas définitivement formé, ces derniers peuvent changer d'avis, sans procédure particulière. Pour cela il leur suffit de ne pas aller au bout de leur démarche, ce qui revient à ne pas manifester leur volonté. Aussi n'est-il pas étonnant de rencontrer fréquemment des actes complexes en droit de la famille. La formation successive permet à l'auteur de l'acte d'interrompre à tout moment le cours des choses et de faire ainsi obstacle à la formation de l'acte envisagé⁷⁴⁵. On le voit très bien s'agissant du mariage : tant que ce dernier n'est pas célébré, il est possible d'y renoncer. Ce défaut de célébration s'entend très largement au point que chacun des futurs époux peut choisir de renoncer au mariage jusqu'à ce que l'officier d'état civil l'interroge sur sa volonté de se marier. Dans le cas du divorce également, l'étalement de la procédure est bienvenu parce qu'il laisse aux époux la possibilité de mûrir longuement leur consentement. Ces derniers peuvent donc décider de renoncer au divorce, ce qui donne d'ailleurs tout leur intérêt aux procédés de médiation. Ils peuvent aussi décider d'opter pour une autre procédure de désunion, afin d'aller vers un divorce par consentement mutuel, le consentement désignant non pas l'accord sur le principe du mariage, mais plutôt sur ses conséquences⁷⁴⁶. Inversement, la

⁷⁴⁴ Sur cette question : BRUGUIERE (J.-M.), « Le devoir conjugal », *D.* 2000. 10, spéc. §6.

⁷⁴⁵ En ce sens : GRIMALDI (M.), « Les contradictions légitimes au détriment d'autrui dans le droit patrimonial et extrapatrimonial de la famille », in : BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, colloque Paris V, Economica, 2001, p. 161, spéc. p. 163-164 : « Or, de tels actes, les auteurs ou les acteurs peuvent vouloir interrompre *in extremis* le processus de conclusion ou se libérer à la longue des contraintes de l'exécution ».

⁷⁴⁶ CORNU (G.), « Consentement au mariage et consentement au divorce en trompe-l'œil », *Mél. Meulders-Klein*, Bruylant, 1998, p. 103.

procédure de divorce judiciaire doit permettre de rechercher un accord des parties à tous les stades de la procédure⁷⁴⁷.

250. L'acte juridique complexe a donc pour particularité de faire intervenir des coopérants à l'acte qui sont déterminants de la production des effets de droit. L'acte constitue ainsi une véritable opération à procédure, parfaite immédiatement. Si les opérations à procédures identifiées sont relativement classiques, la volonté du législateur de libéraliser certaines d'entre elles a donné naissance à des opérations juridiques « contemporaines », qui renouvellent l'intérêt d'identifier le moment et les conditions de perfection de l'acte juridique.

b) Opérations à procédure contemporaines

251. Libéralisation – Depuis quelques années, le législateur a entrepris de libéraliser certaines opérations à procédure en usant de la technique contractuelle et en ayant recours à des procédés destinés à en conditionner les effets⁷⁴⁸. Or, des interrogations subsistent sur la nature juridique de ces procédés : s'agit-il de véritables conditions de formation ou de simples conditions de perfection ? Pour le savoir, il convient d'étudier successivement les conventions soumises à une homologation (i) et les conventions soumises à un enregistrement (ii).

i) Les conventions homologuées

252. Le procédé d'homologation – Du latin *homologare*, reconnaître, l'homologation se définit comme l'approbation judiciaire à laquelle la loi subordonne certains actes. Se greffant sur une convention préexistante, le procédé est donc censé ménager une liberté contrôlée. Les parties s'accordent tout d'abord sur le contenu de l'acte, avant de le soumettre à l'homologation. Le procédé s'impose lors d'un changement de régime matrimonial en cas d'opposition (art. 1397 al. 4 c. civ.) et pour le divorce par consentement mutuel en présence d'un enfant mineur demandant à être entendu par le juge (art. 229-2, 1° et 230 c. civ.). D'où la question suivante : le juge participe-t-il véritablement à la formation du contrat ou son intervention se greffe-t-elle sur un acte juridique préexistant ? Autrement dit, l'homologation est-elle une condition de formation ou une simple condition d'efficacité de l'acte ?⁷⁴⁹ La plupart des auteurs considèrent qu'une convention est formée dans un premier temps et que

⁷⁴⁷ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Introduction, Biens, Personnes, Famille, op. cit.*, §1928.

⁷⁴⁸ Sur l'extension potentielle de cette libéralisation au mariage, v. : BEIGNIER (B.), « Qui prononce le divorce sans juge ? Qui marie ? Du droit civil au droit privé de la famille », *Dr. fam.* 2017, n° 4, rep. 4.

⁷⁴⁹ MAUMONT (B.), th. préc., p. 648, qui titre « Condition d'efficacité ou condition de formation ? ».

l'homologation permet de lui donner effet ultérieurement, de la parfaire. Comme le note M. Balensi « ce qui fait l'originalité des décisions du juge de l'homologation parmi les décisions gracieuses, c'est essentiellement qu'elles se greffent sur des actes juridiques préexistants, qui pourraient très bien se suffire à eux-mêmes si le législateur n'en avait décidé autrement »⁷⁵⁰. Toutefois il nous paraît assez contestable, dès lors que l'acte juridique est une notion purement juridique, de distinguer les formalités techniquement indispensables et celles qui s'imposent par la volonté du législateur. Aucun critère évident ne nous semble distinguer ces deux catégories. Le juge intervient en réalité dans le processus de conclusion du contrat : il assure sa formation définitive *et en même temps*, sa perfection.

253. Une homologation qui forme – La soi-disant « convention » des époux n'est pas un contrat à part entière, qu'il s'agisse de la convention de divorce ou de la convention de changement de régime matrimonial. Au mieux s'agit-il d'un « contrat judiciairement formé »⁷⁵¹, mais cette qualification demeure ambiguë : si tout contrat repose sur un accord de volontés pour sa formation, tout accord de volontés n'est pas nécessairement un contrat. Lorsque l'homologation est obligatoire, elle constitue une véritable condition cumulative de formation, qui éclipse selon nous la qualification de contrat. Le juge homologateur prend véritablement part à la procédure de formation et l'accord des époux n'est donc qu'une étape au sein d'une procédure permettant à l'acte de se former. Cela signifie que l'acte est inexistant avant l'intervention du juge qui coopère à sa formation.

254. L'inexistence de l'acte avant l'homologation – Dire que la « convention » des parties n'est pas un acte juridique à part entière peut surprendre. Pour la plupart des auteurs, on serait face à un véritable contrat dont la seule aptitude à produire des effets de droit serait soumise à l'homologation du juge⁷⁵². Pour qu'une telle approche fasse sens, il faudrait néanmoins que l'acte puisse exister par le seul accord des parties. Or, il faut voir que les époux doivent réitérer leur consentement jusqu'à ce que la procédure d'homologation intervienne. Il appartient ainsi au juge de « vérifier la *persistance* du consentement des parties lors de l'homologation »⁷⁵³. Cette solution ne semblait pas forcément bien acquise avant que la jurisprudence ne se prononce expressément sur ce point. Surtout, la solution semblait dépendre du type de convention soumise à l'homologation. Alors que l'homologation de la convention de changement de régime matrimonial était soumise au maintien de leur consentement par les époux, ce que la Cour de

⁷⁵⁰ BALENSI, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD Civ.* 1978. 42 et 233, spéc. §4

⁷⁵¹ L'expression est empruntée à un auteur : ENGEL-CREACH (A.), *Les contrats judiciairement formés*, Economica, 2002. Le sens ici retenu est plus étroit, le caractère judiciaire de l'acte provenant de la nécessaire intervention du juge pour la formation de l'acte au sens strict. L'auteur l'entend plus largement puisqu'il étudie également le cas de l'homologation facultative, dont nous verrons qu'elle a simplement pour effet de conférer force exécutoire à un contrat préexistant.

⁷⁵² BLEUSEZ (M.), th. préc. L'auteur fonde d'ailleurs la qualification de contrat imparfait sur l'existence certaine de l'acte juridique frappé d'imperfection.

⁷⁵³ LATINA (M.), th. préc., §142.

cassation avait expressément retenu dans un arrêt rendu le 14 avril 2010⁷⁵⁴, ce n'était pas le cas pour la convention de divorce. Toutefois la Cour de cassation est venue aligner les solutions. Dans un arrêt du 9 juin 2021, la première chambre civile de la Cour de cassation a retenu que le juge pouvait refuser l'homologation d'une convention de divorce si celle-ci ne représentait pas une volonté concordante des époux⁷⁵⁵. La volonté des époux n'est ainsi pas définitivement acquise au moment de la signature de l'accord en vue du divorce ou du changement de régime matrimonial. Or, comment pourrait-on qualifier de « contrat » ou « convention » un accord qui doit encore être réitéré ? Un tel acte n'a aucune force obligatoire⁷⁵⁶, ce qui signifie nécessairement qu'il n'est pas définitivement formé. Que les parties doivent encore exprimer leur volonté de conclure un contrat est le signe qu'aucun contrat n'existe véritablement avant l'homologation et que le juge est un acteur essentiel de la procédure. La convention qui lui est soumise pour homologation n'est donc qu'un « projet d'acte », c'est-à-dire un « *acte régissant l'avenir élaboré par un organe ou une personne et soumis, pour adoption ou homologation, au contrôle d'un autre organe ou d'une autorité ou même à l'acceptation d'un éventuel cocontractant* »⁷⁵⁷. Aussi on retient généralement que c'est l'homologation qui confère force obligatoire à l'acte⁷⁵⁸, de sorte que les parties à la convention n'ont pas l'obligation de la solliciter⁷⁵⁹. Le juge ne contribue donc pas seulement à lever un obstacle à l'inefficacité. Et pour cause, la « convention » des époux ne constitue pas un acte juridique au sens d'un procédé permettant la réalisation d'un *negotium*, mais un simple *instrumentum* qui doit être produit pour homologation⁷⁶⁰.

255. Le juge comme coopérant – Comme l'avait déjà signalé Hauser « l'homologation est bien partie intégrante de l'acte »⁷⁶¹. Ainsi, le juge participe véritablement au processus de sa formation⁷⁶². On peut

⁷⁵⁴ Civ. 1^{ère} 14 avril 2010, n° 09-11.218, *Bull. civ. I*, n° 97 ; *D.* 2010. 1087 ; *D.* 2011. 1107, obs. M. Douchy-Oudot ; *JCP G* 2010, n° 1220, note G. Wiederkehr ; *JCP N* 2010, p. 1274, note J. Massip ; *Defrénois* 2010, p. 1367, note J. Massip.

⁷⁵⁵ Civ. 1^{ère} 9 juin 2021, n° 19-10.550, Publié au bulletin. On notera toutefois que la solution avait déjà été retenue pour la convention de divorce sur demande conjointe : la cour de cassation a énoncé que le juge devait s'assurer du « *maintien de la volonté* » des parties, Civ. 2^{ème} 29 septembre 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 2, 558, J. Massip.

⁷⁵⁶ En ce sens : GOUJON-BETHAN (Th.), th. préc., §108 ; LATINA (M.), th. préc., §142. *Contra* : MOREAU (P.), *L'homologation judiciaire des conventions, Essai d'une théorie générale*, Larcier, 2007, §105.

⁷⁵⁷ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, « Projet ».

⁷⁵⁸ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Introduction, Biens, Personnes, Famille, op. cit.*, §1797.

⁷⁵⁹ Seule fait exception l'hypothèse dans laquelle les parties se sont engagés à demander l'homologation. À ce sujet, v. : AUMERAN (X.), « Carence du club et incidence de l'absence d'homologation », *JS* 2021, n° 220, p.10 ; « Homologation et entrée en vigueur du contrat », *JS* 2021, n° 223, p. 8.

⁷⁶⁰ L'intervention de la caducité prévue par l'art. 250-3 c. civ. en cas de refus d'homologation n'accrédite nullement l'hypothèse d'une existence autonome de la convention. Certes, nous verrons que la caducité n'atteint que les actes juridiques formés (v. *infra*, n° 751 et s.), mais dans ce cas ce n'est pas la soi-disant convention des époux qui est frappé de caducité mais « *la demande en divorce* ».

⁷⁶¹ HAUSER (J.), « Le juge homologateur en droit de la famille », in : *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, XVIIIème colloque du CERCRID, Economica, coll. Études juridiques, 2001, p. 114.

⁷⁶² En ce sens : PUYO (Y.), « Étude comparative des conventions de divorce », *Dr. fam.* 2015. Étude 19, spéc. n° 6 ; PELLET (S.), « Homologation », in : *Dictionnaire du contrat, op. cit.*, n° 152 : « lorsque l'homologation du juge est systématiquement nécessaire, (...) il paraît plus logique de voir dans le contrat judiciairement homologué un jugement, et non plus un contrat ».

reprendre ici l'expression forgée par M. Goujon-Bethan, qui évoque une « homologation-habilitation » par le juge⁷⁶³. Il note que « le jugement d'homologation-habilitation, en ce qu'il conditionne totalement la normativité de l'effet substantiel primaire, possède une efficacité substantielle qui peut être dite constitutive de la force obligatoire »⁷⁶⁴. La procédure associe donc la volonté des époux et l'autorité du juge, lesquels « sont indissolublement liés et ne peuvent avoir d'efficacité de manière autonome : c'est de leur conjonction que naissent les effets juridiques recherchés »⁷⁶⁵. Les conditions sont sur un pied d'égalité : le juge et les époux participent tout autant au processus de formation de l'acte, de sorte que l'opération a un caractère « hybride » ou « mixte »⁷⁶⁶. Ce constat va de pair avec ce qui a motivé le développement du procédé. Tandis que l'admission des effets de droit est généralement présumée parce que les parties sont réputées être les meilleurs juges de leurs intérêts, la présomption tombe logiquement lorsque le législateur entend être le maître de ces intérêts. Imposer une homologation des actes libéralisés est donc un moyen de ne pas les faire tomber dans le domaine des actes privés traditionnellement caractérisés par un contrôle de validité *a posteriori* malgré une entrée en vigueur immédiate. En ce sens un auteur note que le procédé a pour objet de permettre au juge « de s'assurer que certains intérêts dont il a mission d'assurer la protection, se trouvent préservés »⁷⁶⁷. S'agissant du divorce par consentement mutuel judiciaire, l'homologation autrefois systématique a ensuite été imposée dans deux cas seulement, visés par l'art. 229-2 du code civil : si l'un des enfants, mineur et discernant, demandait à être entendu ou si l'un des époux était placé sous un régime de protection judiciaire. Depuis la loi 18 novembre 2016⁷⁶⁸, seule la première hypothèse demeure ouverte à un divorce par consentement mutuel judiciaire où elle est donc justifiée par la demande de l'enfant d'être entendu. S'agissant du changement de régime matrimonial, l'art. 1397 du code civil imposait là encore l'homologation dans deux séries de cas : lorsqu'une opposition était formée ou lorsque l'un ou l'autre des époux avait des enfants mineurs. Depuis la loi du 23 mars 2019, seule la première hypothèse demeure, les enfants majeurs pouvant néanmoins faire opposition et demander l'homologation. Bien que le domaine de l'homologation recule donc, il apparaît que ce processus se comprend comme une « compensation » de l'ouverture à la volonté contractuelle de certains domaines autrefois très marqués par l'ordre public. Là où les parties peuvent désormais exprimer leur volonté privée, l'homologation vient poser des limites à l'efficacité de l'accord

⁷⁶³ GOUJON-BETHAN (Th.), th. préc., p. 423 et s.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, §588.

⁷⁶⁵ BALENSI (I.), « L'homologation judiciaire des actes juridiques », art. préc., §32.

⁷⁶⁶ Sur cette qualification, v. essentiellement : ÉGÉA (V.), *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, Coll. Doctorat & Notariat, t. 43, 2010, p. 145 et p. 206 ; HAUSER (J.), « La loi, le juge et la volonté dans les réformes de droit de la famille », *Mél. Ph. Simler*, LexisNexis et Dalloz, 2006, p. 155 ; MAUMONT (B.), th. préc., §660 et s.

⁷⁶⁷ ENGEL-CRÉACH (A.), th. préc., §60.

⁷⁶⁸ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

en principe librement conclu⁷⁶⁹. Dans les deux cas, l'intervention du juge est essentielle à la formation de l'acte puisqu'il s'agit de sonder l'intérêt des parties et des tiers à l'acte, de le contrôler *a priori*.

256. Homologation facultative – Si l'homologation obligatoire constitue donc une véritable condition de formation de l'acte, de sorte que l'acte n'existe pas sans l'intervention du juge, il en va différemment lorsque l'homologation est facultative. Dans ce cas, le juge intervient vis-à-vis d'un contrat à part entière, dont la formation est achevée et qui produit des effets. L'intervention du juge a simplement pour but de renforcer l'efficacité du contrat en lui conférant force exécutoire⁷⁷⁰, après sa perfection⁷⁷¹. En ce sens, M. Théry note que « les actes qui sont soumis au juge pour qu'il les revête de la formule exécutoire sont des conventions d'ores et déjà conclues et valables en tant que telles et non des actes pour la perfection desquels le législateur impose une intervention judiciaire »⁷⁷². Facultative, l'homologation n'a rien d'un procédé perfecteur au sens où nous l'entendons. Il en va différemment si l'homologation est obligatoire : assurant la formation définitive de l'acte, elle permet en même temps de le parfaire.

257. Une homologation qui parfait – Comme le note un auteur, « le jugement d'homologation perfectionne la convention, laquelle produit pleinement ses effets à la date du jugement »⁷⁷³. L'acte est donc définitivement formé et parfait au même moment. Cet alignement est tout à fait logique. Il se justifie tout d'abord par le fait que l'effet à produire est intimement lié à l'intervention du juge. Dans les deux domaines où l'homologation est obligatoire, les effets de la convention ne peuvent en effet être dissociés de la finalité recherchée par les époux, tantôt la dissolution du lien matrimonial, tantôt la modification du régime matrimonial. Seule l'intervention du juge permet donc de réaliser l'opération

⁷⁶⁹ ÉGÉA (V.), « La liberté contractuelle renforcée par le recul de l'homologation judiciaire ? », *Constitutions* 2017, p. 97 ; CIMAMONTI (S.), PERRIER (J.-B.) (dir.), *Les enjeux de la déjudiciarisation*, Hors coll. LGDJ, 2019.

⁷⁷⁰ L'homologation est facultative et permet de conférer force exécutoire dans les cas suivants : la convention de changement de régime matrimonial hors les cas où elle est obligatoires (art. 1397 alinéa 5 c. civ.), la convention prise à l'issue d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative (art. 1565 c. civ.), la convention d'exercice de l'autorité parentale et de contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant (art. 373-2-7 c. civ.), le cautionnement (Civ. 2^{ème} 28 septembre 2017, n° 16-19.184, Publié au Bulletin ; *D.* 2017, p. 1983 – Com. 14 juin 2017, n° 12-11.644, Publié au Bulletin ; *D.* 2017. p. 1748).

⁷⁷¹ D'après M. Fardet l'homologation facultative permet de parfaire un contrat en lui conférant la force exécutoire qu'il n'avait pas avant. Dans son propos la perfection est donc un « *plus juridique* » et revêt un sens mélioratif (FARDET (Ch.), « La notion d'homologation », *Droits*, 1998, p. 181). Reste que l'auteur se contredit quelque peu en retenant par ailleurs que l'homologation peut parfaire un acte en le rendant obligatoire (FARDET (Ch.), *L'homologation en droit administratif*, th. dactyl., Paris II, 1996, §117).

⁷⁷² THÉRY (P.), « Homologation judiciaire d'un cautionnement : à la croisée de la convention et de la juridiction ou le mariage de l'eau et du feu », *RTD Civ.* 2018. 209.

⁷⁷³ MAUMONT (B.), th. préc., §873. La position de l'auteur demeure ambiguë car, tout en admettant que la formation de la convention repose sur l'intervention du juge, il retient que la convention existe en la forme « imparfaite » avant l'homologation.

juridique⁷⁷⁴. Le juge est un véritable *tertium quid*⁷⁷⁵, sa volonté étant tout autant nécessaire à la perfection de l'acte que celle des parties. L'alignement entre formation et perfection est également justifié par le fait que le procédé est un moyen d'assurer un contrôle *a priori* des actes qui étaient traditionnellement des opérations à procédures et dont on n'est pas parvenu à faire de véritables conventions. Cette « finalité tutélaire » du jugement d'homologation impose donc la « mise à l'écart du principe d'efficacité spontanée de l'acte juridique »⁷⁷⁶. Pour que l'opération se réalise, le juge doit vérifier que la volonté des époux est éclairée, mais aussi que les effets convenus sont respectueux de certains intérêts que le législateur refuse de laisser à leur libre disposition. Dans le cas d'une opposition par les tiers à la convention de changement de régime matrimonial, la logique est un peu différente, car il s'agit de différer la prise d'effet de la convention susceptible de nuire à leurs droits, pour prévenir la fraude et éviter une annulation rétroactive de l'acte. Dans les deux cas, la prise d'effet va de pair avec l'homologation qui doit clore le processus de formation. La loi est très explicite sur ce point qu'il s'agisse de l'opération de divorce ou de l'opération de changement de régime matrimonial. L'homologation et le prononcé du divorce sont en effet « indissociables »⁷⁷⁷ ou « indivisibles »⁷⁷⁸. C'est ce qu'indique très clairement l'art. 250-1 du code civil en énonçant que, « *lorsque les conditions prévues à l'article 232 sont réunies, le juge homologue la convention réglant les conséquences du divorce et, par la même décision, prononce celui-ci* »⁷⁷⁹. Dans le cas contraire, il doit refuser de procéder à l'homologation et le prononcé du divorce. Il en va de même pour l'homologation de la convention de changement de régime matrimonial. Si le juge a acquis la certitude que le changement n'est pas destiné à porter atteinte aux tiers ayant fait opposition, il doit homologuer la convention. Dans le cas contraire, il doit refuser l'homologation. La formation et la perfection sont donc véritablement concomitantes.

258. Difficultés – On voit la difficulté à « libéraliser » certaines procédures en associant une soi-disant convention à une homologation. Même si le législateur a entendu « (maintenir) le contrôle du juge sur la convention des époux et (subordonner) l'efficacité de celle-ci ainsi que le prononcé du divorce, à son

⁷⁷⁴ « Le caractère constitutif du jugement d'homologation-habilitation implique que les effets de la situation juridique substantielle se produisent à compter de l'homologation et non à compter de la manifestation du consentement des parties à l'acte », GOUJON-BETHAN (Th.), th. préc., §590.

⁷⁷⁵ ROLAND (H.), *Lexique juridique des expressions latines*, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2016, « Tertium quid », p. 370 : « Désigne, dans les cas où la volonté privée est impuissante, à elle seule, à obtenir le résultat recherché, l'élément qui manque à la perfection de l'acte juridique, à savoir l'intervention du juge ».

⁷⁷⁶ GOUJON-BETHAN (Th.), th. préc., §281. L'auteur note que l'homologation s'inscrit ici dans une logique de régulation, ce qui signifie à la fois « le refus de l'indisponibilité et le maintien d'un contrôle institutionnel » (§296).

⁷⁷⁷ FENOUILLET (D.), *op. cit.*, §222.

⁷⁷⁸ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), FARGE (M.), *op. cit.*, §785.

⁷⁷⁹ V. égal. l'art. 232 c. civ. qui énonce que « *le juge homologue la convention et prononce le divorce* » (al. 1^{er}) ou à l'inverse qu'il « *peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce* » (al. 2) et l'art. 1099 al. 3 CPC qui énonce que le juge « *rend sur-le-champ un jugement par lequel il homologue la convention et prononce le divorce* » (art. 1100 CPC pour le refus d'homologation et de prononcé du divorce).

homologation »⁷⁸⁰ ; cette technique est vaine, car la volonté des époux et l'objet de l'acte ne peuvent avoir de valeur propre avant l'intervention du juge. Si on donne l'illusion aux parties qu'elles s'apprêtent à conclure un contrat, c'est donc inexact. Non tenues par l'accord, elles peuvent encore renoncer à ses effets potentiels, l'homologation étant un moyen de former en même temps que donner effet à l'acte. L'illusion étant toutefois que les parties concluent une convention, cela génère des incertitudes quant au régime juridique de la convention homologuée, notamment quant à la possibilité d'annuler celle-ci⁷⁸¹. La Cour de cassation rejette toute action en nullité de la « convention de divorce », qu'elle considère être devenue un jugement par l'intervention du juge⁷⁸². La solution est doublement justifiée par le fait que le juge a prononcé le divorce après s'être assuré que la convention, qui doit régler les conséquences du divorce, présentait un équilibre global satisfaisant⁷⁸³. Il y aurait donc un risque certain de rupture de cet équilibre si la convention était finalement annulée, le principe du divorce n'étant pas remis en cause⁷⁸⁴. Pourtant, la solution inverse a été retenue pour la convention de changement de régime matrimonial homologuée : la jurisprudence a admis qu'une action en nullité puisse être exercée ultérieurement à l'homologation⁷⁸⁵. Dans cette hypothèse, il a donc été fait le choix de faire une distinction stricte entre l'autorité que l'acte tient de l'homologation, une atteinte supposée à l'intérêt de la famille ne pouvant plus être dénoncée⁷⁸⁶, et l'autorité que l'acte tient de l'accord des époux. Ces deux solutions nous paraissent incohérentes, car le statut de l'homologation est le même dans les deux cas : *c'est ce procédé qui forme et parfait l'acte*. Cette incohérence ne fait que révéler la difficulté à libéraliser partiellement une opération à procédure traditionnelle en lui substituant une procédure qui ménage davantage de place à la volonté commune des époux ; volonté commune qu'on a tôt fait de considérer comme une convention alors qu'elle n'est qu'une étape d'un acte juridique complexe.

⁷⁸⁰ LEMOULAND (J.-J.), « Formalisme et conjugalité : de quelques paradoxes », in : *Le formalisme, Sources et technique en droit privé positif*, Actes de colloque, Université de Pau et des pays de l'Adour, Lextenso, 2017, p. 81, spéc. p. 92.

⁷⁸¹ Plus largement, la question est posée du règlement d'éventuels oublis au moment de sa rédaction : CABRILLAC (S.), « L'omission dans les conventions définitives homologuées », *Dr. fam.* 2000, n° 5, chron. 11.

⁷⁸² Civ. 2^{ème} 6 mai 1987, n° 86-10.107, *Bull. Civ. II*, n° 103 ; *D.* 1987, 358, obs. J.-C. Groslière ; *Defrénois* 1987, 1069, obs. J. Massip ; *Defrénois* 1988, 1058, note M. Grimaldi ; *RTD Civ.* 1989, 50, obs. J. Rubellin-Devichi – Civ. 1^{ère} 1^{er} juin 2011, n° 10-30.205, *Bull. Civ. I*, n° 106 ; *D.* 2011, 2981, obs. Ph. Delebecque ; *RTD Civ.* 2012, 98, obs. J. Hauser ; *RTD Civ.* 2011, 578, obs. B. Vareille ; *AJ fam.* 2011, 383, obs. P. Hilt ; *Defrénois* 2011, 1694, note C. Courtaigne-Deslandes – Civ. 1^{ère} 23 novembre 2011, n° 10-26.802, *Bull. Civ. I*, n° 204 ; *RTD Civ.* 2012, 98, obs. J. Hauser ; *JCP N* 2011, n° 961 ; *Defrénois*, 2012, n° 7, note Y. Ould Aklouche ; *Dr. fam.* 2012, comm. n° 5, note V. Larribau-Terneyre ; *AJ fam.* 2012, 47, obs. V. Avena-Robardet – Civ. 1^{ère} 9 novembre 2016, n° 15-26.911, Inédit.

⁷⁸³ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (Ch.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, §340 ; COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), FARGE (M.), *op. cit.*, §786

⁷⁸⁴ Cette indivisibilité a d'ailleurs été critiquée par la doctrine : COUPET (L.), « La liquidation anticipée du régime matrimonial dans le divorce sur demande conjointe », *Mél. P. Kayser*, 1979, t. 1, p. 255 ; BRETON (A.), « Divorce et partage », *Mél. P. Hébraud*, 1981, p. 125.

⁷⁸⁵ Pour un vice du consentement : Civ. 1^{ère} 2 novembre 1977, *Bull. Civ. I*, n° 397 – Civ. 1^{ère} 9 octobre 1979, *Bull. Civ. I*, n° 237 – Civ. 1^{ère} 27 avril 1982, *Bull. Civ. I*, n° 148. Pour une fraude : Civ. 1^{ère} 14 janvier 1997, *Bull. Civ. I*, n° 20 – Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, *Bull. Civ. I*, n° 11.

⁷⁸⁶ Civ. 1^{ère} 29 mai 2013, n° 11-25.444, *Bull. Civ. I*, n° 115.

ii) Les conventions enregistrées

259. Procédé d'enregistrement – Toujours dans un objectif de libéralisation, le législateur permet la conclusion de conventions qu'il soumet à une procédure d'enregistrement par le notaire ou par un officier d'état civil. Il s'agit du pacte civil de solidarité (pacs) et de la convention de divorce par consentement mutuel. On peut là encore s'interroger sur l'implication du procédé d'enregistrement quant à la formation ou la perfection de la convention.

260. Pacs – Simple convention entre les parties, le pacs doit non seulement faire l'objet d'une déclaration conjointe des parties, mais doit aussi donner lieu à l'intervention d'un officier d'état civil ou d'un notaire, afin de procéder à son enregistrement. D'où la question de savoir si l'enregistrement intervient vis-à-vis d'un acte d'ores et déjà formé où s'il participe du processus de formation de l'acte.

261. Rejet de la qualification de contrat – Avant de rentrer dans le détail de la qualification, il faut remarquer que le pacs a été institutionnalisé en prenant le mariage pour modèle. Le mariage n'étant pas un simple contrat, il se pourrait que la procédure d'enregistrement fasse office de formalité constitutive, destinée à donner au pacs une dimension institutionnelle proche de celle du mariage⁷⁸⁷. À première vue pourtant, le pacs constitue une véritable convention dont l'enregistrement est simplement nécessaire à la production des effets de droit. L'art. 515-1 du code civil qualifie en effet l'accord de « *contrat conclu par deux personnes physiques majeures* ». Pour certains auteurs il ne fait donc aucun doute que le pacs est un contrat même s'ils admettent qu'il ne s'agit pas d'un contrat comme un autre⁷⁸⁸. Si la qualification de contrat devait être retenue, il faudrait donc discuter de la nature juridique de la formalité d'enregistrement, laquelle n'aurait dans tous les cas pas pour effet de dénaturer le contrat⁷⁸⁹. Pourtant on se trouve là encore selon nous face à un usage extensif de la notion de contrat, car l'officier d'état civil ou le notaire interviennent nécessairement pour recueillir la « *déclaration conjointe* » des personnes. Si formellement il y a bien une « *convention passée entre elles* » (art. 515-3 c. civ.), celle-ci n'oblige donc aucunement les parties avant d'être enregistrée. Les personnes qui désirent conclure un pacs sont donc tout à fait libres de changer d'avis avant de faire appel au coopérant qu'est le notaire ou l'officier d'état civil. Or, comment admettre qu'un contrat s'est formé si celui-ci n'a aucune force

⁷⁸⁷ BEIGNIER (B.), « Pacte civil de solidarité : nécessité du double original », *Deffrénois* 2001, n° 4, p. 232, « le mariage est une institution contractuelle ; le pacte civil de solidarité est un contrat institutionnel ».

⁷⁸⁸ ÉGÉA (V.), *op. cit.*, §530 et s. ; COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), FARGE (M.), *op. cit.*, §269 ; BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Introduction, Biens, Personnes, Famille, op. cit.*, §2079 ; BOSSE-PLATIÈRE (H.), « Nature juridique et évolution du PACS », Chapitre 151 in : *Droit de la famille*, Dalloz Action, 8^{ème} éd. 2020-2021, n° 151.32.

⁷⁸⁹ HAUSER (J.), « Le pacte civil de solidarité est-il un contrat consensuel ou un contrat solennel ? », *Deffrénois*, 2001, n° 10, p. 673 ; « Le PACS à l'épreuve du droit des contrats (le pacs est-il un organisme génétiquement modifié ?) », in : *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, LGDJ, 2002, p. 51. V. égal. : DESTAME (C.), « Un nouveau contrat solennel », *JCP N* 1999, p. 1698.

obligatoire ? Ce n'est qu'au moment de l'enregistrement de la soi-disant convention que l'acte sera formé. Aucun effet ne pourra donc être attaché à la soi-disant convention avant l'enregistrement, empêchant par exemple l'intervention d'un enregistrement posthume⁷⁹⁰. La rédaction d'un accord n'est donc qu'une phase préparatoire et seul l'enregistrement forme véritablement le pacs⁷⁹¹. En somme il n'y a pas de contrat au sens de l'art. 1101 du code civil, pas même un contrat de concubinage ne valant pas encore pacs⁷⁹². Cela aurait sinon pour effet de dissocier les effets « conventionnels » des effets légaux, pourtant liés dans l'institution même du pacs.

262. Un enregistrement qui forme et parfait – L'enregistrement n'est donc pas une simple solennité puisqu'il conditionne l'existence même du pacte⁷⁹³. L'enregistrement est l'occasion pour l'autorité publique qui reçoit l'acte – au sens matériel du terme, de procéder à un certain nombre de vérifications. Bien qu'elles ne soient évidemment pas aussi intenses que pour le mariage, elles permettent néanmoins d'approuver ce qui a été convenu entre les partenaires. Cela s'explique par le fait que le pacs n'est pas une simple libéralisation d'une opération à procédure, mais une nouvelle opération certes calquée sur le mariage, mais irréductible à ce dernier⁷⁹⁴. Ainsi, après l'accord formel des partenaires, « un dernier pas reste à franchir : confier la célébration même du partenariat à l'officier de l'état civil »⁷⁹⁵. Il en résulte que l'enregistrement peut être refusé. Il le sera si les demandeurs ne produisent pas l'*instrumentum* dont la pré rédaction est requise et il le sera également pour prévenir une annulation. L'enregistrement a donc une fonction similaire à celle de l'homologation obligatoire : elle permet l'intervention d'une autorité publique dans le processus de formation du pacs. Comme le notent des auteurs, « c'est l'enregistrement qui « fait » le Pacs, de même que la célébration « fait » le mariage »⁷⁹⁶. Aussi on admet aujourd'hui sans mal que la convention passée entre les parties ne vaut pas comme promesse de pacs. Une telle qualification aurait sinon pour effet d'imposer aux parties l'insertion d'une condition suspensive d'enregistrement pour échapper à la force obligatoire de leur accord sous seing privé⁷⁹⁷. Or, une telle condition serait manifestement contraire à l'intention du législateur qui a entendu lier l'efficacité du pacte à son enregistrement, seul apte à déclencher les effets prévus par la loi. Par ailleurs, l'union n'étant pas encore actée par l'enregistrement, les futurs partenaires n'ont pas l'obligation de déclarer leur accord et peuvent changer d'avis sans forme particulière jusqu'au tout dernier moment. Tout laisse donc à penser que leur volonté définitive de former l'acte sera émise au moment de leur déclaration conjointe

⁷⁹⁰ V. la réponse ministérielle n° 47405 du 21 août 2001, p. 4987.

⁷⁹¹ En ce sens : BÉNABENT (A.), *Droit de la famille*, LGDJ, Domat, 6^{ème} éd. 2022, §409-410, qui évoque une convention demeurant « lettre-morte » avant l'enregistrement.

⁷⁹² La requalification en convention organisant le concubinage serait en effet très nettement contraire à la volonté des parties. En ce sens : FENOUILLET (D.), *op. cit.*, §342.

⁷⁹³ En ce sens : STOFFEL (J.-N.), *th. préc.*, §195.

⁷⁹⁴ REVET (Th.), « La loi n° 99-944 du 15 nov. 1999, relative au pacte civil de solidarité », *RTD civ.* 2000. 173.

⁷⁹⁵ SIMLER (Ph.), HILT (P.), « Le nouveau visage du Pacs : un quasi mariage », *JCP G* 2006, n° 30, I, 161, §4.

⁷⁹⁶ MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *Droit de la famille*, Coll. Droit civil, LGDJ, 8^{ème} éd., 2022, §325.

⁷⁹⁷ HAUSER (J.), « Le pacte civil de solidarité est-il un contrat consensuel ou un contrat solennel ? », *art. préc.*

nécessaire à l'enregistrement⁷⁹⁸. En revanche l'enregistrement suffira à sa formation définitive et à sa prise d'effet. Cet enregistrement interviendra en principe dans l'immédiat, c'est-à-dire sans délai une fois la déclaration faite par les partenaires⁷⁹⁹. L'enregistrement permettra plus largement de donner effet au régime défini en amont par les parties, mais aussi aux effets que la loi attache directement au pacs. En somme, l'enregistrement fera office d'acte de clôture permettant la réalisation de l'opération juridique recherchée. L'acte sera formé et parfait à cet instant.

263. Divorce par consentement mutuel – Plus délicate est la question de savoir si l'acte sous signature privée contresigné par avocats nécessaire au divorce par consentement mutuel est une véritable convention. On pourrait penser qu'il s'agit d'une opération à procédure, différentes étapes devant être franchies avant de parvenir au prononcé du divorce⁸⁰⁰. En ce sens, M. Égéa note qu'il existe un processus global qui « se trouve organisé par le législateur qui détermine des actes, des modalités de notification, des délais à respecter, c'est-à-dire qui fixe une manière de procéder... que l'on se gardera de nommer « procédure », dans un contexte de déjudiciarisation manifeste, mais qui correspond en somme à sa définition même »⁸⁰¹. L'enregistrement par le notaire, conférant « *date certaine* » à la convention (art. 229-1 al. 2 c. civ.), permettrait donc de former l'acte de manière définitive. Malgré cette procéduralisation, certains indices montrent toutefois qu'il s'agit d'une convention formée et parfaite avant l'intervention du notaire. Elle constitue tout d'abord une convention conclue en la présence des avocats, dont la formation est définitivement acquise au jour de sa signature. En ce sens, un délai de réflexion doit être respecté avant sa signature et une fois signée, les époux ne peuvent plus se rétracter ni faire obstacle au dépôt de la convention⁸⁰². La circulaire d'application du 26 janvier 2017 indique d'ailleurs que le notaire doit procéder à l'enregistrement même en cas de rétractation d'un des époux⁸⁰³. Par ailleurs, les avocats sont tenus de respecter un délai de sept jours pour transmettre la convention au notaire et le ce dernier est lui-même tenu d'un délai de quinze jours pour dresser l'acte de dépôt (art. 1146 CPC), démontrant que la formation de l'acte est définitivement acquise. L'enregistrement n'est ensuite pas nécessaire à la perfection de la convention, car, même si les effets du divorce se produiront au moment du dépôt de la convention (art. 229-1 c. civ.), ceux-ci sont acquis dès la signature. Au soutien de cette idée, il faut voir que le non-respect du délai imposé au notaire n'entraîne pas la caducité de la

⁷⁹⁸ FENOUILLET (D.), *op. cit.*, §353.

⁷⁹⁹ Décret n° 2006-1806 du 23 décembre 2006, art. 1^{er} ; Décret n° 2012-966 du 20 août 2012, art. 1^{er}.

⁸⁰⁰ Pour un auteur il s'agit d'un véritable « divorce par punctuation », FILOSA (D.), « Divorce par acte d'avocats et enjeux liquidatifs », *Deffrénois* 2016, p. 1307, n° 17.

⁸⁰¹ ÉGÉA (V.), *op. cit.*, §262. En ce sens, l'arrêté du 28 décembre 2016 emploie l'expression de « **procédure** de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire » (nous soulignons).

⁸⁰² *Contra* : CHÉNEDÉ (F.), « Le divorce sans juge : « contrat à terme » et « rétractation », *AJ. Fam.* 2017, 87. Sur cette question, v. : BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Introduction, Biens, Personnes, Famille, op. cit.*, §1815.

⁸⁰³ Circulaire de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession issues de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 et du décret n° 2016-1907 du 28 décembre 2016, (fiche n° 5 et n° 6).

convention, ce qui serait le signe d'une imperfection, mais permet l'engagement de sa responsabilité professionnelle. Dans cette logique, le notaire ne contrôle ni la réalité de la volonté des parties, ni la conformité de la convention aux intérêts des époux et des enfants. Le dépôt étant obligatoire après la signature de la convention, il s'agit d'un simple contrat à terme⁸⁰⁴. Ainsi, on ne saurait critiquer cette qualification au motif que le dépôt n'est pas un événement futur et certain⁸⁰⁵. Seule est de nature à poser question la possibilité laissée aux époux divorçant d'opter pour un divorce judiciaire dans l'intervalle entre la rédaction de la convention et son enregistrement. Cette possibilité ouverte par l'art. 1148-2 al. 2 du code de procédure civile semble en effet contraire à la force obligatoire de la convention. En apparence seulement, parce que l'art. 1148-2 al. 2 renvoie à l'art. 1107 qui précise que « *la demande en divorce est formée par assignation ou par requête remise ou adressée conjointement par les parties au greffe* ». Le passage à un divorce contentieux requiert donc l'accord des époux. Or, la force obligatoire n'empêche jamais un *mutuus dissensus* des parties ou une modification d'un commun accord⁸⁰⁶. Seule la possibilité d'opter unilatéralement pour un basculement vers la procédure contentieuse serait de nature à remettre en cause le caractère définitif de la convention ; ce qui n'est pas admis. Dès sa signature, la convention est donc formée et parfaite, ce qui démontre qu'un même procédé – l'enregistrement, n'a pas toujours la même incidence sur la constitution et l'efficacité des actes. En l'occurrence, il intervient après le stade de perfection de la convention.

264. Conclusion de la section 2 – En définitive, il apparaît que la procédure de formation imposée à un acte juridique est intimement liée au *negotium* qu'il accomplit⁸⁰⁷. Si l'acte est parfait dès sa formation c'est parce que les conditions de formation sont porteuses des effets de droit et assurent d'elles-mêmes la réalisation de l'opération juridique. En matière contractuelle, le terme de « présentation » permet plus particulièrement d'exprimer cette instantanéité : la formation permet à l'acte de ressortir ses effets au même moment. En dehors de la matière contractuelle, l'acte se présente tantôt comme une véritable action porteuse d'effets, tantôt comme une « opération à procédure ». Dans les deux cas, la modification substantielle de l'ordonnement juridique intervient immédiatement.

265. Conclusion du Chapitre 2 – Si l'acte juridique est qualifié de parfait, c'est finalement moins pour signifier qu'il s'est définitivement formé que pour indiquer qu'il a réalisé sa finalité, ce qui intervient concomitamment à sa formation. Véritable performatif, l'acte juridique produit ses effets dès que sa formation définitive est acquise. Il déploie immédiatement ses effets dans l'ordre juridique, par la naissance, la modification, la transmission ou l'extinction des droits subjectifs, la substance de l'effet

⁸⁰⁴ MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, §455. V. égal. la circulaire du 26 janvier 2017, fiche 6, p. 4, précisant que « *la convention de divorce constitue un contrat à terme au sens de l'article 1305 du Code civil* ».

⁸⁰⁵ *Contra* : LESBATS (Ch.), *Le droit notarial du divorce*, Coll. Pratique notariale, 2^{ème} éd., 2021, §159.

⁸⁰⁶ Sur les risques procéduraux de cette disposition : ÉGÉA (V.), *op. cit.*, §280.

⁸⁰⁷ En ce sens : ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), *th. préc.*, p. 312 et s.

dépendant du type d'opération réalisée. On a en effet pu démontrer que tout acte juridique obéit à des conditions de formation qui sont à la fois *nécessaires et suffisantes* pour qu'il produise des effets de droit. *Nécessaires* parce que l'ordre juridique confère à l'acte la capacité à produire des effets de droit à la condition qu'il remplisse l'ensemble des éléments « essentiels » à sa formation. *Suffisantes* parce que, sauf à ce que la loi ou l'auteur de l'acte en décide autrement, les circonstances de l'acte sont réputées convenir à une efficacité immédiate. Il réalise donc sa finalité dès l'instant de sa formation. Le constat de cette concomitance s'avère particulièrement important pour régler la question du moment d'efficacité des actes qui semblaient prioritairement marqués par un échelonnement de leur prise d'effet. On songe par exemple au contrat de restitution, à l'acte unilatéral réceptice ou à la convention soumise à une homologation obligatoire. En réalité, ces actes ne produisent leurs effets qu'au moment de leur formation définitive, sans que leurs effets ne soient suspendus.

266. Conclusion du TITRE I – L'acte juridique présente donc une concomitance entre sa formation et sa perfection, ce qu'on peut justifier par le fait que l'acte se trouve sous la dépendance de l'ordre juridique. Ce dernier dicte en effet des conditions de formation qui doivent permettre à l'acte de produire effet. Au nombre de deux, ces conditions révèlent la dualité naturelle de l'acte, ce dernier opérant une dialectique entre des éléments subjectifs et des éléments objectifs⁸⁰⁸. Au titre des éléments subjectifs, l'ordre juridique impose la manifestation d'une ou plusieurs volontés. Au titre des éléments objectifs, il impose la détermination d'un intérêt suffisant que l'acte permettra de faire valoir. Ces deux conditions étant réunies, l'acte se forme, ce qui lui permet de produire effet immédiatement, sans intervalle de temps. L'acte a « tout ce qu'il faut » pour réaliser sa finalité. On a en effet pu constater que l'acte ressort tous ses effets instantanément. La formation du contrat opère une « présentation » des intérêts des parties à la fois nécessaire et suffisante pour qu'il déclenche ses effets. Hors du domaine contractuel, le processus imposé à l'acte pour qu'il se forme se présente comme une véritable action porteuse des effets de droit, qu'elle repose sur la seule volonté de l'auteur de l'acte ou qu'elle repose sur l'intervention d'un coopérant à l'acte, en faisant une véritable opération à procédure. En définitive, les actes juridiques ont pour point commun « de ne pouvoir être valablement accomplis que par la personne compétente et habilitée à cet effet. Faute de quoi ils perdent cette vertu magique de transformer la parole en acte »⁸⁰⁹. À bien des égards, l'acte juridique correspond ainsi à un acte de langage au sein de l'ordre juridique : l'opération qui en est le but se réalise par le fait même de sa formation. L'acte est efficace par lui-même, c'est-à-dire par sa seule existence ou formation définitive. C'est la raison pour laquelle, à l'instar de M. Cornu, « au lieu d'effet performatif on aurait pu parler d'effet perfectif »⁸¹⁰. Ce phénomène de concomitance étant mis en évidence, il convient désormais de préciser le régime juridique de l'acte

⁸⁰⁸ HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (Contribution à la théorie générale de l'acte juridique)*, Bibl. de dr. privé, t. 117, LGDJ, 1971, spéc. §53.

⁸⁰⁹ JESTAZ (Ph.), *Les sources du droit, op. cit.*, p. 130.

⁸¹⁰ CORNU (G.), « Propos conclusif », in : *Théorie des actes de langage, éthique et droit, op. cit.*, p. 249.

juridique parfait, c'est-à-dire de préciser les implications pratiques de ce principe d'efficacité immédiate de l'acte.

TITRE II

UNE EFFICACITÉ DE PLEIN DROIT

267. La production automatique des effets – La concomitance entre la formation et la perfection de l’acte juridique étant démontrée, il convient désormais de voir qu’elle trouve son expression dans la notion d’effet de plein droit. Sa mise en évidence permet donc *a minima* de préciser le mode opératoire de l’acte juridique, c’est-à-dire le procédé par lequel les effets de droit s’y attachent. L’effet de plein droit se présente en effet comme « une technique de réalisation du droit, c’est-à-dire une technique permettant aux effets juridiques de se déployer »⁸¹¹. Néanmoins, comme cela a été démontré, la notion de « plein droit » recèle une part de mythe. Défini pragmatiquement, il ne serait donc rien d’autre qu’un effet se produisant parce qu’une « disposition légale détermine les conditions dans lesquelles se produit son effet »⁸¹². Ce faisant, il ne ferait « qu’exprimer la force du droit : sous cet angle, tout effet juridique qui se produit par l’effet de la loi opère de plein droit »⁸¹³. Cette définition de l’effet de plein droit est pourtant utile parce qu’elle permet d’insister sur l’automaticité qui caractérise le jeu de la règle de droit et ce faisant, sur le lien qu’entretiennent les conditions de formation de l’acte avec la réalisation de l’opération juridique⁸¹⁴. Si l’acte juridique produit effet automatiquement cela signifie en effet qu’« *une fois mis en mouvement* », il « *fonctionne de lui-même, opère par des moyens mécaniques* »⁸¹⁵. L’acte étant un véritable performatif, nous avons vu qu’il obéit largement à une telle automaticité. L’opération juridique se réalise automatiquement, c’est-à-dire *dès lors et parce que* le présupposé visé par la règle de droit s’est accompli. S’il convient d’insister sur cette automaticité, c’est parce qu’elle emporte des conséquences sur le régime juridique de l’acte, ce dernier devant en principe modifier l’ordonnement juridique de manière *certaine et irréversible* (Chapitre 1).

268. La critique rétrospective des effets – L’acte produisant effet de plein droit dès l’instant de sa formation, il paraît nécessaire d’opérer une stricte distinction entre les conditions de formation et les conditions de validité des actes juridiques. Outre les conditions de formation qui permettent aux actes juridiques d’exister et de réaliser une opération juridique, l’ordre juridique soumet en effet les actes à

⁸¹¹ TIREL (M.), *L’effet de plein droit*, Nvll. bibl. de thèses, vol. 178, Dalloz, 2018, §12.

⁸¹² ATIAS (Ch.), « De plein droit », *D.* 2013. 2183, §6. En ce sens égal., MAYER (L.), th. préc., p. 148, pour qui l’effet de plein droit est un « déclenchement d’effets de droit en application d’une règle de droit » ; Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., « De plein droit », sens général, effet qui se produit « *en vertu de la loi (...)* ; *par le seul effet de la loi* ».

⁸¹³ TIREL (M.), th. préc., §635.

⁸¹⁴ Sur l’évolution et l’enracinement de l’équivalence entre effet de plein droit et effet automatique dans la doctrine majoritaire, v. les développements très complets : TIREL (M.), th. préc., §237 s.

⁸¹⁵ Le ROBERT, *Dictionnaire de la langue française*, « Automatique ». L’automatisme est souvent considéré comme une propriété essentielle de l’effet de plein droit. En ce sens : GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 30^{ème} éd. 2022-2023, « De plein droit », (droit général), « *Qui n’exige aucune démarche juridique et se produit automatiquement* ».

des conditions de validité qui, bien que devant être réunies au moment de la formation, se distinguent des conditions de formation. Cette distinction, insuffisamment relevée, voire volontairement rejetée par les auteurs, permet d'affirmer que la réunion des conditions de validité n'a aucune incidence sur la perfection de l'acte juridique. Ainsi, la production des effets de droit ne dépend aucunement de la conformité de l'acte aux règles de validité. Il en résulte une conséquence pratique importante, à savoir que les conséquences de l'acte doivent être observées dès sa formation, malgré son invalidité. Cela est tout à fait logique. De deux choses l'une : soit l'acte invalide est nul de plein droit, dès l'instant de sa constitution dans l'ordre juridique, soit il l'est à l'issue d'un examen rétrospectif, de sorte qu'il « *regarde en arrière, dans le temps* »⁸¹⁶. En l'occurrence, l'examen du droit positif démontre qu'il a été fait le choix d'une perfection de plein droit et d'une annulation rétroactive. Parce que la formation de l'acte juridique suffit à le parfaire, l'invalidité de l'acte n'est qu'une menace pour la pérennité des effets de droit, lesquels se sont d'ores et déjà produits. La nullité n'intervient donc jamais de plein droit. En toute hypothèse, elle doit être prononcée après que l'invalidité de l'acte ait été démontrée⁸¹⁷. Seule l'inexistence de l'acte, entendue comme un défaut de formation définitive de l'acte, permet de conclure à son inefficacité. La notion d'inexistence, là encore vivement rejetée par la doctrine⁸¹⁸, se présente donc comme le revers du principe de concomitance entre la formation et la perfection de l'acte juridique, ce qui justifie de s'y attarder et de plaider pour sa reconnaissance légale : faute de s'être définitivement formé, « l'acte » inexistant est insusceptible de produire le moindre effet de droit (Chapitre 2).

⁸¹⁶ LE ROBERT, *Dictionnaire de la langue française*, « Rétrospectif ».

⁸¹⁷ Nous verrons que cette conception rompt très nettement avec l'approche classique des nullités, qui reposait sur une distinction entre la nullité absolue ou « de plein droit » et la nullité relative ou « annulabilité » (sur cette distinction : PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, 1^{ère} éd., F. Pichon, t. I, 1900, p. 123 s.).

⁸¹⁸ Sur ce rejet, généralement justifié par la difficulté à distinguer ce qui relève de la formation et ce qui relève de la validité de l'acte juridique, v. *infra*, n° 372 et s.

CHAPITRE 1

La production automatique des effets

269. Automaticité – Étant démontré que l'acte est parfait dès l'instant de sa formation, il reste à en tirer des conséquences concrètes sur le plan de son régime juridique. Il apparaît que l'acte produisant effet automatiquement, il dispose d'une force particulière dans l'ordre juridique. La réalisation automatique de la finalité emporte deux conséquences directes qu'il convient de détailler. D'une part, les effets à venir s'avèrent inéluctables : garantis par l'acte formé, ils sont assurés de se produire. L'acte parfait se présente donc comme une garantie des conséquences futures, en ce qu'il permet de sécuriser la situation juridique née de l'acte (Section 1). D'autre part, les effets produits s'avèrent définitifs : déjà inscrits dans l'ordre juridique par le phénomène de formation de l'acte, ils ne peuvent en principe plus disparaître. Véritable « fait accompli », les effets produits par l'acte sont irréversibles (Section 2).

Section 1

La garantie des conséquences futures

270. Une garantie – Dès sa formation, l'acte donne naissance à des droits subjectifs qui remplissent une véritable fonction de garantie. Essentielle à la compréhension des modalités de réalisation de l'opération juridique, cette fonction du droit subjectif est insuffisamment remarquée. La définition que donne le *Vocabulaire juridique Capitant* de la notion de garantie n'est en effet qu'une synthèse des hypothèses dans lesquelles la garantie est mobilisée à titre spécial, puisqu'elle y est définie comme un « *mécanisme qui prémunit contre une perte pécuniaire* »⁸¹⁹. Or, si la notion de garantie est évidemment au cœur du droit des suretés⁸²⁰ et essentielle en droit des contrats spéciaux⁸²¹, elle ne se limite pas à ces applications particulières. La garantie gagnerait à être définie comme un mécanisme plus général qui protège un résultat à venir⁸²². En tant qu'outil technique au service d'une finalité, la garantie est une notion centrale du mode opératoire des actes juridiques puisque ces derniers doivent permettre à leur auteur d'acquérir la certitude que des suites concrètes seront apportées à l'acte, et ce, avec le renfort de l'ordre juridique. C'est la raison pour laquelle les parties ont seulement la maîtrise de l'effectivité, c'est-à-dire de la date à laquelle les effets de droit devront être observés (§1), même si une limite à cette fonction de garantie peut être trouvée dans les excès du normativisme (§2).

⁸¹⁹ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, « Garantie », sens I (priv.), 1.

⁸²⁰ *Ibid.*, « Sûreté », sens 3 : la sûreté réelle mais aussi personnelle constituée « *pour un créancier, une garantie (...)* pour l'exécution d'une obligation ».

⁸²¹ GROSS (B.), *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, Bibl. de dr. privé, t. 13, LGDJ, 1964.

⁸²² JOURDAIN (P.), « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », *Études Ph. Malinvaud*, LexisNexis, 2007, p. 303.

§1 - LA MAÎTRISE DE LA SEULE EFFECTIVITÉ

271. Certitude de l'exécution – Les parties étant libres de déterminer le contenu du contrat, cette liberté s'entend non seulement de la libre détermination des effets inhérents à l'opération juridique, mais aussi de leurs modalités temporelles. Il s'agit là d'une double spécificité du contrat qui justifie de lui consacrer des développements⁸²³. Dans cette optique, les parties peuvent en effet prévoir un terme suspensif, qui n'ôte pas sa perfection du contrat, dans la mesure où le terme ne reporte pas la naissance des obligations principales et ne porte pas atteinte à la production future des effets légaux. Toutefois elles sont soumises à une exigence de certitude dans la désignation du terme ; exigence à laquelle le juge peut remédier si les parties n'y ont pas satisfait elles-mêmes. C'est ce que démontre l'étude de la fonction du terme (A) et de son incidence sur la production des effets du contrat (B).

A - Fonction du terme suspensif

272. Les errements de la thèse notionnelle – L'approche actuelle du terme et de la condition est une approche notionnelle qui met en avant deux critères cumulatifs : le terme serait un événement certain agissant sur la seule exigibilité de l'obligation ; la condition serait un événement incertain agissant sur l'existence même de l'obligation. En ce sens, l'art. 1305 du code civil issu de la réforme de 2016 énonce que « *l'obligation est à terme lorsque son exigibilité est différée jusqu'à la survenance d'un événement futur et certain, encore que la date en soit incertaine* »⁸²⁴. Cette définition comporte toutefois un réel défaut, en ce qu'elle ne permet pas de distinguer la notion de son régime. La qualification de terme semble en effet dépendre tout à la fois de la volonté des parties de reporter la seule exigibilité des effets de droit (critère subjectif), et de la certitude de l'événement visé pour faire office de terme (critère objectif). Or, en pratique, il se peut que ces deux critères entrent en contradiction. Ce sera le cas si les parties ont visé un événement objectivement incertain qu'elles ont « tenu pour certain » parce qu'elles ont simplement désiré reporter l'exécution⁸²⁵. En conséquence, la question se pose de savoir si la certitude de l'événement doit être entendue de manière objective ou subjective⁸²⁶. Selon nous, cette interrogation révèle qu'un choix doit être fait quant au critère de délimitation du terme et de la condition, ce dernier ne pouvant tout à la fois résider dans la volonté des parties et dans la certitude de l'événement. Derrière l'appréciation

⁸²³ Comme nous l'avons signalé, l'étude de la notion d'acte juridique implique de consacrer des développements propres au contrat (v. *supra*, n° 15), qui demeure l'instrument principal à partir duquel les privatistes raisonnent.

⁸²⁴ La définition de la condition est plus obscure. L'art. 1304 al. 1^{er} c. civ. se contente d'énoncer que l'obligation est conditionnelle lorsqu'elle « *dépend d'un événement futur et incertain* » et l'al. 2 précise que l'accomplissement de la condition suspensive la rend « *pure et simple* ».

⁸²⁵ Civ. 3^{ème} 7 janvier 2016, n° 14-26.945, Inédit. Sur cet arrêt, v. *infra*, n° 276.

⁸²⁶ Pour une synthèse des conceptions objective et subjective : *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Terme », Ch. HANNOUN, Y. GUENZOU, 2023, §17 et s. ; PELLIER (J.-D.), « Les conflits de qualification entre le terme et la condition », *RRJ* 2008, 913.

« subjective » de la certitude du terme se trouve en effet la question de savoir si les parties ont pris un engagement définitif. Partant, la question doit être posée de savoir si la qualification de terme dépend de la volonté des parties de reporter la seule exigibilité de l'engagement souscrit ou si elle dépend du fait que les parties ont visé un événement certain. Pour trancher cette question, il convient de rechercher quelle est la fonction supportée par le terme.

273. La pertinence de la thèse fonctionnelle – Les vertus de l'approche fonctionnelle⁸²⁷ se révèlent nettement dans l'entreprise de détermination des domaines respectifs du terme et de la condition. M. Pellier a ainsi démontré que la distinction entre le terme et la condition méritait d'être axée sur le seul critère de la fonction supportée par l'événement⁸²⁸. Selon lui, « la fonction du terme serait d'ordre temporel et accessoire par rapport à l'engagement des parties, qui ne serait en rien affecté dans sa substance, tandis que la fonction de l'événement conditionnant serait, quant à elle, existentielle et donc nécessaire à la survie du contrat, cet événement revêtant aux yeux des contractants une fonction essentielle ». Mettant l'accent sur sa fonction, ce rapport du terme à l'exécution transparaissait clairement dans l'ancien art. 1185 du code civil qui énonçait que « *le terme diffère de la condition en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution* ». En modifiant ce texte et en visant expressément l'autre caractère prétendu du terme, à savoir sa certitude, la réforme opérée en 2016 a donc perdu une occasion de distinguer clairement une notion, à travers la fonction lui étant dévolue, de son régime, lequel dépend précisément de la fonction supportée par le terme. En recherchant si les parties « ont tenu l'événement pour certain ou incertain », on cherche implicitement à savoir si les parties ont pris un engagement définitif ou non. L'accent est donc mis sur la fonction supportée par l'événement visé. Si les parties ont pris un engagement définitif, il s'agit nécessairement d'un terme dont la fonction est de différer la seule exécution. Partant, la certitude de l'événement s'impose comme un élément du régime du terme, le caractère définitif de l'engagement étant incompatible avec l'incertitude de l'événement le différant. À l'inverse, si l'engagement pris par les parties n'est pas définitif, l'obligation ne peut pas naître, l'absence d'engagement étant incompatible avec la naissance d'une obligation. En conséquence, l'événement visé peut logiquement être incertain.

274. Contenu de l'approche fonctionnelle – Selon cette approche, c'est donc la fermeté de l'engagement souscrit qui justifie la qualification de terme en imposant la certitude de l'événement, et non l'inverse. Il s'avère que le terme *doit être* un événement certain *parce qu'il* ne reporte que l'exécution des obligations. Il importe donc en premier lieu de mesurer la fermeté de l'engagement souscrit par les

⁸²⁷ Sur laquelle : CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Coll. Méthodes du droit, Dalloz, 3^{ème} éd, 2022, §492. Sur sa critique, v. : TUSSEAU (G.), « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle », *RFDA* 2009, p. 641.

⁸²⁸ PELLIER (J.-D.), « Les conflits de qualification entre le terme et la condition », art. préc. Déjà en ce sens, pour la condition : DEROUIN (Ph.), « Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition », *RTD Civ.* 1978. 1.

parties, ce qu'on affirme maladroitement en disant que les parties peuvent « tenir l'événement pour certain ». Dans cette recherche, le caractère certain ou incertain de l'événement visé n'est qu'un indice pour savoir si les parties ont pris un engagement définitif, mais il n'impose pas lui-même la qualification de terme ou de condition⁸²⁹. Aussi peut-on regretter la résurgence dont fait l'objet l'approche notionnelle dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt rendu le 10 décembre 2014, la première chambre civile a identifié une condition suspensive au sein d'une reconnaissance de dette au profit du constructeur d'une maison, payable au jour où celle-ci serait vendue⁸³⁰. Pour retenir cette qualification, les hauts magistrats ont expressément relevé le caractère objectivement incertain de l'événement « vente de la maison » et retenu que « *l'événement étant incertain non seulement dans sa date, mais aussi quant à sa réalisation* », de sorte qu'« *il s'agissait d'une condition et non d'un terme* ». Pourtant, une reconnaissance de dette repose sur un engagement définitif de payer⁸³¹. La reconnaissance d'une dette ne va donc pas sans la volonté de payer un jour la dette reconnue. La qualification de condition suspensive retenue par la Cour de cassation s'avère donc incompatible avec la qualification de reconnaissance de dette retenue souverainement par les juges du fond. De deux choses l'une : soit il agit d'une reconnaissance de dette, auquel cas il convient de restituer son caractère certain au terme ; soit il s'agit d'une simple promesse de paiement, la condition rendant éventuel ce dernier. Or, il s'avère que la qualification de promesse de paiement est contestable, car le paiement n'est pas une opération juridique autonome, mais bien plutôt le phénomène d'exécution d'une obligation qui se doit d'être causé⁸³². Selon toute vraisemblance, une reconnaissance de dette avait donc été souscrite et aurait dû conduire au paiement forcé, ce dernier en constituant la contrepartie certaine.

275. Le nécessaire respect de l'équilibre causal – Lorsque les parties s'accordent sur un ensemble d'effets de droits, elles doivent pouvoir compter sur leur production. Parce qu'un engagement définitif a été souscrit, la qualification de condition doit donc être écartée parce que son régime juridique, qui consiste dans l'incertitude de l'événement, s'avère inconciliable avec le caractère définitif de l'engagement souscrit. La solution est directement commandée par le principe de perfection immédiate, qui veut que la formation du contrat garantisse aux parties que l'équilibre causal arrêté par elles au moment de la formation sera préservé au stade de l'exécution. Il ne doit donc exister aucune éventualité quant à la production des effets de droit convenus entre elles. Cela aurait sinon pour conséquence de faire dépendre la qualification définitive de l'opération de l'accomplissement d'une condition⁸³³. Plus largement, la stipulation d'une condition portant sur une ou plusieurs obligations principales aurait pour

⁸²⁹ Semble-t-il en ce sens : JULIENNE (M.), *Régime général des obligations*, Hors coll., LGDJ, 4^{ème} éd., 2022, §36.

⁸³⁰ Civ. 1^{ère} 10 décembre 2014, n° 13-19.313, Inédit.

⁸³¹ En ce sens : RISSEL (A.), « Essai sur la nature juridique de la reconnaissance de dette », *RTD Civ.* 2014. 253.

⁸³² En ce sens : SÉRIAUX (A.), « Conception juridique d'une opération économique : le paiement », *RTD Civ.* 2004. 225 ; CATALA (N.), *La nature juridique du paiement*, thèse Paris, 1960, §139. Comp. : LOISEAU (G.), « Réflexion sur la nature juridique du paiement », *JCP G* 2006, I, 171.

⁸³³ En ce sens : LATINA (M.), th. préc., §114 et s. ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), ANDREU (L.), FORTI (V.), *Droit civil, Les obligations*, t. 3 – Le rapport d'obligation, Coll. Université, Sirey, 20^{ème} éd., 2022, §47.

effet de faire dépendre l'équilibre et l'économie du contrat de la réalisation de la condition, ce qui ne saurait être admis. Si un engagement a été pris et contribue à l'équilibre de l'opération, seul un terme est donc susceptible de le différer. L'étude de deux arrêts rendus par la Cour de cassation, l'un retenant une approche notionnelle et l'autre une approche fonctionnelle, permet de mettre en évidence les vertus de cette seconde approche.

276. Illustrations jurisprudentielles – Le nécessaire respect de l'équilibre causal impose d'exclure la qualification de condition en présence d'un engagement définitif. On peut ainsi formuler des critiques à l'encontre d'un arrêt rendu le 26 septembre 2012 par la première chambre civile de la Cour de cassation⁸³⁴. Dans cette affaire, une société s'était engagée à verser une somme d'argent et à construire un abri dans le cadre d'une transaction, ces deux obligations ayant donc pour contrepartie la fin d'un litige. La question se posait de savoir si l'obligation de construction était affectée d'un terme ou d'une condition. Conscientes que l'édification de l'abri dépendait de l'obtention incertaine d'une autorisation administrative, les parties avaient donc fait dépendre l'obligation de construction de l'obtention de l'autorisation. Se fondant sur le caractère objectivement incertain de l'événement, la Cour de cassation a retenu la qualification de condition. Pourtant, l'édification de l'abri constituait la contrepartie du règlement du litige, ce qui aurait dû conduire à y voir un terme. Les juges auraient ainsi dû restituer son exacte qualification au terme et, partant, lui conférer un caractère certain. Il était en effet possible de forcer la demande d'autorisation, s'agissant d'un terme simplement potestatif au pouvoir d'une partie de provoquer (comme c'est le cas par exemple d'une demande de prêt). Soit l'autorisation était accordée, rendant l'obligation exigible ; soit l'autorisation ne l'était pas, révélant une impossibilité d'exécution d'une obligation de construction d'ores et déjà née. La qualification de terme s'imposait d'après l'approche fonctionnelle du terme. C'est pour cette approche que la Cour de cassation a opté dans un arrêt plus récent, rendu le 7 janvier 2016⁸³⁵. Dans cette affaire, l'acquéreur d'un golf s'était engagé à verser le solde du prix de vente lorsque l'acquéreur pourrait justifier d'une convention garantissant l'exploitation du golf. Assurément, le solde du prix constituait la contrepartie de la possibilité d'exploiter le golf, laquelle n'était donc pas due tant que cette exploitation n'était pas possible. Malgré l'incertitude de cet événement, les hauts magistrats ont retenu la qualification de terme, approuvant la cour d'appel d'avoir considéré qu'un événement objectivement incertain puisse constituer un terme, les parties l'ayant subjectivement « tenu pour certain ». La solution paraît de bon sens : le solde du prix constituait la contrepartie de l'exploitation que s'était engagé à fournir le vendeur. Aucun de ces événements n'était donc laissé au hasard. D'une part, le passage d'une convention d'exploitation n'avait rien d'un événement incertain. Il s'agissait d'une obligation souscrite par le vendeur, de sorte que l'acquéreur pouvait solliciter les différentes réponses prévues par l'art. 1217 du code civil en cas d'inexécution du vendeur, c'est-à-dire si ce dernier manquait à son obligation de

⁸³⁴ Civ. 1^{ère} 26 septembre 2012, n° 11-11.508, Inédit ; *JCP G* 2016, n° 8, 217, obs. J.-J. Taisne.

⁸³⁵ Civ. 3^{ème} 7 janvier 2016, n° 14-26.945, Inédit ; *D.* 2016, 939, note J.-D. Pellier ; *JCP G* 2016, n° 8, 217, obs. J.-J. Taisne. V. égal. : Civ. 1^{ère} 19 octobre 2004, n° 03-15.125, Inédit.

garantir l'exploitation du golf. D'autre part, et en contrepartie, ce dernier ne pouvait en aucun cas refuser de payer le solde du prix. Il avait lui aussi souscrit une obligation dont la seule exécution avait été différée, un ordre dans l'exécution ayant finalement été convenu entre les parties.

277. Restriction du domaine de la condition suspensive – Pour différencier le terme de la condition, il est donc essentiel de rechercher « si l'obligation elle-même (est) ou non certaine dans l'économie du contrat »⁸³⁶. Si l'engagement est définitif, la qualification de terme s'impose. Reste à savoir dans quels cas une condition suspensive peut être identifiée. Selon nous elle ne peut l'être que dans deux cas de figure : soit comme outil de rééquilibrage de l'opération, affectant alors des obligations secondaires qui ne participent pas de l'équilibre causal, soit comme outil de report de l'opération dans son ensemble.

278. La condition comme outil d'équilibrage – Lorsqu'elle porte sur certains effets de droit, la condition doit être un outil d'équilibrage de l'opération qui n'ôte pas sa perfection à l'acte. Elle affecte alors une obligation qui se veut être la contrepartie d'un résultat économique incertain, qui ne constitue pas lui-même une prestation. Deux arrêts fournissent une bonne illustration de cette hypothèse. C'est le cas tout d'abord de l'arrêt rendu par la première chambre civile le 13 avril 1999⁸³⁷. Bien qu'il soit généralement présenté comme un revirement de jurisprudence en faveur de l'approche notionnelle et donc objective de la condition, cet arrêt illustre l'usage assez restreint qui peut être fait de la condition dans un contrat parfait. Dans cette affaire, une société immobilière s'était engagée à payer les charges foncières dues par la société UGC, tant que le nombre d'entrées annuelles dans ses cinémas resterait inférieur à un certain seuil. Eu égard à l'incertitude de cet événement, la Cour de cassation a estimé qu'il s'agissait d'une condition suspensive. Pourtant ce n'est pas tant le caractère incertain de l'événement qui justifiait la qualification de condition suspensive, mais plutôt le rôle joué par cet engagement au sein de l'économie du contrat. Il est clair que l'engagement souscrit par la société immobilière n'était pas une contreprestation due en tout état de cause. Il s'agissait d'une prestation dont l'éventualité avait dicté son équilibre à l'opération d'ensemble. Pour ainsi dire, l'équilibre de l'opération était préservé par le fait que le paiement de la taxe foncière trouverait une contrepartie dans le faible nombre d'entrées. À l'inverse, le nombre important d'entrées était le signe d'une bonne rentabilité économique, justifiant que la société immobilière cesse de payer la taxe foncière. L'obligation était donc conditionnelle, car elle ne dépendait pas d'un engagement corrélatif, mais de la rentabilité, qui ne constituait pas l'objet d'une « obligation de rentabilité » souscrite par la société. La stipulation de la condition permettait ainsi de préserver l'équilibre de l'opération sans reporter sa réalisation. L'arrêt rendu par la chambre commerciale le 20 septembre 2011 est également une bonne illustration de l'hypothèse dans laquelle une obligation peut être

⁸³⁶ PELLIER (J.-D.), « Les méandres de la distinction entre le terme et la condition », *D.* 2016. 939, §3, note sous Civ. 3^{ème} 7 janvier 2016, préc.

⁸³⁷ Civ. 1^{ère} 13 avril 1999, n° 97-11.156, *Bull. civ. I*, n° 131 ; *JCP G* 2000, II, 10309, obs. A.-S. Barthez ; *Defrénois* 1999, 1001, obs. D. Mazeaud ; *CCC* 1999, comm. 125, obs. L. Leveneur ; *D.* 1999, 130.

conditionnelle⁸³⁸. Dans cette affaire, les hauts magistrats avaient eu à connaître d'une clause d' « *earn out* », dont la fonction était de permettre au cédant d'actions ou de parts sociales de recevoir un complément de prix si toutefois les résultats de la société dont les actions ou parts avaient été cédées venaient à s'améliorer. Par le recours à la condition, il s'agissait donc ni plus ni moins d'ajuster le prix aux circonstances nouvelles ultérieures à l'accord. Le versement d'un complément de prix n'était dû qu'à la condition que les résultats de la société connaissent une amélioration. Là encore, cette amélioration des résultats n'était pas l'objet d'une obligation disposant d'une contrepartie dans le contrat. L'objectif était donc le rééquilibrage de l'opération au moyen de la condition.

279. La condition comme report de l'opération – La qualification de terme s'imposant assez largement lorsqu'il est question de moduler la production de certains effets dans le temps, il apparaît que la condition est quasi exclusivement une modalité de l'opération juridique prise dans son ensemble⁸³⁹. La stipulation de la condition suspensive permet d'en faire un acte imparfait : la formation de l'acte est alors dissociée de la naissance des obligations, ce qui n'est pas problématique puisque les parties ont alors la garantie que les obligations naîtront dans leur ensemble, réciproquement, ou ne naîtront pas⁸⁴⁰. Si cette remarque est importante à ce stade, c'est parce que certains arrêts présentés comme un retour à l'approche notionnelle de la condition sont en réalité des arrêts dans lesquels la qualification de condition s'imposait parce que les parties avaient conclu une simple promesse, laquelle s'avère être un acte imparfait au sein duquel la stipulation d'une condition suspensive globale est admise⁸⁴¹. L'entière de l'opération était donc suspendue à la survenance d'un événement et la qualification de condition suspensive était logique, car l'incertitude de l'événement allait de pair avec le caractère non définitif de l'engagement souscrit. C'était le cas dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 10 mars 2004, dans lequel les hauts magistrats ont retenu la qualification de terme alors qu'il semblait évident, à la lecture des faits, que l'engagement n'était pas définitif⁸⁴². La « promesse d'embauche » étant suspendue à l'ouverture du commerce, la qualification de condition suspensive s'imposait parce que l'entière de l'opération était subordonnée à un événement futur et incertain qui, bien qu'étant au pouvoir d'une des parties de faire advenir, n'était pas l'objet d'un engagement de sa part. L'ensemble des effets était donc subordonné à un événement incertain. Or, si la condition suspensive est proscrite comme outil de démantèlement de l'opération contractuelle, elle peut valablement reporter l'ensemble d'une opération juridique. Encore

⁸³⁸ Com. 20 septembre 2011, n° 10-17.555, Inédit ; *RTD Civ.* 2011. 115, obs. B. Fages ; *Bull. Joly Soc.*, 2012, n° 3, p. 254, obs. Th. Massart.

⁸³⁹ C'est ce qui a conduit M. Latina à affirmer que « le référentiel obligation est par trop étroit pour la condition », *LATINA (M.)*, th. préc., §1.

⁸⁴⁰ V. *infra*, n° 513-514.

⁸⁴¹ Civ. 1^{ère} 13 juillet 2004, n° 01-01.429, *Bull. Civ. I*, n° 204 ; *JCP G* 2004, II, 10155, J. Sainte-Rose ; *RTD Civ.* 2004. 734, J. Mestre et B. Fages ; *CCC* 2004, n° 172, obs. L. Leveneur ; *JCP E* 2005, chron. 446, obs. A. Bories ; *Rev. soc.* 2005, 378, note. D. Bonnet – Com. 20 mars 2007, n° 05-21.526, *Bull. Civ. IV*, n° 95 ; *RTD Civ.* 2007, 601, note M. Grimaldi ; *D.* 2007, 1013, note X. Delpech et 1303, obs. M.-L. Béval ; *RFP* 2007, n° 5, p. 70, obs. D. Faucher.

⁸⁴² Soc. 10 mars 2004, n° 01-45.518, Inédit.

faut-il toutefois que les parties aient effectivement conclu une simple promesse conditionnelle, de sorte que leur engagement n'était pas définitif. À l'inverse, lorsque l'engagement est définitif et que les parties ont institué une condition suspensive partielle ayant pour effet de déséquilibrer l'opération, il convient non pas d'étendre la portée de la condition suspensive à l'ensemble des effets, pour en faire une opération conditionnelle⁸⁴³, mais de restituer à l'événement sa qualification de terme. Partant, il convient de lui appliquer le régime correspondant à sa nature juridique.

280. Restitution du caractère certain au terme – Lorsque les parties ont pris des engagements définitifs, l'acte étant parfait, la condition ne peut donc pas avoir pour effet de priver l'une des parties de l'avantage qu'elle recherche. Au mieux, les parties peuvent en différer l'effectivité au moyen d'un terme, mais cela emporte l'exigence de viser un événement certain. Dans l'hypothèse où les parties ont manqué à l'obligation de viser un événement certain, deux situations peuvent se présenter. Si elles ont prévu une date butoir pour la survenance de l'événement incertain, l'absence de survenance de l'événement avant l'arrivée du terme doit suffire à rendre exigible l'obligation⁸⁴⁴. S'agissant bien d'un terme et non d'une condition, l'absence de survenance de l'événement n'entraîne pas la caducité de l'acte par défaillance de la condition mais bien l'exigibilité de l'obligation déjà souscrite⁸⁴⁵. La nécessaire certitude du terme permet donc de faire fi de l'absence de survenance de l'événement pour imposer l'exécution de l'obligation d'ores et déjà née. Si les parties ont visé un événement incertain malgré le caractère définitif de leur engagement et ont omis de fixer un délai, il revient au juge de restituer sa certitude au terme. Le pouvoir du juge de fixer lui-même le terme est en effet prévu par l'art. 1305-1 al. 2 du code civil qui énonce qu'« à défaut d'accord, le juge peut le fixer en considération de la nature de l'obligation et de la situation des parties ». La nécessaire fixation du terme s'explique par l'impossibilité de paralyser indéfiniment l'exécution d'une obligation définitivement acquise. La solution est expressément retenue en matière de prêt lorsqu'aucun échéancier n'a été établi entre les parties. S'agissant d'une obligation essentielle à cette opération, le juge peut fixer le terme⁸⁴⁶. Ce sera le cas notamment si l'emprunteur s'est engagé à rembourser les fonds « quand il le pourrait »⁸⁴⁷. De manière générale, les clauses qui conditionnent un paiement à un « retour à meilleure fortune » n'ôtent donc pas leur fermeté aux

⁸⁴³ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *op. cit.*, §1335 : « si l'obligation ainsi affectée d'une condition est celle d'une partie à un contrat synallagmatique, c'est en réalité le contrat tout entier qui se trouve suspendu jusqu'à la réalisation de la condition ou au contraire anéanti par cette réalisation ». V. toutefois, §1357 sur le terme indéterminé.

⁸⁴⁴ Civ. 1^{ère} 13 décembre 2005, n° 04-11.572, *Bull. Civ. I*, n° 489 ; *RTD Civ.* 2006. 315, note J. Mestre et B. Fages ; *AJDI* 2006, 288, F. Cohet-Cordey ; *JCP G* 2006, n° 26, p. 153, note J. Ghestin ; *LPA* 2006, n° 346, p. 10.

⁸⁴⁵ Si la solution de l'arrêt précité doit être approuvée en ce qu'elle qualifie le décès de terme rendant exigible l'obligation de remboursement, on peut regretter que les hauts magistrats identifient une condition potestative « rendue valable » par la stipulation d'un terme. Nous verrons en effet que la survenance du terme enserrant la réalisation de la condition entraîne au contraire la défaillance de la condition (v. *infra*, n° 734).

⁸⁴⁶ Civ. 1^{ère} 12 novembre 1998, n° 96-19.549, *Bull. civ. I*, n° 312 – Civ. 1^{ère} 29 mai 2001, n° 99-13.594, *Bull. civ. I*, n° 153 – Civ. 1^{ère} 3 février 2004, n° 01-00.004, *Bull. civ. I*, n° 34.

⁸⁴⁷ Art. 1901 c. civ. : « S'il a été seulement convenu que l'emprunteur payerait quand il le pourrait, ou quand il en aurait les moyens, le juge lui fixera un terme de paiement suivant les circonstances ».

engagements souscrits⁸⁴⁸. Plus subtilement, la qualification de terme sera retenue si l'incertitude de l'événement reportant le paiement procède du choix des modalités de paiement. Ainsi lorsqu'une partie s'engage à exécuter son obligation « le jour où elle revendra un bien », il ne faut pas y voir une condition suspensive puisque cela n'ôte pas sa fermeté à l'engagement⁸⁴⁹. Seule la rédaction du contrat est douteuse, le débiteur ayant ici explicité les conditions de son retour à meilleure fortune. De même, le juge pourra imposer l'exécution si les parties ont visé un « terme potestatif »⁸⁵⁰, c'est-à-dire un événement qui était au pouvoir d'une des parties de faire advenir⁸⁵¹.

281. La perfection immédiate de l'acte impose donc sa certitude au terme, afin de ne pas en démembrer les effets. En dehors de l'hypothèse très particulière où elle permet de rééquilibrer une opération juridique en cours d'exécution, la condition suspensive est proscrite à raison de la perfection de l'acte. Le contrat étant parfait dès sa formation, il en résulte une obligation pour les parties de viser un événement certain si elles entendent différer la production de certains effets.

B - Incidence du terme suspensif

282. Une certitude des suites de l'acte – Le terme reposant toujours sur un événement certain (ou que le juge a le pouvoir de rendre certain), sa stipulation n'entrave jamais la perfection de l'acte. Dès sa formation, les parties peuvent compter sur la production automatique des effets légaux et sur le renfort du droit pour procéder à l'exécution des obligations à la date convenue. Cela vaut que l'effet suspensif atteigne une partie seulement de l'opération juridique ou sa globalité.

283. Terme suspensif partiel – La perfection immédiate de l'acte garantit que les effets, notamment ceux irréductibles à des obligations, se produiront bel et bien à l'avenir. Le terme devant être certain, il constitue un simple outil d'aménagement dans l'effectivité de l'acte juridique qui n'est jamais attentatoire à sa perfection. Il « introduit un délai dans l'ordre »⁸⁵².

284. Un ordre dans l'exécution – Lorsqu'il affecte une ou plusieurs obligations, le terme suspensif partiel joue le rôle d'un « délai de paiement »⁸⁵³, entendu au sens large comme reportant l'exécution d'une

⁸⁴⁸ Civ. 3^{ème} 4 décembre 1985, n° 84-14.353, *Bull. civ. III*, n° 162 – Com. 12 octobre 2004, n° 02-13.230, *Bull. Civ. IV*, n° 189.

⁸⁴⁹ Civ. 1^{ère} 21 juillet 1965, *Bull. Civ. I*, n° 496 – Civ. 3^{ème} 27 novembre 1969, *Bull. Civ. III*, n° 772 – Civ. 1^{ère} 28 janvier 1976, *Bull. Civ. I*, n° 37 – Civ. 3^{ème} 9 juillet 1984, *Bull. Civ. III*, n° 135 – Civ. 3^{ème} 4 décembre 1985, *Bull. Civ. III*, n° 162 – Civ. 1^{ère} 13 décembre 1994, n° 93-10.206, *Bull. Civ. I*, n° 377.

⁸⁵⁰ FORTI (V.), « Le terme potestatif », *Mél. P. Ansel*, Larcier LexisNexis, 2021, p. 349.

⁸⁵¹ VALORY (S.), « Potestativité et requalification du contrat », *Dr. et patr.*, 1999, n° 72, p. 72

⁸⁵² FOREST (G.), th. préc., §320.

⁸⁵³ JULIENNE (M.), *op. cit.*, §64.

prestation. La naissance de l'obligation n'est donc pas entravée⁸⁵⁴. Cela vaut que le terme réside dans un événement futur et certain, comme c'est le cas classique, ou dans l'exécution d'une obligation. Il peut en effet arriver que les parties « conditionnent » une obligation à l'exécution d'une autre obligation, qui en est la contrepartie. Même si l'exécution de l'obligation n'est pas en soi un événement certain, le juge peut le ramener à la certitude en imposant son exécution forcée. Si l'exécution d'une obligation ou un transfert de droit se trouve subordonné à l'exécution d'une obligation, il n'y a donc qu'un terme en raison du caractère *obligatoire* de l'exécution. Cela permet aux parties de prioriser l'exécution de certaines obligations inhérentes à l'opération contractuelle. Il en va ainsi par exemple lorsque l'assureur subordonne son obligation de garantie au paiement effectif par l'assuré⁸⁵⁵. Grâce au critère de l'engagement définitif, qui sert de répartition entre le domaine du terme et de la condition, il ne fait pas de doute qu'il s'agit d'un terme. Cela rappelle la nécessité de distinguer ce qui relève de la fonction du terme, l'idée étant d'introduire un ordre dans l'exécution, et ce qui relève de son régime. Cette nécessité est d'autant plus grande que les plaideurs sont tentés d'instrumentaliser la distinction pour être libérés. Dans l'arrêt précité du 7 janvier 2016, l'acquéreur arguait de l'incertitude de l'événement conditionnant son obligation pour demander la mainlevée et la nullité des saisies pratiquées à son encontre pour défaut de paiement⁸⁵⁶. Selon lui, son obligation était conditionnelle parce qu'elle dépendait de l'exécution, par le vendeur, de deux obligations spécialement souscrites : la réalisation de travaux sur le bien et la conclusion d'un contrat de bail. La Cour de cassation n'a pourtant pas suivi ce raisonnement et a approuvé la qualification de terme retenue par la cour d'appel. Elle a ainsi retenu que « *l'obligation de paiement était née lors de la conclusion de la vente et que les modalités de paiement du solde étaient liées à la réalisation d'événements futurs et certains dont seule la date demeurerait incertaine* ». On remarque d'ailleurs que la loi elle-même qualifie de terme le moment d'exécution d'une obligation qui conditionne l'exigibilité d'une autre. Ainsi l'art. 1600-1 al. 1^{er} du code civil définit la vente à terme comme « *le contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement, l'acheteur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison* ».

285. Un ordre dans les effets légaux – Le raisonnement doit être étendu à l'hypothèse dans laquelle le terme affecte un effet légal. Cette situation est plus difficile à appréhender car, si la notion d'obligation permet à elle seule d'exprimer conceptuellement l'idée de garantie d'exécution (l'obligation étant née, mais non exigible), aucun concept similaire ne permet d'exprimer cette idée s'agissant des effets non obligationnels. On voit mal en effet comment un effet légal pourrait exister sans être exigible. Néanmoins, on peut tout à fait imaginer qu'un effet légal soit à terme si les parties ont reporté sa production. Dans ce

⁸⁵⁴ Comme le note M. Pellier, « tôt ou tard, l'obligation qui en résulte devra être exécutée, la substance de l'engagement n'étant pas affectée », PELLIER (J.-D.), « Les conflits de qualification entre le terme et la condition », art. préc. §22.

⁸⁵⁵ Crim. 27 mai 2008, n° 07-88.176, *Bull. Crim.* n° 131.

⁸⁵⁶ Civ. 3^{ème} 7 janvier 2016, préc.

cas, l'acte n'en est pas moins parfait parce que les parties peuvent compter sur la production de l'effet, ce qui constitue une garantie équivalente à celle fournie par le droit de créance quant à l'exécution de la prestation. La clause de réserve de propriété, qui subordonne le transfert de propriété au paiement du prix par l'acquéreur, mérite donc selon nous la qualification de terme⁸⁵⁷ et non celle de condition⁸⁵⁸. La solvabilité *incertaine* de l'acquéreur, qui motive l'insertion d'une telle clause, ne doit en effet pas faire perdre de vue que le paiement, qui « conditionne » le transfert de propriété, demeure une obligation dont le débiteur ne saurait se départir⁸⁵⁹. Même si le vendeur craint l'insolvabilité de l'acquéreur, son engagement n'en est pas conditionnel pour autant. Bien au contraire, le caractère définitif de son engagement lui permet d'agir en exécution afin d'obtenir un paiement qui déclenchera à son tour l'accomplissement du transfert de propriété. Craignant le défaut d'exécution par l'acquéreur, le vendeur entend donc simplement conserver la propriété du bien jusqu'au complet paiement du prix⁸⁶⁰. Néanmoins le transfert de propriété n'est en rien conditionnel : il est dû à l'acquéreur avant même que ce dernier n'ait payé le prix. Aussi, approuvons-nous la qualification de terme retenue par la Cour de cassation, qui note que la clause subordonnant le transfert de propriété au complet paiement du prix ne remet pas en cause « le caractère ferme et définitif de la vente intervenue dès l'accord des parties sur la chose et le prix »⁸⁶¹. En conséquence, le paiement du prix peut être forcé. Si le débiteur est insolvable, le transfert de propriété n'interviendra pas, non parce que la condition de paiement a défailli, entraînant la caducité de l'acte, mais parce que le débiteur a commis un défaut d'exécution de son obligation, justifiant la résolution pour inexécution. Les effets essentiels de l'opération dans laquelle se sont engagées les parties ne sont donc pas conditionnés. Seul l'ordre de leur exigibilité se trouve aménagé, qu'il s'agisse des effets légaux ou des obligations.

286. Terme suspensif global – Si le terme permet d'introduire un ordre dans la production des effets ou dans l'exécution des prestations, conformément au principe de perfection immédiate de l'acte, il peut également reporter l'effectivité de l'ensemble de l'opération. Dans ce cas il n'entrave pas davantage la réalisation de l'opération juridique, puisqu'il n'empêche ni la naissance des obligations, ni plus largement,

⁸⁵⁷ En ce sens : TRIGEAUD (V.), « Réserve de propriété et transfert de propriété », *JCP CI* 1982, N° 13744, p. 157 ; GHESTIN (J.), « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981, chron. 1.

⁸⁵⁸ La qualification de condition avait pu être retenue par la Cour de cassation : Com. 20 novembre 1979, n° 77-15.978, *Bull. civ. IV*, n° 300 ; *JCP N* 1981, II, 19615, note J. Ghestin – Civ. 3^{ème} 7 juin 1983, n° 82-10.281, *Bull. civ. III*, n° 132.

⁸⁵⁹ Les auteurs qui défendent la qualification de condition suspensive nous semblent opérer cette confusion. V. par ex. : DUBARRY (J.), th. préc., §267 et s. : « ... une obligation à terme à vocation à devoir être exécutée. Or, cela suppose que pour être qualifiée de terme, l'événement devra nécessairement survenir. (...) Précisément, il paraît difficile d'admettre que le paiement du prix, qui est l'événement dont dépend le transfert de propriété, puisse être analysé comme un événement certain. En effet, pourquoi le vendeur stipulerait-il un tel mécanisme de protection s'il était certain de la solvabilité de l'acquéreur ? ». V. égal. : PELLIER (J.-D.), « Les conflits de qualification entre le terme et la condition », art. préc., §37 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière », *Mél. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 733, §23.

⁸⁶⁰ ANDREU (L.), « Les attraits de la clause de réserve de propriété immobilière », *JCP N* 2016, n° 12, 1105.

⁸⁶¹ Com. 17 octobre 2018, n° 17-14.986, Publié au Bulletin.

la modification de l'ordonnancement juridique. Même à terme, le contrat connaît une prise d'effet immédiate selon l'équilibre d'ores et déjà convenu entre les parties⁸⁶². La seule hypothèse de report de la perfection concevable est celle dans laquelle les parties ont plus fondamentalement reporté la formation de l'acte, confirmant incidemment le principe de concomitance entre la formation et la perfection de l'acte. La principale difficulté pratique vient alors du fait que ces deux cas de figure, aux conséquences radicalement différentes, sont parfois difficiles à distinguer. C'est le cas notamment lorsque les parties ont prévu de réitérer leur accord en la forme authentique.

287. L'exemple de la réitération par acte authentique – Le phénomène de la réitération s'insère de deux façons possibles dans la vie d'un contrat : il s'agit soit d'une condition érigée spécialement en condition de formation du contrat par les parties, lesquelles conservent leur liberté de consentir jusqu'à ce qu'elles décident discrétionnairement de procéder à la réitération ; soit d'une simple modalité d'exécution d'un contrat déjà conclu dont les parties ont choisi de différer l'exécution, en la faisant coïncider avec le moment de rédaction de l'acte authentique⁸⁶³. Dans le premier cas de figure, le procédé a pour effet de reporter la formation de l'acte. Cela a donc logiquement pour effet de reporter sa perfection, l'acte ne pouvant pas produire effet avant de se former définitivement. Aussi, l'usage du terme « réitération » apparaît impropre car, entendue strictement, la réitération par acte authentique correspond au fait d'exprimer son consentement en la forme authentique après l'avoir déjà exprimé soit oralement, soit par un acte sous seing privé⁸⁶⁴. En toute logique, elle ne peut donc intervenir que si les parties réaffirment un consentement déjà émis. Autrement dit, si le contrat est déjà formé. Ainsi entendue, la réitération ne peut pas intervenir si la formation du contrat se trouve reportée à une date ultérieure. Elle se présente comme un simple terme suspensif global par lequel les parties choisissent de différer l'exigibilité de leur contrat, d'ores et déjà parfait. Encore faut-il parvenir à savoir en pratique si les parties ont entendu reporter la formation de l'acte ou uniquement son exécution. Or, l'emploi désordonné du terme « réitération » ne permet pas toujours de le savoir avec certitude. C'est pourquoi la jurisprudence a dû établir des principes de solution. Le consensualisme étant le principe, elle retient que le report de la formation constitue une exception qui doit être expressément prévue⁸⁶⁵. Les parties doivent donc s'entendre pour subordonner la formation du contrat à la rédaction d'un acte authentique⁸⁶⁶, ce qu'elles

⁸⁶² GUENZOU (Y.), *La notion d'accord en droit privé*, Bibl. de dr. privé, t. 502, LGDJ, 2009, §190.

⁸⁶³ Sur ces deux hypothèses : COUTANT (C.), « La réitération des promesses synallagmatiques de vente », *AJDI* 1999, p. 127.

⁸⁶⁴ C'est pour cette raison qu'un vice du consentement peut survenir dans cette intervalle, le consentement n'ayant pas encore été émis. V. par ex. : Civ. 3^{ème} 16 septembre 2021, n° 20-19.229, Inédit ; *AJDI* 2021. 792 ; *RTD Civ.* 2022. 114. H. Barbier ; *CCC* 2021, n° 11, p. 162, note L. Leveneur.

⁸⁶⁵ Il s'agit d'une solution ancienne, Req. 4 mai 1936, *DH* 1936, p. 313 : l' « énonciation dans un acte sous seing privé portant accord sur la chose et sur le prix qu'un acte notarié sera ultérieurement dressé n'a pas pour effet de subordonner la formation et l'efficacité du contrat à l'accomplissement de cette formalité que s'il résulte clairement, soit des termes de la convention, soit des circonstances, que telle a été la volonté des parties ».

⁸⁶⁶ En ce sens, plus récemment : Civ. 3^{ème} 25 mai 2022, n° 21-13.017, Inédit – Civ. 3^{ème} 15 septembre 2015, n° 14-14.101, Inédit – Civ. 3^{ème} 25 octobre 2006, n° 05-15.393, *Bull. Civ. III*, n° 210, préc.

peuvent faire par une clause de forme insérée dans un accord de principe⁸⁶⁷. Ce choix ne saurait être déduit, par exemple, du report du transfert de propriété⁸⁶⁸. Ainsi, dans l'hypothèse où la volonté des parties n'est pas facile à établir, il faut partir du principe que seule l'exécution du contrat a été différée⁸⁶⁹.

288. La réitération comme obligation primaire – Par principe, la réitération reporte donc la seule exécution du contrat. La troisième chambre civile de la Cour de cassation a affirmé clairement cette solution dans un arrêt du 5 janvier 1983, en jugeant qu'une cour d'appel ne pouvait pas refuser la rédaction forcée de l'acte authentique de même que l'exécution forcée de la vente « *sans préciser si la solennité d'un acte notarié était nécessaire pour engager vendeur et acquéreur dans les liens du contrat définitif* »⁸⁷⁰. Pour refuser la réitération forcée, les juges devaient s'assurer que les parties avaient essentialisé la forme authentique pour en faire une condition de formation de l'acte. Cette solution a depuis été réitérée par la troisième chambre civile⁸⁷¹ et reprise par la première chambre civile⁸⁷². Le terme suspensif peut donc tout à fait être implicite⁸⁷³, au contraire du report de la formation qui doit être expressément convenu entre les parties. Reste à savoir comment qualifier ce terme, qui se confond ici avec la nécessité de procéder à la rédaction d'un acte authentique. Remarquant cette spécificité, un auteur estime que la réitération du consentement « s'inscrit dans le cadre de l'obligation générale d'exécution de bonne foi qui s'impose aux parties »⁸⁷⁴. Selon nous, la réitération constitue une obligation dont l'exécution intervient prioritairement, avant toutes les autres prestations caractéristiques du contrat. Il s'agit donc d'une véritable obligation née du contrat qui fait office de terme suspensif, le caractère obligatoire de l'exécution permettant de satisfaire à l'exigence de certitude du terme. C'est pour cette qualification qu'opte implicitement l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux, puisqu'après avoir énoncé que la promesse synallagmatique de vente « *vaut vente* » en cas d'accord des parties sur la chose et le prix, l'art. 1587 précise dans un second alinéa que « *les parties peuvent néanmoins s'obliger à réitérer leur accord*

⁸⁶⁷ DROSS (W.), *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 4^{ème} éd., LexisNexis, 2020, « Forme », p. 326 : « ... les parties fixent la forme par laquelle leur volonté de créer un effet juridique pourra seule s'exprimer ».

⁸⁶⁸ « On mesure bien ici la différence qui existe entre le transfert de propriété retardé à la signature de l'acte notarié à la suite d'une vente d'ores et déjà parfaite et le transfert de propriété retardé au jour de la signature de l'acte notarié car la formation même de la vente a été volontairement retardée par les parties à la signature de l'acte notarié », *La vente d'immeuble : sécurité et transparence*, 99^{ème} Congrès des notaires de France, Deauville, 2003, n° 2094.

⁸⁶⁹ En ce sens un auteur note que « la clause établit une relation entre l'acte authentique et les effets de la vente, et non la formation de celle-ci. Or, envisager les effets d'un contrat implique nécessairement que celui-ci soit déjà formé », SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *RTD Civ.* 2000. 25. Il faut donc opter prioritairement pour la qualification de terme, à défaut de stipulation contraire suffisamment claire.

⁸⁷⁰ Civ. 3^{ème} 5 janvier 1983, n° 81-14.890, *Bull. civ. III*, n° 7 ; *JCP N* 1984, p. 131, note H. Thillier ; *D.* 1983, p. 617, note P. Jourdain.

⁸⁷¹ Civ. 3^{ème} 28 mai 1997, n° 95-20.098, *Bull. civ. III*, n° 123 ; *D.* 1999, SC p. 11, obs. Ph. Brun ; *Dr. et patr.* 1998 n° 58, p. 92 ; *D. affaires* 1997, p. 793 – Civ. 3^{ème} 20 décembre 1994, n° 92-20.878, *Bull. Civ. III*, n° 229 ; *JCP* 1995, II. 22491, obs. Ch. Larroumet – Civ. 3^{ème} 14 janvier 1987, Inédit ; *D.* 1988, 80, note J. Schmidt-Szalewski.

⁸⁷² Civ. 1^{ère} 24 janvier 1984, n° 82-14.841, *Bull. civ. I*, n° 31.

⁸⁷³ Art. 1305-1 al. 1^{er} c. civ. : « *Le terme peut être exprès ou tacite* ».

⁸⁷⁴ COHET-CORDEY (F.), « Clause de réitération et promesse synallagmatique de vente », *AJDI* 2001, 924, note sous arrêt : Civ. 3^{ème} 29 novembre 2000, n° 98-20.502 et Civ. 3^{ème} 20 décembre 2000, n° 98-22.684.

dans une certaine forme. Dans ce cas, le refus de réitérer par l'une des parties est sans effet sur la vente ». La réitération du consentement est donc une obligation à la charge des parties et elle pourra faire l'objet d'une exécution forcée, les parties étant irrémédiablement engagées. On notera simplement, sans déborder sur nos développements futurs, que la réitération prévue ne doit pas s'accompagner d'une condition suspensive globale ou d'un droit d'option. Si c'est le cas, la perfection de l'acte se trouve alors reportée⁸⁷⁵. Mais cela est l'effet résultant de l'insertion de la condition ou de l'option, non du processus de réitération. Par principe, la réitération constitue donc un terme suspensif, qui présente la spécificité de reposer sur une obligation primaire.

289. L'usage déraisonnable du terme « promesse » – La perfection de l'acte n'étant pas entamée par la stipulation d'un terme suspensif global, il convient en définitive de proscrire l'utilisation du terme « promesse » pour désigner le contrat conclu à terme. Souvent, une distinction intervient en effet entre l'hypothèse dans laquelle la réitération par acte authentique peut être forcée, lorsque les parties ont définitivement exprimé leur consentement (promesse valant contrat), et l'hypothèse dans laquelle la réitération constitue une véritable condition de formation essentialisée par les parties (promesse ne valant pas contrat). Bien que cette distinction soit bien ancrée dans notre droit⁸⁷⁶, au point que l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux l'ait expressément reprise⁸⁷⁷, elle est à l'origine d'un contentieux pléthorique. Ce dernier serait pourtant en partie désamorcé si on acceptait de mettre de l'ordre dans les termes employés. Il convient en effet de remarquer que « la promesse ne valant pas le contrat », correspond à un simple projet de contrat, tandis que « la promesse valant le contrat » constitue un simple contrat à terme dont la perfection ne fait pas de doute.

290. Promesse ne valant pas le contrat – Lorsque les parties ont essentialisé un élément pour en faire un élément de formation du contrat, il existe une tendance à dire qu'elles ont conclu une promesse synallagmatique ne valant pas le contrat projeté. Cette qualification s'avère très ambiguë, car la référence à la valeur de l'acte pose question : est-ce la formation ou l'efficacité du contrat qui se trouve reportée ? Le terme « promesse » pourrait laisser à penser que le report affecte la seule efficacité du contrat. Or, ce n'est pas le cas puisque l'essentialisation d'un élément empêche de considérer que le contrat a été conclu, les parties ayant précisément ajouté aux conditions de sa formation. Comme le note M. Najjar, le contrat

⁸⁷⁵ V. *infra*, n° 503. Encore faut-il que la rédaction de l'acte authentique ne soit pas le mode de levée de l'option. Dans un arrêt, la Cour de cassation a en effet eu à connaître d'une affaire dans laquelle les parties avaient conclu une promesse unilatérale de vente et précisé que l'option serait levée par le bénéficiaire à l'occasion de la signature d'un acte authentique. La rédaction de l'acte n'étant que la forme imposée à la levée de l'option, elle reportait seulement la perfection de l'acte (Civ. 3^{ème} 20 décembre 2000, n° 98-22.684, Inédit).

⁸⁷⁶ Pour un exposé synthétique de cette distinction, v. par ex. : MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, Cours Dalloz, 13^{ème} éd. 2022, §78 et s.

⁸⁷⁷ L'art. 1587 al. 1^{er} de l'avant-projet énonce ainsi que « *la promesse synallagmatique de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des parties sur le bien et sur le prix* », tandis que les art. 1587-1 et 1587-2 règlent le sort de la promesse synallagmatique de vente qui ne vaut pas vente, parce qu'elle a été expressément subordonnée par les parties « *soit à la réitération de leur accord, soit à leur accord sur un autre élément que le bien ou le prix* ».

projeté constitue un « contrat éventuel »⁸⁷⁸. Reste à savoir si on doit se contenter de dire que l'acte est inexistant ou si cette essentialisation relève d'un accord préliminaire. Certains auteurs optent pour la qualification d'accord de principe⁸⁷⁹. Selon eux, les parties auraient conclu un accord de principe épuisant sa finalité dans cette essentialisation. Mais nous avons vu que l'accord de principe ne correspond pas à un véritable acte juridique⁸⁸⁰. Il constitue plutôt un stade avancé des négociations dont l'identification relève du fait et qui permet de déclencher l'application des obligations légales imposées par les articles 1112 et s. du code civil. Comme son nom l'indique, l'accord de principe révèle par ailleurs un accord des parties sur certains éléments du futur contrat. Bien au contraire, le procédé d'essentialisation doit permettre aux parties de subordonner la formation du contrat à leur accord sur un élément qu'elles jugent essentiel. Par définition, il n'y a donc pas d'accord sur ce point. La qualification de projet d'acte juridique paraît donc appropriée, car elle suppose l'inexistence de l'acte envisagé et peut être l'occasion pour les parties au contrat envisagé d'essentialiser certains éléments additionnels⁸⁸¹. Il n'y a donc pas de promesse ne valant pas le contrat. Il y a un simple projet.

291. Promesse valant le contrat – Lorsque les parties ont simplement reporté l'exécution du contrat et ont subordonné ce report à la réitération de leur accord en la forme authentique, il existe là encore une tendance à dire qu'elles ont conclu une promesse synallagmatique. On retient alors que la promesse « vaut » l'opération, sa réalisation étant d'ores et déjà garantie, au contraire de l'accord de principe qui reporte plus fondamentalement la formation du contrat. Là encore, il ne nous paraît pas judicieux d'employer le terme « promesse », même si c'est pour préciser que cette promesse « vaut le contrat ». Cette distinction, entre promesse valant vente et promesse ne valant pas vente, crée une brèche que les justiciables souhaitant se désengager de la vente à terme s'empresseront d'exploiter⁸⁸². Sans surprise, le « promettant » qui n'entend plus procéder à la vente, soutiendra que la promesse « ne vaut pas vente » et qu'il n'était pas définitivement engagé. Restreindre l'usage du terme « promesse » au profit de celui de « vente à terme » éviterait un tel contentieux. Bien que la recherche de la volonté réelle doive être systématique en cas de contestation, le juge du fond a en effet le devoir de restituer sa véritable qualification à l'acte qui lui est soumis. Or, la qualification la plus exacte est celle de vente à terme, la rédaction d'un acte authentique étant insusceptible de constituer une condition suspensive licite, puisque purement potestative⁸⁸³. Lorsqu'un terme suspensif a été prévu, qu'il soit un événement futur et certain ou une obligation primaire, l'opération n'est donc pas affectée d'éventualité. La qualification de terme s'impose et l'acte s'avère donc là encore parfait.

⁸⁷⁸ NAJJAR (I.), « L'accord de principe », *D.* 1991. 57.

⁸⁷⁹ En faveur de cette qualification : TESTU (F.-X.) (dir.), *Contrats d'affaire*, Dalloz référence, Chapitre 22 : Négociation structurée des contrats : les accords préparatoires, 2010/2011, n° 22.14.

⁸⁸⁰ V. *supra*, n° 108.

⁸⁸¹ STOFFEL (J.-N.), th. préc., §301.

⁸⁸² Civ. 1^{ère} 9 décembre 2010, n° 09-71.205, Publié au bulletin ; *RDC* 2011/2, p. 523, obs. M. Mekki.

⁸⁸³ Sur la prohibition des conditions suspensives purement potestatives, v. *infra*, n° 678 et s.

292. Distinction du contrat parfait et de la promesse – En définitive, on peut regretter que dans des affaires où l'on peine à distinguer entre les trois hypothèses (obligation primaire, condition suspensive ou report de la formation), la Cour de cassation se contente d'affirmer que « *la règle selon laquelle la promesse de vente vaut vente n'a qu'un caractère supplétif* »⁸⁸⁴. Selon nous ces différences, selon que l'acte est ou non formé, ou encore selon que la réalisation de l'opération est ou non garantie par l'acte, paraissent trop importantes en pratique pour que l'on se contente de distinguer la promesse « qui vaut vente » et la promesse qui « ne vaut pas vente ». Si l'opération est inéluctable, il s'agit d'un simple contrat à terme, l'existence d'une obligation primaire de réitération n'entravant aucunement la certitude attachée à sa réalisation future. L'expression de « promesse valant la vente » doit être proscrite. À l'inverse, si l'opération dépend encore d'un accord des parties – par essence discrétionnaire puisque soumis au principe de liberté contractuelle, il s'agit d'un simple projet de contrat. L'expression de « promesse ne valant pas la vente » doit être proscrite⁸⁸⁵. Cette double exclusion serait d'autant plus judicieuse que nous verrons ultérieurement que le terme « promesse » recouvre une véritable catégorie juridique qui peut être réservée à l'hypothèse dans laquelle l'opération est *conditionnelle*, c'est-à-dire en présence d'une condition suspensive globale ou d'une option, qui permettent de suspendre la perfection de l'acte en dépit de sa formation définitive⁸⁸⁶.

293. Conclusion du §1 – La perfection immédiate du contrat impose donc aux parties de fixer avec certitude le contenu de l'accord et en particulier son équilibre. Si elles peuvent aménager l'ordre et la date des effets de droit, c'est donc exclusivement au moyen d'un terme. Ce dernier reportant seulement l'exigibilité des effets de droit, les parties ont l'obligation de viser un événement certain. À défaut, il revient au juge de restituer son caractère certain au terme. L'usage d'une condition suspensive dans un contrat parfait s'avère donc impossible lorsqu'il a pour effet de faire peser une incertitude sur les effets essentiels de l'opération juridique. De cette manière, la formation du contrat garantit aux parties que les effets recherchés se produiront, ce qui permet d'assimiler le contrat à un véritable performatif. Une limite doit toutefois d'être relevée : elle tient au développement d'une approche particulière de la norme contractuelle.

⁸⁸⁴ Civ. 3^{ème} 10 mai 2005, n° 03-19.238, Inédit ; *RDC* 2005/4, p. 1076, obs. F. Collart-Dutilleul ; *AJDI* 2005, 679, obs. Cohet-Cordey ; *Lamy Dr. civil* 2006, n° 23, H. Kenfack. Dans cet arrêt la Cour de cassation reprochait à la cour d'appel de n'avoir pas recherché si la réitération par acte authentique était un terme ou une condition suspensive. Le contrat était en effet très ambigu puisqu'il subordonnait le consentement d'une des parties à la signature d'un acte authentique et précisait que le paiement du prix devrait intervenir au plus tard au jour de la signature de l'acte authentique, « *à titre de condition suspensive* ».

⁸⁸⁵ F. Collart-Dutilleul, note sous Civ. 3^{ème} 10 mai 2005, préc. : « En réalité, mieux vaudrait dire que le contrat n'a pas en ce cas la nature d'une promesse ». À la différence de l'auteur, nous pensons que la qualification de projet de contrat s'impose et non celle d'« avant-contrat synallagmatique de vente qui produit des effets spécifiques ». Sur cette qualification défendue par l'auteur, v. : COLLART-DUTILLEUL (F.), *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Coll. Immobilier, droit et gestion, Sirey, 1988, §127 et s.

⁸⁸⁶ V. *infra*, n° 504 et s.

§2 - LES LIMITES INDUITES PAR LES EXCÈS DU NORMATIVISME

294. La performativité à l'épreuve – L'acte étant parfait dès sa formation, les parties acquièrent la certitude que l'ensemble des effets recherchés se produiront selon l'équilibre dont elles ont convenu au moment de formation de l'acte. Néanmoins cette garantie est aujourd'hui doublement menacée par les excès de l'approche normativiste. Nous avons vu en effet que l'acte faisait souvent l'objet d'une approche basée sur la notion de norme, notamment pour la description de son efficacité. Or, si la norme était initialement conçue comme le manteau d'une opération juridique, dont elle devait permettre la réalisation substantielle⁸⁸⁷, sa définition n'a cessé d'évoluer. Elle est aujourd'hui affectée par le développement croissant d'une logique indemnitaire, qui favorise le versement de dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution en nature (A). Elle l'est ensuite par l'association du contrat à un outil de gestion des risques, qui favorise là encore la réparation pécuniaire au détriment de la réalisation substantielle de l'opération (B). La performativité du contrat s'en trouve doublement altérée.

A - La performativité à l'épreuve de la logique pécuniaire

295. De la garantie d'exécution à la garantie contre l'inexécution – Tout engagement pris dans un acte juridique comporte un risque : celui de l'inexécution des prestations ou de l'inobservation des effets prescrits par l'acte⁸⁸⁸. En principe, la certitude des effets inhérents à l'opération juridique n'est toutefois pas menacée, car les droits subjectifs garantissent la réalisation de l'opération juridique dès la formation de l'acte. C'est la raison pour laquelle la perfection de l'acte juridique ne dépend pas de son effectivité. Pourtant la réparation pécuniaire gagne du terrain, le contrat étant bien souvent considéré comme une norme « comme une autre ». Ce faisant, ce n'est plus la réalisation d'une opération juridique qui est recherchée, mais plutôt la réparation pécuniaire en cas d'entrave à la réalisation, ce qui menace le caractère performatif de l'acte (1). Aussi peut-on se réjouir qu'une résistance à cette conception soit rendue possible grâce au développement des *smart contracts* (2).

1 - La promotion de l'exécution par équivalent

296. La norme contractuelle : quelle finalité ? – Partant du principe selon lequel la norme contractuelle est une norme comme une autre, on retient parfois que le versement de dommages et intérêts constitue un mode d'exécution *possible* et *souhaitable* des obligations contractuelles. La promotion des dommages et intérêts comme mode de réalisation du contrat repose sur trois idées : tout d'abord, le juge

⁸⁸⁷ V. *supra*, n° 162.

⁸⁸⁸ PARAISSO (F.), *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, th. dactyl. Aix-Marseille Univ., 2008.

serait libre de choisir la sanction adaptée à la méconnaissance de la norme ; ensuite, les dommages et intérêts seraient aptes à réaliser l'intérêt positif inhérent à la norme ; enfin, l'exécution par équivalent aurait des vertus certaines.

297. La distinction de la norme et de sa sanction – À suivre des auteurs, la faveur traditionnelle pour l'exécution en nature serait le fruit d'une confusion entre la norme née du contrat et sa sanction. C'est l'idée défendue avec force par M. Laithier, qui a critiqué la « prétendue primauté de l'exécution en nature »⁸⁸⁹. Selon lui, il s'infère seulement de l'ancien art. 1134 du code civil que le contrat produit une norme, « ce qui signifie qu'en cas de violation de l'obligation contractuelle, *une* sanction juridique interviendra. Mais le type de sanction applicable est précisé par une norme distincte, (...) »⁸⁹⁰. L'efficacité du contrat s'épuiserait donc dans la possibilité de contraindre au respect de cette norme⁸⁹¹. Par conséquent il n'y aurait pas de raison de préférer une sanction à une autre, la norme contractuelle n'énonçant pas sa sanction. Ce point de vue a manifestement reçu un accueil favorable dans le droit positif. Certes, il faut reconnaître que la réforme de 2016 consacre la possibilité de recourir à l'exécution en nature et met fin aux débats antérieurs portant sur la question de savoir si cette forme d'exécution doit être réservée à certaines obligations⁸⁹². Néanmoins l'exécution en nature est seulement présentée par l'art. 1217 du code civil comme une des réponses à l'inexécution, dont l'ordre d'énumération ne doit pas être vu comme un moyen de les hiérarchiser⁸⁹³. Or, sans une faveur expresse pour l'exécution en nature, la perfection du contrat est menacée, car la norme à laquelle il donne naissance n'impose plus substantiellement la réalisation d'une opération juridique. La naissance des obligations ne garantit plus leur exécution.

298. La négation de la spécificité de la norme contractuelle – Ensuite, les partisans de la primauté – ou à tout le moins de l'équivalence – entre l'exécution par équivalent et la réparation en nature, soutiennent que le versement de dommages et intérêts serait à même de réaliser l'intérêt contractuel. Cette idée participe d'une volonté plus générale de faire tomber les spécificités de la responsabilité contractuelle. Ces dernières années, un solide courant doctrinal s'est en effet attaché à remettre en cause

⁸⁸⁹ LAITHIER (Y.-M.), « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC* 2005/1, p. 161 ; LAITHIER (Y.-M.), *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Bibl. de dr. privé, t. 419, LGDJ, 2004.

⁸⁹⁰ LAITHIER (Y.-M.), th. préc., §38 (en italique dans le texte).

⁸⁹¹ L'auteur opère une confusion entre la force obligatoire de l'acte juridique et son efficacité normative, l'art. 1134 c. civ. étant en effet le siège de la seule force obligatoire du contrat. Comme nous l'avons vu, la norme est un devoir-être, ce qui signifie qu'elle dispose d'une finalité. Elle ne se confond donc pas avec la force obligatoire de l'acte.

⁸⁹² Sur cette question, déjà largement débattue, v. not. : VINEY (G.), « La responsabilité contractuelle en question », *Mél. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 946 ; LARROUMET (Ch.), « Pour la responsabilité contractuelle », *Mél. Catala*, Litec, 2001, p. ; SAVAUX (E.), « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *RTD civ.* 1999. 1 ; RÉMY (Ph.), « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux-concept », *RTD Civ.* 1997. 323.

⁸⁹³ C'est ce qu'affirme expressément le Rapport au Président de la République, en précisant que « l'ordre d'énumération n'a aucune valeur hiérarchique, le créancier victime de l'inexécution étant libre de choisir la sanction la plus adaptée à la situation ».

la distinction entre les deux ordres de responsabilité⁸⁹⁴. La responsabilité contractuelle ne présenterait pas de réelle spécificité par rapport à la responsabilité délictuelle et sa mise en jeu reposerait donc sur des conditions identiques. Selon cette conception, la faute contractuelle constitue le pendant de la faute civile : elle réside dans l'inexécution du contrat et suffit à déclencher la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle⁸⁹⁵. Dès lors que le créancier a un droit à l'exécution, l'inexécution lui cause en effet nécessairement un préjudice⁸⁹⁶. Ce faisant, les dommages et intérêts auraient pour fonction de pourvoir autrement à l'exécution du contrat, en fournissant une « réparation du préjudice né de l'inexécution du contrat »⁸⁹⁷. Aptes à réparer le dommage causé par une faute, les dommages et intérêts seraient donc également aptes à réparer le dommage subi par le créancier consécutivement à l'inexécution d'une prestation sur laquelle il devait pouvoir compter⁸⁹⁸. Incidemment, la spécificité de l'obligation contractuelle par rapport à la responsabilité délictuelle se trouve toutefois dépréciée, un raccourci étant trop souvent fait entre la fonction de garantie de la norme et la logique de réparation. L'exécution de la prestation n'est donc plus vue comme une fin nécessaire, mais comme une référence pour calculer le montant des dommages et intérêts. Cette fonction des dommages et intérêts est désormais pleinement admise puisque l'art. 1231-2 du code civil énonce *in limine* que « les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé ». La même idée se trouve consacrée dans différents textes d'uniformisation du droit des contrats. On citera seulement les Principes du droit européen des contrats, qui prévoient expressément que « le créancier a droit à des dommages et intérêts pour le préjudice que lui cause l'inexécution » (art. 9.501). Par conséquent, comme le note Mme Rémy-Corlay, « ce n'est pas le dommage causé par la faute que l'on cherche à réparer, mais l'intérêt des contractants que l'on vise à retrouver »⁸⁹⁹. Ainsi, les dommages et intérêts étant évalué en fonction de l'intérêt positif que recouvre le contrat, ils pourraient servir à réparer l'atteinte portée à la norme contractuelle par le fait de l'inexécution⁹⁰⁰. Si une conception finaliste de l'exécution des obligations est

⁸⁹⁴ HUET (J.), *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse 1979, rééd. Coll « Les introuvables », Éd. Panthéon-Assas, 2020 ; JUEN (E.), *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, Bibl. de dr. privé, t. 568, LGDJ, 2016 ; JACQUEMIN (Z.), *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, Bibl. de dr. privé, t. 610, LGDJ, 2021.

⁸⁹⁵ *Contra* : WESTER-OUISSE (V.), « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : fusion des régimes à l'heure internationale », *RTD civ.* 2010. 419.

⁸⁹⁶ L'idée était déjà au cœur de la thèse de M. Rouvière : « Le contenu du contrat donne la mesure de la satisfaction du créancier, c'est-à-dire la réalisation du but poursuivi, du *negotium*. L'inexécution du contrat est l'absence de réalisation du *negotium*, la perte de l'avantage que devait procurer la convention. Conceptuellement, l'inexécution est un dommage », ROUVIÈRE (F.), *Le contenu du contrat : essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005, §265.

⁸⁹⁷ Cet intitulé a été choisi par les auteurs de la réforme du droit des contrats pour la sous-section 5 dédiée à la responsabilité contractuelle.

⁸⁹⁸ V. : JOURDAIN (P.), « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », art. préc., p. 314.

⁸⁹⁹ RÉMY-CORLAY (P.), « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC* 2005/1, p. 13. Plus loin : « Il faut bien déterminer l'intérêt du contrat et ce que l'on appelle les « dommages réparables », ou le préjudice, ne doit pas être autre chose que la recherche de cet intérêt ».

⁹⁰⁰ Au soutien de cette idée, Pothier énonçait déjà que « les dommages et intérêts (ne sont) pas autre chose que l'estimation de l'intérêt qu'a le créancier à l'exécution de l'obligation », POTHIER (R.-J.), *Traité des obligations*, éd. Bernardi 1805, n° 138, cité par : RÉMY-CORLAY (P.), « Exécution et réparation : deux concepts? », art. préc.

ici retenue, en ce qu'elle tend toujours à la satisfaction du créancier⁹⁰¹, on remarque néanmoins que la fonction traditionnelle de « garantie d'exécution » supportée par l'obligation a disparu. Là encore, la perfection du contrat se trouve menacée, l'intérêt positif inhérent à l'opération contractuelle n'étant vu que dans son aspect pécuniaire.

299. Les vertus prétendues de l'exécution par équivalent – Enfin, si l'on en croit des auteurs, l'exécution par équivalent aurait des vertus certaines. Elle assurerait une allocation pertinente des ressources en permettant au débiteur de verser une somme d'argent en lieu et place de la prestation convenue, à chaque fois qu'il trouve un intérêt à l'inexécution. De l'aveu de M. Laithier, une telle promotion de l'exécution par équivalent résulte d'une volonté d'accroître l'efficacité contractuelle « entendue dans son acception économique »⁹⁰². Cette analyse induit toutefois un glissement très net du sens qu'il convient de faire recouvrir à l'efficacité du contrat. Le contrat sera certes plus efficace économiquement parlant (encore que cela ne soit qu'au profit du débiteur...), mais son efficacité au sens où nous l'entendons s'en trouve diminuée. Il ne s'agit plus en effet d'assurer la réalisation substantielle d'une opération juridique, mais de promouvoir une allocation optimale des ressources. C'est donc l'efficacité en dehors du contrat qui est recherchée⁹⁰³, et non plus l'efficacité du contrat entendu comme un moyen en vue d'une fin. Bien qu'il y ait une résistance certaine à la pénétration de cette doctrine dans le droit français⁹⁰⁴, elle a déjà influencé le législateur. L'art. 1221 du code civil restreint en effet les hypothèses dans lesquelles le juge peut avoir recours à l'exécution forcée en nature et le texte va bien au-delà des restrictions que la jurisprudence avait déjà identifiées. Outre l'hypothèse classique de son exclusion – l'impossibilité d'exécuter en nature⁹⁰⁵ – elle ne pourra être prononcée qu'à la condition qu'il n'existe pas « *une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* ». Ainsi le juge saisi d'une inexécution pourra refuser d'ordonner l'exécution en nature si ses conséquences sont disproportionnées par rapport à l'intérêt du créancier⁹⁰⁶. Cela revient très clairement à favoriser l'efficacité économique du contrat telle que précédemment exposée : l'intérêt d'une des parties est appréciée par le juge, après la formation du contrat, alors que la détermination des intérêts respectifs des parties est en principe l'apanage du processus de formation du contrat par l'accord des parties. Cette

⁹⁰¹ ROUJOU DE BOUBÉE (M.-E.), *Essai sur la notion de réparation*, Bibl. de dr. privé, t. 135, LGDJ, 1974, p. 143 et s.

⁹⁰² LAITHIER (Y.-M.), th. préc., §276.

⁹⁰³ L'approche économique de l'efficacité permet en effet de rechercher une « meilleure allocation des ressources ». Ce faisant, il ne s'agit pas de mesurer l'efficacité d'un instrument assigné à une fin mais de mesurer l'efficacité globale du système juridique. Sur cette idée : LAITHIER (Y.-M.), th. préc., §9 ; MAZEAUD (D.), « Le droit des obligations et l'efficacité économique », in : *L'efficacité économique en droit*, Coll. Études juridiques, Economica, 2010, p. 67, §2, qui se réfère aux « exigences du marché ».

⁹⁰⁴ V. not. : MUIR-WATT (H.), « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in : *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Bruno DEFFAINS (dir.), Ed. Cujas, 2000, p. 37 ; MAZEAUD (D.), « Le droit des obligations et l'efficacité économique », art. préc., spéc. §4.

⁹⁰⁵ V. *infra*, n° 310 et s.

⁹⁰⁶ CORMIER (M.), *Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil*, thèse Paris II, 2022.

disposition a d'ailleurs fait l'objet d'une application récente par la Cour de cassation, dans une affaire pourtant soumise au droit antérieur à la réforme⁹⁰⁷. Dans cet arrêt, publié au Bulletin, les hauts magistrats ont opéré un revirement de jurisprudence⁹⁰⁸ et approuvé les juges du fond d'avoir relevé « l'existence d'une disproportion manifeste entre le coût de la démolition pour le débiteur et son intérêt pour les créanciers », confirmant que l'argument économique peut dicter la réponse à l'inexécution⁹⁰⁹.

300. Une menace pour la réalisation de l'opération – En définitive, la norme est moins vue comme le manteau d'une opération juridique que comme un moyen d'allouer une somme d'argent en compensation du préjudice résultant de l'inexécution. Or, si les dispositions légales dont peut se prévaloir le contractant déçu favorisent la réparation au détriment de l'exécution, cela signifie que les parties n'ont plus la garantie que le résultat recherché se réalisera. Non seulement le juge pourra procéder à un choix générateur d'une incertitude quant à l'effet produit, surtout, il sera susceptible d'opter pour le versement de dommages et intérêts qui sont manifestement inaptes à réaliser l'opération juridique « par équivalent ».

301. L'incertitude quant à l'effet – Comme le remarque un auteur, « à la liberté laissée au juge du choix de la sanction, répond un aléa pour les parties »⁹¹⁰. Alors même que les parties se sont entendues sur un certain équilibre contractuel au stade de la formation, le juge sera donc conduit à apprécier cet équilibre au stade de l'exécution pour savoir quelle réponse apporter à l'inexécution. Le créancier victime de l'inexécution sera ainsi contraint de s'en remettre à l'appréciation du juge dont le choix résultera, certes de la prise en compte du contenu contractuel, mais aussi des circonstances de la cause. Promouvoir l'égalité entre l'exécution en nature et l'exécution par équivalent altère donc la certitude que peuvent normalement avoir les parties quant à l'accomplissement futur des prestations convenues ; ce qui porte manifestement atteinte à la perfection du contrat telle que nous l'avons définie.

302. Le caractère décevant de l'exécution par équivalent – Pour certains auteurs, l'intérêt serait néanmoins satisfait par le versement d'une somme d'argent, d'où l'idée d'une « exécution par

⁹⁰⁷ Civ. 3^{ème} 13 juillet 2022, n° 21-16.407 et n° 21-16.408, Publié au Bulletin ; *RDC* 2022/4, p. 10, F. Dournaux ; *Deffrénois* 2023, n° 6, p. 24, obs. L. Tranchant ; *Gaz. Pal.* 2022, n° 31, p. 69, obs. M. Parmentier ; *RDI* 2022, 591, J.-L. Bergel ; *D.* 2022, 1647, note Th. Genicon ; *D.* 2023, 254, obs. R. Boffa ; *JCP N* 2023, n° 6, 1024, H. Périnet-Marquet ; *JCP G* 2022, n° 49, 1426, P. Grosser ; *Constr. Urb.* 2022, n° 10, 100, Ch. Sizaïre.

⁹⁰⁸ Jusqu'à une date récente, la Cour de cassation jugeait encore que seule l'impossibilité d'exécuter était un obstacle à l'exécution forcée nature, la gravité du préjudice subi par le débiteur étant indifférente : Civ. 3^{ème} 17 décembre 2020, n° 19-23.520, Inédit – Civ. 3^{ème} 20 décembre 2018, n° 16-12.131, Inédit – Civ. 3^{ème} 16 juin 2015, n° 14-14.612, Inédit. Dans le domaine de la construction en particulier, la proportionnalité de la mesure de destruction n'était pas considérée comme une condition de l'exécution en nature : Civ. 3^{ème} 11 mai 2005, n° 03-21.136, *Bull. Civ. III*, n° 103 – Civ. 3^{ème} 12 avril 2018, n° 17-26.906, Inédit.

⁹⁰⁹ Sur la critique de cette inspiration économiste : GENICON (Th.), « Contre l'introduction du "coût manifestement déraisonnable" comme exception à l'exécution forcée en nature », *Dr. et patr.* oct. 2014, n° 240, p. 63.

⁹¹⁰ PENIN (O.), th. préc., §216. Il poursuit : « dans un système où celui qui ne respecte pas les prévisions n'est pas certain d'être condamné à exécuter en nature, par effet réflexe, s'ouvre une alternative : s'exécuter ou être sanctionné par le juge ».

équivalent »⁹¹¹. Pourtant, il est bien évident que, quel que soit le montant des dommages et intérêts, ces derniers ne sont pas à même de satisfaire le créancier qui recherche la production d'un résultat concret. C'est d'ailleurs ce qu'ont unanimement remarqué les auteurs qui dénoncent le « faux concept » que représente l'exécution par équivalent⁹¹² : le versement de dommages et intérêts n'est pas une exécution véritable. Il convient en effet de rappeler que le contrat ne crée pas n'importe quelle norme. Il crée une norme au service d'une opération juridique qui donne sa qualification à l'acte et constitue la finalité à accomplir. La norme contractuelle ne remplit donc pas une simple fonction régulatrice, mais une fonction prescriptive, dans la mesure où les parties recherchent un résultat substantiel. Le contrat doit permettre la circulation des richesses, les échanges de bien, la fourniture de services ; en somme la satisfaction de besoins concrets auxquels le versement d'une somme d'argent n'est pas toujours à même de répondre⁹¹³. Dire que le contrat repose sur un intérêt dont la méconnaissance peut être sanctionnée par le versement de dommages et intérêts est donc une simplification malvenue. Cela vaut même si le montant des dommages et intérêts est fixé en fonction de l'intérêt positif auquel les parties ont adhéré⁹¹⁴. Servant un objectif purement économique, l'exécution par équivalent est forcément déceptive pour le débiteur. D'ailleurs on remarque avec intérêt que le droit anglais, pourtant sensible à la logique économique, favorise parfois l'exécution en nature, la notion de *specific performance* permettant aux parties d'obtenir la prestation attendue⁹¹⁵.

303. Une modification implicite de la finalité – Les dommages et intérêts ne semblent donc pas à même d'assurer l'observation de la norme contractuelle. Et pour cause : en considérant que l'acte juridique est efficace lorsqu'il permet une « meilleure allocation des ressources », l'*Analyse économique du droit* modifie substantiellement la finalité de l'acte. Comme l'avait remarqué Malaurie, « ce n'est que par la sanction que se comprend la règle »⁹¹⁶. Si la sanction de l'inexécution se mue en versement de

⁹¹¹ Dans cette optique, et comme le résume un auteur, « ... ce que l'on appelle les « dommages réparables », ou le préjudice, ne doit pas être autre chose que la recherche de cet intérêt », RÉMY-CORLAY (P.), « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC* 2005/1, p. 13.

⁹¹² JÜEN (E.), th. préc., §264 et s.

⁹¹³ Sur l'opposition entre la logique réparatrice et la logique créatrice, v. : WEIR (T.), « Chapter 12, Complex liabilities », in : *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, Torts, dir. A. Tunc, J.C.B. Mohr, Mouton, 1976, n° 6, cité et traduit par : DUGUÉ (M.), *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, Bibl. de dr. privé, t. 588, LGDJ, 2019, §424 : « Le bien-être de l'homme, que le droit poursuit, repose sur la sauvegarde et le développement de ses intérêts – la vie, la santé, la propriété et la richesse, *inter alia*. Pour assurer la sauvegarde de ces intérêts nous avons la responsabilité délictuelle, et pour promouvoir leur développement nous avons le droit des contrats. Le contrat est créateur, la responsabilité délictuelle est protectrice ».

⁹¹⁴ Chez les partisans de l'exécution pécuniaire on retrouve souvent l'affirmation selon laquelle le montant des dommages et intérêts peut être calibré en fonction de l'opération à réaliser. En ce sens, un auteur note que « l'analyse de la notion de contenu du contrat a mis en exergue le fait que les engagements étaient configurés par le but poursuivi par les parties, le *negotium*. Cette utilité, que le créancier attend de la convention, permet de forger un concept d'inexécution opérant une nouvelle forme de détermination des dommages et intérêts contractuels », ROUVIÈRE (F.), th. préc., §262.

⁹¹⁵ BELLIVIER (F.), SEFTON-GREEN (R.), « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droit français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », *Études Ghestin*, 2001, LGDJ, p. 91.

⁹¹⁶ MALAURIE (P.), « Les sanctions en droit privé », *Defrénois* 2006, n° 4, 316. L'auteur poursuit en notant que « la sanction, c'est l'intelligence de la règle ; ce n'est que par sa sanction qu'une règle peut être au service d'une valeur

dommages et intérêts, le contrat devient donc un moyen d'allouer une somme d'argent ; il ne constitue plus un acte juridique en vue d'un *negotium*. À ce stade il n'est pas inutile de rappeler que la perfection de l'acte juridique se rapproche de sa vertu. Or, si l'on suit Aristote, « toute vertu est, pour la chose dont elle est la vertu, ce qui (...) lui assure l'exécution parfaite de l'œuvre qui lui est propre »⁹¹⁷. Seule l'exécution en nature s'avère donc apte à assurer pleinement le droit subjectif du créancier à l'exécution de la prestation et à réaliser ainsi l'intérêt positif inhérent à la norme contractuelle⁹¹⁸. L'exécution se comprend ainsi, simplement, comme « l'accomplissement de la prestation due » et la nécessité de sanctionner la norme contractuelle ne signifie pas que toutes les sanctions soient interchangeables.

304. Par conséquent nous approuvons M. Savaux lorsqu'il remarque qu'en utilisant le versement de dommages et intérêts pour répondre à l'inexécution des prestations, le juge « altère profondément l'objet du contrat »⁹¹⁹. Fort heureusement, cet engouement pour la fonction pécuniaire paraît aujourd'hui reculer grâce au succès naissant des *smart contracts*.

2 - Le recours bienvenu aux *smart contracts*

305. Le développement des *smart contracts* – Il existe aujourd'hui un engouement certain pour les *smart contracts*. L'intérêt qu'une partie de la doctrine montre déjà pour cette technologie et son exploitation dans les rapports contractuels⁹²⁰, démontre selon nous que le contrat est encore regardé comme un acte performatif, dont l'efficacité substantielle gagne à être assurée dès sa formation. Inventé par M. Szabo dans les années 1990⁹²¹, le *smart contract* désigne une technologie qui, adossée à un contrat déjà conclu, permet d'en automatiser l'exécution. À l'époque où l'auteur invente cette notion, l'ère numérique n'en est qu'à ses débuts. Aussi les applications de *smart contract* sont relativement restreintes, l'auteur donnant pour exemple le contrat conclu lors de l'achat d'un bien délivré par un distributeur automatique, dont il vante les vertus de rapidité, d'efficacité et de transparence. L'automatisation qui atteint ici à la fois la conclusion et l'exécution du contrat lui paraît être un bon moyen de réduire les

ou d'une politique – juridique, sociale, économique, etc. ». Le type de sanction semble donc nécessairement dicté par le type de règle à sanctionner.

⁹¹⁷ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. Barthélémy Saint-Hilaire, 9^{ème} éd. Poche Classiques de la philosophie, 2007, Livre II, Chapitre VI, §2, cité par PENIN (O.), th. préc., §324. L'auteur tire de cette approche de la vertu une conséquence quant à l'exécution du contrat. Il note que selon cette définition « on peut penser que l'exécution du contrat vertueuse est celle qui réalise le contrat. En somme, c'est celle qui réalise ce pour quoi le contrat est prévu. Selon cette logique, l'exécution devrait donc produire une prestation semblable en tout point à ce qui a été formé ».

⁹¹⁸ Comme l'a remarqué un auteur, l'obligation est un droit subjectif à l'exécution d'une norme de comportement et doit ainsi « assurer l'attribution des utilités de ce comportement au créancier », FOREST (G.), th. préc., §336.

⁹¹⁹ SAVAUX (E.), « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *RTD Civ.* 1999. 1.

⁹²⁰ LEVENEUR (C.), *Les smart contracts, Étude de droit des contrats à l'aune de la blockchain*, thèse Paris II, publication à venir.

⁹²¹ SZABO (N.), « Smart Contracts : Building Blocks for Digital Markets », *Extropy Journal of Transhuman Thought*, 1996, 16.

incertitudes susceptibles d'affecter la production des effets recherchés au moyen du contrat. Toutefois la notion ne pouvait pas s'épanouir complètement avant le développement de l'informatique et en particulier de la blockchain, qui fournit un terrain favorable à l'épanouissement du *smart contract*. La blockchain peut être définie comme une « *technique destinée à assurer la sécurité juridique des transactions électroniques au moyen d'enregistrement numérique de données produites en continu, sous forme de blocs liés les uns aux autres, chacun des blocs et leur séquence étant protégés contre toute modification* »⁹²². En quelques mots, la blockchain est donc à la fois un réseau informatique et une base de données qui permet de réaliser diverses opérations et d'en garder la trace. Elle est un support informatique qui assure l'épanouissement des *smart contracts*, puisqu'elle permet la conclusion, l'exécution voire la résolution automatique des contrats⁹²³.

306. *Smart contract* et certitude des effets – Parce que le *smart contract* repose sur un programme informatique conditionnel « si-alors », il garantit dès sa formation que les prestations seront accomplies : elles le seront informatiquement, sans aléa lié à la nécessité d'une intervention ou d'une diligence extérieure⁹²⁴. À cet égard il faut voir que le *smart contract* n'est pas lui-même un contrat, mais plutôt une technologie adossée à un véritable contrat, qui peut être conclu par avance. Le *smart contract* permet ainsi d'automatiser sa mise en œuvre. Comme le résume un auteur, le *smart contract* est un « programme informatique dont la fonction consiste à former, exécuter ou éteindre automatiquement un contrat qui, en toute hypothèse, ne se confond pas avec lui »⁹²⁵. Cette technologie sert donc la performativité du contrat, dans la mesure où elle repose sur l'automatisme de l'exécution. Comme le note M. Houtcieff, « le *smart contract* semble pouvoir débarrasser de cet autre qu'est le cocontractant lui-même, en automatisant l'accomplissement de ses prestations »⁹²⁶. Dès la formation du contrat, les parties ont donc la garantie que les prestations seront exécutées conformément à ce qu'elles ont convenu et inscrit dans la *blockchain*. Ainsi, « rattaché aux effets du contrat, le smart contract se présente comme une modalité d'exécution. La réalisation d'un événement tel qu'une intempérie ou un retard peut donner lieu au paiement d'une indemnité versée automatiquement au moyen d'un smart contract »⁹²⁷. La technologie est également intéressante en ce qu'elle permet d'automatiser les sanctions de l'inexécution. Les parties sont donc assurées par avance de la nature de l'indemnisation qu'elles recevront, le juge n'ayant pas à intervenir⁹²⁸.

⁹²² Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, « Blockchain ».

⁹²³ Depuis 2003, le projet Ethereum qui repose sur la technologie blockchain permet la conclusion et l'exécution automatisée de contrats : <https://www.ethereum-france.com/smart-contract-ou-le-contrat-auto-executant/>. Le *smart contract* y est présenté comme un « engagement auto-exécutant »

⁹²⁴ SZABO (N.), « Smart Contracts : Building Blocks for Digital Markets », art. préc. : « A smart contract is a set of promises, specified in digital form, including protocols within which the parties perform on these promises ».

⁹²⁵ GUERLIN (G.), « Considérations sur les smart contracts », art. préc. En ce sens égal. : MOUNOUSSAMY (L.), « Le smart contract, acte ou hack juridique ? », *LPA* 2020, n° 37, p. 12.

⁹²⁶ HOUTCIEFF (D.), « La réactivité en droit contemporain des contrats : des réactions unilatérales au smart contract », *Gaz. Pal.* 2019, hors-série n° 3, p. 9.

⁹²⁷ MEKKI (M.), « Les mystères de la blockchain », *D.* 2017. 2160.

⁹²⁸ CATTALANO (G.), « Smart contracts et droit des contrats », *AJ contrat* 2019, p. 321.

In fine, il se produit un renforcement du caractère autoréalisateur de la norme contractuelle : « à la volonté de respecter la norme s'est substituée une application automatique de la norme qui est obligatoirement respectée car elle est intégrée à l'objet, au contenant contractuel, dont elle en conditionne l'usage »⁹²⁹.

307. Limites – Néanmoins la technologie n'est pas sans failles⁹³⁰. Par exemple, elle n'est pas à l'abri des pannes informatiques et des fluctuations de la monnaie utilisée. Reste que le risque devient lié à la technologie, laquelle peut toujours être améliorée. En cela, la blockchain présente des avantages certains. Par ailleurs, il est bien évidemment que l'exécution automatisée, parce qu'elle est informatique, ne peut concerner que certaines prestations : les ordres de paiement, l'envoi dématérialisé d'un bien incorporel, la mise à disposition de documents, etc. Le progrès technologique et l'automatisation d'un nombre croissant d'objets devraient toutefois permettre d'étendre le domaine de son application. Ainsi, on pourrait tout à fait imaginer que dans un futur proche la blockchain déclenche la livraison d'un bien corporel par drone ou qu'elle verrouille à distance l'accès à un local. L'aléa relatif à l'exécution disparaîtrait donc progressivement, renforçant la garantie inhérente à l'obligation transcrite dans la blockchain. Plus inquiétante est toutefois la dissymétrie qui existe parfois dans l'autonomisation de l'exécution par le *smart contract*. Des auteurs ont remarqué à juste titre que l'usage de cette technologie profitait généralement à la partie forte, qui cherche à se prémunir contre le risque d'inexécution. Néanmoins, cette technologie pourrait connaître à l'avenir des applications au profit de la « partie faible », qu'il s'agisse de l'assuré (pour garantir le versement de la prime en cas d'accident) ou du client d'une entreprise de transport (pour garantir son indemnisation en cas de retard ou d'annulation de la prestation). Quoiqu'il en soit, le recours à la technologie blockchain pour réaliser l'opération contractuelle ne dispensera pas le contrat d'obéir aux règles du droit des contrats. Il s'agit peut-être du frein principal à l'usage de cette technologie qui, par l'automatisme qu'elle permet, semble inconciliable avec certaines exigences, notamment celle du caractère « proportionné » de l'exécution forcée en nature⁹³¹.

308. Synthèse sur la logique pécuniaire – L'approche normativiste du contrat a donc été nettement instrumentalisée afin de promouvoir une certaine conception de la notion de contrat elle-même. La norme est devenue un synonyme de la force obligatoire et ce faisant, le fondement d'une sanction qui n'est pas nécessairement dictée par la finalité convenue. La promotion d'une logique purement indemnitaire a donc dévoyé la notion classique de norme, que Kelsen considérait comme indissociable d'une finalité⁹³². Dans cette hypothèse, il semble difficile d'admettre que la formation de l'acte juridique suffise à le rendre parfait : les parties n'ont plus la garantie que l'opération juridique sera effectivement accomplie. Si

⁹²⁹ CANAC (J.-M.), TELLER (M.), « De la *rule of law* à la *rule by code* : la blockchain, un projet faustien ? », *Études Ph. Neau-Leduc*, LGDJ, Lextenso, p. 181, spéc. p. 197.

⁹³⁰ BOISMAIN (C.), « Quelques réflexions sur les contrats intelligents (smarts contracts) », *LPA* 2021, n° 42, p. 6.

⁹³¹ MEKKI (M.), « L'avenir du droit des contrats réside-t-il dans les smart contracts ? », *Mél. G. Pignarre*, LGDJ, 2018, p. 585, spéc. §20.

⁹³² KELSEN (H.), *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 11 et s.

l'exécution par équivalent est une limite naturelle à la perfection immédiate du contrat, une limite plus grave peut être trouvée dans le mouvement d'association du contrat à un outil de gestion des risques, ce dernier devenant un simple instrument de garantie contre la non-exécution.

B - La performativité à l'épreuve de la gestion des risques

309. De la garantie d'exécution à la garantie contre la non-exécution – Le caractère performatif pourrait encore être menacé par le développement d'une conception plus contemporaine du contrat, qui incite à le considérer comme un outil de prévention contre le risque de *non-survenance* du résultat espéré. Entendu comme un instrument de « gestion des risques »⁹³³, le contrat pourrait ainsi porter sur des opérations juridiques dont la réalisation s'avère impossible, mais dont l'une des parties a accepté d'assumer le risque. Dès l'instant de sa formation, le contrat serait donc délibérément conclu dans le but d'allouer des dommages et intérêts, non pas en raison du risque d'*inexécution*, mais de *non-exécution*⁹³⁴, c'est-à-dire d'exécution rendue impossible. Ce faisant, le contrat serait moins un instrument de réalisation positive d'une opération, qu'un instrument de garantie contre la non-réalisation de l'opération et ce, que l'impossibilité affecte l'exécution des obligations (1) ou la production des effets légaux (2).

1 - Exécution impossible des obligations

310. Impossibilité d'exécution – Le changement de paradigme, de la norme comme garantie d'exécution à la norme comme garantie en cas de non-exécution, est loin d'être anodin. Dans cette conception, l'impossibilité d'exécution paralyserait simplement le droit de demander l'exécution en nature et le contrat portant sur une prestation impossible dès sa formation serait donc valable. Le caractère performatif du contrat ne serait alors qu'un lointain souvenir, la norme contractuelle ne permettant plus aux parties de compter sur la réalisation de l'opération recherchée.

311. De l'invalidité – Pour l'heure nous savons que l'impossibilité d'exécuter l'obligation dès l'instant de la formation du contrat ouvre un droit d'agir en nullité. Outre la nécessité de déterminer (*a minima* de rendre déterminable) la prestation, l'art. 1163 al. 2 du code civil énonce en effet que la prestation « *doit être possible* ». La solution existait déjà en droit romain même s'il est difficile d'en retracer l'origine exacte. À suivre un auteur⁹³⁵, la règle proviendrait de l'attachement des Romains à la *rerum natura*, c'est-

⁹³³ MOUSSERON (J.-M.), « La gestion des risques par le contrat », *RTD Civ.* 1988. 481, §45.

⁹³⁴ La non-exécution est un phénomène plus large que l'inexécution. L'inexécution correspond en effet à la situation dans laquelle le débiteur refuse délibérément d'exécuter ses obligations. Plus neutre, la non-exécution permet de saisir l'ensemble des défauts d'exécution, ce qui permet d'intégrer l'impossibilité d'exécution.

⁹³⁵ RABEL (E.), « Origine de la règle *impossibilium nulla obligatio* », *Mél. Gérardin*, 1907, p. 473.

à-dire à la nature des choses. Alors que la nullité du contrat était initialement prévue en présence d'un obstacle physique à l'exécution (esclave mort, maison brûlée, etc.), la solution aurait été étendue plus tard par les philosophes, au moyen d'un emprunt aux Grecs des termes *possibilis* et *impossibilis*. Reprise par le Digeste, l'impossibilité de l'exécution serait parvenue jusqu'à nous grâce à la formule de Celse *impossibilium nulla obligatio*. La nature des choses commanderait donc la nullité du contrat portant sur des obligations impossibles. Pourtant nous verrons que le droit allemand, qui a également puisé sa solution dans le droit romain, prend un parti tout à fait différent quant aux suites à apporter à l'impossibilité d'exécution. Que l'effectivité de l'adage *à l'impossible nul n'est tenu* perdue en droit français est donc un véritable choix, bien que certainement inconscient. Cette exigence se comprend directement par la performativité traditionnelle du contrat : dès sa formation, les parties doivent acquérir la certitude que la prestation sera exécutée, ou que son exécution en nature pourra être forcée. L'impossibilité d'exécution recouvre en effet une impossibilité d'exécuter en nature, le débiteur d'une obligation monétaire ne pouvant invoquer l'exécution impossible s'il est insolvable⁹³⁶. Cela témoigne d'un attachement implicite à la logique performative, la réalisation substantielle de l'opération devant être garantie au moment de la formation. Par conséquent, on ne saurait admettre qu'une partie s'engage à exécuter une obligation dont l'exécution est impossible. Un tel contrat serait nul⁹³⁷.

312. À la responsabilité – Si la nullité du contrat est donc la solution du droit français, elle ne fait pas l'unanimité dans les systèmes de droit étrangers ou internationaux. Le droit allemand a abandonné cette solution lors de la réforme du droit des obligations entrée en vigueur en 2002⁹³⁸. Désormais, le §311 du BGB énonce que « *le fait que le débiteur ne soit pas obligé de fournir la prestation en vertu du §275, al. 1 à 3, et que l'entrave à la prestation existe déjà lors de la conclusion du contrat ne fait pas obstacle à l'efficacité de ce contrat* ». Ce faisant le droit allemand, qui retenait déjà que l'exécution par équivalent puisse être prononcée si l'exécution en nature se révélait impossible, étend cette solution à l'hypothèse dans laquelle l'impossibilité existait déjà au moment de la conclusion du contrat. Dans le même sens, les principes Unidroit et les Principes de droit européen des contrats retiennent que l'impossibilité d'exécuter ne fait pas obstacle à la validité du contrat même lorsque l'impossibilité est initiale⁹³⁹. Les parties peuvent donc valablement conclure un contrat dont elles savent que l'exécution sera impossible. Pour certains

⁹³⁶ Com. 16 septembre 2014, n° 13-20.306, *Bull. Civ. IV*, n° 118 : « *le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de ce cette obligation en invoquant un cas de force majeure* ». En ce sens égal. : LIBCHABER (R.), *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Bibl. de dr. privé, t. 225, 1992, §469.

⁹³⁷ On aurait également pu penser à la sanction de l'inexistence mais celle-ci s'avère rapidement inadéquate. Outre que l'exigence de possibilité apparaît au rang des conditions de validité, dont nous verrons qu'elles sont distinctes des conditions de formation, l'impossibilité de la prestation s'entend de l'impossibilité de son exécution. Ce faisant elle ne révèle pas un défaut d'accord entre les parties. Comme le note un auteur on « ne saurait inférer de l'impossibilité d'exécuter une prestation la négation de l'obligation » (RABEL, art. préc., §8).

⁹³⁸ Le §306 BGB énonçait autrefois qu' « un contrat ayant pour objet une prestation impossible est nulle ».

⁹³⁹ Art. 4:102 PDEC « Impossibilité initiale » : « *Un contrat n'est pas invalide du seul fait que, lors de sa conclusion, l'exécution de l'obligation était impossible (...)* » ; Art. 3.1.3 des Principes Unidroit (2016) (Impossibilité initiale) : 1° « *Le seul fait que, lors de la conclusion du contrat, l'une des parties était dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations ne porte pas atteinte à la validité du contrat* ».

auteurs cette solution est préférable à la nullité dans la mesure où elle ne permet pas au débiteur, conscient de l'impossibilité initiale, de s'en sortir à bon compte⁹⁴⁰. Si le contrat est annulé, le débiteur qui avait souscrit une obligation qu'il savait impossible à exécuter se trouve en effet soudainement libéré et risque donc simplement de verser des dommages et intérêts sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle, dans l'hypothèse où il avait connaissance de cette impossibilité⁹⁴¹. Au contraire, si la validité du contrat n'est pas menacée et que le débiteur reste tenu d'exécuter le contrat, ce dernier doit verser des dommages et intérêts à hauteur de « l'intérêt positif »⁹⁴² recouvert par le contrat. En somme, il est tenu d'exécuter par équivalent le contrat, l'impossibilité d'exécuter n'étant qu'une impossibilité d'exécuter *en nature*. Dans cette optique, sauf à ce que le débiteur ait été victime d'un vice du consentement au moment de la conclusion du contrat, on voit mal pourquoi il lui serait permis d'anéantir rétroactivement le contrat alors qu'il s'était engagé en connaissance de cause. S'il a consenti au contrat, c'est qu'il a intégré le risque lié à l'impossibilité d'exécuter la prestation. Ce risque a d'ailleurs probablement été pris en compte pour établir l'équilibre contractuel de sorte qu'annuler un tel contrat reviendrait à permettre au créancier de retirer unilatéralement son consentement. En somme, comme le note M. Witz, « l'impossibilité initiale de la prestation peut parfaitement s'accommoder de l'efficacité du contrat »⁹⁴³.

313. Un risque couvert par le contrat – L'admission de cette solution en droit français aurait pour effet d'abandonner partiellement l'effectivité de l'adage à *l'impossible nul n'est tenu*. Actuellement cet adage ressort en effet à deux solutions du droit positif : tout d'abord la nullité du contrat dont l'exécution est initialement impossible, mais aussi la résolution de plein droit du contrat en cas de force majeure (art. 1218 c. civ.), ou plus largement, en cas d'impossibilité définitive d'exécuter (art. 1351 c. civ.). On pourrait tout à fait envisager que l'impossibilité d'exécuter fasse l'objet d'un traitement uniforme, quel que soit le moment où elle survient. Même si les textes n'ont pas encore entériné cette conception, on constate qu'il existe déjà un certain recul dans le traitement différencié de l'impossibilité d'exécution par rapport à l'inexécution, lorsque celle-ci survient en cours d'exécution. L'article 1351 du code civil précise en effet que « *l'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure* ». Comme l'a remarqué M. Ancel, l'impossibilité d'exécuter n'est que le résultat d'un événement constitutif d'une force majeure⁹⁴⁴, de sorte « qu'elle couvre toutes les

⁹⁴⁰ M. Witz avance trois arguments en faveur de la validité du contrat : la nullité est une sanction plus favorable au créancier ayant promis la prestation impossible, que les règles régissant l'exception d'inexécution ; la nullité est en net recul dans notre droit ; la perte ou la destruction de la chose peuvent survenir peu avant ou après la conclusion du contrat (WITZ (C.), « L'impossibilité initiale de la prestation doit-elle être sanctionnée par la nullité du contrat ? », *Mél. P. Ancel*, Larcier, LexisNexis, 2021, p. 663).

⁹⁴¹ Art. 1178 al. 4 c. civ. : « *Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle* ».

⁹⁴² WITZ (C.), « L'impossibilité initiale de la prestation ... », art. préc., §10.

⁹⁴³ *Ibid.*, §4.

⁹⁴⁴ L'art. 1351 c. civ. vise en effet l'impossibilité qui « *procède* » de la force majeure ; l'art. 1351-1 c. civ., celle qui « *résulte* » de la perte de la chose due.

situations où le débiteur ne peut pas s'exécuter, quelle qu'en soit la cause »⁹⁴⁵. D'un point de vue objectif, l'exécution « impossible » n'est donc qu'une forme de non-exécution, elle n'a aucune spécificité. En pratique, nombre d'hypothèses de non-exécution s'expliquent d'ailleurs par une impossibilité matérielle d'exécuter : le bien objet de la prestation peut avoir été détruit ou perdu, le débiteur tenu de payer peut être insolvable, etc. Le caractère « impossible » de l'exécution serait donc à relativiser et pourrait faire l'objet d'un traitement uniforme. En toute hypothèse, l'exécution impossible devrait simplement empêcher de demander l'exécution en nature. Partant, il faudrait distinguer selon qu'elle procède d'un cas de force majeure ou selon que le débiteur en a assumé le risque⁹⁴⁶. Le moment de survenance de cette impossibilité n'aurait dès lors plus d'importance. En toute logique, il faudrait admettre la validité du contrat dont l'exécution est impossible *ab initio*, dès lors que le débiteur en a assumé le risque au moment de conclusion du contrat. Dans ce cas, le créancier ne pourrait certes pas demander l'exécution en nature, mais le débiteur serait tenu de verser des dommages et intérêts. Si un tel système devait déboucher sur une unification du régime de l'impossibilité d'exécution, la perte de spécificité de la norme contractuelle serait alors totale. Les parties auraient le pouvoir de former un acte dont l'effet serait seulement de permettre l'allocation d'une somme d'argent en cas de réalisation d'un risque assumé par l'une des parties. En toute hypothèse, la réalisation positive de l'opération juridique – en somme la perfection du contrat, n'aurait plus de consistance.

314. Si l'admission d'un tel risque lié à l'exécution peut être envisagé pour les obligations, cela paraît plus délicat lorsque la loi impose une efficacité « en nature » : c'est le cas par exemple de l'opération de vente, censée réaliser le transfert de propriété dès la formation du contrat. Dans ce cas, l'impossibilité de transférer la propriété paraît être un obstacle dirimant à sa perfection.

2 - Production impossible des effets légaux

315. Vente de la chose d'autrui : prohibition – L'art. 1583 du code civil est on ne peut plus clair : la propriété est « *acquise de droit* » à l'acquéreur dès que le contrat de vente est formé. L'art. 1196 al. 1^{er} du code civil étend cette solution à l'ensemble des contrats translatifs de propriété puisqu'il énonce que « *le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat* ». S'agissant d'un effet légal, c'est-à-dire réalisé par loi, on voit mal comment les parties à un contrat translatif de propriété pourraient s'en défaire et assumer le risque lié à l'impossibilité d'exécution, notamment lorsque le bien appartient à autrui. Dans ce cas le

⁹⁴⁵ ANCEL (P.), « Impossibilité et force majeure : un éclairage du droit allemand sur le nouveau droit français des obligations », *Mél. C. Witz*, LexisNexis, 2018, p. 25, §7.

⁹⁴⁶ Ce n'est que si les parties n'entendent pas assumer le risque lié à l'impossibilité d'exécution et qu'elles entendent par ailleurs réaliser positivement l'opération juridique, que l'efficacité immédiate du contrat pourra être reportée à une date ultérieure. Dans cette optique nous verrons que les parties ont tout à fait la possibilité de conclure une promesse synallagmatique sous la condition suspensive de levée de cette impossibilité. V. *infra*, n° 694.

transfert ne peut pas s'opérer en vertu d'un principe bien connu, celui de l'impossibilité de transmettre plus de droits qu'on en a soi-même. L'absence de droit du vendeur est donc un obstacle insurmontable à la réalisation de l'opération juridique⁹⁴⁷. Du moins est-ce le cas, bien évidemment, si le report du transfert de propriété n'est pas justifié par la nécessité de rendre le bien présent, lorsqu'il s'agit d'une obligation de ce contrat. La vente d'un bien futur est en effet parfaitement admissible dès lors que la naissance d'une obligation permet de supprimer tout grief de potestativité, qu'il s'agisse d'une obligation de fabrication ou de récolte par exemple. Il en va de même si les parties ont souscrit un contrat aléatoire. Ces hypothèses étant écartées, on voit bien la spécificité de l'opération « vente du bien d'autrui ». Sauf à admettre que le contrat de vente fait naître une obligation de donner, de sorte que l'absence de propriété au moment de la formation correspond à un fait d'inexécution⁹⁴⁸, il s'agit véritablement d'un « contrat impuissant à assumer la fonction dont le droit positif l'investit »⁹⁴⁹. Le principe de perfection immédiate du contrat impose qu'il soit déclaré nul. En ce sens, l'art. 1599 du code civil énonce que « *la vente de la chose d'autrui est nulle* », avant de préciser toutefois qu' « *elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui* ». Pourtant, on pourrait tout à fait admettre que ce contrat soit valable, à condition de considérer la vente comme une opération purement obligationnelle. En ce sens, Guiho notait déjà que « l'inefficacité de l'acte au point de vue réel peut parfaitement laisser place à une efficacité obligatoire »⁹⁵⁰.

316. L'efficacité obligationnelle – Pour que la vente de la chose d'autrui soit autorisée, il faudrait admettre que la finalité de la vente réside, non dans le transfert de propriété – impossible lorsque la chose appartient à autrui, mais dans une obligation du vendeur. Deux approches seraient envisageables. On pourrait tout d'abord retenir que le vendeur a souscrit une obligation d'acquérir le bien. Néanmoins cette solution ne nous semble pas devoir être retenue, car une telle obligation ne peut pas faire l'objet d'exécution forcée : l'obtention de la propriété ne dépend pas uniquement du comportement du débiteur, mais du bon vouloir du propriétaire. L'offre de réforme des contrats spéciaux comportait en ce sens, un art. 19 énonçant que « *la vente de la chose d'autrui oblige le vendeur à l'acquérir avant le moment convenu pour le transfert de propriété. En cas d'inexécution la vente est résolue de plein droit* »⁹⁵¹. Le

⁹⁴⁷ Au contraire par exemple du contrat de bail, dont l'effet s'incarne dans une obligation de conférer la jouissance des lieux, à la charge du bailleur. Il en résulte que le bail de la chose d'autrui est valable et peut être exécuté si le bailleur a la jouissance des lieux, ce qui est une problématique d'exécution des obligations contractuelles. Civ. 3^{ème} 13 février 1985, n° 82-14.220, *Bull. Civ. III*, n° 33 : « *le bail de la chose d'autrui, inopposable au propriétaire, produit effet entre le bailleur et le preneur tant que celui-ci a la jouissance paisible des lieux* ». Solution réitérée : Civ. 3^{ème} 2 février 2010, n° 08-11.233, Inédit ; Civ. 3^{ème} 29 octobre 2013, n° 11-19.556, Inédit ; Civ. 3^{ème} 19 octobre 2017, n° 16-23.680, Inédit.

⁹⁴⁸ En ce sens : CHAUVIRÉ (Ph.), *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, Bibl. de dr. privé, t. 547, LGDJ, 2013, §363 et s.

⁹⁴⁹ R. Libchaber, *Defrénois*, 2005, n° 15, p. 1240, note sous : Civ. 3^{ème} 5 mars 2005, n° 03-14.916.

⁹⁵⁰ GUIHO (P.), « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », *RTD Civ.* 1954, 1, §2.

⁹⁵¹ Sur cette proposition : LE BOURG (J.), « La nouvelle vente du bien d'autrui, Commentaire de l'article 19 de l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux », in : *L'offre de réforme des contrats spéciaux, Réflexions libres*

défaut de propriété serait donc traité comme une impossibilité d'exécution, entraînant la résolution du contrat. On pourrait ensuite essentialiser la garantie d'éviction pour en faire une obligation principale du contrat. La vente pourrait ainsi se réaliser alors même que le vendeur n'est pas le propriétaire du bien vendu : elle aurait pour effet d'obliger ce dernier à garantir l'acquéreur en cas de revendication du bien. Le droit positif retient déjà partiellement cette solution. Si l'acquéreur peut se prévaloir d'une nullité préventive, destinée à anéantir le contrat avant toute action en revendication, le droit de poursuivre l'annulation du contrat n'est plus possible une fois que le *vero domino* a exercé l'action en revendication⁹⁵². À compter de la revendication par le *vero domino*, l'acquéreur n'a donc pas d'autre choix que de mettre en jeu la responsabilité du vendeur suite à son éviction. En supprimant purement et simplement cette cause de nullité préventive, l'efficacité du contrat de vente résiderait en toute hypothèse dans la naissance des obligations à la charge des parties. Le défaut de propriété deviendrait ainsi un risque maîtrisé par les parties et en l'occurrence, assumé par le vendeur, tenu d'une obligation de délivrance et de garantie contre l'éviction.

317. Rejet de l'approche – L'abandon de la nullité du contrat est séduisant, car il permet d'éviter que le vendeur de la chose d'autrui ne s'en tire à bon compte s'il sait ne pas être le véritable propriétaire. Même s'il doit indemniser l'acquéreur (art. 1178 al. 2 c. civ.), les dommages et intérêts sont en effet une moindre compensation pour ce dernier. Pour l'heure, la garantie d'éviction lui permet simplement de demander la restitution du prix versé et des dommages et intérêts à hauteur du préjudice subi (art. 1630 1° c. civ.). Si elle devait devenir une obligation principale de l'opération de vente, l'acquéreur pourrait en outre se prévaloir d'une exception d'inexécution avant tout paiement du prix, ou demander la résolution du contrat pour inexécution après paiement du prix (art. 1217 c. civ.). Surtout, s'agissant d'une obligation ne pouvant être exécutée que de manière pécuniaire, il pourrait exiger le versement de dommages et intérêts à hauteur de l'intérêt positif recouvert par le contrat. Mais il faut bien mesurer l'implication sous-jacente de la validation de l'opération de vente de la chose d'autrui. Si la cause de nullité devait être supprimée, cela aurait pour effet de favoriser le versement de dommages et intérêts en lieu et place de la réalisation substantielle de l'opération. La vente n'aurait plus pour effet de transférer la propriété, mais elle aurait pour effet de garantir l'acquéreur contre un risque d'éviction devenu l'enjeu principal de cette opération.

318. Extension du raisonnement à l'opération de donation – C'est encore la performativité du contrat qui justifie la prohibition de la donation de biens à venir, dont le donateur n'a pas la propriété. Cette

à partir du projet de l'association *Henri Capitant*, dir. H. Kassoul, D. Gantschnig, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2021, p. 147. Cette disposition a finalement été abandonnée par l'avant-projet, qui maintient la nullité.

⁹⁵² Sur la mise en évidence de cette analyse en deux temps : DUBARRY (J.), « Du pouvoir de disposer de la chose d'autrui en droit privé français », *Mél. C. Witz*, LexisNexis, 2018, p. 279. On notera par ailleurs que le véritable propriétaire dispose seulement d'une action en revendication. Il ne peut pas demander la nullité du contrat. Solution constante depuis l'arrêt Req. 15 janvier 1934, *DH* 1934, 97.

prohibition est classiquement rattachée au principe d'irrévocabilité spéciale des donations, dont l'appréhension contemporaine repose sur la prohibition de tout procédé qui permettrait au donateur de se ménager un droit de reprendre le bien donné⁹⁵³. Pourtant, cette défense de la règle nous semble contestable. On peut en effet réaliser un parallèle avec l'opération de vente de la chose d'autrui qui, bien que déclarée nulle par la loi, n'autorise pas pour autant le vendeur à révoquer son engagement de vendre. De la même manière, le fait pour le donateur de conclure un contrat de donation portant sur un bien dont il n'a pas la propriété ne lui ouvre pas pour autant un droit de révoquer le contrat⁹⁵⁴. L'acte ayant force obligatoire, le donateur devrait être tenu d'acquérir la propriété du bien. Si l'art. 943 du code civil ne prévoyait pas que « *la donation entre vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur* », ajoutant que « *si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard* », on pourrait donc tout à fait admettre que cette opération soit valable et oblige le donateur à garantir le donataire contre toute éviction par le propriétaire. Mais, comme en matière de vente de la chose d'autrui, cela reviendrait à supprimer la performativité de ce contrat. La donation ne réaliserait plus un transfert de propriété⁹⁵⁵, le donateur ne pouvant pas donner plus de droits qu'il en a lui-même, mais obligerait le donateur à garantir le donataire contre une éviction. Ce qui justifie la prohibition, c'est donc bien plus la définition de la donation comme une opération par laquelle le donateur *se dépouille immédiatement* de son bien, que le principe d'irrévocabilité spéciale des donations. La solution vaut *a fortiori* pour la donation-partage. Outre que l'art. 1076 du code civil précise qu'elle « *ne peut avoir pour objet que des biens présents* », aucun partage ne peut intervenir si le donateur n'est pas propriétaire des biens partagés.

319. Conclusion de la section 1 – La perfection immédiate de l'acte impose donc que les effets inhérents à l'opération juridique recherchée soient garantis dès l'instant de la formation. Le domaine de la condition suspensive s'en trouve nécessairement restreint parce que l'événement conditionnel a pour spécificité d'être incertain, ce qui est incompatible avec le principe d'efficacité de plein droit. Seule l'effectivité peut être aménagée, garantissant aux parties que les effets adviendront un jour. Néanmoins, le développement d'une certaine approche de la norme contractuelle tend à diminuer la performativité du contrat : ce dernier est moins vu comme un outil de réalisation d'une opération juridique que comme un outil d'allocation de dommages et intérêts en cas d'inexécution ou de réalisation d'un risque. Cela portant clairement atteinte à la perfection du contrat telle que nous l'avons définie, on peut se féliciter que l'engouement pour les *smart contracts* limite ce glissement dans l'appréhension de la finalité de la norme contractuelle.

⁹⁵³ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Donation », I. NAJJAR, Q. GUIGUET-SCHIELÉ, 2023, §473.

⁹⁵⁴ En ce sens : TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), GAUDEMET (S.), *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Précis Dalloz, 4^{ème} éd., 2013, §505.

⁹⁵⁵ Cette efficacité est évidemment préservée dans la donation à terme, ce qui explique qu'elle soit licite. Le terme étant un événement certain, il reporte simplement la date du transfert, mais ce dernier est assuré de survenir : Civ. 1^{ère} 22 février 2005, n° 03-14.111, *Bull. Civ. I*, n° 91. V. égal. : GRIMALDI (M.), « Les donations à terme », *Mél. P. Catala*, Litec, 2001, p. 421, spéc. §3 ; JADAUD (B.), « La donation à terme », *JCP G* 2006, ét. n° 1024.

Section 2

L'irréversibilité des effets passés

320. Une force attachée à la perfection – Lorsqu'il est question de l'automaticité d'un effet de droit, on se borne généralement à constater qu'il se produit immédiatement et sans formalités supplémentaires. Il convient pourtant de remarquer que l'effet automatique dispose d'une autre propriété : il a la « force » d'un fait accompli, ce dernier pouvant être défini comme le fait « *sur lequel on ne peut revenir* »⁹⁵⁶. L'acte parfait dès sa formation modifie donc nécessairement l'ordre juridique de manière définitive. C'est ce qui explique que la loi encadre strictement le droit de le révoquer ; ce droit étant précisément fonction de la portée de l'opération juridique accomplie (§1). La force attachée à la perfection immédiate de l'acte peut toutefois être nuancée, l'auteur de l'acte pouvant insérer une condition extinctive au moment de la formation, qui permettra d'ôter sa perfection à l'acte si les circonstances entourant la réalisation de l'opération juridique évoluent (§2).

§1 - L'OPÉRATION COMME FAIT ACCOMPLI

321. Révocation d'un acte parfait – Les principes qui gouvernent le droit de révocation des actes juridiques sont rarement posés avec clarté. Certains auteurs soulignent ainsi le caractère relatif de l'irrévocabilité générale qui semble affecter l'acte unilatéral⁹⁵⁷ ; tandis que le Code civil énonce le caractère révocable du contrat par principe, dès lors que les parties sont d'accord ou pour certaines causes que la loi autorise (art. 1193 c. civ.). Le fait que le débat quant à la révocabilité de l'acte soit classiquement situé sur le terrain de la force obligatoire conduit manifestement à une impasse (A), dont on peut sortir en remarquant que le droit de révocation dépend de la perfection de l'acte (B).

A - Le débat classique : incidence de la force obligatoire sur le droit de révocation

322. Un critère pertinent pour fixer le domaine de la révocation – En tant qu'il a force obligatoire, l'acte existe dans l'ordre juridique et s'impose comme tel à son auteur. Son existence définitivement acquise par le processus de formation *doit* donc être anéantie au moyen d'un acte de révocation si son auteur souhaite ne plus être tenu par cet acte. La révocation désigne ainsi un « *acte unilatéral de rétractation par lequel une personne entend mettre à néant un acte antérieur dont elle est l'unique* »

⁹⁵⁶ Le ROBERT, *Dictionnaire de la langue française*, « Fait accompli ».

⁹⁵⁷ ATIAS (Ch.), « L'irrévocabilité relative de l'acte unilatéral », *D.* 2013, 1765 ; MARTIN DE LA MOUTTE (J.), th. préc., §342.

*auteur... »*⁹⁵⁸. Parce qu'elle intervient après la formation de l'acte, la révocation doit donc être strictement distinguée de la rétractation, qui intervient avant la formation de l'acte et qui a pour objet de « l'empêcher de se former »⁹⁵⁹. Il convient d'ailleurs de remarquer que la rétractation et la révocation sont souvent confondues parce que le droit français n'accueille pas explicitement la distinction entre l'acte juridique et la manifestation de volonté⁹⁶⁰. Or cette distinction est déterminante, car la rétractation atteint la manifestation de volonté au cours du processus de formation de l'acte, tandis que la révocation atteint l'acte juridique formé⁹⁶¹. Il existe donc une distinction entre la rétractation et la révocation, en fonction de leur domaine respectif. Cela étant, seul le régime de la rétractation s'explique par l'absence de force obligatoire : la manifestation de volonté n'ayant pas encore contribué à former un contrat affecté de force obligatoire, il est logique qu'elle puisse être librement rétractée⁹⁶². Si la force obligatoire est un critère pertinent pour fixer le régime de la rétractation, il n'en va pas de même pour la révocation. À l'inverse, étant un simple critère de délimitation du domaine de la révocation, la force obligatoire ne suffit pas à fixer le régime du droit de révocation.

323. Un critère inopérant pour fixer le régime de la révocation – Si le principe de libre rétractation de la manifestation de volonté se comprend aisément au regard de l'absence de force obligatoire, la présence de la force obligatoire ne suffit ni à permettre ni à interdire la révocation⁹⁶³. L'examen du droit positif démontre en effet que certains actes juridiques peuvent être révoqués et d'autres non. Il n'existe donc pas un principe d'irrévocabilité concurrent du principe de libre rétractabilité. L'incidence de la force obligatoire est ainsi limitée : son déclenchement permet de passer de l'existence d'un principe de *liberté* de la rétractation, à l'existence d'un *droit* de révocation⁹⁶⁴. Mais encore faut-il déterminer quelles sont les modalités de ce droit et s'il existe en toutes circonstances. La révocation étant nécessairement ultérieure au déploiement d'une force obligatoire par l'acte, cette dernière ne saurait en aucun cas être un critère suffisant pour savoir dans quels cas la révocation est admise. Les auteurs qui entendent régler le droit de révocation des actes juridiques à partir de leur force obligatoire sont donc conduits à dénaturer cette notion en supposant qu'elle aurait des propriétés différentes selon qu'elle est attachée à un acte unilatéral ou à

⁹⁵⁸ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, « Révocation ».

⁹⁵⁹ DURMA (M.), th. préc., §271.

⁹⁶⁰ V. par ex. : BRUN (Ph.), « Le droit de revenir sur son engagement », *Dr. et patr.* mai 1998, p. 78.

⁹⁶¹ AUBERT DE VINCELLES (C.), « Le processus de conclusion du contrat », in F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 125, n° 11.

⁹⁶² V. *supra*, n° 70.

⁹⁶³ Il est pourtant courant d'opposer l'irrévocabilité de l'acte juridique à la libre-rétractabilité de la manifestation de volonté. Cette opposition était d'ailleurs au cœur de la thèse d'Aubert, qui opposait l'offre-fait juridique librement rétractable et l'offre-acte juridique irrévocable (AUBERT (J.-L.), *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, 1968). Nous reviendrons ultérieurement sur le cas de l'offre : v. *infra*, n° 629.

⁹⁶⁴ Tandis que le droit subjectif est une prérogative conférée et nécessairement encadrée par le droit objectif (v. *supra*, n° 121), la liberté correspond à l'« *exercice sans entrave garanti par le Droit de telle faculté ou activité* » (Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, « Liberté », sens 2. Sur la frontière entre le droit et la liberté : FABRE-MAGNAN (M.), *L'institution de la liberté*, 2^{ème} éd., Quadrige, PUF, 2023.

un contrat. Ce raisonnement, qui se fonde sur une interprétation extensive de l'art. 1193 du code civil, conduit toutefois à une impasse.

324. L'erreur d'interprétation de l'art. 1193 c. civ. – Pour savoir si l'acte juridique peut être révoqué, les auteurs procèdent généralement à une interprétation de l'art. 1193 du code civil qui porte sur le seul droit de révocation dans le contrat. Cet article énonce que « *les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* ». Deux interprétations sont généralement adoptées et conduisent à des positions radicalement opposées, selon qu'on se focalise sur l'affirmation du droit de révoquer le contrat ou sur le caractère bilatéral de ce droit. La première approche consiste à opposer le principe d'une libre révocation du contrat par les parties, c'est-à-dire en tout état de cause dès lors que les parties sont d'accord, à un principe d'interdiction de révoquer l'acte unilatéral. Le raisonnement est le suivant : si le droit de révoquer le contrat est affirmé, il doit donc être interdit de révoquer l'acte unilatéral. L'accent est mis sur l'existence d'un droit de révocation du contrat consacré par le droit positif, au contraire de l'acte unilatéral. D'où l'affirmation d'un principe d'irrévocabilité de ce dernier⁹⁶⁵. La seconde approche est radicalement opposée. Elle consiste à opposer le droit de révocation mutuelle du contrat à un droit de révocation unilatérale de l'acte unilatéral. Le parallélisme des formes est ici mis en avant : puisque les parties peuvent révoquer à deux ce qu'elles ont fait à deux, l'auteur de l'acte unilatéral devrait pouvoir révoquer unilatéralement l'acte dont il est le seul auteur⁹⁶⁶. L'un comme l'autre de ces raisonnements nous paraît inexact. Ils reposent tous deux sur une confusion entre le *mode* de révocation, c'est-à-dire le moyen par lequel la révocation doit être réalisée, et le *droit* de révocation, c'est-à-dire les circonstances dans lesquelles la révocation est admise. Si le texte précité doit être étendu à l'ensemble des actes juridiques, il faut donc faire le départ entre ces deux questions. Or, l'art. 1193 permet seulement de préciser le mode de révocation du contrat. Il s'infère en effet de cet article que si le contrat peut être révoqué, il doit l'être du consentement mutuel des parties. Si ce texte doit être interprété par analogie c'est donc uniquement en tant qu'il fixe les modalités de révocation de l'acte et non en ce qu'il permet ou interdit la révocation. Au mieux, cette disposition permet-elle d'affirmer que, si l'acte unilatéral peut être révoqué, il peut l'être *par son seul auteur*. En revanche elle ne dit rien du *droit* de révoquer l'acte unilatéral que ce soit pour le permettre ou pour l'interdire⁹⁶⁷.

⁹⁶⁵ Sur l'affirmation d'un principe d'irrévocabilité : MARTIN DE LA MOUTTE (J.), th. préc., « Alors qu'une convention peut toujours être révoquée dans la forme conventionnelle ou elle a pris naissance, l'acte unilatéral ne pourra jamais en principe être révoqué dans la forme unilatérale où il a été réalisé, pas plus d'ailleurs que dans une autre forme » (§346, en italique dans le texte).

⁹⁶⁶ Sur l'affirmation d'un principe de révocabilité assorti d'exceptions, v. not. : MIRABAIL (S.), *La rétractation en droit privé français*, Bibl. de dr. privé, t. 284, LGDJ, 1997.

⁹⁶⁷ En ce sens, Atias notait à propos de la disposition de l'anc. art. 1134 al. 2 c. civ. que, « fixant les conditions de la révocation des conventions, elle n'envisage pas celle des autres actes et ne peut l'exclure ou la permettre. Le parallélisme qu'elle instaure pourrait seulement inviter à la comparaison ; puisque l'acte fait à plusieurs peut être révoqué par ceux qui lui ont donné naissance, l'acte d'un seul doit pouvoir être révoqué par son auteur », ATIAS (Ch.), « L'irrévocabilité relative de l'acte unilatéral », art. préc., §4.

325. Un critère pertinent pour fixer le mode de révocation – L'interprétation par analogie de l'art. 1193 c. civ. permet donc simplement de formuler un principe de parallélisme des formes dans l'exercice du droit de révocation. Si la force obligatoire a été acquise par un accord de volontés, les effets ne pourront être anéantis que par un nouvel accord des volontés. Un contrat qui a force obligatoire constitue donc avant tout un acte que l'on ne peut ni modifier ni révoquer unilatéralement⁹⁶⁸. À l'inverse, puisque l'acte unilatéral n'a mobilisé qu'une manifestation de volonté pour se former, la révocation de ce dernier devra pouvoir intervenir au moyen d'un acte unilatéral. La différence avec la simple rétractation de la manifestation de volonté est toutefois marquée : c'est bien par un acte unilatéral que devra intervenir la révocation de l'acte unilatéral et non par une simple manifestation de volonté contraire. Si l'acte révoqué est un acte unilatéral réceptice, il faudra donc *a priori* qu'il soit révoqué au moyen d'un acte lui-même réceptice. La révocation devra être notifiée et ne prendra pas effet avant d'avoir été réceptionnée. Par ailleurs, la révocation devra être autorisée, instituée par l'ordre juridique, comme tout acte juridique. Reste à savoir dans quels cas l'acte unilatéral peut être révoqué. Le droit de révoquer le contrat qui s'infère du verbe « pouvoir » dans l'art. 1193 du code civil, ne signifie pas en effet qu'il soit impossible de révoquer l'acte unilatéral, ni même qu'il soit possible de le révoquer.

B - Le débat renouvelé : incidence de la perfection sur le droit de révocation

326. Révocation et type d'opération réalisée – L'acte parfait est un acte juridique qui a produit effet, qui a réalisé sa finalité. Une modification de l'ordonnement juridique s'est donc produite, que l'acte ait créé, modifié, transféré ou éteint des droits. Aussi peut-on s'attendre à ce que le droit de révoquer l'acte dépende directement de la nature des effets de droit qui se sont produits, puisque la révocation « des actes juridiques parfaits a pour objet d'anéantir l'effet des normes qu'ils ont émises »⁹⁶⁹. Atias l'avait pressenti et ainsi déporté les débats relatifs au droit de révocation, jusqu'alors « encombré » par la référence à la volonté et à son autonomie⁹⁷⁰, sur le terrain de la situation concrète engendrée par l'acte à révoquer. Bien que la réglementation des actes juridiques soit éparse, l'examen du droit positif accredité cette idée. Largement permis en matière contractuelle en raison de l'effet relatif de la norme qui est issue du contrat

⁹⁶⁸ KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », art. préc., spéc. p. 50, §15 : « cette force obligatoire se manifeste d'abord par le fait que les parties contractantes ne peuvent plus se libérer unilatéralement des obligations créées par la convention, autrement dit, les dispositions de la convention, c'est à dire de la norme contractuelle, ne peuvent plus être abrogées ou modifiées, si ce n'est selon la procédure qui est prescrite par l'ordre juridique, c'est à dire à défaut de dispositions contraires, par une autre convention conclue par les mêmes parties contractantes ».

⁹⁶⁹ LEFORT (D.), th. préc., §355. Bien que l'auteur ait semble-t-il employé le terme « perfection » comme synonyme de la « formation », il avait tout de même perçu le rapport entre la perfection de l'acte et la production d'une norme (p. 49). Surtout il avait perçu le lien existant entre la perfection de l'acte et le régime de la rétractation, ayant successivement étudié le principe de rétractabilité des consentements jusqu'à la perfection de l'acte juridique (p. 48), puis la rétractation des actes juridiques parfaits (p. 335).

⁹⁷⁰ ATIAS (Ch.), « L'irrévocabilité relative de l'acte unilatéral », art. préc., §17. Plus loin il note que « la possibilité de révocation dépend de l'opération, de la situation dans laquelle l'acte intervient pour l'affecter » (§8).

parfait (1), le droit de révoquer l'acte est en effet plus restreint pour l'acte unilatéral parfait qui atteint la situation juridique des tiers (2).

1 - Effet relatif du contrat parfait

327. Opération contractuelle et révocation – Il n'a jamais fait de doute que le contrat puisse être révoqué d'un commun accord des parties. L'art. 1134 al. 2 du code civil l'énonçait déjà et l'actuel article 1193 reprend cette solution bien établie en précisant que les contrats sont révocables du consentement mutuel des parties⁹⁷¹. Si la force obligatoire explique pourquoi le droit de révocation appartient aux deux parties communément, il ne suffit pas à expliquer pourquoi le contrat est révocable en tout état de cause dès lors que les parties sont d'accord. Selon nous l'explication réside dans le fait que l'opération accomplie n'intéresse que les parties, ne donne corps qu'à leurs seuls intérêts et ne modifie finalement que leur situation juridique. Dans ce contexte, il est logique que les parties puissent décider de revenir sur la réalisation de l'opération, non pas seulement parce que la formation de l'acte repose sur leur accord, mais parce que l'opération réalisée opère une synthèse des intérêts des parties qui ont seules vocation à en tirer profit. En même temps, nul ne peut s'opposer à la révocation du contrat dès lors que l'opération n'ouvre pas directement de droits aux tiers, ce que traduit conceptuellement le principe de l'effet relatif du contrat. L'effet relatif du contrat produit en effet deux conséquences distinctes. D'une part, il en résulte que le contrat ne peut créer aucune obligation à la charge des tiers. N'étant pas directement atteints par le contrat, les tiers ne peuvent donc « *ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter* » (art. 1199 al. 2 c. civ.). D'autre part, et c'est cela qui semble insuffisamment remarqué, il résulte de l'effet relatif que les tiers ne peuvent s'opposer à ce que le contrat soit révoqué par les parties, l'acte ne leur ouvrant aucun droit. Que les tiers doivent « *respecter la situation juridique créée par le contrat* » (art. 1200 c. civ.) parce qu'il constitue un « fait social », ne signifie donc pas que ces derniers aient un droit acquis à la persistance des effets qui se sont produits⁹⁷². Le contrat est donc librement révocable par les parties parce qu'il est parfait entre elles. Le principe de perfection immédiate éclaire également les modalités de révocation par les parties. Si celles-ci sont libres de révoquer le contrat parfait, elles doivent le faire de manière à effacer les effets qui se sont d'ores et déjà produits. En ce sens Mme Vatinet a remarqué que la révocation du contrat n'est rien d'autre qu'un nouveau contrat passé entre les mêmes

⁹⁷¹ Concernant les « *causes que la loi autorise* », le texte nous semble mélanger trois choses bien différentes. D'une part, il vise la « résolution », dont on sait qu'elle est ouverte aux parties lorsque le contrat est à exécution successive et à durée indéterminée. Il n'est donc pas question de revenir sur les effets s'étant produits. D'autre part, il vise implicitement la « caducité », dont nous verrons qu'elle est une forme de révocation automatique ouverte dans des hypothèses précises et là encore, liées à la perfection de l'acte. Ces deux hypothèses sont à distinguer de la révocation proprement-dite, dont il convient d'isoler la cause permise par la loi.

⁹⁷² Les études classiques n'en font pas mention, ni au titre de l'effet relatif, ni au titre de l'opposabilité : GOUTAL (J.-L.), *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Bibl. de dr. privé, t. 171, LGDJ, 1981, §33 et s. ; WEILL (A.), *Le principe de relativité des conventions en droit privé français*, Dalloz, 1938, §589 et s.

parties et ayant une la finalité extinctive : il s'agit d'un *mutuus dissensus*⁹⁷³. En somme, seul un contrat parfait dont l'opération est exactement inverse à celle déjà accomplie permet aux parties de révoquer un contrat et d'anéantir les effets d'un contrat parfait.

328. L'irrévocabilité « spéciale » des donations : renvoi – Si les contrats sont en principe révocables du commun accord des parties, l'art. 894 du code civil prévoit apparemment une exception s'agissant des donations. Reprise de l'adage « donner et retenir ne vaut », cet article énonce que « *la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte* ». Il convient toutefois de remarquer que ce principe d'irrévocabilité est loin d'être « spécial », en ce qu'il interdit simplement la révocation unilatérale du contrat par le donateur, ce qui est tout à fait classique⁹⁷⁴. Rien n'interdit donc aux parties de révoquer la donation d'un commun accord. Dans un arrêt rendu le 7 juin 2006, la première chambre civile de la Cour de cassation a en effet jugé valable la convention révoquant une donation-partage⁹⁷⁵. Dans un arrêt plus récent, rendu le 30 novembre 2022, elle a jugé illicite une telle convention au simple motif qu'elle avait pour effet de contourner la réserve héréditaire, ce qui revenait à valider implicitement le procédé en dehors de toute entrave à l'ordre public successoral⁹⁷⁶. Les hauts magistrats confirment ainsi une opinion doctrinale majoritaire, qui cantonne le principe d'irrévocabilité à une interdiction pour le donateur de se ménager un droit de retour unilatéral du bien⁹⁷⁷. Aussi est-il contestable d'affirmer que la donation est irrévocable hors des cas prévus spécialement par la loi⁹⁷⁸. Elle l'est en réalité comme tout contrat dès lors que les parties sont d'accord⁹⁷⁹. Le principe d'irrévocabilité spéciale n'a donc pas sa place dans la thématique de la

⁹⁷³ VATINET (R.), « *Le mutuus dissensus* », *RTD civ.* 1987. 252.

⁹⁷⁴ Le Conseil d'État a jugé que les dispositions du Code civil relatives à la révocation des donations « ne concernent que la révocation unilatérale par le donateur et ne font pas par elles-mêmes obstacle à une révocation par consentement mutuel » (CE, Sect. du contentieux, 19 novembre 2004, n° 249358, Publié au R. Lebon).

⁹⁷⁵ Civ. 1^{ère} 7 juin 2006, n° 04-14.652, *Bull. Civ. I*, n° 289 ; *D.* 2006. 1634, et 2007. 2126, obs. M. Nicod ; *AJ fam.* 2006. 378, obs. F. Bicheron ; *JCP N* 2008, n° 5, p. 1063, obs. R. Le Guidec ; *JCP G* 2008, n° 3, p. 108, obs. R. Le Guidec.

⁹⁷⁶ Civ. 1^{ère} 30 novembre 2022, n° 21-11.507, Publié au Bulletin ; *D.* 2022. 2162 ; *AJ fam.* 2023. 58, note N. Levillain ; *D.* 2023. 215, obs. C. François ; *RDC* 2023/1, p. 18, note F. Dournaux ; *Gaz. Pal.* 2023, n° 14, p. 62, obs. S. Torbey ; *Gaz. Pal.* 2023, n° 12, p. 75, obs. Q. Guiguet-Schiélé ; *LEDC* 2023, n° 1, p. 1, obs. L. Molina ; *JCP N* 2023, n° 18, p. 1083, obs. R. Le Guidec. Un auteur estime toutefois que la référence à l'ordre public est inutile, le principe-même d'une convention révocatoire étant selon lui contraire au principe d'irrévocabilité des donations : *D. actu.* 3 janvier 2023, obs. Q. Guiguet-Schiélé.

⁹⁷⁷ DROSS (W.), « L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ? », *RTD civ.* 2011. 25, §1 ; VATINET (R.), « *Le mutuus dissensus* », art. préc., §22 ; GENICON (Th.), « De l'irrévocabilité spéciale des donations à l'ordre public des transferts de propriété à titre gratuit », *Mél. G. Champenois*, Defrénois, Lextenso, 2012, p. 303, §5 ; LÉCUYER (H.), « L'irrévocabilité spéciale des donations », *Mél. P. Catala*, Litec, 2001, p. 405, spéc. p. 407 ; LAGARDE (X.), « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du code civil », *RTD Civ.* 1997. 25, §11.

⁹⁷⁸ Cette affirmation est fréquente, même s'il est parfois précisé que l'irrévocabilité s'entend de l'interdiction faite au donateur de révoquer unilatéralement la donation : LEROYER (A.-M.), *Droit des successions*, Cours Dalloz, 4^{ème} éd. 2020, §273 ; MALAURIE (Ph.), BRENNER (C.), *Droit des successions et des libéralités*, Coll. Droit civil, LGDJ, 10^{ème} éd., 2022, §342. De façon plus contestable, des auteurs notent que ce principe interdit la révocation de la donation du commun accord des parties. V. par ex. : DEVILLE (S.), *L'objet de la libéralité*, Coll. Doctorat et notariat, Defrénois, t. 49, 2012, §537 et §540.

⁹⁷⁹ Affirmant le caractère « général » de l'irrévocabilité par le seul donateur : TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), GAUDEMET (S.), *Droit civil : Les successions, Les libéralités*, Précis Dalloz, 4^{ème} éd. 2013, 494.

révocation entendue. En réalité, il interdit simplement au donateur de se ménager indirectement un droit de reprendre le bien donné, par l'aménagement d'un pouvoir de se dédire, de disposer ou de reprendre le bien ou d'en aggraver les charges (art. 944 à 946 c. civ.). Surtout, comme nous le verrons ultérieurement, l'intérêt de l'art. 894 du code civil est d'interdire l'insertion d'une condition extinctive⁹⁸⁰.

329. Si le contrat a donc un effet relatif qui autorise le *mutuus dissensus*, il en va différemment lorsque l'acte juridique réalise une opération qui intéresse directement les tiers.

2 - Effet non relatif de l'acte unilatéral parfait

330. Opération unilatérale et révocation – Par principe, l'acte unilatéral n'a pas un effet relatif⁹⁸¹. Généralement, il produit ses effets à l'égard d'autrui. Cette efficacité s'explique assez largement par le fait que, exprimant la puissance de son auteur, il intervient nécessairement vis-à-vis d'une situation juridique qui le justifie et qu'il a vocation à modifier. Par exemple, le congé délivré au preneur à bail produit ses effets vis-à-vis de ce dernier, simple destinataire d'un acte unilatéral. Une telle portée de l'acte se retrouve pour tous les actes qui ont vocation à modifier unilatéralement une situation préexistante et généralement contractuelle : la résiliation, la confirmation, la renonciation à un droit, la demande d'exécution, etc. C'est ainsi également que tous les actes d'injonction ou d'information produisent leurs effets directement auprès des tiers : la notification, la mise en demeure, l'action interrogatoire, la démission, etc. De manière beaucoup plus évidente, il convient d'ajouter les actes unilatéraux qui créent des droits à l'égard des tiers, tels que la reconnaissance d'enfant. De manière générale, les actes unilatéraux réalisent donc une opération juridique qui atteint la situation juridique des tiers, c'est-à-dire des personnes n'ayant pas consenti à le former. Ils ne sont donc pas dotés d'un effet relatif, car l'opération accomplie modifie l'ordonnancement juridique au-delà de la sphère d'intérêt de leur auteur. C'est ce qui commande que l'acte unilatéral parfait soit irrévocable.

331. Un fait accompli – En l'absence de toute réglementation générale des actes unilatéraux, la jurisprudence retient que l'auteur d'un acte unilatéral ayant produit ses effets ne peut plus le révoquer librement, et ce, dans des domaines du droit très divers. Dans un arrêt du 22 février 2005, la chambre commerciale de la Cour de cassation a opté pour cette approche en relevant que « *sauf stipulation contraire des statuts, la démission d'un dirigeant de société, qui constitue un acte juridique unilatéral, produit tous ses effets dès lors qu'elle a été portée à la connaissance de la société* », précisant qu'elle « *ne peut faire l'objet d'aucune rétractation, son auteur pouvant seulement en contester la validité en*

⁹⁸⁰ V. *infra*, n° 367.

⁹⁸¹ En ce sens : *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Acte juridique », préc., §174.

démontrant que sa volonté n'a pas été libre et éclairée »⁹⁸². On peut regretter que les hauts magistrats aient ici assimilé la rétractation et la révocation, l'acte étant bel et bien « révoqué » parce que définitivement formé. Mis à part cette confusion, un lien très net est opéré entre la perfection immédiate de l'acte et son irrévocabilité. L'irrévocabilité de la démission s'explique ici par le fait que la société doit pouvoir tirer toutes les conséquences de l'acte parfait, ce dernier ayant déjà produit l'effet escompté. Dans le même ordre d'idée, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a retenu que le bailleur ne pouvait pas révoquer le congé après sa prise d'effet⁹⁸³. Même si l'effectivité de l'acte était certainement différée au moyen d'un terme, l'acte avait déjà acquis sa perfection. Le locataire devait donc pouvoir en tirer toutes les conséquences dès sa réception et il n'était donc plus possible pour le bailleur de révoquer le congé d'ores et déjà parfait.

332. Un principe d'irrévocabilité – À travers ces exemples, on voit que la perfection immédiate de l'acte unilatéral commande son irrévocabilité. Cela vaut pour tous les types d'effets, à la fois les renoncements à des droits et les créations de droits au profit d'autrui. On trouve ainsi régulièrement l'affirmation selon laquelle l'acte unilatéral est irrévocable en raison de sa perfection immédiate⁹⁸⁴. En ce sens, ATIAS notait déjà que « l'acte unilatéral ne peut être révoqué parce qu'il a produit un effet de droit ; son auteur ne peut se comporter comme si rien n'avait changé. Son initiative s'est inscrite dans ses rapports avec ceux qu'elle affecte ; il doit s'y tenir. L'acte est efficace par lui-même »⁹⁸⁵. Nul besoin d'ailleurs que des conséquences aient été effectivement attachées à l'acte pour que l'irrévocabilité de l'acte soit de mise. On pense ici à l'hypothèse dans laquelle l'acte unilatéral est affecté d'un terme. Certes, les conséquences attachées à l'acte peuvent être un frein à sa révocation. Ce sera notamment le cas si l'acte unilatéral a une finalité extinctive. Pour révoquer un tel acte, il semble en effet nécessaire de reconstituer la situation que ce dernier avait eu pour effet de détruire⁹⁸⁶. Mais cela ne signifie pas pour autant que l'auteur de l'acte puisse le révoquer jusqu'à l'arrivée du terme. Bien au contraire, la formation de l'acte doit garantir au destinataire que l'effet se produira à la date convenue. Ce qui importe c'est donc la date de perfection de l'acte et non la date d'effectivité de l'opération. Dès sa formation, l'acte extinctif donne vigueur à une norme négative qui « prescrit l'extinction d'une situation juridique préexistante » et

⁹⁸² Com. 22 février 2005, n° 03-12.902, *Bull. Civ. IV*, n° 38 ; *Rev. sociétés*, 2005, 625, J.-J. Daigre ; *D.* 2005, 2950, J.-C. Hallouin ; *JCP E*, 2005, n° 18, 683, obs. J.-L. Navarro ; *Bull. Joly sociétés*, 2005, n° 7, p. 862, note B. Saintourens. La solution a été réitérée plus récemment : Com. 20 septembre 2017, n° 15-28.262, Inédit ; *Dr. sociétés*, 2017, n° 12, note J. Heinich.

⁹⁸³ Civ. 3^{ème} 29 avril 1987, n° 85-17.573, *Bull. Civ. III*, n° 91.

⁹⁸⁴ En ce sens, pour l'acquiescement : *Rép. Proc. Civ. Dalloz*, « Acquiescement », Y. STRICKLER, 2023, §15 ; pour la renonciation : *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Renonciation », D. HOUTCIEFF, 2021, §8 ; pour la reconnaissance d'enfant : *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Filiation : mode extrajudiciaire d'établissement », R. LE GUIDEC, G. CHABOT, 2023, §99.

⁹⁸⁵ ATIAS (Ch.), « L'irrévocabilité relative de l'acte unilatéral », art. préc., §14. Un peu avant, l'auteur note que « tout acte juridique se caractérise par ses effets. Le contrat oblige ; le congé résilie ; l'autorisation rend possible ; consacré en droit, cet effet ne peut être méconnu » (§5).

⁹⁸⁶ LEFORT (D.), th. préc., §374.

qui « assujettit ses destinataires à une situation nouvelle »⁹⁸⁷. Cette norme étant définitivement acquise du fait de la perfection de l'acte, il n'est pas possible de la révoquer. Les tiers directement concernés par les effets de l'acte doivent donc pouvoir compter sur leur effectivité future, comme nous l'avons vu par exemple du congé, qui met fin au contrat à échéance. Les revirements de volonté sont ainsi proscrits, l'acte ayant définitivement inscrit ses effets dans l'ordre juridique.

333. « Révocation » de la rétractation – Enfin, il convient de remarquer que la « révocation » de la rétractation de volonté n'obéit pas à ce schéma, pour la simple raison qu'il ne s'agit pas d'une véritable révocation, mais d'une renonciation à un droit. C'est sans doute à raison de cette particularité que la jurisprudence peine à trancher le statut de l'acte – au sens courant du terme, par lequel l'auteur d'une rétractation de volonté décide finalement d'exécuter le contrat. Dans certains arrêts, la Cour de cassation a retenu qu'il s'agissait d'une révocation de l'acte de rétractation⁹⁸⁸. Le contrat ayant déjà été anéanti par l'acte de rétractation, elle a jugé qu'il n'était pas possible de le faire « renaître ». La révocation devait demeurer sans effets, l'acte de rétractation ayant déjà produit les siens. En somme, la rétractation était analysée comme un acte unilatéral parfait insusceptible de révocation. Dans d'autres arrêts, elle a retenu la solution inverse⁹⁸⁹. Elle a admis que le contrat puisse être maintenu malgré l'exercice régulier de la rétractation, au motif que son auteur y avait renoncé en exécutant le contrat. Cette seconde solution nous semble préférable pour au moins deux raisons. Tout d'abord, parce que cela revient à analyser incidemment l'acte de rétractation comme un simple fait juridique, ce qui nous semble tout à fait justifié. La rétractation de volonté agit en effet sur une simple manifestation de volonté et non sur un acte juridique formé. En se rétractant, la partie au contrat exerce donc un droit de repentir institué par le contrat ou par la loi, qui lui permet exceptionnellement de retirer sa manifestation de volonté, réputée fragile. Il s'agit donc d'un simple fait juridique, comme le fait par exemple d'exécuter un contrat. Il n'est donc pas nécessaire d'avoir recours à un acte juridique révocatoire pour revenir sur la rétractation. On approuvera ainsi la qualification de « renonciation d'une rétractation » retenue par la Cour de cassation dans le second arrêt précité. Simple fait juridique pris sur la base d'un contrat, la rétractation doit logiquement être paralysée par un acte d'exécution contraire. Cela rejoint d'ailleurs ce que nous avons vu précédemment, à savoir que l'acte peut se parfaire soit par l'écoulement du délai de repentir, soit par l'exécution totale

⁹⁸⁷ SÉVELY-FOURNIÉ (C.), th. préc., §250.

⁹⁸⁸ Civ. 3^{ème} 13 mars 2012, n° 11-12.232, *Bull. Civ. III*, n° 41 ; *D.* 2012. 876 ; *D.* 2013. 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki, et 2420, obs. D. R. Martin et H. Synvet ; *AJDI* 2012. 137, obs. F. Cohet-Cordey ; *RLDC* 2012. 96, note H. Barbier – Civ. 3^{ème} 13 février 2008, n° 06-20.334, *Bull. Civ. III*, n° 29 ; *D.* 2008. 1530, note Y. Dagorne-Labbe et 1224, chron. A.-C. Monge et F. Nési ; *RTD civ.* 2008. 293, obs. B. Fages ; *JCP E* 2008, n° 37, p. 25, note Ph. Stoffel-Munck.

⁹⁸⁹ Civ. 2^{ème} 25 février 2010, n° 09-11.352, *Bull. Civ. II*, n° 43 ; *D.* 2010. 708 ; *D.* 2011. 472, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RDC* 2010/3, p. 838, obs. Y.-M. Laithier – Civ. 1^{ère} 1^{er} juillet 2020, n° 19-12.855, Inédit ; *D.* 2020. 1461 ; *RTD Civ.* 2020, 611, note H. Barbier ; *RDC* 2020/4, p. 17, note M. Latina ; *Gaz. Pal.* 2020, n° 42, p. 36, obs. S. Piédelièvre ; *LEDC* 2020, n° 8, p. 6, obs. G. Guerlin ; *CCC* 2020, n° 10, 136 et 148, obs. S. Bernheim-Desvaux ; *JCP E* 2020, n° 48, 1246, obs. M. Mekki.

du contrat, cette dernière suffisant à faire tomber la présomption de fragilité de la volonté⁹⁹⁰. En définitive, la rétractation n'étant pas un acte juridique au sens que nous avons retenu, il est logique qu'elle n'obéisse pas au régime de l'acte juridique parfait. La possibilité de renoncer à la rétractation est simplement limitée par la règle de l'abus de droit, qui gouverne plus largement l'ensemble des faits d'exécution d'un contrat et confirme donc le statut de fait juridique de la rétractation de volonté⁹⁹¹.

334. Conclusion du § 1 – Il apparaît donc que « tout acte juridique parfait et créateur d'effets de droit est en principe soustrait à la volonté de son auteur qui ne peut plus se reprendre et revenir sur elle-même »⁹⁹². Dans cette présentation, l'acte unilatéral constitue le modèle de référence parce que l'opération accomplie atteint nécessairement la sphère d'intérêt des tiers. Son auteur ne peut donc pas le révoquer du fait de sa perfection. Si le contrat déroge à ce principe, c'est parce que l'opération qu'il accomplit atteint seulement la sphère d'intérêt des parties, autrement dit leur situation juridique. Ces dernières peuvent donc conclure une convention extinctive afin de revenir sur les effets du contrat parfait. Une limite plus générale à l'irréversibilité des effets peut néanmoins être trouvée dans la possibilité pour l'auteur de l'acte de prévoir que l'acte puisse être atteint par la caducité.

§2 - LA LIMITE PERMISE PAR LA MAÎTRISE DU CONTEXTE

335. Perfection et contexte entourant l'acte – Si la perfection de l'acte est un frein à sa révocabilité, celle-ci étant fonction de la portée de l'opération réalisée et devant intervenir selon le parallélisme des formes, un procédé permet tout de même d'assurer par avance la disparition de l'acte juridique parfait. Des conditions qui ne participent pas à proprement parler du processus de formation de l'acte permettent en effet de lier la réalisation de l'opération juridique à un certain contexte (A). L'acte pourra ainsi devenir caduc si les circonstances essentielles entourant l'opération juridique viennent à évoluer et à réaliser la condition insérée dans l'acte pour « saisir » ce contexte (B).

⁹⁹⁰ V. *supra*, n° 189.

⁹⁹¹ Sur l'abus de droit comme élément du régime juridique de la rétractation, v. : BARBIER (H.), « Ébauche d'un régime général du droit de rétractation », *RTD civ.* 2016. 605.

⁹⁹² MARTIN DE LA MOUTTE (J.), th. préc., §343. La perfection est entendue par l'auteur comme un synonyme de la formation définitive. Néanmoins il semble percevoir que c'est la perfection entendue comme la réalisation de la finalité de l'acte qui est déterminante du droit de le révoquer. Il note en effet que « le testament révoqué ne produit aucun effet juridique avant le décès du testateur et il n'y a aussi aucun inconvénient à ce qu'il puisse disparaître. Dans la plupart des cas au contraire, la révocation atteint un acte déjà doté d'une certaine efficacité (...) » (§348). Dans le même sens, bien qu'opérant là encore un rapprochement entre formation et perfection sans qu'on sache véritablement si les deux sont confondus, Rieg estime que « le principe de base est le même que pour les conventions, à savoir que tout acte juridique parfait échappe à la volonté de son auteur qui ne peut plus l'effacer de la scène du droit », RIEG (A.), th. préc., §522.

A - Le contexte saisi par le processus de formation

336. Éléments extérieurs devenus essentiels – Le contexte d'un acte juridique étant par définition extérieur à son processus de formation, une action positive de son auteur ou du législateur doit permettre de l'« essentialiser » afin de conditionner la réalisation de l'opération juridique à sa permanence. Selon nous, il est justement fait référence à ce contexte et à son essentialisation dans l'art. 1186 du code civil qui énonce qu'« *un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît* ». Il convient en effet de remarquer que malgré l'indétermination légale des éléments essentiels susceptibles d'entraîner la caducité d'un acte (1), ces derniers correspondent à des éléments extérieurs à l'acte qui sont saisis grâce à une condition extinctive (2).

1 - L'indétermination des éléments essentiels de l'art. 1186 du code civil

337. Caducité et éléments essentiels – La caducité est classiquement définie comme un mécanisme permettant de « mettre fin à un contrat qui, valable à l'origine, se trouve être devenu impossible ou sans intérêt à exécuter en raison d'un événement nouveau »⁹⁹³. Les études qui lui ont été consacrées ont permis de dessiner ses principaux traits caractéristiques⁹⁹⁴. Toutefois, sa consécration par la réforme du droit des contrats n'a pas permis de lever le doute sur l'identité des éléments dont la disparition est susceptible d'entraîner la caducité des actes juridiques⁹⁹⁵. Plus grave, le texte ne précise pas « à quoi » ces éléments sont essentiels : est-ce à l'efficacité ? À la validité ? À la formation de l'acte ? Il y a un véritable silence de la loi. Pourtant, la doctrine a depuis longtemps entrepris d'identifier ces éléments essentiels, en distinguant les conditions de validité devant être remplies une fois pour toutes au moment de la formation et celles soumises à une exigence de permanence⁹⁹⁶.

338. Le tri parmi les conditions de validité – Parmi les conditions de validité listées à l'art. 1128 du code civil, on retient généralement que le consentement et la capacité sont acquis définitivement au moment de la formation. Autrement dit, que leur disparition en cours d'exécution n'est pas susceptible d'entraîner la caducité de l'acte. Cette solution est logique pour le consentement : donné au moment de la formation, il peut être repris – ce qui pose la question du droit de révocation ou de rétractation, mais il ne

⁹⁹³ BÉNABENT (A.), *Droit des obligations, op. cit.*, §334.

⁹⁹⁴ Pour ne citer que les thèses consacrées à la notion en droit privé, v. : BUFFELAN-LANORE (Y.), *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, Bibl. de dr. privé, t. 18, LGDJ, 1963 ; GARRON (F.), *La caducité du contrat (Étude de droit privé)*, PUAM, 1999 ; PELLETIER (C.), *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, Coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2004 ; CHAABAN (R.), *La caducité des actes juridiques, Étude de droit civil*, Bibl. de dr. privé, t. 445 LGDJ, 2006.

⁹⁹⁵ Sur la notion de caducité après la réforme, v. le dossier publié à la *RDC* 2023/2 consacré à *La caducité du contrat*.

⁹⁹⁶ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *op. cit.*, §592 ; MEKKI (M.), « Réforme du droit des contrats : la caducité », *JCP N* 2017, 126.

peut en aucun cas « disparaître » en cours d'exécution⁹⁹⁷. Elle est moins évidente pour la capacité. Même s'il est impératif que les parties aient la capacité juridique au moment où elles forment l'acte, on pourrait imaginer que la perte de cette qualité en cours d'exécution entraîne la caducité de l'acte. Reste que l'incapacité survenue après la formation peut tout à fait donner lieu à une mesure de protection ou d'assistance, raison pour laquelle l'acte est maintenu malgré la perte de capacité en cours d'exécution. S'il est donc généralement admis que le consentement et la capacité n'ont pas à perdurer après la formation, on précise toutefois que les actes sont soumis à une exigence de permanence de l'objet et de la cause, dans leur acception antérieure à la réforme de 2016. La *ratio legis* de l'art. 1186 accrédite cette interprétation puisque le projet de réforme se référait aux « éléments constitutifs » du contrat⁹⁹⁸. Les éléments essentiels visés par l'art. 1186 du code civil seraient donc à rapprocher du contenu du contrat dont on sait qu'il doit être déterminé au moment de la formation. Sa « disparition » en cours d'exécution entraînerait la caducité du contrat. Cette approche n'est pas exempte de critiques, que l'on considère l'hypothèse de disparition de l'objet ou de disparition de la cause.

339. La « disparition de l'objet » – La permanence de l'objet de l'acte en cours d'exécution est souvent présentée comme une exigence de bon sens. L'objet étant nécessaire à l'exécution des obligations, comment donner effet à un contrat portant sur une chose ayant disparu par suite de perte ou de destruction ? La caducité du contrat paraît logique, du moins lorsque la destruction est totale et irrémédiable⁹⁹⁹. Cette solution semble devoir s'étendre au contrat qui ne porte pas à proprement parler sur une « chose », mais qui impose une action ou une abstention, lorsque celles-ci deviennent impossibles¹⁰⁰⁰. Sur ce fondement, la Cour de cassation a ainsi admis la caducité des contrats dont le prix avait été déterminé par référence à un indice ayant disparu en cours d'exécution¹⁰⁰¹. Une analyse attentive de ces hypothèses permet toutefois de remarquer que la soi-disant disparition de l'objet n'est rien d'autre qu'une forme d'inexécution qui doit donner lieu à la résolution du contrat et non à sa caducité.

340. Résolution et impossibilité d'exécuter – Lorsque la chose sur laquelle porte la prestation disparaît ou que la prestation devient impossible à exécuter, le contrat ne peut simplement plus être exécuté. Cela

⁹⁹⁷ *Contra* : WESTER-OUISSE (V.), « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », *JCP G* 2001, n° 4, I, 290, spéc. §5. Selon cet auteur l'exercice du droit de repentir, qui est effectivement sanctionné par la caducité, correspond à une disparition du consentement en cours d'exécution.

⁹⁹⁸ On notera d'ailleurs que la notion « d'éléments essentiels » est mobilisée par la définition de l'offre. L'art. 1114 c. civ. énonce en effet que l'offre « comprend les éléments essentiels du contrat envisagé », ces derniers étant nécessaires à la formation du contrat. Un auteur estime ainsi que seuls les éléments détaillés dans l'offre seront susceptibles d'entraîner la caducité du contrat suite à leur disparition : FAGES (B.), *op. cit.*, §215.

⁹⁹⁹ SEUBE (J.-B.), *JurisClasseur Civil Code*, Art. 1186 et 1187, LexisNexis, §20 : lorsque « la prestation objet du contrat disparaît indépendamment de la volonté des parties, le contrat ne peut plus être exécuté. Il est caduc »

¹⁰⁰⁰ La jurisprudence témoigne de l'existence d'un rapprochement entre la disparition du bien-objet de la prestation et l'impossibilité d'exécution d'une prestation : Civ. 3^{ème} 17 octobre 1968, n° 66-13.032. *Bull. civ. III*, n° 383 – Civ. 3^{ème} 17 juin 1980, n° 79-10.049, *Bull. civ. III*, n° 116 – Civ. 3^{ème} 19 mars 1997, n° 95-16.719, *Bull. civ. III*, n° 62.

¹⁰⁰¹ Com. 5 novembre 1971, n° 70-11.920, *Bull. Civ. IV*, n° 262 – Com. 30 juin 1980, n° 79-10.632, *Bull. civ. IV*, n° 281.

étant, on peut s'étonner que l'on défende encore le recours à la caducité pour sanctionner cette impossibilité d'exécution. Certes, avant la réforme de 2016, il n'existait pas de disposition précise dédiée au traitement de l'inexécution dans le Code civil. Toutefois, les différentes réponses à l'inexécution sont désormais présentées de manière exhaustive à l'art. 1217 du code civil. Or, parmi les sanctions qui permettent de mettre fin au contrat, seule la résolution est évoquée. C'est d'ailleurs à cette sanction que se réfère le législateur dans l'art. 1722 du code civil, qui énonce *in limine* que « *si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit* ». Si les auteurs continuent néanmoins de faire un parallèle entre l'inexécution et la caducité, c'est parce qu'ils remarquent que dans chacune des hypothèses précitées, le défaut d'exécution procède non pas d'un refus d'exécuter, mais d'une véritable *impossibilité* d'exécuter¹⁰⁰². La caducité est donc mobilisée parce qu'on croit voir dans cette impossibilité d'exécution une disparition d'un élément essentiel, justifiant le prononcé d'une sanction différente¹⁰⁰³. Sanctionner l'impossibilité d'exécution par la caducité permet d'insister sur le caractère logique et inévitable de la disparition du contrat. Pourtant, pas plus que les textes qui portent sur l'inexécution, les textes du Code civil consacrés à la force majeure ou plus largement à l'impossibilité d'exécution ne visent la caducité. L'art. 1218 al. 1^{er} énonce en effet que la force majeure « *empêche l'exécution de son obligation par le débiteur* ». Ce faisant le texte indique simplement que la réponse à l'inexécution ne saurait résider dans une exécution forcée en nature, ce qui est une solution de bon sens. Quant au sort du contrat, l'alinéa 2 opère une distinction entre l'empêchement définitif et l'empêchement temporaire. Il précise que « *si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat* » et que « *si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux art. 1351 et 1351-1* ». Le caractère impossible de l'exécution ne suffit donc pas à mobiliser la caducité en lieu et place de la résolution¹⁰⁰⁴. Si la caducité et la résolution ont des effets communs, en ce qu'elles permettant de mettre fin au contrat, elles ne partagent donc pas les mêmes causes. M. Laithier le rappelait récemment en précisant que « la force majeure est la réponse à un empêchement irrésistible d'exécuter une obligation contractuelle » et « ne présuppose en rien la disparition de l'un des éléments essentiels du contrat »¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰² Seule fait exception l'hypothèse d'indétermination du prix suite à la disparition de l'indice de référence. Il convient toutefois de noter qu'après avoir jugé que cette disparition rendait le contrat caduc, les hauts magistrats ont fait évoluer leur position en admettant que le prix puisse être fixé par d'autres moyens, assurant ainsi la continuité de l'exécution. V. par ex. : Civ. 3^{ème} 12 janvier 2005, n° 03-17.260, *Bull. civ. III*, n° 4 ; *D.* 2005, p. 2847, obs. B. Fauvarque-Cosson ; *CCC* 2005, comm. 105, obs. L. Leveneur ; *RDC* 2005/4, p. 1018, obs. D. Mazeaud ; *RTD. civ.* 2006. 117, obs. J. Mestre et B. Fages. On en revient ainsi à l'idée qu'il s'agit d'un simple obstacle à l'exécution.

¹⁰⁰³ En ce sens, v. par ex., PELLETTIER (C.), th. préc., §49 : « Ainsi, quelle que soit la nature de la prestation, la perte de l'objet, lorsqu'elle advient postérieurement à la formation de l'acte, entraîne une impossibilité d'exécution, l'engagement étant "*privé de support objectif*", ce qui se traduit par la caducité de l'acte concerné ».

¹⁰⁰⁴ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *op. cit.*, §592.

¹⁰⁰⁵ LAITHIER (Y.-M.), « Quand peut-on invoquer la caducité du contrat ? », *RDC* 2021/1, p. 161.

341. Engagement ou exonération de responsabilité – Une fois admis que l'inexécution entraîne la résolution de l'acte, du fait de l'impossibilité d'exécution, il reste à régler la question de la responsabilité du fait de cette inexécution. Or, là encore, il est inutile de recourir à la caducité. Si le risque lié à la destruction du bien a été assumé par l'une des parties, celle-ci devra indemniser son cocontractant. L'inexécution permettra donc la mise en jeu de la responsabilité contractuelle classique. Il en ira de même si le contrat porte sur une chose future que l'une des parties s'est engagée à faire apparaître, qu'il ait été question pour elle de la fabriquer ou de la trouver. Exactement comme la destruction, la non-apparition de la chose donnera lieu à l'engagement de la responsabilité contractuelle de celui qui en a assumé le risque du fait de son engagement. Réciproquement, si le risque n'a pas été assumé par l'une des parties, la force majeure permettra d'exonérer le contractant de toute mise en jeu de la responsabilité contractuelle. Cela est clairement énoncé par l'art. 1351 du code civil qui précise que « *l'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure* ». C'est précisément pour une libération partielle à raison d'une exécution impossible qu'à récemment opté la chambre commerciale de la Cour de cassation¹⁰⁰⁶. Dans cette affaire, un contrat de fourniture avait été conclu entre une société fabriquant du fil et une société exploitant ce dernier. Un second contrat était destiné à garantir la confidentialité quant au développement du produit. La société fabricante ayant effectué une demande de brevet, son cocontractant estimait que l'accord de confidentialité était devenu caduc, du fait de la révélation des informations jusqu'alors couvertes par l'accord¹⁰⁰⁷. Les juges du fond ont accueilli cette demande en se fondant implicitement sur une approche classique de la caducité pour « disparition de l'objet ». Bien qu'elle ne se fonde pas sur l'art. 1351 du code civil, ce qu'on peut regretter, la Cour de cassation écarte toute caducité partielle et retient implicitement la libération du débiteur quant aux seules informations dévoilées au grand public. L'obligation n'avait donc pas « disparu » au point de rendre l'accord partiellement caduc¹⁰⁰⁸. Une partie des obligations étaient simplement devenues impossibles à exécuter, la société ne pouvant évidemment garantir la confidentialité d'informations révélées au grand public. Cela entraînait sa libération partielle sans que la caducité n'ait à être mobilisée.

342. La « disparition de la cause » – Si la caducité ne s'impose pas en cas de disparition de l'objet, elle le pourrait toutefois en cas de disparition de la cause, dont la permanence a souvent été présentée comme une exigence de bon sens. En ce sens, Capitant énonçait par exemple que « l'obligation ne peut vivre qu'autant qu'elle reste appuyée sur sa cause »¹⁰⁰⁹. Ainsi, l'extrapolation du rôle de la cause a un

¹⁰⁰⁶ Com. 17 mai 2023, n° 19-25.007, Publié au bulletin ; *RTD Civ.* 2023. 615, note H. Barbier.

¹⁰⁰⁷ Dans les faits, la caducité était recherchée pour permettre à la société de rapporter des éléments de preuve dans le cadre d'un litige pour contrefaçon, ces éléments étant couverts par l'accord de confidentialité.

¹⁰⁰⁸ *Contra*, H. Barbier, note préc. : « l'obligation du débiteur a disparu, c'est un fait, puisqu'il ne saurait être tenu de garder confidentiels des éléments connaissables par tous ; mais sur quel fondement ? ».

¹⁰⁰⁹ CAPITANT (R.), th. préc., §7. L'idée phare développée par l'auteur est que la cause de chaque obligation réside non pas dans l'obligation corrélatrice mais dans l'exécution de celle-ci. Suivant cette définition, l'inexécution et le déséquilibre constaté au moment l'exécution pourraient donc être assimilés à des cas de disparition de la cause.

temps permis à la Cour de cassation de prononcer la caducité du contrat suite à une évolution des circonstances ayant provoqué un déséquilibre significatif¹⁰¹⁰. Mais il s'agissait assurément de contourner l'absence de consécration de l'imprévision¹⁰¹¹. Désormais, cette solution ne pourrait plus être retenue : d'une part en raison de la disparition formelle de la notion de cause de l'art. 1128 du code civil, qui n'en fait plus expressément une condition de validité du contrat ; d'autre part, et surtout, parce que la réforme de 2016 a consacré la révision pour imprévision à l'art. 1195 du code civil, la caducité n'étant plus mobilisée comme une réponse à l'échec de renégociation ou de modification du contrat. Il appartient en effet au juge de « *mettre fin* » au contrat si la révision n'aboutit pas. La disparition de la cause a également longtemps justifié les sanctions de l'inexécution. Les parties ayant pris un engagement dont la cause est située dans l'engagement réciproque, l'inexécution par l'une devrait ouvrir le droit pour l'autre de demander la résolution du contrat¹⁰¹². Néanmoins, si « l'interdépendance créée par la cause au moment de la formation du contrat perdure certainement jusqu'au moment de l'exécution de la dernière des obligations à exécuter »¹⁰¹³, la cause ne disparaît pas par le simple phénomène de l'inexécution. Bien que la cause doive être « concrétisée via une exécution conforme »¹⁰¹⁴, la cause de l'engagement se situe en effet dans l'engagement réciproque et non dans l'exécution effective de cet engagement. En somme, il nous semble artificiel de basculer sur le terrain de la caducité en identifiant un phénomène de « disparition de la cause ». La résolution se présente comme la sanction adaptée à l'inexécution¹⁰¹⁵.

343. La fonction de la caducité en question – La caducité n'étant pas nécessaire pour traiter les hypothèses étudiées précédemment, il est légitime de se demander si elle dispose d'une fonction autonome¹⁰¹⁶. Pour le savoir, il est nécessaire de procéder par induction à partir des hypothèses de caducité véritables, c'est-à-dire à partir des hypothèses qui ne donnent pas lieu à la résolution de l'acte. Or, l'affirmation d'un principe de permanence de la cause dans l'exécution a permis à la doctrine et à la jurisprudence d'envisager diverses hypothèses de caducité qui ne se confondent pas avec des hypothèses d'inexécution ou d'imprévision. Elles ont simplement pour défaut d'être fondées sur la cause, entendue

¹⁰¹⁰ Com. 29 juin 2010, n° 09-67.369, Inédit ; *D.* 2010, 241, note D. Mazeaud et 2485, note Th. Genicon ; *RTD Civ.* 2010, 782, obs. B. Fages ; *RTD Civ.* 2011, 87, obs. P. Deumier ; *JCP* 2010, n° 43, 1056, note Favario ; *JCP* 2011, n° 3, 63, obs. J. Ghestin ; *Dr. et patr.* 2011, 200, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RDC* 2011/1, 34, obs. E. Savaux.

¹⁰¹¹ Elle a donc refusé de prononcer la caducité d'un contrat dont la rentabilité économique espérée n'avait pas été atteinte, cet échec ne s'expliquant pas par une modification des circonstances de l'exécution : Com. 18 mars 2014, n° 12-29.453, Inédit ; *D.* 2014, 1915, obs. D. Mazeaud ; *RTD Civ.* 2014, 884, obs. H. Barbier.

¹⁰¹² Évoquant le « fondement causal » de la résolution pour cause d'inexécution : CAPITANT (R.), th. préc., §147 ; TAISNE (J.-J.), *La notion de condition dans les actes juridiques, Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, th. dactyl. Lille, 1977, p. 542 ; CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les obligations*, t. 4, Thémis, PUF, 21^{ème} éd. 2000, §59.

¹⁰¹³ BONNET (D.), th. préc., §227.

¹⁰¹⁴ *Ibid.*

¹⁰¹⁵ Adoptant une position contraire à la nôtre, Mme Wester-Ouisse défend l'emploi de la caducité comme correctif du déséquilibre du contrat survenu en cours d'exécution : WESTER-OUISSSE (V.), « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », art. préc.

¹⁰¹⁶ MALINVAUD (Ph.), MEKKI (M.), SEUBE (J.-B.), *op. cit.*, §452 (les auteurs s'interrogent sur la portée « normative » de l'art. 1186 c. civ.).

dans un sens subjectif, alors qu'elles devraient être fondées sur la notion de condition. C'est en effet la condition qui permet de tenir compte du contexte dans lequel le contrat a été conclu et ce faisant, de subordonner la réalisation de l'opération à sa permanence, sous peine de caducité.

344. Une disparition des motifs – Dans un célèbre arrêt, la Cour de cassation a reconnu la caducité d'une reconnaissance de dette effectuée par un père en vue du versement d'une pension alimentaire à son ex-épouse, après qu'il ait retrouvé la charge de son enfant¹⁰¹⁷. Pour les hauts magistrats, la cause avait disparu en cours d'exécution, le père ayant retrouvé la charge de l'enfant. Comme le note Mme Fabre-Magnan « l'engagement du père était indiscutablement conditionné par le fait que c'était la mère qui avait la charge de l'enfant et, cette condition disparue, son obligation devenait caduque... »¹⁰¹⁸. Dans un sens relativement proche, la Cour de cassation a admis la caducité d'un engagement de cession d'actions souscrit par un directeur général d'une société consécutivement à sa démission¹⁰¹⁹. Étant relevé par les juges du fond que cet engagement avait été souscrit « *afin de préserver une bonne entente avec un cadre dont il estimait la présence nécessaire pour le développement et le redressement de l'entreprise* », ces derniers ont retenu la caducité de l'engagement postérieurement à la démission du directeur général. La Cour de cassation a approuvé cette solution en relevant que « *l'engagement unilatéral à durée indéterminée de M. X..., privé de cause à compter de la démission de M. Y... le 27 mars 2009, était devenu caduc à compter de cette date* ». Ainsi comprise, la caducité aurait pour fonction d'effacer un acte devenu inutile en cours d'exécution. Elle reposerait finalement sur l'idée que certains éléments réunis au moment de sa formation doivent perdurer pour garantir l'efficacité de l'acte. Parfait au moment de sa formation, l'acte juridique pourrait perdre sa perfection par la disparition d'un élément essentiel à la réalisation de l'opération. L'élément essentiel ayant été associé aux éléments constitutifs, ces derniers ont logiquement été recherchés dans les éléments de formation de l'acte, ces derniers ayant finalement été réduits aux « motifs contractualisés » traditionnellement saisis par la notion de cause. Or, ce n'est pas la notion de cause qui doit expliquer ces solutions, mais celle de condition. Encore faut-il pour cela distinguer la cause et la condition, ce qui passe nécessairement par une réduction du domaine de la cause.

345. De la cause à la condition – La difficulté à distinguer la cause et la condition s'explique par l'extension progressive dont a fait l'objet la notion de cause. Le mouvement de « subjectivisation » de la cause a en effet permis de passer de la cause entendue comme la contrepartie de l'engagement, à la cause absorbant tous les motifs déterminants de l'engagement. Outre que cette extension de la notion de cause

¹⁰¹⁷ Civ. 1^{ère} 30 octobre 2008, n° 07-17.646, *Bull. Civ. I*, n° 241 ; *RTD Civ.* 2009. 49, obs. J. Hauser et 118, obs. B. Fages ; *D.* 2008, 2937, P. Chauvin et C. Creton ; *RDC* 2009/1, p. 49, D. Mazeaud ; *JCP G* 2009, II, 1000, D. Houtcieff ; *Defrénois* 2008, art. 38916, n° 11, R. Libchaber ; *LPA* 2009, n° 49, 11, N. Dissaux ; *RLDC* 2008/57, n° 3283, A. Cermolacce.

¹⁰¹⁸ FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations*, t. 1, *op. cit.*, §666.

¹⁰¹⁹ Civ. 1^{ère} 10 septembre 2015, n° 14-20.498, Inédit ; *D.* 2015, 2361, note D. Mazeaud ; *RTD Civ.* 2016. 339, note H. Barbier ; *RDC* 2016/1, p. 11, obs. Th. Genicon.

a conduit au délitement de la notion et a motivé sa suppression du Code civil, il en est surtout résulté un empiètement du domaine de la cause sur celui de la condition¹⁰²⁰. Parce qu'elle est adventice à l'acte, la condition fournit en effet un moyen très efficace pour lier l'efficacité de l'acte à certains éléments qui sont extérieurs à l'opération, et ce, sans qu'il soit besoin de mobiliser la cause. Comme l'a noté M. Latina « la condition permet la prise en charge des motifs qui délimitent le contexte contractuel dans lequel la convention doit s'épanouir pour présenter ou conserver son intérêt », de sorte qu'elle « délimite le *contexte* dans lequel les parties entendent s'engager »¹⁰²¹. Il en résulte donc nécessairement une distinction entre la cause et la condition ; distinction que l'on peine à identifier parce que les deux notions ont chacune à leur manière un rôle causal¹⁰²². La cause peut en effet s'entendre de deux manières : on distingue la cause finale, c'est en ce sens que la cause-condition de validité est définie, et la cause efficiente, à laquelle correspond, semble-t-il, la condition-modalité. En ce sens M. Reigné a remarqué qu' « est cause efficiente du contrat tout événement à la survenance duquel l'effet contractuel est impérativement et spécialement subordonné »¹⁰²³. Définie juridiquement, la cause efficiente correspond donc à la condition, en ce qu'elle permet de subordonner l'opération juridique à un contexte particulier. D'où on voit que la distinction entre cause et condition est primordiale, car l'identification du domaine de la condition résulte de la restriction du domaine de la cause. C'est ce qui nous incite à reformuler cette distinction.

346. Ajustement des définitions – Comme nous l'avons remarqué, la cause est une part de l'opération juridique¹⁰²⁴. Elle est donc satisfaite *par* l'opération et ce, qu'elle constitue un avantage matériel ou moral. Seule la condition permet donc de relayer le contexte de l'opération sans modifier la structure de l'opération. Cette distinction, selon que l'on considère l'opération ou ses faits justificatifs extérieurs, a été exposée par M. Bonnet. Après avoir défini la cause comme l'avantage retiré de l'acte, l'auteur a remarqué que la condition permet de relayer le contexte de l'acte afin d'en subordonner l'efficacité. « Ainsi, lorsque l'incertitude règne autour de l'utilité des effets d'un acte au moment de sa formation, la condition se trouve habile à subordonner l'existence des obligations à l'existence du contexte favorable »¹⁰²⁵. Il existe donc une distinction entre la condition, qui est toujours extérieure à l'opération, qu'elle justifie et dont elle est la cause efficiente ; et la cause, qui est une cause finale inhérente à l'opération juridique. Elle permet de régler définitivement la question des motifs et de leur intégration dans le périmètre des conditions déterminantes. Le motif étant extérieur à l'opération, il ne deviendrait déterminant que par son institution comme condition de l'acte. Aussi peut-on regretter que la Cour de cassation n'opère pas strictement la distinction entre le motif éventuellement saisi à travers les qualités essentielles de la chose

¹⁰²⁰ Sur ce constat : BONNET (D.), th. préc., §36 et s. ; LATINA (M.), th. préc., §77 et s.

¹⁰²¹ LATINA (M.), th. préc., §278 (en italique dans le texte).

¹⁰²² WICKER (G.), th. préc., §295, qui qualifie l'événement conditionnel d' « élément causal nécessaire à l'efficience de l'acte ».

¹⁰²³ REIGNÉ (Ph.), *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, th. dactyl., Paris II, 1998, §8.

¹⁰²⁴ V. *supra*, n° 113.

¹⁰²⁵ BONNET (D.), th. préc., §138.

objet du contrat et ainsi garanties par le contractant, et la condition, qui demeure extérieure à l'acte et conditionne l'opération dans son ensemble. Un arrêt récent illustre cette tendance à se rabattre sur la notion de cause subjectivée au lieu de mobiliser la notion de condition¹⁰²⁶. Dans cette affaire, diverses sociétés financières avaient proposé un contrat d'acquisition des quirsats d'un navire à une autre société, en vue de l'obtention par celle-ci d'une réduction d'impôt. L'administration fiscale ayant refusé le bénéfice de la réduction d'impôt au motif que le navire en question n'était pas éligible au dispositif, les acquéreurs ont demandé l'annulation de la vente pour erreur sur les qualités essentielles. La demande est rejetée par les juges du fond, mais l'arrêt est cassé par la chambre commerciale de la Cour de cassation, qui considère que « *les parties peuvent convenir, expressément ou tacitement, que le fait que le bien, objet d'une vente, remplisse les conditions d'éligibilité à un dispositif de défiscalisation constitue une qualité substantielle de ce bien* ». Selon les hauts magistrats, l'absence de défiscalisation, pourtant révélée après la conclusion du contrat, permettait de demander l'annulation du contrat pour erreur, ce qui repose sur une approche subjective de la notion de cause. Pourtant, ni la notion de cause, ni celle d'erreur n'avaient besoin d'être mobilisées. De deux choses l'une. Soit le contractant s'était engagé à garantir la défiscalisation, auquel cas un contrat portant sur une opération atypique de « vente d'un bien défiscalisé » avait été conclu entre les parties. L'absence d'exécution conforme devait alors permettre de demander la résolution pour inexécution, la société ayant en quelque sorte accepté le risque lié à l'absence de défiscalisation, qu'elle s'engageait à garantir. Soit la société ne s'était pas engagée à garantir la défiscalisation, auquel cas une condition résolutoire avait été convenue entre les parties, justifiant la caducité de l'acte pour accomplissement de la condition. Il fallait donc rechercher si l'objectif de défiscalisation était inhérent à l'opération juridique ou s'il conditionnait l'opération d'acquisition. En clair, si cet objectif constituait la cause de l'acquisition, la société s'étant engagée à garantir la défiscalisation, ou s'il constituait la condition résolutoire de l'engagement, la société ne s'étant pas engagée à la garantir. Dans le second cas, l'absence de défiscalisation était susceptible d'entraîner la caducité de l'acte.

347. Le flou qui entoure l'identité des « éléments essentiels » visés par l'art. 1186 du code civil peut donc être dissipé en remarquant que la caducité de l'acte ne s'impose véritablement que lorsqu'une condition a été instituée pour lier la réalisation de l'opération juridique à un motif extérieur à l'acte. En somme, lorsqu'une condition extinctive de perfection a été prévue.

¹⁰²⁶ Com. 22 juin 2022, n° 20-11.846, Publié au Bulletin ; *Gaz. Pal.* 2022, n° 28, p. 3, D. Houtcieff ; *RTD Civ.* 2022, 610, obs. H. Barbier ; *D.* 2022, 1204 ; *D.* 2023, 152, P. Marcou et 254, R. Boffa ; *RDC* 2022/4, p. 15, M. Latina et p. 38, L. Thibierge ; *Dr. Sociétés* 2023, p. 115, S. Jambort ; *JCP G* 2022, n° 29, 907, obs. Y.-M. Serinet ; *JCP N* 2023, n° 14, 1063, obs. S. Piédelièvre ; *JCP E* 2022, n° 37, 1296, obs. J.-B. Seube et n° 40, 1331, obs. B. Receveur ; *CCC* 2022, n° 10, 150, obs. L. Leveneur. L'affaire avait déjà donné lieu à une première cassation : Com. 14 avril 2015, n° 13-26.524 et n° 14-10.951, Inédit.

2 - L'identification de la notion de condition extinctive

348. La condition résolutoire repensée – La condition étant l'outil adéquat pour faire pénétrer dans l'acte des éléments extérieurs considérés comme essentiels, il convient de repenser le statut de la malnommée « condition résolutoire ». Bien loin d'entraîner la résolution du contrat pour inexécution, celle-ci permet de frapper l'acte de caducité si un élément essentiel à sa perfection disparaît.

349. Une condition extinctive – Sûrement parce que son utilité est incertaine, la condition résolutoire intéresse moins que la condition suspensive¹⁰²⁷. En outre, le Code civil maintient un certain flou autour de la notion puisque, comme pour la condition suspensive, il ne la définit que par son effet. La condition est dite résolutoire « *lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation* » (art. 1304 al. 3 c. civ.). Elle semble donc être le revers de la condition suspensive, dont « *l'accomplissement rend l'obligation pure et simple* ». En toute logique, la défaillance de la condition suspensive donnant lieu à la caducité de l'acte¹⁰²⁸, l'accomplissement de la condition résolutoire devrait entraîner les mêmes effets¹⁰²⁹. Pourtant ce statut de la condition résolutoire est loin d'être acquis, car il est fréquent de relever que son accomplissement entraîne non pas la caducité, mais la résolution du contrat¹⁰³⁰. Ce rapprochement découle logiquement de l'appellation de la condition, dite « résolutoire », mais il contredit le lien précédemment établi entre la résolution et l'inexécution. C'est pourquoi il faut plaider pour une stricte distinction entre la condition « extinctive », qui constitue le pendant de la condition suspensive et dont l'accomplissement entraîne la caducité du contrat, et la résolution, qui est une sanction de l'inexécution pouvant éventuellement intervenir par le biais d'une clause résolutoire.

350. Distinction avec la clause résolutoire – La résolution permet de sanctionner une inexécution du contrat. À l'inverse, « l'événement conditionnel constitue un événement casuel et donc extérieur à l'opération », qui est « choisi en raison de ses incidences sur l'exécution des obligations contractuelles, mais ne constitue pas l'inexécution d'une obligation »¹⁰³¹. Il est vrai que la frontière entre les deux notions paraît brouillée lorsque la résolution du contrat résulte de l'application d'une clause résolutoire, dont

¹⁰²⁷ Pour s'en convaincre il suffit de remarquer que les ouvrages de droit des obligations consacrent généralement plusieurs paragraphes à la condition suspensive, contre quelques lignes à la condition résolutoire. Par ailleurs, les thèses consacrées spécifiquement à la condition résolutoire datent de la fin du XIXe – début du XXe siècle, v. : GAVET (G.), *Origine et développement de la condition résolutoire en droit romain et dans notre ancien droit*, thèse Poitiers, 1879 ; DIMITRESCO (G.), *De la condition résolutoire dans les contrats*, Giard, 1906.

¹⁰²⁸ V. *infra*, n° 765.

¹⁰²⁹ En ce sens : LARROUMET (Ch.), BROS (S.), *op. cit.*, §454 ; STOFFEL-MUNCK (Ph.), « La caducité : observations en guise de synthèse », *RDC* 2023/2, p. 140, §9 ; BONNET (D.), *th. préc.*, §937-838.

¹⁰³⁰ MALINVAUD (Ph.), MEKKI (M.), SEUBE (J.-B.), *op. cit.*, §871 ; FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, t. 1, op. cit.*, §242 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *op. cit.*, §1352.

¹⁰³¹ PAULIN (Ch.), *La clause résolutoire*, *Bibl. de dr. privé*, t. 258, LGDJ, 1996, §127. Plus loin il ajoute que par le jeu de la condition résolutoire, « le contractant ne cherche pas exclusivement à être protégé contre la défaillance de son débiteur mais, de manière plus générale, contre tout événement susceptible de rendre le contrat dépourvu d'intérêt » (§134).

l'objet est de préciser « *les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat* » (art. 1225 c. civ.). Remarquant leur différence de fonction, M. Genicon a ainsi vivement critiqué le mode opératoire de la clause résolutoire. Il note qu'il existe « une incompatibilité radicale entre le mode opératoire de la condition qui agit par voie réflexe, de par la seule survenance de l'événement, et la résolution pour inexécution »¹⁰³². L'extension déraisonnable de la caducité aux cas d'inexécution fortuite du contrat, que nous avons déjà eu l'occasion de remarquer, s'explique sans doute par le caractère de plein droit de la résolution judiciaire prononcée dans ce cas-là¹⁰³³. La caducité étant une sanction dont on admet qu'elle intervient de plein droit, on comprend qu'il ait été tentant de voir une caducité derrière toute résolution judiciaire « de plein droit ». Mais étant désormais explicitement admis par le Code civil que l'impossibilité d'exécuter due à une force majeure « *libère le débiteur à due concurrence* », donc de plein droit, il en ressort que cet automatisme n'est plus l'apanage de la caducité. Que la résolution puisse intervenir de plein droit, par l'effet d'une clause résolutoire, ne suffit donc pas à en faire un cas de caducité.

351. Le revers de la condition suspensive – La clause résolutoire étant strictement distinguée de la condition extinctive, il s'avère que cette dernière constitue la réciproque exacte de la condition suspensive. Elle permet de conditionner le maintien des effets de droit à des éléments extérieurs à l'acte et néanmoins considérés comme essentiels. Ce faisant, elle n'entretient aucun lien avec la question de l'exécution.

352. Une subordination de l'opération – La condition extinctive permet de créer un lien de subordination entre l'opération juridique réalisée par l'acte et un élément extérieur, jugé essentiel par les parties. Selon M. Laithier, c'est le « sens profond » de l'art. 1186 du code civil que de mettre l'accent sur ce lien de dépendance entre les effets de l'acte et son contexte¹⁰³⁴. Par son insertion dans l'acte, la condition « lie le sort du contrat à un événement matériel » qui doit être trouvé en dehors de l'opération juridique accomplie par l'acte¹⁰³⁵. La loi fournit un bon exemple de son utilité en droit des libéralités. Avant la réforme opérée par la loi du 24 juin 2006, la survenance d'enfant constituait une véritable condition extinctive reconnue par l'art. 953 du code civil. Elle constituait en effet un « événement de nature à induire un contexte dans lequel le sujet de droit n'aurait certainement pas consenti la libéralité »¹⁰³⁶. N'étant pas l'objet d'un engagement souscrit par le donataire, sa sanction ne résidait donc

¹⁰³² GENICON (Th.), *La résolution du contrat pour inexécution*, Bibl. de dr. privé, t. 484, LGDJ, 2007, §98.

¹⁰³³ Com. 28 avril 1982, n° 80-16.678, *Bull. Civ. IV*, n° 145 : « une demande de résolution judiciaire du contrat en cas d'impossibilité d'exécution n'est pas nécessaire ».

¹⁰³⁴ LAITHIER (Y.-M.), « Quand peut-on invoquer la caducité du contrat ? », art. préc. : « Pour qu'un contrat produise ses effets, il ne faut pas seulement qu'il soit légalement formé (C. civ., art. 1103) ; il faut encore que persiste le contexte permettant la réalisation du projet contractuel tel que les parties l'ont défini d'un commun accord. C'est le sens profond de l'article 1186 du Code civil. La pérennité d'un certain nombre d'éléments est la condition du maintien du contrat dans le temps ; si l'un d'eux « disparaît », le contrat cesse d'exister ». V. égal. : HEINICH (J.), « Caducité et changement de contexte contractuel : une remise en cause du contrat », *RDC* 2023/2, p. 103.

¹⁰³⁵ GENICON (Th.), th. préc., §100.

¹⁰³⁶ BONNET (D.), th. préc., §970.

pas dans la résolution pour inexécution, mais dans la caducité. Avec l'évolution des textes, cette hypothèse de caducité a disparu et il revient désormais au donateur de conditionner la libéralité. Reste que la qualification de condition nous semble plus pertinente que celle de cause, rendant critiquable la formulation de l'art. 953, qui énonce désormais que « *la donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite* ». Par définition, la condition ne donne lieu à aucune exécution : elle s'accomplit ou défaille¹⁰³⁷. L'insertion d'une condition extinctive permet ainsi d'établir une relation conditionnelle entre l'acte et « des éléments extérieurs au contrat dont la pérennité est essentielle à son maintien »¹⁰³⁸. On pourra remarquer que, si la formation de l'acte suffit à sa perfection, c'est parce que la condition extinctive permet le déclenchement immédiat des effets de droit malgré l'incertitude de l'événement conditionnel.

353. Une subordination à un événement conditionnel – L'art. 1186 du code civil distingue deux hypothèses de caducité et classe les événements conditionnels en deux catégories : ceux qui constituent un motif devenu un élément essentiel, au sens de l'art. 1186 du code civil d'une part, et la situation d'interdépendance contractuelle d'autre part. Derrière cette apparente dualité, l'événement conditionnel constitue toujours un motif déterminant de l'engagement et ce faisant, extérieur à l'opération¹⁰³⁹.

354. Un motif déterminant – La notion d'élément essentiel au sens de l'art. 1186 al. 1^{er} du code civil renvoie ni plus ni moins aux motifs déterminants de l'engagement. Or, la notion de cause ayant été réduite à une plus juste proportion, la condition est l'outil idéal pour faire pénétrer les motifs dans l'acte juridique. Érigés en condition, ils ne modifient pas la substance de l'opération juridique, mais permettent d'en conditionner la permanence. La caducité de l'acte juridique consécutive au décès ou à la perte de ses qualités par le contractant dans un contrat *intuitu personae* s'explique ainsi par l'existence d'une condition extinctive ayant érigé l'identité ou les qualités du contractant en condition extinctive¹⁰⁴⁰. Cette explication nous paraît plus convaincante que celle qui consiste à dire que l'identité du contractant est devenue un élément essentiel à la structure de l'acte, par l'« incorporation de la personnalité du cocontractant dans l'objet même de la prestation »¹⁰⁴¹. Intégrant les motifs, la condition peut plus largement être un relai des circonstances que l'auteur de l'acte considère comme essentielles pour la réalisation de l'opération. C'est dans cette optique que la Cour de cassation a admis la caducité de l'engagement souscrit par le directeur

¹⁰³⁷ La critique s'étend à l'art. 956 c. civ. qui énonce que « *la révocation pour cause d'inexécution des conditions, ou pour cause d'ingratitude, n'aura jamais lieu de plein droit* ». Si la solution est de bon sens pour l'ingratitude, qui repose sur une action en justice spécifique et peut donner lieu à d'autres sanctions que la résolution, il n'en va pas de même pour la défaillance de la condition, qui devrait entraîner la caducité de l'acte de plein droit.

¹⁰³⁸ MALINVAUD (Ph.), MEKKI (M.), SEUBE (J.-B.), *op. cit.*, §452.

¹⁰³⁹ Comme le note un auteur, « *accessoire-adventice* à l'acte, la condition se trouve *essentielle-déterminante* du consentement du stipulant », BONNET (D.), th. préc., §644. En ce sens égal. : LATINA (M.), th. préc., §169 et s.

¹⁰⁴⁰ V. par ex. : Com. 29 janvier 2013, n° 11-23.676, *Bull. Civ. IV*, n° 19 (conditions de l'*intuitu personae* non réunies en l'espèce) – Com. 3 mars 2004, n° 02-12.905, *Bull. civ. IV*, n° 42.

¹⁰⁴¹ CONTAMINE-RAYNAUD (M.), *L'intuitu personae dans les contrats*, th. dactyl. Paris II, 1974, p. 33.

général vis-à-vis du directeur financier, qui était motivé par une volonté d'assurer une bonne entente au sein de la société qu'il dirigeait, après que ce dernier ait démissionné¹⁰⁴². L'emploi d'une condition extinctive pourrait finalement s'avérer salutaire lorsqu'un contrat, parfait immédiatement, l'est en réalité parce que les circonstances rendent utile l'opération réalisée, mais sont susceptibles de disparaître à l'avenir. Pour illustrer cette fonction de la condition extinctive, on peut prendre un exemple très courant : celui d'une vente d'un terrain en vue d'y édifier une construction. Dans une telle opération, la délivrance d'un permis de construire demeure indispensable bien qu'elle ne soit pas une condition de validité. Or, si le permis est déjà acquis au moment de la conclusion du contrat, rien n'indique qu'il le soit définitivement, car la décision d'accorder le permis pourrait faire l'objet d'une annulation. L'insertion d'une condition extinctive constitue alors un moyen de protéger l'acquéreur, qui n'a plus d'intérêt à acquérir le terrain¹⁰⁴³. Elle l'est d'autant plus qu'il ne pourra pas demander réparation d'un quelconque préjudice sur le terrain de la délivrance conforme, le bien ayant été délivré avant que le permis ne disparaisse rétroactivement¹⁰⁴⁴.

355. Interdépendance contractuelle – L'interdépendance contractuelle visée à l'art. 1186 al. 2 du code civil, est l'une des hypothèses dans lesquelles la fonction de la condition extinctive a été le mieux identifiée. L'explication la plus ancienne de ce phénomène repose sur la notion de cause¹⁰⁴⁵. Étant entendu que la cause est toujours inhérente à l'opération juridique, où elle permet d'identifier l'avantage découlant de l'engagement souscrit, les auteurs se sont attachés à démontrer l'existence d'une opération d'ensemble, réalisée par l'association de deux actes distincts, afin d'étendre la notion de cause hors des frontières de l'acte juridique¹⁰⁴⁶. Bien que chacun des contrats permette la réalisation d'une opération juridique qui lui est propre (vente, prêt, bail, etc.), ces derniers seraient liés dans la réalisation d'une opération plus vaste. Ce faisant, au sein de cette opération « économique »¹⁰⁴⁷, chacun des contrats constituerait la cause de l'autre. Ils seraient tous deux « à la fois nécessaires et insuffisants à la réalisation de l'opération générale »¹⁰⁴⁸. Séduisant, ce raisonnement repose toutefois sur une définition subjective de la cause et sur une extension déraisonnable de la notion d'opération, qui transcende ici les actes juridiques. C'est sans doute

¹⁰⁴² Civ. 1^{ère} 10 septembre 2015, n° 14-20.498, arrêt préc.

¹⁰⁴³ Nous ne sommes pas sur le terrain de l'impossibilité d'exécution, s'agissant d'une simple opération de vente *en vue* d'édifier une construction.

¹⁰⁴⁴ Civ. 3^{ème} 16 mars 2023, n° 21-19.460, Publié au Bulletin ; *LEDC* 2023, n° 5, p. 7, obs. H. Kassoul ; *Deffrénois* 2023, n° 25, p. 30, obs. J.-B. Seube ; *Constr.-Urb.* 2023, n° 5, p. 64, note Ch. Sizaire ; *RTD Civ.* 2023. 617, obs. H. Barbier.

¹⁰⁴⁵ Com. 12 juillet 2017, n° 16-14.014, Inédit – Com. 5 juin 2007, n° 04-20.380, *Bull. civ. IV*, n° 156 ; *D.* 2007, p. 1723, obs. X. Delpech ; *JCP G* 2007, II, 10184, note Y.-M. Serinet ; *Dr. et patrimoine* sept. 2007, p. 89, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* 2007. 569, obs. B. Fages – Civ. 1^{ère} 4 avril 2006, n° 02-18.277, *Bull. civ. I*, n° 190 ; *D.* 2006, p. 2656, note R. Boffa ; *D.* 2006, p. 2641, obs. S. Amrani-Mekki ; *Deffrénois* 2006, p. 1194, note J.-L. Aubert ; *RDC* 2006/3, p. 700, obs. D. Mazeaud – Com. 15 février 2000, n° 97-19.793, *Bull. Civ. IV*, n° 29 ; *Deffrénois* 15 octobre 2000, p. 1118, obs. D. Mazeaud ; *JCP E* 2001, 320, obs. J.-B. Seube ; *RTD civ.* 2000. 325, obs. J. Mestre et B. Fages – Civ. 1^{ère} 1^{er} juillet 1997, n° 95-15.642, *Bull. civ. I*, n° 224 ; *D.* 1998, p. 110, obs. D. Mazeaud.

¹⁰⁴⁶ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Cause », préc., §90.

¹⁰⁴⁷ ROUVIÈRE (F.), « Les contrats interdépendants, entre analyse économique et technique juridique », *RTD civ.* 2020. 735 ; BROS (S.), « Les contrats interdépendants : actualité et perspectives », *D.* 2009, 960.

¹⁰⁴⁸ PELLÉ (S.), *La notion d'interdépendance contractuelle, contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Nvile. Bibl. de thèses, Dalloz, 2007, §27.

la raison pour laquelle une notion nouvelle, celle d'interdépendance contractuelle, a été forgée pour fonder cette solution¹⁰⁴⁹. Elle a été expressément consacrée par l'art. 1186 al. 2 du code civil qui vise l'« opération d'ensemble » réalisée par les contrats. Un lien d'indivisibilité ou d'interdépendance entre deux contrats pourtant distincts permet désormais d'envisager la caducité si l'un des contrats disparaît. La notion d'interdépendance contractuelle paraît toutefois surabondante.

356. Un motif déterminant – Derrière l'emploi de la cause entendue dans son sens subjectif, il y avait l'aveu que le contrat interdépendant ne constitue qu'un motif déterminant de la conclusion du second contrat pour le « contractant-pivot »¹⁰⁵⁰. En ce sens, l'art. 1186 al. 2 du code civil précise que la caducité sera de mise si le « contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie », en clair, s'il avait été érigé en condition extinctive du contrat. Avant-même l'apparition de la notion d'interdépendance contractuelle, c'est d'ailleurs à la technique de la condition « résolutoire » qu'avait eu recours le législateur dans la loi Scrivener de 1979 pour lier les contrats de prêts aux contrats financés. Cette disposition perdure aujourd'hui encore dans l'art. L. 313-36 du code de la consommation qui précise que le prêt est toujours conclu sous la condition résolutoire de non-conclusion du contrat financé. En faisant entrer dans le Code civil la notion d'interdépendance contractuelle au rang des causes de caducité d'un contrat, il a donc été fait le choix de créer un texte spécial réglant le sort du motif « consistant dans l'efficacité d'un autre contrat »¹⁰⁵¹. En l'état des textes sur la condition résolutoire, cette consécration spéciale semble opportune puisque la condition demeure une simple modalité de l'obligation. Elle est toutefois à l'origine d'une inflation des concepts normatifs, alors que la notion de condition aurait permis d'arriver à un résultat identique. Le régime de l'interdépendance contractuelle construit à l'art. 1186 al. 2 du code civil reprend en effet des éléments du régime de la condition. La jurisprudence admet que la condition, qu'elle soit résolutoire ou suspensive, peut être prévue tacitement par les parties. Certes, l'exigence d'une « connaissance de l'opération d'ensemble » n'équivaut pas strictement à une acceptation, même tacite. « Un mobile connu ne peut avoir la valeur d'un mobile convenu »¹⁰⁵². Certains auteurs regrettent d'ailleurs que l'interdépendance contractuelle n'ait pas été cantonnée à l'hypothèse dans laquelle les parties avaient accepté l'indivisibilité¹⁰⁵³. Pourtant, cela ne condamne pas le rapprochement avec le mécanisme conditionnel. Il s'agit plutôt d'un assouplissement de son régime juridique.

¹⁰⁴⁹ V. not. : PELLÉ (S.), th. préc. ; NAJJAR (I.), « La notion d'ensemble contractuel », *Mél. A. Decocq*, 2004, p. 510 ; BROS (S.), *L'interdépendance contractuelle*, th. dactyl. Paris 2, 2001 ; SEUBE (J.-B.), *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Litec, 2001 ; TEYSSIÉ (B.), *Les groupes de contrats*, Bibl. de dr. privé, t. 139, LGDJ, 1975.

¹⁰⁵⁰ L'expression est empruntée à : LATINA (M.), « L'interdépendance contractuelle depuis la réforme du droit des contrats », *Mél. Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 1007.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, §4. Plus loin, l'auteur note que « le choix de la caducité permet d'affirmer que l'article 1186, alinéa 2 du Code civil « essentialise » les motifs du contractants-pivot et confirme que l'interdépendance contractuelle est une technique de prise en compte des motifs de ce dernier » (§22).

¹⁰⁵² GENICON (Th.), « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », in : *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, dir. W. Dross, T. Favario, 2014, Mare & Martin, p. 181, spéc. p. 217.

¹⁰⁵³ En ce sens : FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil : Les obligations*, t. 1 – L'acte juridique, Coll. Université, Sirey, 17^{ème} éd. 2022, §529.

357. Réfutation des critiques – Pour rejeter l’approche fondée sur la condition extinctive et promouvoir le fondement autonome de l’interdépendance contractuelle, deux critiques principales ont été formulées. Tout d’abord, des auteurs ont pu faire remarquer que, contrairement à l’*interdépendance*, la condition fonctionne à sens unique. Mais la critique est contournable puisqu’il suffit que chacun des contrats soit conclu sous la condition extinctive de permanence de l’autre¹⁰⁵⁴. Or, c’est cette exigence que recoupe la nécessaire connaissance de l’opération d’ensemble par celui auquel la caducité est opposée. Ensuite, il a pu être relevé que l’utilisation de la technique conditionnelle permet exclusivement de reprendre les solutions afférentes à l’interdépendance contractuelle subjective, c’est-à-dire celle qui s’explique par le caractère déterminant d’un des contrats pour l’exécution de l’autre et non celle qui résulte d’une impossibilité d’exécution également consacrée par l’art. 1186. Si cette observation est exacte, elle n’est toutefois pas dirimante, car il est inutile d’avoir recours à l’interdépendance contractuelle, ni même à la caducité, pour traiter le sort du contrat dont l’exécution est devenue impossible par suite de la disparition d’un contrat lui étant « objectivement » lié. De deux choses l’une. Soit une condition extinctive a été instituée pour lier les deux contrats, auquel cas la disparition du contrat suffit à provoquer la caducité par accomplissement de la condition. Soit aucune condition extinctive n’a été instituée, auquel cas l’impossibilité d’exécution permet de demander non pas la caducité, mais la résolution du second contrat. On notera d’ailleurs que le choix de la résolution en lieu et place de la caducité permet de fonder la mise en jeu de la responsabilité du contractant qui est à l’origine de la disparition du contrat et qui est donc à l’origine de l’impossibilité d’exécution. Nous avons vu en effet que la résolution pour inexécution peut être cumulée avec la responsabilité de celui qui est à l’origine de l’impossibilité d’exécution. À l’inverse, il semble contestable d’admettre que la caducité se produit automatiquement, quelle que soit la cause de disparition du premier contrat¹⁰⁵⁵, tout en admettant que la responsabilité du contractant peut être engagée en cas de disparition fautive¹⁰⁵⁶. À défaut d’avoir institué une condition extinctive, la résolution pour inexécution suffit donc pour mettre fin au contrat frappé par une impossibilité d’exécution.

358. Origine de la condition – L’étude des différents événements conditionnels permet de remarquer incidemment que la condition peut être légale ou volontaire, selon qu’elle est rendue essentielle par la volonté de l’auteur de l’acte ou par la loi. Lorsque l’événement conditionnel est considéré comme essentiel par le législateur, cela permet de mieux comprendre l’idée concrète que se fait ce dernier de l’utilité de l’acte dans l’ordre juridique. La condition-modalité est alors légale, ce qui n’entraîne pas pour autant sa disqualification en condition de formation. La condition extinctive qui lie les contrats de crédit mobilier ou immobilier aux contrats financés est ainsi à n’en pas douter une condition extinctive d’origine

¹⁰⁵⁴ En ce sens : LATINA (M.), th. préc., §257 et s.

¹⁰⁵⁵ Civ. 1^{ère} 2 juillet 2020, n° 17-12.611, Inédit – Com. 1^{er} juillet 2020, n° 18-22.905, Inédit. Déjà en ce sens : Com. 15 février 2000, n° 97-19.793, *Bull. Civ. IV*, n° 29.

¹⁰⁵⁶ Com. 12 juillet 2017, n° 15-27.703 et n° 15-23.552, Publié au Bulletin.

légale¹⁰⁵⁷. Lorsque l'événement conditionnel est rendu essentiel par l'auteur de l'acte, cela permet de mieux cerner le contexte dans lequel ce dernier a entendu réaliser l'opération juridique. Pour devenir une condition, le motif doit toutefois être déterminant de l'engagement. Aussi la Cour de cassation a-t-elle logiquement rejeté la caducité de l'engagement pris dans une lettre d'intention et motivé par une participation de la société engagée dans le capital de la filiale bénéficiaire de la lettre, consécutivement à la cession de cette participation, alors même que ce motif n'avait pas été visé par une condition extinctive¹⁰⁵⁸. Cela étant, l'admission de conditions extinctives tacites devrait permettre de résoudre le sort des clauses de divisibilité dont la fonction, si toutefois on admet leur licéité, est d'assurer la dissociation des contrats qui participent en apparence d'une opération d'ensemble. De deux choses l'une. Soit la solution retenue quant à la nécessaire institutionnalisation des motifs comme condition extinctive s'étend à l'interdépendance contractuelle, auquel cas il est inutile de recourir à une clause de divisibilité (la nécessité d'ériger la condition pour lier les contrats rendant inutile toute division de ces derniers). Soit la solution inverse est retenue, ce qui rend nécessaire le recours à la cause de divisibilité si les parties veulent se prémunir contre l'identification d'une situation d'interdépendance. La réponse à cette question dépend finalement d'une autre question : celle de savoir si l'interdépendance contractuelle repose sur l'existence d'une condition extinctive légale, prévue par la loi à l'art. 1186 al. 2, ou si elle est une condition extinctive volontaire, l'art. 1186 al. 2 ne faisant que préciser les modalités de réalisation de cette condition. Selon nous c'est la seconde solution qui prévaut. De même que l'art. 1186 c. civ. al 1^{er} ne dispense pas les parties d'instituer une condition extinctive, l'art. 1186 al. 2 ne dispense pas celles-ci d'établir l'interdépendance des contrats. Pour preuve, nous verrons que certains contrats sont expressément rendus interdépendants par la loi. Lorsque l'article précise que le second contrat doit avoir été « *déterminant* » du second et que le contractant doit avoir eu connaissance de « *l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement* », cela signifie donc qu'une condition extinctive doit avoir été érigée. Ce faisant, la divisibilité est de droit et n'a pas à être prévue puisque l'interdépendance doit être stipulée par les parties. La clause de divisibilité pourrait néanmoins présenter l'avantage de prémunir les parties contre l'identification judiciaire d'une condition extinctive tacite.

359. La condition extinctive insérée dès le moment de formation de l'acte juridique permet donc de lier la réalisation de l'opération à la permanence d'un contexte ou à la survenance d'un événement jugé essentiel par l'auteur de l'acte ou par le législateur. Son insertion permet de parfaire l'acte immédiatement même si le contexte qui entoure l'opération est susceptible d'évoluer et de porter atteinte à sa permanence.

¹⁰⁵⁷ Art. L. 312-52 c. conso. et Art. L. 313-36 c. conso. La condition résolutoire insérée dans le contrat de prêt est alors le pendant de la condition suspensive généralement insérée dans la promesse du contrat financé, créant une véritable interdépendance.

¹⁰⁵⁸ Com. 3 juillet 2019, n° 17-27.820, Inédit ; *AJ Contrat* 2019, 452, D. Houtcieff ; *RTD Civ.* 2019. 858, H. Barbier ; *D.* 2020. 2085, obs. D. R. Martin et H. Synvet.

B - L'incidence du contexte sur la perfection

360. Une perfection bornée dans le temps – À la différence des conditions de formation qui sont impérativement requises pour former l'acte et qui sont définitivement acquises, la condition extinctive permet d'établir une relation conditionnelle entre la réalisation de l'opération juridique et un événement. Elle permet donc de borner la perfection de l'acte dans le temps sans y faire obstacle au moment de la formation. Son insertion permet tout d'abord de donner effet à l'acte immédiatement, en dépit de l'incertitude qui affecte son environnement. Ayant pour propriété de se réaliser ou de défaillir, la condition permet ensuite de conditionner la permanence de l'opération. Si le contexte évolue favorablement, l'opération sera consolidée par la défaillance de la condition. En revanche, si le contexte évolue défavorablement, l'accomplissement de la condition extinctive rendra l'acte caduc. Lorsque l'art. 1186 du code civil prévoit que l'acte sera caduc si un de ses éléments disparaît, il vise donc l'hypothèse dans laquelle une condition extinctive a été insérée dans l'acte pour en conditionner la perfection. Il est vrai que le texte vise la « disparition » d'un élément essentiel et non la « défaillance » d'une condition de perfection¹⁰⁵⁹. Mais le choix des termes s'explique selon nous par les difficultés à cerner la fonction de la caducité et par le fait qu'en pratique, c'est bien souvent un motif présent au moment de la formation de l'acte qui vient à « disparaître », ce qui doit être appréhendé comme un accomplissement de la condition.

361. L'efficacité immédiate de l'acte – Selon la définition de la perfection que nous avons retenue, l'acte est donc parfait dès sa formation en dépit de l'insertion d'une condition extinctive. « Contrairement à la condition suspensive, la condition extinctive se caractérise par la mise en œuvre immédiate du contrat qu'elle affecte »¹⁰⁶⁰. Pour ainsi dire, « le contrat sous condition résolutoire est en lui-même comme un contrat pur et simple, il vit comme si la condition n'existait pas ; c'est seulement sa disparition qui est conditionnelle »¹⁰⁶¹. Autrement dit, le contrat est parfait. Le Rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance de réforme du droit des contrats de 2016 insiste d'ailleurs sur cette spécificité puisqu'il précise qu' « *en présence d'une condition résolutoire, l'obligation naît immédiatement et produit tous ses effets, mais son anéantissement est subordonné à l'accomplissement de la condition* ». Cette solution est logique, car les circonstances nécessaires à l'efficacité de l'acte sont réputées remplies dès sa formation, par l'effet de la condition. Ce faisant la réalisation immédiate de l'opération est assurée.

¹⁰⁵⁹ L'emploi du terme « disparition » par l'art. 1186 c. civ. conduit parfois les auteurs à débattre de la question de savoir si ce texte peut être étendu à la condition suspensive, qui ne « disparaît » pas formellement mais s'accomplit ou défaillit, tandis que l'événement conditionnel se produit ou ne se produit pas. Sur cette question, v. not. : BLEUSEZ (M.), « Caducité et défaut d'efficacité : la non-survenance des conditions de perfection et des conditions suspensives », *RDC* 2023/2, p. 109, §5. Sur cette interrogation, avant la réforme : AUBRY (M.-C.), « Retour sur la caducité en matière contractuelle », *RTD civ.* 2012. 625.

¹⁰⁶⁰ CHAABAN (R.), th. préc., §340.

¹⁰⁶¹ CARBONNIER (J.), *Droit civil, t. II : Les biens, Les obligations*, Quadrige 1^{ère} éd. 2004, §1052.

362. La pérennité incertaine des effets – La pérennité des effets est toutefois menacée parce que la condition peut aussi bien défaillir que s’accomplir. Si la condition défaille ou que celui à qui elle profite y renonce, il en résulte une consolidation des effets de l’acte. Concrètement, cela signifie que les effets ne seront plus menacés à l’avenir : l’opération instantanée sera définitivement acquise et l’opération successive continuera de développer ses effets. Pour ainsi dire, la défaillance de la condition n’aura aucun effet concret sur l’acte, si ce n’est de supprimer l’éventualité affectant la pérennité des effets de droit. De ce point de vue, la condition extinctive fait peser sur l’acte et ses effets une menace semblable à celle que représente l’invalidité, susceptible, mais non certaine, d’entraîner la disparition de l’acte¹⁰⁶². La situation est toute autre évidemment si la condition s’accomplit. Dans ce cas, l’acte est caduc. Or, la caducité, comme la révocation, « rends inefficace un acte juridique »¹⁰⁶³. Elle entraîne la « disparition de l’efficacité de l’opération contractuelle »¹⁰⁶⁴. Mais à la différence de la révocation entendue au sens strict, la caducité est une « révocation automatique »¹⁰⁶⁵. Elle permet de faire *tomber*¹⁰⁶⁶ un acte par suite d’un fait nouveau intervenu après sa formation, sans qu’il soit nécessaire de recourir à un acte révocatoire, précisément parce que l’insertion de la condition extinctive permet d’anticiper cette évolution.

363. Accomplissement de la condition – Contrairement à ce qu’on lit parfois, l’accomplissement de la condition ne se confond pas nécessairement avec la survenance d’un événement qui était redouté par les parties¹⁰⁶⁷. Une distinction peut être faite entre l’événement « négatif », redouté par l’auteur de l’acte ou le législateur et dont la survenance entraîne l’accomplissement de la condition résolutoire, et l’événement « positif », espéré là encore par celui qui a institué la condition, et dont la non-survenance entraîne l’accomplissement de la condition résolutoire. Cette distinction existait autrefois aux articles 1176 et 1177 du code civil¹⁰⁶⁸ et il est malheureux que la réforme de 2016 ait supprimé ces précisions importantes. Deux raisons peuvent expliquer cette suppression. Le fait tout d’abord que la condition résolutoire la plus pratiquée soit celle qui vise un événement redouté. La plupart du temps, « un événement redouté est venu perturber les circonstances au point de compromettre la réalisation du but tel que les parties l’avaient aménagé. Elles escomptaient la stabilité de leur situation matérielle, la défaillance de la condition résolutoire, ce qui ne s’est pas produit. Leurs attentes sont déjouées, de sorte que leur engagement n’est

¹⁰⁶² V. *infra*, n° 401.

¹⁰⁶³ MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *op. cit.*, §400.

¹⁰⁶⁴ CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *op. cit.*, n° 492.

¹⁰⁶⁵ On note parfois que la révocation peut être automatique, ce qui renvoie en réalité à la caducité : « Par extension, anéantissement d’un acte qui résulte, pour des causes spécifiées par la loi, soit de plein-droit de leur survenance, soit, moyennement une appréciation, une décision de justice », CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 2020, 13^{ème} éd., « Révocation », sens 2.

¹⁰⁶⁶ Caducité provient du latin *caducus*, dérivé du verbe *cadere*, qui désigne ce qui tombe ou dont la chute est proche.

¹⁰⁶⁷ V. par ex. FRANÇOIS (J.), *Les obligations – Régime général*, *Traité de Droit civil t. 4*, Coll. Corpus, Economica, 6^{ème} éd., 2022, §229 : la condition « permet aux parties de conclure le contrat dans l’immédiat tout en intégrant dans le champ contractuel un événement dont la non-survenance (condition suspensive) ou la survenance (condition résolutoire) entraînerait la disparition de leur intérêt contractuel ».

¹⁰⁶⁸ Sur la distinction entre la condition positive et la condition négative : *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Condition », Y. BUFFELAN-LANORE, J.-D. PELLIER, 2020, §115.

plus justifié et l'acte juridique doit être anéanti »¹⁰⁶⁹. Le fait ensuite que, si un événement est attendu et donc espéré par les parties, elles auront plutôt tendance à recourir à une condition suspensive, afin de repousser les effets de l'acte jusqu'à ce que l'événement se produise. Mais il se peut tout de même que les parties fassent le choix de donner effet à l'acte avant même que l'événement espéré ne se produise, quitte à devoir revenir sur l'opération réalisée. Ce faisant, la condition sera bel et bien extinctive, alors même que l'événement conditionnel résidait dans un événement attendu¹⁰⁷⁰. Si la condition s'accomplit, cela signifie donc que l'événement conditionnel redouté s'est produit ou à l'inverse, que l'événement conditionnel espéré pour la consolidation des effets de droit ne s'est pas produit.

364. Une extinction de l'acte – Dans ce cas, l'opération juridique perd son intérêt. Devenue désuète, elle n'a plus de raison de se réaliser. Pour cette raison, l'accomplissement de la condition doit avoir *a minima* un effet extinctif pour l'avenir¹⁰⁷¹. Mais il faut voir que cela ne suffit pas lorsque l'opération est à réalisation instantanée. L'une des conditions essentielles à la perfection de l'acte ayant disparu, il semble nécessaire d'anéantir rétroactivement l'opération¹⁰⁷². La situation est différente en revanche lorsque l'opération est à réalisation successive.

365. La nécessaire rétroactivité – Un besoin de sécurité ou de protection de la répartition des risques est souvent avancé pour donner un effet rétroactif à l'extinction de l'acte consécutivement à la défaillance de la condition extinctive¹⁰⁷³. Selon nous, elle est plutôt dictée par la force obligatoire de l'acte, c'est-à-dire par la volonté de l'auteur qui entendait conditionner la réalisation de l'opération à un événement¹⁰⁷⁴. Manifestement, les parties ayant institué la condition extinctive n'entendaient réaliser l'opération juridique qu'à la condition que l'événement redouté ne se produise pas ou que l'événement espéré se produise. Ce faisant, si la condition s'accomplit, c'est l'entière de l'opération qui doit tomber. Hébraud avait ainsi remarqué que le recours à la rétroactivité est le fruit « d'un compromis entre la vérité qui se révèle et la résistance au temps »¹⁰⁷⁵. En l'occurrence, la vérité révélée tient à l'accomplissement de la condition : il indique que l'opération n'est plus justifiée comme elle l'était au moment de la formation de

¹⁰⁶⁹ MAUMONT (B.), th. préc., §876.

¹⁰⁷⁰ Réciproquement, nous verrons que la condition peut être suspensive et reposer sur un événement négatif, c'est-à-dire redouté par les parties. En principe enfermée dans un délai, l'accomplissement de la condition interviendra par la non-survenance de l'événement redouté. V. *infra*, n° 735.

¹⁰⁷¹ M. Bénabent présente d'ailleurs la caducité au sein de la thématique de « l'efficacité des contrats dans le temps » et plus précisément du terme extinctif, aux côtés du contrat à durée déterminée et du contrat à durée indéterminée, BÉNABENT (A.), *Droit des obligations, op. cit.*, p. 283.

¹⁰⁷² La référence au caractère extinctif permet souvent, pour ne pas dire systématiquement, de véhiculer l'idée d'une destruction pour l'avenir. Selon nous il doit être possible de distinguer l'extinction rétroactive et l'extinction pour l'avenir. L'art. 1340-7 c. civ. en est la preuve, puisqu'il précise que l'accomplissement de la condition résolutoire « éteint rétroactivement l'obligation ».

¹⁰⁷³ CHAABAN (R.), th. préc., §468 ; LATINA (M.), th. préc., §688.

¹⁰⁷⁴ *Jurisclasseur Civil Code*, Régime général des obligations, « Modalités de l'obligation », Art. 1304 à 1304-7, Fasc. 40, J.-J. TAISNE, §28 : « la rétroactivité de la condition résolutoire est fondée sur l'intention des parties ».

¹⁰⁷⁵ HÉBRAUD (P.), « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », *Études P. Kayzer*, PUAM, 1979, t. II, p. 1, §28.

l'acte, lorsque la condition était encore pendante. Cette nécessaire rétroactivité dans l'accomplissement de la condition explique que l'on continue à voir dans la résolution la sanction adaptée¹⁰⁷⁶. En ce sens, l'art. 1304-7 c. civ. al. 1^{er} énonce que « *l'accomplissement de la condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation, sans remettre en cause, le cas échéant, les actes conservatoires et d'administration* ». Pourtant on peut tout à fait admettre que la caducité soit rétroactive.

366. La caducité rétroactive – L'absence de rétroactivité de la caducité s'infère actuellement de l'art. 1187 c. civ. qui énonce que la caducité « *met fin au contrat* », sous-entendue, pour l'avenir¹⁰⁷⁷. Pour nombre d'auteurs, c'est un obstacle insurmontable pour le rapprochement entre la condition résolutoire et la caducité consécutive à la disparition d'un élément essentiel : c'est la résolution qui paraît être la sanction adaptée et non la caducité¹⁰⁷⁸. Le lien entre caducité et absence de rétroactivité est si fort que les juges de la Cour de cassation ont parfois des difficultés à viser expressément la caducité, tant la rétroactivité nécessaire à l'espèce leur paraît incompatible avec le régime normal de la caducité¹⁰⁷⁹. Cette difficulté semble perdurer lorsque la Cour de cassation accepte d'annuler un contrat pour erreur sur la cause, parce que l'objectif de défiscalisation était un objectif déterminant de l'opération et qu'il n'avait finalement pas pu être atteint¹⁰⁸⁰. De même, on peut penser que le désordre jurisprudentiel lié à l'identification de la sanction intervenant en conséquence de la disparition a été nettement alimenté par la difficulté à admettre que la caducité puisse avoir un effet rétroactif¹⁰⁸¹. Cette supposée non-rétroactivité de la caducité peut être critiquée. Bien que le caractère non rétroactif ait longtemps été considéré comme un trait caractéristique de la caducité, en particulier pour la distinguer de la résolution, la majorité des auteurs notent aujourd'hui qu'on doit pouvoir lui faire produire un effet rétroactif¹⁰⁸². Par ailleurs, l'affirmation selon laquelle la caducité « *met fin* » au contrat n'est pas un obstacle à la rétroactivité puisque l'art. 1187 du code civil laisse place à l'interprétation, et ce, de l'aveu même des auteurs de la réforme¹⁰⁸³. Les avants-projets de

¹⁰⁷⁶ « En réalité, puisque la condition affecte les normes contractuelles elles-mêmes, c'est l'effet du contrat, qu'il soit constitutif, translatif ou extinctif qui est, en amont, rétroactivement révoqué », LATINA (M.), th. préc., §685.

¹⁰⁷⁷ Il convient d'ajouter que la précision apportée par l'al. 2 de cet article, quant à la possibilité d'avoir recours à des restitutions, n'est pas contraire à cette absence de rétroactivité. Restituer un bien qui était nécessaire à l'exécution du contrat ne signifie pas en effet que l'on revienne sur les effets qui se sont produits. Tout dépend donc de la finalité de la restitution, celle-ci pouvant aussi bien avoir pour objet de restituer un bien qui ne sera plus nécessaire pour l'exécution à l'avenir, qu'avoir pour objet de rétablir la situation *statu quo ante*, par une sorte d'exécution inversée.

¹⁰⁷⁸ En ce sens, M. Latina note que « la rétroactivité de la condition résolutoire accomplie est moins liée au jeu de la condition qu'à la résolution elle-même », LATINA (M.), th. préc., §682.

¹⁰⁷⁹ Avant que la loi du 23 juin 2006 ne supprime la caducité des donations pour cause de survenance d'enfant pour lui substituer une possibilité de révocation, l'art. 960 c. civ. prévoyait la « *révocation de plein-droit* » en cas de survenance d'enfant. Pourtant les hauts magistrats y ont vu une nullité pour erreur sur la cause : Civ. 1^{ère} 14 mai 1985 ; *Defrénois* 1985, art. 33636, p. 1438, obs. J.-L. Aubert ; *RTD Civ.* 1986. 397, obs. J. Patarin.

¹⁰⁸⁰ Com. 22 juin 2022, n° 20-11.846, Publié au Bulletin, arrêt préc.

¹⁰⁸¹ CHAABAN (R.), th. préc., §437 s.

¹⁰⁸² CHAABAN (R.), th. préc. ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *op. cit.*, §595 ; BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Les obligations, op. cit.*, §1457 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, §400.

¹⁰⁸³ Le Rapport au Président de la République précise en effet que « l'ordonnance prévoit donc que la caducité met fin au contrat mais, dans un souci pragmatique, ne tranche pas la question de la rétroactivité : elle n'est pas exclue

réforme du droit des contrats étaient d'ailleurs en faveur du potentiel effet rétroactif de la caducité¹⁰⁸⁴. Une fois admis que la caducité peut produire un effet rétroactif, il semble logique d'admettre que la caducité est la sanction de l'accomplissement de la condition résolutoire (ou extinctive). Il apparaît en effet que « si malgré l'exécution des prestations la situation finale envisagée ne se réalise pas, l'acte sera rétroactivement anéanti. Parce qu'il ne procure pas la satisfaction escompté, il perd sa raison d'être »¹⁰⁸⁵.

367. Caducité et caractère définitif de la donation – Parce que l'accomplissement de la condition extinctive entraîne la caducité de l'acte à l'exécution instantanée, le législateur peut proscrire les conditions extinctives lorsqu'il estime que la perfection de l'acte doit être préservée à tout prix. C'est le cas en matière de donations, dont le caractère définitif est spécialement imposé par la loi. Le principe d'irrévocabilité explique en effet que le donateur ne puisse pas révoquer seul la donation ou prévoir par avance des mécanismes lui permettant de récupérer le bien donné. Mais ce principe ne suffit pas à expliquer la prohibition des conditions « simplement » potestatives, c'est-à-dire qu'il est au pouvoir du donateur de faire advenir. Contrairement à ce qui est souvent affirmé, de telles conditions n'ouvrent en effet aucun pouvoir au donateur de reprendre le bien donné en « forçant » l'accomplissement de la condition et donc, la caducité de l'acte. Comme nous aurons l'occasion de le détailler ultérieurement, l'art. 1304-3 al. 2 du code civil prévoit en effet que la condition résolutoire sera réputée défaillie si celui qui en a la maîtrise provoque son accomplissement. En dépit des efforts du donateur pour faire s'accomplir la condition, celle-ci pourra donc être réputée défaillie, permettant le maintien de la donation au profit du donataire. Si la jurisprudence prohibe de telles conditions extinctives, la justification est donc à trouver dans un autre principe. Selon nous la prohibition des conditions extinctives permettant de revenir sur la perfection de l'acte découle de l'art. 894 qui définit la donation comme un dépouillement immédiat et *définitif* du donateur. La prohibition des conditions extinctives mêmes simplement potestatives s'expliquerait donc par la volonté de conférer un caractère définitif à la donation parfaite et non par la nécessité d'empêcher le donateur de se réserver un droit de reprendre le bien. Cette idée trouve confirmation dans le fait qu'à l'exception des clauses de retour conventionnel qui font l'objet d'une validation par le législateur (art. 951 et 952 c. civ.), la jurisprudence n'a jamais validé les donations passées sous une condition extinctive casuelle. Les donations alternatives et facultatives, qui sont largement approuvées, ne dérogent pas à ce principe, car il s'agit de simples « variétés de donations à terme », leur objet étant seul susceptible de varier¹⁰⁸⁶. Les donations passées sous condition suspensive ne le sont pas davantage, dans la mesure où leur effet suspensif empêche toute dérogation au caractère

dans certaines hypothèses puisque la caducité peut donner lieu à des restitutions. Il appartiendra aux juges d'apprécier l'opportunité de la rétroactivité en fonction des circonstances de chaque espèce ».

¹⁰⁸⁴ Art. 1131 al. 2 du projet Catala et art. 89 al. 4 du projet Terré : « *La caducité produit effet, suivant les cas, rétroactivement ou pour l'avenir seulement* ».

¹⁰⁸⁵ WICKER (G.), th. préc., §310.

¹⁰⁸⁶ En ce sens : BOUTIRON (X.), « Les donations alternatives et facultatives », *Dr. et patr.*, 2008, n° 174, p. 64 ; GRIMALDI (M.), « Les donations à terme », art. préc., §9 ; LÉCUYER (H.), « Observations sur les donations alternatives et facultatives au service de la pratique notariale », *Defrénois*, 2019, n° 22-23, p. 13.

définitif du transfert¹⁰⁸⁷. À l'inverse, lorsqu'une condition extinctive est prévue, si ce n'est pas la volonté c'est au moins « la conscience de réaliser un transfert patrimonial définitif »¹⁰⁸⁸ qui se trouve contrariée par le fait que la condition pourrait aussi bien s'accomplir que défaillir. Ainsi, en précisant que « *le divorce est sans incidence (...) sur les donations de biens présents quelle que soit leur forme* » (art. 265 al. 1^{er} c. civ.), le législateur proscrit nécessairement l'insertion d'une condition extinctive visant le divorce ou la demande en divorce dans la donation de biens présents entre époux¹⁰⁸⁹. Cela revient à interdire au donateur de prévoir par avance que la donation parfaite sera caduque en cas de divorce. La Cour de cassation a ainsi jugé que les dispositions impératives du texte précité « *font obstacle à l'insertion, dans une donation de biens présents prenant effet au cours du mariage, d'une clause résolutoire liée au prononcé du divorce ou à une demande en divorce* »¹⁰⁹⁰. Le législateur prévoyant par ailleurs la caducité de la donation de biens à venir en cas de divorce (donc « prenant effet » à la dissolution du mariage ; art. 265 al. 2 c. civ.), cela confirme que la perfection de l'acte est déterminante de son caractère définitif.

368. Opération successive – Que la caducité puisse avoir un effet rétroactif ne signifie pas pour autant que la rétroactivité doive systématiquement s'imposer. Lorsque l'opération est à réalisation instantanée, elle modifie l'ordonnancement juridique une fois pour toutes, sans périodicité¹⁰⁹¹. La rétroactivité paraît donc absolument nécessaire pour revenir sur les effets produits par l'acte, car ceux-ci ne sont plus globalement justifiés¹⁰⁹². Dans le domaine des contrats à exécution successive, où la condition extinctive est la plus pratiquée, les obligations sont déjà nées et ont donné lieu à une exécution réciproque. Elles n'ont donc pas besoin d'être anéanties, car elles étaient pleinement justifiées jusqu'à l'accomplissement de la condition résolutoire¹⁰⁹³. La rétroactivité est donc proscrite en cas d'accomplissement de la condition extinctive, comme en dispose l'art. 1304-7 al. 2. Il précise en effet que « *la rétroactivité n'a pas lieu si telle est la convention des parties ou si les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure*

¹⁰⁸⁷ Un tel accord – que l'on peut nommer « promesse conditionnelle de donation », n'est pas contraire au principe d'irrévocabilité spéciale des donations car elle n'entraîne aucun retour d'un bien déjà transmis. V. *infra*, n° 573.

¹⁰⁸⁸ LÉCUYER (H.), « L'irrévocabilité spéciale des donations », art. préc., spéc. p. 414-415.

¹⁰⁸⁹ Cette solution ne vaut que depuis le 1^{er} janvier 2005, date d'entrée en vigueur de la loi du 26 mai 2004.

¹⁰⁹⁰ Civ. 1^{ère} 14 mars 2012, n° 11-13.791, *Bull. Civ. I*, n° 56 ; *D.* 2012. 812, obs. J. Marrocchella, p. 1386, note A. Posez, et 2483, obs. M. Nicod ; *D.* 2013, 1089, obs. J.-J. Lemouland et V. Vigneau ; *AJ fam.* 2012, 223, obs. S. David ; *RTD Civ.* 2012. 300, obs. J. Hauser et 357, obs. M. Grimaldi ; *LPA* 2012, n° 83, p. 16, note J.-G. Mahinga et n° 123, p. 4, note Y. Ould Aklouche ; *LPA* 2013, n° 104, p. 6, note J. Massip ; *RDC* 2012/3, p. 891, obs. Ch. Goldie-Genicon ; *Defrénois* 2012, n° 18, p. 893, note Ch. Donzel-Taboucou ; *LEDC* 2012, n° 5, p. 6, obs. M. Latina ; *LEDFFP* 2012, n° 5, p. 1, obs. L. Mauger-Vielpeau ; *Dr. et patr.* 2012, n° 869, note C. Le Gallou ; *RJPF* mai 2012, p. 6, note F. Sauvage ; *JCP G* 2012, p. 920, note M. Mekki et p. 1467, note Y. Favier ; *JCP N* 2012, 350, note H. Bosse-Platière, 430, note B. Beignier et 1182, note C. Brenner ; *JCP N* 2023, 1146, note Ch. Lesbats.

¹⁰⁹¹ Sur la notion d'opération instantanée et sa distinction avec l'opération successive, v. *supra*, n° 200 et s.

¹⁰⁹² De ce point de vue, la distinction que propose M. Genicon entre l'opération à « utilité globale » et l'opération à « utilité continue » apparaît séduisante : GENICON (Th.), th. préc., §869.

¹⁰⁹³ V. par ex. : Civ. 3^{ème} 30 avril 2003, n° 01-14.890, *Bull. Civ. III*, n° 87 ; *JCP G* 2003, I, 170, n°15, obs. A. Constantin ; *JCP E* 2003, 1665, n° 2, obs. J. Monéger et 2004, 30, note M. Kéita ; *RTD Civ.* 2003. 501, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Defrénois* 2003, p. 1175, obs. E. Savaux.

de l'exécution réciproque du contrat »¹⁰⁹⁴. Au plus faudra-t-il procéder aux restitutions d'usage, ce qui ne présente pas de rapport avec la rétroactivité. La caducité produira donc son effet pour l'avenir : après l'accomplissement, les obligations constituant l'opération contractuelle ne pourront plus naître selon le processus de répétition qui est caractéristique de ce type de contrat.

369. Conclusion du §2 – En définitive, l'identification de la notion de perfection nous permet de proposer une relecture des fonctions prêtées aussi bien à la caducité qu'à la condition résolutoire. La caducité se présente comme un moyen d'interrompre la réalisation de l'opération juridique. Lorsque l'opération est instantanée, elle permet de revenir sur la perfection de l'acte, acquise au jour de la formation. L'acte qui était parfait cesse alors exceptionnellement de l'être : il est caduc. Quant à la condition résolutoire, dont l'accomplissement entraîne la caducité de l'acte, elle permet de conditionner la réalisation de l'opération à un contexte bien précis, et ce, en dépit de la formation définitive de l'acte. Elle se présente donc comme une véritable technique de « réversibilité juridique »¹⁰⁹⁵. D'où notre préférence pour la qualification de « condition extinctive », cette condition permettant de sanctionner une « imperfection postérieure à la création de l'acte »¹⁰⁹⁶.

370. Conclusion de la section 2 – Parce que l'acte juridique est parfait dès l'instant de sa formation, son auteur ne peut pas librement revenir sur les effets qui se sont produits. La révocation de l'acte dépend directement de la portée de l'opération juridique : si le contrat parfait est naturellement doté d'un effet relatif, qui autorise les parties à le détruire d'un commun accord, il n'en va pas de même pour l'acte unilatéral parfait, qui produit généralement ses effets vis-à-vis des tiers. Pour que l'opération juridique puisse être anéantie malgré la perfection de l'acte, il est donc nécessaire d'instituer une condition extinctive, dont l'accomplissement entraînera la caducité de l'acte. Résultant d'un affinement du principe d'implication, celle-ci permet d'ériger des éléments extérieurs à l'acte au rang de conditions de perfection de ce dernier. Si la condition extinctive s'accomplit, l'acte jusqu'alors parfait doit disparaître, car l'opération juridique constituant sa finalité n'est plus justifiée. Cette fonction particulière de la caducité, à mettre en lien avec la perfection de l'acte juridique, permet selon nous d'affiner le domaine de l'art. 1186 al. 1^{er} du code civil qui prévoit la caducité du contrat en cas de « disparition d'un élément essentiel ».

371. Conclusion du Chapitre 1 – L'acte juridique parfait se présente donc comme un véritable « fait accompli » : dès sa formation dans l'ordre juridique il modifie ce dernier et réalise sa finalité. Ce constat nous permet de comprendre pourquoi les auteurs classiques considéraient l'acte juridique comme une

¹⁰⁹⁴ Cette précision est un ajout de la réforme de 2016. L'anc. art. 1179 c. civ. énonçait en effet simplement que « la condition accomplie a un effet rétroactif au jour où l'engagement a été contracté ».

¹⁰⁹⁵ Sur cette notion : GOBIN (A.), « Propos sur la réversibilité juridique », *JCP N* 1995, n° 29, p. 1119 ; SALINIÈRE (C.), « La réversibilité des donations », *RTD Civ.* 2004, 21.

¹⁰⁹⁶ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Nullité », Y. PICOD, 2022, §21.

sous-catégorie du fait juridique et non comme une catégorie opposée : quel que soit le statut de la volonté, c'est bien la loi qui attache des effets de droit au fait matériel que représente l'acte juridique¹⁰⁹⁷. L'acte et le fait se rejoignent donc sous l'angle de leur mode opératoire, ce qui permet d'apporter des précisions importantes quant au régime juridique de l'acte, parfait de plein droit au moment de sa formation. Sa performativité rayonne tant à l'égard des conséquences futures qu'à l'égard des effets passés. Devant apporter la garantie à ses auteurs que les effets recherchés se produiront effectivement, l'acte ne peut pas accueillir de condition suspensive qui aurait pour effet de démembrer l'opération juridique et de modifier son équilibre. Seul le terme, dont la fonction est d'aménager l'exigibilité, et dont le régime impose la certitude, permet de moduler les effets de l'acte dans le temps. L'efficacité de plein droit justifie aussi que les effets qui se sont d'ores et déjà produits ne puissent pas être facilement remis en cause. Seule l'insertion d'une condition extinctive, non attentatoire à la perfection de l'acte, permet donc de conditionner la permanence de l'opération à la persistance d'un certain contexte. Pour achever l'examen des incidences de la perfection immédiate sur le régime de l'acte, il reste à remarquer que la validité, qui est souvent présentée comme une condition d'efficacité de l'acte juridique, ne conditionne en réalité aucunement la perfection des actes juridiques. Elle permet simplement un examen rétrospectif des effets que l'acte a d'ores et déjà produits. L'acte juridique n'est donc pas nécessairement un acte juridique valide.

¹⁰⁹⁷ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Acte juridique », préc., §48 et s.

CHAPITRE 2

L'examen rétrospectif de la validité

372. L'acte parfait invalide – Étant acquis que l'acte juridique produit effet de plein droit au moment de sa formation, il convient désormais de remarquer que les conditions de validité ne sont pas déterminantes de la perfection de l'acte juridique. De prime abord cela a de quoi surprendre parce que l'incidence du manquement aux règles de validité par l'acte juridique est souvent présentée en ayant recours à l'adage romain *quod nullum est nullo producit effectum*, lequel signifie ni plus ni moins que « ce qui est nul ne saurait produire d'effet »¹⁰⁹⁸. C'est d'ailleurs ce qui conduit des auteurs à affirmer que « la formation régulière de l'acte juridique, autrement dit sa validité, constitue la condition première de sa perfection »¹⁰⁹⁹. Une distinction existe pourtant entre les conditions de formation, dont nous avons vu qu'elles étaient nécessaires, mais suffisantes à la perfection de l'acte, et les conditions de validité, dont nous allons voir qu'elles permettent d'apprécier rétrospectivement les effets que l'acte a d'ores et déjà produits. S'il existe un principe d'implication entre formation et perfection, il n'existe donc pas de principe similaire entre la validité et la perfection. En tant qu'examen rétrospectif des effets de l'acte, la validité permet simplement d'apprécier l'admissibilité de l'acte juridique au regard de son incidence dans l'ordre juridique. En somme, elle permet de contrôler un acte juridique d'ores et déjà parfait. Ce n'est que si l'acte a échoué à se former que l'on sera face à une véritable hypothèse d'inefficacité, logiquement justifiée par l'inexistence de l'acte.

373. Plan – Une distinction stricte doit être établie entre l'inexistence de l'acte, c'est-à-dire le défaut de réunion des conditions de formation, et l'invalidité, c'est-à-dire le défaut de réunion des conditions de validité (Section 1). Cette distinction se répercute logiquement sur le moment de perfection de l'acte : tandis que l'invalidité n'empêche jamais l'acte de produire effet, l'inexistence correspond à une inefficacité *ab initio* (Section 2).

¹⁰⁹⁸ Sur les implications véritables de cette formule, v. néanmoins : PIÉDELIÈVRE (A.), « Quelques réflexions sur la maxime « *Quod nullum est, nullum producit effectum* » », *Mél. Voirin*, 1966, Dalloz, p. 638 ; GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, Bibl. de dr. privé, t. 218, LGDJ, 1992, §388.

¹⁰⁹⁹ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Acte juridique », préc. §78. Dans le même ordre d'idée, M^{me} Marcou s'interroge : « Lorsqu'un contrat invalide est soumis à son office, peut-il librement choisir de le détruire ou de le parfaire ? », MARCOU (P.), *Les remèdes à l'invalidité contractuelle*, Bibl. de dr. de l'entreprise, t. 94, LexisNexis, 2018, §593. De même Mme Frison-Roche qualifie de parfait le consentement capable de former un contrat valable, FRISON-ROCHE (M.-A.), « Unilatéralité et consentement », in : *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Economica, coll. Études juridiques, 1999, p. 21.

Section 1

Distinction entre l'inexistence et l'invalidité

374. Notions concurrentes – La notion d'inexistence peine manifestement à se faire une place dans la théorie générale de l'acte juridique. Notion « mal née »¹¹⁰⁰, elle entretient des liens étroits avec la nullité, dont on peine à la distinguer, ce qui lui vaut d'être largement critiquée par la doctrine¹¹⁰¹. Une fois convenablement définie, l'inexistence apparaît pourtant comme dotée d'un certain bon sens¹¹⁰². On peut en effet distinguer les notions d'inexistence et d'invalidité (§1) et plus largement, les hypothèses d'inexistence d'une part et les hypothèses d'invalidité d'autre part (§2). Cette distinction, qui permet de confirmer le principe d'implication entre la formation et la perfection par l'étude de son revers, indique que la perfection de l'acte juridique ne dépend jamais de sa validité : *l'acte peut tout à la fois être parfait et invalide*.

§1 - DISTINCTION DES NOTIONS

375. L'inexistence : une notion en quête d'autonomie – Un rapide examen historique révèle que l'invalidité a toujours éclipsé l'inexistence, que ce soit par absorption ou par exclusion¹¹⁰³. L'invalidité a tout d'abord absorbé l'inexistence, la notion ayant permis de pallier l'absence de texte prévoyant la nullité. Elle a ainsi été utilisée comme fondement par le juge pour prononcer la nullité de l'acte au mépris de l'adage « *pas de nullité sans texte* ». Par la suite, la notion a été pleinement intégrée à la théorie des nullités puisqu'elle est devenue le cas « le plus grave » d'invalidité. Les cas de nullité ont été répartis en deux catégories en fonction de leur gravité : la nullité radicale ou inexistence pour les cas les plus graves, la nullité relative ou annulabilité pour les cas moins graves¹¹⁰⁴. Mais cette absorption de

¹¹⁰⁰ En ce sens : GOUT (E.-U.), « Conditions d'existence et conditions de validité : une distinction inutile ? », *LPA*, 28-29 août 2018, n^{os} 172-173, p. 6.

¹¹⁰¹ Mis à part quelques auteurs qui défendent la notion (v. *infra*, n^o 377), son rejet semble unanime : TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *op. cit.*, §130 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *op. cit.*, §523 ; LARROUMET (Ch.), BROS (S.), *Traité de droit civil*, t. 3, Les obligations, Le contrat, 7^{ème} éd., Economica, 2014, §475. Plus nuancés : BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Les obligations, op. cit.*, §1452 ; BÉNABENT (A.), *Droit des obligations, op. cit.*, §205.

¹¹⁰² Un auteur a récemment démontré la pertinence de la notion d'inexistence à l'aide d'un raisonnement apagogique, c'est-à-dire par la démonstration de l'absurdité de l'antithèse : FRANÇOIS (C.), th. préc., §781. V. égal. : HAGE-CHAHINE (F.), « Le rationnel et l'empirique dans la notion d'inexistence en matière d'actes juridiques », *Écrits J. Foyer*, Economica, 2008, p. 529, spéc. p. 535.

¹¹⁰³ D'autres auteurs ont réalisé un historique très détaillé de la notion d'inexistence en droit français. Nous renvoyons donc à leurs développements : ADIDA-CANAC (H.), « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », in : *Rapport annuel de la Cour de cassation – La Vérité*, 2004, www.courdecassation.fr, p. 105.

¹¹⁰⁴ Ce détournement de la notion était largement critiqué par Aubry et Rau : « Quelquefois, les auteurs opposent la nullité de non-existence à la nullité de simple annulabilité ; d'autres fois, ils appellent les actes inexistantes des actes radicalement ou substantiellement nuls. Nous n'adopterons pas ces diverses locutions, qui ne nous paraissent

l'inexistence par la théorie des nullités a rapidement versé dans une approche organique de l'acte juridique. Selon cette approche, la nullité absolue s'imposerait en l'absence des « organes vitaux » de l'acte ; tandis que la nullité relative s'imposerait en présence d'un défaut ayant pour conséquence de rendre l'acte « malade »¹¹⁰⁵. Insatisfait par cette présentation, Japiot a proposé de lui substituer une nouvelle théorie des nullités que l'on qualifiera plus tard de moderne. L'auteur a ainsi abandonné le critère de la gravité du vice qui donnait autrefois sa spécificité à la notion l'inexistence, pour lui substituer un raisonnement en termes d'intérêt à agir¹¹⁰⁶. Cette modernisation a conduit à l'exclusion de la notion d'inexistence. Cela doit toutefois être l'occasion de donner une place à la notion d'inexistence en dehors de la théorie des nullités, à laquelle elle n'a jamais eu vocation à appartenir.

376. Distinction – Si le droit positif n'en rend pas explicitement compte, une distinction entre la formation et la validité de l'acte peut être décelée. Elle apparaît implicitement dans le Code civil qui distingue la « conclusion » et la « validité » du contrat, les deux étant toutefois des composantes de la question plus générale de « formation » de ce dernier¹¹⁰⁷. La conclusion du contrat renvoie à l'étude de l'offre et de l'acceptation, toutes deux nécessaires pour que le contrat existe en assurant la rencontre des volontés des parties. La validité du contrat renvoie quant à elle aux exigences de l'art. 1128 du code civil, à savoir : le consentement des deux parties, leur capacité juridique et un contenu contractuel licite et certain. Il y a donc une distinction suggérée entre conclusion et validité du contrat, la conclusion étant un synonyme de la formation¹¹⁰⁸. La doctrine majoritaire refuse toutefois d'opérer cette distinction¹¹⁰⁹. La raison de ce refus semble résider dans un certain attachement à la logique formelle, faisant de la validité le seul standard d'admissibilité des actes dans l'ordre juridique ; l'inexistence permettant de traduire à la marge une *absence radicale* d'un élément de validité¹¹¹⁰. Il faut bien avouer que cette

pas exactes », AUBRY (Ch.), RAU (Ch.), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 1, État civil, nationalité, incapacités, A. Ponsard, 7^{ème} éd., Paris, Lib. techniques, 1964, §157, note n° 4.

¹¹⁰⁵ « De deux choses l'une : - ou bien l'être manque de l'un des organes nécessaires à la vie ; c'est le « mort-né » : inexistence ; - ou bien il réunit tous les organes nécessaires mais l'un d'eux est atrophié, insuffisant, c'est « l'infirme » : annulabilité relative », JAPIOT (R.), th. préc., p. 129.

¹¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 166. Le caractère central du droit de critique au sein de la théorie des nullités sera ensuite relayé par Gaudemet : GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, rééd. Dalloz, 2004, p. 140 et s.

¹¹⁰⁷ Comme le constate un auteur, avant 2016 « le Code civil se concentre sur le contrat né – et les malformations dont il peut souffrir – et non sur la naissance du contrat et les conditions de cette naissance », RÉMY-CORLAY (P.), « L'existence du consentement », in : *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Actes de colloque, dir. P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2003, p. 29. Depuis la réforme de février 2016 le plan du Code civil explicite au contraire la distinction : le Sous-titre dédié au contrat comporte un Chapitre II intitulé « La formation du contrat », au sein duquel apparaît une distinction entre « La conclusion du contrat » (section 1) et « La validité du contrat » (section 2).

¹¹⁰⁸ Certains auteurs admettent très clairement cette distinction. BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Les obligations, op. cit.*, §992 et s. ; DESHAYES (O.), GENICON (Th.), LAITHIER (Y.-M.), *op. cit.*, p. 95.

¹¹⁰⁹ Le rejet de la notion s'accompagne en effet souvent d'une assimilation entre la formation et la validité.

¹¹¹⁰ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, « Inexistence » : « défaut d'existence d'un acte juridique – en général assimilée à une nullité absolue – résultat de l'absence d'un élément constitutif essentiel à sa formation ».

position s'appuie sur certains arrêts de la Cour de cassation, néanmoins très anciens¹¹¹¹. Pourtant, un tel raisonnement ne peut aboutir parce qu'il repose sur le critère très fuyant de l'intensité de l'atteinte portée à la condition de validité, ce qui constitue un retour contestable au critère classique de distinction des nullités selon la gravité du vice.

377. Un défaut de formation – Pour bien comprendre quelle place peut être dévolue à l'inexistence, il faut évacuer un certain malentendu. D'après Esmein, « l'expression « acte inexistant » est défectueuse. Elle révèle une contradiction, car un acte est quelque chose qui existe. Une expression aussi mal venue ne peut qu'être fille et mère de confusions »¹¹¹². En un sens, nous approuvons cette critique. Un acte juridique ne peut pas être un « acte inexistant » : soit il est acte, soit il n'est rien. Reste que l'expression « acte inexistant », aussi maladroitement soit-elle, peut toujours être comprise comme renvoyant à un défaut de formation de l'acte juridique *projeté*. En associant l'inexistence à un défaut de formation, on comprend alors qu'elle n'est pas une absence *de fait*. Elle est un défaut de formation, laquelle est un phénomène *de droit*. L'inexistence de l'acte est donc le revers de la formation de l'acte, dans le sens où la formation permet à l'acte d'exister dans l'ordre juridique, *en tant* qu'acte juridique. Comme l'avait remarqué Eisenmann, « l'acte opération juridique comprend la totalité des faits et gestes qui sont accomplis ou requis pour aboutir à l'édiction d'une norme juridique, depuis le premier jusqu'au dernier (...). Et par suite, aucun acte qui n'est suivi de cette dernière conséquence n'est à proprement parler un acte juridique »¹¹¹³. Cette idée ancienne s'est malheureusement perdue en même temps que l'approche organique de l'acte juridique était rejetée, empêchant la notion d'inexistence d'être autonome¹¹¹⁴. Mme Mayer a toutefois permis de la réhabiliter, en insistant sur le fait qu'« exister en droit, (...) c'est le fait, pour un objet matériel, de répondre à la définition d'un concept ou d'une notion juridique, et d'être de ce fait intégré dans une catégorie juridique »¹¹¹⁵. Ainsi comprise, l'inexistence dispose d'une force qui est son caractère rationnel : l'acte sera inexistant s'il ne réunit pas les conditions requises pour sa formation. M. Genicon remarque ainsi qu'« il y a une différence qui s'impose par la force des choses entre la situation dans laquelle l'enchaînement des événements conduit à considérer qu'un accord s'est

¹¹¹¹ Req. 30 décembre 1902 ; S. 1903, 1, p. 257, A. Tissier ; DP 1903, 1 p. 137, E. Glasson : « *Attendu que les enchères portées à l'audience des criées d'un tribunal doivent, aux termes de l'art. 705 C. proc., être faites par le ministère d'avoués ; que l'assistance de l'officier ministériel est de l'essence même de l'enchère, et qu'à défaut de cette condition, l'enchère n'est pas seulement nulle, mais qu'elle est inexistante* ».

¹¹¹² ESMEIN (P.), note sous Civ. 16 novembre 1932 ; DH 1933, p. 4, S. 1934, 1, p. 1.

¹¹¹³ EISENMANN (Ch.), *Cours de droit administratif*, t. 1, p. 373. Si l'auteur a finalement fait marche arrière pour décider que l'acte ne correspondait qu'au « résultat » final de la procédure, il n'en demeure pas moins que ses observations le conduisent à remarquer que, pour qu'il y ait acte, il faut que la procédure de formation soit achevée.

¹¹¹⁴ Loyer notait par exemple que « les actes juridiques (...) doivent réunir pour exister certains éléments sans quoi ils ne peuvent se concevoir. Ce sont des êtres de raison qui, comme tous les êtres, ne sauraient exister en dehors de certaines conditions ou en l'absence de certains éléments. Supposons un de ces éléments absents, tout s'écroule ou plutôt rien ne naît : c'est le néant », LOYER (J.), *Les actes inexistantes*, Lib. Recueil Sirey, Paris, 1908, p. 166.

¹¹¹⁵ MAYER (L.), th. préc., p. 345.

mal formé et celle dans laquelle un accord ne s'est pas même ébauché, ce que la doctrine perçoit positivement lorsqu'elle distingue le processus de formation du contrat de sa validité »¹¹¹⁶.

378. À distinguer de l'invalidité – Étant admis que l'acte est un phénomène institué, l'erreur a été faite selon nous de considérer que c'est la validité de l'acte qui lui permet d'exister dans la limite de ce que permet l'ordre juridique. Cette approche formelle de la validité, qui en fait un mode d'existence de l'acte, doit être abandonnée au profit d'une assimilation de la validité à un état de l'acte juridique¹¹¹⁷.

379. La validité comme mode d'existence de l'acte – Bien des auteurs voient dans la validité le seul standard d'admission des actes dans l'ordre juridique. Reconnaisant que les actes reposent sur un pouvoir, ils notent que « de tels pouvoirs présupposent des règles qui les confèrent. Ce sont les règles habilitantes (*power conferring rules*) ; ces règles déterminent ce qui est requis pour l'accomplissement de l'acte en question en tant qu'acte valide, et déterminent quelles personnes (ou classes de personnes) peuvent l'accomplir »¹¹¹⁸. Cette conception de la validité fait de cette dernière « le mode d'existence même de la norme »¹¹¹⁹. Ainsi, l'étude de la formation se limite à la question de savoir si elle a eu lieu dans des conditions qui confèrent validité à l'acte¹¹²⁰. Emblématique de cette assimilation entre la formation et la validité, l'art. 1103 du code civil énonce que les contrats « *légalement formés* » tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. Il s'agit d'une définition de l'acte en forme de synecdoque : le contrat serait un contrat valable ou ne serait pas¹¹²¹. Par extrapolation, l'acte juridique serait un acte valable, l'art. 1100-1 al. 2 du code civil précisant que les actes juridiques « *obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats* ». Le propre de cette approche est finalement d'instituer la validité comme seule notion clé de formation de l'acte juridique : l'acte est valide ou n'est pas¹¹²². Or, cette conception formelle de la validité, qui persiste dans la mesure où on refuse de distinguer formation et validité, n'est pas en accord avec le droit positif.

¹¹¹⁶ Note Th. Genicon sous Civ. 3^{ème} 21 mai 2014, n° 13-16.591, Inédit, *RDC* 2014/4, p. 605. V. égal. : MAZEAUD (D.), « Les sanctions contractuelles : contradictions, approximations, imprécisions, etc. », *D.* 2011, 2711, §5.

¹¹¹⁷ Un auteur explique ainsi qu'il faut distinguer « l'être » et « la manière d'être » de l'acte, ce qui implique en matière contractuelle « qu'un contrat, avant de produire ses effets juridiques, doit d'abord exister », HAGE-CHAHINE (F.), « Le rationnel et l'empirique dans la notion d'inexistence en matière d'actes juridiques », *in* : *Écrits J. Foyer*, *Economica*, 2008, p. 529, §16.

¹¹¹⁸ MacCORMICK (N.), BANKOWSKI (Z.), « La théorie des actes de langage et la théorie des actes juridiques », *op. cit.*, spéc. p. 195-196.

¹¹¹⁹ AGOSTINI (Ch.), « Pour une théorie réaliste de la validité », *Mél. Troper*, *Economica*, 2006, p. 1, spéc. p. 6.

¹¹²⁰ KELSEN (H.), *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 3 : « si l'on dit : « une norme est valide », on pense qu'une norme existe. La « validité » est l'existence spécifique de la norme qu'il faut distinguer de l'existence de faits naturels et en particulier de l'existence des faits par lesquels la norme est créée ».

¹¹²¹ GHESTIN (J.), « La notion de contrat », *D.* 1990, 147.

¹¹²² LIBCHABER (R.), *L'ordre juridique et le discours du droit*, *op. cit.*, §58 : « Ce n'est pas en la confrontant à quelque valeur que ce soit que l'on pourra déterminer si une règle est ou non valide : c'est en la restituant à sa juste place au sein de l'ordonnement juridique ».

380. La validité comme état de l'acte – Dans notre système juridique, l'examen de validité constitue une variable d'ajustement. Il est un moyen de corriger l'acte qui s'est formé. L'acte dont la validité peut être appréciée est donc un acte juridique qui existe nécessairement, qui dispose d'un état¹¹²³. Partant, une distinction stricte entre la formation et la validité s'avère possible. Comme le note M. Munagorri, « tandis que le terme « formation » désigne l'élaboration de l'acte, et, pourrait-on dire, sa fabrication, sa confection, celui de « validité » reste plus étroitement associé au contrôle du juge »¹¹²⁴. L'existence de deux textes de loi concurrents permet d'illustrer cette distinction en matière contractuelle. Le contrat « *légalement formé* » évoqué par l'art. 1103 du code civil n'est en effet que le contrat issu de la réunion des conditions de formation imposées par l'ordre juridique. En l'occurrence, il doit être issu d'un accord de volontés sur les éléments essentiels, la formation de l'acte reposant toujours sur une dialectique entre la volonté et l'intérêt. Sa validité sera quant à elle appréciée sur la base de l'art. 1128 du code civil¹¹²⁵. Il s'agira alors « de vérifier que le contrat, quoique conclu, est valable »¹¹²⁶, ce qui est indissociable de la démonstration d'un état primaire de l'acte¹¹²⁷. Si un acte peut être annulé, c'est donc parce « qu'il a été soumis au régime de la nullité des actes juridiques ; il a donc été qualifié, en amont, d'acte juridique »¹¹²⁸. Cette distinction apparaît clairement une fois remarqué que les conditions de validité dépendent de la qualification – et donc de la formation préalable, de l'acte. Par exemple, on n'imagine pas se fonder sur les art. 1128 et suivants du code civil pour demander l'annulation du mariage. La qualification (et donc la formation de l'acte) implique de se référer aux articles 143 et suivants du code civil. C'est d'ailleurs parce que les conditions de validité dépendent de la qualification que les parties sont parfois tentées d'instrumentaliser la qualification pour échapper à certaines règles de validité¹¹²⁹. En définitive, il convient donc d'appeler « condition d'existence, une condition sans laquelle un acte juridique n'existe pas et condition de validité, une condition sans laquelle un acte juridique n'est pas valable et peut donc être annulé (il est annulable) »¹¹³⁰.

¹¹²³ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., « Validité », « *Qualité de ce qui est valide ou validé ; qualité d'un acte qui n'est entaché d'aucun vice de nature à justifier son annulation* ».

¹¹²⁴ ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), th. préc., §172.

¹¹²⁵ Cette distinction se retrouve implicitement dans certaines présentations des conditions de validité du contrat : « L'accord de volontés fait toujours aboutir le processus de conclusion du contrat et il est « la » condition d'existence de celui-ci. Mais la loi ne se satisfait pas de n'importe quel accord de volontés ; à l'issue de ce processus de conclusion, elle subordonne la formation du contrat à diverses conditions qui débordent l'accord de volontés lui-même », AUBERT (J.-L.), COLLART DUTILLEUL (F.), *Le contrat, Droit des obligations*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 5^{ème} éd. 2017, p. 73-74.

¹¹²⁶ LATINA (M.), « Condition », in : *Dictionnaire du contrat*, op. cit., n° 61.

¹¹²⁷ En ce sens, v. : MARCOU, th. préc., §57 et s. ; POSEZ (A.), « La théorie des nullités, Le centenaire d'une mystification », *RTD civ.* 2011. 647, §53 ; FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, t. 1 : op. cit.*, §487 ; LUCAS-PUGET (A.-S.), th. préc., §638.

¹¹²⁸ MAYER (L.), th. préc., §143.

¹¹²⁹ BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., §8.

¹¹³⁰ GOUT (E.-U.), « Conditions d'existence et conditions de validité : une distinction inutile ? », art. préc. C'est une idée que l'on retrouvait déjà chez Aubry et Rau à propos des conventions : « Le consentement et l'objet constituent à la fois des éléments de fait indispensables à l'existence de toutes conventions, et des éléments de droit qui, pour sa validité, doivent réunir certains caractères ou être exempts de certains vices indiqués par la loi », AUBRY (Ch.), RAU (Ch.), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, Obligations en

381. Conclusion du §1 – La formation et la validité ne remplissent donc pas les mêmes fonctions : la première permet à l'acte de se constituer dans l'ordre juridique, la seconde permet d'apprécier son admissibilité de manière rétrospective. Pour que la distinction entre invalidité et inexistance ne soit pas d'ordre purement théorique, il faut toutefois s'efforcer d'isoler clairement ce qui relève de la formation et ce qui relève de la validité. Autrement dit, il convient de distinguer les hypothèses d'inexistence et les hypothèses d'invalidité de l'acte juridique.

§2 - DISTINCTION DES APPLICATIONS

382. Un jeu de présomption réfragable – Le critère de distinction entre l'invalidité et l'inexistence réside selon nous dans un jeu de présomption. Comme nous l'avons remarqué, la formation de l'acte repose sur une présomption de volonté et d'intérêt de l'auteur de l'acte à la production des effets, ce qui permet à l'acte d'être parfait par sa seule formation. Mais il s'agit en réalité d'une présomption simple, donc réfragable¹¹³¹ : l'examen de validité permet de s'assurer que l'auteur de l'acte a *réellement* voulu les effets et a *réellement* intérêt à leur production. On peut ainsi distinguer la manifestation de volonté d'une part et la volonté réelle d'autre part, la première étant déterminante de la formation tandis que la seconde est déterminante de la validité (A). De même, on peut distinguer l'intérêt déterminé lors la formation de l'acte d'une part et l'intérêt apprécié grâce à l'examen de validité d'autre part (B).

A - La distinction entre la volonté manifestée et la volonté réelle

383. L'inexistence par le défaut de volonté – Pour se former, l'acte juridique requiert *a minima* une manifestation de volonté, c'est-à-dire une volonté extériorisée. À défaut de manifestation de volonté, l'acte est inexistant. S'agissant de l'acte unilatéral, selon que celui-ci est réceptice ou non-réceptice, son inexistance sera la conséquence, soit d'un défaut de manifestation de volonté, soit d'un défaut de réception ou de notification de la manifestation de volonté. S'agissant du contrat, son inexistance s'imposera si l'une des « parties » n'a pas manifesté sa volonté de conclure le contrat¹¹³². Le contrat sera notamment inexistant si la signature des parties n'apparaît pas sur le document censé attester de sa

général, diverses espèces d'obligations, contrats en général, par Etienne Bartin, 6^{ème} éd., Paris, Librairies techniques, 1942, §342, p. 421.

¹¹³¹ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, « Présomption simple ou réfragable » : « *présomption légale qui peut être combattue par la preuve contraire* ».

¹¹³² Comme l'explique M. Revet, « la volonté des contractants a beau, dans le système juridique étatique, ne pouvoir s'exercer efficacement qu'avec l'aval du droit objectif, elle ne demeure pas moins indispensable à l'existence du contrat puisque, sans volonté exprimée, aucun acte ne forme un contrat », REVET (Th.), « Objectivation ou subjectivation du contrat – Quelle valeur juridique ? », in : *La nouvelle crise du contrat*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Coll. Thèmes et commentaires, Actes, Dalloz, 2012, p. 83, §6.

conclusion¹¹³³. Cette hypothèse d'inexistence atteint également les actes fortement institutionnalisés. La solution est bien connue en matière de mariage, où l'art. 146 du code civil énonce qu' « *il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* ». Et pour cause : le mariage obéit pour sa formation à une procédure stricte qui s'achève par la proclamation de l'officier d'état civil, de sorte que sans la manifestation de volonté de chacun des futurs époux, la procédure n'arrivera pas à son terme¹¹³⁴. En conséquence l'acte ne sera pas formé, il sera inexistant.

384. Distinction avec l'invalidité – La formation de l'acte repose donc sur une volonté entendue comme un phénomène objectif. Sauf à revenir sur le caractère central de la volonté dans l'acte juridique¹¹³⁵, on ne saurait toutefois considérer l'acte juridique comme un simple comportement présumé volontaire, sans examen de ce qu'il en est réellement. Le consentement n'est donc pas définitivement acquis par la formation de l'acte, il n'est que présumé grâce à la manifestation de volonté. Une fois l'acte formé, il faut donc s'assurer que son ou ses auteurs entendent *réellement* générer l'effet de droit correspondant¹¹³⁶. C'est précisément le rôle de l'examen de validité qui permet de ménager une place à la volonté entendue dans un sens *psychologique*, quand la volonté manifestée ne permet que de la présumer¹¹³⁷. Si la manifestation de volonté est essentielle à la formation de l'acte juridique, la volonté interne (c'est-à-dire le consentement) est donc essentielle à sa validité¹¹³⁸. C'est d'ailleurs une condition propre à l'acte juridique. Non pas que la volonté ne soit jamais évoquée lorsqu'il s'agit d'attacher des

¹¹³³ Il s'agit d'une des rares hypothèses où la Cour de cassation admet expressément l'inexistence. V. par exemple, Civ. 1^{ère} 5 mars 1991, n° 89-17.167, Inédit ; D. 1993, p. 508, L. Collet ; « *La cour d'appel a exactement retenu qu'aucun échange de consentement n'étant intervenu entre le CGI et M. Y..., il n'y a pas eu contrat de prêt entre eux ; (qu') elle en a déduit à bon droit que le CGI ne pouvait inscrire un gage sur l'automobile du chef d'un contrat inexistant* ». Le plus souvent son admission est implicite, le terme « inexistence » n'étant pas repris par la Cour. V. par ex. : Civ. 3^{ème} 21 mai 2014, n° 13-16.591, préc.

¹¹³⁴ On peut toutefois regretter que cet article serve doublement à exiger la manifestation de volonté des époux lors de la cérémonie, mais aussi leur consentement, s'agissant comme nous allons le voir, de deux choses différentes.

¹¹³⁵ Lorsqu'on décrit le caractère central de la volonté dans l'acte juridique c'est en effet à la volonté réelle de l'auteur que l'on fait référence, et non à un comportement objectif qui est semble-t-il volontaire. On retient ainsi que « parmi les trois éléments analytiques de la définition, c'est sans conteste celui de la volonté qui est premier et constitutif (...) qui joue le rôle de *conditio sine qua non* de la réalisation de l'acte juridique... », GRZEGORCZYK (C.), « L'acte juridique dans la philosophie du droit », in : *Droits*, 1988, n° 7, p. 47 ; ou encore que « l'acte juridique est à base de volonté, laquelle en constitue le pivot et l'essence même, en sorte qu'une étude des actes juridiques se ramène à une étude de volonté », JOSSERAND (L.), *Cours de Droit civil positif français*, t. 1, Théorie générale du droit et des droits, Les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réels principaux, Sirey, 3^{ème} éd., 1938, §122.

¹¹³⁶ « Ce que l'individu a déclaré ne correspond-t-il pas nécessairement à ce qu'il a voulu ? La réponse n'est pas toujours nette : et le droit veut s'assurer que c'est en parfaite connaissance de cause que la personne s'engage. C'est pourquoi existent des règles, sanctionnées comme on le verra par la nullité de l'acte, relatives à l'existence du consentement, à sa liberté et à sa certitude », LABBÉE (X.), *Les critères de la norme juridique*, PU Lille, 1994, p. 70.

¹¹³⁷ M. Ancel note que « lorsqu'on parle d'une « manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit », ce n'est pas la volonté psychologique des personnes (ce qu'elles ont vraiment dans la tête au moment où elles entrent en relation) mais une volonté juridique, celle que le droit présume dans les comportements habituels des acteurs pour faire peser sur eux des obligations », ANCEL (P.), *Droit des obligations en 12 thèmes, op. cit.*, p. 24.

¹¹³⁸ MORON-PUECH (B.), th. préc., §256 : « Au stade de la qualification, la question est seulement de savoir si une volonté a été exprimée. Est seconde la question de savoir si cette volonté, eu égard à son intégrité, peut valablement produire un effet dans l'ordre juridique ».

effets à un fait juridique : la possession est un fait juridique volontaire ce qui fait de la volonté un élément constitutif, de même que l'absence ou la présence d'une certaine volonté peut justifier des effets de droit particuliers consécutivement à une infraction¹¹³⁹. En revanche, la volonté n'intervient jamais comme principe justificatif des effets de droit¹¹⁴⁰. Dans l'acte juridique au contraire, c'est à la condition que l'auteur ait entendu produire certains effets de droit que l'on admettra de maintenir l'acte. D'ailleurs cela ne concerne pas que le contrat. À première vue, le consentement est une notion exclusivement contractuelle, car elle semble indissociable de l'accord des volontés : c'est la rencontre des manifestations de volonté des parties qui « produit » le consentement¹¹⁴¹. Pourtant, dès lors que le consentement touche plus précisément à l'examen de la volonté réelle, il est logiquement requis à chaque fois qu'il existe une manifestation de volonté. Or, l'acte unilatéral repose bel et bien sur une manifestation de volonté de son auteur. C'est pour cette raison que la Cour de cassation a jugé bon de transposer l'exigence de consentement à l'acte unilatéral en énonçant que « *les causes de nullité qui atteignent le consentement sont applicables aux actes unilatéraux* »¹¹⁴². Là encore, on peut affirmer que si la formation de l'acte unilatéral repose sur une manifestation de volonté, sa validité est subordonnée à l'existence et l'intégrité du consentement de son auteur. Mais tout défaut de volonté réelle n'ouvre pas la voie à une annulation¹¹⁴³. Il faut que ce défaut de volonté corresponde à l'un des cas prévus par la loi.

385. Défaut et vices du consentement – Pour que l'acte soit valable, il faut que l'auteur soit capable d'émettre un consentement. Comme l'a remarqué Louis-Lucas dans sa tentative d'identification des « éléments générateurs du lien obligatoire », « la volonté juridique doit être une volonté déclarée, mais elle ne peut pas être que cela »¹¹⁴⁴. C'est la raison pour laquelle l'art. 1129 du code civil énonce que, « *conformément à l'article 414-1, il faut être sain d'esprit pour consentir valablement à un contrat* ». Le défaut de consentement n'est donc pas une hypothèse d'inexistence du fait de l'absence totale de volonté, mais une hypothèse de nullité, car il est question de la volonté au sens psychologique du terme. Dans cette hypothèse, l'acte encourt l'annulation parce que la manifestation de volonté ne véhicule pas un consentement véritable. Ce sera le cas, classiquement, si l'auteur de la manifestation de volonté est atteint d'un trouble mental. Pour que l'acte soit valable, il faut encore que le consentement soit exempt

¹¹³⁹ Un fait juridique peut être licite ou illicite, mais il n'est jamais « valide » ou « annulable ». Le défaut de conscience permet seulement d'écarter la responsabilité, notamment en droit pénal.

¹¹⁴⁰ Selon M. Terré la différence entre l'acte et le fait juridique « réside dans l'action différente exercée dans un cas et dans l'autre par la volonté. Mais plus que d'une différence de portée de cette action, il s'agit en réalité d'une différence de point de vue sur l'élément subjectif que constitue la volonté », TERRÉ (F.), th. préc., §208, p. 195.

¹¹⁴¹ En ce sens : ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), th. préc., §218.

¹¹⁴² Civ. 24 mai 1948, *D.* 1948, I, p. 517, note R. Lenoan ; *RTD Civ.* 1949. 107, obs. R. Savatier – Civ. 1^{ère} 9 février 1970, *JCP* 1971, II, 16806, note M. Dagot et R. Spiteri ; *RTD Civ.* 1970. 752, obs. Y. Loussouarn.

¹¹⁴³ Un arrêt récent fournit une bonne illustration de cette idée (Civ. 1^{ère} 29 mars 2023, n° 22-10.001, Publié au Bulletin). Dans cette affaire, la Cour de cassation a retenu que l'accord entre le mandataire et l'acquéreur avait suffi à parfaire la vente. Le fait que le mandataire, manifestement impliqué dans une activité frauduleuse, n'avait pas réellement l'intention de livrer le bien, ne permettait pas de demander la nullité du contrat.

¹¹⁴⁴ LOUIS-LUCAS (P.), *Volonté et cause, Rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, Lib. Recueil Sirey, Paris, 1918, p. 103.

de vices, comme l'exige l'art. 1130 du code civil¹¹⁴⁵. Ici encore, il s'agit de sonder la volonté réelle de l'auteur, soit pour mettre en évidence une inadéquation entre la volonté interne et la volonté exprimée, soit pour mettre en évidence une mauvaise constitution de la volonté interne elle-même¹¹⁴⁶. Le premier cas, celui de la mauvaise extériorisation de la volonté, permet de faire prévaloir la volonté interne sur la volonté exprimée lorsque l'auteur a été induit en erreur ou a été forcé d'exprimer une volonté. Ce sera le cas si l'auteur a été victime d'un dol ou de violence. « Dans toutes ces situations, la manifestation de volonté ne correspond pas à la décision arrêtée par le déclarant »¹¹⁴⁷. Malgré la formation objective de l'acte sur la base d'une déclaration de volonté provoquée ou soutirée à son auteur, la nullité permettra donc de le faire disparaître¹¹⁴⁸. Le second cas, celui de la mauvaise constitution de la volonté, dispose d'une dimension purement psychologique et correspond au phénomène de l'erreur. Bien que non définie par le Code civil¹¹⁴⁹, elle est généralement considérée comme « une erreur sur les représentations intellectuelles qui ont déterminé à contracter »¹¹⁵⁰. Sa mise en évidence permet de faire prévaloir la réalité des faits plutôt que la mauvaise représentation que s'en est faite l'auteur. Il s'agit encore une fois de favoriser la volonté réelle, pour annuler l'acte, au détriment de la volonté manifestée, ayant contribué à le former.

386. Erreur-obstacle – L'erreur-obstacle est généralement définie comme un défaut de rencontre entre les volontés des parties. Par conséquent, la question est souvent posée de savoir ce qui a échoué à se rencontrer : est-ce la volonté réelle de chacune des parties ou la volonté déclarée par chacune d'elles ?¹¹⁵¹ Selon l'approche courante, l'erreur-obstacle correspond à l'hypothèse dans laquelle la concordance des déclarations des parties masque un désaccord interne¹¹⁵². Un accord apparent existe,

¹¹⁴⁵ Des auteurs ont critiqué la distinction entre l'existence et l'intégrité du consentement. Néanmoins ce qui importe selon nous, c'est que l'on puisse clairement distinguer le consentement, condition de validité, et la manifestation de volonté, condition de formation. En ce sens, MARIA (I.), « L'existence du consentement, insaisissable condition de validité du contrat », *Mél. G. Pignarre*, LGDJ, 2018, p. 561, spéc. §24.

¹¹⁴⁶ Comme le note M. Revet, « celui des contractants qui se plaint d'une discordance entre sa volonté et la transcription juridique de celle-ci doit démontrer avoir été victime d'une erreur excusable ou provoquée, ou encore d'une contrainte l'ayant forcé à contracter », REVET (Th.), « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité (II) », art. préc., §5.

¹¹⁴⁷ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Erreur », J. GHESTIN, Y.-M. SERINET, 2017, §123.

¹¹⁴⁸ Comme l'explique Josserand, la nullité pour vice du consentement permet de « rebrousser chemin, revenir au point de départ, donc faire table rase de l'acte qui se révèle impropre à l'usage auquel on le destinait ; c'est à ce prix seulement que cessera le désaccord irréductible entre cet acte, envisagé en lui-même, et la volonté dont il est sort et qui doit avoir le dernier mot », JOSSERAND (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Éd. du CNRS, Essais de téléologie juridique II, Dalloz, 1928, rééd. 1984, §104, p. 135.

¹¹⁴⁹ Les art. 1132 et s. c. civ. énoncent certes les propriétés principales de l'erreur (elle peut être de droit ou de fait ; elle doit porter sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant ; elle ne doit pas porter sur un simple motif ; etc.), mais le Code n'en donne pas de définition claire.

¹¹⁵⁰ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Erreur », préc., §119.

¹¹⁵¹ La distinction est importante car c'est elle qui justifie la sanction : « De la constatation d'une erreur-obstacle, on a parfois déduit l'inexistence de la convention, ou en tout cas sa nullité absolue, alors que dans d'autres systèmes de droit, le contrat dit « apparent » est au contraire maintenu grâce à la rencontre des volontés déclarées », *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Erreur », préc., §154.

¹¹⁵² « Par suite d'un « quiproquo », il arrive que sous les déclarations formelles, en apparences concordantes, les volontés réelles ne se soient pas rencontrées. L'accord ne s'est pas opéré parce que les parties n'ont pas, en réalité,

mais ne correspond pas à la volonté réelle d'au moins une des parties, qui croyait conclure un autre contrat que celui effectivement conclu¹¹⁵³. Si le contrat conclu « en apparence » n'est pas conforme à ce que voulait l'une des parties, c'est parce que celle-ci a mal exprimé sa volonté et a ouvertement adhéré à une description du contenu contractuel qui ne la satisfaisait pas en réalité¹¹⁵⁴. Or, chacune des parties doit pouvoir compter sur la déclaration faite par l'autre partie. Sauf annulation de l'acte pour vice du consentement, elle porte donc la responsabilité de la déclaration qu'elle a faite¹¹⁵⁵. C'est ce qu'a récemment souligné un auteur : « L'erreur-obstacle semble avoir une nature commune avec l'erreur-vice du consentement. Dans les deux cas, les parties ne se représentaient pas la réalité de la même manière, donc leurs volontés internes ne se sont pas rencontrées, mais une personne raisonnable aurait pu croire que l'autre partie souhaitait s'engager, ce qui suffit à justifier l'existence du contrat »¹¹⁵⁶. S'il y a bien un malentendu entre les parties, les déclarations, elles, concordent parfaitement¹¹⁵⁷. L'erreur-obstacle correspond donc à un désaccord interne et non d'un défaut de rencontre des manifestations de volonté. Cet accord apparent suffit donc à former un contrat, s'agissant d'un phénomène objectif. S'il n'y a pas de volonté réelle commune, cela ne menace pas la formation de l'acte, mais seulement sa validité¹¹⁵⁸. La Cour de cassation retient opportunément qu'il s'agit d'une de cause de nullité¹¹⁵⁹.

voulu la même chose », TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *op. cit.*, §276 ; « Il n'y a en réalité pas eu rencontre d'une offre et d'une acceptation concordante », FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, t. 1 op. cit.*, §517.

¹¹⁵³ En ce sens égal. : GAUDET (S.), « Inexistence, nullité et anulabilité du contrat : essai de synthèse », *Revue de droit de McGill*, vol. 40, 1995, p. 291, spéc. p. 352 ; LARROUMET (Ch.) BROS (S.), *Les obligations – Le contrat*, Traité de droit civil, t. 3, Corpus Droit privé, Economica, 10^{ème} éd., 2021, §278.

¹¹⁵⁴ V. par ex. : Civ. 3^{ème} 21 mai 2008, n° 07-10.772, où la promesse de vente sous seing-privé ainsi que l'acte définitif de vente comportaient des inexactitudes quant au bien vendu. Dans cette affaire, la Cour de cassation a considéré que la vente portait, non pas sur les biens désignés, mais sur ceux que le vendeur avait réellement l'intention de vendre, de telle sorte que l'acquéreur avait commis une erreur sur la substance. Cette solution nous paraît critiquable : la formation reposant sur un phénomène objectif, le contrat s'était formé sur les biens désignés dans l'acte. C'est donc le vendeur, victime d'une mauvaise extériorisation de sa volonté contractuelle, qui avait commis une erreur et devait demander la nullité du contrat.

¹¹⁵⁵ Un auteur remarque d'ailleurs que « l'analyse trop souvent subjective de la volonté des parties conduit (le droit français) à favoriser ce qu'une partie a pensé, plutôt qu'à protéger ce que l'autre pouvait légitimement comprendre », RÉMY-CORLAY (P.), « L'existence du consentement », in : *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Actes de colloque, dir. P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2003, p. 29, spéc. p. 31.

¹¹⁵⁶ GAIARDO (P.), *th. préc.*, §77, p. 60.

¹¹⁵⁷ En ce sens, COUTURIER (G.), *th. préc.*, §217 : « ... l'absence d'un concours effectif de volontés ne justifie, en effet, la conception classique (c'est-à-dire l'absence pure et simple de contrat) que dans la mesure où elle rend impossible la détermination du contrat exact ; pratiquement – et c'est là l'observation essentielle – il n'en est pas ainsi dans les cas d'erreur-obstacle ; il existe alors un contrat apparent, il y a un concours de volontés déclarées... » ; ADIDA-CANAC (H.), « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », *art. préc.* : « la différence entre erreur-obstacle et absence de consentement – qui pourrait aider à tracer, par induction, la différence entre nullité et inexistence, donc – tient au fait que, dans le premier cas, il y a objectivement une rencontre des volontés « déclarées » (quand bien même la volonté interne de l'*errans* ne correspondrait pas à sa volonté déclarée), alors que ce n'est pas le cas dans le second ».

¹¹⁵⁸ *Contra* : RIAS (N.), « La sanction de l'erreur-obstacle : pour un remplacement de la nullité par l'inexistence », *RRJ* 2009, 1251 ; DROSS (W.), « La déception contractuelle », *RTD Civ.* 2018, 787, §9 ; RABU (G.), *Droit des obligations*, Coll. Spécial Droit, Ellipses, 2015, p. 107.

¹¹⁵⁹ Civ. 3^{ème} 26 juin 2013, n° 12-20.934, *Bull. civ. III*, n° 85 ; *JCP* 2013, 974, obs. Y.-M. Serinet ; *RDC* 2013/4, p. 1299, obs. Th. Genicon ; *Gaz. Pal.* 2013, n°s 282-283, p. 15, obs. D. Houtcief ; *D.* 2014, Somm. 630, obs. A.

387. Incapacité – Pour achever l'examen des conditions de validité tenant à l'élément subjectif, il convient de remarquer que l'incapacité de l'auteur peut être rapprochée du défaut de consentement. La capacité intéresse en effet « l'aptitude à consentir »¹¹⁶⁰. Elle constitue donc une cause de nullité qui repose sur un défaut de pouvoir. Outre que la capacité est inscrite au rang des conditions exigées pour la validité de l'acte par l'art. 1128 du code civil, l'idée est encore une fois de faire tomber une présomption de capacité acquise par la formation de l'acte. Il s'agit donc d'une condition de validité de l'acte : si l'acte juridique s'est bel et bien formé, l'examen de la capacité de l'auteur permet de savoir si ce dernier avait *réellement* le pouvoir d'agir. Plus spécifiquement, cette distinction permet de régler le sort des actes passés par des organes représentatifs au mépris des règles de constitution. Dans ce cas il n'est pas question de contester qu'un acte a été passé, mais de critiquer la composition de l'organe à l'origine de l'acte collectif. Par exemple, les décisions prises par une association syndicale de propriétaires encourent simplement la nullité si la règle d'unanimité n'a pas été respectée et il ne s'agit en aucun cas d'une inexistence, comme l'a implicitement jugé la Cour de cassation¹¹⁶¹.

388. Scindée en deux éléments distincts – la manifestation de volonté et le consentement ou la capacité, la volonté fournit donc un terrain d'épanouissement pour une distinction entre les conditions de validité et les conditions de formation. Il en va de même pour le second élément essentiel de l'acte : l'intérêt.

B - La distinction entre l'intérêt déterminé et l'intérêt admis

389. L'inexistence par le défaut d'intérêt – La volonté et l'intérêt sont des critères cumulatifs de l'acte juridique, d'égale importance pour sa formation. Par conséquent, l'inexistence de l'acte peut également s'entendre d'un défaut d'intérêt.

390. En matière contractuelle – Les auteurs classiques avaient déjà envisagé l'hypothèse d'un contrat inexistant par défaut d'intérêt, en rapportant celle-ci au cas du contrat dépourvu d'objet¹¹⁶². Il s'agissait toutefois d'une hypothèse d'école, car la volonté des parties est si intimement liée à son objet que le

Amrani Mekki et M. Mekki ; *Dr. et patr.* 2014, n° 234, p. 53, obs. L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck ; *D.* 2013, 2544, obs. A. Pic ; *D.* 2014, 630, obs. S. Amrani-Mekki ; *AJDI* 2014, 471, note F. Cohet.

¹¹⁶⁰ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *op. cit.*, p. 168.

¹¹⁶¹ Civ. 3^{ème} 3 décembre 2015, n° 14-12.998, Publié au Bulletin ; *RTD Civ.* 2016. 343, obs. H. Barbier ; *Constr.-Urb.* 2016, n° 1, p. 4, obs. P. Cornille ; *LEDC* 2016, n° 2, p. 4, obs. S. Pellet.

¹¹⁶² « Un contrat qui manque absolument d'objet, ou qui n'a pour objet qu'une prestation physiquement impossible, est à considérer comme inexistant », AUBRY (Ch.), RAU (Ch.), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, Obligations en général, diverses espèces d'obligations, contrats en général, par Etienne Bartin, 6^{ème} éd., Paris, Librairies techniques, 1942, §344, p. 458.

défaut d'objet se rapporte plutôt à un défaut d'accord entre les manifestations de volonté de parties¹¹⁶³. Pour que le contrat se forme, il ne suffit pas en effet que chacune des parties manifeste sa volonté de conclure ; il faut encore que ces manifestations de volonté concordent. Pour ce faire, les parties doivent adhérer au même contenu contractuel. Si ce n'est pas le cas, il y a là un nouveau cas d'inexistence par défaut d'intérêt, sans que cette hypothèse ne puisse être confondue avec l'erreur-obstacle, qui est une cause de nullité¹¹⁶⁴. La distinction avec l'invalidité apparaît d'ores et déjà de manière implicite, car la volonté réelle de chaque partie est indifférente dans la recherche de l'accord commun. Le contrat doit impérativement demeurer un phénomène objectif parce que chacune des parties doit pouvoir compter sur la parole de l'autre. Aussi n'y aurait-il aucun sens à subordonner l'existence du contrat à l'existence d'un accord « véritable », « interne » entre les parties¹¹⁶⁵. L'absence de rencontre entre les manifestations de volonté révèle donc un défaut de rencontre entre les intérêts des parties¹¹⁶⁶. C'est la raison pour laquelle, « lorsque le juge relève un défaut d'accord sur un élément essentiel du contrat, il ne peut constater sa formation »¹¹⁶⁷. Ce sera le cas tout d'abord, si l'une des parties n'accepte pas les conditions générales, comme l'a récemment jugé la Cour de cassation¹¹⁶⁸. Ce sera le cas ensuite en l'absence de prorogation d'un contrat et ce, malgré la position de la Cour de cassation sur ce point¹¹⁶⁹.

391. Hors de la matière contractuelle – Les hypothèses d'inexistence par défaut d'intérêt ne concernent pas que le contrat. Comme l'avait déjà remarqué Perrot, la loi n'admet pas que la volonté poursuivie n'importe quelle finalité. Bien au contraire, elle doit se plier à certaines règles impératives et ce faisant, poursuivre un intérêt légalement institué pour « pénétrer sur le plan juridique »¹¹⁷⁰. Or, si la liberté contractuelle permet aux parties d'élaborer le contenu contractuel qu'elles désirent, il n'en va pas de même pour les autres actes qui obéissent à un *numerus clausus* et qui doivent donc correspondre à

¹¹⁶³ D'ailleurs Mme Galbois-Lehalle, qui proposait récemment de consacrer l'inexistence comme sanction du défaut d'intérêt dans le contrat, ne donne pas d'autre exemple de cette situation que celle prévue par certaines conventions internationales, à savoir le défaut de rencontre des volontés des parties : GALBOIS-LEHALLE (D.), th. préc., §611 et s., spéc. §617.

¹¹⁶⁴ Comme nous l'avons vu, l'erreur-obstacle est un défaut de rencontre des volontés réelles, ce qui n'empêche pas l'accord apparent et donc, la formation objective d'un contrat : v. *supra*, n° 386.

¹¹⁶⁵ En ce sens égal. : GAIARDO (P.), th. préc., spéc. §77 et s.

¹¹⁶⁶ COUTURIER (G.), *La confirmation des actes nuls*, Bibl. de dr. privé, t. 121, LGDJ, 1972, §212 : « L'accord de volontés dessine les limites des obligations nées du contrat. Lorsque le consentement fait absolument défaut, on retrouvera toujours cette impossibilité de préciser sur quoi l'accord de volonté aurait porté puisqu'il n'y a pas d'accord en réalité. On devra alors se borner à constater qu'aucun contrat n'a été formé ». En ce sens égal. : LUCAS-PUGET (A.-S.), th. préc., §640.

¹¹⁶⁷ LAUDE (A.), th. préc., §373. V. égal. : FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations*, t.1, op. cit., §696.

¹¹⁶⁸ Civ. 1^{ère} 4 octobre 2017, n° 16-10.411, Inédit ; *RTD civ.* 2018. 100, obs. H. Barbier.

¹¹⁶⁹ Dans cette affaire la société d'assurance soutenait que « la conclusion du contrat définitif n'était jamais intervenue faute pour l'assuré d'apporter les documents nécessaires à la réalisation ». Toutefois ce raisonnement a été balayé par la Cour de cassation. Celle-ci a retenu que « la société AXA n'avait pas contesté l'existence du contrat d'assurance couvrant le véhicule impliqué mais invoqué son absence de prorogation du fait du non-accomplissement des formalités nécessaires », ce dont il ressortait selon elle qu'il s'agissait d'un cas de nullité et non d'inexistence (Crim. 15 mai 2018, n° 17-82.335, Inédit).

¹¹⁷⁰ PERROT (R.), *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, thèse, Paris 1947, Sirey, 1953, §11.

une hypothèse d'acte institué par l'ordre juridique. Dans le cas contraire, on serait face à ce que Capitant qualifiait de « pur fait sans existence légale »¹¹⁷¹. Le cas du mariage « célébré » entre deux personnes de même sexe avant que la loi de 2013 ne vienne le légaliser en fournit selon nous un bon exemple : un tel « mariage » est inexistant parce qu'il manque un élément essentiel, l'altérité sexuelle. L'officier d'état civil qui accepte de marier les deux personnes ne procède donc pas réellement à un mariage puisque la loi ne reconnaît pas une telle union¹¹⁷². Aussi on peut trouver dommage que la Cour de cassation ait choisi de prononcer la nullité absolue de l'union alors même que l'inexistence était ici tout à fait adaptée¹¹⁷³. Sans reconnaissance de l'union en amont, le mariage n'est rien précisément parce que les autorités publiques n'accordent pas leur concours à l'efficacité de l'acte, la production des effets de droit étant ici inconcevable sans le relai de l'ordre juridique¹¹⁷⁴. Cela est encore plus évident si l'officier d'état civil refuse d'apporter son concours à la célébration. Comme le note M. Posez, « son intervention n'est donc pas que formelle, mais également substantielle en ce qu'elle est nécessaire, non pas seulement à la validité, mais à l'existence même du mariage »¹¹⁷⁵. Il s'agit évidemment d'une hypothèse qui n'est plus d'actualité. On peut toutefois envisager une autre hypothèse qui n'est pas un cas d'école : celui dans lequel le législateur impose à l'autorité qui intervient nécessairement dans le processus de formation de l'acte de faire obstacle à l'achèvement du processus de formation. Ce faisant, la formation de l'acte n'advient pas parce que de véritables conditions objectives sont imposées pour sa constitution. L'exemple le plus évident est celui de la reconnaissance d'un enfant qui n'est pas né viable. À cet égard l'art. 318 du code civil énonce qu' « aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable ». L'absence de viabilité de l'enfant se présente donc comme un véritable obstacle à la réception de la demande en reconnaissance de l'enfant, que celle-ci soit judiciaire ou extrajudiciaire. L'acte est donc inexistant, en ce sens que sa formation ne peut pas aboutir.

¹¹⁷¹ CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit civil*, Pédone, 3^{ème} éd., 1912, p. 289.

¹¹⁷² MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.), *Droit de la Famille*, LGDJ, Lextenso, 5^{ème} éd., 2015, §254 : « Lorsqu'un élément essentiel manque au plus haut point, l'inefficacité du mariage ne fait aucun doute, parce que le mariage serait, non pas nul, mais inexistant (...). Il y aurait inexistence lorsque manque au mariage un de ses trois éléments essentiels : l'élément naturel (identité de sexe avant la loi sur le mariage pour tous), l'élément de volonté (absence totale de volonté) et l'élément formel (absence complète de célébration) ».

¹¹⁷³ Civ. 1^{ère} 13 mars 2007, n° 05-16.627, *Bull. Civ. I*, n° 113. Pourtant l'inexistence avait été retenue dans un arrêt bien plus ancien relatif à une affaire similaire : Civ. 6 avril 1903, *S.* 1904, 1, p. 273, note A. Wha. L'arrêt rendu par la Cour d'appel ayant donné lieu au pourvoi visait également l'inexistence mais de manière implicite, les juges ayant relevé que la célébration « ne peut être considérée comme un mariage » et que « l'acte qui a été dressée n'a pas d'existence juridique et son écriture doit être annulée » (CA Bordeaux 19 avril 2005, 6^{ème} ch. civ.).

¹¹⁷⁴ D'autres irrégularités, qu'on assimile volontiers à une inexistence de l'acte de mariage, nous semblent toutefois correspondre à des hypothèses d'invalidité. Si leur découverte avant la célébration fait effectivement obstacle à la formation du mariage, leur révélation tardive donnera lieu à une simple annulation de l'acte. C'est le cas en particulier du mariage bigame. Quoi qu'en dise Austin, l'acte aura produit effet s'il est célébré malgré cette irrégularité (dans sa volonté de cerner les « échecs » du performatif, Austin avait en effet donné l'exemple du mariage bigame : « beaucoup de choses auront été accomplies – nous aurons commis de la façon la plus intéressante l'acte de bigamie ! – mais nous n'aurons pas accompli l'acte prétendu : nous marier. Car malgré le mot, on ne se marie pas deux fois quand on est bigame », AUSTIN (J. L.), *HTW*, 2^{ème} conférence, n° 17).

¹¹⁷⁵ POSEZ (A.), *th. préc.*, §308.

392. Distinction avec l'invalidité – La détermination d'un intérêt est donc nécessaire à la formation de l'acte au même titre que la manifestation de volonté, qu'elle soit laissée à la libre appréciation des parties ou imposée en amont par l'ordre juridique. C'est au regard de cet intérêt prédéterminé que les conditions de validité de l'acte pourront être appréciées. Ainsi, les cas d'invalidité sont logiquement distincts des hypothèses d'inexistence. Bien sûr, les hypothèses d'invalidité seront beaucoup plus fréquentes en matière contractuelle, où l'intérêt est librement déterminé par les parties. Si l'acte se forme grâce à l'intervention d'une autorité publique comme c'est le cas des opérations à procédures que nous avons identifiées, l'autorité en question vérifie généralement que l'acte n'est pas susceptible d'annulation. Cet examen préventif de la validité, réalisé au moment de la formation de l'acte, réduit ainsi les hypothèses d'invalidité pour défaut d'intérêt¹¹⁷⁶. Reste que le contrôle réalisé lors du processus de formation n'est pas infaillible : des causes de nullité, qui aurait dû faire obstacle à la formation de l'acte, pourraient être révélées bien après. De ce fait, la différence entre la détermination d'un intérêt pour la formation de l'acte et l'admissibilité de cet intérêt pour sa validité apparaît clairement. L'objectif de l'examen de validité peut être isolé, en ce qu' « il tend, par un examen rétrospectif, à protéger soit l'une des personnes tenues par l'acte dont les intérêts auraient été lésés, soit la société par le biais de la notion d'ordre public ou de licéité »¹¹⁷⁷. Les causes d'invalidité afférentes à l'objet (et donc à l'intérêt) de l'acte se répartissent en deux catégories : celles qui révèlent une illicéité et celles qui révèlent une inutilité, cette dernière catégorie étant propre à la matière contractuelle.

393. L'illicéité de l'opération – Toute modification de l'ordonnement juridique par le contrat est susceptible de porter atteinte à l'intérêt des autres sujets de droit. Ainsi, quand bien même les parties sont libres de déterminer le contenu du contrat, cela ne signifie pas que l'ordre juridique doive tolérer les effets de droit qui lui seront attachés. La simple volonté des parties de donner corps à leurs intérêts légitimes ne suffit pas à ce que l'on admette la légalité de certaines pratiques¹¹⁷⁸. Pour s'efforcer de ménager un équilibre entre les intérêts des parties et les autres intérêts protégés, l'art. 1162 du code civil pose donc une exigence générale de licéité du contrat en énonçant que « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations ni par son but* ». Ce faisant, la loi ne conditionne pas l'acte au

¹¹⁷⁶ « Lorsque l'autorité publique intervient dans l'accomplissement d'un acte juridique, il est généralement possible d'y *prévenir* toute irrégularité : ainsi, l'officier de l'état civil refusera de célébrer un mariage dont il s'aperçoit que les conditions légales ne sont pas toutes réunies. Semblable prévention est exclue pour les contrats patrimoniaux, auxquels ne participent, d'ordinaire, que les parties. Dès lors, une sanction *répressive* est seule concevable : annuler le contrat irrégulier, de manière à le priver d'effets et à détruire, par là même, l'état de fait qu'il a créé », FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil : Les obligations*, t. 1 – L'acte juridique, Coll. Université, Sirey, 17^{ème} éd. 2022, §520.

¹¹⁷⁷ JUREDIEU (F.), th. préc., §172. Plus loin : « La notion d'existence juridique traduit la conformité de l'activité humaine au présupposé légal. Quant à la notion de validité, elle exprime la conformité de l'acte existant aux règles prohibitives relatives à sa formation ».

¹¹⁷⁸ C'est ce que rappelait récemment M^{me} Fabre-Magnan : « si l'on fait du consentement une condition toujours suffisante pour que le droit acquiesce et apporte son soutien, celui-ci devra cautionner les actes et les actions contraires à ses règles et principes les plus fondamentaux. Il sera en effet toujours possible de trouver des personnes pour consentir à tout », *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, p. 153.

respect d'un intérêt préétabli, mais le limite par un autre intérêt qui se trouve dans l'ordre juridique, au bénéfice de la collectivité ou d'un tiers¹¹⁷⁹. Ainsi, lorsqu'une condition de validité est méconnue, « ce n'est plus seulement l'intérêt d'une partie qui est en cause ; c'est l'ordre juridique »¹¹⁸⁰. Or, on ne peut procéder à l'examen des stipulations et du but de l'acte qu'à la condition que ce dernier se soit préalablement formé¹¹⁸¹. Un tel examen de la licéité des effets attachés à l'acte n'est pas envisageable lorsque c'est la loi qui prévoit ces effets de droit : divorce, mariage, reconnaissance d'enfant, etc. Il est bien évident que ceux-ci sont licites puisque l'intérêt inhérent à l'acte est déterminé en amont par l'ordre juridique. Sauf bien sûr dans l'hypothèse où une certaine place est laissée à la volonté privée dans la détermination des effets de l'acte. C'est le cas par exemple des conventions de changement de régime matrimonial dont la formation définitive requiert l'homologation obligatoire du juge, lequel va s'assurer que ses effets sont conformes à l'intérêt familial. Dans ce cas l'intervention du juge permet de s'assurer que les effets de l'acte, et donc les intérêts véhiculés par cet acte, sont conformes à la fin qui lui est assignée par l'ordre juridique¹¹⁸².

394. L'illicéité des motifs – L'examen des motifs doit également permettre de contrôler la licéité de l'acte, en dépit de l'institutionnalisation de l'opération qu'il doit réaliser. En matière de mariage par exemple, un motif particulier est susceptible de trahir l'absence d'intention matrimoniale véritable. S'agissant d'un acte solennel, cette illicéité pourra être décelée par avance, si l'officier d'état civil a un doute sur la réalité de l'intention matrimoniale. Mais seule la voie de l'annulation permettra de revenir sur le mariage déjà célébré si le défaut d'intention matrimoniale vient à être prouvé ultérieurement. L'acte peut donc être illicite, quand bien même il permet la réalisation d'une opération juridique prédéterminée par le législateur. Ce sont ici les circonstances et plus largement la motivation de l'auteur qui le rendent illicite parce qu'elles le détournent de sa fonction normale¹¹⁸³. Un autre exemple peut être trouvé dans l'acte de reconnaissance d'enfant effectué par une personne qui n'est pas le père biologique

¹¹⁷⁹ On retrouve cette idée chez Japiot qui considère que l'action en nullité et dirigée contre les effets de l'acte bien plus que contre l'acte lui-même, précisément parce que la cause de nullité concerne les rapports juridiques : JAPIOT (R.), th. préc., p. 284.

¹¹⁸⁰ *Ibid.* §10. Dans le même sens GALBOIS-LEHALLE (D.), th. préc., §618 : « les intérêts des parties qui sont liés grâce au contrat peuvent donc côtoyer d'autres intérêts pris en compte au travers de règles, posées par l'ordre juridique, qui ont vocation à protéger tels intérêts particuliers ou l'intérêt général, et qui seront sanctionnées respectivement par une nullité relative ou par une nullité absolue ».

¹¹⁸¹ On peut là encore s'appuyer sur les propos de M. Forray : « Que l'on reconnaisse un caractère juridique à l'échange des consentements n'implique pas que l'acte qui en résulte soit équilibré. Ceci ne peut procéder que du droit objectif qui imposerait au contrat une exigence d'équivalence des prestations et de cohérence de son contenu », FORRAY (V.), th. préc., §679.

¹¹⁸² Dans ce cas très particulier, l'intervention du juge dans le processus de formation permet d'assurer la validité de l'acte en même temps que sa perfection, du moins en ce qui concerne la teneur de l'opération juridique convenue. C'est ce qui explique que la nullité de la convention ne puisse plus être recherchée sur le fondement de l'art. 1397 c. civ. une fois la « convention » homologuée : Civ. 1^{ère} 29 mai 2013, n° 12-10.027, *Bull. Civ. I*, n° 115.

¹¹⁸³ Civ. 1^{ère} 20 novembre 1963, *Bull. Civ. I*, n° 506 : « Si le mariage est nul, faute de consentement, lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale, il est au contraire valable lorsque les conjoints ont cru pouvoir limiter ses effets légaux, et notamment n'ont donné leur consentement que dans le but de conférer à l'enfant commun la situation d'enfant légitime ».

de l'enfant ou du moins, qui n'est pas admis à revendiquer cette qualité¹¹⁸⁴. Dans ce cas l'acte encourt l'annulation parce qu'il est mal fondé. La loi a en effet institué la procédure de reconnaissance afin de protéger l'intérêt légitime de toute personne à voir sa filiation établie. L'intérêt se mue ici en un pouvoir de reconnaissance qui ne peut être octroyé qu'à la personne qui est effectivement le père de l'enfant ou qui poursuit un intérêt légitime. Or, cet intérêt peut être méconnu et ne sera révélé que par un examen rétroactif de l'acte juridique d'ores et déjà formé. Il faut voir en effet qu'en n'imposant pas à l'officier d'état civil qu'il procède à une vérification de la paternité, la loi permet l'existence de reconnaissances « de complaisance ». Il est alors nécessaire, par un examen rétrospectif, de s'assurer que l'acte qui a été accompli ne l'a pas été dans un but frauduleux¹¹⁸⁵. L'action en contestation de paternité, qui fait office d'action en nullité, permet de faire tomber la présomption d'intérêt légitime de son auteur à voir sa filiation établie.

395. L'inutilité de l'opération – Outre les hypothèses d'illicéité, le contrat obéit à une exigence d'utilité pour les parties, comme l'avait déjà exposé M. Ghestin dans son célèbre article *L'utile et le juste dans les contrats*¹¹⁸⁶. On peut y voir un certain paradoxe : dès lors que leur volonté n'est pas contrainte, les parties ne sont-elles pas les meilleurs juges de leurs intérêts ? Il faut croire que notre système juridique est attentif à l'utilité *objective* du contrat conclu et ne tolère donc que des actes « causés »¹¹⁸⁷. L'exemple le plus révélateur de cette logique est celui du contrôle de l'équilibre dans les contrats à titre onéreux, l'art. 1169 du code civil énonçant qu' « *un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* ». Dès lors, il doit exister un certain équilibre dans l'opération convenue entre les parties pour que le contrat soit réputé conforme à leurs intérêts respectifs¹¹⁸⁸. À défaut, le contrat est annulable. Même si la Cour de cassation entretient parfois un certain trouble¹¹⁸⁹, la différence entre

¹¹⁸⁴ Il est en effet important de rappeler que le lien de filiation peut être établi en dehors de toute vérité biologique, à la condition toutefois de respecter certaines conditions par lesquelles le législateur tente de préserver une apparence de conformité à la vérité biologique. On pense ici au cas de l'enfant conçu par procréation médicalement assistée avec tiers donneur.

¹¹⁸⁵ Pour contrer les reconnaissances frauduleuses, l'art. 316-1 c. civ. consacre une série de mesures qui permettent de faire obstacle à l'établissement de la filiation en amont. Toutefois il se peut que la fraude ne soit pas détectée à ce stade. La présomption d'intérêt tombe donc après la perfection de l'acte.

¹¹⁸⁶ GHESTIN (J.), « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982. 1.

¹¹⁸⁷ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Cause », préc., §10 : « Ce choix signifie, en effet, que le droit français reconnaît l'importance de cette raison et en vérifie l'existence et la validité, ne se contentant pas de contrôler la réunion d'éléments objectifs donnant naissance à un acte. Le choix d'une cause finale et de son contrôle, plutôt que celui d'une cause efficiente, oriente donc le droit français vers un système d'actes causés, par opposition à un système d'actes abstraits ».

¹¹⁸⁸ Cette disposition manifeste « que le droit français nouveau, comme l'ancien, ne peut tolérer qu'un acte juridique soit l'instrument d'un transfert de valeur inéquitable – et cela indépendamment même de tout vice du consentement », GENICON (Th.), « L'acte abstrait en droit français après la réforme du droit des contrats : l'impossible consécration », *Mél. Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 961, §22.

¹¹⁸⁹ La Cour de cassation avait en effet tendance à confondre le défaut de prix, généralement révélateur d'un défaut d'accord (sauf hypothèse particulière dans laquelle les parties s'entendent pour confier à l'une d'elle un pouvoir unilatéral de fixation du prix) ; et le prix insuffisant, ce qui découle d'une appréciation souveraine caractéristique de l'action en nullité. La nullité était dite « absolue » et l'acte « dépourvu d'inexistence », en raison de l'absence

inexistence et invalidité de l'acte est bien marquée dans la mesure où l'appréciation du prix – jugé insuffisant, ne se confond pas avec l'hypothèse dans laquelle les parties ne sont pas parvenues à un accord sur ce point¹¹⁹⁰. Tandis que l'absence d'accord sur le prix – lorsqu'il constitue un élément essentiel, révèle une absence d'accord sur l'objet du contrat et donc, une inexistence de l'acte¹¹⁹¹ ; le caractère sérieux du prix donne forcément lieu à une appréciation rétrospective à partir de ce qui a été convenu et constitue ainsi une cause de nullité¹¹⁹². Plus largement, c'est l'appartenance du contrat à la catégorie des contrats commutatifs qui impose de contrôler l'existence d'une contrepartie. Même si la commutativité est « subjective »¹¹⁹³, ce qui signifie que le juge et le législateur ne peuvent pas se substituer aux parties pour savoir ce qui est susceptible de les satisfaire, il demeure possible de demander l'annulation d'un contrat dans lequel l'une des parties ne retire aucun avantage. La solution est évidemment inversée dans le contrat aléatoire. Dans ce cas, l'aléa devient une condition de validité de ce contrat. Le contrat aléatoire encourt donc la nullité en l'absence d'aléa véritable¹¹⁹⁴. Seul le défaut d'accord sur les termes de l'aléa permettra de démontrer une inexistence de l'acte, l'accord des parties sur la nature des risques-événements couverts étant nécessaire pour la formation-qualification de ce contrat. Selon la qualification de l'acte, l'examen de validité permet ainsi de comparer l'objet déterminé lors de la formation de l'acte et le standard imposé par le législateur pour son maintien.

396. L'invalidité comme examen rétrospectif – En définitive, on voit que les domaines respectifs de la formation et de la validité des actes se distinguent de telle manière qu'il existe un jeu de présomption : la formation permet de présumer, l'invalidité permet de faire tomber cette présomption. Cela vaut pour les deux éléments caractéristiques de l'acte juridique que sont la volonté et l'intérêt. La formation de l'acte juridique sur la base d'une ou plusieurs manifestations de volonté permet de présumer que le ou les auteurs de l'acte en recherchent les effets. La démonstration d'une altération ou d'un vice du

de prix sérieux, ce qui est en réalité une nullité. V. not. : Civ. 4 août 1952, *Bull. Civ. I*, n° 260 ; *D.* 1953, 1, p. 20 – Civ. 1^{ère} 19 novembre 1932, préc. – Civ. 1^{ère} 20 octobre 1981, n° 80-14.741, *Bull. Civ., I*, n° 301 ; *D.* 1983, 73, note Ch. Larroumet – Civ. 1^{ère} 10 février 1993 ; *CCC* 1993, n° 128, L. Leveneur ; *Defrénois* 1993, p. 1375, J.-L. Aubert – Com. 30 novembre 1983, *Bull. Civ. IV*, n° 333 ; *Gaz. Pal.* 1984, 2, 675, G. Calvo.

¹¹⁹⁰ « Théoriquement l'acte s'est formé et un prix était prévu dans le contrat. Certes, celui-ci était dérisoire, mais le prix, en tant qu'objet, existait bien. Ce qui faisait défaut n'était donc point l'existence d'un prix, mais l'existence d'un prix sérieux », SADI (D.), SADI (D.), *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, 2013, Paris Sud, Mare et martin, 2015, §158.

¹¹⁹¹ Pour le contrat de vente : Civ. 16 novembre 1932, *DH* 1933.4 – Civ. 1^{ère} 4 août 1952, *Bull. Civ. I*, n° 260 – Civ. 1^{ère} 17 décembre 1959, *D.* 1960, 294 – Civ. 1^{ère} 20 octobre 1981, *Bull. Civ. I*, n° 301. Pour le contrat d'échange : Civ. 3^{ème} 27 novembre 1984, n° 83-14.332, *Bull. Civ. III*, n° 200.

¹¹⁹² On regrettera donc que la Cour de cassation évoque une « absence de prix » lorsque le prix convenu est dérisoire ou illusoire. Cela brouille les frontières de la distinction qui existe entre cette situation et l'absence d'accord entre les parties. V. par exemple, pour une affaire de cession au prix symbolique d'un franc, où la cour retient la nullité pour « absence de prix » : Civ. 3^{ème} 23 mai 2007, n° 06-13.629, *Bull. Civ. III*, n° 90 ; *JCP N* 2008, p. 1192, Ch. Lebel ; *CCC* 2007, n° 232, L. Leveneur ; *RDI* 2008, p. 87, note F. Trébulle.

¹¹⁹³ CHÉNEDÉ (F.), th. préc. ; « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative du mythe à la réalité », *Droit et philosophie : annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2012, n° 4, p.155.

¹¹⁹⁴ BEIGNIER (B.), BEN HADJ YAHIA (S.), *op. cit.*, §166 ; LAMBERT-FAIVRE (Y.), LEVENEUR (L.), *op. cit.*, §246 ; *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Contrat d'assurance », L. MAYAUX, A. PIMBERT, 2023, §49 et s.

consentement, causes de nullité, permet de faire tomber cette présomption. La détermination de l'opération juridique lors de la formation de l'acte permet également de présumer que l'intérêt recouvert par l'acte est apte à satisfaire les parties et qu'il est conforme à ce qu'admet l'ordre juridique. La démonstration de l'illicéité des motifs extérieurs à l'acte ou de l'opération déterminée par les auteurs permet de faire tomber cette présomption. S'agissant plus particulièrement du contrat, la démonstration d'un déséquilibre dans un contrat commutatif ou au contraire de l'absence d'aléa dans un contrat aléatoire permet de faire tomber cette présomption. Ainsi, la nullité n'est jamais automatique : celui qui s'estime lésé devra exercer une action en nullité et nier rétrospectivement, soit qu'il recherchait les effets de droit, soit que l'intérêt recouvert par l'acte était suffisant ou légitime. En ce sens, Ripert remarquait déjà que « normalement le ministère public n'intervient pas. Il n'a pas les moyens de connaître les actes juridiques et il se désintéresse de leur conclusion (...). Il appartient donc aux intéressés de poursuivre eux-mêmes la nullité de l'acte. Le législateur suppose que l'un des deux contractants aura intérêt à sortir du contrat en en plaidant la nullité »¹¹⁹⁵. En toute logique, il revient donc aux parties de mettre en jeu l'action en nullité pour faire tomber la présomption de validité de l'acte¹¹⁹⁶. Comme le note M. Ghestin, « chacun étant normalement à même de défendre ses intérêts, il peut être présumé que l'accord des volontés a permis la satisfaction des besoins des parties conformément à la justice contractuelle. Mais il ne s'agit là que d'une simple présomption »¹¹⁹⁷.

397. Rejet définitif de la synonymie entre formation et perfection – La nécessité d'opérer une distinction claire entre ces deux hypothèses – inexistence et invalidité, nous convainc définitivement de rejeter toute synonymie entre formation définitive et perfection, quand bien même celles-ci seraient concomitantes. La synonymie suppose en effet que les deux termes considérés « possèdent exactement le même sens, de telle sorte que, pour exprimer la même chose ils sont absolument interchangeables »¹¹⁹⁸. Or, une telle interchangeabilité entre formation et perfection n'est plus possible lorsqu'on considère leur revers. Dans un souci de réciprocité et donc de cohérence, dire que l'acte est parfait s'il est définitivement formé implique de retenir qu'il est imparfait dans le cas contraire, autrement dit, s'il n'est pas définitivement formé. Or, l'acte qui n'obéit pas aux conditions imposées pour sa formation n'est pas un acte « imparfait » : il est inexistant. Le défaut de formation n'a rien d'une « imperfection » ; c'est le néant juridique. Ce néant juridique s'oppose évidemment à la démonstration d'une imperfection, qui désigne « l'état de quelque chose d'imparfait ». Ce faisant, le recours au terme parfait comme synonyme de la formation doit être définitivement écarté, sauf à alimenter une confusion

¹¹⁹⁵ RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^{ème} éd, 1951, p. 244

¹¹⁹⁶ Toutefois, pour des raisons de cohérence, on retient que l'exécution volontaire de l'acte traduit la volonté de l'une des parties de renoncer à l'intérêt protégé par la loi. Cette exécution vaut confirmation. À ce sujet, v. : ATIAS (C.), « Exécution et efficacité des actes juridiques », *D.* 2013, 2288, §8.

¹¹⁹⁷ GHESTIN (J.), « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, p. 1, spéc. p. 6

¹¹⁹⁸ CORNU (G.), *Linguistique juridique*, *op. cit.*, §34, p. 174 (c'est l'auteur qui souligne).

dommageable avec l'hypothèse de non-respect des règles de validité qui suppose un acte formé¹¹⁹⁹. Incidemment, cela démontre bien que la perfection, entendue comme un marqueur de la formation définitive n'ajoute rien à l'expression « acte juridique formé ». Selon nous, la compréhension de cette distinction entre formation et validité implique que la notion d'inexistence soit expressément consacrée.

398. Pour une consécration de l'inexistence – Fortement critiquée, la notion d'inexistence ne dispose évidemment d'aucun fondement textuel. Tous les auteurs ne sont pas favorables à sa consécration législative, y compris ceux qui reconnaissent la pertinence de la notion¹²⁰⁰. Une consécration expresse serait pourtant nécessaire pour clarifier le statut de l'inexistence par rapport à l'invalidité, mais aussi pour traiter équitablement les conditions de validité pour lesquelles la sanction de la nullité est prévue et les conditions de formation pour lesquelles on ne peut se contenter de *déduire* l'inexistence¹²⁰¹. Dans le même temps la *summa divisio* des nullités s'en trouverait renforcée puisque la gravité du vice ne pourrait plus convoquée pour annuler les actes juridiques. Par le passé, les juges ont en effet eu tendance à identifier des cas de nullité absolue afin d'assurer l'annulation de l'acte dans un délai de trente ans, alors même qu'il s'agissait d'une cause de nullité relative soumise au délai de cinq ans. La Cour de cassation a par exemple jugé que la vente consentie « sans prix sérieux » devait être sanctionnée par la nullité absolue alors qu'il s'agissait assurément de défendre un intérêt particulier, celui du vendeur qui s'est engagé sans cause¹²⁰². Même si les délais de prescription ont depuis été alignés par la loi du 17 juin 2008¹²⁰³, la référence à la gravité du vice pourrait perdurer pour assurer la recevabilité d'une action en nullité. L'art. 1179 du code civil, issu de la réforme par ordonnance du 10 février 2016, distingue en effet la nullité relative qui repose sur la protection d'un intérêt privé, et la nullité absolue qui repose sur la protection d'un intérêt public. Ce faisant, l'idée de gravité perdure dans la mesure où le caractère public de l'intérêt protégé est souvent associé à l'existence d'un intérêt supérieur. Les juges pourraient donc être tentés d'identifier un « vice grave » pour admettre la recevabilité de l'action en nullité mise en œuvre par toute personne intéressée. Par ailleurs, la Cour de cassation pourrait être tentée de recourir

¹¹⁹⁹ On remarque d'ailleurs que le terme « imperfection » est parfois employé par la doctrine pour désigner l'état de l'acte susceptible d'annulation, v. par ex. : Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, « Nullité », « Par ellipse, l'imperfection même de l'acte (couvrir une nullité), l'état de l'acte vicié » ; CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit civil*, Pédone, 3^{ème} éd., 1912, p. 284 et s. ; LAFIX (J.-F.), « Le remède de la régularisation du contrat », *RDC* 2022/4, p. 133.

¹²⁰⁰ M. Witz note par exemple que « l'inexistence, tout comme le néant, ne mérite pas tant de lumière », ajoutant qu'il suffit de « déduire l'inexistence du dispositif législatif régissant la rencontre des volontés des parties », WITZ (C.), « La consécration de l'inexistence par plusieurs instruments d'uniformisation du droit », *Études Simler*, Dalloz, Lexis Nexis SA, 2006, p. 729, spéc. p. 741.

¹²⁰¹ Le nécessaire accord sur les éléments essentiels pour la formation du contrat se déduit de la combinaison des art. 1113 et 1114 c. civ. Mais ce fonctionnement par déduction, au demeurant limité au contrat, ne suffit pas à assurer l'autonomie de la notion d'inexistence.

¹²⁰² Civ. 1^{ère} 23 octobre 2007, n° 06-13.979, *Bull. Civ. I*, n° 226. Pour des exemples plus anciens : Civ. 16 novembre 1932, préc. – Civ. 1^{ère} 4 août 1952, *Bull. Civ. I*, n° 260 – Civ. 1^{ère} 17 décembre 1959, *D.* 1960.294 – Civ. 1^{ère} 20 octobre 1981, préc. – Civ. 1^{ère} 30 novembre 1983, *Gaz. Pal.* 1984.2.675 (ces arrêts entretiennent également le trouble avec la notion d'inexistence, la Cour qualifiant parfois le contrat de vente d'« acte sans existence légale »).

¹²⁰³ Art. 2224 c. civ. : « Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ».

à l'inexistence comme deuxième voie pour permettre la disparition d'actes gravement viciés. L'acte pourrait ainsi être anéanti sans que l'action soit enfermée dans le délai restreint de l'action en nullité, la Cour de cassation retenant en effet que l'action en inexistence est imprescriptible¹²⁰⁴. Dans l'un et l'autre cas, que l'inexistence soit un expédient ou non, le recours à la notion pour exprimer la gravité du vice porte atteinte à la cohérence de la théorie des nullités. Elle nuit ainsi à la sécurité juridique : si le Code civil distingue deux catégories de nullités, aux régimes juridiques distincts, encore faut-il disposer d'un critère efficace pour les différencier¹²⁰⁵. Consacrer la notion d'inexistence permettrait d'éviter de recourir à la nullité au-delà des hypothèses pour lesquelles elle est prévue.

399. Conclusion de la section 1 – À l'issue de ces développements, on peut donc affirmer qu'il existe une distinction entre la formation et la validité des actes. S'il est important d'insister sur cette distinction, c'est parce qu'elle a une incidence majeure sur le plan des effets produits par l'acte, une fois démontré le principe de concomitance entre la formation et la perfection. L'acte inexistant – c'est-à-dire l'acte non formé, a pour particularité de ne produire aucun effet de droit, la réunion des conditions de formation étant suffisante, mais nécessaire, pour le parfaire. Au contraire, l'acte invalide peut produire effet dès le moment de sa formation, car la nullité n'intervient jamais de plein droit. La validité, appréciée rétrospectivement, n'est pas une condition de perfection de l'acte juridique. Le principe d'une perfection de plein droit au moment de la formation de l'acte trouve donc confirmation par l'étude de son revers.

Section 2

Incidence de la distinction sur le plan de l'efficacité

400. Efficacité précaire versus absence d'effets – La distinction établie entre les conditions de formation et les conditions de validité trouve confirmation sur le plan de l'efficacité juridique. On peut en effet démontrer que l'invalidité de l'acte ne l'empêche pas de produire effet, tandis que l'inexistence de l'acte débouche sur une inefficacité totale. Contrairement à une affirmation courante, la perfection de l'acte juridique ne présuppose donc pas sa validité¹²⁰⁶. Tandis que l'acte invalide produit tous ses effets, mais de façon précaire (§1), l'acte inexistant ne produit aucun effet de droit (§2).

¹²⁰⁴ V. *infra*, n° 404 et n° 426.

¹²⁰⁵ M. Adida-Canac a montré les défauts de la référence à la « gravité » du vice pour annuler les actes juridiques, « car débordant de ses frontières et procédant à l'invasion de la nullité sous la double bannière de la gravité extrême et de la soupape de sécurité, elle (l'inexistence) deviendrait ce que Ripert craignait de l'enrichissement sans cause réduit à ses conditions matérielles, « une machine à faire sauter le droit », (RIPERT (G.), TEISSEIRE (M.), « Essai d'une théorie française de l'enrichissement sans cause en droit civil français », *RTD Civ.* 1904. 727, cité par : ADIDA-CANAC (H.), « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », *Rapport annuel de la Cour de cassation – La Vérité*, 2004, p. 105, spéc. p. 123).

¹²⁰⁶ CHANTEPIE (G.), « L'efficacité attendue du contrat », art. préc., spéc. p. 349, « Relevons d'abord que l'efficacité du contrat présuppose sa validité ».

§1 - L'INVALIDITÉ : UNE EFFICACITÉ PRÉCAIRE

401. Distinction entre l'annulabilité et la nullité – Si l'art. 1178 al. 1^{er} du code civil énonce qu' « *un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul* », il précise *in fine* que « *la nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord* ». Cette disposition invite à opérer une distinction entre la nullité-état qui désigne l'acte atteint par une cause de nullité, et à laquelle on préférera le terme « annulabilité », et la nullité-sanction qui désigne la sanction attachée à cet acte, lequel sera nul après son prononcé¹²⁰⁷. Cette distinction repose sur une théorie des nullités qui se veut un juste milieu entre l'analyse proposée par Japiot, centrée sur l'intérêt à agir en nullité, et l'analyse classique, qui assimilait l'acte à un organisme doté d'un état. Elle permet de remarquer que, si la nullité est le résultat d'une critique de l'acte, c'est bien l'état de l'acte, plus exactement le manquement à une condition de validité, qui justifie l'action en nullité¹²⁰⁸. Cette distinction entre annulabilité et nullité est fondamentale à double titre. Tout d'abord, elle permet de comprendre que l'acte annulable existe en dépit de son invalidité, l'annulation ayant précisément pour effet d'entraîner sa disparition rétroactive et le droit de critique que constitue l'action en nullité ne se concevant pas sans l'existence préalable de l'objet à critiquer¹²⁰⁹. Cela est d'autant plus évident que la nullité permet de faire « comme si l'acte n'avait jamais existé ». L'annulabilité au contraire, n'est qu'un état de l'acte existant, de sorte qu'il convient « d'agir pour transformer une situation « d'annulabilité » en situation de nullité »¹²¹⁰. Ensuite, et c'est cela qui nous intéresse tout particulièrement, la distinction entre annulabilité et nullité permet d'éclairer le principe d'efficacité de l'acte en dépit de son invalidité. Elle explique « qu'un acte annulable puisse néanmoins accomplir tous ses effets, ou certains d'entre eux, si les titulaires de l'action ne l'exercent pas, ou encore si ne sont critiquables que certains effets de l'acte »¹²¹¹. L'efficacité primaire de l'acte invalide trouve ainsi confirmation dans le fait que l'acte est face à une alternative entre la disparition rétroactive et la pérennisation des effets qui se sont d'ores et

¹²⁰⁷ C'est une distinction que Japiot effectuait déjà en introduction de sa thèse. Après avoir relevé que « le terme de nullité, qui éveille dans l'esprit cette idée d'un vice originaire, nous fait aussi songer immédiatement à un acte juridique qui ne produit pas d'effet », il rappelle que la nullité doit être prononcée pour frapper cet acte d'inefficacité : JAPIOT (R.), th. préc., p. 21 et p. 36.

¹²⁰⁸ On en veut pour preuve qu'après le dépassement du délai pour agir en nullité (donc la prescription de l'action), il est toujours possible de soulever la nullité (au sens du vice atteignant l'acte) par voie d'exception, conformément au principe de perpétuité de l'exception de nullité (art. 1185 c. civ.).

¹²⁰⁹ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Contrat : formation », préc., §224-225, la nullité « est moins la sanction d'un échec du processus de formation du contrat que celle d'une irrégularité. En amont demeure une place pour l'inexistence de l'acte ».

¹²¹⁰ GOUT (O.), « Brèves observations sur le droit des nullités issu de la réforme », *Mél. G. Pignarre*, LGDJ, 2018, p. 457, spéc. p. 458.

¹²¹¹ MALINVAUD (Ph.), BALAT (N.), *op. cit.*, §477.

déjà produits au moment de la formation¹²¹². Bien qu'invalidé, l'acte produit effet « tant que la nullité n'en est pas prononcée »¹²¹³.

402. La disparition des effets – L'existence d'une procédure d'annulation dont l'objet est de détruire *rétroactivement* les effets de l'acte démontre que l'invalidité ne constitue ni un frein à l'efficacité de l'acte *ab initio*, ni une sanction automatique de l'invalidité¹²¹⁴. L'acte juridique étant efficace de plein droit au jour de sa formation, son inefficacité pour méconnaissance d'une condition de validité doit en effet être recherchée.

403. Annulation de l'acte – Si l'action en nullité peut être exercée, c'est bien parce que l'acte s'est formé et a produit des effets¹²¹⁵. Japiot avait d'ailleurs insisté sur le fait que le droit de critique est davantage dirigé contre les effets de l'acte que contre l'acte lui-même, dans la mesure où l'efficacité attachée à l'acte irrégulier fonde l'intérêt à agir en nullité¹²¹⁶. L'acte existe et produit donc des effets indépendamment de sa validité, ce que la Cour de cassation affirme de longue date¹²¹⁷. Seule l'annulation est ainsi susceptible d'entraîner l'inefficacité de l'acte. M. Gout remarque en ce sens que, « quand bien même un acte juridique ne serait pas légalement formé, il pourrait dérouler tous ses effets à l'égard des parties comme à l'égard des tiers »¹²¹⁸. L'auteur s'inscrit expressément dans la lignée de la théorie moderne des nullités forgée par Japiot, qui repose selon ses dires, sur l'idée que « la nullité même de plein droit n'est rien si on ne l'invoque pas »¹²¹⁹. Cela explique que l'annulation soit par nature un procédé rétroactif destiné à anéantir les effets d'un acte. Comme l'avait remarqué Deprez, « il y a là

¹²¹² FRANÇOIS (C.), th. préc., §261 : « L'efficacité précaire est par définition un état transitoire de l'acte juridique. Deux issues sont envisageables. L'issue la plus évidente est celle que nous avons déjà envisagée : la mise en œuvre de la sanction de nullité anéantit, souvent rétroactivement, l'efficacité de l'acte. L'ordre juridique est ainsi purgé des effets produits par l'acte irrégulier. Mais, ainsi que nous allons le voir, une autre issue est possible : la consolidation totale de l'efficacité qui devient ainsi illimitée ».

¹²¹³ GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), th. préc., §386. En ce sens égal. : *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Nullité », préc., §121, « Tant que la nullité n'est pas prononcée, l'acte peut produire ses effets ».

¹²¹⁴ FRANÇOIS (C.), th. préc., §459 : « Le simple fait qu'il existe une procédure *ad hoc* destinée à rendre inefficace l'acte juridique (...) indique que l'inefficacité n'est pas une sanction automatique, mais qu'elle est retardée, conditionnée à l'exécution de cette procédure ».

¹²¹⁵ « On ne peut annuler que les actes susceptibles de produire des effets de droit, c'est à dire présentant les conditions nécessaires de leur formation. L'acte inexistant n'est qu'une apparence, qu'on écarte en prouvant qu'elle ne couvre aucune réalité. Au contraire l'acte nul est un véritable acte juridique qui produirait tous ses effets, s'il n'était pas atteint d'une cause d'inefficacité », CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris, I. Pédone, 3^{ème} éd., 1912, p. 290.

¹²¹⁶ Il note « qu'il faut considérer la nullité comme s'attaquant bien moins à une entité abstraite que constituerait l'acte, qu'à ses manifestations objectives, c'est à dire ses effets », JAPIOT (R.), th. préc., p. 44. Mais dans sa volonté assumée de repousser l'analyse organique de l'acte, il est selon nous allé trop loin en considérant que l'acte n'existe qu'à travers ses effets : « L'acte, pris en lui-même, pratiquement n'est pas. Ce qui existe réellement, ce sont les effets juridiques » (p. 275).

¹²¹⁷ Civ. 15 février 1854 ; *DP* 1854, 1, p. 51 : « la loi ne reconnaît pas les nullités de plein droit ; que les nullités fussent-elles absolues, les actes qu'elles vicent n'en conservent pas moins tous leurs effets tant qu'ils n'ont pas été annulés (...) ».

¹²¹⁸ GOUT (O.), « Brèves observations sur le droit des nullités issu de la réforme », art. préc., spéc. p. 458. L'idée était déjà clairement affirmée au tout début de sa thèse : GOUT (O.), th. préc., §1-2.

¹²¹⁹ JAPIOT (R.), th. préc., p. 286.

plus que l'effacement d'une situation matérielle ; la rétroactivité remet en cause une réalité juridique concrète qui n'a jamais été intrinsèquement valable, mais qui a cependant produit tous les effets de la validité »¹²²⁰. L'annulation permet ainsi le rétablissement de la légalité¹²²¹. Le recours à la fiction de rétroactivité n'empêche évidemment pas de devoir procéder à des restitutions, pour effectuer un retour des parties au *statu quo ante*. Mais cela s'explique simplement par le fait que les obligations, nées d'un acte parfait, ont pu être exécutées¹²²².

404. Annulation d'une clause – Il en va de même lorsque la nullité affecte une partie seulement des effets de l'acte. C'est l'exemple du réputé non-écrit, qui affecte certaines clauses de l'acte. De prime abord, on pourrait être tenté d'y voir une hypothèse d'inexistence. D'une part, cette assimilation s'appuie sur le caractère de plein droit du réputé non-écrit, qui caractérise justement l'inexistence ou la perfection de l'acte, selon que les conditions de formation sont ou non réunies. Il n'est pas rare en effet que la jurisprudence retienne que les clauses réputées non-écrites sont « *non avenues par le seul effet de la loi* »¹²²³, de sorte qu'elles ne peuvent avoir « *un effet juridique quelconque* »¹²²⁴. D'autre part, l'assimilation à un cas d'inexistence repose sur l'imprescriptibilité du réputé non-écrit, qui est aussi un élément du régime supposé de l'inexistence. Dans de nombreux arrêts, la Cour de cassation a en effet affirmé l'imprescriptibilité de l'action tendant au constat du réputé non-écrit¹²²⁵, insistant sur la différence qui existe avec la nullité partielle, donc découlant d'une action en nullité. Les clauses réputées non écrites seraient donc inexistantes par le seul effet de la loi. Cette analyse doit toutefois être écartée, le réputé non-écrit paraissant plutôt correspondre à un cas de nullité partielle¹²²⁶. Elle permet en effet de maintenir les effets produits par un acte manifestement formé et efficace, tout en annihilant les effets dommageables produits par une des clauses. Non seulement les clauses produisent leurs effets normaux dès la formation de l'acte¹²²⁷, mais surtout, elles continueront à les produire tant qu'elles n'auront pas été déclarées non écrites, en somme, tant qu'elles n'auront pas été annulées¹²²⁸. En prétendant faire du réputé non-écrit un cas d'inexistence, on vise donc *l'effet* de la nullité qui suppose un examen préalable

¹²²⁰ DEPREZ (J.), *La rétroactivité des actes juridiques*, thèse Rennes, 1958, §58.

¹²²¹ MERCOLI (S.), *La rétroactivité dans le droit des contrats*, PUAM, 2001, §19 et s.

¹²²² Partant, le caractère fictif de la rétroactivité ne doit pas être contesté. *Contra* : WICKER (G.), th. préc., §299. L'auteur note que l'« inefficacité juridique n'est pas créée par l'exercice du droit de critique, mais existe *ab initio* », de sorte qu'il ne s'agit pas d'une fiction. En réalité, l'annulation implique un phénomène matériel, les restitutions, qui tiennent compte de l'existence d'une exécution primaire. Il ne suffit pas de pas faire « comme si » aucun effet ne s'était produit, mais faire en sorte positivement qu'aucun effet ne subsiste.

¹²²³ Civ. 3^{ème} 1^{er} avril 1987, n° 85-15.010, *Bull. civ. III*, n° 69. Le trouble était toutefois entretenu par la formule « *nulle et de nul effet* », qui perpétue une conception de la nullité assez proche de l'inexistence (Civ. 1^{ère} 4 février 2016, n° 14-29.347, *Bull. civ. III*, n° 23).

¹²²⁴ Civ. 3^{ème} 31 mars 1993, n° 90-22.110, *Bull. civ. III*, n° 47.

¹²²⁵ Civ. 1^{ère} 30 mars 2022, n° 19-17.996, Publié au Bulletin – Civ. 3^{ème} 30 juin 2021, n° 19-23.038, Publié au bulletin – Civ. 8 avril 2021, n°19-17.007, Inédit – Civ. 3^{ème} 19 novembre 2020, n° 19-20.405, Publié au Bulletin – Civ. 1^{ère} 13 mars 2019, n° 17-23.169, Publié au Bulletin.

¹²²⁶ GAUDEMET (S.), *La clause réputée non écrite*, *Economica*, 2006, §138 et s. ; GOUT (O.), th. préc., §125.

¹²²⁷ Civ. 3^{ème} 20 mai 2009, n° 07-22.051, n° 08-10.043 et n° 08-10.495, *Bull. Civ. III*, n° 113.

¹²²⁸ Civ. 3^{ème} 21 juin 2006, n° 05-13.607, *Bull. Civ. III*, n° 159 – Civ. 3^{ème} 28 avril 2011, n° 10-14.298, *Bull. Civ. III*, n° 6.

des clauses de l'acte. On se trouve dans la situation caractéristique de la nullité, où il est question de vérifier *a posteriori*, en fonction de la qualification de l'acte, si les clauses convenues sont admissibles, pour procéder à leur suppression éventuelle. Le juge ne constate pas l'inexistence : c'est lui qui supprime les clauses à raison de leur invalidité¹²²⁹. Censées n'avoir jamais existé, elles disparaissent de manière rétroactive¹²³⁰. Il s'agit donc bien d'un cas de nullité partielle : l'acte est amputé de certaines de ses clauses, ou plutôt des effets produits par celles-ci, mais il se trouve maintenu pour le reste¹²³¹. Le réputé non-écrit, qui peut s'apparenter à une résurgence de la conception organique de l'acte, permet simplement de marquer matériellement l'inefficacité de cette clause en la supprimant du corps de l'acte. Ainsi l'imprescriptibilité, que l'on considère généralement comme le propre de l'inexistence par rapport à la nullité, ne se justifie pas malgré la position constante de la Cour de cassation. L'appartenance du réputé non-écrit au domaine de la nullité apparaît avec encore plus d'éclat lorsque le législateur décide, à titre dérogatoire, de lui dénier tout effet rétroactif. Dans ce cas les effets d'ores et déjà produits par la clause sont maintenus pour le passé, mais supprimés pour l'avenir, le juge se prêtant alors à une véritable réfaction de la clause. C'est cette solution particulière que prévoit par exemple l'art. 43 de la loi du 10 juillet 1965 relatif aux clauses de répartition des charges de copropriété. Si l'une des clauses s'avère contraire à la loi, le juge doit supprimer la clause sans remettre en cause la répartition déjà opérée entre les copropriétaires et doit décider de la nouvelle répartition pour l'avenir¹²³². D'où on voit que, quelle que soit l'étendue de l'invalidité, celle-ci n'entrave jamais la perfection de l'acte juridique.

405. La pérennisation des effets – Les remèdes qui peuvent être apportés à l'invalidité du contrat révèlent également son efficacité préalable à l'examen de validité, en ce qu'ils permettent de pérenniser ses effets. Outre le procédé classique de la prescription, qui permet d'encadrer temporellement l'action en nullité, un encadrement substantiel de la nullité en diminue le prononcé. Cette application raisonnée de la nullité est tel qu'il conduit ces dernières années à une « raréfaction des nullités »¹²³³, tantôt par une application du principe de proportionnalité, tantôt par le recours à la validation.

406. La pérennisation sans validation : l'examen de proportionnalité – S'il est une hypothèse dans laquelle il apparaît clairement que l'acte invalide a d'ores et déjà produit des effets, c'est celle dans laquelle le juge choisit de ne pas prononcer la nullité alors même que l'invalidité ne fait aucun doute.

¹²²⁹ *Contra* : KULLMANN (J.), « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993 p. 59.

¹²³⁰ Civ. 3^{ème} 28 avril 2011, n° 10-20.514, *Bull. Civ. III*, n° 62 – Civ. 3^{ème} 2 mars 2005, n° 03-16.731, *Bull. Civ. III*, n° 53 ; *Defrénois* 2005. art. 38244, p. 1504, obs. C. Atias – Civ. 3^{ème} 20 décembre 2000, n° 99-16.059, *Bull. Civ. III*, n° 198 ; *D.* 2001. 3579, obs. J.-R. Bouyeure – Civ. 3^{ème} 9 mars 1988, n° 86-17.869, *Bull. civ. III*, n° 54.

¹²³¹ On doit reconnaître à Japiot le mérite d'avoir remarqué la singularité de la nullité partielle dès lors que la nullité doit permettre d'anéantir les effets dommageables produits par l'acte, plus que l'acte lui-même. Alors la nullité de certains effets seulement n'est pas une anomalie : JAPIOT (R.), *th. préc.*, p. 77 et s.

¹²³² Civ. 3^{ème} 10 juillet 2013, n° 12-14.569, *Bull. Civ. III*, n° 98 ; *D.* 2013. 1897, obs. Y. Rouquet ; *JCP G* 2013. doctr. 1060, obs. H. Périnet-Marquet ; *RTD Civ.* 2013. 837, H. Barbier – Civ. 3^{ème} 21 janvier 2014, n° 12-26.689, *Inédit*.

¹²³³ BARBIER (H.), « De la raréfaction des nullités », *RTD civ.* 2022. 879.

Alors même que l'action en nullité a été exercée et que la cause de nullité a été formellement identifiée par les juges du fond, il arrive en effet de plus en plus souvent que la Cour de cassation invite ces derniers à rechercher si l'annulation est proportionnée à la gravité du vice¹²³⁴. On voit donc réapparaître le critère tant décrié de la gravité du vice pour mesurer l'opportunité de l'annulation. Le principe de proportionnalité est ici convoqué pour s'assurer que la disparition rétroactive des effets ne sera pas plus dommageable que l'invalidité. L'appréciation des juges du fond se déplace donc des causes de la nullité vers ses conséquences. Il ne s'agit plus de savoir si la nullité de l'acte est abstraitement justifiée, mais si ses conséquences pratiques sont proportionnées à l'objectif qui était poursuivi par le législateur en instaurant la cause de nullité. Les effets produits par l'acte dès sa formation sont donc délibérément maintenus, conduisant ainsi à une pérennisation de situations manifestement illicites¹²³⁵. En définitive, la tendance à maintenir les actes illicites renforce les hypothèses pratiques d'actes invalides et parfaits, ce mouvement étant désormais bien acquis dans certains domaines du droit. C'est le cas par exemple en matière bancaire où la chambre commerciale de la Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises que la méconnaissance de diverses interdictions n'était pas toujours de nature à entraîner l'annulation¹²³⁶.

407. La pérennisation par la validation : les remèdes – L'acte peut ensuite être « validé »¹²³⁷ à défaut d'être « annulé ». Notion absente du Code civil, la validation peut être définie comme une « opération consistant à rendre valide un acte qui ne l'est pas »¹²³⁸. Que des « remèdes »¹²³⁹ puissent être trouvés à l'invalidité de l'acte achève de nous convaincre qu'il s'agit d'un état menaçant la persistance des effets de l'acte, et non son existence ou son efficacité *ab initio*. L'acte invalide ne se confond donc pas avec l'acte inexistant puisqu'une action positive est nécessaire pour le consolider sur la base de ce qui est déjà acquis, au contraire de l'acte inexistant qui ne peut jamais être l'objet de tels procédés, dans la mesure où il n'y a « rien à sauver »¹²⁴⁰. Comme le note un auteur, « la validation

¹²³⁴ Civ. 3^{ème} 15 octobre 2015, n° 14-23.612, *Bull. Civ. III*, n° 293 ; *D.* 2015, 2423, note C. Dubois – Civ. 3^{ème} 17 novembre 2021, n° 20-17.218, Publié au Bulletin ; *Constr.-Urb.* 2022, comm. 18, note C. Sizaire.

¹²³⁵ PUIG (P.), « L'excès de proportionnalité », *RTD civ.* 2016. 70 ; BÉNABENT (A.), « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p. 137 ; GAUTIER (P.-Y.), « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : "l'anti-Daguesseau" », *JCP G* 2016, 189.

¹²³⁶ Ass. Plén., 4 mars 2005, n° 03-11.725, *Bull. A. P.*, n° 2 ; *D.* 2005. 836, X. Delpech ; *D.* 785, B. Sousi ; *D.* 2006. 155, obs. D. R. Martin et H. Synvet ; *RTD civ.* 2005. 388, note J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2005. 400, D. Legeais – Plus récemment : Com. 15 juin 2022, n° 20-22.160, Publié au Bulletin ; *D.* 2022. 1449, obs. J. Lasserre Capdeville, 1400, obs. T. Lambert, 1828, obs. D. R. Martin et H. Synvet ; *RTD com.* 2022. 629, note D. Legais.

¹²³⁷ On oppose volontiers le « contrat validé ou corrigé », lorsque son maintien est décidé, au « contrat inattaquable », lorsque son maintien est forcé. En ce sens : COUTANT-LAPALUS (Ch.), VINCENT-LEGOUX (M.-C.), « Le juge, l'irrégularité et le maintien du contrat », in : *Le juge et l'efficacité du contrat en droit interne comparé*, Coll. « Colloques et essais », IFJD, 2020, p. 25 et s.

¹²³⁸ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, « Validation ».

¹²³⁹ Sur cette notion v. : MARCOU (P.), th. préc. ; Dossier sur les remèdes aux vices de formation du contrat (droit privé – droit public), *RDC* 2022/4, p. 91 et s. ; FRANÇOIS (C.), th. préc., (en particulier la seconde partie consacrée à la « politique de l'acte juridique irrégulier efficace ») ; LAMOUR (M.-P.), *Le sauvetage du contrat*, thèse, Paris, 2001.

¹²⁴⁰ FRANÇOIS (C.), th. préc., §772.

n'opère pas en présence d'un contrat inexistant »¹²⁴¹. C'est d'ailleurs pour cette raison que la validation, quel que soit procédé par lequel elle intervient, n'a pas besoin d'être rétroactive : l'acte étant présumé valable, ses effets se produiront jusqu'à être rétroactivement anéantis ou pérennisés¹²⁴². L'examen rapide des différents procédés de validation permet de confirmer cette idée.

408. Régularisation des effets – L'acte invalide peut tout d'abord faire l'objet d'une régularisation. Si le Code civil ne consacre pas expressément le mécanisme, son existence pratique ne fait aucun doute. « *En un sens générique, (elle est définie comme une) action de rendre un acte ou une situation conforme à la règle* »¹²⁴³. Qu'un tel procédé soit admis témoigne du caractère rétrospectif de l'examen de validité. Comme l'a remarqué un auteur, la régularisation s'appuie sur une conception de la régularité des actes qui n'est pas « monodimensionnelle »¹²⁴⁴. Elle suppose d'admettre qu'un acte juridique peut se former et produire effet en dépit de son invalidité. Elle peut prendre plusieurs formes selon le type d'invalidité. L'acte peut par exemple être l'objet d'une réduction des obligations ou d'une rescision pour lésion. Ces sanctions sont bien connues du droit des incapacités, où il n'est pas toujours judicieux de faire disparaître rétroactivement l'acte accompli par le mineur ou le majeur atteint par une incapacité de fait ou de droit. L'acte peut aussi faire l'objet d'une ratification, ce qui permet au mandant de valider rétroactivement l'acte qui encourrait jusqu'alors la nullité si le mandataire était sans pouvoir ou avait excédé ses pouvoirs. Bien que le rapport entre la ratification et l'acte juridique conclu en dépassement de pouvoir ou sans pouvoir ait longuement interrogé la doctrine¹²⁴⁵, le contrat passé par le mandataire au nom et pour le compte du mandant est un acte annulable pour défaut de pouvoir. Depuis la réforme de 2016, le législateur traite d'ailleurs de la capacité et de la représentation (donc du pouvoir d'agir) dans une même sous-section intitulée *La capacité et la représentation* (art. 1145 à 1161 c. civ.). Le défaut de pouvoir étant une cause de nullité, cela ouvre au représenté le droit d'agir en nullité contre l'acte (de même qu'au tiers, s'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs). Faute d'avoir procédé à l'annulation de l'acte, ce dernier produit ses effets normaux et la ratification permet seulement de garantir au « tiers » que l'acte n'encourt plus d'annulation de ce chef¹²⁴⁶.

¹²⁴¹ MARCOU (P.), th. préc., §494.

¹²⁴² *Ibid.* §656.

¹²⁴³ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, « Régularisation », sens 1. « *Plus spécifiquement, (une) action de purger un acte ou une situation du vice formel qui l'entache en réparant celui-ci par une initiative positive qui consiste en la suppression de l'imperfection qui l'affecte, ou en l'accomplissement de la formalité adéquate* » (*Ibid.*, sens 2).

¹²⁴⁴ LAFaix (J.-F.), « Le remède de la régularisation du contrat », *RDC* 2022/4, p. 133, §6.

¹²⁴⁵ JUREDIEU (F.), th. préc., §184. L'auteur estime que le contrat soi-disant conclu par le mandataire est un contrat inexistant jusqu'à ce que la ratification intervienne. Le procédé de ratification participe donc selon lui de la formation du contrat, ce qu'il explique par le fait que le pouvoir d'agir est une donnée « structurelle » de l'acte juridique, à distinguer de la capacité-condition de validité.

¹²⁴⁶ Le principe est celui d'une inopposabilité de l'acte au représenté. Reste que les hypothèses dans lesquelles l'acte redevient opposable à ce dernier tendent à être les plus nombreuses. Selon l'art. 1156 al. 1^{er} c. civ., l'acte sera en effet opposable au représenté « *si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté* ». Or, comme nous l'avons

409. Confirmation des effets – L’acte invalide peut aussi faire l’objet d’une confirmation. Définie par l’art. 1182 al. 1^{er} du code civil comme « *l’acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce* », la confirmation semble être une simple renonciation à l’action en nullité¹²⁴⁷. Il convient pourtant de rappeler que la cause de nullité n’existe que par la présomption d’atteinte à l’intérêt d’une personne. Du moins est-ce le cas en présence d’une cause de nullité relative, ce qui se trouve être le domaine de la confirmation¹²⁴⁸. L’action en nullité ayant pour finalité de marquer l’attachement de son auteur à l’intérêt protégé, toute renonciation à agir se comprend donc comme un désintéressement de son auteur vis-à-vis de la cause de nullité¹²⁴⁹. Partant, la confirmation nous semble avoir des effets plus intenses qu’une simple renonciation à agir en nullité. En renonçant à agir en nullité, l’auteur de la confirmation a nécessairement fait disparaître l’invalidité, la présomption posée par le législateur étant tombée. D’ailleurs l’art. 1182 al. 2 précise que « *la confirmation ne peut intervenir qu’après la conclusion du contrat* ». En toute hypothèse cela démontre bien que la confirmation consolide l’efficacité de l’acte préexistant¹²⁵⁰. L’acte existe et *persiste* dans l’ordre juridique dans la mesure où l’auteur de la confirmation renonce à le faire annuler.

410. Défauts de la nullité – La nullité n’intervenant jamais de plein droit¹²⁵¹, elle présente le défaut de laisser perdurer une situation illicite jusqu’à l’annulation. Pour éviter cela, le législateur a créé des actions interrogatoires qui ont pour objectif de rassurer les parties quant à la pérennité des effets. L’art. 1183 du code civil permet à une partie de « *demande par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d’agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion* ». L’intérêt de cette action est *a minima* de provoquer l’annulation du contrat, pour éviter que la situation d’incertitude ne perdure trop longtemps ; et au mieux, de provoquer la confirmation de l’acte afin

vu, la formation de l’acte juridique demeure un phénomène purement objectif. Seul l’examen de sa validité permet de confirmer la réalité du vouloir, de la capacité et du pouvoir.

¹²⁴⁷ En ce sens égal., Assoc. H. Capitain, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, « Confirmation » : « *acte par lequel une personne renonce unilatéralement à se prévaloir de la nullité relative d’un acte juridique et qui, exprès ou tacite, peut résulter d’une exécution spontanée* ».

¹²⁴⁸ L’acte atteint pas une cause de nullité absolue ne saurait donner lieu à une confirmation ; non parce que la cause de nullité est « plus grave », mais parce qu’elle est susceptible d’intéresser plusieurs personnes, au contraire de la nullité relative. La confirmation ne peut donc pas avoir lieu car il est nécessaire de maintenir le droit d’agir en nullité des autres personnes victimes des effets de l’acte.

¹²⁴⁹ C’est ce qu’explique un auteur : « En confirmant, le titulaire du droit de critique accepte de se défaire de la protection du législateur. Il considère que l’acte conclu ne porte pas une atteinte excessive à ses intérêts et consent à son maintien en l’état », MARCOU (P.), *th. préc.*, §250.

¹²⁵⁰ En ce sens, distinguant la confirmation de l’acte nul et la formation successive de l’acte : *Rép. Droit civ. Dalloz*, « Confirmation », D’AMBRA (D.), 2022, §9.

¹²⁵¹ On peut regretter que l’avant-projet de réforme des contrats spéciaux affirme le principe de nullité de plein droit du contrat de vente « *si, lors de sa conclusion, le bien vendu avait péri en totalité* » (art. 1601). De deux choses l’une : soit l’acquéreur demande la résolution du contrat pour inexécution, la destruction du bien débouchant nécessairement sur une impossibilité d’exécuter l’obligation de délivrance, soit il demande la nullité du contrat conformément à l’art. 1599 c. civ. qui conditionne la validité de la vente à la propriété du vendeur (étant entendu que le droit de propriété s’éteint lorsque la chose disparaît). Dans les deux cas, le contrat n’est pas nul de plein droit et il oblige donc les parties à exécuter leurs obligations.

d'assurer le maintien des effets. La même logique guide l'action interrogatoire ouverte au tiers qui s'apprête à conclure avec une personne se présentant comme le représentant du cocontractant. L'art. 1158 du code civil prévoit en effet que « *le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte* ». En toute hypothèse, l'exercice de cette action doit permettre d'atténuer les inconvénients liés au caractère rétrospectif de l'examen de validité.

411. Confirmation de la distinction entre norme validante et norme habilitante – L'étude des modalités de l'annulation démontre que l'acte peut être formé et parfait malgré son invalidité. Ce phénomène s'explique par le fait que l'acte invalide est à la fois conforme à la norme habilitante, qui lui permet de produire une norme, mais contraire à la norme validante, qui prescrit tantôt l'annulation, tantôt la consolidation des effets de l'acte. Dans un sens proche, M. François a récemment défendu l'existence d'une distinction entre la norme habilitante et la norme prescriptive afin d'expliquer le phénomène de l'« acte juridique irrégulier efficace ». Il note que « ces deux normes se distinguent à la fois par leurs fonctions et par leurs sanctions. La norme habilitante a pour fonction de conférer un pouvoir, la compétence de poser des normes juridiques qui seront réceptionnées au sein de l'ordre juridique dont fait partie la norme habilitante. La sanction de la violation de la norme habilitante est donc l'inefficacité de l'acte juridique irrégulier : la norme posée sera considérée comme inexistante au sein de l'ordre juridique. La norme prescriptive a pour fonction exclusive d'ordonner au sujet de suivre une certaine conduite, sa violation entraîne une sanction d'une autre nature que l'inefficacité de l'acte, comme le paiement de dommages-intérêts »¹²⁵². Si l'acte est efficace, c'est donc parce qu'il est conforme à la norme habilitante¹²⁵³. À la différence de cet auteur, il nous semble toutefois que la norme « prescriptive » (ou « validante » selon nos termes), a pour vocation naturelle d'entraîner l'inefficacité de l'acte juridique. Ce raisonnement permet d'expliquer que l'acte puisse produire effet *ab initio* (il est conforme à la norme habilitante), mais être malgré tout frappé d'inefficacité par la suite (il est contraire à la norme validante). S'il existe une norme prescriptive, elle constitue donc un troisième type de norme qui énonce la sanction pouvant être apportée au non-respect de la norme validante, c'est-à-dire à l'invalidité¹²⁵⁴. La distinction des deux types de normes permet surtout de donner sa complète autonomie à la notion d'inexistence : ne respectant pas la norme habilitante, l'acte ne se forme pas dans l'ordre juridique et ne produit logiquement aucun effet de droit.

¹²⁵² FRANÇOIS (C.), th. préc., §434.

¹²⁵³ En ce sens, il précise que « l'existence au sein de l'ordre juridique de normes posées par l'acte juridique irrégulier peut être imputée sans difficulté à la norme habilitante, puisque l'acte juridique est ici conforme à cette norme habilitante », *Ibid.*, §443.

¹²⁵⁴ Le raisonnement suivi par l'auteur, qui identifie une norme prescriptive, permet d'expliquer que l'acte irrégulier soit parfois maintenu dans ses effets. V. *infra*, n° 639.

412. Conclusion du §1 – L’invalidité de l’acte juridique ne suffit donc pas à lui ôter sa perfection. Conforme à la norme habilitante, qui prescrit les conditions de formation, il produit immédiatement effet. Contraire à la norme validante, qui prescrit les conditions de validité, il encourt seulement et éventuellement l’annulation de ses effets. À l’inverse et en toute logique, l’acte ayant échoué à se former est inexistant. N’étant pas conforme à la norme habilitante, il est dépourvu de la moindre efficacité juridique.

§2 - L’INEXISTENCE : UNE INEFFICACITÉ RADICALE

413. Inefficacité *ab initio* – L’association de l’inexistence à une absence totale d’effets de droit est à première vue logique. Si la réunion des conditions de formation est nécessaire et suffisante pour lui faire produire effet, le défaut d’une ou plusieurs conditions de formation oblige à conclure à l’inexistence de l’acte et donc, à l’absence de tout effet de droit¹²⁵⁵. La prise en compte de ce lien de cause à effet, entre l’acte et la réalisation de l’opération juridique, impose de considérer que, sans cause, l’effet ne peut pas se produire. En ce sens, Virally remarquait que « la norme définit d’abord l’acte juridique comme le résultat de certains comportements ou de certaines attitudes mentales. Si ces comportements ou ces attitudes manquent en fait, il n’y a pas d’acte juridique et, partant, pas d’effet de droit »¹²⁵⁶. Le non-respect de la norme habilitante a pour effet concret de priver de sa valeur le comportement adopté, lequel ne pourra pas produire l’effet recherché puisque, « hors d’une habilitation, un acteur ne peut pas produire de norme »¹²⁵⁷. À différence de l’invalidité, qui peut être partielle, l’inexistence est par ailleurs nécessairement globale puisqu’un acte juridique ne saurait être « à moitié » formé. Il est définitivement formé ou est inexistant¹²⁵⁸.

414. Sens pragmatique de l’« inefficacité » – En dépit de cette présentation, la défense de l’inexistence entendue comme une inefficacité radicale doit reposer sur une approche pragmatique et mesurée. Dans le cas contraire, les critiques adressées à la notion pourraient sinon ressurgir. Or, le

¹²⁵⁵ Art. 138 al. 1^{er} du Code européen des contrats : « L’inexistence détermine l’absence totale de quelque effet que ce soit sur le plan contractuel, abstraction faite des obligations de restitution contenus dans l’art. 160 et de la responsabilité aquilienne également en conformité avec l’art. 161 » (on notera toutefois que la même formule est employée pour décrire les effets de la nullité à l’art. 141 al. 1^{er}, ce qu’on peut critiquer). V. égal. : GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 30^{ème} éd. 2022-2023, « Inexistence », (droit administratif), « *Théorie en vertu de laquelle l’acte juridique auquel il manque un élément essentiel doit être considéré comme inefficace, alors qu’aucun texte ne le proclame* ».

¹²⁵⁶ VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, préc., p. 96.

¹²⁵⁷ TUSSEAU (G.), th. préc., §593.

¹²⁵⁸ Aussi peut-on critiquer la solution, pourtant admise par la Cour de cassation, consistant à dire à propos d’une clause compromissoire que « la nullité non plus que l’inexistence du contrat qui la contient ne l’affectent » (Civ. 1^{ère} 11 juillet 2006, n° 04-14.950, *Bull. Civ. I*, n° 364). Si cette solution mérite approbation pour la nullité, l’accord sur le principe de la clause n’étant pas discuté, il n’en va pas de même pour l’inexistence. S’il est démontré qu’aucun contrat n’a été conclu entre les parties, il est logique de ne faire produire aucun effet au soi-disant contrat.

principal obstacle pour l'admission pleine et entière de la notion d'inexistence réside dans le constat d'une certaine « virtualité » des effets de droit, qui contribue à brouiller les frontières avec l'invalidité. Comme nous l'avons vu, l'effet de droit n'a pas de consistance matérielle. Il se comprend comme une possibilité de mettre en œuvre une contrainte, de demander à ce que la modification opérée par l'acte soit respectée¹²⁵⁹. L'efficacité de l'acte repose donc sur l'effet contraignant qui accompagne sa naissance, par l'entrée en vigueur de la norme juridique. Ce faisant, il semble n'y avoir aucune différence entre l'hypothèse dans laquelle cet effet contraignant n'existe pas et l'hypothèse dans laquelle il existe en théorie, mais peut être critiqué par le moyen d'une action en nullité. Bien qu'elle soit rarement perçue, il existe toutefois une différence majeure entre ces deux situations. Elle peut être mise en évidence de deux manières, selon qu'une apparence d'acte s'est ou non constituée malgré le non-achèvement du processus de formation. Dans le premier cas, l'inexistence dispense celui qui l'invoque d'observer la norme prétendument produite par l'acte apparent. Dans le second cas, les entités de l'ordre juridique sont dispensées d'apporter leur concours à la production des effets de droit.

415. En l'absence d'acte apparent – Lorsque l'acte juridique est un acte complexe, sa formation correspond à une véritable opération à procédure¹²⁶⁰. Son inefficacité se manifeste alors concrètement par l'absence de concours apporté par les autorités publiques à la production des effets de droit. C'est le cas par exemple si les futurs partenaires ne produisent pas la convention de pacs passée entre eux pour son enregistrement : l'officier d'état civil ne peut pas enregistrer le pacs (art. 515-3 al. 2 c. civ.). De même, le juge a le devoir de refuser d'homologuer la convention qui lui est obligatoirement soumise si les conditions requises pour l'homologation ne sont pas remplies. Tout en refusant d'admettre l'existence d'une distinction entre formation et validité, un auteur note malgré tout qu' « il ne pourra jamais être prouvé que l'acte non homologué a une valeur normative à défaut de production du jugement d'homologation »¹²⁶¹. Dans les deux cas, aucune apparence d'acte n'est donc susceptible de se constituer et il est clair qu'aucun effet de droit ne lui sera attaché. Les actes et actions en vue d'établir la filiation sont directement concernés par cette question. Si une action judiciaire est exercée, l'absence d'une condition se traduira par une fin de non-recevoir. Si l'action est extrajudiciaire, elle fera obstacle à la demande ou donnera lieu à l'établissement d'un acte différent, par exemple celui d'enfant sans vie lors que l'enfant né non viable ne peut pas faire l'objet d'une reconnaissance¹²⁶². Ici la production du certificat médical attestant de la naissance d'un enfant non viable permet de faire obstacle à la constitution d'une apparence d'acte de reconnaissance. L'inexistence de l'acte dont l'efficacité juridique dépend directement du soutien apporté par l'ordre juridique correspond donc à l'hypothèse dans laquelle

¹²⁵⁹ V. *supra*, n° 122.

¹²⁶⁰ V. *supra*, n° 244.

¹²⁶¹ GOUJON-BETHAN (Th.), th. préc., §116.

¹²⁶² L'art. 79-1 al. 2 c. civ. permet à l'officier d'état-civil d'établir, dans certaines conditions, un acte d'enfant sans vie qui ne vaut toutefois pas établissement de la filiation de l'enfant.

il est délibérément fait obstacle à sa formation. Sauf dans une hypothèse bien particulière : celle d'un acte pour la formation duquel le coopérant a apporté son concours en dehors de tout cadre légal, de manière délibérée. C'est l'exemple déjà évoqué de l'officier d'état civil qui accepte de procéder au mariage des époux de même sexe, avant sa légalisation par la loi du 14 mai 2013. Néanmoins, on voit bien qu'il n'a pas été nécessaire de procéder à la critique judiciaire de cet acte pour qu'il soit considéré comme inefficace : les autorités refusent spontanément de prêter leur concours à l'efficacité de cet acte.

416. En présence d'un acte apparent – L'approche pragmatique de l'inefficacité juridique s'impose en particulier lorsqu'il y a une apparence d'acte ou, comme la doctrine hostile à la notion d'inexistence aime à l'appeler, un « embryon » d'acte. Cette situation est fréquente en matière contractuelle, où l'absence d'encadrement strict de la procédure de formation pourrait laisser à penser qu'un accord suffisant des parties a permis la formation d'un contrat. Dans ce cas on pourrait avoir du mal à distinguer l'hypothèse dans laquelle l'effet ne s'est pas produit et l'hypothèse dans laquelle ce dernier s'est produit, mais n'était pas admissible. L'invalidité se singularise toutefois par le fait qu'elle n'autorise pas les individus à ne pas observer la norme produite par l'acte. À l'inverse, l'inexistence de l'acte rend légitime toute absence de suite donnée à l'acte apparent.

417. L'observation obligatoire de la norme annulable – Si l'acte juridique est efficace malgré son invalidité, c'est dans la mesure où la modification qu'il apporte à l'ordonnement juridique doit donner lieu à une observation immédiate. Ainsi le débiteur qui soulève la nullité de l'acte n'est pas dispensé d'observer la norme à laquelle l'acte juridique a donné naissance et qui est entrée en vigueur. Réciproquement, le créancier est en droit de demander son observation. Cela vaut évidemment en dehors de toute procédure tendant à voir prononcée la nullité de l'acte. Par exemple, le débiteur d'une obligation contractuelle ne peut refuser d'exécuter spontanément celle-ci au motif que le contrat est nul. Mais cela vaut aussi dans l'hypothèse où la nullité est invoquée, que ce soit par voie d'action ou au moyen d'une demande reconventionnelle.

418. Action en nullité – Tant que l'acte juridique invalide n'a pas été effectivement annulé, la norme à laquelle il a donné naissance doit être observée. La solution repose sur un principe fondamental du droit : l'interdiction de se faire justice soi-même¹²⁶³. Même si les parties ont désormais le pouvoir de s'accorder d'un commun accord sur la nullité de leur contrat, de sorte que le prononcé de la nullité n'est plus une prérogative du juge, elles ne sont pas admises à tirer individuellement de la cause de nullité le

¹²⁶³ C'est ce principe auquel la Cour de cassation a fait expressément référence en approuvant une cour d'appel d'avoir jugé que la partie au contrat à l'origine de l'action en nullité « *était tenue de se conformer au principe selon lequel le contrat conclu doit être exécuté par chacune des parties tant qu'il n'en a pas été statué sur la validité par les juges du fond compétents et que nul ne peut se faire justice à soi-même* », Civ. 1^{ère} 15 juin 2004, n° 00-16.392, *Bull. Civ. I*, n° 172 ; *RTD Civ.* 2004. 508, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Resp. civ. assur.* 2004, n° 9, 254 et 281, obs. H. Groutel.

droit de ne pas exécuter les obligations. C'est cette idée que la Cour de cassation a mise en avant en jugeant que « *l'employeur n'étant pas juge de la validité de la désignation d'un représentant syndical, la cour d'appel a décidé à bon droit, le mandat n'étant pas judiciairement annulé, que la méconnaissance par l'employeur des obligations lui incombant à l'égard des représentants syndicaux au comité d'entreprise est constitutive d'un trouble manifestement illicite qu'il appartient au juge des référés de faire cesser* »¹²⁶⁴. Lorsqu'on dit que le contrat est parfait dès sa formation, indépendamment de sa validité, cela signifie donc que l'exécution reste de droit avant toute annulation. La réalisation de l'opération juridique se trouve donc garantie par une sorte de « présomption d'innocence juridique »¹²⁶⁵ dont bénéficie l'acte du fait de la réunion des conditions de formation. Tous les auteurs ne sont pas favorables à cette solution, notamment Atias qui la jugeait « injustifiée ». Selon lui, le débiteur arguant de la nullité du contrat devait pouvoir refuser d'exécuter le contrat à ses risques et périls, aussi bien en cas d'inexécution contractuelle par l'autre partie, qu'en cas de nullité du contrat¹²⁶⁶. Pourtant, il nous semble contestable de comparer ces deux situations, dans la mesure où l'exception d'inexécution est justifiée par la nécessité de ne pas aggraver une situation de déséquilibre causée par l'inexécution des obligations corrélatives. Au contraire, en autorisant une partie à ne pas exécuter le contrat au motif que ce dernier est nul, on aboutit à la création d'une situation de déséquilibre. Par ailleurs nous n'approuvons pas l'idée selon laquelle cette dispense d'exécution serait conforme à l'adage *quod nullum est nullo producit effectum*. L'absence d'effet concerne en effet le contrat nul. Or, tant que le juge n'a pas prononcé la nullité, le contrat est simplement annulable. De plus, et d'un point de vue plus pragmatique, mieux vaut confier au juge la tâche certes difficile de procéder à des restitutions après l'exécution du contrat annulé, que de permettre à une partie de refuser discrétionnairement de l'exécuter. C'est pourquoi l'état actuel du droit nous semble justifié : l'exercice d'une action en nullité ne doit pas dispenser son auteur d'exécuter le contrat parfait.

419. Exception de nullité – Si la nullité peut être invoquée par voie d'action, c'est-à-dire à titre principal, elle peut aussi l'être par voie d'exception. Elle permet alors de faire obstacle à une demande fondée sur le contrat. Au lieu d'agir en nullité du contrat, le débiteur attend simplement que le créancier exige en justice l'exécution du contrat pour lui opposer la nullité¹²⁶⁷. Le devoir d'observer la norme est-il également justifié dans ce cas ? Il convient selon nous de distinguer deux hypothèses : celle dans laquelle l'exception de nullité constitue une simple demande reconventionnelle, de sorte qu'elle obéit

¹²⁶⁴ Soc. 24 octobre 2012, n° 11-20.346, *Bull. Civ. V*, n° 81 ; *D.* 2012. 2612 ; *Dr. soc.* 2013. 81, obs. F. Petit ; *JCP* 2013, n° 124, obs. Y.-M. Serinet.

¹²⁶⁵ J. Mestre et B. Fages, « Le juge des référés et le contrat : suite mais pas fin... », *RTD Civ.* 2004. 508, note sous : Civ. 1^{ère} 15 juin 2004, précité.

¹²⁶⁶ ATIAS (Ch.), *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, Litec professionnels, LexisNexis, 5^{ème} éd. 2010, §492.

¹²⁶⁷ C'est dire que « l'exception de nullité se situe dans la phase contentieuse des droits : elle suppose qu'à une action en exécution d'une obligation, intentée par le créancier, le débiteur riposte en réclamant le rejet de la prétention de l'adversaire en raison du vice affectant la validité même de l'acte dont l'exécution est réclamée », STORCK (M.), « L'exception de nullité en droit privé », *D.* 1987. chron. 67.

au même régime que l'action en nullité ; et celle dans laquelle elle constitue une défense au fond et en somme, une « véritable » exception de nullité.

420. Demande reconventionnelle – Lorsque le délai pour agir en nullité n'est pas écoulé et que la nullité du contrat peut donc toujours être demandée, il semble que la soi-disant exception de nullité ne soit en réalité qu'une action en nullité exercée par la voie reconventionnelle¹²⁶⁸. Il serait en effet contestable qu'un débiteur puisse demander à être dispensé d'exécuter un contrat au motif que ce dernier est nul, sans que l'annulation soit recherchée. Le commencement d'exécution ne faisant pas obstacle à l'exception de nullité soulevée avant l'écoulement du délai pour agir¹²⁶⁹, la dispense d'exécution aurait sinon pour conséquence de laisser un contrat partiellement exécuté en accueillant le moyen de défense au fond, mais en refusant de procéder à l'annulation. Avant l'écoulement du délai, l'exception de nullité est donc nécessairement requalifiée en demande reconventionnelle de nullité afin de permettre l'effacement rétroactif des effets déjà produits par l'acte¹²⁷⁰. En clair, il s'agit d'une action en nullité exercée par la voie reconventionnelle. Or, nous avons vu que l'exercice d'une action en nullité ne dispensait pas les parties d'exécuter le contrat. Ainsi l'exception de nullité soulevée avant l'expiration du délai, dans une instance tendant à l'exécution forcée du contrat, ne devrait pas dispenser le débiteur d'exécuter le contrat. En ce sens, la Cour de cassation a jugé qu'en vertu de l'art. 43 al. 2 de la loi du 10 juillet 1965 « *le syndic est chargé d'assurer l'exécution des dispositions du règlement de copropriété* », de sorte que viole cet article la cour d'appel qui « *retient que le caractère non écrit des clauses de répartition des frais de chauffage interdit de tenir pour fautif le fait pour (une société de syndic) d'avoir procédé à l'appel des charges de chauffage sans en tenir compte* »¹²⁷¹. C'est dire qu'il n'existe pas de droit de « ne pas exécuter » le contrat au prétexte que celui-ci est nul, tant que la nullité demandée reconventionnellement n'a pas été prononcée par le juge¹²⁷². C'est d'ailleurs parce que le contrat doit être exécuté quand bien même sa validité serait contestée que le commencement d'exécution n'est pas un obstacle à la demande reconventionnelle de nullité¹²⁷³. Simplement annulable avant la décision judiciaire, il continue à produire effet.

¹²⁶⁸ En ce sens : BANDRAC (M.), *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Economica, 1986, §149 ; VICH-Y-LLADO (D.), « L'exception de nullité », *Deffrénois* 2000, p. 1265 ; THÉRON (J.) AMRANI-MEKKI (S.), *Gaz. Pal.* 2012, p. 26, note sous : Civ. 1^{ère} 4 mai 2012, n° 10-25.558, *Bull. Civ. I*, n° 99.

¹²⁶⁹ Le commencement d'exécution étant un obstacle à la perpétuité de l'exception de nullité et non à l'exception de nullité elle-même. V. *infra*, note n° 1273.

¹²⁷⁰ C'est d'ailleurs en suivant cette logique que la Cour de cassation opère la distinction entre l'exception de nullité « défense au fond » et l'exception de nullité « demande reconventionnelle ». Pour qu'elle soit qualifiée de demande reconventionnelle, encore faut-il selon les hauts magistrats qu'une demande soit faite tendant à voir se produire les effets d'une nullité, notamment le prononcé de restitutions : Cass. Ass. Plén. 22 avril 2011, n° 09-16.008, *Bull. A. P.*, n° 4 – Cass. Ass. Plén. 21 décembre 2007, n° 06-11.343, *Bull. A. P.*, n° 10.

¹²⁷¹ Civ. 3^{ème} 3 juillet 1996, n° 94-17.001, *Bull. Civ. III*, n° 171.

¹²⁷² Sauf dans l'hypothèse celui qui fait une demande reconventionnelle en nullité invoque également l'exception d'inexécution et que les conditions de celles-ci sont réunies. Mais cela relève d'une autre question et ce n'est pas l'invalidité potentielle de l'acte qui ouvre ce droit à l'inexécution temporaire.

¹²⁷³ La Cour de cassation a rappelé de nombreuses fois que le commencement d'exécution est un obstacle à la perpétuité de l'exception de nullité, et non un obstacle à l'exception de nullité elle-même. Cela signifie que si le

421. Défense au fond – Le prononcé de la nullité s'imposant tant que le délai pour agir en nullité demeure pendant, l'exception de nullité « véritable » se situerait donc toujours au-delà du délai de prescription. Conformément à l'adage *Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, consacré par la réforme du droit des contrats à l'art. 1185 du code civil, l'exception de nullité est en effet perpétuelle, ce qui implique qu'elle puisse être recherchée après l'écoulement du délai pour agir en nullité. Dans ce cas il s'agit nécessairement d'une défense au fond et non d'une demande reconventionnelle puisque l'action en nullité est prescrite. Elle permet alors seulement de faire obstacle à l'exécution d'un acte invalide¹²⁷⁴. La qualification de défense au fond est d'ailleurs préservée par la Cour de cassation qui retient que l'exception de nullité ne peut jouer qu'à condition qu'il n'y ait pas encore eu de commencement d'exécution¹²⁷⁵. Dans le cas contraire, cela reviendrait à refuser l'exécution d'un contrat partiellement exécuté, ce qui n'est pas admissible. La solution a été entérinée par la réforme du droit des contrats, l'art. 1185 précisant que « l'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution ». Dans ce cas bien particulier, la nullité-état du contrat suffit exceptionnellement à dispenser les parties d'exécuter le contrat. Il serait en effet contradictoire pour le juge d'imposer une exécution au débiteur alors que sa demande tend à faire obstacle à l'exécution d'un contrat n'ayant encore reçu aucun commencement d'exécution. La dispense d'exécution permet donc de maintenir le *statu quo ante*. Selon la juste formule de M. Mestre, l'exception de nullité a « pour vocation de pérenniser la situation d'inexécution d'un contrat originellement vicié »¹²⁷⁶. C'est dans ce cas seulement que le contrat nul tend à être confondu avec le contrat inexistant : la réalité (l'absence de commencement d'exécution) consolidée par l'écoulement du temps (la prescription du délai pour agir en nullité), finit par s'imposer comme une absence totale d'effets de droit. Il s'agit pour ainsi dire du revers de la confirmation : tandis que cette dernière permet l'exécution du contrat nul, la combinaison de la prescription de l'action en nullité et de l'exception de nullité cantonnée à l'absence

contrat a connu un début d'exécution il est toujours possible d'invoquer la nullité au moyen d'une demande reconventionnelle. En ce sens : Com. 9 mai 2018, n° 17-14.030, Inédit – Civ. 1^{ère} 12 novembre 2015, n° 14-21.725, *Bull. civ. I*, n° 276 – Civ. 1^{ère} 4 mai 2012, n° 10-25.558, *Bull. Civ. I*, n° 99 – Civ. 2^{ème} 4 décembre 2008, n° 07-20.717, *Bull. Civ. II*, n° 256 – Civ. 1^{ère} 17 juin 2010, n° 09-14.470, *Bull. Civ. I*, n° 136.

¹²⁷⁴ Un auteur a récemment proposé de consacrer une catégorie hybride, à mi-chemin entre défense au fond et demande reconventionnelle, et pouvant accueillir l'exception de nullité. Il s'agirait d'une « exception de fond » ayant pour spécificité de porter sur la dénonciation d'un vice substantiel et procéduralement cantonnée à l'absence d'un commencement d'exécution : JUREDIEU (F.), « L'exception de fond », *RTD Civ.* 2022, 795.

¹²⁷⁵ Cette solution retenue par la première chambre civile a ensuite été reprise par les autres chambres de la Cour de cassation : Civ. 1^{ère} 1^{er} décembre 1998, n° 96-17.761, *Bull. Civ. I*, n° 338 – Civ. 3^{ème} 10 mai 2001, n° 99-11.762, *Bull. Civ. III*, n° 61 – Com. 6 juin 2001, n° 98-18.928, *Bull. Civ. IV*, n° 113 – Civ. 2^{ème} 19 octobre 2006, n° 05-17.599, *Bull. Civ. II*, n° 276. Elle vaut quelle que soit l'ampleur et l'objet de l'exécution ayant eu lieu, qui peut être partielle (v. par ex : Civ. 1^{ère} 25 mars 2003, n° 00-22.312, *Bull. civ. I*, n° 88) ou simplement commencée (v. par ex. : Civ. 1^{ère} 12 novembre 2015, n° 14-21.725, arrêt préc. ; Com. 31 janv. 2017, n° 14-29.474, Publié au Bulletin) et néanmoins faire obstacle à la perpétuité de l'exception.

¹²⁷⁶ J. Mestre, *RTD civ.* 1999. 621, note sous : Civ. 1^{ère} 1^{er} décembre 1998, préc.

d'un commencement d'exécution permet l'inexécution définitive du contrat. Ce dernier reste lettre morte, un « espèce de *mutuus dissensus tacite* » s'étant finalement produit entre les parties¹²⁷⁷.

422. Pour une dispense d'observation de la norme inexistante – Mis à part le cas très particulier de l'exception de nullité, l'invalidité impose donc l'observation de la norme produite par l'acte. À l'inverse, l'inexistence est une véritable inefficacité parce qu'elle dispense les individus d'observer la norme prétendument issue de « l'acte ». Il ne nous semble en effet pas légitime d'imposer à celui qui estime n'avoir formé aucun acte juridique d'en respecter les effets potentiels. Si la formation de l'acte est contestée, il doit pouvoir refuser en toute légalité d'observer la norme prétendument née de cet acte. C'est en ce sens qu'en l'absence de remise de la chose objet d'un contrat réel, on ne saurait forcer la remise de celle-ci¹²⁷⁸. On ne saurait imposer l'exécution des obligations nées d'un contrat prétendument conclu si l'une des parties n'a pas manifesté sa volonté de manière définitive ou plus vraisemblablement, si elle se défend d'être parvenue à un accord suffisant. Cette solution serait d'autant plus choquante que, si le contrat prétendument inexistant venait à être exécuté spontanément, les juges pourraient être tentés d'y voir une reconnaissance implicite de l'existence du contrat¹²⁷⁹. Celui qui prétend ne pas être lié par un contrat doit donc pouvoir refuser légitimement d'exécuter le contrat. Reste à savoir si le droit de ne pas observer la norme impose l'exercice préalable d'une action en inexistence.

423. Sur la nécessité d'une action – Contrairement à une opinion répandue¹²⁸⁰, défendre la notion d'inexistence ne revient pas nécessairement à exclure le principe d'une action en justice tendant à son prononcé. C'est là une méprise qui provient de la définition « mythique » de l'effet de plein droit entendu comme un effet qui se produit sans formalités, notamment judiciaire¹²⁸¹. L'inexistence ne s'impose pas d'elle-même dans la mesure où elle dépend d'une absence de formation de l'acte, c'est-à-dire d'une absence de réunion des conditions imposées par l'ordre juridique. Or cette question, comme celle de la conformité de l'acte aux règles de validité, peut toujours faire l'objet d'une discussion. Le juge pourrait donc être amené à constater l'inexistence de l'acte. Comme l'a remarqué un auteur, « c'est le désaccord entre les parties, non la nature intrinsèque ou juridique de l'acte, qui impose le recours au

¹²⁷⁷ R. Libchaber, *Rev. Sociétés* 2010, p. 99, §7, note sous : Com. 10 novembre 2009, n° 08-19.583, Inédit : « Sa survie perpétuelle suppose, derrière la reprise du mot même de nullité, une transformation radicale de son mode opératoire. Les règles de procédure viennent au secours du contractant trahi, pour éviter une exécution regrettable : ce n'est plus de nullité qu'il s'agit désormais, mais d'un maintien du *statu quo* faisant barrage à toute tentative d'exécution ».

¹²⁷⁸ Civ. 1^{ère} 20 juillet 1981, arrêt préc.

¹²⁷⁹ Sur cette question, v. : LAUDE (A.), th. préc., §580 et s. Suivant cette approche, le contrat tend alors à être un simple fait juridique pour l'identification duquel « le juge s'attache non pas à l'accord de volonté, mais à la réalisation d'une opération concrète pour lui faire produire certains effets » (§592).

¹²⁸⁰ Pour mieux critiquer la notion d'inexistence, les auteurs s'appuient généralement sur le fait qu'elle repose sur un fait objectif – une absence d'acte – qui rend inutile toute action en justice. En ce sens : MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, §403 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil : Les obligations*, t. 1 – L'acte juridique, Coll. Université, Sirey, 17^{ème} éd. 2022, §523, p. 731.

¹²⁸¹ Sur l'approche mythique de l'effet de plein droit et sur son désaveu, v. : TIREL (M.), th. préc., §319 et s.

juge »¹²⁸². La consécration d'une action en inexistance est donc envisageable. Néanmoins, et c'est là le point essentiel de notre propos, cette action devrait être distinguée de l'action en nullité dans la mesure où elle ne tend pas à la même démonstration. Comme on l'a vu en distinguant les conditions de formation d'une part et les conditions de validité d'autre part, « l'acte inexistant n'est pas « plus que nul », il est « autre chose que nul » »¹²⁸³. À cet égard il nous paraît absolument nécessaire de spécialiser l'action en inexistance pour remarquer qu'elle permet d'entériner le défaut de formation d'un acte¹²⁸⁴.

424. Sur l'objet de l'action – Parce que l'action en inexistance n'a pas le même objet que l'action en nullité, l'objet du litige, au sens de l'art. 4 du code de procédure civile n'est pas le même, ce qui a évidemment une incidence sur l'office du juge. Saisi pour prononcer l'inexistence de l'acte, le juge aura un pouvoir d'appréciation plus restreint. Alors que la nullité peut naturellement être modulée en fonction des objectifs poursuivis et des effets déjà attachés à l'acte, on voit mal comment le juge pourrait refuser de prononcer l'inexistence de l'acte. L'inexistence paraît inéluctable. Elle est donc la réciproque exacte de la perfection, le juge se bornant à remarquer que le défaut de formation de l'acte juridique entraîne son inefficacité juridique. Il en résulte que « le juge ne peut en aucun cas ordonner l'exécution des normes posées par l'acte inexistant »¹²⁸⁵. Et pour cause, cet acte ne pose en réalité aucune norme. En pratique, on ferait donc plutôt face à une action en existence de l'acte. Celui qui prétend que l'acte est inexistant devrait en effet pouvoir refuser d'exécuter l'acte en question. Aucune action en justice de sa part ne devrait donc être nécessaire et il appartiendrait à celui qui demande l'exécution de ce contrat de démontrer que l'acte s'est bel et bien formé dans l'ordre juridique. L'inexistence aurait ainsi vocation à être soulevée par la voie reconventionnelle.

425. Sur la charge de la preuve – L'action en existence se singularise également par une inversion de la charge de la preuve. Si un conflit s'élève entre les parties pour savoir si un contrat a bel et bien été conclu entre elles, il incombe en effet à celui qui demande son exécution de prouver qu'un contrat s'est formé. En ce sens, l'art. 1353 du code civil énonce que « *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* ». Si une preuve de son existence peut être rapportée, il appartient alors à celui qui se prévaut de l'inexistence d'en rapporter la preuve. L'article R. 421-5 du code des assurances entérine plus spécialement cette solution en distinguant expressément la situation dans laquelle « *l'assureur*

¹²⁸² ADIDA-CANAC (H.), « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », art. préc., spéc. p. 121. En ce sens égal. : DURRY (G.), « Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », in : *Trav. Assoc. H. Capitant*, t. XIV, 1961-1962, Dalloz, p. 611, spéc. p. 625.

¹²⁸³ ADIDA-CANAC (H.), « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », art. préc., spéc. p. 107. En ce sens égal. : « L'inexistence est un état (un néant), puisque l'acte n'a pu se former. À l'inverse la nullité est la sanction d'un état différent (une existence viciée) », PELTIER (V.), « Contribution à l'étude de la notion d'inexistence en droit privé », *RRJ* 2003-3, p. 937, spéc. §14.

¹²⁸⁴ « L'inexistence pourrait encore constituer une catégorie distincte quoiqu'elle doive être constatée judiciairement si le rôle du juge n'était pas le même dans les deux cas... », CHEVALLIER (J.), « Rapport général » in : *Trav. Assoc. H. Capitant*, t. XIV, 1961-1962, Dalloz, p. 513, spéc. p. 516.

¹²⁸⁵ FRANÇOIS (C.), th. préc., §772.

entend invoquer la nullité du contrat d'assurance » (al. 1^{er} in limine), et l'hypothèse dans laquelle « l'assureur entend contester l'existence du contrat d'assurance » (al. 2 in limine). Le second alinéa précise que l'inexistence pourra être démontrée « *nonobstant la présentation par le responsable de l'accident du document justificatif mentionné à l'article R. 211-15* ». En conséquence, il revient à celui qui se prétend assuré de fournir la preuve de l'existence d'un tel contrat à son profit. Ce n'est que si cette preuve peut être rapportée que l'assureur aura à prouver son inexistence. La charge de la preuve s'avère donc distincte de celle qui vaut pour l'action en nullité, puisqu'il appartient à celui qui demande l'annulation de l'acte de prouver l'invalidité¹²⁸⁶. Cela vaut d'ailleurs que la nullité soit demandée par voie d'action ou d'exception, conformément à l'art. 9 du code de procédure civile. L'inversion de la charge de la preuve est donc une raison supplémentaire de spécialiser l'action en inexistence.

426. Sur le délai de prescription – La Cour de cassation retient parfois que l'action en inexistence est imprescriptible¹²⁸⁷. Cette défense de l'imprescriptibilité est selon nous mal fondée lorsqu'elle découle d'une assimilation de l'inexistence à une forme grave de nullité. Elle s'impose en réalité parce qu'elle est une suite logique de l'absence d'acte¹²⁸⁸. Pour le comprendre, il suffit d'imaginer les conséquences que produirait la solution inverse. Si la prescription de l'action tendant à voir reconnaître l'inexistence était admise, cela aurait pour effet de former un acte par prescription. Or, il serait choquant que des personnes puissent être considérées comme tenues par un acte auquel elles n'ont pas consenti, par le simple écoulement du temps. Si l'inexistence venait à être consacrée, elle devrait donc l'être sans limite de temps. La Cour de cassation a déjà retenu cette solution dans une affaire de donation non acceptée par le donataire. Bien que se référant à la nullité, la première chambre civile a retenu qu'il « *ne pouvait y avoir de prescription de l'action en nullité d'un acte auquel faisait défaut l'un de ses éléments essentiels* »¹²⁸⁹. Abandonnant toute référence à la nullité, qui plus est dans un arrêt publié au Bulletin, la troisième chambre civile a récemment jugé que « *la demande tendant à faire constater l'existence d'un bail commercial statutaire, né du maintien en possession du preneur à l'issue d'un bail dérogatoire, qui résulte du seul effet de l'article L. 145-5 du code de commerce, n'est pas soumise à prescription* »¹²⁹⁰.

427. Conclusion du §2 – Si l'invalidité n'affecte pas la perfection de l'acte, l'absence de réunion des conditions de formation empêche au contraire la production de tout effet de droit. La solution paraît logique dans la mesure où la réunion des conditions de formation est nécessaire pour que l'acte réalise

¹²⁸⁶ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *op. cit.*, §537 ; BÉNABENT (A.), *Droit des obligations, op. cit.*, §212.

¹²⁸⁷ En ce sens : Civ. 3^{ème} 21 mai 2014, n° 13-16.591, préc.

¹²⁸⁸ V. par ex. ADIDA-CANAC (H.), « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », art. préc., spéc. p. 120 : « L'action en inexistence d'un acte juridique ne se prescrit pas parce qu'il n'y a pas d'acte juridique. On ne peut concevoir de décider qu'on cessera un jour de pouvoir constater le néant ».

¹²⁸⁹ Civ. 1^{ère} 10 juin 1986, n° 84-14.241, *Bull. Civ. I*, n° 159.

¹²⁹⁰ Civ. 3^{ème} 25 mai 2023, n° 21-23.007, Publié au bulletin.

sa finalité. Seule une distinction claire entre la formation et la validité de l'acte, faisant place à la notion d'inexistence, permet toutefois d'arriver à cette conclusion. Celui qui invoque l'inexistence est donc logiquement dispensé d'observer la norme que l'acte auquel la perfection est déniée était censé produire. Par ailleurs, le juge ne devrait pas pouvoir imposer son observation forcée, ce qui singularise l'acte inexistant par rapport à l'acte simplement annulable et néanmoins parfait.

428. Conclusion de la section 2 – Si l'acte inexistant est insusceptible de produire le moindre effet de droit, l'acte invalide produit ses effets normaux jusqu'à ceux-ci fassent éventuellement l'objet d'une critique au moyen de l'action en nullité. L'acte inexistant se singularise donc concrètement par le fait qu'il est légitime de ne pas observer la norme à laquelle il était censé donner naissance. Comme l'a remarqué un auteur, « la justification de l'autonomie de la notion d'inexistence tient alors à la manière dont s'opère l'inefficacité de l'acte juridique au plan pratique »¹²⁹¹. Cela nous incite à plaider pour une consécration de la notion d'inexistence, qui s'avère être le revers exact du principe d'efficacité de plein droit de l'acte juridique au moment de sa formation. Faute d'être parvenu à se parfaire, l'acte juridique est inexistant et donc, dépourvu de tout effet.

429. Conclusion du Chapitre 2 – La distinction des conditions de formation et des conditions de validité s'avère donc porteuse sur le plan de l'efficacité juridique. Elle permet de remarquer que la validité correspond à un examen rétrospectif des effets de l'acte. L'acte est parfait de plein droit malgré son invalidité, parce qu'il est conforme à la norme habilitante qui prescrit des conditions de formation suffisantes pour lui faire produire des effets de droit. Ces effets peuvent toutefois être contestés, parce que l'acte méconnaît la norme validante qui conditionne sa validité. La formation de l'acte ne permet donc pas de préjuger de sa validité. Réciproquement, l'invalidité de l'acte n'empêche pas sa perfection. Le principe de concomitance entre la formation et la perfection de l'acte juridique se vérifie donc par l'étude de son revers. Si l'acte est formé, il produit immédiatement effet, sa perfection coïncidant avec sa formation. En revanche, si l'acte a échoué à se former, il est inexistant et aucun effet de droit ne peut lui être attaché. Cela nous permet de clore l'examen du régime juridique de l'acte performatif.

430. Conclusion du TITRE II – L'achèvement du processus de formation de l'acte juridique implique donc la perfection de ce dernier. On comprend alors très nettement pourquoi la formation et la perfection ont longtemps été des synonymes, alors même que la perfection semblait se rapporter à l'efficacité voire à la plénitude de l'acte. Le trouble a notamment été entretenu par l'absence de définition des « éléments essentiels » des actes juridiques ; notion qui se trouve mobilisée pour décrire aussi bien le processus de formation, que la caducité des actes juridiques. Il apparaît que, pour se former, des conditions essentielles *de formation* doivent être réunies. Celles-ci sont en principe nécessaires et suffisantes pour

¹²⁹¹ ADIDA-CANAC (H.), art. préc., p. 115.

que l'acte juridique soit parfait et réalise ainsi sa finalité. C'est ce qu'on a pu démontrer en remarquant que l'acte juridique produit ses effets dès l'instant de sa formation définitive. La formation du contrat opère une véritable « présentation » des intérêts des parties qui permet en effet à l'opération juridique de se réaliser immédiatement. En conséquence, seule l'effectivité peut éventuellement être aménagée au moyen d'un terme, auquel les parties doivent conférer un caractère certain et que le juge pourra fixer à défaut. Outre la figure contractuelle, les autres actes juridiques se présentent comme de véritables « actions » porteuses d'effet. Que l'acte soit unilatéral ou qu'il consiste dans une véritable opération à procédure, le processus de formation suffit là encore à lui faire déployer tous ses effets de plein droit. On raisonne donc comme si l'acte, « instantanément passé du néant normatif à la vie juridique, était désormais parfait et porteur de tous ses effets juridiques futurs »¹²⁹². Mais il se peut aussi que la perfection de l'acte juridique soit permise par l'insertion, au moment de sa formation, d'une condition extinctive. Si celle-ci menace la pérennité des effets, c'est aussi cette dernière qui garantit sa perfection immédiate malgré l'importance du contexte qui entoure l'acte et qui est susceptible d'évoluer. L'élément essentiel qui disparaît en cours d'exécution et entraîne la caducité de l'acte n'est donc rien d'autre qu'une condition extinctive qui, sans être une condition essentielle à la formation, est néanmoins une condition essentielle *de perfection* qui doit être prévue au moment de la formation. La découverte du principe d'efficacité de plein droit de l'acte au moment de la formation permet d'identifier une véritable alternative : faute pour l'acte d'avoir réuni les conditions nécessaires à la fois à sa formation et à sa perfection, ce dernier sera frappé d'inexistence et logiquement, insusceptible de produire le moindre effet de droit. Cela permet donc de remarquer que la validité de l'acte n'est pas une condition de sa perfection : l'acte invalide produit ses effets normaux dès l'instant de sa formation, l'examen de validité permettant simplement de faire une critique rétrospective de ses effets.

¹²⁹² OST (F.), « Temps et contrat, critique du pacte faustien », in : *La relativité du contrat*, t. 4, Travaux de l'assoc. H. Capitant, LGDJ, 2001, p. 137.

CONCLUSION

DE LA PREMIÈRE PARTIE

431. De l'acte juridique performatif – À l'issue de cette première partie, il apparaît que la perfection de l'acte juridique intervient en principe au moment de la formation définitive de celui-ci. Non pas que les termes « formation » et « perfection » soient des synonymes, mais que la perfection de l'acte soit concomitante avec sa formation. Fonctionnant à la manière d'un performatif, l'acte juridique réalise immédiatement la finalité en vue de laquelle son ou ses auteurs l'ont formé. S'il produit ses effets de plein droit, c'est parce qu'il repose sur une institutionnalisation par l'ordre juridique, lequel impose des conditions de formation qui sont à la fois *nécessaires* et *suffisantes* pour la production des effets de droit. En toute logique, cela signifie que l'acte est insusceptible de produire le moindre effet de droit avant que son processus de formation ne soit achevé. La notion d'inexistence gagnerait donc à être consacrée, ne serait-ce que pour marquer la différence qui existe entre les conditions de formation et les conditions de validité des actes juridiques. Nous avons vu en effet que, contrairement à ce que laisse supposer l'adage *quod nullum...*, l'acte invalide produit ses effets normalement. Autrement dit, la validité de l'acte n'est pas une condition de sa perfection. Sa formation seule suffit. Véritable « fait accompli », l'acte juridique n'accueille donc les revirements de volonté que de manière exceptionnelle. Sauf à ce qu'une véritable condition extinctive ait été instituée au moment de sa formation, son accomplissement entraînant la caducité de l'acte, ce dernier ne peut pas être librement révoqué. Il faut en effet tenir compte de sa perfection, et donc de la portée de l'opération juridique qui s'est réalisée. De ce point de vue, le contrat présente une véritable spécificité puisqu'il dispose d'un effet relatif qui n'est manifestement pas commun à l'ensemble des actes juridiques. Du reste, ce lien entre perfection et révocabilité de l'acte permet de comprendre pourquoi les actes unilatéraux sont par principe irrévocables : c'est parce que dès l'instant de leur formation définitive, ils réalisent une opération juridique qui atteint nécessairement la sphère d'intérêt des tiers. Ce faisant, les effets de droit sont définitivement acquis et la perfection, définitive. D'un point de vue historique, le principe de perfection immédiate de l'acte juridique n'est pas surprenant. Dans son entreprise de description des actes juridiques du droit romain, Jhering avait déjà remarqué qu'il s'agissait d'un trait caractéristique de ces derniers : « Prêts et parfaits depuis la première heure de leur existence, ils défient le passé et l'avenir. Le passé n'a plus d'influence sur eux, car ils répudient à jamais tout ce qui s'y rattache, grâce à la différence établie par ces formes entre l'acte même et les négociations préliminaires. L'avenir, non plus, ne peut les atteindre, car dès le moment de leur apparition, ils se fixent aussitôt dans toutes leurs parties et deviennent invariables. Ils repoussent toute addition ultérieure, ne souffrent ni indécision ni indétermination. Ils éliminent toute question dont

l'avenir seul pourrait amener la solution ; ils résistent à toute suspension de leurs effets, ils se dressent entiers, absolus, sur le terrain sûr et solide du présent ; leur force éclate sur le champ »¹²⁹³.

432. À l'acte juridique prospectif – Jhering remarquait toutefois qu'un acte juridique déroge très clairement à cette présentation : le testament¹²⁹⁴. On peut dès lors s'interroger sur le moment de perfection de cet acte : « quand s'accomplit la scène de performance testamentaire ? Au chevet du mourant qui dicte ses dernières volontés devant témoin et le signe ? Ou dans l'office du notaire lorsque celui-ci ouvre le testament et le lit ? »¹²⁹⁵. Il s'ouvre ici une véritable « boîte de Pandore » puisque la perfection de l'acte apparaît comme repoussée par rapport au moment où ce dernier est formé. Cela ouvre la voie à l'identification d'une seconde catégorie d'actes juridiques qui ont une fonction d'anticipation¹²⁹⁶. D'ailleurs, l'emploi du terme parfait pour désigner le moment de réalisation de sa finalité par l'acte juridique ne serait pas complètement justifié si la perfection était toujours concomitante avec la formation. On dirait simplement que l'acte est formé pour signifier qu'il a réalisé sa finalité. Or, il se trouve que dans certains cas l'acte formé demeure imparfait. Outre les quelques exceptions que nous avons d'ores et déjà mises en évidence, il faut voir que la concomitance entre formation définitive et perfection est écartée en tout état de cause pour certains actes dont la propriété principale est de procéder à une projection ou une anticipation. Partant, la perfection immédiate ne serait donc qu'une caractéristique des actes juridiques performatifs, un autre mode opératoire étant possible. C'est ce que va permettre d'affirmer la découverte d'une autre catégorie d'actes – les actes prospectifs – qui se forment dans un premier temps et ne deviennent parfaits qu'à l'issue d'une période d'*imperfection* dont l'issue est *éventuelle*.

¹²⁹³ JHERING (R. Von), *L'esprit du droit romain, op. cit.*, §63, p. 173.

¹²⁹⁴ « Lorsque les conditions légales de l'acte juridique sont réunies, l'acte *existe*, il se manifeste par ses *effets*. Il est donc logiquement impossible que l'existence de l'acte ou que ses effets soient suspendus. (...). Seul, le testament s'écarte de ce principe, grâce à cette considération qu'il a pour domaine l'avenir », *Ibid.*, §63, p. 170-171 (en italique dans le texte).

¹²⁹⁵ FRAENKEL (B.), « Actes écrits, actes oraux : la performativité à l'épreuve de l'écriture », *Études de communication*, 2006, p. 29, spéc. §23.

¹²⁹⁶ Jhering assignait une fonction d'anticipation similaire à la promesse conditionnelle : « Lorsque le dessein de conclure un acte est suspendu par suite de certaines circonstances qui ne doivent se réaliser que dans l'avenir, le droit ne permet au commerce juridique que de conclure cet acte par anticipation sous la forme de *promesse conditionnelle* », *Ibid.* §63, p. 64 (en italique dans le texte).

DEUXIÈME PARTIE

L'ACTE PROSPECTIF : UNE PERFECTION ÉVENTUELLE

433. Limites de la *Théorie des actes de langage* – Nous avons vu que l'acte juridique fonctionne généralement comme un performatif : il existe une concomitance entre la formation définitive de l'acte et la réalisation de l'opération juridique qui en est la finalité (le *negotium*), c'est-à-dire sa perfection. Ce faisant, l'acte produit un résultat juridique qui lui est consécutif, immédiat et dans une certaine mesure, irréversible. En somme, il réalise l'opération juridique de plein droit dès sa formation définitive. Toutefois ce mode opératoire n'est pas systématique et surtout, il n'est pas toujours adapté à la fin poursuivie. Certains actes se forment définitivement dans un premier temps, mais cela ne suffit pas à leur faire produire le résultat recherché, de sorte qu'il existe une discordance entre leur formation et leur perfection. Le testament en est un exemple caractéristique puisque sa rédaction précède naturellement le moment de son efficacité. C'est en ce sens que l'on peut qualifier cet acte de « prospectif », parce qu'il permet à son auteur de consentir à une opération dont la réalisation n'est pas encore acquise, mais qu'il cherche néanmoins à atteindre¹²⁹⁷. Par la formation de l'acte, son auteur est donc tourné vers l'avenir, il anticipe ce dernier¹²⁹⁸. Aussi n'est-il pas dans une attitude passive de projection : il agit immédiatement en vue de réalisations futures¹²⁹⁹. Ce phénomène est bien connu dans l'exemple évoqué, mais il n'en interroge pas moins sur les répercussions que produit une telle dissociation sur le mode opératoire de l'acte juridique. À la suite de M. Libchaber, il est donc permis de s'interroger : « l'acceptation de la durée implique-t-elle une modification dans le mode opératoire du contrat »¹³⁰⁰, plus largement de l'acte juridique ? Il semble que ce soit le cas, la réalisation de la finalité de l'acte étant marquée à la fois par une temporalité et par une éventualité.

434. La temporalité – Le rapport de l'acte juridique au temps est déjà et depuis longtemps l'objet de travaux doctrinaux¹³⁰¹, destinés notamment à nuancer l'approche instantanéiste du contrat par le Code civil¹³⁰². Il a pu être démontré que le temps affecte tantôt la procédure de formation du contrat, tantôt

¹²⁹⁷ En ce sens mais à propos de la loi : RASTOPOULOS (T.), *L'entrée en vigueur de la loi, Contribution à l'étude de la loi*, Nvll. Bibl. de thèses, vol. 198, Dalloz, 2020, §271. L'auteur remarque qu'un laps de temps existe entre la promulgation, qui fait exister la loi, et son entrée en vigueur. Ce faisant il note que « la promulgation a un double aspect temporel, à la fois *retrospectif* et *prospectif* : elle marque la fin de la procédure d'édition de la loi et, symétriquement, le point à compter duquel la loi peut remplir les conditions de son entrée en vigueur ».

¹²⁹⁸ *Dictionnaire Larousse*, « Prospectif », « ce qui est orienté vers l'avenir, qui anticipe sur l'avenir ».

¹²⁹⁹ Sur cette idée : BARRAUD (B.), *La prospective juridique*, Coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2019, spéc. p. 13 ; DE JOUVENEL (H.), *Invitation à la prospective*, Coll. Perspectives, Futuribles, 2004, spéc. p. 7.

¹³⁰⁰ LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les effets du contrat », *Mél. J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211, spéc. §18.

¹³⁰¹ CRESP (M.), *Le temps juridique en droit privé, Essai d'une théorie générale*, PUAM, 2013.

¹³⁰² Sur cette question v. not. : HÉBRAUD (P.), « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », *Études P. Kayzer*, PUAM, 1979, t. II, p. 1 ; Assoc. H. Capitant, *Le temps et le droit*, Journées nationales, t. XVIII, Dijon, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014 ; OST (F.), « Les multiples temps du droit », in : *Le droit et le futur*,

l'exécution des obligations : les contrats ne se forment pas et ne s'exécutent pas toujours en un trait de temps¹³⁰³. L'identification de la catégorie des actes juridiques prospectifs doit permettre de prolonger cette réflexion, en optant pour une approche plus large à double titre. D'une part, en nous basant sur la notion générale d'acte juridique. D'autre part, en remarquant que l'écoulement du temps ne se contente pas d'échelonner les effets de l'acte, mais qu'il reporte plus fondamentalement sa perfection sans pour autant affecter son processus de formation. Une scission entre formation et perfection apparaît donc puisque l'acte ne *fait* pas en même temps qu'il *est*. Bien au contraire, il *fera* après avoir *été*. Il convient toutefois de noter que la dissociation entre formation et perfection n'est pas un état de l'acte que l'on pourrait retrouver dans tous les actes juridiques, comme une propriété qui pourrait leur être attachée au gré des circonstances. Il ne s'agit pas d'un défaut, mais au contraire d'une constante, d'une propriété inhérente à la qualification de certains actes. Comme nous l'avons remarqué brièvement, le testament permet de figer la volonté du *de cuius* de son vivant, la finalité n'opérant qu'au décès. L'acte existe dans l'ordre juridique, mais il est latent, en attente de réalisation, ce qui est inhérent à sa qualification. C'est le cas également de trois autres actes. De la promesse, qui permet aux parties de reporter la réalisation d'une opération contractuelle à une époque ultérieure, ce qui se révèle fort utile pour une série de raisons : attente d'un accord de prêt, d'une autorisation administrative, de la purge d'un droit de préemption, etc. De l'offre de contrat, qui permet à son auteur d'arrêter sa volonté en vue d'un contrat dont il recherche la conclusion, ce qui n'advient qu'à la condition qu'une acceptation survienne. Du contrat de mariage enfin, qui permet aux futurs époux de prévoir leur régime matrimonial, mais qui ne prendra effet qu'au moment de la célébration du mariage. Cette prise d'effet différée, suspendue à un événement dont la survenance est incertaine, nous amène sur le terrain de l'éventualité.

435. L'éventualité – Des auteurs se sont intéressés à la question du droit éventuel pour tenter de cerner les contours de cette notion paradoxale¹³⁰⁴. Dans les hypothèses que nous étudions désormais, c'est plus largement l'opération à réaliser par l'acte qui est éventuelle au moment où il se forme, parce qu'elle dépend de la survenance d'un événement que l'auteur ne maîtrise pas, du moins pas complètement. Il n'existe donc pas un simple report de la réalisation de la finalité, mais une véritable éventualité. Lorsque l'acte est formé, il n'existe aucune certitude sur la réalisation future de l'opération. L'acte permet seulement à son auteur de consentir à ce qu'une certaine finalité advienne, sans qu'il soit pour autant le maître de sa réalisation effective. Un événement, *eventus* en latin, rend la finalité de l'acte éventuelle,

Travaux et recherches de l'univ. de droit d'économie et de sciences sociales de Paris, PUF, 1985, p. 115 ; HAUSER (J.), « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique », *Mél. Ellul*, PUF, 1983, p. 503.

¹³⁰³ Comme le note un auteur, « le code civil n'a pas organisé les contrats non instantanés, à l'exception des *modalités* qui les affectent », NAJJAR (I.), « L'éventuel », *D.* 2012. 758.

¹³⁰⁴ Paradoxale, parce qu'on peut se demander si un droit ne doit pas, par essence, être certain pour son titulaire afin de conserver sa nature de droit. Sur cette question, v. not. : VERDIER (J.-M.), *Les droits éventuels : contribution à l'étude de la formation successive des droits*, Rousseau, Paris, 1955 ; DEMOGUE (R.), « Des contrats provisoires », *Études Capitant*, Dalloz, 1938, p. 159 ; « Nature et effets des droits éventuels », *RTD Civ.* 1906. 231 ; « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD Civ.* 1905. 723.

eventualis. Comme son étymologie l'indique, la finalité est « *non encore née (mais possible)* »¹³⁰⁵. L'acte n'en demeure pas moins complètement formé : il existe juridiquement, toutes les conditions mises par l'ordre juridique à sa formation ayant été accomplies. Les circonstances qui entourent l'acte, généralement propices à son efficacité immédiate, ne le sont donc pas dans ce cas de figure. L'efficacité de l'acte apparaît comme subordonnée à un certain contexte dont l'avènement demeure éventuel au stade de la formation¹³⁰⁶. Du fait de cette éventualité, une alternative apparaît quant au devenir de l'acte. Il se peut en effet que l'acte parvienne à se parfaire par la survenance de l'événement qui conditionnait jusqu'alors l'accomplissement de la finalité. Mais il se peut aussi que l'acte échoue à se parfaire faute pour cet événement de s'être produit. Dans ce cas, la finalité recherchée par l'auteur ne se réalisera pas. Ce n'est donc pas seulement le mythe de l'acte efficace immédiatement qui peut être nuancé, mais aussi le mythe de l'acte efficace irrémédiablement, car il se peut que les effets recherchés n'adviennent jamais.

436. Plan – Le caractère prospectif de l'acte juridique implique de mettre en avant la temporalité et l'éventualité qui affectent son mode opératoire. Ainsi nous nous attacherons à démontrer l'un et l'autre, en remarquant tout d'abord le phénomène de discordance qui existe entre la formation et la perfection de l'acte juridique (Titre 1) puis en remarquant qu'étant imparfait, l'acte prospectif se trouve face à une alternative générée par l'événement perfecteur : il peut se parfaire ou devenir caduc (Titre 2).

¹³⁰⁵ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, dir. G. Cornu, Quadriga, PUF, 14^{ème} éd. 2022, « Événuel ».

¹³⁰⁶ Sur l'importance des circonstances qui entourent l'acte et contribuent à l'inscrire dans la durée, v. : MAUMONT (B.), *L'acte juridique en droit des personnes et de la famille*, th. dactyl., Bordeaux, 2015, §866 et s. L'auteur note que la « technique contractuelle » est insuffisante pour expliquer le rôle des circonstances, rappelant que l'acte juridique est une notion *générale* qui gagnerait à être étudiée sans focalisation excessive sur le contrat.

TITRE I

UNE DISCORDANCE ENTRE FORMATION ET PERFECTION

437. Notion d'acte prospectif – Certains actes juridiques présentent une discordance entre leur formation et leur perfection. Dans ce cas l'acte peut être qualifié de « prospectif » : il se forme dans un premier temps, mais ne réalise sa finalité que dans un second temps. Il dispose donc d'un mode opératoire tout à fait original qui mérite d'être mis en évidence, car il s'inscrit en opposition avec l'approche classique de l'acte juridique.

438. Une catégorie résiduelle – Au contraire de la catégorie des actes performatifs, la catégorie des actes prospectifs est une catégorie résiduelle¹³⁰⁷, à laquelle appartiennent l'offre de contrat, le contrat de promesse, le testament et le contrat de mariage. On sait tout d'abord les interrogations qui affectent l'**offre de contrat**. On peine à savoir si l'offre dispose d'une efficacité propre, en somme si elle réalise une véritable opération juridique, ou si elle n'est qu'un fragment d'acte juridique. Cette question étant difficile à trancher, on se contente souvent d'affirmer que « celui qui fait l'offre s'engage sous la condition d'acceptation »¹³⁰⁸, ce qui ne règle pas la question de sa nature juridique ni de son mode opératoire. La qualification comme acte juridique prospectif pourrait ici permettre de répondre à cette question, à condition de remarquer que l'offre est un acte juridique qui épuise son effet non pas seulement dans la proposition de contrat qu'elle véhicule, mais dans la naissance du contrat, qui constitue sa finalité. Une telle qualification pourrait aussi permettre de voir sous un jour nouveau certaines questions afférentes au fonctionnement de la **promesse de contrat**¹³⁰⁹. Si les débats autour de sa nature juridique semblent aujourd'hui épuisés grâce à la conceptualisation des prérogatives auxquels le contrat est susceptible de donner naissance¹³¹⁰, une analyse *via* la qualification d'acte imparfait nous semble préférable. La promesse ne serait pas un avant-contrat, mais un contrat en la forme imparfaite, permettant aux parties de subordonner l'opération contractuelle (vente, prêt, etc.) à une circonstance particulière (survenance d'un événement, levée de l'option). Cette même dissociation entre formation et perfection nous semble également pouvoir servir de clé de lecture pour l'efficacité du **testament**. Comme l'a remarqué un auteur, « il y a deux moments décisifs dans l'acte de dernière volonté : sa confection et le décès de son auteur »¹³¹¹. Complet et donc

¹³⁰⁷ Que la *summa divisio* proposée repose sur une catégorie limitative et une catégorie ouverte (de principe) n'est selon nous pas dirimant. Il n'est pas rare en effet que les classifications soient fondées à partir d'une catégorie principale et d'une catégorie résiduelle. Il en est ainsi de la distinction entre les immeubles et les meubles, ou encore de la distinction entre les actes et les faits juridiques.

¹³⁰⁸ SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, 1901, p. 179.

¹³⁰⁹ Il convient de rappeler que le qualificatif de promesse ne convient pas à la désignation du contrat à terme et à l'accord de principe (v. *supra*, n° 289). Nous justifierons cette restriction plus avant, v. *infra*, n° 478 et s.

¹³¹⁰ Sur la notion de prérogative contractuelle et le renouvellement de l'analyse de la promesse unilatérale, v. : MOLINA (L.), *La prérogative contractuelle*, Bibl. de dr. privé, t. 619, LGDJ, 2022, spéc. §166 et s.

¹³¹¹ BAHUREL (Ch.), *Les volontés des morts, Vouloir pour le temps où on ne sera plus*, Bibl. de dr. privé, t. 557, LGDJ, 2014, §440. Dans le même sens : NICOD (M.), « Règles de fond des testaments : notion et capacité », in : GRIMALDI (M.) (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 5^{ème} éd. 2015-2016, n° 322.12 : « Par suite, il

définitivement formé dès sa rédaction, l'acte serait en réalité imparfait jusqu'au décès de son auteur, sa finalité résidant dans la réalisation du legs. Enfin, la qualification d'acte prospectif nous semble appropriée pour le **contrat de mariage**. « Définitivement conclu et établi avant le mariage, le contrat de mariage est un véritable contrat dont les effets sont seulement reportés dans le temps »¹³¹². La dissociation perçue pour chacun de ces actes, entre leur formation et la réalisation de leurs effets très divers, est en elle-même banale. Pourtant, ces hypothèses pourraient être regroupées sous la bannière des actes juridiques prospectifs et bénéficier ainsi d'une étude unitaire.

439. Un régime spécifique – L'intérêt d'isoler la catégorie des actes prospectifs réside dans l'élaboration d'un régime juridique propre. Sans empiéter sur nos développements à venir, il nous semble notamment que l'imperfection de l'acte unilatéral puisse être déterminante du droit pour son auteur de le révoquer, ayant été démontré que la perfection de l'acte unilatéral justifiait classiquement son irrévocabilité¹³¹³. La dissociation relevée entre la formation et la perfection donnant naissance à une situation « d'entre deux », il nous semble également que l'imperfection de l'acte puisse expliquer pourquoi les actes énumérés produisent des effets de droit intermédiaires, qui ne se confondent pas avec la finalité recherchée. Enfin, et pour s'en tenir à ces quelques exemples, il nous semble que l'imperfection explique pourquoi ils doivent obéir à une certaine « complétude ». Leur statut d'actes définitivement formés justifie en effet qu'ils soient « en ordre de bataille », c'est-à-dire aptes à produire effet. En définitive, faute pour l'acte d'avoir produit effet de plein droit malgré sa formation définitive, il s'ouvre une période d'imperfection dont le statut et les incidences sur le régime de l'acte doivent être précisés. Dans cette optique, il conviendra d'adopter une approche volontairement nuancée : l'imperfection de l'acte n'a pas vocation à tout expliquer. Mais cumulée à d'autres critères – tel que la présence ou l'absence d'un engagement d'ores et déjà acquis lors de la formation, elle pourrait permettre de régler un certain nombre de questions aux incidences pratiques majeures. Ces questions sont d'autant plus importantes que les actes envisagés sont loin d'être anodins et rythment assurément la vie juridique de nombre d'individus.

440. Plan – L'imperfection des actes précités devra tout d'abord faire l'objet d'une démonstration visant à mettre en évidence la discordance entre la formation et la perfection (Chapitre 1). Partant, il faudra préciser les conséquences théoriques et pratiques de l'imperfection (Chapitre 2).

y a deux temps dans la perfection de l'acte testamentaire : la rédaction de l'instrument et le décès du scripteur » ; *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Testament », M. NICOD, 2021, §4 : « Avant le décès de son auteur, l'écrit testamentaire ne produit aucun effet. Il n'a pas encore atteint sa perfection, et le testateur reste libre de le modifier ou de l'anéantir » ; §7 : « Du vivant du testateur, le testament n'est qu'un acte imparfait, provisoire, toujours révocable ».

¹³¹² GRIMALDI (M.) (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 5^{ème} éd. 2015-2016, n° 122.12.

¹³¹³ V. *supra*, n° 330 et s.

CHAPITRE 1

La démonstration de l'imperfection

441. Démonstration en deux temps – Les actes prospectifs présentent une dissociation entre leur formation et leur perfection : alors même que le processus de leur formation est achevé, permettant de les doter de force obligatoire, ils ne réalisent pas encore l'opération juridique recherchée. Le caractère non définitif de l'acte se présente ainsi comme une « manière d'être de ce dernier »¹³¹⁴, ce qui suppose évidemment que l'acte « soit », c'est-à-dire qu'il existe dans l'ordre juridique. Ce faisant, l'acte prospectif est imparfait : formé, mais pas encore parfait. Pour démontrer l'existence d'une telle discordance entre la formation (ou force obligatoire) et la perfection, une démonstration en deux temps est nécessaire : il convient tout d'abord de démontrer que les actes précités sont définitivement formés (Section 1), avant de s'assurer que, *dans le même temps*, ils ne réalisent pas encore l'opération recherchée (Section 2).

Section 1

Des actes définitivement formés

442. Premier temps : la formation – La qualification d'acte juridique prospectif impose tout d'abord de démontrer qu'il s'agit d'actes dont la formation est achevée. Cette question n'est pas évidente pour l'offre de contrat, dont la nature juridique est discutée depuis longtemps. Peut-on dire qu'il s'agit d'un acte définitivement formé avant qu'elle ne soit acceptée ? La question s'avère délicate parce que le contrat issu de la rencontre entre l'offre et l'acceptation est lui-même un acte juridique. Le testament se forme-t-il définitivement par le décès du testateur, voire par l'acceptation du légataire, ou est-il formé du vivant du testateur ? Là encore la réponse s'avère incertaine, car le testament est essentiellement révocable jusqu'au décès de son auteur. La question se pose en termes identiques pour le contrat de mariage, dont l'utilité et l'efficacité sont indissociables de la célébration du mariage. Enfin, le processus de formation du contrat de promesse comporte de nombreuses zones d'ombres malgré les riches débats doctrinaux dont il a été l'objet¹³¹⁵. La promesse constitue-t-elle un contrat complètement formé avant la formation du contrat définitif ou s'agit-il d'un seul et même contrat dont la formation est progressive ? Dans chacune de ces situations, la volonté ne s'épanouit pas immédiatement, d'où des interrogations légitimes sur l'achèvement du processus de formation de l'acte. Il convient toutefois de voir que les actes étudiés sont définitivement formés avant le moment de leur prise d'effet, ce qui signifie que le stade du simple projet d'acte juridique est dépassé (§1) et qu'ils ont d'ores et déjà force obligatoire (§2).

¹³¹⁴ L'expression est empruntée à Mme Izorche : « Contrats conditionnels et définitifs », *RTD com.* 1998. 521.

¹³¹⁵ Sur lesquels, v. *infra*, n° 481 et n° 497.

§1 - LE STADE DU PROJET DÉPASSÉ

443. Projet d'acte : rappel – Nous avons déjà pu remarquer que l'acte demeurant à l'état de projet est inexistant¹³¹⁶. Pour retenir la qualification d'acte prospectif à l'endroit des actes que nous étudions désormais, il faut donc vérifier qu'ils ne constituent pas de simples projets d'actes, auquel cas leur absence d'effets serait tout à fait normale. L'acte ne serait pas un acte imparfait, mais tout simplement un acte en cours de formation. Le dépassement du stade du projet ne fait aucun doute pour le contrat de promesse, la doctrine et la jurisprudence admettant depuis longtemps qu'il s'agit d'un contrat à part entière¹³¹⁷. Il n'en va pas de même en revanche s'agissant du testament avant le décès, du contrat de mariage avant la célébration et surtout de l'offre de contrat avant toute acceptation. Nous verrons toutefois que leur qualification de simple manifestation de volonté est contestable (A) ; leur statut d'acte définitivement formé étant notamment révélée par le moment où leur validité est appréciée (B).

A - La volonté définitivement manifestée

444. La formation de l'acte juridique repose *a minima* sur une manifestation de volonté. Néanmoins l'acte juridique *peut et doit* être distingué de la manifestation de volonté. En l'occurrence il convient de voir que le contrat de mariage (1), le testament (2) et l'offre de contrat (3) ne sont pas de simples manifestations de volonté constitutives d'un projet d'acte, mais sont des actes juridiques à part entière.

1 - Le contrat de mariage

445. Un projet d'acte ? – À première vue il ne fait pas de doute que le contrat de mariage est un contrat. Néanmoins nous avons déjà remarqué que la qualification de contrat était parfois abusive, notamment en présence d'un acte juridique complexe qui repose sur un accord insuffisant pour le former¹³¹⁸. Qu'un accord puisse être identifié ne suffit donc pas à démontrer l'existence d'un acte juridique. Or, le contrat de mariage

¹³¹⁶ STOFFEL (J.-N.), *Le projet d'acte juridique (étude de droit privé)*, PUAM, 2020, §17, « En tant que manifestation de volonté pré acte juridique, le projet suppose l'inexistence de l'acte juridique envisagé ». V. *supra*, n° 254.

¹³¹⁷ FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, t. 1 : Contrat et engagement unilatéral*, Thémis droit, PUF, 6^{ème} éd., 2021, §391 ; RAYNARD (J.) SEUBE (J.-B.), *Droit des contrats spéciaux*, LexisNexis, 10^{ème} éd. 2019, §52 ; BÉNABENT (A.), *Droit des contrats civils et commerciaux*, Précis Domat, LGDJ, 14^{ème} éd. 2021, §86 ; MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, Cours Dalloz, 13^{ème} éd. 2022, §62 ; FAGES (B.), *Droit des obligations*, LGDJ, Lextenso, 12^{ème} éd. 2022, §60 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligations*, Coll. Droit civil, LGDJ, 12^{ème} éd., 2022, §262-263 ; HOUTCIEFF (D.), *Droit des contrats*, Coll. Paradigme, Bruylant, 7^{ème} éd. 2022, §196 et §218. Cette qualification se trouvera confirmée par l'identification du moment où elle déploie sa force obligatoire. V. *infra*, n° 481 et s.

¹³¹⁸ Sur ce constat : v. *supra*, n° 252.

est toujours rédigé en vue du mariage, antérieurement à sa célébration¹³¹⁹. Au moment de sa rédaction devant notaire, les époux ne font donc que prédéfinir le régime matrimonial qui s'appliquera à compter du mariage. Cette pré rédaction du contrat incite ainsi à envisager la qualification de projet d'acte. Le soi-disant contrat ne serait alors qu'une déclaration d'intention, la conséquence principale étant la nécessité pour ses auteurs d'exprimer leur consentement pour que l'acte se forme véritablement. L'officier d'état civil doit d'ailleurs interpellier les parties au cours de la célébration, pour savoir si elles ont procédé à la rédaction d'un contrat de mariage, comme pour le faire définitivement exister (art. 75 al. 4 c. civ.). Il n'est donc pas interdit de penser que cette déclaration commune des époux est *constitutive* de ce contrat.

446. Un acte réglant les effets d'un mariage en projet – Si la qualification de projet d'acte juridique est tentante eu égard aux circonstances qui assurent le différemment des effets de droit¹³²⁰, les auteurs excluent généralement cette qualification et admettent que le contrat est définitif au moment de sa rédaction¹³²¹. Pour preuve que la déclaration conjointe devant l'officier d'état civil n'est pas constitutive d'un consentement au contrat de mariage, il convient de voir que si les époux omettent de faire cette déclaration, cela ne constitue qu'une erreur matérielle dans l'acte de mariage (art. 76 al. 2 et 99-1 c. civ.). Elle peut donc être rectifiée sans que cela n'ait d'incidence sur l'existence du contrat. Finalement, c'est bien plutôt le mariage qui demeure à l'état de projet¹³²², les parties étant encore libre de renoncer à se marier. Au contraire, les futurs époux ont dépassé le simple stade du projet d'acte s'agissant du contrat de mariage.

2 - Le testament

447. Un projet d'acte ? – S'agissant du testament, la qualification de projet d'acte ou de simple manifestation de volonté ne valant pas l'acte définitif peut également être envisagée parce que, là encore, l'émission de la volonté précède très largement la production des effets¹³²³. Le testament ne sera recherché, ouvert et lu qu'au décès de son auteur, lorsqu'il sera temps de régler la succession¹³²⁴. Il se pourrait donc

¹³¹⁹ Art. 1395 c. civ. : « *les conventions matrimoniales doivent être rédigées avant la célébration du mariage et ne peuvent prendre effet qu'au jour de cette célébration* ».

¹³²⁰ DAURIAC (I.), *Droit des régimes matrimoniaux et du PACS*, Manuel LGDJ, 5^{ème} éd. 2017, §225.

¹³²¹ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2019, §194 ; BLANCHARD (Ch.), *Droit des régimes matrimoniaux*, LexisNexis, 2021, §283 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), PETERKA (N.), *Droit des régimes matrimoniaux*, Coll. Droit civil, LGDJ, 8^{ème} éd. 2021, §95.

¹³²² En ce sens : *JurisClasseur Civil Code*, Art. 1394 et 1395, Fasc. unique : CONTRAT DE MARIAGE, Forme. Publicité. Antériorité, M. Storck, §23.

¹³²³ Des auteurs considèrent même que la volonté n'est véritablement émise qu'au décès : VOIRIN (P.), « Évolution de la cause des libéralités postérieurement à la donation ou au testament », *Études Capitant*, Dalloz, 1939, p. 895.

¹³²⁴ C'est souvent à raison de cette absence d'effet que l'on parle de projet : TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), GAUDEMET (S.), *Droit civil – Les successions, Les libéralités*, Précis Dalloz, 4^{ème} éd. 2013, §410, « Jusqu'à son décès, le testament n'est qu'un simple projet sans aucune efficacité et nul, autre que le testateur, n'a à connaître de celui-ci ». Cette qualification est abusive dès lors que l'acte a force obligatoire : GRIMALDI (M.), « Les dernières volontés », in : *Écrits G. Cornu, Droit civil, procédure, linguistique juridique*, PUF, 1994, p. 177.

que le testament ne soit qu'une déclaration d'intention. Pourtant, la rédaction anticipée et l'absence d'effet immédiat de l'acte juridique ne peuvent suffire à qualifier le testament de simple projet d'acte.

448. Un acte réglant les conséquences du décès – La raison d'être de la pré rédaction du testament relève de l'évidence : ne pouvant plus émettre sa volonté après son décès, le *de cuius* doit la manifester de son vivant. Pour cela il la fige dans un instrument – au sens technique du terme, apte à faire valoir sa volonté au-delà de la mort. Si on s'attarde sur la psychologie de l'auteur, on voit bien que le testament n'a rien d'une déclaration provisoire, tenue par son auteur comme n'étant pas définitive. Bien sûr il a tout à fait conscience que le testament restera lettre morte jusqu'à son décès et qu'il peut rédiger un nouveau testament pour faire évoluer ses dernières volontés. Néanmoins il sait tout autant que, sauf volonté contraire de sa part intervenue d'ici le décès, le testament sera rendu efficace. Par ailleurs, si le testament était un simple projet, il faudrait encore que l'auteur manifeste sa volonté pour ainsi dire « finale » ou « définitive », ce qui n'est évidemment pas le cas. Le testament est donc bien plus qu'un simple projet d'acte.

449. Le testament « en projet » – Si le testament demeure à l'état de projet, c'est dans l'hypothèse où son auteur n'en a pas achevé la rédaction. Ce sera le cas par exemple si le testament rédigé par le testateur lui-même n'a pas encore donné lieu à un acte de suscription, dont on sait qu'il est essentiel à la formation définitive du testament mystique¹³²⁵. Ce sera le cas également si l'auteur du testament se présente à l'étude du notaire en vue de rédiger un testament en la forme authentique avec un brouillon. Tant qu'il n'a pas été dicté au notaire et retranscrit par celui-ci, il demeure à l'état de projet¹³²⁶. Par ailleurs, une fois rédigé, celui-ci doit encore être signé. La présence d'une signature, essentielle à sa validité, est généralement l'indice de la formation définitive du testament. Elle est considérée comme « *la marque de l'approbation personnelle et définitive du contenu de l'acte et de la volonté de s'en approprier les termes* »¹³²⁷. Cela signifie qu'à défaut de signature, il n'y a qu'un projet¹³²⁸. Mis à part ces cas précis, la Cour de cassation développe une approche souple s'agissant du passage d'un simple projet au testament définitif. Dans une affaire où le testateur avait usé de formules incohérentes, de ratures et avait indiqué « *vouloir commencer à faire son testament* », elle avait en effet cassé l'arrêt par lequel la cour d'appel avait retenu qu'il constituait un « *projet de testament, une esquisse* »¹³²⁹. Les hauts magistrats ont retenu « *qu'il n'était nécessaire, pour que la*

¹³²⁵ Répertoire JCl. Notarial, Fasc. 60, Testaments, J.-F. Montredon et S. Mazeaud-Leveneur, n° 27.

¹³²⁶ Civ. 1^{ère} 22 mai 1973, n° 72-11.236, Bull. Civ. I, n° 175 ; JCP N 1974, prat. 5765. C'est d'ailleurs parce qu'il n'est qu'un projet, que le testateur doit reprendre afin de former l'acte juridique, qu'il peut être rédigé par un tiers, en ce sens : Civ. 1^{ère} 6 juin 1990, n° 88-19.440, Bull. Civ. I, n° 149 ; Defrénois 1990, art. 34951, note X. Savatier.

¹³²⁷ Civ. 1^{ère} 16 mars 2004, n° 02-13.387, Inédit.

¹³²⁸ Civ. 1^{ère} 9 novembre 1982, n° 81-14.085, Bull. Civ. I, n° 327 ; JCP N 1983, p. 449 – Civ. 1^{ère} 7 juin 1995, n° 93-13.256, Bull. Civ. I, n° 248 ; Defrénois 1996, art. 36277, note J. Hauser. Seul semble faire exception le testament en la forme authentique. La signature du notaire suffit en principe à attester de la volonté du testateur. C'est donc bien plutôt si la signature du notaire fait défaut que le testament sera demeuré à l'état de projet. En ce sens : GRIMALDI (M.), « Le testament et le cyber-notaire », *Études Huet*, LGDJ, Lextenso, 2017, p. 211, spéc. p. 213.

¹³²⁹ Civ. 1^{ère} 5 novembre 1996, n° 94-21.089, Bull. civ. I, n° 384 ; D. 1997, somm. 366, obs. M. Nicod ; JCP N 1998. 1710, chron. R. Le Guidec ; RTD Civ. 1999. 169, note J. Patarin ; JCP N 1998, p. 171, obs. Périnet-Marquet.

volonté de la testatrice soit valablement exprimée dans l'acte litigieux, (...) que cette volonté fût clairement exprimée, dès lors qu'il incombait aux juges du fond d'interpréter l'acte ». La Cour de cassation a également approuvé une cour d'appel d'avoir qualifié le testament d'acte définitif alors que le testateur avait transmis son testament préalablement rédigé au notaire, en lui demandant « de bien vouloir le vérifier, afin de le rendre conforme aux lois et qu'il ne puisse être contesté »¹³³⁰. Elle a même admis la formation définitive de l'acte dans une espèce où le testateur avait lui-même qualifié son écrit de projet de testament¹³³¹. Si le testament est un simple projet d'acte, c'est donc uniquement dans l'hypothèse où son auteur ne tient pas sa volonté pour définitive, ce que la jurisprudence tend à cantonner à l'hypothèse dans laquelle le testament n'est pas signé. Bien que la frontière entre le simple projet et l'acte définitif ne soit pas facile à tracer, il ressort toutefois avec évidence que le testament n'est pas *en lui-même* un projet d'acte.

3 - L'offre de contrat

450. Un acte en vue du contrat – La question demeure ouverte de savoir quelle est la nature juridique de l'offre contractuelle. Trois approches doctrinales concurrentes peuvent être identifiées. Certains auteurs optent pour une qualification unique : soit comme acte juridique¹³³², soit comme fait juridique¹³³³. D'autres estiment que la nature juridique de l'offre dépend de certains paramètres : l'offre est tantôt un acte, tantôt un fait juridique¹³³⁴. D'autres, enfin, ne précisent pas sa nature juridique et se réfèrent seulement à la « valeur de l'offre », en particulier depuis que la réforme de 2016 en a donné une définition et a détaillé son régime juridique¹³³⁵. On peut s'interroger sur la pertinence de ces deux dernières solutions. Le procédé

¹³³⁰ Civ. 1^{ère} 13 avril 1988, *Bull. Civ. I*, n° 100.

¹³³¹ Req. 20 juillet 1943, S. 1945. 1. 9. Dans cette affaire le document énonçait la chose suivante : « n'ayant jusqu'à ce jour pas encore fait mon testament, j'exprime par la présente mes volontés en attendant d'écrire bientôt mon testament en bonne et due forme ». La jurisprudence est néanmoins fluctuante car dans un arrêt plus récent la Cour a qualifié le testament de simple projet parce que son auteur avait qualifié celui-ci « brouillon », de sorte qu'ayant un « caractère nécessairement provisoire ou aléatoire, (il) ne saurait être considéré comme un testament » : Civ. 1^{ère} 7 juin 2006, n° 05-10.108, Inédit ; Dr. fam. 2006, n° 7-8, comm. 153, B. Beignier.

¹³³² C'est la solution que retenait l'avant-projet Catala en son art. 1105-1. En ce sens égal. : FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, t. 1, op. cit.*, §429 ; MALINVAUD (Ph.), BALAT (N.), *Introduction à l'étude du droit*, 22^{ème} éd., LexisNexis, 2022, §466 ; FAGES (B.), *op. cit.*, §77.

¹³³³ RIEG (A.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Bibl. de dr. privé, t. 19, LGDJ, 1961, §438 ; MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Recueil Sirey, Paris, 1951, §320 ; AUBERT (J.-L.), COLLART DUTILLEUL (F.), *Droit des obligations, Le contrat*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 5^{ème} éd. 2017, p. 60 (il s'agit semble-t-il de l'opinion de M. Collart-Dutilleul, M. Aubert ayant défendu l'idée que l'offre était tantôt un acte tantôt un fait) ; COLLART-DUTILLEUL (F.) (dir.), *Droit de la vente immobilière*, Dalloz référence, 7^{ème} éd. 2019, n° 81.15.

¹³³⁴ AUBERT (J.-L.), *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Bibl. de dr. privé, t. 109, LGDJ, 1968.

¹³³⁵ MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, §286 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 13^{ème} éd., 2022, §163 et s. ; LARROUMET (Ch.) BROS (S.), *Les obligations – Le contrat*, Traité de droit civil, t. 3, Corpus Droit privé, Economica, 10^{ème} éd., 2021, §199 ; HOUTCIEFF (D.), *op. cit.*, §137 ; SÉRIAUX (A.), LARDEUX (G.), *Manuel de droit des obligations*, Coll. Droit fondamental, PUF, 5^{ème} éd., 2023, §22 ; BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, Précis Domat, Droit privé, 19^{ème} éd., 2021, §71 ; CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, Cours Dalloz, 15^{ème} éd. 2022, §50-51 ; *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Acte juridique », C. BRENNER, S. LEQUETTE, 2019, §39 ; FLOUR (J.),

qui consiste à élaborer une réglementation directe de l'offre sans régler la question de sa nature juridique ouvre en effet la voie à des contestations sur son bien-fondé et fait douter de la pérennité de la solution apportée. Régler la question de la nature juridique de l'offre paraît donc nécessaire. Partant, l'admission d'une variation dans la qualification de l'offre, tantôt acte juridique tantôt fait juridique, nous paraît tout à fait contraire la logique de cette *summa divisio*. Un même phénomène, qualifié systématiquement « offre de contrat », ne peut en effet être tantôt un acte, tantôt un fait dès lors que c'est l'ordre juridique qui répartit les agissements entre ces deux catégories¹³³⁶. Pour la même raison, il est contestable de considérer que des paramètres qui dépendent de la volonté de l'auteur de l'offre, tels que la précision d'un délai ou la désignation d'un destinataire, sont aptes à faire varier sa qualification¹³³⁷. Il faut donc tenter de procéder à l'identification d'une nature juridique unique, soit comme acte soit comme fait juridique. Mais un doute apparaît sur la possibilité même d'opérer une telle classification : en tant qu'elle participe à la formation d'un acte juridique – le contrat – l'offre n'est-elle pas rétive à son classement dans la *summa divisio* de l'acte et du fait juridique ? C'est ce que suggère sa qualification de manifestation de volonté.

451. Une manifestation de volonté ? – L'offre est classiquement présentée comme la manifestation de volonté, première en date et ayant un caractère définitif, qui forme le contrat. En ce sens, l'art. 1113 du code civil énonce que « *le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager* ». Un rapprochement apparaît alors possible avec le concept allemand de la déclaration de volonté qui est, nous l'avons vu, un sous-ensemble de l'acte juridique¹³³⁸. « Offre » et « acceptation » serait la terminologie adéquate et générique pour désigner les deux manifestations de volonté nécessaires à la conclusion du contrat. En tant qu'élément constitutif de l'acte juridique, l'offre serait donc rétive à tout classement selon la *summa divisio* entre l'acte et le fait juridique, car les manifestations de volonté qui contribuent à former l'acte juridique ne doivent pas être elles-mêmes considérées comme des actes juridiques ni même comme des faits juridiques. L'accent est

AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil : Les obligations*, t. 1 – L'acte juridique, Coll. Université, Sirey, 17^{ème} éd. 2022, §193 et s. ; MALINVAUD (Ph.), MEKKI (M.), (J.-B.), *Droit des obligations*, 16^{ème} éd., LexisNexis, 2021, §132 ; BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, Coll. Université, Sirey, 18^{ème} éd., 2022, §1022 ; VOIRIN (P.), GOUBEAUX (G.), *Droit civil, t. I : Introduction au droit – Personnes – Famille – Personnes protégées – Biens – obligations – Sûretés*, Coll. Manuel droit privé, LGDJ, 42^{ème} éd., 2022, §930.

¹³³⁶ La thèse dualiste de M. Aubert était pertinente à une époque où le Code civil ne définissait pas l'offre de contrat et *a fortiori*, n'en déterminait pas le régime juridique. Il n'y avait pas « une » offre de contrat mais « des » offres de contrat dont les modalités variaient à l'infini. Aujourd'hui la qualification d'offre est restreinte à un phénomène précis, défini par le Code civil. Pour cette raison, l'offre de contrat ne saurait selon nous faire l'objet d'une analyse dualiste, tantôt comme acte juridique, tantôt comme fait juridique. M. Aubert distinguait d'ailleurs l'offre-manifestation de volonté, et l'offre-pollicitation qui correspond semble-t-il à l'offre telle que définie aujourd'hui par le Code civil.

¹³³⁷ On retomberait alors dans l'écueil du mauvais usage de la qualification juridique, v. *supra*, n° 49.

¹³³⁸ En droit allemand la question de savoir si l'offre est une déclaration de volonté ou un acte juridique ne semble pas tranchée. Certains auteurs affirment que l'offre et l'acceptation sont de simples déclarations de volonté : c'est le cas de M. Ancel qui parle d'une « déclaration qui concourt à former l'acte juridique contractuel », ANCEL (P.), « Acte juridique et déclaration de volonté : la greffe allemande sur le droit français des obligations », in : *Traditions savantes et codification, Actes du VII^e congrès de l'ARISEC, Poitiers*, 8-10 sept. 2005, LGDJ, p. 161, §23. D'autres affirment qu'il s'agit d'un acte juridique unilatéral, not. : FERRAND (F.), *Droit privé allemand*, Précis Dalloz, 1997, §255.

donc mis sur la formation successive du contrat au moyen de l'offre et de l'acceptation pour refuser la qualification d'acte juridique à l'offre. Si l'on examine le traitement juridique de l'offre en droit français, on remarque toutefois qu'elle n'est pas une simple manifestation de volonté qui concourt génériquement à la formation d'un contrat. Elle est un phénomène à la fois non systématique et tout à fait spécifique, ce qui interdit de l'assimiler à une simple manifestation de volonté concourant à la formation du contrat.

452. L'offre comme phénomène non systématique – La formation d'un contrat par la rencontre d'une offre et d'une acceptation n'a rien de systématique¹³³⁹. La figure du contrat échange, qui se forme en un trait de temps, a depuis longtemps perdu du terrain avec le développement des contrats d'affaires, longuement négociés. Cette minimisation du « coup de foudre contractuel »¹³⁴⁰ ne suffit toutefois pas à bannir la présence d'offres de contrat. Il se peut en effet que les futures parties aient entamé des négociations et que l'une d'elles, souhaitant mettre un terme aux discussions, formule une offre qui reprend en substance les éléments qui lui conviennent¹³⁴¹. En droit des affaires, l'offre qui intervient pour clore les négociations porte d'ailleurs un nom spécifique : il s'agit d'une lettre de confirmation, ou « offre *ultimatum* »¹³⁴². L'existence de négociations n'empêche donc nullement l'identification d'une offre suivie d'une acceptation¹³⁴³. En revanche, il est des cas où la négociation et plus largement la pré-rédaction du contrat évincent le processus spécifique de rencontre entre une offre et une acceptation, parce qu'elles n'aboutissent pas sur l'émission d'une proposition ferme par l'une des parties. Dans ce cas, les éléments constitutifs d'une offre au sens du Code civil ne sont pas réunis et le juge, qui doit se prononcer sur l'existence d'un contrat, doit chercher à identifier un accord suffisant entre les parties en le déduisant de phénomènes innomés¹³⁴⁴. Un tel accord spontané peut d'ailleurs très bien intervenir à l'issue de négociations¹³⁴⁵. Ce qui singularise cette situation par rapport à celle dans laquelle une offre est émise, c'est que la manifestation de volonté ne dispose d'aucune autonomie fonctionnelle avant la formation du contrat. « Seul compte le fait que le contrat est « conclu ». Ainsi, le plus souvent, la phase de rencontre d'une offre et d'une acceptation reste transparente et, par conséquent, indifférente »¹³⁴⁶. Il y a assurément des manifestations de volonté, mais elles ne répondent pas à la définition légale de l'offre.

¹³³⁹ FONTAINE (M.), « Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats », *Mél. P. Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, p. 115.

¹³⁴⁰ MOUSSERON (J.-J.), « La durée dans la formation du contrat », *Mél. A. Jauffret*, 1974, LGDJ, p. 509.

¹³⁴¹ LARROUMET (Ch.), BROS (S.), *Les obligations – Le contrat*, préc., §207.

¹³⁴² LE TOURNEAU (Ph.) (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 12^{ème} éd. 2020, Chapitre 3112 – Contrat et période précontractuelle, n° 3112.101.

¹³⁴³ Dans cette hypothèse il faut toutefois se garder de considérer que l'offre dispose d'une nature évolutive, qu'elle est le fruit de « plusieurs décisions successives » comme le fait Mme Izorche (*L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, PUAM, 1995, §141). La formulation d'une offre est un phénomène nouveau qui suit et clôt les négociations. Sa nature juridique ne se trouve pas changée par le fait qu'elle achève une période de négociations entre les parties.

¹³⁴⁴ LAUDE (A.), *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, PUAM, 1992.

¹³⁴⁵ FAGES (B.), *op. cit.*, §76.

¹³⁴⁶ COLLART-DUTILLEUL (F.) (dir.), *op. cit.*, n° 81.00.

453. L'offre comme phénomène spécifique – La définition de l'offre consacrée par la réforme de 2016, peut-être inconsciemment, en fait un procédé tout à fait spécial qui ne doit pas être assimilé à une simple manifestation de volonté qui forme le contrat. L'art. 1114 du code civil énonce en effet que « *l'offre (...) exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation* ». Ce schéma de formation correspond à une situation précise : celle d'un individu qui émet une proposition d'un contrat apte à le satisfaire et qu'un destinataire n'aura d'autre choix que d'accepter ou de refuser¹³⁴⁷. Pour cette raison, le terme pollicitation, dont l'étymologie provient du latin *polliceor* (proposer), est parfois préféré à celui d'offre¹³⁴⁸. Il a l'avantage de mettre l'accent sur l'effet attributif de l'offre¹³⁴⁹. L'émission de l'offre confère en effet le pouvoir à son destinataire d'accepter le contrat proposé, et empêche réciproquement ce dernier de prétendre qu'un contrat différent, dont les conditions auraient été débattues par un autre moyen – notamment à l'oral, a été conclu¹³⁵⁰. Si l'on peine à voir cette spécificité de l'offre et partant, son caractère non systématique, c'est parce que notre droit ne règle pas le sort de la manifestation de volonté alors même qu'elle constitue le pivot des distinctions qui interviennent dans la phase précontractuelle. Même si tout acte juridique repose *a minima* sur une manifestation de volonté, cela ne signifie pas que tout acte juridique se forme au moyen d'une offre. Génériquement, le contrat se forme simplement par une rencontre entre manifestations de volonté. Dans cette logique, les Principes de droit européen des contrats énoncent à l'art. 2 :101 (1) qu'« *un contrat est conclu dès lors que les parties entendaient être liées juridiquement, et sont parvenues à un accord suffisant sans qu'aucune autre condition ne soit requise* ». À côté de ce mode de formation générique, il existe toutefois un mode de formation plus formel, s'appuyant sur le phénomène spécifique de l'offre de contrat. Il est donc regrettable que la réforme de 2016 fasse de la rencontre entre l'offre et l'acceptation *le* processus de formation du contrat. Cela oblige les juristes à vivre dans un « univers fictionnel »¹³⁵¹ peu représentatif de la pratique. La spécificité de l'offre au sein du processus de formation d'un contrat n'est toutefois qu'un indice de sa nature juridique.

454. L'offre : un acte juridique – Si l'offre n'est pas une simple manifestation de volonté, est-elle pour autant un acte juridique ? Un argument de poids semble s'opposer à cette qualification : le fait que l'offre

¹³⁴⁷ Un auteur a remarqué qu'il « eût été opportun de préciser qu'elle constitue, d'une part, une proposition de contracter, ce qui peut certainement aller sans dire mais irait mieux en le disant, et, d'autre part, un acte unilatéral, ce qui a, spécialement depuis Aubert, été discuté », ANTIPPAS (J.), « Au commencement était le verbe..., À propos de la réglementation de l'offre par le nouveau droit des contrats », *D.* 2016, 1760, §1.

¹³⁴⁸ Ce n'est pas un hasard si M. Aubert qualifie l'offre-acte juridique de « pollicitation » et réserve la qualification « offre » pour le fait juridique sans délai ou destinataire déterminé, AUBERT (J.-L.), *th. préc.*, p. 157 et s.

¹³⁴⁹ L'expression est empruntée à : GRIMALDI (C.), *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, Coll. Doctorat et Notariat, t. 23, Defrénois, 2007, §725.

¹³⁵⁰ V. par ex. : Civ. 1^{ère} 19 mars 1996, n° 94-14.635, Inédit. Dans cet arrêt la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir identifié un contrat d'assurance conclu aux conditions exposées dans l'offre, sans tenir compte d'une discussion orale tendant à la suppression d'une pénalité prévue par la police d'assurance en cas de résiliation anticipée. La signature de l'offre, interprétée ici comme une acceptation, avait donné naissance au contrat et écartait automatiquement les discussions informelles intervenues par ailleurs.

¹³⁵¹ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Contrat : formation », N. DISSAUX, 2019, §44.

contribue à former un contrat, qui est à n'en pas douter un acte juridique lui-même¹³⁵². N'a-t-on pas démontré que l'acte juridique véritable était l'acte complet, de sorte que les éléments qui contribuent à sa formation ne sont pas eux-mêmes des actes juridiques ? Un tel raisonnement revient toutefois à assimiler l'offre à une simple manifestation de volonté et à considérer que tout acte juridique produit des effets similaires à ceux d'un contrat. Or, nous avons vu que l'offre est un procédé spécifique par lequel l'offrant place la formation du contrat sous la dépendance de la volonté d'autrui. Cet effet de droit ne saurait être attaché à une simple manifestation de volonté dont on sait qu'elle doit concourir à la formation de l'acte juridique pour produire le moindre effet de droit¹³⁵³. Au contraire, l'offre semble dotée d'un effet avant même de former le contrat. Le fait que le contrat soit un acte juridique n'empêche donc nullement de considérer que l'offre est elle-même un acte puisque leurs fonctions ne sont pas les mêmes. D'ailleurs l'offre se distingue du contrat en ce qu'elle est un acte unilatéral. Tout d'abord parce qu'elle repose sur la volonté d'une seule personne, l'offrant décidant seul du contenu contractuel. Ensuite parce que son effet ne dépend pas de l'acceptation d'autrui : le pouvoir d'accepter est conféré au destinataire de l'offre sans qu'il l'ait acceptée¹³⁵⁴. L'ensemble de ces éléments plaide pour la qualification d'acte juridique unilatéral.

455. En définitive, il apparaît que les actes étudiés ne sont pas de simples manifestations de volonté constitutives d'un projet d'acte. Il s'agit d'actes juridiques d'ores et déjà formés, ce que permet de confirmer le moment auquel les conditions de validité doivent être réunies.

B - La réunion des conditions de validité effectuée

456. Moment d'appréciation de la validité : indice de la formation – Les conditions de validité doivent classiquement être appréciées au moment de la formation des actes juridiques¹³⁵⁵. Le fait que le contrat de mariage (1), le testament (2) et l'offre de contrat (3) obéissent à des conditions de validité dès le moment

¹³⁵² Cette certitude tend néanmoins à s'atténuer : MORON-PUECH (B.), *L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat*, Bibl. de dr. privé, t. 591, LGDJ, 2020, §332 et s. ; OBELLIANNE (S.), *Les sources des obligations*, PUAM, 2009, §292.

¹³⁵³ En ce sens un auteur remarque que l'offre est bel et bien dotée d'une efficacité propre : « de manière générale, celle précisément d'être lié en cas d'acceptation ; plus techniquement, celle de créer un droit potestatif d'acceptation pour le(s) destinataire(s) », ANTIPPAS (J.), « Au commencement était le verbe..., À propos de la réglementation de l'offre par le nouveau droit des contrats », *D.* 2016, 1760, §1. En ce sens égal. : MIGNOT (M.), « L'offre et l'acceptation », in : *Analyse comparée du droit français réformé des contrats et des règles matérielles du commerce international*, dir. C. Jourdain-Fortier et M. Mignot, LexisNexis, 2016, p. 81.

¹³⁵⁴ L'acte unilatéral ne produit pas toujours des effets vis-à-vis d'autrui. Toutefois, si un acte produit des effets sur une personne qui n'y a pas consenti, il ne peut s'agir que d'un acte unilatéral. En ce sens : DUPUIS (M.), « Définition de l'acte unilatéral », *Études Ch. Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 205 : l'acte unilatéral est la « décision dont la valeur juridique est indépendante du consentement de ses destinataires ».

¹³⁵⁵ Sur ce point, v. *supra*, n° 70.

que nous avons identifié comme étant celui de leur formation confirme qu'il s'agit d'actes juridiques définitivement formés¹³⁵⁶.

1 - La validité du contrat de mariage

457. Validité et autonomie du contrat de mariage – Comme tout acte juridique, le contrat de mariage est soumis à des conditions de validité. Ces conditions étant appréciées au moment de sa rédaction, cela indique que l'acte est définitivement formé à ce moment. Au soutien de cette idée, on remarque que les conditions de validité du contrat de mariage lui sont spécifiques. Le contrat de mariage doit en effet obligatoirement être rédigé devant notaire, à peine de nullité (art. 1394 c. civ.). Par ailleurs, le mariage et le contrat de mariage étant deux actes séparés, le dol affectant la validité du contrat de mariage ne remet pas en cause le mariage¹³⁵⁷, où prévaut la devise « *en mariage trompe qui peut* ». La capacité pour contracter un contrat de mariage doit également être appréciée séparément. Il est vrai que les conditions pour conclure le contrat de mariage sont proches de celles requises pour le mariage lui-même, conformément à l'adage *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*¹³⁵⁸. Néanmoins, le contrat de mariage peut être annulé pour cause d'incapacité sans que le mariage ne soit remis en cause si la célébration n'est pas elle-même irrégulière. Réciproquement, l'invalidité du contrat de mariage ne peut pas être couverte par la célébration du mariage. Si les époux n'ont pas consenti simultanément au contrat de mariage, aucune régularisation ne saurait donc intervenir au cours de la célébration¹³⁵⁹. La validité de l'acte est donc fixée dès sa rédaction, ce qui est un indice supplémentaire de sa formation définitive.

2 - La validité du testament

458. Consentement et capacité de tester – Comme le contrat de mariage, la validité du testament est appréciée au moment de sa rédaction. L'art. 901 du code civil rappelle tout d'abord que l'auteur d'une libéralité doit être sain d'esprit et que son consentement ne doit pas être vicié par l'erreur, le dol ou la violence¹³⁶⁰. Le consentement s'apprécie évidemment au moment de la rédaction de l'acte puisque cet

¹³⁵⁶ L'examen des conditions de validité requises pour la promesse révélera également que la distinction que l'on prétend faire avec le « contrat définitif » n'est peut-être pas pertinente. Pour ne pas empiéter sur cette démonstration, l'étude des conditions de validité de la promesse fera l'objet d'une étude ultérieure. V. *infra*, n° 486.

¹³⁵⁷ La Cour de cassation (Civ. 1^{ère} 4 juillet 1995, n° 93-15.005, *Bull. Civ. I*, n° 291 ; *D.* 1996, 233) a ainsi pu annuler un contrat de mariage pour dol, étant démontré que le choix de la communauté universelle avait été dicté par un comportement dolosif de l'épouse visant à défavoriser les enfants de l'époux décédé peu après ; ce qui ne remettait pas en cause la validité du mariage, ainsi conclu sous le régime de la communauté réduite aux acquêts.

¹³⁵⁸ « Celui qui est capable pour le mariage est capable pour les conventions matrimoniales ».

¹³⁵⁹ Civ. 9 janvier 1855, *D.* 1855, 1. 28, *S.* 1855, 1. 125.

¹³⁶⁰ La prohibition des vices du consentement est une reprise de l'art 1128 c. civ. qui prévoit la même exigence pour le contrat. La prohibition de tout insanité d'esprit en revanche n'est pas une simple reprise de l'art. 414-1 c. civ. qui exige de manière générale que l'on soit sain d'esprit pour prendre un acte valable,

examen se rapporte à la manifestation de volonté, qui est forcément émise du vivant du testateur¹³⁶¹. En cela, le moment d'appréciation du consentement du testateur ne permet pas d'affirmer que le testament est définitivement formé lors de sa rédaction. Il est en revanche intéressant de se pencher sur l'exigence de capacité du testateur, car celle-ci devrait être appréciée de manière évolutive si toutefois le testament n'était pas définitivement formé au jour de sa rédaction. Or, la capacité du testateur s'apprécie strictement au jour de sa rédaction¹³⁶². Même si la capacité de disposer par testament évolue avec l'âge, le moment de rédaction du testament reste seul déterminant. Le testament rédigé par un mineur de moins de seize ans, alors que ce dernier est atteint par une incapacité totale de tester (art. 903 c. civ.), ne sera donc pas régularisé si son décès survient après ses seize ans. De même, le testament rédigé par le mineur émancipé entre ses seize et dix-huit ans ne pouvant porter que sur la moitié de ses biens (art. 904 c. civ.), le testament par lequel il céderait la totalité de ses biens ne sera pas régularisé s'il décède après ses dix-huit ans. Il en va de même pour le majeur : il doit être capable au jour de la rédaction du testament. Ainsi, s'il est placé sous tutelle, il doit obtenir une autorisation de tester *antérieurement* à la rédaction du testament (art. 476 al. 2 c. civ.).

459. Capacité de laisser un testament ? – Si la capacité du testateur est requise au moment où le testament est rédigé, on peut toutefois se demander si sa capacité doit se maintenir jusqu'à son décès¹³⁶³. Une telle exigence témoignerait d'une formation progressive de l'acte, la capacité n'étant pas appréciée uniquement au moment de la rédaction du testament. Cette solution n'a jamais été retenue dans la mesure où il serait contre-productif de dénier effet à un testament fait par une personne capable, devenue incapable par la suite. Tout d'abord, il serait surprenant d'annuler un acte qui représente les dernières volontés « saines » d'une personne parce qu'émis à une époque où elle était encore capable, sous prétexte qu'elle a perdu cette capacité. Ensuite, l'exigence d'une capacité de laisser un testament conduirait à annuler une large partie des testaments¹³⁶⁴. La dégradation progressive des facultés mentales à raison de l'âge est une situation courante, voire systématique. La capacité de tester est donc seule requise, preuve une nouvelle fois que l'acte s'est définitivement formé lors de sa rédaction et n'attend pas le décès pour être considéré comme définitif. La loi ne retient cette solution que de manière implicite à propos du testament rédigé par le majeur antérieurement à son placement sous tutelle, qui demeure valable (art. 476 al. 4 c. civ.). Par ailleurs, même si l'art. 464 du code civil prévoit la possibilité de demander la réduction des dispositions testamentaires, s'il est démontré que les facultés mentales du testateur étaient altérées au moment de sa rédaction, cela renforce le principe d'une formation définitive au jour de la rédaction.

¹³⁶¹ La jurisprudence a assoupli cette exigence s'agissant de l'insanité d'esprit. Il suffit de caractériser l'insanité d'esprit du testateur à l'époque de la confection du testament, ce qui reste proche du moment de rédaction du testament. V. par ex. : Civ. 1^{ère} 28 janvier 2003, n° 00-18.738, Inédit.

¹³⁶² *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Libéralités : consentement et cause », I. NAJJAR, V. BRÉMOND, 2023, §131 et s. ; *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Legs », J. HÉRAIL, Q. GUIGUET-SCHIELÉ, 2021, §15.

¹³⁶³ Cette idée avait été défendue autrefois par H. Solus : H. Solus, note S. 1935, 2, p. 193.

¹³⁶⁴ GRIMALDI (M.), *Droit civil, Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, §1099.

3 - La validité de l'offre de contrat

460. Validité et autonomie de l'offre – Parce qu'on peut examiner séparément la validité de l'offre et la validité du contrat, l'offre mérite sans aucun doute la qualification d'acte juridique. Il n'est en effet jamais question d'apprécier la validité d'un fait juridique¹³⁶⁵. Un fait juridique peut certes être licite ou illicite, mais aucun examen de validité ne sera mis en œuvre pour apprécier si ses effets sont acceptables, ces derniers étant précisément déterminés par la loi. À l'inverse, l'offre doit obéir aux conditions de validité posées par l'art. 1128 du code civil : elle doit reposer sur un consentement licite, une capacité juridique et un contenu licite et certain.

461. Contenu de l'offre et capacité de l'offrant – La validité de l'offre tient tout d'abord à la licéité de son contenu. À première vue cela peut sembler paradoxal car l'effet de l'offre, qui consiste dans l'attribution d'un pouvoir d'accepter le contrat, est déterminé par la loi. Néanmoins, l'offrant ayant l'initiative de cet acte, la situation juridique constituée par l'offre pourrait être illicite. L'effet produit par l'offre devient douteux dans le cas où l'offrant doit proposer le contrat en priorité à une personne titulaire d'un droit de préférence, mais émet une offre à destination d'une personne différente. L'effet de l'offre devient alors illicite parce que le pouvoir d'accepter est conféré en violation d'une obligation légale. En conséquence, l'offre peut être annulée avant même qu'un contrat ne soit formé¹³⁶⁶. La validité de l'offre tient également à la capacité de l'offrant, qui doit avoir la capacité juridique pour conclure un contrat et plus spécifiquement, pour conclure le contrat offert¹³⁶⁷. La jurisprudence a ainsi annulé la proposition de contracter formulée par un agent immobilier qui avait reçu mandat pour rechercher un acquéreur mais pas pour vendre¹³⁶⁸. Quelle que soit son fondement, l'action en nullité dirigée directement contre l'offre présente un intérêt certain. Dès lors que l'offre est annulée, elle fait en effet obstacle à la conclusion du contrat. Partant, elle dispense son auteur d'exercer une action en nullité contre le contrat et le dispense également d'exécuter le contrat tant que l'annulation n'a pas été prononcée. L'examen de la validité de l'offre pourrait s'avérer encore plus intéressant en l'état actuel de la jurisprudence. Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a en effet considéré

¹³⁶⁵ En ce sens M. Jestaz énonce que « le décès ou l'accouchement produisent des effets de droit, mais n'ont évidemment pas de régime juridique », le droit se bornant à les viser sans les instituer, ce qui veut bien dire que des règles de validité ne sauraient s'imposer, JESTAZ (Ph.), *Les sources du droit*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2022, p. 127. En revanche nous ne souscrivons pas à l'analyse de M. Durry qui occulte la distinction entre inexistance et nullité lorsqu'il énonce que le fait n'est pas susceptible de nullité parce que cette sanction « suppose un défaut qui ira jusqu'à empêcher la formation de l'acte » (DURRY (G.), « Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », *Trav. Assoc. H. Capitant*, t. XIV, 1961-1962, Dalloz, p. 611).

¹³⁶⁶ Cette action en nullité est ouverte au bénéficiaire du pacte de préférence qui peut toutefois préférer être substitué au tiers dans le contrat conclu si l'offre a déjà été acceptée.

¹³⁶⁷ Le pouvoir d'émettre une offre est tantôt spécialement réservé à certaines personnes, généralement celles qui ont le pouvoir de conclure le contrat ; tantôt retiré à certaines personnes à raison de leur profession. C'est le cas par exemple du tuteur qui ne peut offrir d'acquérir les biens du tutélaire.

¹³⁶⁸ Civ. 3^{ème} 17 juin 2009, n° 08-13.833, *Bull. civ. III*, n° 148 ; *JCP N* 2010, 1003, note C. Lebel ; *D.* 2009, p. 2724, note N. Dissaux.

que l'acceptation d'une offre invalide, bien que non encore annulée, n'avait pas permis de former le contrat offert¹³⁶⁹. Les hauts magistrats ont donc implicitement retenu que l'invalidité de l'offre lui avait ôté son effet utile avant même d'être annulée. Cela confirme d'autant plus l'autonomie de l'offre par rapport au contrat.

462. Consentement de l'offrant – Outre la capacité de son auteur et la licéité de son contenu, l'offre repose sur une manifestation de volonté qui doit correspondre à la volonté réelle de son auteur, l'examen du consentement n'étant pas une spécificité du contrat, mais une règle commune à l'ensemble des actes juridiques¹³⁷⁰. Pour que l'offre soit valable, il faut donc s'assurer que l'offrant a consenti à offrir. Bien sûr le défaut de consentement à l'offre aura des répercussions sur le contrat, mais certaines hypothèses de nullité du contrat ne peuvent se concevoir que par un examen du consentement à l'offre¹³⁷¹. Conformément à l'exigence classique, le consentement de l'offrant doit exister et ne pas être vicié¹³⁷². Or, l'autonomie de l'offre se révèle pleinement par le fait que certains vices du consentement ne peuvent être mis en évidence qu'à la condition de considérer l'offre seule. C'est le cas essentiellement de l'erreur, dans la mesure où elle est le fait de l'offrant et ne résulte donc pas d'une intervention extérieure. À l'inverse, le dol et la violence sont des vices du consentement provoqués, car résultant du comportement d'autrui. Généralement, ils conduisent donc à la formation du contrat parce que l'offrant a émis une offre « *sous la pression d'une contrainte* » (art. 1140 c. civ.) ou suite à « *des manœuvres ou des mensonges* », que l'auteur du vice s'est alors empressé d'accepter pour former le contrat. La validité du contrat sera donc directement mise en cause. L'invalidité de l'offre pourra en revanche être recherchée en cas d'erreur de l'offrant.

463. L'offre émise par erreur – L'examen de la jurisprudence révèle que l'offre peut donner lieu à des erreurs portant sur les circonstances qui entourent son émission. De telles erreurs interviennent fréquemment lorsque l'offre est émise sur la base d'une obligation légale d'offrir, du moins lorsque l'offrant croit être tenu d'une telle obligation. Par exemple, l'art. L.145-6-1 du code de commerce oblige le bailleur qui envisage de vendre son local commercial à faire prioritairement une offre de vente au preneur à peine

¹³⁶⁹ Civ. 3^{ème} 16 septembre 2021, n° 20-17.229, Inédit. Dans cette affaire le banquier avait formulé une offre au nom de la banque sans un mandat pour ce faire. Malgré l'acceptation de cette offre par les clients, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir retenu « *qu'aucune vente n'était intervenue entre les parties* ».

¹³⁷⁰ En ce sens : *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Acte juridique », préc., §191.

¹³⁷¹ Conscients de cette distinction, des auteurs notent qu'il est « parfois nécessaire de se demander quelle est la composante de ce consentement qui se trouve affectée. Car cela peut être l'offre seule, la proposition initiale, et non l'accord de volontés au sens large », MESTRE (J.), FAGES (B.), « L'offre faite par erreur », obs. sous Civ. 3^{ème} 24 mai 2000, *RTD civ.* 2000. 824.

¹³⁷² Sur le terrain de l'existence du consentement on remarque toutefois assez vite qu'il n'y a pas de spécificité par rapport au consentement contractuel. Pour qu'un tel consentement existe il faut bien sûr que l'auteur de l'offre soit doté de la personnalité juridique. En ce sens une offre ne peut pas être formulée par une société non immatriculée ou par une simple enseigne : Civ. 3^{ème} 5 octobre 2011 (neuf arrêts) – Com. 21 février 2012, n° 10-27.630, *Bull. civ. IV*, n° 49 ; *JCP E* 2012, 1249, note R. Mortier – Com. 21 octobre 2014, n° 13-22.428, Inédit ; *Dr. sociétés* 2015, comm. 23, note R. Mortier – Com. 25 janvier 2005, n° 02-20.994, Inédit. Si le contrat avait été conclu sans recours à l'offre, il aurait toutefois risqué l'annulation aux mêmes conditions.

de nullité du contrat de vente conclu avec le tiers. Dans la même optique, l'art. 10-I de la loi du 31 décembre 1975 prévoit que le propriétaire d'un immeuble à usage d'habitation qui envisage de vendre ce dernier à un acquéreur ne s'engageant pas à proroger les contrats de bail, doit faire une offre de vente aux preneurs, là encore à peine de nullité du contrat¹³⁷³. Il se peut alors que l'offrant, qui croyait être tenu d'émettre une offre mais s'était en réalité trompé sur les droits du preneur et sur ses propres obligations légales, demande la nullité de l'offre. La Cour de cassation accueille volontiers la nullité de l'offre pour erreur de droit, ce qui lui permet de retenir la disparition consécutive de la vente¹³⁷⁴. Si les conséquences de cette annulation se répercutent sur le contrat, on voit bien qu'il s'agit d'un vice du consentement autonome, car l'erreur commise par l'offrant ne répond pas à la définition de l'art. 1132 du code civil. Cet article énonce en effet que l'erreur entraîne la nullité du contrat si elle porte « sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant ». Ce faisant il vise implicitement l'effet du contrat, à travers les qualités essentielles de son objet et de ses parties. Or, l'erreur commise par l'offrant dans l'exemple étudié porte plutôt sur le motif de l'acte : l'offrant croyait être tenu par la loi de formuler une offre. L'autonomie de l'offre permet donc son annulation alors même que l'erreur porte sur un motif, en principe non déterminant pour la formation du contrat et donc insusceptible de justifier sa nullité pour erreur (art. 1130 al. 2 c. civ.). L'autonomie de ce vice du consentement est d'autant plus grande qu'en admettant ce type d'erreur, la Cour de cassation déroge à l'exigence classique qui veut que l'erreur soit excusable. Dans la série d'arrêts où elle a admis l'erreur sur l'offre, elle a en effet retenu que son caractère inexcusable était indifférent : l'offre était nulle, quand bien même l'offrant était un professionnel de l'immobilier.

464. Le caractère excusable indifférent – Deux explications ont principalement été avancées pour justifier cette solution à première vue *contra legem*. On a tout d'abord pu considérer que l'erreur commise était une erreur-obstacle. Cette qualification était ingénieuse parce que la jurisprudence retient que l'erreur-obstacle empêche toujours la formation du contrat¹³⁷⁵. Pourtant cette qualification est contestable car ce n'est pas la rencontre des volontés qui est critiquée, mais les circonstances ayant poussé l'offrant à proposer la conclusion d'un contrat. Seul l'offrant commet donc une erreur. On a aussi pu envisager que l'erreur commise par l'offrant soit une erreur sur la cause, la croyance dans l'existence d'un droit de préemption ayant en effet motivé son émission. La qualification d'erreur sur la cause était également une piste

¹³⁷³ Ces obligations légales génèrent un contentieux abondant. Sur le fondement de l'art. L.145-6-1 c. com., v. par ex. : Civ. 3^{ème} 23 septembre 2021, n° 20-17.799, *Bull. Civ. III* – Civ. 28 juin 2018, n° 17-14.605, *Bull. Civ. III*, n° 76. Sur le fondement de l'art. 10-I de la loi du 31 décembre 1975, v. par ex. : Civ. 3^{ème} 12 avril 2018, n° 17-11.015, Publié au Bulletin.

¹³⁷⁴ Civ. 3^{ème} 24 mai 2000, n° 98-16.132, *Bull. Civ. III* n° 114 ; *D.* 2002, 926. obs. Tournafond ; *D.* 2001, 1135, obs. Mazeaud ; *RDI* 2000, 586, obs. Groslière ; *RTD civ.* 2000, 824, obs. J. Mestre et B. Fages ; *LPA* 28 juin 2001, n° 128, p. 34, note A. Tonglet – Civ. 3^{ème} 20 octobre 2010, n° 09-66.113, *Bull. Civ. III*, n° 192 ; *AJDI* 2010, 881, obs. Rouquet ; *D.* 2011, 279, note A. Binet-Grosclaude ; *D.* 2011, 387. obs. Tournafond ; *D.* 2011, 472. obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *Defrénois* 2011, n° 3, p. 271, note Ph. Malaurie ; *LPA* 2011, n° 31, p. 16, note Y. Dagorne-Labbe ; *JCP* 2011, n° 63, obs. Sérinet ; *RLDC* 2010, n° 77, p. 4033, obs. Paulin ; *Constr.-Urb.* 2010, Comm. 149, obs. P. Cornille ; *Loyers et copr.* 2010, Comm. 307, obs. B. Vial-Pedroletti – Civ. 3^{ème} 9 février 2010, *AJDI* 2010, 337.

¹³⁷⁵ Civ. 3^{ème} 21 mai 2008, n° 07-10.772, *Bull. Civ. III*, n° 92 ; *D.* 2008, 1693, et 2965, obs. S. Amrani-Mekki ; *RDC* 2008/3, p. 716, obs. Th. Genicon.

intéressante, la Cour de cassation ayant jugé par le passé que le caractère inexcusable de l'erreur sur la cause n'était pas un obstacle à la nullité du contrat¹³⁷⁶. Néanmoins ce qui vaut pour le contrat ne vaut pas automatiquement pour l'acte unilatéral. L'erreur sur la cause du contrat justifie son annulation malgré son caractère inexcusable parce qu'elle est assimilable à une fausse cause. Autrement dit, le contrat conclu l'est sans contrepartie pour la victime de l'erreur. La situation est bien différente en cas d'erreur de l'offrant : le contrat conclu sur la base de cette offre ne l'est pas sans contrepartie. Sauf à effectuer un parallèle regrettable entre le motif et la cause-contrepartie, l'erreur inexcusable commise par l'offrant sur l'obligation légale d'offrir ne devrait donc pas lui permettre d'obtenir la nullité du contrat conclu. Il semble donc y avoir une spécificité de l'offre qui justifie la clémence de la jurisprudence quant à son caractère excusable et qui permet à la Cour de cassation de retenir que « *le caractère inexcusable de l'erreur de droit à l'origine de la notification du droit de préemption est sans incidence sur la validité de l'offre* »¹³⁷⁷. En l'état de cette jurisprudence, il est impératif de distinguer le consentement au contrat et le consentement à l'offre : il ouvre une autre voie pour demander la nullité du contrat, *via* la nullité de l'offre.

465. Formalisme de l'offre – Pour achever l'examen des conditions de validité de l'offre, il convient enfin de dire quelques mots des conditions de forme. Si l'offre n'obéit par principe à aucun formalisme¹³⁷⁸, il existe néanmoins des exceptions, ce qui confirme sa qualité d'acte juridique¹³⁷⁹. Lorsque le contrat est conclu par voie électronique, l'art. 1127-2 du code civil impose par exemple un certain nombre de mentions obligatoires pour la constitution de l'offre. Dans certains domaines du droit marqués par une exigence de protection des parties faibles, le respect de certaines formes s'impose également¹³⁸⁰. Il est vrai que cela revient à imposer une certaine forme au contrat : le formalisme de l'offre se comprend plus largement comme un formalisme du contrat lui-même. Néanmoins la nullité pourra être recherchée par l'examen de l'offre, et non du contrat lui-même. La nullité du contrat pourra ainsi être demandée alors qu'elle n'aurait pas pu l'être par le seul examen des conditions de validité du contrat. Tout l'intérêt est de pouvoir faire obstacle à la formation du contrat par une annulation de l'offre non encore acceptée.

¹³⁷⁶ Civ. 1^{ère} 10 mai 1995, n° 92-10.736, *Bull. Civ. I*, n° 194 ; *JCP* 1996, I, 3914, n° 1 obs. M. Fabre-Magnan ; *Deffrénois* 1995, 1038, obs. Ph. Delebecque ; *RTD Civ.* 1995. 580 obs. J. Mestre). Elle l'assimilait en effet à une fausse cause. Sur cette qualification, v. : BINET (J.-R.), « De la fausse cause », *RTD civ.* 2004. 655.

¹³⁷⁷ La formule est maladroite dans la mesure où les hauts juges retiennent ici la nullité de l'offre : même si l'erreur est inexcusable l'offre peut être annulée. Le caractère inexcusable de l'offre est donc indifférent pour sa nullité. En ce sens : TOURNAFOND (O.), « Excuser l'inexcusable », note sous Civ. 3^{ème} 20 octobre 2010, *D.* 2011. 387.

¹³⁷⁸ En ce sens : PETIT (B.), ROUXEL (S.), *JurisClasseur Civil code*, Art. 1113 à 1122, Fasc. unique : Contrat – Formation du contrat – Offre et acceptation, n° 3.

¹³⁷⁹ On voit mal comment des formes pourraient être imposées à un fait juridique, puisque des effets de droit y sont attachés à la loi dès que ce dernier se produit. La production des effets dépend évidemment de la correspondance entre le fait matériel et sa définition dans la loi (on pense par exemple au principe de légalité en droit pénal), mais il serait selon nous excessif de considérer qu'il s'agit là d'une exigence de « forme ».

¹³⁸⁰ En matière de crédit, la loi impose des délais de réflexions durant lesquels le consommateur ne peut pas accepter l'offre qui lui a été faite. Il est donc essentiel que l'offre, à partir de la réception de laquelle ce délai commence à courir, soit le plus précise possible afin de permettre au consommateur de prendre connaissance des conditions du contrat qu'il s'appête à conclure. V. : art. L. 312-18 c. conso. pour le crédit à la consommation, art. L. 313-24 c. conso. pour le crédit immobilier.

466. Conclusion du §1 – Malgré leur absence d’effets significatifs et immédiats, la promesse, l’offre, le testament et le contrat de mariage constituent donc des actes juridiques définitivement formés. Ils le sont bien avant que n’advienne la production des effets de droit recherchés, ce qu’indiquent à la fois l’impossibilité de les considérer comme de simples projets d’acte, la manifestation de volonté de leur auteur étant définitivement émise, mais aussi la démonstration que leur examen de validité intervient au moment de leur formation supposée. On peut achever de se convaincre qu’ils sont d’ores et déjà formés en identifiant le moment auquel ils sont dotés de la force obligatoire par l’ordre juridique.

§2 - LA FORCE OBLIGATOIRE DÉPLOYÉE

467. Des actes dotés de force obligatoire – Tout acte ne peut exister sans avoir force obligatoire. Cela tient tout simplement au fait que l’acte juridique constitue une notion juridique et non purement matérielle, de sorte que sa formation doit forcément se traduire en termes juridiques¹³⁸¹. Le déploiement d’une force obligatoire est donc le signe que l’acte juridique est définitivement formé (A), en l’occurrence, que les actes étudiés ici sont définitivement formés (B).

A - Une preuve de la formation de l’acte juridique

468. La force obligatoire ou la formation définitive – Depuis que M. Ancel en a fait la démonstration, on sait que tout contrat a force obligatoire outre les obligations auxquelles il donne naissance. Si cette analyse présente le mérite d’indiquer que le contrat ne crée pas que des obligations (la première partie de l’article étant consacrée à « la force obligatoire sans le contenu obligationnel »), elle présente aussi l’intérêt de démontrer qu’au-delà d’un effet substantiel, tout contrat déploie une force juridique (la seconde partie de l’article étant consacrée à « la force obligatoire derrière le contenu obligationnel »). Paradoxalement, c’est toutefois dans la première partie de son article que l’auteur décrit le plus précisément ce à quoi se rapporte la force obligatoire du contrat. Se référant à l’ancien art. 1134 du code civil, il note que le premier effet du contrat réside dans un assujettissement des parties. « Comme on raisonne habituellement en termes de contrat créateur d’obligations, on a tendance à ramener l’irrévocabilité à l’impossibilité pour les parties de se dégager unilatéralement des obligations qu’elles ont assumées dans le contrat. Mais les contrats et stipulations analysés permettent de voir que l’irrévocabilité est quelque chose de plus profond. Fondamentalement, elle signifie que les parties ne peuvent pas faire comme si le contrat n’avait pas été passé, que leur situation juridique est irrémédiablement modifiée par le contrat »¹³⁸². En clair, la force

¹³⁸¹ Sur cette idée, v. *supra*, n° 51.

¹³⁸² Inventeur de la distinction, M. Ancel l’avait déjà remarqué : ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc., §26. V. égal. ANCEL (P.), *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, Coll. Séquences, 3^{ème} éd. 2022, p. 227.

obligatoire est la traduction juridique de l'existence de l'acte. Partant, il n'y a pas de raison de la restreindre au contrat¹³⁸³. À cet égard, il convient de rappeler que l'acte unilatéral n'est pas une simple manifestation de volonté, ne serait-ce que parce qu'il peut être réceptice. Dans ce cas en effet, la manifestation de volonté ne suffit pas à former l'acte. Il faut encore qu'elle ait été réceptionnée par son destinataire pour se voir attacher un « effet de contrainte »¹³⁸⁴. Alors seulement l'acte pourra être considéré comme définitivement formé. La notion de force obligatoire appartient ainsi à la théorie générale des actes juridiques et traduit la formation définitive de l'acte.

469. Incidence sur la révocation et la modification – La force obligatoire n'étant donc rien de plus que la traduction juridique de l'existence de l'acte¹³⁸⁵, elle indique que le stade de formation de l'acte a été dépassé. Elle permet ainsi de distinguer l'acte juridique et le simple projet d'acte, dont « la liberté préside à son élaboration comme à son abandon »¹³⁸⁶. Si la force obligatoire permet de traduire la formation définitive de l'acte juridique, son enjeu véritable réside essentiellement dans les limites posées à la révocation et à la modification de l'acte. Comme nous l'avons déjà remarqué, les domaines respectifs de la rétractation et de la révocation sont départagés par le moment de formation : la première intervient vis-à-vis d'une manifestation de volonté n'ayant pas encore contribué à former un acte ; la seconde est un acte juridique ayant pour objet et pour finalité d'anéantir un acte préexistant¹³⁸⁷. L'acte ayant acquis force obligatoire, c'est donc la question de sa *révocation* ou de sa *modification* par son auteur qui se pose désormais¹³⁸⁸. Cette distinction n'est pas une simple querelle de mot puisque la révocation doit intervenir selon un parallélisme des formes : pour que l'acte soit révoqué, il est nécessaire de recueillir le consentement de l'ensemble des personnes ayant contribué à le former. Il en va de même si l'auteur de l'acte entend modifier le contenu ou les modalités de l'acte qu'il a formé, ce dernier étant tenu par l'existence de l'acte mais aussi par son contenu. En conséquence, la nécessité de modifier ou de révoquer l'acte selon certaines formes constitue un bon indice de la formation définitive de l'acte.

¹³⁸³ *Ibid.*, §58. Cette question n'avait pas été tranchée par M. Ancel : « On pourrait ensuite se demander si la distinction proposée doit être cantonnée aux contrats et conventions, ou si elle peut être étendue aux actes juridiques unilatéraux, ce qui amènerait à reprendre le débat sur l'engagement unilatéral de volonté ».

¹³⁸⁴ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil : Les obligations*, t. 1 – L'acte juridique, Coll. Université, Sirey, 17^{ème} éd. 2022, §895.

¹³⁸⁵ ANCEL (P.), « La force obligatoire du contrat dans le nouveau droit français des obligations », *Mél. G. Pignarre*, LGDJ, 2018, p. 15, spéc. §10.

¹³⁸⁶ ROZES (L.), « Le projet de contrat », *Mél. Boyer*, Univ. des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 639, §13.

¹³⁸⁷ *V. supra*, n° 322.

¹³⁸⁸ L'ouverture d'un droit de révocation ou au contraire sa négation est d'ailleurs souvent présentée comme la conséquence de la force obligatoire de l'acte : LARROUMET (Ch.), BROS (S.), *Les obligations – Le contrat*, préc., §538 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil : Les obligations*, t. 1 – L'acte juridique, Coll. Université, Sirey, 17^{ème} éd. 2022, §172 ; CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, *op. cit.*, §114 ; BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Les obligations*, *op. cit.*, §1575 ; VOIRIN (P.), GOUBEUX (G.), *Droit civil, t. I, op. cit.*, §1044 ; HOUTCIEFF (D.), *op. cit.*, §602.

B - Un signe de la formation des actes prospectifs

470. La force obligatoire constitue donc un signe explicite de la formation des actes juridiques. Ce faisant, il convient de vérifier que les actes étudiés ont force obligatoire avant de produire leurs effets substantiels. Cette vérification doit avoir lieu pour les actes unilatéraux (1) et les contrats (2).

1 - Force obligatoire des actes unilatéraux prospectifs

471. Susceptibles de révocation et de modification mais jamais de rétractation, le testament (a) et l'offre de contrat (b) ont force obligatoire, ce qui accrédite leur statut d'actes définitivement formés.

a) Le testament

472. **Un acte à formation successive ?** – Le testament ne prenant pas effet dès l'instant de sa rédaction, on pourrait penser qu'il constitue un acte à formation successive, sa constitution étant entamée par la rédaction du vivant et prenant fin à une époque ultérieure. S'il devait en aller ainsi, quelle serait la condition ultime de formation ? Cette question étant directement liée à la nature juridique du testament, il faut rechercher s'il est un acte unilatéral ou s'il n'est que la première étape d'un contrat formé par l'accord de deux manifestations de volonté. Si l'acceptation du légataire est nécessaire pour former le testament, il faut en effet se résoudre à retenir la qualification de simple manifestation de volonté ou d'offre de contrat. Toutefois, on convient généralement du fait que le testament est un acte juridique unilatéral, qui se forme sur la base de la seule manifestation de volonté du *de cuius*¹³⁸⁹. L'acceptation du légataire ne devrait donc pas être nécessaire pour assurer sa formation définitive¹³⁹⁰. Reste à savoir si le testament-acte unilatéral se forme successivement, car le caractère unilatéral de l'acte n'exclut pas une formation par étapes. On pourrait penser par exemple que le décès constitue une ultime condition de formation, à tous les sens du terme. Sa rédaction vaudrait comme manifestation de volonté (le stade du projet est donc dépassé, le testateur ayant manifesté sa volonté de former l'acte juridique), mais pas encore comme acte juridique, une condition de formation faisant encore défaut.

¹³⁸⁹ GRIMALDI (M.), *Droit des successions*, LexisNexis, 8^{ème} éd. 2020, §282 ; TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), GAUDEMET (S.), *op. cit.*, §374 ; PÉRÈS (C.), VERNIERES (Ch.), *Droit des successions*, Thémis droit, PUF, 1^{ère} éd. 2018, §394 ; LEROYER (A.-M.), *Droit des successions*, Cours Dalloz, 4^{ème} éd., 2020, §225 ; FERRÉ-ANDRÉ (S.), BERRE (S.), *Successions et libéralités*, Hypercours Dalloz, 7^{ème} éd. 2021, §336 ; CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, *op. cit.*, §187. Il arrive que la Cour de cassation retienne expressément cette qualification : Civ. 1^{ère} 28 mai 2008, n° 07-14.066, *Bull. civ. I*, n° 161.

¹³⁹⁰ Le rejet de la qualification d'offre de contrat, qui avait pu être envisagée par la doctrine classique, trouvera confirmation lors de l'étude ultérieure de l'opération juridique réalisée par le testament, v. *infra*, n° 538.

473. Un acte doté de force obligatoire – La thèse de l’acte juridique à formation successive peut être écartée en remarquant que le testament a force obligatoire dès l’instant de sa rédaction, car il obéit aux règles de révocation et de modification propres à un acte définitivement formé. Tout d’abord, le simple revirement de volonté ne suffit pas à le révoquer¹³⁹¹. Pour ce faire, le testateur doit obéir aux formes prévues par la loi. Il peut tout d’abord révoquer expressément le testament, en rédigeant un nouveau testament ou en révoquant le testament précédent par un « *acte devant notaire* » (art. 1035 c. civ.). Il peut ensuite le révoquer implicitement, en rédigeant un testament incompatible avec le précédent, en aliénant volontairement la chose léguée ou en détruisant volontairement le testament déjà rédigé (art. 1036 et 1038 c. civ.). Tout changement de volonté du testateur, intervenu par d’autres moyens que ceux assimilés par la loi à une révocation, ne suffit donc pas à le révoquer¹³⁹². Ensuite, les modifications que le testateur peut faire sur le testament, pour raturer certaines dispositions ou pour en ajouter, attestent du fait que le testament est définitivement formé. Elles suivent un parallélisme des formes caractéristiques d’un acte formé. Bien sûr, les modifications seront très simples à réaliser si le testament est olographe : le testateur pourra librement ajouter une clause, en préciser une, voire en raturer une autre. Un certain formalisme sera toutefois imposé puisque toute modification intervenant à une période ultérieure à la rédaction devra être accompagnée d’une signature et d’une date, en faisant ainsi un véritable avenant dont la spécificité est de n’emporter aucune modification de la date de formation initiale¹³⁹³. Pour ce qui est des testaments conservés par le notaire, les modifications seront confondues avec la procédure de révocation. Qu’une telle révocation de l’acte puisse advenir démontre là encore qu’il s’agissait d’un acte juridique doté de force obligatoire¹³⁹⁴. La première impression d’une formation successive du testament doit donc être écartée.

b) L’offre de contrat

474. Un acte doté de force obligatoire – Si des doutes devaient subsister quant à la nature d’acte juridique de l’offre, ceux-ci se dissipent une fois remarqué que l’offre a force obligatoire à l’égard de son auteur. Deux notions clés occupent ce débat : l’émission et la réception¹³⁹⁵. Elles sont généralement évoquées dans des développements consacrés aux contrats conclus entre absents ou à distance, ce qui est logique dans la mesure où ces contrats se forment nécessairement par le procédé d’une offre et d’une acceptation, les parties

¹³⁹¹ *Répertoire de droit civil*, « Testament », préc., §135.

¹³⁹² V. par ex. : Civ. 1^{ère} 25 novembre 1986, n° 85-11.126, *Bull. civ. I*, n° 281 – Civ. 1^{ère} 4 juillet 2007, n° 05-16.023, *Bull. Civ. I*, n° 260 – Civ. 1^{ère} 8 juillet 2015, n° 14-18.875, *Bull. Civ. I*, n° 91.

¹³⁹³ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., « Avenant » : « *acte écrit additionnel contenant la modification* » ; PELLET (S.), « Avenant », in : *Dictionnaire du contrat*, dir. D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC, LGDJ-Lextenso, 2018, n° 19 : « *convention par laquelle les parties modifient leur contrat originaire sans le rompre* ». V. égal. : PELLET (S.), *L’avenant au contrat*, thèse Paris 1, Bibl. de l’IRJS, t. 24, 2010, p. 430.

¹³⁹⁴ PIEDELIEVRE (S.), *Successions et libéralités*, Bruylant, Coll. Paradigme, 3^{ème} éd. 2020, §564.

¹³⁹⁵ On aurait aussi pu penser à une troisième notion, la perception de l’offre. Mais à vrai dire la perception de l’offre relève d’avantage de la définition de la réception, la question étant de savoir si la réception est subordonnée à la connaissance effective du contenu de l’offre ou non. C’est pourquoi nous associons la perception et la réception.

ne pouvant émettre leur consentement de manière simultanée¹³⁹⁶. Pourtant, ces trois notions sont avant tout susceptibles d'être des conditions de formation de l'offre, la question étant de savoir si l'offre est un acte réceptice ou non. La réponse à cette question est déterminante du moment où l'offre est dotée de force obligatoire¹³⁹⁷.

475. Dès l'émission ou par la réception ? – Il ne fait pas de doute que l'émission est essentielle à la formulation d'une offre. La proposition de contracter qui demeurerait dans l'environnement immédiat de son auteur ne disposerait en effet d'aucune « efficacité pratique »¹³⁹⁸. L'offre ne peut donc pas se former tant qu'elle n'a pas été émise : l'offrant doit s'en dessaisir, ce qu'implique d'ailleurs la signification même du terme « offrir ». Reste à savoir si l'offre doit également être réceptionnée par le destinataire pour se former définitivement. En pratique ces étapes sont parfois amalgamées¹³⁹⁹. C'est l'exemple d'un vendeur de foire qui interpelle le chaland : dans ce cas l'émission de l'offre se confond avec la réception parce qu'il existe une unité de temps et de lieu. Néanmoins, si l'offre est formulée par écrit au moyen d'un envoi postal, l'émission consiste dans le fait de poster la lettre – l'offrant s'en dessaisit, tandis que la réception consiste dans le fait de recevoir l'offre dans sa boîte aux lettres. D'où la question de savoir si l'émission suffit à la formation de l'offre. La réforme de 2016 règle implicitement cette question à travers le régime de la rétractation et de la révocation de l'offre. L'art. 1115 du code civil énonce en effet que l'offre « *peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire* ». Ce principe de liberté dans la rétractation indique que l'offre n'est pas encore formée avant sa réception. Par ailleurs, l'art. 1116 du code civil précise en son alinéa 1^{er} que l'offre « *ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable* ». L'offre cesse donc d'être une simple manifestation de volonté rétractable dès lors qu'elle parvient à son destinataire. Après réception, elle a force obligatoire à l'égard de son auteur, de sorte qu'elle peut être retirée par une révocation – c'est-à-dire un acte juridique contraire, et non par une rétractation, c'est-à-dire un simple revirement de volonté¹⁴⁰⁰. L'offre est donc un acte juridique réceptice, qui se forme définitivement par sa réception¹⁴⁰¹.

¹³⁹⁶ BRUNAU (G.), *Le contrat à distance au XXI^e siècle*, Bibl. de dr. privé, t. 524, LGDJ, 2010, §406 et s.

¹³⁹⁷ Outre qu'elle doit permettre de démontrer le statut d'acte définitivement formée de l'offre, cette question se révélera essentielle pour savoir si l'offrant peut révoquer son offre et à quel prix, v. *infra*, n° 631 et s.

¹³⁹⁸ M. Martin de la Moutte a établi une distinction entre l'efficacité juridique et l'efficacité pratique, MARTIN DE LA MOUTTE (J.), th. préc., §192 et s. Il prend l'exemple du testament, qui doit en pratique être connu des tiers pour être pris en compte au décès de son auteur, même si la connaissance par les tiers n'est pas une condition de sa formation.

¹³⁹⁹ Comme l'avait remarqué Durma, « l'idée d'émission n'a de sens, que dans les déclarations réceptices » (DURMA (M.), *La notification de la volonté, Rôle de la notification dans la formation des actes juridiques*, Lib. du Recueil Sirey, Paris, 1930, §285). L'émission précède donc systématiquement une potentielle réception.

¹⁴⁰⁰ Distinguant la rétractation de l'offre avant réception, et sa révocation après réception : GRIMALDI (C.), « La durée de l'offre », *D.* 2013. 2871.

¹⁴⁰¹ Optant pour cette qualification : RÉMY-CORLAY (P.), « L'existence du consentement », in : *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Actes de colloque, dir. P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2003, p. 29, spéc. p. 33 ; FAURE-ABBAD (M.), « L'impact des règles de conclusion des contrats », *RDI* 2016, p. 316.

2 - Force obligatoire des contrats prospectifs

476. L'étude du moment de force obligatoire du contrat de mariage (a) et de la promesse de contrat (b) accrédite également leur qualité d'actes juridiques définitivement formés.

a) Le contrat de mariage

477. **La force obligatoire dès la rédaction** – Si le contrat de mariage n'est pas un simple projet au moment de sa rédaction, il se pourrait toutefois que sa formation soit successive : débutée devant notaire, elle s'achèverait par la célébration du mariage. Le contrat de mariage se formerait ainsi selon des modalités similaires à la convention de pacs, qui requiert une rédaction de la convention avant son enregistrement¹⁴⁰². Le régime juridique applicable au contrat de mariage indique pourtant qu'il a force obligatoire entre les époux dès sa rédaction devant notaire. Si les parties souhaitent révoquer le contrat, elles doivent en effet le faire d'un commun accord, par la rédaction d'un nouveau contrat de mariage¹⁴⁰³. Si elles souhaitent simplement le modifier, l'art. 1396 du code civil impose une procédure identique à celle prévue lors de la rédaction du contrat, les parties devant y consentir simultanément et devant notaire¹⁴⁰⁴. D'ailleurs, si les époux répondent négativement à la question de l'officier d'état civil concernant à la pré rédaction d'un contrat de mariage, cela ne suffit pas à en écarter les effets, les parties n'étant pas libres de le révoquer par cette simple déclaration contraire¹⁴⁰⁵. Ce n'est donc pas une opération à procédure¹⁴⁰⁶, mais un acte formé définitivement lors de sa rédaction par le notaire, ce qui rend contestable l'affirmation selon laquelle « le contrat de mariage ne peut exister s'il n'est suivi du mariage »¹⁴⁰⁷. Avant même la célébration du mariage, « la force obligatoire du contrat, même imparfait, les empêche de faire comme si l'accord n'avait pas été passé »¹⁴⁰⁸.

¹⁴⁰² Un auteur note par exemple que, « de même que le contrat de mariage rédigé par le notaire ne prendra effet que par le mariage célébré par l'officier d'état civil, le « P.A.C.S. », avec ou sans le concours d'un notaire, n'entrera en vigueur que par son enregistrement par le greffier du tribunal d'instance », BEIGNIER (B.), « Pacte civil de solidarité : nécessité du double original », *Deffrénois* 2001, n° 4, p. 232.

¹⁴⁰³ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, §208.

¹⁴⁰⁴ Autrefois une telle modification par les futurs époux n'était pas permise parce que le contrat de mariage liait moins les époux eux-mêmes que leurs familles respectives. Mais, là encore, cette impossibilité de modifier l'accord était le signe d'une formation définitive : les familles étaient des auteurs à part entière de l'acte, de sorte que la modification ne pouvait pas intervenir sans elles. Sur cette question : WIEDERKEHR (G.), « Propos à bâtons rompus sur la notion de régime matrimonial et son évolution », *Mél. D. Huet-Weiller*, LGDJ, 1994 p. 533, spéc. p. 540.

¹⁴⁰⁵ Une règle équivalente existe en droit américain et son importance pratique a été récemment illustrée dans une affaire opposant le rappeur Dr Dre à son épouse. Saisis de l'existence et de la validité de leur contrat de mariage, les juges américains ont considéré que le fait pour le rappeur d'avoir déchiré le contrat au cours de la célébration ne suffisait pas à le révoquer. Les époux étaient donc bel et bien soumis au contrat de mariage tout le temps de leur union.

¹⁴⁰⁶ Sur cette notion, v. *supra*, n° 244 et s.

¹⁴⁰⁷ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, §196. Cette affirmation tient au fait que le mariage n'est pas une simple condition suspensive du contrat. Il n'en demeure pas moins que le rejet de cette qualification ne suffit pas à justifier l'affirmation selon laquelle le contrat de mariage n'existe pas avant la célébration du mariage.

¹⁴⁰⁸ DRAPIER (S.), *Les contrats imparfaits*, thèse Nancy II, 2000, PUAM, 2001, §31.

b) La promesse de contrat

478. Précisions sur la catégorie juridique – Lorsque les parties entendent ne pas réaliser immédiatement l’opération contractuelle projetée, elles peuvent avoir recours au contrat de promesse. Dans cette situation, il est coutume de distinguer deux contrats : le contrat de promesse et le contrat définitif. Dès lors, la question du rapport entre ces contrats est posée : la promesse a-t-elle force obligatoire, de sorte qu’elle engage les parties dans les liens du contrat définitif ? La réponse à cette question semble devoir varier selon la nature unilatérale ou synallagmatique de la promesse¹⁴⁰⁹. Pourtant, un rapprochement entre ces deux catégories semble pouvoir être opéré, à condition toutefois d’exclure les « fausses promesses ». La question du rapport entre la promesse et le contrat définitif est en effet compliquée par une distinction que l’on a coutume de faire s’agissant de promesses synallagmatiques, entre celles qui « valent » le contrat définitif et celles qui ne le « valent pas ». Pour la clarté de l’exposé, il convient de rappeler les raisons pour lesquelles un tel usage du terme « promesse » est contestable¹⁴¹⁰.

479. Exclusion : les « fausses » promesses – Il est fréquent *d’assimiler la promesse synallagmatique et le contrat à terme*, c’est-à-dire à un contrat dont les parties ont simplement reporté l’exécution globale à une date ultérieure, en prévoyant par exemple qu’elles devront réitérer leur consentement en la forme authentique. Il s’agirait plus précisément d’une promesse synallagmatique « valant le contrat définitif ». Il s’agit pourtant d’un simple contrat à terme, la qualification de terme suspensif étant impliquée par le caractère obligatoire de la réitération, qui devient dès lors un événement certain. Aussi n’y a-t-il pas d’intérêt à qualifier un tel contrat de promesse de vente. Si la promesse de vente « vaut » vente c’est qu’en réalité il s’agit d’un contrat de vente¹⁴¹¹. « Puisque pareille promesse « est » le contrat définitif, son inexécution est traitée comme celle d’un tel contrat »¹⁴¹². Il est fréquent également *d’assimiler la promesse synallagmatique et le simple accord de principe*, par lequel les parties ont convenu de repousser la formation définitive du contrat à la réunion d’une condition supplémentaire, qu’elles jugent essentielle. Dans ce cas on précise généralement que la promesse ne « vaut pas » la vente parce que la formation du contrat de vente est différée¹⁴¹³. En ce sens, le *99^e Congrès des notaires de France* proposait « de qualifier de promesse synallagmatique de vente la convention par laquelle les parties conviennent que, nonobstant un échange de consentements réciproques et symétriques de vendre et d’acheter, portant sur la chose et le

¹⁴⁰⁹ Des auteurs critiquent d’ailleurs cette appellation commune. Ainsi M. Bénabent note que « les promesses de contrat recouvrent, sous une dénomination commune et sans doute malheureuse, deux réalités différentes », BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, op. cit., §86.

¹⁴¹⁰ V. *supra*, n° 289.

¹⁴¹¹ Ne voient dans la promesse synallagmatique de vente qu’une vente mal qualifiée : POTHIER (R.-J.), *Traité du contrat de vente*, n° 476 et s. ; BAUDRY-LACANTINERIE (G.), SAIGNAT (L.), *De la vente et de l’échange*, 3^{ème} éd. 1908, n° 58 et s.

¹⁴¹² SCHMIDT-SZALEWSK (J.), « La force obligatoire à l’épreuve des avant-contrats », *RTD Civ.* 2000. 25.

¹⁴¹³ En ce sens : MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Droit des contrats spéciaux*, Coll. Droit civil, LGDJ, 11^{ème} éd., 2020, §117.

prix, la vente ne sera valablement formée que par la signature, avant un certain délai, d'un acte notarié dont les conditions sont arrêtées à la promesse »¹⁴¹⁴. Cette figure juridique pose toutefois question, car elle repose sur une contradiction : soit le contrat est formé parce que les parties se sont engagées à l'exécuter ; soit le contrat n'est pas encore formé et il ne s'agit alors que d'un projet d'acte ou d'un accord de principe¹⁴¹⁵. Le consentement au contrat ne saurait en effet préexister à la réunion d'un élément essentiel à sa formation¹⁴¹⁶. Il n'est pas davantage pertinent de retenir qu'il s'agit d'un contrat dont la violation permet l'allocation de dommages et intérêts en cas de refus de former le contrat promis. Le même résultat technique peut en effet être atteint en identifiant une rupture abusive des pourparlers. L'allocation de dommages et intérêts, qui doit permettre de sanctionner la rupture unilatérale des négociations portant atteinte à l'espérance légitime de l'autre négociant, remplit ainsi la même fonction qu'on entend conférer à la promesse synallagmatique ne valant pas le contrat définitif. Il est dès lors plus simple de retenir qu'en repoussant la formation du contrat, les parties en sont précisément restées au stade des négociations. La promesse étant un contrat, le rapprochement entre accord de principe et promesse est donc à bannir.

480. Restriction : les « vraies » promesses – Que reste-t-il dans la catégorie des actes juridiques susceptibles d'être qualifiés de promesses ? Il reste tout d'abord la promesse unilatérale que l'art. 1124 du code civil définit comme « *le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* ». Il reste ensuite, par élimination, certaines promesses synallagmatiques dans lesquelles il existe un véritable défaut d'instantanéité dans la réalisation de l'opération, en raison d'une circonstance qui n'est ni un terme, ni une condition essentielle de formation. Cela correspond à l'hypothèse dans laquelle les parties ont prévu une condition suspensive globale, affectant l'ensemble des effets du contrat. Dans ce cas en effet, la formation du contrat ne fait aucun doute, l'accord des parties étant nécessaire pour instituer la condition. La qualification de promesse s'impose toutefois parce que le contrat n'est pas simplement à terme : la condition étant de réalisation incertaine, une éventualité existe quant à la production des effets de droit. En ce sens, on parle parfois de « contrat conditionnel »¹⁴¹⁷ : les parties ont promis l'opération, mais il n'est pas certain qu'elle se réalise ; elle est conditionnée. Cette hypothèse peut être rapprochée de celle que recouvre la promesse unilatérale

¹⁴¹⁴ *La vente d'immeuble : sécurité et transparence*, 99^{ème} Congrès des notaires de France, Coll. Pratique notariale, LexisNexis, 2003, n° 2074.

¹⁴¹⁵ Cette contradiction apparaît clairement dans les propos de M. Boyer, qui remarque que le mécanisme poursuit deux objectifs « d'une part, différer la formation du contrat définitif ; donner, d'autre part, aux parties la certitude de sa réalisation », BOYER (L.), « Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avants-contrats », *RTD Civ.* 1949, §24.

¹⁴¹⁶ Il y aurait une « obligation de faire en sorte que cette condition (essentielle) adviene », LATINA (M.), « Les avants-contrats, Proposition de texte dans le cadre de la réforme du droit des contrats spéciaux », in : *L'offre de réforme des contrats spéciaux, Réflexions libres à partir du projet de l'association Henri Capitant*, dir. H. Kassoul et D. Gantschnig, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2021, p. 81, spéc. p. 95.

¹⁴¹⁷ Comme l'a démontré M. Latina il s'agit d'une ellipse (LATINA (M.), *Essai sur la condition en droit des contrats*, Bibl. de dr. privé, t. 505, LGDJ, 2009, §17-18). Le contrat existe bel et bien mais la condition « porte sur l'efficacité propre de la convention » (§80).

dans la mesure où il s'agit dans les deux cas de contrats définitivement formés dont les effets sont suspendus, tantôt à la levée d'une option, tantôt à l'accomplissement d'une condition suspensive. La force obligatoire se déploie donc dès la promesse, ce qui n'a pas toujours été admis pour la promesse unilatérale.

481. Le débat classique sur le droit de révoquer – Lorsqu'un contrat a force obligatoire, les parties perdent en principe le droit de rétracter unilatéralement leur manifestation de volonté. Seule la voie de la révocation, laquelle requiert un nouvel accord des parties, permet alors de mettre fin au contrat. Par le passé, ce principe de solution a toutefois posé problème s'agissant des promesses unilatérales, à raison de leur particularité. Selon l'analyse classique, les promesses unilatérales de contrat permettent en effet de préparer la conclusion d'un autre contrat, le contrat « promis » ou « définitif », auquel elles ne se réduisent pas. Dans sa célèbre jurisprudence *Consorts Cruz*¹⁴¹⁸, la Cour de cassation a ainsi jugé que le promettant pouvait rétracter librement sa volonté de conclure avant que le bénéficiaire n'ait levé l'option, le contrat définitif n'étant pas encore formé. Cette solution a été maintenue jusqu'à une date récente¹⁴¹⁹ malgré une critique majoritaire de la doctrine¹⁴²⁰. L'embarras de la Cour de cassation, qui ne pouvait ignorer que la promesse est un contrat révocable uniquement par l'accord des parties, pouvait s'expliquer par la prétendue autonomie du contrat définitif. Le contrat obéissant à un principe de liberté contractuelle, il a paru absurde d'interdire aux parties à la promesse qu'elles révoquent leur consentement au contrat définitif, dans la mesure où ce dernier ne constitue qu'un acte « en cours de formation » au stade de la promesse. La promesse est certes définitivement formée, mais le contrat promis ne l'est pas. La solution a pourtant été abandonnée avec la réforme du droit des contrats. L'art. 1124 al. 2 du code civil énonce désormais que « *la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* ». Cette solution acte un double changement de paradigme : d'une part, il n'est plus question de révoquer le contrat définitif mais de révoquer la promesse, afin de faire obstacle à la formation du contrat définitif ; d'autre part et ce faisant, la révocation unilatérale de la promesse est désormais strictement interdite du fait de sa force obligatoire. S'alignant sur cette position, la Cour de cassation retient ainsi que le promettant est définitivement engagé par la promesse, de sorte qu'il ne peut plus révoquer son consentement¹⁴²¹. Si la solution est radicalement différente de celle retenue dans la jurisprudence *Consorts*

¹⁴¹⁸ Civ. 3^{ème} 15 décembre 1993, n° 91-10.199, *Bull. civ. III*, n° 174 ; *D.* 1994, 507, note J. Bénac-Schmidt ; *JCP* 1995, II, 22366, note D. Mazeaud ; *Defrénois* 1994, p. 795, obs. Ph. Delebecque ; *RTD Civ.* 1994, 588, obs. J. Mestre ; *D.* 1994, 230, obs. O. Tournafond ; *D.* 1995, Somm. 87, obs. L. Aynès.

¹⁴¹⁹ La Cour de cassation a en effet jugé, reprenant un attendu maintes fois employé, que « la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse unilatérale postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée » (Civ. 3^{ème} 6 décembre 2018, n° 17-21.170, Inédit).

¹⁴²⁰ Des auteurs défendent toutefois la solution de la troisième chambre civile. V. essentiellement : MAINGUY (D.), « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », *RTD Civ.* 2004, 1 ; FABRE-MAGNAN (M.), « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, 85 ; FRANCISOT (T.), « Controverse sur la promesse unilatérale de contrat après la réforme du 10 février 2016 », *AJ contrat* 2016, 479.

¹⁴²¹ Civ. 3^{ème} 23 juin 2021, n° 20-17.554, Publié au Bulletin ; *Defrénois* 2021, n° 202, p. 21, note N. Randoux ; *RDC* 2021/3, p. 1, note L. Aynès ; *RTD Civ.* 2021, 630, note H. Barbier ; *JCP G* 2021, doct. 787, n° 1, obs. G. Loiseau ; *JCP G* 2021, 1226, note N. Molfessis ; *JCP G* 2021, 858, libres propos I. Najjar ; *JCP N* 2021, n° 26, 4, édit. M.

Cruz, l'analyse du contrat de promesse est toutefois restée identique : la promesse est considérée comme un contrat distinct du contrat définitif, auquel le promettant a d'ores et déjà consenti. Si on considère le processus de formation du contrat définitif, il y a donc un « décalage entre le moment où chacun donne son consentement »¹⁴²² : tandis que le promettant y consent au moment de la promesse, le bénéficiaire y consent ultérieurement par la levée de l'option. Or, cette approche comporte des limites qui se répercutent très largement sur l'identification du moment où l'acte est doté de la force obligatoire.

482. Le problème du consentement à un contrat futur – La distinction opérée entre la promesse et le contrat définitif constitue la cause directe des interrogations liées au droit de révocation par le promettant. Elle implique en effet de retenir qu'un contrat – la promesse en l'occurrence, peut avoir pour objet et pour effet de figer le consentement à un futur contrat. Partant, les auteurs s'opposent nécessairement sur le droit de révoquer : pour les uns il faut favoriser la force obligatoire inhérente à la promesse et interdire la révocation unilatérale par le promettant ; pour les autres, il faut favoriser le principe de liberté contractuelle devant préexister à la formation du contrat définitif et permettre la révocation par le promettant. Le problème paraît insoluble. Or, il l'est précisément parce qu'on fait de la promesse un contrat figeant le consentement à un contrat futur, ce qui paraît inconciliable avec le principe de liberté contractuelle. En ce sens, Mme Fabre-Magnan a remarqué qu'un tel montage a « pour objet et pour effet d'« obliger » une partie à consentir, ce qui est une contradiction dans les termes et, par définition même, une atteinte à la liberté du consentement »¹⁴²³. Son analyse nous paraît d'autant plus pertinente qu'il ne suffit pas d'affirmer que le promettant s'est engagé par avance à consentir au contrat définitif, pour en déduire que le principe de liberté contractuelle a été respecté. Il est en effet essentiel que les parties soient libres *au moment* où le contrat se forme. Or, le contrat définitif n'est pas encore formé lorsque la promesse est conclue¹⁴²⁴. On peut donc douter de la constitutionnalité du mécanisme¹⁴²⁵. La nécessité de préserver le principe de liberté

Mekki ; *JCP N* 2021, n° 27, 1252, note Ph. Pierre et avis Ph. Brun ; *LEDC* 2021, n° 8, p. 1, note O. Robin-Sabard. La solution a été réitérée peu après : Civ. 3^{ème} 20 octobre 2021, n° 20-18.514, Publié au Bulletin ; *LEDC* 2021, n° 11, p. 6, note H. Kassoul ; *JCP G* 2021, act. 1150, obs. P. Oudot ; *JCP G* 2021, n° 49, doct. 1310, obs. D. Houtcieff. Elle vient d'être reprise par la chambre commerciale : Com. 15 mars 2023, n° 21-20.399, Publié au Bulletin ; *Gaz. Pal.* 9 mai 2023, n° 15, p. 18, note C. François ; *D.* 2023, 985, note S. Tisseyre.

¹⁴²² L'expression est empruntée à : BÉNABENT (A.), *Droit des obligations, op. cit.*, §86.

¹⁴²³ FABRE-MAGNAN (M.), « De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente. Dernière plaidoirie avant l'adoption du projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2015, n° 14, p. 826 ; *Droit des obligations, t. 1, op. cit.*, §399-400.

¹⁴²⁴ « Le blocage du consentement ne peut pas plus être l'effet d'un contrat qu'il ne peut être l'objet d'une obligation, car le vice rédhibitoire serait toujours exactement le même : le consentement serait figé une fois pour toutes, comme effet du contrat, et il ne serait donc plus librement donné au moment (ultérieur) où il est requis », FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, t. 1, op. cit.*, §399.

¹⁴²⁵ En ce sens M. Barbier note qu'une question prioritaire de constitutionnalité aurait pu être posée sur l'al. 1^{er} de l'art. 1124 c. civ. définissant la promesse (BARBIER (H.), « L'irrévocabilité de la promesse unilatérale de vente est conforme à la Constitution », *RTD Civ.* 2019. 851). Dans l'arrêt commenté, daté du 17 octobre 2019 (Civ. 3^{ème} 17 octobre 2019, n° 19-40.028 QPC ; *D.* 2019. 2037), la troisième chambre civile avait en effet refusé de transmettre une QPC portant sur la constitutionnalité de l'alinéa 2, lequel prévoit que la révocation intervenue avant la levée de l'option n'empêche pas la formation du contrat promis. Cette sanction n'est pas contestable car elle est une suite logique de l'alinéa 1^{er} prévoyant que le consentement au contrat définitif a déjà été émis. C'est pourquoi la définition de la promesse devait être contestée.

contractuelle est d'ailleurs progressivement devenue le fondement véritable de la jurisprudence contestée de la troisième chambre civile. En témoigne l'évolution de l'attendu de solution employé par elle pour refuser la conclusion forcée du contrat en cas de rétractation du promettant. Avant que le revirement de jurisprudence n'intervienne, elle jugeait en effet que « *la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée* »¹⁴²⁶. En insistant sur le défaut de formation du contrat définitif, la Cour de cassation semblait affirmer qu'un contrat ne saurait avoir pour objet d'enserrer le consentement à un contrat futur. L'analyse qui repose sur une distinction entre la promesse et le contrat définitif constitue donc le cœur du problème. Si l'on veut admettre que le promettant est définitivement lié suite à l'émission de son consentement, de sorte qu'il ne peut le révoquer, il faut nécessairement renoncer à identifier deux contrats distincts : la promesse et le contrat promis. Ce faisant, c'est bien la force obligatoire de la promesse qui interdit au promettant de révoquer son consentement.

483. La nature juridique du « contrat définitif » en question – Si l'on admet que la promesse est un contrat et qu'elle a force obligatoire, peut-être faut-il s'interroger sur la nature juridique du soi-disant « contrat définitif » promis. La réforme entérine sans plus d'explications son appartenance à la catégorie des contrats, l'art. 1124 al. 2 du code civil énonçant en effet que la révocation par le promettant n'empêche pas « *la formation du contrat promis* ». La doctrine semble d'ailleurs unanime, en ce qu'elle identifie deux actes juridiques distincts : la promesse et le contrat définitif qui en est l'objet¹⁴²⁷. Une ambiguïté se glisse pourtant dans les explications données, soit pour défendre la solution de la Cour de cassation, soit pour la contester. Pour certains, le contrat définitif est déjà formé à l'égard du promettant, pour d'autres, la rétractation de la promesse par ce dernier empêche toute formation du contrat définitif. Dans l'un et l'autre cas, le processus de formation du contrat définitif est malmené, car on ne peut retenir tout à la fois que le promettant a déjà donné son consentement au contrat définitif et que ce même contrat n'est pas encore formé, sauf à dissocier artificiellement le consentement et son objet¹⁴²⁸. Cela revient à faire de la promesse

¹⁴²⁶ Civ. 3^{ème} 11 mai 2011, n° 10-12.875, *Bull. Civ. III*, n° 77 ; *D.* 2011, p. 1457, note D. Mazeaud, et p. 1460, note D. Mainguy. Réitéré : Com. 13 septembre 2011, n° 10-19.526, Inédit – Civ. 3^{ème} 6 décembre 2018, n° 17-21.170 et 17-21.171, Inédit. Cette formule apparaissait déjà dans l'arrêt de 1993. Toutefois c'est la première fois que la Cour de cassation abandonne toute référence à l'obligation du promettant pour ne conserver que cette solution, rendue au visa des art. 1101 et 1134 c. civ.

¹⁴²⁷ La description qu'en a récemment fait un auteur est particulièrement représentative de cette approche : « Ce qui est promis, à travers cet acte juridique qu'est la promesse, est donc un autre acte juridique. Cette mise en abîme est singulière ; les deux contrats, le contrat de promesse et le contrat promis, sont distincts tout en étant étroitement liés. Le contrat de promesse porte donc sur un acte juridique, quel qu'il soit », *Rép. Droit civil Dalloz*, « Promesse de vente », A. DENIZOT, 2023, §2. Pourtant elle semble dénier aussitôt son autonomie à la promesse puisqu'elle précise un peu plus loin que « la promesse permet de modérer la brutalité du consensualisme : le contrat ne sera pas efficace dès l'échange des consentements » (§3).

¹⁴²⁸ Certaines formules sont représentatives de cette ambiguïté : « Il n'est pas utile de vouloir que le promettant réitère un accord qu'il a déjà donné. Certes, on objectera que la promesse de vente n'est pas la vente. Mais ce n'est pas parce que la vente se forme en deux temps qu'il faut considérer que le premier consentement n'est pas parfait », BUS (J.-P.), « Le fléchissement du consentement dans les promesses unilatérales de vente : analyse critique », *AJDI* 2012, 249.

un contrat hybride – avant-contrat pour le bénéficiaire, mais contrat définitif pour le promettant¹⁴²⁹. On ne peut retenir non plus, comme le faisait la Cour de cassation, que le promettant peut donner et reprendre son consentement, sinon quoi il ne s’agit plus d’un consentement véritable. Plus généralement, que le contrat promis soit ainsi nommé « contrat définitif » aurait déjà dû interpeller sur sa nature juridique. Il est en effet fortement ambigu de retenir, comme l’a récemment fait la chambre commerciale de la Cour de cassation, que « *la promesse unilatérale de vente est un contrat, préalable au contrat définitif, (qui) contient, outre le consentement du vendeur, les éléments essentiels du contrat définitif* »¹⁴³⁰. Peut-être y a-t-il simplement une dissociation entre la force obligatoire – donc la formation de la promesse, et le moment de réalisation de l’opération promise. À la vérité, il n’y aurait pas de « second » contrat objet de la promesse, la réalisation de l’opération promise étant seule suspendue à la levée de l’option par le bénéficiaire. La révocation de la promesse serait donc proscrite en raison de sa force obligatoire, et non parce que le promettant a déjà consenti au contrat définitif. Cette analyse, possible pour la promesse unilatérale, se révèle avec encore plus d’éclat pour la promesse synallagmatique.

484. Un seul et même contrat – La promesse synallagmatique se singularise par rapport à la promesse unilatérale par le fait qu’elle est un seul et même contrat qui « vaut » le contrat définitif¹⁴³¹. Autrement dit, elle est un contrat dont les effets sont simplement suspendus. La doctrine ne s’y trompe pas lorsqu’elle la décrit comme un contrat par lequel les parties s’engagent d’ores et déjà dans le contrat définitif, quand bien même « la réalisation définitive de l’opération exige un certain nombre de formalités »¹⁴³². Dès lors, il semble peu utile d’affirmer que « la promesse synallagmatique de contrat engage réciproquement et symétriquement les parties à conclure un contrat définitif dont les éléments essentiels sont déterminés »¹⁴³³, ou encore qu’elle constitue un contrat « engageant au contrat définitif »¹⁴³⁴. Comme l’ont remarqué des auteurs, « promettre un contrat c’est le conclure »¹⁴³⁵. Le caractère définitif de l’engagement rend donc artificielle toute distinction avec un contrat final, que les parties se seraient engagées à conclure¹⁴³⁶. Mais encore faut-il identifier la circonstance qui diffère la réalisation de l’opération juridique et justifie ainsi la qualification de « simple » promesse. Ayant restreint l’usage du qualificatif à l’hypothèse dans laquelle il existe une condition suspensive globale, l’unité du contrat de promesse se révèle par le fait que la condition – affectant l’ensemble des effets d’un contrat, n’en reporte pas pour autant la formation. Les parties ont

¹⁴²⁹ MAINGUY (P.), « L’efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », art. préc., §17.

¹⁴³⁰ Com. 15 mars 2023, n° 21-20.399, Publié au Bulletin, arrêt préc.

¹⁴³¹ LATINA (M.), « Les avant-contrats, Proposition de texte », art. préc., spéc. p. 94.

¹⁴³² BÉNABENT (A.), *Droit des obligations, op. cit.*, §86. Dans le même sens : COLLART-DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2019, §72 : « la promesse synallagmatique de vente permet ainsi d’attendre et de préparer la réalisation future de la vente définitive par un acte authentique ».

¹⁴³³ HOUTCIEFF (D.), *op. cit.* §218.

¹⁴³⁴ Formule empruntée à : ANCEL (P.), *Droit des obligations en 12 thèmes, op. cit.*, p. 95.

¹⁴³⁵ MOUSSERON (J.-J.), « La durée dans la formation du contrat », *Mél. A. Jauffret*, Faculté d’Aix-Marseille, 1974, p. 509, spéc. p. 519 ; ZENATI-CASTAING (F.), REVET (Th.), *Cours de droit civil – Contrats, Théorie générale – Quasi-contrats*, Coll. Droit fondamental, PUF, 2014, §73.

¹⁴³⁶ En ce sens : MOLINA (L.), « L’unité contractuelle de la promesse et de la vente », *D.* 2021, p. 1574.

bien conclu un contrat qui a force obligatoire, mais la condition suspensive permet de reporter le « contenu obligationnel » identifié par M. Ancel. Comme le note l'auteur, « si les obligations n'existent pas tant que la condition n'est pas réalisée, il n'est pas douteux que le contrat, lui, existe, et qu'il a force obligatoire »¹⁴³⁷. La condition suspensive présente pour spécificité de porter ici sur l'opération contractuelle dans son ensemble et pas seulement une ou des obligations nées du contrat. Dans ce cas précis « l'effet essentiel de la condition suspensive est de suspendre l'opération »¹⁴³⁸, ce qui signifie qu'à défaut d'une telle condition il ne s'agit pas d'une promesse, mais d'un contrat parfait. C'est donc l'association du double consentement des parties et d'une condition suspensive globale qui donne sa vocation à la promesse synallagmatique : elle permet de subordonner la réalisation d'une opération promise à l'accomplissement d'une condition suspensive, sans que cette dernière ne donne naissance à un nouveau contrat¹⁴³⁹. Partant, l'interdiction de rétracter la volonté est normale : le contrat est définitivement formé. À première vue cette analyse n'est pas transposable à la promesse unilatérale. Dans ce cas, le consentement d'une partie qui fait défaut. Il y aurait donc une différence irréductible entre la promesse unilatérale et la promesse synallagmatique (ou conditionnelle), causée par la différence de nature entre le droit d'option et la condition suspensive. Néanmoins cette opposition nous semble pouvoir être surmontée en remarquant que l'option n'est qu'un droit donnant le droit discrétionnaire à son titulaire de réaliser l'opération juridique promise par l'autre. Partant, il n'y a pas de « contrat définitif » mais seulement une opération promise en suspens. Cette idée est d'ailleurs implicitement véhiculée par l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux, dont l'art. 1588 al. 1^{er} énonce *in limine* que « la promesse unilatérale de vente ou d'achat **devient** vente » (nous soulignons) une fois l'option levée. La référence implicite à la seule opération de vente indique implicitement qu'il n'y a pas de second contrat. Le contrat de promesse – qu'elle soit unilatérale ou synallagmatique, serait donc un contrat unique doté de force obligatoire, révocable du seul accord des parties. C'est ce que révèle pour l'heure l'examen de la psychologie des parties, mais aussi le moment d'appréciation de la validité.

485. Une solution conforme à la psychologie des parties – Il est parfois affirmé que les parties à un contrat de promesse distinguent cette première étape, qu'elles savent ne pas correspondre au résultat recherché, et le contrat définitif¹⁴⁴⁰. Pourtant, rien n'empêche de considérer que le prétendu contrat définitif n'est que l'étape finale au sein du lien contractuel¹⁴⁴¹. Lorsque le promettant consent une option, il sait que

¹⁴³⁷ ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel », art. préc., §43.

¹⁴³⁸ MOUSSERON (P.), RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Technique contractuelle*, dir. J.-M. Mousseron, Ed. Francis Lefebvre, 5^{ème} éd. 2017, n° 285.

¹⁴³⁹ *Contra* : « Il faut bien se garder de confondre l'avant-contrat avec le contrat subordonné à une condition suspensive », CAPITANT (R.), *De la cause des obligations*, Dalloz, 1^{ère} éd. 1923, §28.

¹⁴⁴⁰ Selon des auteurs, divers éléments démontrent que le contrat définitif est un contrat autonome et qu'il revêt une plus grande importance que la promesse qui le précède : « ... la vente constituera toujours le moment le plus important de l'opération immobilière, puisque le transfert de propriété s'opérera souvent à ce moment. En tout état de cause, l'acquéreur a le sentiment d'être devenu propriétaire par la signature de l'acte authentique de vente », PIEDELIÈVRE (J.), PIEDELIÈVRE (S.), *Les promesses de vente et d'achat immobilières*, Defrénois, Lextenso, 2018, §3.

¹⁴⁴¹ « Si l'acquéreur « lève l'option » avant la fin de son délai d'expiration ou de sa prorogation, le contrat auquel cette option est attachée produit tous ses effets. Si l'acquéreur ne « lève pas » l'option, c'est-à-dire s'il refuse d'acquiescer ou

la vente se réalisera si le bénéficiaire lève l'option, et ce, sans qu'il ne puisse s'y opposer. De même, lorsque la promesse est conclue sous condition suspensive, les parties se savent déjà liées par la vente finale parce qu'elles projettent la réalisation de la condition. La conception proposée de la promesse n'est donc pas incompatible avec l'état d'esprit des parties. Cette conception pourrait même s'avérer utile du point de vue rédactionnel. La rédaction de deux actes instrumentaires, impliquée par la distinction de deux actes juridiques, est en effet problématique, car elle entraîne une perte de temps et peut induire en erreur les parties quant à la portée de chacun des actes. Elle fait également naître un risque d'erreur rédactionnelle : que faire si les deux actes ne sont pas rédigés de la même manière ? Cela pourrait arriver si le notaire qui rédige la promesse n'est pas celui qui en constate la perfection. Des auteurs préconisent ainsi de rédiger « l'acte définitif » dès la promesse, ce qui entérine l'analyse de la promesse comme contrat en la forme imparfaite¹⁴⁴². Si la rédaction du contrat intervient en une seule fois, c'est bien qu'il existe une seule opération sur laquelle les parties doivent s'accorder, et en définitive, un seul contrat.

486. Une solution conforme à l'examen de la validité – Les conditions de validité des promesses, que nous avons jusqu'alors réservées à une étude ultérieure, accréditent l'idée qu'il n'existe qu'un seul et même contrat en la forme imparfaite. Le consentement des deux parties est en effet requis au moment de formation de la promesse. Aucun vice du consentement ne peut donc être démontré à un stade ultérieur¹⁴⁴³. Si cela confirme le fait que la promesse est un contrat auquel les deux parties doivent consentir, cela indique également que la levée de l'option n'est peut-être pas un consentement (pas même au contrat définitif). Surtout, une fois émis, le consentement est définitif. Les parties affectées de démence après la conclusion de la promesse ne peuvent donc plus agir en nullité. De même, la perte de capacité consécutivement à la formation de la promesse, qu'elle soit due à la folie ou plus fondamentalement au décès du promettant, n'entrave pas la validité de la promesse¹⁴⁴⁴. Nous verrons d'ailleurs que l'appréciation tardive de la capacité à réaliser l'opération, au lieu de traduire une formation successive de l'acte, s'explique par sa qualité d'acte imparfait¹⁴⁴⁵. Bien qu'il doive consentir à la promesse et être capable de la former, le bénéficiaire de la promesse unilatérale n'a donc besoin d'avoir la capacité à réaliser l'opération, ne s'étant pas encore engagé

s'il laisse expirer le délai de validité de son option, le contrat ne s'exécute pas (...), VERNIÈRES (Ch.) (dir.), *Guide de la rédaction des actes notariés*, Lextenso, Defrénois, 2022, p. 265.

¹⁴⁴² HERRNBERGER (O.), LIEVRE (X.), « Et si l'on rédigeait l'acte de vente dès l'avant-contrat ? », *JCP N* 2006, 707 ; HERRNBERGER (O.), « Et si on repensait le *tandem* promesse de vente/vente », *JCP N* 2017, 261.

¹⁴⁴³ Si un vice du consentement est apprécié au moment de « l'acte définitif » cela signifie que nous sommes face à un acte dont la formation s'achève à cet instant, de sorte que la « promesse » signée par les parties n'était pas un acte. Ce raisonnement a récemment permis à la Cour de cassation de confirmer l'annulation d'une vente pour dol, apprécié au jour de la réitération par acte authentique, les parties ayant essentialisé cette dernière : Civ. 3^{ème} 16 septembre 2021, n° 20-19.229, arrêt préc.

¹⁴⁴⁴ Pour la folie : Civ. 3^{ème} 7 janvier 1982, n° 80-14.396, Inédit ; *RTD civ.* 1982. 600, obs. F. Chabas. Pour le décès : Civ. 3^{ème} 6 mai 2008, n° 07-11.668, Inédit ; *RDC* 2008. 1239, obs. F. Collart-Dutilleul – Civ. 3^{ème} 10 décembre 1997, n° 95-16.461, *Bull. civ. III*, n° 223 ; *D.* 1999, somm. 9, obs. Ph. Brun ; *Defrénois* 1998. 336, obs. D. Mazeaud ; *LPA* 23 nov. 1998, note Y. Dagherne-Labbé.

¹⁴⁴⁵ *V. infra*, n° 498 et s.

à la réaliser¹⁴⁴⁶. Outre le consentement et la capacité, la validité de l'opération promise est appréciée au moment de formation du contrat. La lésion s'apprécie ainsi au moment de conclusion de la promesse, la Cour de cassation ayant précisé que « le "moment de la vente" visé par l'article 1675 du code civil était celui de la rencontre des volontés sur les éléments essentiels du contrat, à savoir, la chose et le prix, ce qui correspondait normalement à la date de la promesse de vente, même en présence d'une condition suspensive »¹⁴⁴⁷. On voit difficilement pourquoi une telle solution n'est pas étendue à la promesse unilatérale de vente, l'art. 1675 al. 2 du code civil énonçant qu' « en cas de promesse de vente unilatérale, la lésion s'apprécie au jour de la réalisation », ce qu'a confirmé la Cour de cassation¹⁴⁴⁸. En matière de promesse synallagmatique, la solution est commandée par le fait que l'accord des parties sur les éléments essentiels est déjà survenu. Or, cela vaut aussi pour la promesse unilatérale, car la faculté d'option n'autorise pas les parties à laisser en suspens la détermination de la chose et du prix. Celui qui promet de vendre à un prix lésionnaire s'engage donc dès la promesse à immobiliser un bien à des conditions préjudiciables, de sorte que l'action en nullité devrait déjà lui être ouverte. Si ce n'est cette exception, critiquable selon nous, aucun examen de validité n'intervient lors de la « formation » du contrat définitif. C'est la preuve qu'il n'est pas un acte à part entière et que seule la promesse constitue un acte doté de force obligatoire. En l'occurrence, elle constitue un acte imparfait : formée, elle ne réalise pas encore sa finalité.

487. Conclusion de la section 1 – Nous avons pressenti que certains phénomènes pouvaient s'apparenter à des actes juridiques prospectifs, qui ne sont pas parfaits dès l'instant de leur formation. Pour vérifier cette impression, il fallait tout d'abord démontrer que les actes étudiés constituent des actes définitivement formés, et non des actes à formation successive, afin d'ouvrir la voie à la démonstration d'une discordance entre leur formation et leur perfection. Divers indices, tels que le moment de déclenchement de la force obligatoire et le moment d'appréciation des conditions de validité, nous ont permis de mener à bien cette démonstration. On a ainsi remarqué que les actes identifiés revêtaient bien la qualité d'actes juridiques – ce qui n'était pas évident pour l'offre de contrat, et que leur processus de formation était bel et bien achevé lors de leur élaboration – ce qui n'était pas évident en particulier pour le testament et le contrat de mariage. Désormais, il convient de s'assurer que, malgré leur formation définitive, ces actes ne réalisent pas encore la finalité recherchée par l'auteur. On a déjà pu le pressentir en remarquant que la promesse, bien loin d'être un contrat « en vue » d'un contrat définitif, n'est qu'un seul et même contrat doté de force obligatoire et dont les effets demeurent éventuels.

¹⁴⁴⁶ En ce sens : *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Promesse de vente », O. BARRET, 2018, §52.

¹⁴⁴⁷ Civ. 3^{ème} 30 mars 2011, n° 10-13.756, *Bull. Civ. III*, n° 55 ; *D.* 2011, 1076 ; *AJDI* 2011. 891, obs. Cohet-Cordey ; *JCP N* 2011, n° 1235, note Vingiano ; *JCP* 2011, n° 1141, obs. Ghestin ; *Deffrénois* 2011. 1401, obs. Lécuyer ; *RDC* 2011/3, p. 885, note Pimont – Civ. 3^{ème} 30 juin 1992, n° 90-19.882, *Bull. Civ. III*, n° 236 ; *D.* 1993. Somm. 236, obs. Paisant ; *Deffrénois* 1993, 798, obs. Vermelle.

¹⁴⁴⁸ Civ. 3^{ème} 29 septembre 1999, n° 97-21.738, *Bull. Civ. III*, n° 195 ; *D.* 1999. IR 252 ; *Gaz. Pal.* 2000. Somm. 443, obs. Guével – Civ. 3^{ème} 7 juillet 2010, n° 09-14.579, *Bull. Civ. III*, n° 141 ; *JCP E* 2010, n° 2134, 3, obs. J.-B. Seube ; *RDC* 2011, p. 176, obs. J.-B. Seube.

Section 2

Une opération juridique non réalisée

488. Second temps : l'imperfection – Étant démontré que les actes prospectifs sont des actes définitivement formés, il convient désormais de remarquer qu'ils ne réalisent pas leur finalité dès l'instant de leur formation ; en somme, qu'ils sont imparfaits. La définition légale des actes étudiés accrédite d'ores et déjà cette particularité : selon l'art. 1114 du code civil, l'offre exprime la volonté d'être lié « *en cas d'acceptation* » ; selon l'art. 1124 du code civil, la promesse unilatérale confère le droit d'opter pour un contrat pour la formation duquel « *ne manque que le consentement du bénéficiaire* »¹⁴⁴⁹ ; selon l'art. 895 du code civil, le testament est l'acte par lequel son auteur dispose de ses biens « *pour le temps où il n'existera plus* » ; et selon l'art. 1395 du code civil, les conventions matrimoniales « *ne peuvent prendre effet qu'au jour de cette célébration* ». Deux catégories d'actes prospectifs peuvent être identifiées, selon que la réalisation tardive de la finalité procède d'une volonté de la différer ou de la dépendance de la finalité de l'acte vis-à-vis d'un événement futur¹⁴⁵⁰. En somme, selon que l'auteur de l'acte veut différer la réalisation de l'opération juridique (§1) ou qu'il lui soit imposé de la différer (§2).

§1 - LA VOLONTÉ DE DIFFÉRER L'OPÉRATION

489. Actes à efficacité différée – Alors que le contrat permet classiquement de réaliser immédiatement une opération désignée par les parties, l'offre et la promesse ne sont que des « étapes » en vue de cette même opération. L'offrant adhère d'ores et déjà à un contrat dont le contenu est déterminé et n'attend que l'acceptation d'autrui pour être tenu de réaliser l'opération. Le promettant consent à une opération contractuelle déterminée et n'attend que la levée de l'option ou l'accomplissement de la condition suspensive pour être tenu de réaliser l'opération. Par conséquent, s'ils existent et ont force obligatoire, ils ne *réalisent* pas encore l'opération qui constitue leur finalité¹⁴⁵¹. Pour parvenir à cette démonstration, il convient de s'appuyer sur la distinction qui existe entre la formation de l'acte et la réalisation de l'opération qui constitue sa finalité, aussi bien dans le cas de l'offre (A) que de la promesse (B).

¹⁴⁴⁹ On peut ajouter, même si la loi n'est pas aussi claire à son sujet, que la promesse synallagmatique est le contrat par lequel les parties s'engagent à exécuter une opération juridique si la condition suspensive s'accomplit.

¹⁴⁵⁰ VERDIER (J.-M.), th. préc., §26 : « Cette particularité peut tenir à la nature même des choses, les divers éléments étant indépendants les uns des autres (...). Elle peut aussi résulter d'une volonté des intéressés, désireux de ménager l'avenir et de ne pas s'engager avant de savoir ce qui, à certains égards adviendra ».

¹⁴⁵¹ C'est ce qu'avait déjà remarqué M. Chénéde : « En réalité, l'offre de contrat, comme la promesse de contrat, ne fait naître aucune obligation : elle ne réalise aucune *commutation*. Ces deux engagements volontaires se contentent de sceller le consentement de l'offrant et du promettant pendant toute la durée du délai d'acceptation et d'option », CHÉNEDÉ (F.), *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Coll. Recherches juridiques, Economica, 2008, §109.

A - L'offre, acte d'adhésion à l'opération contractuelle

490. La difficulté à saisir l'effet de l'offre – L'offre de contrat est un acte difficile à saisir, car sa finalité est de donner naissance à un contrat. Pour ainsi dire, le contrat est l'effet produit par l'offre, conditionné à la survenance d'une acceptation. C'est dire que l'offre est un acte d'adhésion à l'opération contractuelle (1), laquelle ne pourra se réaliser que par l'intermédiaire d'un contrat, de sorte que l'offre demeure imparfaite dans l'attente d'une acceptation corrélative (2).

1 - L'adhésion par l'offre

491. La piste de l'engagement unilatéral – Les auteurs qui admettent l'appartenance de l'offre à la catégorie des actes juridiques en font souvent un engagement unilatéral de volonté¹⁴⁵², qui peut être défini comme « un acte juridique unilatéral, par lequel l'auteur de l'acte se rend débiteur d'une obligation »¹⁴⁵³. Outre que cette qualification révèle une difficulté à saisir l'effet de droit en dehors de la notion d'obligation¹⁴⁵⁴, et plus largement d'engagement, elle n'est pas conforme au statut de l'engagement unilatéral de volonté dans notre droit. L'acte unilatéral et le contrat ne peuvent en effet coexister au sein d'un même système juridique comme sources potentielles d'engagement¹⁴⁵⁵. Si l'on pouvait prendre un engagement tantôt par sa seule volonté déclarée, tantôt à la condition que le bénéficiaire de l'engagement y consente, le mécanisme de l'offre évincerait tout simplement le contrat. « L'acceptation » ne serait plus nécessaire pour engager l'offrant mais simplement pour permettre au bénéficiaire de demander l'exécution d'un engagement déjà souscrit. C'est pourquoi une telle solution ne saurait être admise. Conscient de ce défaut, les auteurs qui défendent la qualification d'engagement unilatéral de volonté précisent que l'offre serait un engagement, non pas à exécuter le contrat, mais à maintenir sa volonté en vue de sa conclusion. En offrant la conclusion d'un contrat, l'offrant aurait donc souscrit un engagement distinct du contrat : l'engagement de maintenir l'offre. On peut formuler deux critiques à l'encontre de cette analyse. Tout d'abord on peut se demander quelle est la consistance véritable d'un engagement qui porte sur l'acte juridique qui le fait naître. Il est curieux de considérer qu'en formulant une offre, l'offrant s'engage à maintenir l'offre. Le raisonnement est circulaire et donc, sans finalité véritable. Or, tout acte juridique doit normalement disposer d'une finalité, sauf à être disqualifié en fait juridique. Ensuite, quand bien même on

¹⁴⁵² Défendant la qualification d'engagement unilatéral de volonté : MAZEAUD (D.), « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », *Études Ghestin*, LGDJ 2001, p. 637, spéc. §18 ; GRIMALDI (C.), th. préc., §726 et s.

¹⁴⁵³ IZORCHE (M.-L.), L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain, PUAM, 1995, §2.

¹⁴⁵⁴ DUPRÉ (M.), « L'offre et le mystère de l'acte unilatéral », *Dr. et patr.* 2018, n° 284, p. 11 : « l'offre peut correspondre à la définition large de l'acte juridique unilatéral en ce qu'elle est une manifestation de volonté ayant pour effet d'obliger son auteur à la maintenir en vue de réaliser une opération économique par la conclusion d'un contrat ».

¹⁴⁵⁵ Sur ce caractère subsidiaire, v. : *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Engagement unilatéral », J.-L. AUBERT, S. GAUDEMET, 2018, §30 et s.

retiendrait que la finalité de l'offre réside dans son propre maintien, les conséquences de cette analyse seraient identiques à celles de l'analyse précédente. Il revient exactement au même de voir dans l'offre un engagement unilatéral de maintenir l'offre de contrat et un engagement unilatéral d'exécuter le contrat offert. Dans les deux cas, l'offrant est déjà lié par un contrat auquel il ne peut pas renoncer. On ne retrouve donc pas la vocation traditionnelle de l'offre, laquelle doit permettre à son auteur de déclarer sa volonté en vue d'un contrat tout en *subordonnant* son engagement à l'acceptation d'autrui. Comme le note M. Revet, « la décision unilatérale de tenir pour loi un projet prescriptif n'a aucun effet de transformation de ce projet en norme, car elle n'a pas de destinataire – en tout cas : *tant* qu'elle n'a pas de destinataire »¹⁴⁵⁶.

492. La piste de l'engagement unilatéral conditionnel – Ne pouvant admettre que l'offre a une efficacité équivalente à celle du contrat, les défenseurs de la théorie de l'engagement unilatéral sont contraints de préciser que, si l'offre est un engagement unilatéral de volonté, elle est un engagement conditionnel dépendant de l'acceptation corrélative¹⁴⁵⁷. De cette manière l'offre et le contrat ne sont plus en concurrence puisque l'efficacité de l'engagement pris par l'offrant est conditionnée à une acceptation, et *in fine*, à la formation d'un contrat. Pourtant cette qualification n'est pas compatible avec le régime juridique de l'offre. Qui dit engagement conditionnel dit en effet que l'engagement ne dépend, pour sa réalisation, *que* de l'acceptation. En présence d'un engagement conditionnel, il ne devrait donc pas pouvoir révoquer son acte juridique et seule la défaillance de la condition – en clair le défaut d'acceptation passé un certain délai, devrait être susceptible de faire tomber son engagement. Pourtant, le Code civil permet à l'offrant de révoquer son offre, comme nous le détaillerons ultérieurement¹⁴⁵⁸. Si l'offrant peut révoquer son offre, c'est bien qu'il n'a pris aucun engagement. Devant ce constat on pourrait être tenté de s'interroger à nouveau sur la nature juridique de l'offre : si l'auteur ne prend aucun engagement, n'est-elle pas en définitive un fait juridique ?¹⁴⁵⁹ Si on peine à dire que l'offre est un acte juridique c'est parce qu'on ne parvient pas à identifier son rapport au contrat, c'est-à-dire à l'opération contractuelle à laquelle l'offrant entend consentir. Pourtant, il semble tout à fait possible d'admettre que l'offre est un acte unilatéral sans être un engagement

¹⁴⁵⁶ REVET (Th.), « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité (II) », *RDC* 2013/1, p. 327, §4. Si nous approuvons l'idée véhiculée, il nous semble toutefois nécessaire de substituer la notion d'acceptant à celle de destinataire. En effet, lorsque l'offre est émise elle a d'ores et déjà un destinataire. C'est simplement l'acceptation par ce dernier qui fait encore défaut.

¹⁴⁵⁷ WICKER (G.), *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Bibl. de dr. privé, t. 253, LGDJ, 1997, §135 ; GRIMALDI (C.), th. préc., §726 et s. Ce dernier retient plus encore qu'il n'y a pas d'obligation de maintenir l'offre à proprement parler puisque le principe même d'un engagement pris par l'offrant suppose une certaine durée de ce dernier, « on ne s'engage pas à maintenir son engagement ! » (§728).

¹⁴⁵⁸ Il est vrai que le droit de révoquer n'est pas absolu, la loi posant un principe d'interdiction dans certaines circonstances. Mais l'interdiction n'est pas synonyme d'engagement forcé de l'offrant : malgré cette interdiction, la révocation est efficace et empêche la conclusion du contrat offert (art. 1116 c. civ.). V. *infra*, n° 638 et s.

¹⁴⁵⁹ « Qu'elle soit un fait juridique, c'est ce qui résulte du rejet de la qualification d'engagement unilatéral auquel nous venons de procéder, et de l'impossibilité de discerner une quelconque base contractuelle sur laquelle s'appuierait l'offre », AUBERT (J.-L.), th. préc., §203.

unilatéral¹⁴⁶⁰. Une voie intermédiaire peut être trouvée, faisant de l'offre un acte juridique unilatéral non assimilé à l'engagement unilatéral de volonté¹⁴⁶¹.

493. Un acte d'adhésion – L'offre constitue « une simple projection d'une opération contractuelle par son auteur »¹⁴⁶². Le consentement au contrat est donc contenu dans l'offre dont il constitue en quelque sorte l'objet¹⁴⁶³, mais on ne peut pas dire pour autant que l'offrant consente déjà au contrat. Comme l'a démontré Mme Frison-Roche, le consentement est en effet « toujours un objet né de la volonté », une « sorte de capitulation »¹⁴⁶⁴. Si l'offrant a la volonté de conclure, il n'a donc pas encore consenti au contrat au moment où il émet l'offre¹⁴⁶⁵, car le consentement contractuel ne saurait exister avant la formation du contrat¹⁴⁶⁶. Le problème de la nature juridique de l'offre se révèle finalement « dans le moment où le consentement perd cette unilatéralité pour former le lien contractuel, où il perd sa nature pour se subsumer dans le contrat, au moment donc où il doit disparaître en propre »¹⁴⁶⁷. Peut-être n'est-ce donc pas la nature juridique de l'offre qui pose question, mais bien plutôt celle du contrat qui en est issu. Il faut en effet remarquer que l'offre a tous les attributs d'un acte juridique, mais que sans être confondue avec le contrat, elle a pour *finalité* le contrat. À la fois parce que c'est le résultat auquel entend parvenir l'offrant, mais aussi parce que l'offre constitue le premier élément nécessaire à la naissance du lien contractuel. Comme le relève M. Aubert, « l'offre est (...) un moyen d'atteindre un objectif, le contrat »¹⁴⁶⁸. Si l'offre est bien un acte juridique doté de force obligatoire, peut-être est-ce l'appartenance du contrat à la catégorie des actes juridiques qu'il

¹⁴⁶⁰ En ce sens : ANTIPPAS (J.), « Au commencement était le verbe..., À propos de la réglementation de l'offre par le nouveau droit des contrats », *D.* 2016, 1760, §3.

¹⁴⁶¹ Il est très courant d'hésiter entre l'offre-fait juridique et l'offre-engagement unilatéral, sans considérer la qualification de simple acte unilatéral. V. par ex. : PIMONT (S.), « Article 1117 : la révocation de l'offre – A New French Touch », *RDC* 2015/3, p. 743.

¹⁴⁶² DUPRÉ (M.), « L'offre et le mystère de l'acte unilatéral », art. préc.

¹⁴⁶³ C'est ce qui ressort de la formule selon laquelle l'offre a « pour objet la proposition de conclure un contrat », LARROUMET (Ch.), BROS (S.), *Les obligations – Le contrat*, préc., §199.

¹⁴⁶⁴ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995. 573, spéc. §2 et 10. En ce sens également, M. Limbach remarque que « le contrat impose en outre la rencontre de déclarations de volonté identiques en vue de l'établissement d'un consentement », LIMBACH (F.), *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, *Bibl. de dr. privé*, t. 412, LGDJ, 2004, §63. Le consentement au contrat ne saurait être donné tant qu'il n'y a pas d'acceptation. C'est la raison pour laquelle il est contenu en puissance dans l'offre et qu'on peut distinguer le consentement au contrat de la proposition de contracter.

¹⁴⁶⁵ DEMOLOMBE (Ch.), *Cours de Code Napoléon*, t. 1, n° 45, « le consentement est le concours de deux ou plusieurs volontés dans un même but juridique (...) le consentement, c'est, en effet, la convention elle-même ! C'est le rendez-vous où se rencontrent (...) les deux volontés dont le concours forme le contrat ».

¹⁴⁶⁶ ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *Bibl. de dr. privé*, t. 254, LGDJ, 1996, §88 : « Le consentement désigne, soit *stricto sensu* l'accord de volontés lui-même, soit *lato sensu*, et par extension, la volonté échangée dans l'accord, dans l'expression « échange des consentements » par exemple. Si ces deux acceptions restent valables, on condamnera, en revanche, avec la plus grande fermeté, l'emploi du terme « consentement » pour désigner toute manifestation de volonté ».

¹⁴⁶⁷ DUPRÉ (M.) « L'offre et le mystère de l'acte unilatéral », art. préc.

¹⁴⁶⁸ AUBERT (J.-L.), *th. préc.*, §6.

convient de relativiser¹⁴⁶⁹. Comme pour la promesse, le « contrat » ne serait que l'opération finale que l'offre doit réaliser.

2 - Le contrat comme finalité

494. Le contrat offert – Comme nous l'avons déjà remarqué, tout acte juridique dispose d'une finalité. Si l'offre est un acte juridique à part entière, il est donc nécessaire d'identifier son *negotium*. Dans cet objectif, il s'avère que le contrat issu de la rencontre entre une offre et une acceptation se présente davantage comme une norme contractuelle élaborée par l'offre, que comme un acte juridique nouveau. Si une fois le contrat formé on se réfère à ce dernier comme un acte juridique autonome, cela n'empêche donc pas de considérer qu'au stade où l'offre est émise, le contrat n'est que la finalité, l'opération juridique que l'offre doit réaliser. Cela ne signifie pas qu'il faille retenir que le contrat n'est *jamais* un acte juridique. Tout dépend du processus qui conduit au contrat¹⁴⁷⁰. Le recours à l'offre n'étant pas systématique, le contrat peut en effet très bien se former par l'accord des volontés, par la rencontre entre des manifestations de volonté, sans que les parties n'usent de l'offre et de l'acceptation. Dans ce cas précis, seul le contrat est un acte juridique, car c'est à la formation de ce dernier que seront attachés les effets de droit. En revanche, on peut considérer qu'en présence d'une offre, l'appartenance du contrat à la catégorie des actes juridiques est discutable. Deux schémas se dessinent donc sans que l'on puisse – et sans qu'il ne soit nécessaire, de trancher entre les deux : tantôt le contrat sera un acte juridique formé par la rencontre des manifestations de volonté ; tantôt il sera le produit d'une l'offre devenue parfaite grâce à l'acceptation. Dans ce cas précis, le contrat paraît être le résultat d'actes juridiques concordants. Lorsqu'une offre est émise, l'acceptation vient parfaire un acte juridique préexistant en rendant l'opération réalisable¹⁴⁷¹. Si l'opération contractuelle projetée par l'offrant ne peut se réaliser avant, c'est donc parce que l'acceptation est nécessaire, l'offrant ne pouvant pas imposer une norme contractuelle à autrui. Lorsqu'une offre est émise, le contrat constitue donc la finalité de cet acte.

495. Illustration par le contrat d'adhésion – La considération du contrat comme finalité de l'offre s'impose avec évidence en présence d'un contrat d'adhésion. Si on a longtemps débattu de l'appartenance

¹⁴⁶⁹ Des auteurs soutiennent que le contrat n'est pas un acte juridique. V. not. : SUR (S.), « Actes, normes, droit : dix mille signes », *Droits*, t. 11-2, 1990, p. 59, spéc. p. 60 ; MORON-PUECH (B.), th. préc., §328 et s.

¹⁴⁷⁰ En ce sens, M. Moron-Puech remarque que « le contrat peut être formé de deux manières différentes, soit au moyen d'une procédure où la chronologie a son importance, l'une des parties adressant à l'autre une offre que l'autre accepte, soit, indépendamment de toute chronologie, par l'adhésion des parties à un texte identique », MORON-PUECH (B.), th. préc., 2020, §337. Néanmoins l'auteur estime, à l'inverse de nous, que le contrat est toujours un ensemble de normes issue d'actes juridiques distincts. Cette approche découle directement du rejet par l'auteur de la notion de déclaration de volonté, qu'il estime appartenir au seul droit allemand, et qu'il refuse donc de considérer comme une condition de formation du contrat (v. sa thèse §369 et s.).

¹⁴⁷¹ La formule employée par M. Cerqueira éclaire bien cette idée : « l'émission de l'acceptation renforce la force obligatoire de la relation et sa réception y substitue le contrat », CERQUEIRA (G.), « Le critère de qualification de l'acte juridique réceptice », art. préc., §39, p. 172.

du contrat d'adhésion à la catégorie des contrats, c'est d'ailleurs parce que dans ce cas, la présence systématique d'une offre à laquelle il faut adhérer éclipse le contrat-acte juridique. Même si ce débat n'est plus réellement d'actualité, puisqu'il a été démontré que l'absence d'élaboration du contenu contractuel par l'une des parties n'éclipse pas la nécessité d'un accord de volontés¹⁴⁷², on peut y apporter une réflexion tirée de la finalité de l'offre. On remarque en effet que le contrat d'adhésion obéit systématiquement au schéma d'une offre devenue parfaite par l'effet d'une acceptation. L'alternative face à laquelle se trouve l'adhérent – accepter ou refuser le contrat offert, s'explique donc par la présence d'une offre qui permet à l'une des parties de déterminer unilatéralement le contenu du contrat. Lorsqu'un contrat d'adhésion est conclu, le rédacteur du contrat formule une offre, à la fois ferme et très précise, à destination d'un client potentiel. En adhérant au contenu prédéterminé, ce dernier ne fait donc rien de plus qu'accepter l'offre qui lui a été faite¹⁴⁷³. En somme, il s'agit du seul procédé lui permettant de contracter, la position dominante de l'offrant ne lui permettant pas de négocier, et évinçant du même coup le « contrat-acte juridique »¹⁴⁷⁴. Dans ce cas le contrat est donc moins un acte juridique « bilatéral » que le produit d'une offre devenue parfaite suite à l'acceptation¹⁴⁷⁵. L'autonomie de l'offre est donc logiquement à nuancer car, comme pour tout acte prospectif, elle s'efface devant sa finalité à réaliser. Reste que la norme contractuelle ne constitue pas dans ce cas un second acte juridique, mais la finalité spécifique de l'offre.

496. L'offre est donc bien un acte prospectif : sa formation par l'auteur ne concorde pas avec sa perfection, la naissance du contrat étant subordonnée à une acceptation. De la même manière, le contrat de promesse tend à s'effacer devant l'opération promise, qui lui donne sa perfection en se réalisant.

B - La promesse, acte d'engagement(s) à l'opération contractuelle

497. L'unité incertaine des promesses – Le Code civil ne connaissait initialement que le paradigme du contrat formé et exécuté en un trait de temps. Ce dernier s'étant avéré insuffisant pour répondre aux aspirations des parties, qui peuvent avoir besoin de temps pour préparer leur engagement, il a fallu élaborer un type de contrat par lequel les parties auraient la possibilité de différer la réalisation de l'opération convenue entre elles, sans renoncer pour autant au cadre sécurisant de la relation contractuelle. Pour ce

¹⁴⁷² BERLIOZ (G), *Le contrat d'adhésion*, Bibl. de dr. privé, t. 132, LGDJ, 1975, spéc. p. 56 et s.

¹⁴⁷³ Ce qui singularise la situation de l'adhérent par rapport à celle de l'acceptant c'est que des circonstances de fait empêchent toute contreproposition de sa part. En ce sens : AUBERT (J.-L.), th. préc., §298 et s. Pour le reste l'adhésion au contrat est en tout point identique au mécanisme de l'acceptation.

¹⁴⁷⁴ M. Aubert avait déjà souligné le rapport particulier qui unit une offre précise et le contrat qui en découle : « ... affirmer le caractère unilatéral de l'offre revient (...) à dire que l'ensemble de la préfiguration de la situation contractuelle à venir est le fait de l'une seulement des parties antagonistes. C'est considérer que l'économie globale du contrat envisagé est unilatéralement déterminée par l'offrant sans qu'aucun agrément général du destinataire de l'offre ait été préalablement requis... », AUBERT (J.-L.), th. préc., §20.

¹⁴⁷⁵ En ce sens, M. Revet oppose « la bilarité absolue au stade de la formation de l'acte contractuel » à « la bilatéralité relative dans l'ordre du contenu de l'acte contractuel », REVET (Th.), « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité (II) », art. préc.

faire, la doctrine a eu recours à la technique de la promesse, avant-contrat organisateur d'une relation contractuelle future et finalisée¹⁴⁷⁶. Cette approche, qui tend à faire de la promesse unilatérale un contrat parfait porteur d'une opération technique, s'avère toutefois artificielle (1). La promesse, qu'elle soit unilatérale ou synallagmatique, correspond en réalité à un contrat imparfait, c'est-à-dire un contrat définitivement formé dont la finalité est reportée (2).

1 - Les errements de la promesse avant-contrat

498. L'absence d'effets substantiels de la promesse – Distincte du contrat définitif qu'elle a pour objet de « promettre », la promesse produirait des effets de droit qui lui sont propres. Or, les explications jusqu'alors avancées pour tenter de cerner la finalité de la promesse se sont avérées peu satisfaisantes, une distinction artificielle étant opérée entre la promesse d'une part et le contrat définitif d'autre part.

499. L'obligation de faire : consentir ou maintenir le consentement – Selon une analyse classique des effets du contrat, la promesse devrait avoir pour effet « *créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* » conformément à l'art. 1101 du code civil¹⁴⁷⁷. Dans l'arrêt *Consorts Cruz* de 1993, la Cour de cassation identifiait ainsi une obligation de faire à la charge du promettant. L'analyse était la suivante : en consentant à la promesse, le promettant aurait souscrit une obligation de consentir au contrat définitif, ou selon une approche relativement proche, une obligation de maintenir son consentement au contrat définitif¹⁴⁷⁸. Cette approche présentait deux vertus. En optant pour la qualification d'obligation de faire, les hauts juges écartaient tout d'abord la qualification d'obligation de donner dont la spécificité résidait dans le fait de « s'exécuter d'elle-même », la livraison de la chose pouvant dès lors être forcée. Surtout, l'identification d'une obligation de faire leur permettait de se placer sous le régime protecteur de l'art. 1142 du code civil qui énonçait autrefois que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». En vertu de ce texte, il était donc possible de sanctionner la rétractation du promettant par le versement de dommages et intérêts, s'agissant de l'inexécution de l'obligation de maintien du consentement¹⁴⁷⁹. Pourtant cette qualification d'opportunité

¹⁴⁷⁶ L'avant-contrat peut être défini comme « une convention envisageant la conclusion du contrat définitif et fixant définitivement certains éléments de celui-ci », HOUTCIEFF (D.), *op. cit.*, §194.

¹⁴⁷⁷ Sur la critique de cette disposition et sa focalisation sur les obligations : LEQUETTE (S.), « La notion de contrat », *RTD Civ.* 2018. 341.

¹⁴⁷⁸ L'obligation du promettant est tantôt décrite comme une obligation de maintenir son consentement et on considère celui-ci comme ayant déjà été émis (v. par ex. : SCHMIDT (J.), *Négociation et conclusion des contrats*, Dalloz, 1982, n° 504), tantôt comme une obligation de conclure le contrat et on considère alors que le consentement n'a pas encore été émis mais doit l'être obligatoirement (v. par ex. : BENAC-SCHMIDT (F.), *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, thèse, LGDJ, 1983, n° 32 ; MAINGUY (D.), « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », art. préc. ; FRANCISOT (T.), « Controverse sur la promesse unilatérale de contrat après la réforme du 10 février 2016 », *AJ contrat* 2016, 479).

¹⁴⁷⁹ Civ. 3^{ème} 28 octobre 2003, n° 02-14.459, Inédit : « ... ce manquement à leurs obligations par les promettants s'analysait en une violation d'une obligation de faire qui ne pouvait se résoudre qu'en dommages-intérêts, ... ».

était contestable parce qu'elle allait à rebours de l'interprétation jurisprudentielle de l'art. 1142 du code civil. Se libérant de la distinction entre l'obligation de donner et l'obligation de faire ou ne pas faire, la jurisprudence retenait déjà que l'exécution forcée de l'obligation pouvait être ordonnée à la double condition qu'elle soit possible et qu'elle ne soit pas trop personnelle¹⁴⁸⁰. En revenant à la lettre de cet article, les hauts magistrats raisonnaient donc en opportunité pour permettre au promettant de renoncer à l'opération promise¹⁴⁸¹. Néanmoins, « l'obligation de consentir » pouvait aisément rentrer dans la catégorie des obligations trop personnelles, à propos desquelles l'exécution forcée ne saurait advenir. Cette qualification aurait toutefois contraint les juges toutefois à justifier le caractère très personnel de cette obligation et c'est précisément ce qui posait problème : on voit mal comment le consentement, qui assure la formation du contrat, pourrait être l'objet d'une obligation.

500. Le problème de la prestation à accomplir – Plus fondamentalement, le maintien du consentement ne semble pas pouvoir être considéré comme l'objet d'une obligation à la charge du promettant. L'obligation est en effet indissociable de la prestation qu'elle doit garantir¹⁴⁸². Or, la promesse n'impose aucun comportement précis au promettant¹⁴⁸³. Ce dernier demeure dans une situation passive, attendant que le bénéficiaire lève éventuellement l'option qu'il lui a consentie. Par ailleurs, la rétractation de son consentement par le promettant ne saurait être considéré comme une inexécution de l'obligation de maintenir son consentement¹⁴⁸⁴, dans la mesure où l'inexécution d'une obligation de faire correspond normalement à la non-réalisation de la prestation¹⁴⁸⁵. Si on retient que c'est une obligation de consentir (et non de maintenir un consentement déjà émis), le problème reste intact, car ce n'est pas le consentement au contrat définitif qui est retiré – n'ayant pas encore été émis, mais la promesse elle-même. Tout aussi artificiellement selon nous, on peut tenter d'identifier une obligation de ne pas faire par laquelle le promettant se serait engagé à ne pas conclure le contrat promis avec une autre personne que le bénéficiaire. On voit toutefois qu'il ne s'agit que de la suite logique de l'objet de la promesse, lequel reste encore à identifier. *In fine*, on peine à identifier des obligations auxquelles donnerait naissance la promesse.

¹⁴⁸⁰ Arrêt Whistler, Civ. 1^{ère} 14 mars 1900, *DP* 1900, 1, p. 497, rapp. Rau, concl. Desjardins et note Planiol.

¹⁴⁸¹ Le pourvoi soutenait que « dans une promesse de vente, l'obligation du promettant constitue une obligation de donner ». V. : MARTIN (D. R.), « Des promesses précontractuelles », *Études J. Béguin*, Litec, 2005, p. 487, §4.

¹⁴⁸² Art. 1163 c. civ. Sur cette idée, v. *supra*, n° 124 et n° 161.

¹⁴⁸³ MAZEAUD (D.), note sous Civ. 3^{ème} 28 octobre 2003, *RDC* 2004/2, p. 270, « une obligation de faire suppose une prestation positive à accomplir pour le débiteur. Or, précisément, le propre de la situation du promettant est que, dès lors qu'il a consenti à la promesse unilatérale de contrat, il n'a... rien à faire » ; WICKER (G.), « L'engagement du promettant : engagement au contrat définitif », *RDC* 2012/2, p. 649, §16 : « il apparaît donc que si l'engagement du promettant constituait une obligation de faire, il s'agirait d'une bien curieuse obligation de faire, une obligation de faire sans prestation ». V. égal. et plus largement, FABRE-MAGNAN (M.), « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD Civ.* 1996. 85, §5 : « tout ce à quoi un homme peut s'engager est contenu dans le mot faire ».

¹⁴⁸⁴ Sur la critique du rapprochement entre inexécution et rétractation : MOLFESSIS (N.), « De la prétendue rétractation du promettant dans une promesse unilatérale de vente – Ou pourquoi le mauvais usage d'un concept inadapte doit être banni », *D.* 2012, p. 231.

¹⁴⁸⁵ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, « Inexécution » : « non-accomplissement d'une obligation ».

501. Le droit d'option et le détournement du problème – Pour identifier l'effet produit par la promesse unilatérale, la doctrine a finalement délaissé le rôle du promettant pour se concentrer sur celui du bénéficiaire. Il a alors été souligné que l'effet de la promesse réside moins dans le fait pour le promettant de consentir au contrat définitif, que dans le fait pour le bénéficiaire d'être titulaire d'un droit d'opter pour la conclusion de ce contrat. La promesse unilatérale donnerait ainsi naissance à un « *droit d'option* conférant au bénéficiaire le pouvoir de déclencher par sa seule volonté la formation et donc les effets du contrat final »¹⁴⁸⁶. Elle serait un véritable « *pacte d'option* »¹⁴⁸⁷. C'est cette approche que valide, semble-t-il, l'art. 1124 du code civil puisque seuls le défaut de consentement du bénéficiaire ainsi que le droit d'option ouvert à ce dernier sont mis en avant, entérinant ainsi l'attitude passive du promettant. Reste que cette définition de la promesse perpétue l'idée qu'elle a pour objet de figer le consentement du promettant à un futur contrat. Le droit d'option du bénéficiaire ne peut en effet se concevoir qu'à la condition que le promettant ait déjà consenti au contrat définitif. Cela ressort clairement de la solution de la Cour de cassation dans l'arrêt de revirement du 23 juin 2021 : « *Ayant retenu à bon droit que la rétractation du promettant ne constituait pas une circonstance propre à empêcher la formation de la vente, elle en a exactement déduit que, les consentements des parties s'étant rencontrés lors de la levée de l'option par les bénéficiaires, la vente était parfaite* ». Cela ressortait également d'un arrêt du 8 septembre 2010 dans lequel la Cour avait expressément affirmé que le promettant avait « *définitivement consenti à vendre* » au jour de la promesse¹⁴⁸⁸. Dire que la promesse fait naître un droit d'option au profit du bénéficiaire n'évince donc pas la difficulté consistant à dire que le promettant a déjà consenti à un contrat futur.

502. Pour comprendre la finalité de la promesse, il convient selon nous de délaisser toute réflexion tendant à identifier des effets substantiels, pour lui substituer un raisonnement tendant à identifier son mode opératoire. La promesse se présente alors comme un contrat imparfait et ce, qu'elle soit unilatérale ou synallagmatique.

2 - L'analyse de la promesse comme contrat imparfait

503. Un contrat d'engagement – Dans le langage courant, la promesse est synonyme d'engagement. Elle correspond à « *l'action de promettre quelque chose* », « *l'engagement que l'on prend en promettant*

¹⁴⁸⁶ DESHAYES (O.), GENICON (Th.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, 2^{ème} éd., 2018, LexisNexis, p. 180.

¹⁴⁸⁷ V. not. : RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *op. cit.*, §52 ; NEUVILLE (S.), « Promesse de contrat et contrat d'option », *Mél. Le Tourneau*, 2007, p. 783.

¹⁴⁸⁸ Civ. 3^{ème} 8 septembre 2010, n° 09-13.345, *Bull. Civ. III*, n° 153 ; *D.* 2010. 2061 ; *RTD civ.* 2010. 778, obs. B. Fages ; *LEDC* 2010, n° 10, p. 4, obs. G. Pillet ; *RDC* 2011/1, p. 57, obs. Th. Genicon et p. 153, obs. Ph. Brun ; *JCP N I*, 2011, n° 18, 1153, comm. C. Le Gallou ; *Dr. Fam.* 2011, n° 1, comm. 12, G. Rabu ; *JCP E* 2010, n° 44-45, 1962, comm. G. Pillet ; *JCP G* 2010, n° 43, act. 1051, G. Pillet.

quelque chose »¹⁴⁸⁹. Pour comprendre le mode opératoire des contrats de promesse, il faut selon nous en revenir à ce sens premier du terme. La spécificité de la promesse est de recueillir un ou plusieurs engagements en vue d'une opération finalisée, en réservant leur vigueur pour un temps¹⁴⁹⁰. La promesse se présente ainsi comme un contrat d'engagement (a) dont la finalité correspond tout simplement à l'opération substantielle promise (b).

a) L'engagement par la promesse

504. Autonomie de l'engagement – L'engagement ne renvoie aujourd'hui à aucune réalité bien établie. On s'y réfère pour désigner aussi bien l'acte juridique¹⁴⁹¹, l'obligation¹⁴⁹² et le consentement¹⁴⁹³ – parfois deux de ces notions à la fois¹⁴⁹⁴. Ces différents éléments peuvent pourtant être distingués, ce qui permet de remarquer que la promesse repose sur le consentement de l'ensemble des parties et sur l'engagement du seul promettant, tandis que la réalisation de l'opération juridique (et donc la naissance des obligations) est différée à un stade ultérieur.

505. Engagement et acte juridique – Il convient tout d'abord de rejeter toute assimilation entre l'engagement et l'acte juridique. Pour cela, il suffit de remarquer qu'un seul et même acte peut comporter deux engagements distincts. C'est le cas évidemment du contrat synallagmatique, que l'art. 1106 al. 1^{er} du code civil définit comme celui par lequel « *les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres* ». Acte juridique unique né de l'accord des parties, ce contrat donne bien naissance à un engagement réciproque, donc à deux engagements. Cette distinction a même donné lieu à l'identification du concept de cause objective, car on retient généralement que l'engagement de chacune des parties est la cause de l'engagement de l'autre. Or, pour qu'il y ait contrepartie, il faut qu'il y ait altérité. La distinction entre l'acte juridique et l'engagement est moins évidente dans le cas de l'acte unilatéral. Reste qu'elle y présente tout de même un intérêt parce que tout acte unilatéral n'est pas un engagement unilatéral, ce que nous avons vu

¹⁴⁸⁹ *Dictionnaire Larousse, op. cit.* « Promesse ».

¹⁴⁹⁰ Un auteur note que la promesse est « tout autant une parole qu'un engagement : elle consiste à dire qu'on fera quelque chose, et elle aboutit à être obligé par ce qu'on a dit, sauf à rompre sa promesse, ce qui, d'une manière générale, est réprouvé », DENIZOT (A.), *Rép de droit civil Dalloz*, « Promesse de vente », janv. 2023, §1.

¹⁴⁹¹ SÉRIAUX (A.), LARDEUX (G.), *op. cit.*, §9 : « *Les actes*, ce sont les documents écrits qui constatent l'engagement de telle ou telle personne. Par extension, les actes sont les engagements eux-mêmes qui ont été souscrits » ; AUBERT (J.-L.), COLLART DUTILLEUL (F.), *op. cit.*, p. 119 : « C'est dire que, par nature et par essence, l'acte juridique engage son auteur et que la contrainte est inhérente à l'activité juridique volontaire... ».

¹⁴⁹² FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, t. 1, op. cit.*, §25 : « La question des sources des obligations consiste à rechercher les différents façons de créer des obligations, et elle a alors à voir avec l'engagement, qui est l'acte par lequel on se lie... ».

¹⁴⁹³ JURÉDIEU (F.) *Ratification et acte juridique*, Coll. des thèses, n° 81, Fondation Varenne, 2013, §125, « L'engagement juridique est ainsi, comme pour tout acte juridique, une décision par laquelle l'intéressé décide d'être soumis à la force obligatoire en vertu de l'article 1134 du Code civil (...) ».

¹⁴⁹⁴ L'engagement est parfois présenté comme un terme générique pouvant renvoyer aussi bien à l'obligation qu'au consentement : COLLART-DUTILLEUL (F.), « La durée des promesses de contrat », *RDC* 2004/1, p. 15.

précédemment avec l'offre de contrat. De plus, si l'acte devait être synonyme d'engagement, on devrait admettre sans réserve la validité de l'engagement unilatéral de volonté, ce qui est loin d'être le cas. L'acte juridique et l'engagement doivent donc être distingués. Ils entretiennent un rapport de contenant à contenu non systématique.

506. Engagement et consentement – Il convient ensuite de distinguer l'engagement et le consentement. La distinction apparaît clairement une fois remarqué que le consentement de toutes les parties est nécessaire à la formation du contrat, indifféremment du nombre d'engagements auquel il donne naissance. Bien que cette solution soit acquise de longue date et n'ait jamais été contestée, elle ressortait difficilement de l'ancien art. 1108 du code civil qui visait au rang des conditions de validité du contrat, « *le consentement de la partie qui s'oblige* ». La formulation était maladroite, car le contrat requiert en réalité le consentement des deux parties, qu'elles soient ou non débitrices d'obligations¹⁴⁹⁵. C'est pourquoi l'art. 1228 du code civil exige désormais « *le consentement des parties* ». Au sein d'un même contrat, plusieurs engagements peuvent donc avoir été souscrits par une partie qui n'a pourtant consenti qu'une seule fois à le former. L'identification des engagements permet d'ailleurs de connaître l'étendue des obligations et la qualification de l'acte, quand la recherche du consentement permet seulement de vérifier que le contrat s'est formé. Un arrêt récent de la Cour de cassation illustre bien cette distinction¹⁴⁹⁶. Dans cette affaire, aucun doute ne pesait sur la formation du contrat de vente qui avait été par conclu par acte authentique, mais la venderesse contestait s'être engagée à exécuter des travaux de rénovation de l'immeuble vendu. On pouvait donc s'interroger sur l'étendue de l'engagement et partant sur la qualification du contrat : était-ce un simple contrat de vente ou un contrat de vente en l'état futur d'achèvement ? Cette interrogation démontre qu'il existe un « contentieux relatif à la « volonté de s'engager » »¹⁴⁹⁷, distinct du contentieux relatif à la volonté de contracter. La distinction entre consentement et engagement devient encore plus évidente si on porte notre attention sur la définition du contrat unilatéral, défini par l'art. 1106 al. 2 du code civil comme celui par lequel « *une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci* ». Dans ce cas précis, le consentement apte à former le contrat n'est pas synonyme d'engagement : une seule des parties s'est engagée à exécuter des obligations. Consentir à un contrat ne veut donc pas dire s'engager, sauf à faire disparaître la catégorie du contrat unilatéral.

507. Engagement et obligations – Enfin, il reste à distinguer l'engagement et l'obligation. Or, si l'art. 1106 du code civil permet de distinguer l'engagement des notions voisines que sont le consentement et l'acte juridique, il vise indifféremment l'obligation réciproque et l'engagement réciproque. Une distinction

¹⁴⁹⁵ En ce sens : PICHONNAZ (P.), « Les deux conceptions du contrat en droit continental et leur concrétisation en droit français », *Mél. P. Ancel*, Larcier, LexisNexis, 2021, p. 491, spéc. p. 502-503.

¹⁴⁹⁶ Civ. 3^{ème} 18 février 2016, n° 15-12.713, Inédit.

¹⁴⁹⁷ L'expression est empruntée à des auteurs : *Pratiques contractuelles, Ce que change la réforme du droit des obligations*, Éditions législatives, 2^{ème} éd. 2016, p. 33.

existe pourtant entre l'obligation et l'engagement, dès lors que l'obligation ne fait qu'en « résulter »¹⁴⁹⁸. L'histoire de la notion d'obligation permet d'ailleurs d'éprouver cette idée. Initialement l'obligation était en effet considérée comme un acte d'engagement et se confondait donc pratiquement avec le contrat¹⁴⁹⁹. Prendre un engagement revenait donc à s'obliger. Aujourd'hui au contraire, le contrat donne naissance à un lien de droit unique, qui donne lui-même naissance à un panel d'obligations. L'obligation n'est donc qu'un sous-ensemble du contrat et permet de garantir une prestation¹⁵⁰⁰. Elle n'est donc plus apte à décrire la position contractuelle : un même engagement – vendre, louer, exécuter un travail peut donc donner lieu à des obligations diverses. Quelques exemples permettent de le démontrer. Le vendeur, prenant l'engagement de vendre, s'oblige aussi bien à livrer la chose qu'à la conserver jusqu'à la livraison et à garantir ses défauts. Le bailleur, prenant l'engagement de faire jouir l'autre d'une chose pendant un temps, s'oblige à délivrer la chose mais aussi à l'entretenir et à la garantir. On pourrait multiplier les exemples pour remarquer que l'engagement est une notion englobante des obligations : l'engagement d'une partie dans le contrat se précise par l'identification de diverses obligations. La distinction tient par le fait que l'obligation a pour objet une prestation, quand l'engagement décrit une position contractuelle. De même que le droit de créance préfigure la prestation¹⁵⁰¹, l'engagement préfigure donc les obligations. Autrement dit, l'obligation résulte de l'engagement mais elle ne se confond pas avec lui. Reposant initialement sur la notion d'obligation, la distinction entre les contrats synallagmatiques et unilatéraux a d'ailleurs été l'objet d'une évolution doctrinale qui a progressivement tenu compte des engagements souscrits¹⁵⁰². Pour savoir si le contrat est unilatéral ou synallagmatique, on se base en effet sur le concept d'engagement sans le nommer véritablement¹⁵⁰³. Le critère de réciprocité des obligations classiquement exigé, chaque partie devant à la fois être créancière et débitrice, s'avère en effet insuffisant. La présence d'obligations à la charge de chacune des parties ne suffit en effet pas à « bilatéraliser » un contrat. Il importe seulement qu'il existe

¹⁴⁹⁸ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, « Engagement » : « Promesse ; plus généralement manifestation de volonté (offre ou acceptation) par laquelle une personne s'oblige » (1), « L'obligation qui résulte de cet engagement volontaire » (2) ; GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 30^{ème} éd. 2022-2023, « Engagement » : « Au sens strict, manifestation de volonté par laquelle une personne s'oblige. (...) Dans un sens moins strict, obligation résultant de cet engagement » ; BÉNABENT (A.), GAUDEMET (Y.), *Dictionnaire juridique, Tous les mots du droit*, LGDJ, Lextenso 2022, « Engagement », qui définissent l'engagement comme un « fait créateur d'obligation ».

¹⁴⁹⁹ LUCAS-PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, Bibl. de dr. privé, t. 441, LGDJ, 2005, §60 s.

¹⁵⁰⁰ En ce sens : *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Obligations », Y. PICOD, 2017, §17. Il faut néanmoins remarquer que le lien de droit était déjà associé à la prestation dans le droit romain, les *Institutes* évoquant en effet « un lien de droit (*vinculum juris*) par la rigueur duquel nous sommes astreints à exécuter une prestation conformément au droit de notre cité », GAUDEMET (J.), « Naissance d'une notion juridique, les débuts de l'« obligation » dans le droit de la Rome antique », *APD*, 2000, p. 19, spéc. p. 29.

¹⁵⁰¹ REVET (Th.), « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité (II) », art. préc., §11 : « ... le droit de créance préfigure la prestation (ce qui ne saurait signifier que le droit personnel puisse ou doit être confondu avec la prestation puisqu'il n'en est qu'une anticipation, ce qui marque suffisamment leur irréductible différence) ».

¹⁵⁰² Le Professeur Houin a constaté que les critères de réciprocité et de connexité, qui sont essentiels à la compréhension de la notion, sont issus d'un effort doctrinal récent voué à circonscrire la notion. Ce faisant elle est aujourd'hui très éloignée de sa signification première : HOUIN (R.), *La distinction entre les contrats unilatéraux et les contrats synallagmatiques*, Lavergne, Paris, 1937.

¹⁵⁰³ C'est ce que nous avons déjà pressenti en remarquant que la cause se rapporte à l'engagement et donc, à une fraction de l'opération juridique. V. *supra*, n° 113.

une connexité ou une interdépendance des obligations. Ce faisant on ne considère plus les obligations elles-mêmes, mais la position contractuelle, la place de chaque partie dans l'échange ; autrement dit l'engagement¹⁵⁰⁴.

508. Promesse et engagement – L'engagement est donc irréductible à d'autres notions dont il paraît pourtant proche. Il comporte une projection naturelle : s'engager à faire quelque chose, c'est dire aujourd'hui que l'on fera quelque chose demain¹⁵⁰⁵. Cette particularité de l'engagement permet de mieux comprendre le mode opératoire de la promesse, étant entendu que le promettant prend toujours un engagement en vue d'une opération future, simplement promise par lui. Le critère de l'engagement révèle l'unité des contrats de promesse et permet en même temps de distinguer la promesse unilatérale et la promesse synallagmatique, selon le nombre des engagements souscrits¹⁵⁰⁶.

509. Qualification de promesse et engagement – Au rebours de l'approche classique, qui considère la promesse comme un avant-contrat, la promesse ne doit pas être distinguée d'un « contrat définitif » qu'elle aurait pour objet de promettre. La promesse se présente en tout état de cause comme un contrat permettant de recueillir un ou plusieurs engagements en vue d'une opération *future* et *éventuelle*. Il s'agit donc d'un contrat définitif qui comporte toutefois un ou des engagements conditionnels. L'opération que le contrat doit accomplir n'est ici que promise, parce que le promettant a pris l'engagement de la réaliser, mais n'est pas encore tenu par les obligations qu'un tel engagement suppose. Il est *engagé*, à la différence de l'offrant¹⁵⁰⁷, mais il n'est pas encore véritablement *obligé*. Comme le note un auteur, le promettant « a simplement déclaré je m'engage pour telle durée, et le destinataire a accepté »¹⁵⁰⁸. L'engagement y apparaît donc à l'état brut, au contraire du contrat parfait qui donne une vigueur immédiate à l'engagement, de sorte que seule l'exécution des obligations est éventuellement différée. La promesse a ainsi pour effet de dissocier l'engagement de sa réalisation¹⁵⁰⁹, qu'elle conditionne tantôt à la survenance d'un événement, tantôt à

¹⁵⁰⁴ Parmi les auteurs se référant à un « engagement » réciproque et interdépendant comme caractéristique du contrat synallagmatique : BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Les obligations, op. cit.*, §1092.

¹⁵⁰⁵ Au soutien de cette idée, M. Amselek note qu'il est inexact de faire de la promesse un synonyme du contrat, attitude qui est pourtant souvent relevée chez les linguistes (v. *supra*, n° 146). En réalité les promesses ou « promissifs » sont « des actes de langage par lesquels le locuteur garantit solennellement devant autrui qu'il fera lui-même ou qu'une autre personne, dont il se porte fort, fera telle chose ; il prend un « engagement » au sens propre, – il donne en *gage* sa parole, son honneur, à quoi il peut éventuellement ajouter ses biens ou sa vie », AMSELEK (P.), *Cheminelements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, 2012, rééd. 2022, Ed. Panthéon-Assas, « Itinéraire II : « Qu'appelle-t-on édicter des règles juridiques » ?, Théorie des actes de langage et théorie du droit », p. 370.

¹⁵⁰⁶ V. not. : BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Les obligations, op. cit.*, §1086, « La promesse de contrat est un accord par lequel une partie (promesse unilatérale) ou les deux parties (promesse synallagmatique), *s'engage(nt)* à passer un contrat définitif à l'expiration d'un certain délai ».

¹⁵⁰⁷ LARROUMET (Ch.), BROS (S.), *Les obligations – Le contrat*, préc., §201 : « Parce que la proposition de contracter n'est pas encore un engagement contractuel, l'offre de contracter ne doit pas être confondue avec la promesse de contrat ».

¹⁵⁰⁸ PAULIN (Ch.), « Promesse et préférence », *RTD com.* 1998. 511.

¹⁵⁰⁹ Des auteurs distinguent le contrat de promesse et le « contrat réalisé », TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *op. cit.*, §258.

l'exercice de l'option. Les obligations caractéristiques de l'opération promise ne sont donc pas encore nées¹⁵¹⁰. Elles naissent lorsque le contrat sera parfait. Pour autant nous ne sommes pas face à un simple engagement d'honneur¹⁵¹¹ : le promettant ne peut pas le révoquer et l'engagement sera transmis à ses ayants droit. Le critère de l'engagement permet donc de comprendre le mode opératoire de la promesse. Elle se présente comme un acte d'engagement qui est en attente de réalisation et l'opération promise en constitue la finalité véritable. L'engagement étant par essence unilatéral parce qu'individuel¹⁵¹², on aurait dès lors pu penser qu'il puisse être pris individuellement, sans le consentement d'autrui¹⁵¹³. Cette conception prévaut dans certains systèmes juridiques de droit continental tels que le droit italien¹⁵¹⁴. Toutefois, notre système juridique a implicitement fait le choix de conférer force obligatoire aux engagements pris au moyen d'un accord des volontés au détriment de l'engagement pris au moyen d'une manifestation unilatérale de volonté¹⁵¹⁵. Sauf à renverser ce principe, l'engagement ne vaut donc que s'il est contenu dans un contrat : c'est lui qui impose le respect de la parole donnée de sorte que la promesse n'engage qu'envers ceux qui les acceptent¹⁵¹⁶. L'engagement devant nécessairement être contractualisé, cela permet de comprendre pourquoi la promesse est un contrat. Cela permet également de comprendre pourquoi l'offre ne comporte pas d'engagement et se distingue de la promesse¹⁵¹⁷. La promesse peut au demeurant être contenue dans un contrat qui a un autre objet, tel un bail avec option d'achat par exemple. Elle se présente alors comme un engagement unilatéral de la part d'une des parties : par exemple un contrat de bail qui contient une promesse de vente du bailleur au profit du preneur. Mais cet engagement est contractualisé, de sorte que la promesse est bien un sous-ensemble du contrat, l'engagement pris par le bailleur de vendre le bien au locataire.

¹⁵¹⁰ Nous souscrivons à l'affirmation selon laquelle « l'engagement (...) c'est une emprise de l'individu sur son avenir réalisée par une promesse saisie par le droit. Ainsi, ce n'est qu'un moyen de parvenir à une fin, à la réalisation d'une prestation dans le futur. Et c'est l'obligation (contraignante) issue de l'engagement, de la promesse, qui crée le lien entre la promesse initiale et la prestation future », GRIMALDI (C.), th. préc., §55.

¹⁵¹¹ *Contra* : GRIMONPREZ (B.), *De l'exigibilité en droit des contrats*, LGDJ, 2006, n° 123, note 803.

¹⁵¹² SÉRIAUX (A.), LARDEUX (G.), *op. cit.*, §9, « Tout engagement est personnel : il repose sur la volonté de celui qui s'engage, expression de sa liberté » ; E. Desmons, « Promesse et serment », in : ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Lamy-PUF, 1^{re} éd. 2003, p. 1247, « La promesse et le serment sont des manifestations unilatérales de volonté produisant des effets de droit à l'égard des tiers. La promesse est un engagement d'accomplir un acte ou de contracter une obligation ».

¹⁵¹³ En ce sens : GRIMALDI (C.), th. préc., §600 et §819. Ayant constaté que l'engagement est unilatéral car c'est seul que l'on bride sa liberté, il lui apparaît que la promesse est un engagement unilatéral de volonté. En ce sens, M. Sériaux note également que « l'essence de l'engagement unilatéral réside, on le sait, dans le fait d'être lié par sa propre promesse, sans qu'il soit pour cela besoin de l'acceptation d'autrui », SÉRIAUX (A.), « L'engagement unilatéral en droit positif français actuel », in : *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 7, §5.

¹⁵¹⁴ En Italie la promesse unilatérale (*promessa unilaterale*) n'est pas un contrat mais une catégorie d'actes unilatéraux qui ont un effet obligatoire pour leur auteur et qui sont institués limitativement par le *Codice civile italiano*.

¹⁵¹⁵ BOUDOT (M.), « La promesse : de l'acte de parole à l'obligation », in : *Promesses et actes unilatéraux*, Poitiers, LGDJ, 2010, p. 69, §10 : « la tradition juridique française ne compte pas parmi les sources de l'obligation juridique l'acte de parole qui ne soit partagé ou accepté. Si l'unilatéralité fait naître une obligation, elle n'est que morale ou naturelle. En revanche, la promesse acceptée est source de droit... ».

¹⁵¹⁶ Nous détournons ici une formule attribuée à l'ancien Président de la République, Jacques Chirac, lequel aurait dit que « les promesses n'engagent que ceux qui les reçoivent ».

¹⁵¹⁷ Non sans une certaine ambiguïté, on dit parfois que l'offre est une promesse non-encore acceptée. Ce qu'on exprime ici, c'est l'idée qu'avant toute acceptation, l'offre ne saurait avoir la valeur d'un engagement pour son auteur, ce qui est exact. GROTIUS (H.), *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. P. Pradier-Fodéré, PUF, Léviathan, 1999, XVI : « avant l'acceptation, le droit n'ayant pas encore été transféré, la promesse peut être révoquée sans injustice ».

510. Type de promesse et nombre d'engagement(s) – Le critère de l'engagement est doublement utile parce qu'il permet de fonder la distinction entre la promesse unilatérale et la promesse synallagmatique. Il apparaît ainsi que la promesse unilatérale est un contrat formé par l'accord de volonté des parties, dans lequel seul le promettant est engagé. Le bénéficiaire, en étant titulaire d'un droit d'option, réserve donc son engagement, mais a d'ores et déjà manifesté son consentement¹⁵¹⁸. À l'inverse, la promesse synallagmatique est un contrat dans lequel coexistent deux engagements réciproques, raison pour laquelle il y a deux promettants. Dans la jurisprudence rendue en la matière, on remarque d'ailleurs que c'est l'engagement pris dans le contrat qui est déterminant de la qualification de la promesse. Tandis que le double engagement justifie la qualification de promesse synallagmatique¹⁵¹⁹, la présence d'un seul engagement justifie à l'inverse la qualification de promesse unilatérale¹⁵²⁰. Les parties ayant toutes deux consenti définitivement¹⁵²¹, la promesse sera unilatérale si l'une des parties seulement est engagée, formule une promesse que l'autre partie ne fait qu'accepter, et synallagmatique si chacune des parties est engagée.

511. Promesse unilatérale : un seul engagement... – Dans la promesse unilatérale, contrat formé par le consentement réciproque des parties, seul le promettant est engagé à la réalisation de l'opération future¹⁵²². Le bénéficiaire réserve au contraire son engagement, bien qu'ayant consenti à l'opération. Il y a donc une différence entre le consentement, d'ores et déjà émis par la formation de la promesse, et l'engagement, réservé par le droit d'option. Cette distinction semble avoir séduit la troisième chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt du 20 octobre 2021 relatif à l'efficacité de la promesse unilatérale de vente. Si elle confirme le revirement opéré en juin et continue d'évoquer un avant-contrat, on remarque néanmoins qu'elle substitue la notion d'engagement à celle de consentement. Elle relève ainsi « *le caractère ferme et définitif de l'engagement du promettant* »¹⁵²³. Un tel changement dans les termes, peut-être non

¹⁵¹⁸ La distinction entre consentement et engagement est également utile pour valider la promesse conclue sous condition suspensive qu'il est au pouvoir d'un promettant de faire advenir, dite « purement potestative ». Nous verrons que cette promesse ne saurait être annulée pour défaut de consentement. En ce sens : CHÉNEDÉ (F.) (dir.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats – Consolidations, innovations, perspectives*, Dalloz référence, 2016, n° 41.42 ; « Charles Demolombe, la condition potestative », *RDC* 2014/3, p. 1131 (deuxième partie), §30.

¹⁵¹⁹ Civ. 3^{ème} 23 janvier 1991, n° 89-10.489, *Bull. civ. III*, n° 39 ; *D.* 1992, 447, Najjar – Civ. 3^{ème} 28 juin 2006, n° 05-16.084, *Bull. Civ. III*, n° 166 ; *AJDI* 2007 p. 594, F. Cohet-Cordey ; *D.* 2006. 2439, obs. M. Béhar-Touchais ; *JCP* 2007, II, 10015, note G. Pillet – Civ. 3^{ème} 4 juillet 2007, n° 06-13.376, *Bull. Civ. III*, n° 126.

¹⁵²⁰ Civ. 3^{ème} 21 novembre 1984, n° 83-13.919, *Bull. Civ. III*, n° 198.

¹⁵²¹ *Contra* : BARRY (S.), *Le droit du bénéficiaire d'avant-contrats*, PUAM, 2021, §115 : l'auteur évoque le « double consentement » du promettant.

¹⁵²² Semble-t-il en ce sens, bien que relevant que « la promesse unilatérale a la double nature de contrat de promesse et d'avant-contrat » : COLLART-DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (Ph.), *op. cit.*, §51.

¹⁵²³ Civ. 3^{ème} 20 octobre 2021, n° 20-18.514, préc. Dans l'arrêt du 23 juin 2021, elle notait que le promettant « avait donné son consentement à la vente » et que « les consentements des parties s'étant rencontrés lors de la levée de l'option par les bénéficiaires ». Cette distinction a déjà été opérée par Planiol qui opposait l'accord des parties à leur consentement. Il considère que dans la promesse unilatérale, il y a consentement réciproque des parties sur la chose et le prix mais qu'il n'y a en revanche pas d'accord véritable, le bénéficiaire n'étant pas encore d'accord pour acheter : PLANIOL (M.), RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, 1956, T. X par J. Hamel, *Contrats civils*, §175 (vérifier).

spécialement recherché par la Cour, permet de contourner la difficulté qui consistait à dire autrefois qu'un consentement à un contrat définitif était réservé par le droit d'option. En réalité les parties se sont déjà accordées sur la consistance de l'opération à réaliser, l'échange des consentements a donc eu lieu. Pour ainsi dire, le contrat définitif est déjà conclu. Il n'est donc pas question pour le promettant de consentir à un futur contrat. Seule la réalisation de l'opération promise est en suspens. Comme le notent des auteurs, « le promettant donne un consentement actuel et irrévocable à un contrat dont la réalisation dépend de la seule volonté du bénéficiaire »¹⁵²⁴. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle nous sommes face à une véritable « préemption-substitution » si les parties ont prévu une clause de substitution : le tiers substitué devient partie à un acte juridique définitivement formé¹⁵²⁵. Le moment de mise en jeu de la clause aura seulement une incidence sur son effet : avant l'exercice de l'option le tiers sera subordonné dans le droit d'option, après son exercice il sera substitué dans l'engagement d'acquiescer¹⁵²⁶. Reste qu'en toute hypothèse le tiers deviendra partie au contrat de promesse, c'est-à-dire au contrat définitif. Par conséquent, avant même d'avoir levé de l'option et pris l'engagement de réaliser l'opération, le tiers substitué consent nécessairement aux modalités de l'opération d'ores et déjà arrêtées par le promettant et le bénéficiaire initial. La remarque est importante lorsque la promesse prévoit une rémunération de l'intermédiaire (par exemple de l'agent immobilier). Même si l'opération n'est pas réalisée avec le bénéficiaire trouvé par l'intermédiaire, lorsque la promesse prévoit sa rémunération du fait de la réalisation de la vente, elle est due par le substitué. La Cour de cassation l'a récemment rappelé¹⁵²⁷.

512. ...Conditionné par l'engagement réciproque – L'engagement pris par le promettant, qu'il ne peut révoquer, est néanmoins conditionné par l'engagement réciproque du bénéficiaire¹⁵²⁸. Cet engagement sera pris par la levée de l'option qui permet ni plus ni moins de passer d'une promesse unilatérale d'opération à un contrat parfait, susceptible de réaliser l'opération promise¹⁵²⁹. Au lieu de considérer que le consentement du bénéficiaire fait défaut pour la formation d'un contrat définitif, il faut donc considérer que malgré la formation du contrat, son consentement ayant bel et bien été émis pour conclure la promesse, l'option lui

¹⁵²⁴ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *op. cit.*, §258.

¹⁵²⁵ *Contra* : PILLET (G.), *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, Bibl. de l'IRJS – A. Tunc, t. 1, LGDJ, 2004, spéc. p. 65 et s.

¹⁵²⁶ COLLART-DUTILLEUL (F.), note sous Civ. 3^{ème} 19 décembre 2001, n° 98-21.747, *RDC* 2004/3, p. 683.

¹⁵²⁷ Civ. 3^{ème} 12 mai 2021, n° 19-25.226, *Bull. Civ. III*, n° 407 ; *D.* 2021. 959 ; *D.* 2021. 1860 F. Roussel ; *D.* 2022, 310, M. Mekki ; *RDI* 2021. 411, obs. J.-F. Struillou. En ce sens déjà : Civ. 3^{ème} 26 septembre 2007, n° 06-17.337, *Bull. civ. III*, n° 158 ; *D.* 2007. 2607 – Civ. 3^{ème} 10 mars 1993, n° 90-19.578, *Bull. civ. III*, n° 36 ; *AJDI* 1994. 931, obs. V. Le Coq.

¹⁵²⁸ On retrouve cette idée chez Verdier : « ... il y a volonté manifestée chez les deux parties, mais contenant déjà chez l'une un engagement relatif au droit lui-même, prenant par suite l'aspect d'un consentement, alors que la manifestation de volonté du partenaire ne comporte aucun engagement, mais consiste seulement à prendre acte de celui de l'autre partie. Ici il suffira d'une manifestation de volonté engagée pour que le droit naisse (...) », VERDIER th. préc., §112.

¹⁵²⁹ En ce sens, MOLINA (L.), « L'unité contractuelle de la promesse et de la vente », art. préc. : « La levée d'option organise le passage du stade de vente éventuelle à celui de vente définitive. Ce faisant, l'unicité de la situation juridique qui rassemble la promesse et la vente se révèle. La promesse peut ainsi s'analyser comme une vente imparfaite ».

permet de réserver son engagement¹⁵³⁰. Tant que l'option n'est pas levée, le bénéficiaire n'est pas engagé par le contrat¹⁵³¹. Cette réciprocité est évidemment liée au concept de cause objective. Néanmoins cette question mérite selon nous d'être clarifiée, étant désormais admis que *l'engagement* considéré est celui pris en vue de l'opération contractuelle finale. Les auteurs retiennent généralement que la contrepartie se situe dans le versement d'une indemnité d'immobilisation ou dans « l'avantage résultant de la formalisation d'un acte destiné à faciliter la conclusion d'un contrat de vente auquel le promettant est intéressé »¹⁵³². Nous voyons dans cette analyse une certaine artificialité. En réalité la contrepartie de l'engagement du promettant réside dans l'engagement que le bénéficiaire prendra éventuellement, par la levée de l'option. Toute la spécificité du droit d'option est finalement de permettre au bénéficiaire de prendre le temps d'apprécier l'opportunité de l'opération finale¹⁵³³. La levée de l'option joue donc le rôle de condition de réalisation de l'opération d'ores et déjà convenue entre les parties. La prise de l'engagement par le bénéficiaire est tout à la fois une condition de réalisation de l'opération juridique, et la cause de l'engagement du promettant. C'est ce qui explique que l'opération, qui repose nécessairement sur un double engagement, ne puisse pas être réalisée avant la levée de l'option par le bénéficiaire. L'acte juridique est donc imparfait jusqu'à ce que la levée de l'option ait éventuellement lieu. En ce sens, M. Boyer avait remarqué que « la promesse fait naître au profit de son bénéficiaire le droit de réaliser la vente par sa seule volonté »¹⁵³⁴.

513. Promesse synallagmatique : un double engagement... – La promesse synallagmatique se distingue de la promesse unilatérale par le fait que les deux parties promettent réciproquement l'opération. Elles ont toutes deux pris un engagement. À première vue une telle promesse ne présente aucune spécificité par rapport au contrat que l'on définit comme l'accord de volontés entre les parties¹⁵³⁵. C'est ainsi que chez

¹⁵³⁰ *Contra* : ZENATI-CASTAING (F.), REVET (Th.), *Contrats, Théorie générale, op. cit.*, §75, « ce prétendu droit (d'option) n'est, en réalité, que la liberté de contracter ».

¹⁵³¹ C'est pour cette raison que le mécanisme qui permet de transmettre le droit d'option à un tiers ne doit pas être qualifié de stipulation pour autrui. Le bénéficiaire ne prenant aucun engagement il ne peut *a fortiori* prendre un engagement pour autrui. En ce sens : NAJJAR (I.), « Option et substitution dans la promesse unilatérale de contrat », *D.* 1988. Chron. 135. La jurisprudence a toutefois souvent qualifié la substitution de stipulation pour autrui, v. not. Civ. 3^{ème} 17 avril 1984, *Bull. Civ. III*, n° 87 ; *D.* 1985, 324, note I. Najjar ; *Deffrénois* 1984, art. 33432, note G. Vermelle ; *RTD Civ.* 1985. 177, obs. Ph. Rémy – Civ. 3^{ème} 2 juillet 1969, *D.* 1970. 150, note J.-L. Aubert ; *RTD Civ.* 1970, 346 obs. Y. Loussouarn.

¹⁵³² GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, §1204. En ce sens égal., BONNET (D.), th. préc., §1055, pour qui « la cause de l'avantage consenti par le promettant réside dans une obligation alternative stationnant entre le versement d'une indemnité d'immobilisation et la levée de l'option... ».

¹⁵³³ Demogue retenait déjà une analyse similaire. A propos des promesses unilatérales il remarquait que « nous avons un contrat de vente auquel manque précisément le consentement d'une des parties ; celui-ci ne viendra que plus tard », DEMOGUE (R.), « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD Civ.* 1905, p. 723, spéc. p. 755. Il réitérera son analyse un an plus tard : « Les deux parties ont consenti : le contrat même de vente est dès maintenant conclu, mais il dépend encore d'un événement : cela aurait pu être la volonté d'un tiers ; au lieu de cela, c'est un nouvel acte de volonté qui sera motivé par des événements qui depuis l'acte initial ont pu se produire », DEMOGUE (R.), « Nature et effets des droits éventuels », *RTD Civ.* 1906, p. 231, spéc. p. 259.

¹⁵³⁴ BOYER (L.), « Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avants-contrats », art. préc. §21. Son propos doit être nuancé car l'auteur opère malgré tout une distinction entre la promesse et le contrat définitif.

¹⁵³⁵ En droit anglais, le contrat est défini à partir de la promesse, comme « une promesse ou un ensemble de promesses que le droit rendra exécutoires » (Pollock : "A promise or set of promises that the law will enforce").

Pothier on lit que « le contrat renferme le concours des volontés de deux personnes, dont l'une promet quelque chose à l'autre, et l'autre accepte la promesse qui lui est faite »¹⁵³⁶. Si la promesse se singularise par rapport au contrat, c'est parce que l'engagement n'est pas définitif. Il est suspendu par l'effet d'une condition suspensive qui affecte l'ensemble de l'opération juridique. Donnant sa qualification à la promesse, cette condition suspensive globale offre selon les termes de M. Latina « un « moyen-terme » entre l'absence d'engagement et l'engagement pur et simple »¹⁵³⁷. Malgré l'engagement réciproque des parties, la réalisation de l'opération est subordonnée à l'accomplissement d'un événement conditionnel (la condition suspensive peut également être insérée dans une promesse unilatérale, auquel cas l'engagement du promettant est doublement conditionné, ce qui incite évidemment à rapprocher les notions d'option et de condition).

514. ...dépendant d'un événement – Les parties ayant pris un engagement réciproque, ce dernier est néanmoins suspendu à la survenance d'un événement qui joue le rôle d'une condition suspensive. Les parties se sont promis de réaliser l'opération, mais cela n'advient qu'au jour – éventuel – d'accomplissement de la condition. Dans ce cas la condition n'est pas une simple modalité d'une obligation, mais de l'opération juridique dans son ensemble, en subordonnant sa réalisation à la survenance d'un événement¹⁵³⁸. Les deux parties se sont toutefois engagées à réaliser l'opération, ce qui signifie qu'elles devront s'exécuter si jamais l'événement érigé en condition suspensive survient. Ce double engagement demeure donc conditionnel, ce qui fait toute la spécificité de la promesse synallagmatique par rapport au contrat parfait. Ici encore la relation de dépendance entre les deux engagements, qui ne prendront effet qu'à la survenance de la condition suspensive, est intimement liée au concept de cause. C'est donc la condition suspensive qui génère ici l'imperfection de l'acte, encore insusceptible de réaliser l'opération juridique projetée¹⁵³⁹.

515. Définitivement formée entre les parties, la promesse permet au(x) promettant(s) de s'engager en vue d'une opération juridique future et éventuelle qui est la finalité de cet acte.

¹⁵³⁶ POTHIER (R.-J.), *Traité des obligations*, 1821, rééd. Dalloz, 2011, n° 4. Cette idée est ensuite développée dans le *Traité du contrat de vente* (n° 476) où il explique que le seul moyen d'obliger au maintien de l'offre est de la contractualiser.

¹⁵³⁷ LATINA (M.), th. préc., §192.

¹⁵³⁸ *Ibid.*, §1. Des auteurs définissent la condition suspensive comme une « clause prévoyant que le contrat ne prendra effet que si survient un événement précis », BÉNABENT (A.), GAUDEMET (Y.), *Dictionnaire juridique, op. cit.*, « Condition suspensive », p. 87. Un autre auteur note d'ailleurs que la présentation du terme et de la condition comme modalités de l'obligation aurait pu être abandonnée par la réforme de 2016 dès lors que « bien souvent, ce n'est pas une obligation qui est affectée d'une telle modalité, mais un contrat dans son entier », JULIENNE (M.), *Régime général des obligations*, Hors coll., LGDJ, 4^{ème} éd. 2020, §35.

¹⁵³⁹ Certains passages du *Corpus juris civilis* étaient en ce sens, la vente y étant qualifiée d'imparfaite tant que la condition suspensive ne s'était pas accomplie. Ayant relevé ces occurrences, M^{me} Bleusez estime qu'elles ne suffisent pas à l'émergence d'un usage cohérent du terme parfait (BLEUSEZ (M.), *La perfection du contrat*, thèse Paris II, 2021, publication à venir, §162).

b) L'opération promise comme finalité

516. Dissociation entre force obligatoire et perfection – La promesse, unilatérale ou synallagmatique, est un contrat doté de force obligatoire dont la finalité se trouve simplement différée à un stade ultérieur. Pour mettre en lumière cette imperfection du contrat de promesse, on peut prendre appui sur la distinction opérée par M. Ancel entre la force obligatoire et le contenu obligationnel.

517. Promesse unilatérale – La distinction entre la force obligatoire et le contenu obligationnel s'avère pertinente pour identifier le mode opératoire de la promesse unilatérale. Aussi peut-on regretter que, dans l'optique de préciser les effets de la promesse, M. Ancel ait davantage mobilisé la distinction entre le contenu obligationnel et le contenu non obligationnel. Dans la démonstration faite par l'auteur, le droit d'option constitue un effet substantiel de la promesse qu'il ne faut pas assimiler à des obligations et qu'il convient de distinguer de la force obligatoire. La promesse apparaît ainsi comme un acte « constitutif », ayant pour finalité, non pas de donner naissance à des obligations, mais de constituer un nouveau contrat. Si cette approche présente le mérite d'évacuer toute conceptualisation d'une obligation de consentir ou de maintenir son consentement, la promesse ayant un contenu non obligationnel, elle laisse subsister deux défauts qui sont directement liés. D'une part, elle fait référence à un « contrat définitif » formé par l'effet constitutif de la promesse. D'autre part, les potentialités de la notion de force obligatoire ne semblent pas complètement exploitées puisque l'auteur revisite l'analyse de la promesse sur le terrain de la seule distinction entre contenu obligationnel et contenu non obligationnel. Or, il semble que la promesse n'épuise pas son efficacité dans la création d'un droit d'option, mais plutôt dans l'opération à laquelle les parties ont toutes deux consenti lors de la formation du contrat. Non pas que la promesse ait simplement force obligatoire (une chose est l'existence du contrat, autre chose est son efficacité substantielle), mais qu'elle soit un contrat ayant seulement force obligatoire dans un premier temps. Comme tout acte imparfait, la promesse a une finalité. Simplement, cette finalité nous semble davantage résider dans l'« opération juridique promise » (vente, prêt, don, etc.), que dans le droit d'option. Le droit d'option n'est selon nous qu'un moyen de conditionner la réalisation de l'« opération juridique promise », ou selon les termes de M. Ancel, le « contenu obligationnel ou non-obligationnel ». La promesse unilatérale est donc un contrat dont la spécificité réside dans le mode de réalisation de l'opération juridique. Produit d'un acte qui a force obligatoire, la norme servant de manteau à l'opération juridique promise pourra entrer en vigueur à une date ultérieure à la formation, mettant en évidence une scission entre la formation de l'acte et sa perfection¹⁵⁴⁰.

¹⁵⁴⁰ L'absence de distinction entre la force obligatoire et la perfection semble découler d'une assimilation de la norme à la force obligatoire, relativement courante (v. *supra*, n° 160). En réalité, la norme est le relai de l'opération juridique, qu'elle permet de réaliser. Son entrée en vigueur est ici dissociée du moment où l'acte acquiert force obligatoire.

518. Promesse synallagmatique – Ce mode opératoire caractérise aussi la promesse synallagmatique. La distinction entre la force obligatoire et l’opération juridique vient en effet fournir une explication pertinente à l’absence d’effets substantiels de ce contrat jusqu’à l’accomplissement de la condition suspensive. Cette distinction entre la force obligatoire et la perfection vient en réponse à des interrogations que l’on trouvait déjà chez Kelsen. Le juriste austro-hongrois s’interrogeait en effet en ces termes : « Si aujourd’hui un contrat obligatoire est conclu par lequel je suis tenu, dans une année ou lors de la réalisation d’une condition, de payer à mon cocontractant une certaine somme dans un lieu déterminé, je suis obligé dès aujourd’hui. Obligé à quoi ? (...) Au contractant. Cela signifie que je suis obligé aujourd’hui déjà à exécuter le contrat ; car si j’ai la moindre obligation, ne peux être tenu à rien d’autre que d’exécuter le contrat. Toutefois je ne suis pas tenu de l’exécuter aujourd’hui ; mais je suis aujourd’hui déjà obligé de l’exécuter dans une année ou au moment où la condition sera réalisée »¹⁵⁴¹. En assimilant la force obligatoire et la naissance de l’obligation (et donc plus largement, à l’entrée en vigueur de la norme contractuelle), il peinait à justifier qu’un acte juridique puisse se former sans imposer la moindre exécution. Pour expliquer ce phénomène, il fallait en réalité distinguer la force obligatoire, qui ne fait que traduire l’insertion de la promesse dans l’ordre juridique, et le contenu obligationnel, plus précisément l’opération juridique, qui demeure suspendue pour sa réalisation à l’accomplissement de la condition suspensive. Ce faisant, l’opération en suspens n’est pas constitutive d’un « contrat définitif », formé par l’accomplissement de la condition suspensive¹⁵⁴². Il y a bien « dissociation » entre la force obligatoire et le contenu de la promesse synallagmatique, ce que M. Ancel avait d’ailleurs perçu sans l’étendre à la promesse unilatérale¹⁵⁴³.

519. Distinction avec l’avant-contrat – Dans les deux cas, la promesse a donc force obligatoire même si elle ne produit pas encore les obligations recherchées¹⁵⁴⁴. L’opération juridique qui en est la finalité demeure ainsi suspendue à un événement. En conséquence, l’acte est imparfait. Face à ce qui semble être une véritable spécificité de la promesse, il convient de plaider pour l’établissement d’une différence stricte entre cette dernière et les avant-contrats. Bien que la catégorie des avant-contrats soit très hétérogène¹⁵⁴⁵, ces derniers ont généralement pour effet de « donner droit au contrat définitif »¹⁵⁴⁶. Ce sont donc des contrats qui sont parfaits immédiatement, parce qu’ils réalisent une finalité dite « technique » dès l’instant de leur formation. C’est le cas par exemple du pacte de préférence.

¹⁵⁴¹ KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », *APD* 1940, p. 33, spéc. p. 51.

¹⁵⁴² Cette différence d’analyse revêt une importance pratique. La Cour de cassation a en effet jugé que, la vente étant parfaite par l’accomplissement de la condition suspensive (en l’occurrence, la purge d’un droit de préemption), l’acte notarié permettant de constater la perfection de la vente « ne constituait pas une nouvelle vente nécessitant une nouvelle notification au preneur » : Civ. 3^{ème} 10 juillet 2013, n° 10-25.979, *Bull. Civ. III*, n° 96.

¹⁵⁴³ ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel », art. préc., §43.

¹⁵⁴⁴ La promesse unilatérale et la condition suspensive globale sont présentées par M. Latina comme les deux exemples caractéristiques d’une dissociation entre la force obligatoire et le contenu obligationnel : *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Contrat : généralités », M. LATINA, 2019, §116 et s.

¹⁵⁴⁵ Les avants-contrats sont présentés comme une « famille nombreuse et diverse » (MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, §91 ; ou encore comme une « nébuleuse bien bigarrée » (RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *op. cit.*, p. 27).

¹⁵⁴⁶ PELLET (S.), « Avant-contrat », *in* : *Dictionnaire du contrat, op. cit.*, n°18 (en italique dans le texte).

520. L'exemple du pacte de préférence – Il est courant d'affirmer que le pacte de préférence et la promesse unilatérale ont une finalité technique : le premier faisant naître un droit relatif à la *négociation* du contrat définitif et le second faisant naître un droit relatif à la *conclusion* du contrat définitif¹⁵⁴⁷. Cette idée est accréditée par l'art. 1123 du code civil qui énonce que « *le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter* ». La formule « pour le cas où », qui est proche de la formule que l'on rencontre dans la définition de tous les actes juridiques prospectifs, laisse à penser qu'il s'agit d'une promesse conditionnelle, le promettant étant engagé s'il décide de vendre¹⁵⁴⁸. À la vérité, il s'agirait même d'une promesse doublement conditionnelle, car soumise « à une double éventualité : la volonté de l'acquéreur de vendre, celle du bénéficiaire d'acheter aux conditions proposées par un tiers »¹⁵⁴⁹. La décision de contracter du promettant jouerait donc le rôle de condition suspensive¹⁵⁵⁰. Pourtant, si on peut être tenté de rapprocher la position du bénéficiaire d'un pacte de préférence de celle du bénéficiaire d'une promesse, les deux étant encore libre de contracter, il est contestable de qualifier celui qui « s'engage à proposer de contracter » de « promettant ». Dire qu'il a consenti une « promesse d'offre »¹⁵⁵¹ est une erreur parce que ce dernier n'est nullement obligé d'offrir le contrat au bénéficiaire¹⁵⁵². Celui qu'on qualifie abusivement de « promettant » aliène simplement sa liberté de choisir son contractant, à laquelle s'ajoute une part de sa liberté de déterminer le contenu de ce contrat. Cela ne suffit pas à dire qu'il a consenti au contrat final, son intention de le conclure faisant encore défaut. Il est donc clair que le pacte de préférence est tout à fait autonome et ne saurait se confondre avec le contrat « définitif », là où ce rapport s'apparente selon nous à une totale assimilation dans la promesse – l'imperfection étant la limite. Cette différence se répercute d'ailleurs sur les conditions de formation du pacte de préférence puisqu'il n'est pas nécessaire de déterminer les éléments essentiels du contrat définitif à conclure¹⁵⁵³.

¹⁵⁴⁷ SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), « La force obligatoire à l'épreuve des avants-contrats », *RTD Civ.* 2000. 25. Pour un auteur le droit d'option et le droit de préférence peuvent être regroupés dans la catégorie plus générale des « droits de réservation », BARRY (S.), *Le droit du bénéficiaire d'avant-contrats*, thèse Toulouse, PUAM, 2021, §121 et s.

¹⁵⁴⁸ La Cour de cassation jugeait autrefois en ce sens : Civ. 3^{ème} 16 mars 1994, *Bull. civ. III*, n° 58.

¹⁵⁴⁹ VERDIER (J.-M.), th. préc., §132.

¹⁵⁵⁰ Cette qualification était autrefois retenue par la jurisprudence afin de permettre la publicité du pacte de préférence à titre informatif, comme le prévoit le décret du 4 janvier 1955 : Civ. 3^{ème} 13 mars 1979, n° 77-15.031, *Bull. civ. III*, n° 63 – Civ. 3^{ème} 16 mars 1994 ; *D.* 1994, 486, A. Fournier ; *Deffrénois* 1994, 1164, L. Aynès ; *RDI* 1995. 144, obs. Ph. Delebecque et Ph. Simler.

¹⁵⁵¹ Expression empruntée à : PAULIN (Ch.), « Promesse et préférence », *RTD com.* 1998. 511. Plus loin l'auteur note que le pacte de préférence « contient en germe la promesse de contrat ». Cette description ne nous semble pas davantage admissible car l'intention de conclure fait encore défaut.

¹⁵⁵² Comme le relèvent des auteurs, « le propriétaire n'a pas encore pris la décision – et *a fortiori* l'engagement – de vendre », COLLART-DUTILLEUL (F.) (dir.), *op.cit.*, n° 82.12. V. égal. : DESIDERI (J.-P.), *La préférence dans les relations contractuelles*, PUAM, 1997, §528.

¹⁵⁵³ Civ. 1^{ère} 6 juin 2001, n° 98-20.673, *Bull. civ. I*, n° 166 ; *JCP G* 2002, I, 134, n° 1, obs. F. Labarthe ; *RTD Civ.* 2002. 88, obs. J. Mestre et B. Fages et 115, obs. P.-Y. Gautier – Civ. 3^{ème} 15 janvier 2003, n° 01-03.700, *Bull. civ. III*, n° 9 : « *la prédétermination du prix du contrat envisagé et la stipulation d'un délai ne sont pas des conditions de validité du pacte de préférence* » ; *D.* 2003, 1190, note Kenfack ; *CCC* 2003, n° 69, obs. Leveneur ; *Deffrénois* 2003, 852, obs. Libchaber ; *JCP G* 2003, II, 10129, Fisher-Achoura ; *RDC* 2003/1, p. 45, obs. D. Mazeaud. La promesse obéit au contraire à une exigence de complétude, v. *infra*, n° 591.

521. Une finalité technique – L'autonomie du pacte de préférence se trouve confirmée par le fait qu'il est porteur d'une véritable opération juridique donnant lieu à exécution, au contraire de la promesse qui n'est que l'opération juridique promise en suspens¹⁵⁵⁴. Le pacte de préférence oblige en effet le « promettant » à proposer le contrat en priorité au bénéficiaire s'il décide de vendre. Il donne ainsi naissance à une obligation de préférer dont la Cour de cassation a expressément admis la constitutionnalité, en énonçant que « *le pacte de préférence implique l'obligation, pour le promettant, de donner préférence au bénéficiaire lorsqu'il décide de vendre le bien* »¹⁵⁵⁵. Au contraire nous avons vu que le promettant (dans la promesse) n'est débiteur d'aucune obligation, sauf à admettre la très contestée obligation de consentir à un contrat. Le pacte de préférence est donc un avant-contrat dont la finalité se réalise immédiatement en faisant naître un droit de préférence. Il est parfait dès sa formation, raison pour laquelle il ne risque pas de devenir caduc par suite de la non-formation du contrat définitif¹⁵⁵⁶. Soit le « promettant » propose la conclusion du contrat définitif au bénéficiaire parce qu'il a l'intention de vendre ; dans ce cas le pacte est convenablement exécuté et il n'y a pas lieu de recourir à la caducité¹⁵⁵⁷. Soit il propose le contrat à un tiers et manque ainsi à son obligation de préférence ; dans ce cas le bénéficiaire pourra obtenir des dommages et intérêts en guise de réparation ou demander à être substitué au tiers acquéreur, ce qui revient à se prévaloir du pacte encore en vigueur. Si toutefois le promettant ne se décide jamais à vendre, cette absence de décision n'est pas synonyme de non-exécution, car il est simplement tenu d'une obligation négative de ne pas vendre à un tiers. Il peut donc tout à fait décider de ne jamais conclure le contrat. Dans ce cas la caducité n'intervient pas davantage, la Cour de cassation ayant jugé qu'en l'absence de délai le pacte devait perdurer¹⁵⁵⁸. Quant au pacte conclu pour une certaine durée, il oblige là encore le promettant à ne pas conclure avec un tiers jusqu'à l'arrivée du terme. À terme, le contrat convenablement exécuté du fait de la passivité du promettant s'éteindra comme tout contrat à durée déterminée, ce qui ne correspond pas à une hypothèse de caducité¹⁵⁵⁹.

522. Assimilation de certains contrats – L'avant-contrat présente donc deux traits caractéristiques par rapport à la promesse. D'une part, il dispose d'une finalité purement technique qui s'accomplit dès sa

¹⁵⁵⁴ *Contra* : COLLART-DUTILLEUL (F.), *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Coll. Immobilier, droit et gestion, Sirey, 1988, §420 et s. Selon l'auteur, il s'agit de deux avant-contrats porteurs d'une opération contractuelle préparatoire, « ayant pour but la réalisation du contrat définitif ».

¹⁵⁵⁵ Civ. 3^{ème} 6 décembre 2018, n°17-23.321, Publié au Bulletin ; *D.* 2019, 294, note S. Tisseyre ; *D.* 2019, 279, obs. M. Mekki ; *AJDI* 2019. 560, obs. F. Cohet ; *AJ contrat* 2019. 79, obs. G. Pillet ; *RTD civ.* 2019. 96, obs. H. Barbier ; *RTD civ.* 2019. 126, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 2019. 398, obs. A. Lecourt.

¹⁵⁵⁶ *Contra*, CHAABAN (R.), th. préc., §249 : « le pacte de préférence valablement exécuté est caduc ».

¹⁵⁵⁷ Si l'on devait constater la caducité de tous les contrats convenablement exécutés cela conduirait à une extension de la notion qui est selon nous déraisonnable. La caducité se justifie à chaque fois que l'exécution ne peut pas ou ne peut plus survenir. Ce n'est pas le cas lorsque les parties exécutent le contrat ou à l'inverse, que l'une d'elles refuse de l'exécuter. Or le fait de formuler ou de refuser de formuler une offre de contrat définitif ne fait assurément pas partie du périmètre d'exécution du pacte de préférence, sauf à dire que le « promettant » s'oblige émettre une offre.

¹⁵⁵⁸ Civ. 1^{ère} 6 juin 2001, arrêt préc. Cela pose toutefois, il est vrai, la question de la perpétuité de l'engagement.

¹⁵⁵⁹ Ce constat confirme l'éviction du pacte de préférence de la catégorie des actes prospectifs et confirme du même coup sa qualification comme avant-contrat, puisque nous verrons ultérieurement que l'acte prospectif est susceptible d'être atteint par la caducité s'il ne parvient pas à la perfection. V. *infra*, n° 754.

formation¹⁵⁶⁰. D'autre part, il peut être qualifié de « contrat sur un contrat »¹⁵⁶¹ dans la mesure où il se distingue d'un contrat définitif. La promesse s'en distingue donc. Réciproquement, il est possible de recenser des contrats imparfaits méritant la qualification de promesse¹⁵⁶².

523. Les ventes « à l'agrégation » – L'analyse renouvelée de la promesse permet tout d'abord d'étendre la qualification de contrat imparfait aux ventes à l'agrégation¹⁵⁶³. La qualification de promesse unilatérale semble adaptée dans la mesure où l'agrément qui suit la dégustation est dicté par le seul goût de son titulaire, ce qui est une manière de lever une option. Certains auteurs adoptent une approche différente, considérant que la satisfaction tirée de la dégustation fait naître la volonté d'acheter, de sorte que c'est la formation du contrat de vente qui se trouve conditionnée à celle-ci¹⁵⁶⁴. Mais si on tombe sous la qualification d'offre, l'idée d'une dégustation ne fait plus sens, car c'est tout à fait classiquement que l'acquéreur potentiel apprécie les qualités de la chose avant d'accepter de conclure le contrat. En raison de l'engagement définitif du vendeur et du caractère subjectif de la dégustation, la qualification de promesse unilatérale peut donc être retenue¹⁵⁶⁵. Elle doit être distinguée de la vente à l'essai, qui n'est rien d'autre qu'une promesse synallagmatique de vente dont la condition suspensive est la réussite de l'essai. Dès lors que l'appréciation est objective, elle échappe en effet au contrôle des parties et n'ôte pas leur fermeté aux engagements des parties¹⁵⁶⁶. La réussite de l'essai permet seulement de parfaire la promesse et d'obliger à payer le prix, ce qui est bien différent de la situation de l'acceptant qui est toujours libre de ne pas conclure le contrat¹⁵⁶⁷. D'ailleurs l'art. 1588 du code civil énonce bien que la vente à l'essai est présumée faite sous condition suspensive. La Cour de cassation avait pu retenir cette approche en jugeant que « *la vente conclue sous la condition suspensive d'un essai satisfaisant devient parfaite si, à l'expiration du délai d'essai, l'acheteur*

¹⁵⁶⁰ Tantôt il fait naître des obligations et/ou des droits relatifs aux négociations, tantôt il essentialise des conditions de formation. V. *supra*, n° 108.

¹⁵⁶¹ L'expression est empruntée à : RAYNARD (J.) SEUBE (J.-B.), *op. cit.*, p. 27.

¹⁵⁶² Nous ne prétendons évidemment pas à l'exhaustivité. Les exemples choisis doivent permettre d'illustrer les potentialités de l'identification du moment de perfection des actes juridiques.

¹⁵⁶³ L'art. 1587 c. civ. énonce qu' : « *à l'égard du vin, de l'huile, et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées* ».

¹⁵⁶⁴ « La vente à l'agrégation ou à la dégustation est le contrat par lequel l'acheteur réserve son acceptation définitive jusqu'au moment où il aura goûté ou agréé la marchandise », KENFACK (H.), *JurisClasseur Contrats – Distribution*, Fasc. 3770 : Ventes conditionnelles, §68.

¹⁵⁶⁵ La Cour de cassation a ainsi jugé que « l'accord sur la chose et sur le prix intervenu, en matière de vin, après que celui-ci ait été goûté et agréé, valait vente », Civ. 1^{ère} 21 novembre 2006, n° 04-16.271, Bull. civ. I, n° 512 ; CCC 2007, n° 66, note Leveneur ; D. 2007, 2966, note Fauvarque-Cosson).

¹⁵⁶⁶ *Contra* : KENFACK (H.), *JurisClasseur Contrats – Distribution*, Fasc. 3770 : Ventes conditionnelles, §37, « Il s'agit d'un contrat par lequel l'acheteur est admis, avant tout engagement définitif, à contrôler par l'usage, les qualités d'un bien dont il envisage l'acquisition ». Selon nous l'engagement est définitif et c'est seulement sa vigueur qui dépend de la réussite de l'essai. Du fait de son objectivité l'engagement est déjà souscrit car l'auteur de l'essai n'est plus libre de refuser la réalisation de la vente si l'essai « réussi ».

¹⁵⁶⁷ La vente à l'essai a pu être définie comme « une vente dont la conclusion définitive est subordonnée à la condition qu'après usage par l'acquéreur éventuel, la chose vendue sera reconnue apte au service auquel elle est destinée », Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, « Essai ». Dès lors, « *si l'essai n'est pas satisfaisant, le contrat n'est pas en principe conclu* », KENFACK (H.), *JurisClasseur Contrats – Distribution*, Fasc. 3770 : Ventes conditionnelles, §64.

n'a pas manifesté sa volonté de ne pas conserver le bien »¹⁵⁶⁸. La volonté de ne pas conserver le bien s'entend ici, non d'un choix discrétionnaire, mais de la possibilité donnée à l'acquéreur de contester la réussite de l'essai, c'est-à-dire l'accomplissement de la condition suspensive. Les ventes à l'agrée sont donc des promesses, l'une unilatérale, l'autre synallagmatique. Il convient donc d'approuver la formule générale employée par l'art. 1584 de l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux qui énonce qu' « à l'égard des biens que l'on est dans l'usage de goûter ou d'essayer avant d'en faire l'achat, il n'y a point vente tant que l'acheteur ne les a pas agréés » ; la « vente » correspondant ici à l'opération promise.

524. Le cautionnement de « dettes futures » – Selon nous, la qualification de promesse s'étend également au cautionnement de dettes futures¹⁵⁶⁹. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si M. Ancel a découvert la distinction entre la force obligatoire et le contenu obligationnel à partir des travaux consacrés par Mouly à l'obligation de couverture¹⁵⁷⁰. L'obligation ou la période de couverture inhérente au cautionnement de dettes futures nous semble en effet correspondre à la force obligatoire attachée à une promesse de cautionnement, le caractère futur et éventuel de la dette faisant ici office de condition.

525. De la couverture des dettes futures – Comme nous l'avons vu, on reconnaît volontiers que le cautionnement repose sur une obligation de paiement subsidiaire¹⁵⁷¹. Toutefois cette analyse ne permet pas d'expliquer le cautionnement de dettes futures. La distinction forgée par le Professeur Mouly entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement est incidemment parvenue à fournir une explication technique de cette opération¹⁵⁷². Suivant sa démonstration, l'obligation de couverture serait à l'œuvre exclusivement dans le cautionnement de dettes futures, où elle permettrait de prendre la mesure de l'engagement de la caution en dépit de l'éventualité affectant la dette¹⁵⁷³. Découvrant les potentialités de cet effet de couverture, la doctrine a fait évoluer cette analyse hors de ses limites initiales, pour considérer que le cautionnement donne toujours naissance à un effet de couverture, tantôt sous la forme d'une *obligation de couverture* si la dette est présente, tantôt sous la forme d'une *période de couverture* si la dette est future. Nombre d'auteurs proposent ainsi de considérer que le cautionnement donne naissance à une obligation de garantie, prenant place aux côtés des classiques obligations de faire et de ne pas faire et qui

¹⁵⁶⁸ Civ. 1^{ère} 13 octobre 1998, n° 96-21.485, *Bull. Civ. I*, n° 304.

¹⁵⁶⁹ On aurait pu envisager de retenir que le cautionnement de dettes présentes comme futures constitue une « promesse conditionnelle de paiement », la condition suspensive correspondant en toute hypothèse à la défaillance du débiteur. Si cette approche doit être rejetée, c'est parce que le paiement n'est pas une opération juridique à part entière. L'art. 1342 al. 1^{er} du code civil le définit en effet comme « l'exécution volontaire de la prestation due ». La finalité de ce contrat n'est pas le paiement mais la *garantie* d'un paiement, permise par une obligation de paiement subsidiaire.

¹⁵⁷⁰ M. Ancel reconnaît en effet s'être inspiré de la distinction faite par Mouly entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement, pour conceptualiser la distinction entre force obligatoire et contenu obligationnel : ANCEL (P.), « Force obligatoire et... », art. préc., §41.

¹⁵⁷¹ V. *supra*, n° 214.

¹⁵⁷² MOULY (Ch.), *Les causes d'extinction du cautionnement*, *Bibl. dr. de l'entreprise*, Dalloz, 1977, §255 et s.

¹⁵⁷³ *Ibid.*, §256 : « Obligation de durée, la « couverture » s'inscrit dans le temps en raison de l'éventualité qui affecte la naissance des dettes qu'elle englobe ».

pourrait éventuellement être qualifiée d'obligation de *praestare*¹⁵⁷⁴. La caution ne serait donc pas tenue de la même dette que le débiteur principal, mais d'une obligation de « couvrir » ses dettes ; le temps étant un élément à part entière de cette prestation¹⁵⁷⁵. Cette analyse souffre de certains défauts dont le relevé exhaustif dépasserait largement le cadre de cette étude¹⁵⁷⁶. Il convient simplement de remarquer que cette obligation présente la spécificité de ne porter sur aucune prestation. Ce faisant, tous les postulats de base sur la notion d'obligation doivent être repensés pour admettre que le cautionnement donne naissance en tout état de cause à une obligation de couverture. Pour contrer cette critique, d'autres auteurs considèrent que le cautionnement de dettes futures donne naissance à une période de couverture, irréductible à une obligation¹⁵⁷⁷. Mais là encore l'approche retenue n'emporte pas la conviction, car elle ne permet pas davantage de saisir la substance de l'engagement. Si l'on suit l'analyse proposée par M. Mazeaud, cette convention serait dotée d'une efficacité « non obligatoire »¹⁵⁷⁸ permettant « d'inscrire un risque »¹⁵⁷⁹, l'auteur insistant sur le fait que cette norme ne se confond pas avec la force obligatoire de la convention. Pourtant, la mise en œuvre du cautionnement de dettes futures aboutira bel et bien à la naissance d'une obligation à la charge de la caution. On peine en effet à saisir la substance de l'obligation de couverture. Quelle est la prestation, dont est tenue la caution, qui donnera lieu à une exécution ou à une inexécution, si ce n'est l'obligation de paiement qui naîtra *in fine* ? La norme substantielle identifiée par l'auteur doit donc nécessairement composer avec l'obligation et son caractère éventuel, puisqu'à la période d'inscription du risque succèdera une période de réalisation du risque. L'identification d'une obligation de couverture participe d'un réflexe ayant montré ses limites pour la conceptualisation de la promesse de vente, qui consiste à se réfugier dans une définition de la substance de l'opération au lieu d'interroger le mode opératoire de l'acte. Cela conduit à des impasses, car l'opération juridique est impuissante à « absorber » l'éventualité tenant au caractère futur de la dette. Cela a également pour défaut de dénaturer l'opération de cautionnement en associant deux types de risques différents : celui de défaillance du débiteur principal et celui de naissance d'une dette future¹⁵⁸⁰. En réalité, l'éventualité, qui tient ici au caractère futur de la dette

¹⁵⁷⁴ KANAYAMA (N.), « Donner et garantir – un siècle après ou une autre histoire », *Études J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 475 ; « De l'obligation de "couverture" à la prestation de "garantir" : donner, faire, ne pas faire... et garantir ? », *Mél. C. Mouly*, 1998, t. 2, Litec, p. 375 ; PIGNARRE (G.), « À la redécouverte de l'obligation de *praestare*. Pour une relecture de quelques articles du Code civil », *RTD Civ.* 2001. 41.

¹⁵⁷⁵ ETIENNEY (A.), *La durée de la prestation, Essai sur le temps dans l'obligation*, LGDJ, 2008, §426.

¹⁵⁷⁶ V. la critique très complète faite par M. Mazeaud : th. préc., §102 et s.

¹⁵⁷⁷ MAZEAUD (V.), th. préc., §149. Nous avons déjà critiqué la conception matérielle de l'obligation de couverture des dettes présentes, v. *supra*, n° 213.

¹⁵⁷⁸ MAZEAUD (V.), th. préc., §157 et s.

¹⁵⁷⁹ *Ibid.* §191.

¹⁵⁸⁰ Rappr., JOURDAIN (P.), « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », art. préc., spéc. p. 311-312 : « Dans l'assurance, comme dans le cautionnement d'une dette future, la garantie a pour objet la couverture d'un risque puisque, au moment du contrat, le sinistre comme la dette objet de l'obligation de règlement demeurent aléatoires ». Il s'agit d'une approche extensive de la notion de garantie. Elle revient à mettre sur le même plan le risque de sinistre, couvert naturellement par l'opération d'assurance, et le « risque » de dette future. Ce faisant, il faut peut-être admettre que le cautionnement de dettes futures repose sur une obligation aléatoire, similaire à celle qui naît immédiatement lors de la conclusion du contrat d'assurance.

cautionnée, se répercute sur le *mode opératoire* de l'acte, la finalité demeurant une opération de cautionnement et reposant donc en tout état de cause sur une obligation subsidiaire.

526. À la simple force obligatoire – En tout état de cause, le cautionnement repose selon nous sur une obligation de paiement subsidiaire. Dès lors, si l'on veut couvrir les dettes futures il est nécessaire d'avoir recours à un contrat qui a force obligatoire et comporte l'engagement définitif de la caution (c'est « l'obligation de couverture »), mais qui ne peut pas encore donner naissance à l'obligation de paiement subsidiaire (c'est « l'obligation de règlement »), en raison de l'éventualité qui affecte la dette elle-même (laquelle fait donc office de condition suspensive). En somme, il faut avoir recours à une promesse conditionnelle, l'événement conditionnel étant ici la survenance d'une dette dont on entend promettre la garantie (que l'on entend « couvrir »). On rejoint ainsi l'analyse faite par M. Ancel qui voyait dans la « couverture » la simple manifestation de la force obligatoire attachée au contrat¹⁵⁸¹. M. Mazeaud remarque toutefois, à juste titre, que cette approche ne permet pas de saisir la finalité du contrat. Il s'interroge ainsi : « N'y a-t-il pas un certain paradoxe dans cette démarche qui, prétendant dépasser l'obligation, se réfugie dans l' « obligatoire » ? reproduisant ainsi l'erreur pourtant dénoncée » ; « ... si la référence à la force obligatoire justifie l'intangibilité de l'engagement de la caution de dettes futures, son efficacité juridique, elle est impuissante à éclairer le contenu de cet engagement »¹⁵⁸². En réalité, la finalité de ce contrat est l'opération de cautionnement elle-même, ici dissociée pour sa réalisation du moment de formation du contrat. Que l'acte ait simplement force obligatoire dans un premier temps ne signifie donc pas qu'il épuise sa fonction dans cet effet. Une condition suspensive globale, qui entraîne la qualification de promesse, diffère la naissance de l'obligation de paiement subsidiaire caractéristique de l'opération de cautionnement promise¹⁵⁸³. Le cautionnement de dettes futures constitue donc une promesse de cautionnement, ce qui permet d'allier deux logiques différentes : une logique de garantie, inhérente à l'opération de cautionnement et plus précisément à l'obligation de paiement subsidiaire, et une logique d'anticipation, inhérente à la promesse conditionnelle, qui permet de subordonner la naissance de l'obligation de paiement subsidiaire à la naissance de l'obligation principale cautionnée¹⁵⁸⁴.

¹⁵⁸¹ ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel », art. préc., §41 : « En réalité, la soi-disant obligation de couverture qui pèse sur la caution n'est que la traduction de la force obligatoire du contrat de cautionnement : dès la signature du contrat, la caution, même si elle n'est pas encore débitrice, est tenue par le contrat qui stipule que lorsque la personne cautionnée deviendra débitrice, la caution le deviendra également. (...). La naissance des obligations de règlement (qui sont les seules véritables obligations) apparaît comme un effet juridique différé de la norme contractuelle ».

¹⁵⁸² *Ibid.* §116.

¹⁵⁸³ Pour rejeter la qualification de promesse de cautionnement, M. Mazeaud précise que « la promesse de contrat suppose une pluralité de contrats » (MAZEAUD (V.), th. préc., §155). Ayant remarqué que la promesse n'était pas un avant-contrat, mais un contrat imparfait, on peut répondre à cette critique en rappelant que le caractère éventuel de la dette constitue une condition pour la seule réalisation de l'opération de cautionnement, et non pour la formation d'un « contrat définitif ».

¹⁵⁸⁴ Il est vrai que cette analyse paraît difficile à appliquer au cautionnement de plusieurs dettes futures, sauf à admettre que la promesse connaît autant de période de perfection qu'il existe de dettes à cautionner.

527. La promesse, acte imparfait – Généralement considérée à la fois comme un avant-contrat dont on peine à cerner les effets et comme une catégorie juridique hétérogène, la promesse apparaît désormais comme un acte prospectif. Elle permet au(x) promettant(s) de prendre un engagement en vue d'une opération juridique qui ne se réalisera qu'à un stade ultérieur à la formation de l'acte, étant conditionnée tantôt à la levée d'une option, tantôt à l'accomplissement d'une condition suspensive globale.

528. Conclusion du §1 – À l'issue des développements précédents, il apparaît donc que l'offre et la promesse sont des actes juridiques imparfaits. Alors qu'il s'agit d'actes complètement formés, l'opération juridique identifiée comme constituant leur finalité ne se réalise pas immédiatement. Pour l'admettre, il a fallu opérer une stricte distinction entre ces actes et l'opération qui constitue leur finalité. Il est ainsi apparu que la promesse contient *a minima* un engagement en vue de l'opération promise, mais que cette dernière ne se réalisera qu'à condition qu'un engagement réciproque soit pris au moyen de l'option, ou qu'un événement conditionnel se produise. Il est également apparu que, ne reposant sur aucun engagement de son auteur, l'offre subordonne la naissance de la norme contractuelle à une acceptation. Ces actes sont donc formés mais imparfaits. Il convient de voir qu'il en va de même du testament et du contrat de mariage, l'opération qu'ils doivent réaliser étant liée à la survenance d'un événement que leurs auteurs doivent anticiper.

§2 - LA NÉCESSITÉ D'ANTICIPER L'OPÉRATION

529. Actes en vue d'un événement futur – Le testament et le contrat de mariage sont également marqués par la succession de deux étapes : leur formation dans un premier temps, leur perfection dans un second temps. Cette dissociation s'explique par le caractère indissociable de leur finalité vis à vis d'un événement futur : la célébration du mariage d'une part, l'ouverture de la succession d'autre part. Ces événements sont eux-mêmes porteurs d'effets de droit. L'ouverture de la succession fait naître un droit d'option pour les successibles et met plus largement en jeu les règles de dévolution légale. La dimension institutionnelle du mariage justifie quant à elle la production d'effets là encore déterminés par la loi : devoirs patrimoniaux et extrapatrimoniaux entre époux, règles de propriété des biens, etc. Ce n'est que si une volonté contraire est exprimée, par le testament ou par le contrat de mariage, que ces effets seront aménagés, modifiés, voire écartés dans la limite de ce que la loi permet¹⁵⁸⁵. L'acte est donc définitivement formé avant la survenance de cet événement futur, car il a pour fonction l'aménagement des conséquences juridiques de celui-ci. L'anticipation réalisée par l'acte permet de déterminer les effets à produire « *sans attendre la date ou*

¹⁵⁸⁵ Pendant un temps on justifiait l'application du régime légal (que ce soit la succession *ab intestat* ou le régime matrimonial légal) par une présomption de volonté. Pourtant la volonté de voir les effets se produire existe bel et bien, il s'agit néanmoins d'une simple adhésion plus ou moins consciente. Sur cette question (pour le contrat de mariage) v. : WIEDERKHER (G.), « Propos à bâtons rompus sur la notion de régime matrimonial et son évolution », *Mél. D. Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 1994 p. 533, spéc. p. 536.

l'événement prévus pour l'opération »¹⁵⁸⁶. Une distinction claire peut donc être établie entre l'acte juridique et l'opération qu'il accomplit, qu'il s'agisse du testament (A) ou du contrat de mariage (B).

A - Le testament, acte d'anticipation successorale

530. Testament et libéralité – La libéralité gagnerait à être considérée comme une simple opération juridique, ouvrant la voie à la mise en évidence d'une dissociation entre la formation de l'acte – le testament, et la réalisation de l'opération – le legs. Le testament se présente en effet comme l'acte juridique adéquat (2) pour réaliser l'opération juridique que constitue le legs, c'est-à-dire la libéralité à cause de mort (1).

1 - Le legs comme opération juridique

531. Diversité des opérations testamentaires – À première vue le testament est un acte-cadre¹⁵⁸⁷ parce qu'il permet au testateur d'exprimer ses dernières volontés ; volontés qui sont par définition plurielles. Sur le plan extrapatrimonial, il peut tout à fait comporter l'expression d'opinions politiques, religieuses ou affectives¹⁵⁸⁸. Il peut également désigner un exécuteur testamentaire (art. 1025 c. civ.) ou un tuteur pour une personne incapable, mineure ou majeure (art. 403 et 448 c. civ.). Il peut encore préciser le mode de funérailles souhaité par le *de cuius*¹⁵⁸⁹. Sur le plan patrimonial, le testament permet également d'accomplir des opérations qui ne se confondent pas avec la disposition des biens et droits à cause de mort. Le testateur peut ainsi déclarer la paternité d'une œuvre, voire la « léguer à autrui »¹⁵⁹⁰. Il peut aussi réaliser une exhérédation, qui est en quelque sorte le pendant du legs dans la mesure où elle prive un héritier de sa part successorale, dans la limite de ce que permet la loi¹⁵⁹¹. Il peut même réaliser des opérations qui n'ont pas une logique exclusivement successorale, par exemple une reconnaissance d'enfant. Dans ce dernier cas, l'auteur de l'acte exploite *l'instrumentum* pour accomplir une opération qui nécessite la rédaction d'un acte authentique¹⁵⁹². Si l'approche globale du testament fait ressortir le caractère composite de sa finalité, il est néanmoins fréquent de le définir à partir de son opération principale : le legs ou libéralité à cause de mort.

¹⁵⁸⁶ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, « Anticipé ».

¹⁵⁸⁷ M. Nicod in : GRIMALDI (M.) (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 5^{ème} éd. 2015-2016, n° 322-11.

¹⁵⁸⁸ Le testament retrouve alors sa signification courante en devenant « l'expression suprême de la pensée ou de l'œuvre d'une personne », BAHUREL (Ch.), th. préc., §4, p. 4.

¹⁵⁸⁹ Civ. 1^{ère} 24 mars 1993, n° 91-16.440, *Bull. Civ. I*, n° 129 ; *RTD civ.* 1994. 76, obs. J. Hauser.

¹⁵⁹⁰ Civ. 1^{ère} 28 mai 2015, n° 14-14.506, *Bull. Civ. I* n° 123 ; *D.* 2015. 1207 ; *AJ fam.* 2015. 407, obs. N. Levillain ; *RTD civ.* 2015. 676, obs. M. Grimaldi.

¹⁵⁹¹ Par la suite, nous considérerons l'exhérédation comme une opération secondaire. Lorsque cela sera nécessaire, des développements y seront toutefois consacrés afin d'éclairer les modalités de sa réalisation.

¹⁵⁹² Comme l'a remarqué Perrot, la technique est ici employée à une fin différente de celle qui avait justifié son élaboration, à savoir comme un « procédé destiné à réaliser une libéralité à cause de mort », PERROT (R.), *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Lib. Recueil Sirey, Paris, 1953, §76. Reste que la reconnaissance a évidemment une incidence sur les droits successoraux de l'enfant ainsi reconnu.

La définition de l'acte par son opération principale est telle que l'art. 895 du code civil définit le testament comme « l'acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens ou de ses droits et qu'il peut révoquer ». La libéralité se présente donc comme l'opération principale accomplie par le testament.

532. La libéralité, opération catégorique – L'art. 893 du code civil définit la libéralité comme « l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou droits au profit d'une autre personne ». S'il est fréquent de considérer que la libéralité constitue un acte juridique, conformément à l'usage du terme « acte » par cette disposition¹⁵⁹³, il convient de voir qu'il s'agit en réalité d'une opération juridique, du *negotium* accompli par un acte juridique. Introduite dans le Code civil par la loi du 23 juin 2006¹⁵⁹⁴, la notion fut en effet proposée dans *Une offre de loi* élaborée sous la direction de Carbonnier, dans le but d'englober les deux procédés institués par la loi pour disposer gratuitement de ses biens, à la fois les donations et les legs¹⁵⁹⁵. La donation et le testament apparaissent ainsi comme les deux actes juridiques dédiés à la réalisation d'une libéralité, dont le Code civil traite uniformément dans un Titre II nommé « *Des libéralités* », à la suite du Titre 1^{er} nommé « *Des successions* ». Outre ce rapport entre le moyen et son résultat, la décomposition des éléments nécessaires à la mise en évidence de la libéralité accrédite sa qualité d'opération catégorique. L'identification de toute libéralité impose en effet la démonstration d'un élément matériel et d'un élément intentionnel qui permettent de saisir la substance de l'opération.

533. Élément matériel de l'opération – La libéralité repose avant tout sur un appauvrissement de son auteur, corrélé avec un enrichissement du bénéficiaire. Le dépouillement est donc absolument nécessaire à la réalisation de l'opération que constitue la libéralité, comme l'a déjà jugé la Cour de cassation à propos de la donation¹⁵⁹⁶. Cette précision étant insuffisante pour caractériser l'intention libérale, elle désigne néanmoins l'aspect matériel de la libéralité qui se doit d'être une opération par laquelle le disposant procure au bénéficiaire « *un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie* » (art. 1107 c. civ.). Toute disposition à titre gratuit n'étant pas une libéralité, un auteur préconise d'identifier plus précisément un appauvrissement intervenu par le biais d'un acte translatif ou constitutif d'un droit réel¹⁵⁹⁷. Par ailleurs, il ne faut pas que le disposant obtienne une contrepartie, ce qui serait le signe d'une opération à titre onéreux. En définitive, comme l'énonce l'art. 893 du code civil, la libéralité est une opération de disposition « *à titre*

¹⁵⁹³ MALAURIE (Ph.), BRENNER (C.), *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, Lextenso, 9^{ème} éd. 2020, §221 ; PÈRÈS (C.), VERNIÈRES (Ch.), *Droit des successions*, Thémis droit, PUF, 1^{ère} éd. 2018, §392 ; SÉRIAUX (A.), *Les successions, les libéralités*, Ellipses, 2^{ème} éd. 2018, §32.

¹⁵⁹⁴ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

¹⁵⁹⁵ Dans la préface, Carbonnier précise que l'un des objectifs de cet avant-projet est « l'affirmation qu'il existe une notion unitaire de la libéralité, transcendant la dualité flagrante du Code civil, donation et testament », CARBONNIER (J.), CATALA (P.), DE SAINT AFFRIQUE (J.), MORIN (G.), *Une offre de loi*, Defrénois, 2003, p. 5.

¹⁵⁹⁶ Civ. 5 avril 1938, DH 1938, p. 305 : « une opération juridique ne présente donc pas le caractère de la donation si son auteur, même par une pensée de pure bienveillance et agissant pour l'avantage exclusif d'autrui, ne se dépouille volontairement, par-là, d'aucune portion de son patrimoine ».

¹⁵⁹⁷ HARTMAN (S.), *La notion de libéralité*, Bibl. de l'IRJS, t. 115, 2020, §21 et s.

gratuit ». Ces deux conditions réunies, l'identification d'une libéralité requiert encore la démonstration cumulative d'une intention libérale qui fait véritablement sa spécificité.

534. Élément intellectuel de l'opération – La libéralité implique l'existence d'une intention libérale¹⁵⁹⁸. Bien qu'elle ne soit pas spécialement exigée par l'art. 893 du code civil, ce qu'on peut regretter¹⁵⁹⁹, la jurisprudence a rappelé que l'intention libérale constitue un élément de définition à part entière de la libéralité, ce qui s'avère déterminant pour imposer le rapport à la succession¹⁶⁰⁰. Pourtant, si le disposant semble devoir être animé par une volonté de gratifier, il est rare, voire impossible en pratique, qu'il soit animé par une pure bienveillance. Les mobiles qui ont inévitablement motivé le *de cuius* ne suffisent toutefois pas à altérer son intention libérale, sauf à opérer une confusion entre les motifs et l'opération juridique. Comme nous l'avons remarqué, les motifs sont en effet *extérieurs* à l'opération juridique¹⁶⁰¹. S'ils peuvent donner une coloration onéreuse à l'opération, ils ne sont donc jamais aptes à la modifier substantiellement. Parce qu'elle constitue un élément *intrinsèque* de la libéralité, l'intention libérale n'est donc pas susceptible d'être éclipsée par des motifs¹⁶⁰². Directement liée à l'opération accomplie, l'intention libérale se distingue également du consentement « volonté appliquée au sacrifice, alors que l'intention libérale est une volonté tendue vers lui »¹⁶⁰³. On peut même penser que « l'intention onéreuse »¹⁶⁰⁴ est de principe dans les actes juridiques, de sorte que l'intention libérale doit être spécialement et cumulativement démontrée pour caractériser la libéralité.

535. Le legs, opération « sous-catégorique » – Les deux éléments précités étant communs aux libéralités, ils ne caractérisent pas spécifiquement le legs. Tout en constituant une libéralité, le legs et la donation constituent en effet des sous-catégories de la libéralité¹⁶⁰⁵. Leur finalité n'est donc pas tout à fait identique, car la donation manifeste une « intention libérale destinée à prendre effet immédiatement », tandis que le legs constitue une « opération de dévolution successorale, anticipant sur le transfert de biens héréditaires »¹⁶⁰⁶. Bien sûr, cette opposition est largement nuancée par le fait que les deux types de

¹⁵⁹⁸ Req. 27 juin 1887, *DP*, 1988, 1, p. 303.

¹⁵⁹⁹ En ce sens : NICOD (M.), « De la libéralité selon le Code civil », *Mél. F. Chabas*, Bruylant, 2011, p. 709.

¹⁶⁰⁰ Civ. 1^{ère} 18 janvier 2012, n^{os} 09-72.542, 10-25.685, 10-27.325 et 11-12.863, *Bull. Civ. I*, n^o 7, 8, 9 ; *D.* 2012, 2476, obs. M. Nicod ; *AJ Fam.* 2012, p. 234, obs. A. Bonnet et p. 235, obs. E. Buat-Ménard ; *RTD Civ.* 2012, 307, obs. J. Hauser et 353, obs. M. Grimaldi ; *JCP G* 2012, II, p. 513, note F. Sauvage ; *JCP N* 2012, II, n^o 1187, note V. Barabé-Bouchard ; *Dr. fam.* 2012, comm. 50, B. Beignier ; *RLDC* 2012, n^o 94, p. 43, note R. Mésa ; *Gaz. Pal.* 2012, p. 21, note. Ch. Lichtenberger.

¹⁶⁰¹ V. *supra*, n^o 345.

¹⁶⁰² Sur l'indifférence des motifs et le caractère « autonome » de l'intention libérale, v. : HARTMAN (S.), th. préc., p. 226 et s.

¹⁶⁰³ GRIMALDI (M.), *Droit civil – Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, §1006.

¹⁶⁰⁴ L'expression est empruntée à Mme Hartman : HARTMAN (S.), th. préc., §226.

¹⁶⁰⁵ Bien qu'elle qualifie la libéralité d'acte juridique et non d'opération juridique, Mme Deville a remarqué que la libéralité constitue une catégorie juridique qui englobe plusieurs réalités : DEVILLE (S.), *L'objet de la libéralité*, Coll. Doctorat et notariat, t. 49, Defrénois, Lextenso, 2012, p. 54.

¹⁶⁰⁶ HARTMAN (S.), th. préc., §459. Mme Deville insiste sur l'opposition qui existe entre le caractère « prospectif » du legs et le caractère « actuel » de la donation entre vifs (§461).

libéralités, du fait de cette qualification commune, seront appréhendés par la succession. Néanmoins leur finalité commune se trouve influencée par le mode opératoire de l'acte. Le testament étant un acte à cause de mort, il constitue l'instrument adapté à la réalisation de l'opération prospective que constitue le legs. Sous-catégorie de la libéralité, le legs constitue donc « une disposition à cause de mort, contenue dans un testament, par laquelle le testateur confère au bénéficiaire qu'il désigne **vocation** à recevoir tout ou partie de la succession » (nous soulignons)¹⁶⁰⁷. L'opération de libéralité se réalisera au décès au lieu de se réaliser au moment de la formation de l'acte. L'appauvrissement et l'enrichissement corrélatif n'interviendront qu'à un stade ultérieur. Cela permet de bien faire ressortir le rapport qui unit le legs – opération, et le testament – acte prospectif permettant de l'accomplir.

536. La « libéralité-partage », opération différente ? – S'il est fréquent que le testament réalise des legs, la possibilité est également donnée à toute personne de réaliser un testament-partage, dont la vocation initiale et principale n'est pas de comporter des legs, mais de procéder au partage des biens de son auteur¹⁶⁰⁸. Bien que qualifiée par le législateur de « libéralité-partage », l'opération réalisée par le *de cuius* n'est en principe qu'un partage, c'est-à-dire une opération de répartition et non de dévolution. Rien n'empêche toutefois le testateur d'augmenter la part dévolue à ses héritiers au moyen du testament-partage. Dans ce cas, l'opération est hybride parce qu'il est de l'apanage de la libéralité d'augmenter ainsi les droits successoraux. Par cet acte, le testateur fait donc deux choses : il distribue et partage ses biens. Pour tenir compte de la possibilité de réaliser cumulativement un partage et un legs, la loi du 23 juin 2006 a donc modifié l'art. 1079 du code civil qui disposait autrefois que « *le testament-partage ne produit que les effets d'un partage* ». Il énonce désormais que « *le testament-partage produit les effets d'un partage* ». Même lorsque la part successorale de l'héritier alloti se trouve augmentée, l'opération de partage s'avère être une opération spécifique, parce que l'attributaire ne peut pas renoncer à sa part sans renoncer à la succession (art. 1080 c. civ.). Néanmoins, l'opération devra être réalisée au moyen d'un testament¹⁶⁰⁹. Le testament prend alors la qualification de « testament-partage », mais rien ne permet de le distinguer formellement du testament n'imposant aucun partage. L'identification d'une libéralité-partage est donc difficile en pratique, car l'outil pour sa réalisation est identique à celui qui est requis pour le legs¹⁶¹⁰. Pourtant il s'agit d'une question importante, car la qualification de testament-partage emporte des conséquences à la fois sur les règles de formation de cet acte, mais aussi et surtout sur les modalités de sa réalisation¹⁶¹¹.

¹⁶⁰⁷ MALAURIE (Ph.), BRENNER (C.), *Droit des successions et des libéralités*, Lextenso, 8^{ème} éd., 2018, p. 317.

¹⁶⁰⁸ SÉRIAUX (A.), *Les successions, Les libéralités, op. cit.*, §182 ; PIÉDELIÈVRE (S.), *Successions et libéralités*, Coll. Paradigme, Bruylant, 4^{ème} éd. 2022, §606 ; TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), GAUDEMET (S.), *op. cit.*, §1282.

¹⁶⁰⁹ En ce sens, M. Nicod justifie cette dénomination par le fait que le testateur doit en tout état de cause recourir au droit des libéralités pour procéder à un tel partage anticipé : NICOD (M.), « La fonction de partage de la libéralité-partage », *Deffrénois*, 2014, n° 7, p. 348.

¹⁶¹⁰ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Libéralités-partages – Testament-partage », F. SAUVAGE, 2019, §169.

¹⁶¹¹ Sur la question de la formation : v. *infra*, n° 559. Sur la question de la réalisation : v. *infra*, n° 781.

537. Des opérations à cause de mort – En définitive, il apparaît que le legs est l’opération juridique principale que le testament – acte juridique – permet d’accomplir. Lorsque le testament dispose d’un objet plus large, notamment lorsqu’il prévoit que le partage sera réalisé conformément à la volonté du testateur, il devient l’instrument de réalisation d’opérations juridiques diverses. L’acte étant destiné à produire effet après le décès de son auteur, ces opérations sont naturellement à cause de mort.

2 - Le testament comme acte de réalisation

538. Critique du « testament-offre de contrat » – L’identification de l’opération constituant la finalité du testament permet d’écarter définitivement la qualification « d’offre de contrat » qui avait pu un temps être envisagée pour désigner le testament¹⁶¹². Qu’une telle qualification ait pu être envisagée témoigne de l’extension déraisonnable de l’approche contractualiste : cela sous-entend que par l’acceptation du legs, le légataire participe à la formation d’un contrat envisagé par le testateur. Or, une fois remarqué que le testament a pour finalité la réalisation d’un legs, il apparaît que cette qualification est contestable tant sur le plan technique que sur le plan psychologique. Sur le plan psychologique tout d’abord, le testateur ne cherche aucunement à établir un lien contractuel avec le légataire¹⁶¹³. Il est l’unique auteur de cet acte qui représente ses dernières volontés et il n’attend aucunement du légataire qu’il consente à l’opération dans son principe. Le légataire n’est pas une partie en devenir, mais simplement le bénéficiaire d’une libéralité faite à son profit. Sur le plan technique surtout, la qualification paraît inenvisageable parce que le décès est essentiel à l’efficacité du testament alors qu’il constitue un obstacle à l’efficacité de l’offre (art. 1117 c. civ.)¹⁶¹⁴. De plus, l’acceptation du légataire n’est pas un moyen pour lui de consentir à l’acte : il tient déjà son droit du testament et son acceptation ne fait que consolider son droit. La finalité du testament ne réside donc pas dans la conclusion d’un contrat entre le testateur et le légataire, mais dans la réalisation d’un legs, ce qui permet d’écarter définitivement la qualification d’offre de contrat.

539. Le testament, acte de réalisation des legs – Le legs doit être regardé comme la finalité du testament dans la mesure où cette opération ne peut pas s’accomplir par d’autres voies¹⁶¹⁵. La confusion fréquente entre le legs et testament est donc la conséquence d’un cantonnement du mode de réalisation du premier par le second. L’appartenance du legs à la catégorie des simples opérations juridiques se trouve confirmée

¹⁶¹² Selon Demogue, le testament « n’est peut-être au fond qu’un contrat entre un vivant et un mort : le testament étant l’offre, l’acceptation du legs l’adhésion à l’offre », DEMOGUE (R.), « De la nature et des effets du droit éventuel », *RTD Civ.* 1906. 231, spéc. p. 232. V. égal. : DEMOGUE (R.), *Obligations*, II, n° 466 et n° 561 bis.

¹⁶¹³ « La psychologie du testateur est différente de celle d’un contractant » ; « c’est un acte juridique particulier et les analogies avec le contrat doivent être souvent écartées : dans sa source, exclusivement une volonté unilatérale, dans ses effets, se reportant et se prolongeant après la mort du testateur », MALAURIE (Ph.), BRENNER (C.), *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, Lextenso, 9^{ème} éd. 2020, §374 et §375.

¹⁶¹⁴ En ce sens égal. : MARTIN DE LA MOUTTE (J.), th. préc., §68.

¹⁶¹⁵ L’institution contractuelle entre époux, qui produit les effets d’un legs, en est évidemment une exception.

par le fait que la volonté de tester doit nécessairement être exprimée dans un testament pour être efficace¹⁶¹⁶. La jurisprudence refuse en effet de consacrer l'efficacité des legs indirects¹⁶¹⁷ : soit il s'agit d'une donation, la disposition des biens et droits étant réalisée du vivant, soit il s'agit d'un legs, la disposition des biens et droits étant réalisée au décès. Plus largement, la validité du legs dépend de la validité du testament¹⁶¹⁸. Du fait de cette imbrication, l'opération suit nécessairement le mode opératoire propre au testament, et inversement : elle est à cause de mort.

540. Une opération à cause de mort – Parce que le testament a pour finalité une opération à cause de mort, il est logique qu'il reste latent – donc imparfait, jusqu'à la survenance du décès. Le décès est décisif, car c'est à cet instant que la volonté du testateur rencontre la « volonté » du législateur quant à sa succession. Fruit d'un mélange de traditions juridiques, le droit successoral français obéit en effet à un système de dévolution mixte : à la fois légal et volontaire. À défaut de testament, la loi règle le sort des biens du *de cuius* au jour de son décès. La dévolution légale n'est donc que subsidiaire (art. 721 c. civ.) et la loi ouvre très largement « à toute personne » (art. 967 c. civ.) la possibilité d'exprimer des dernières volontés et donc, d'y déroger¹⁶¹⁹. L'opération portée par le testament, qui est intimement liée au décès de son auteur, ne pourra donc s'accomplir qu'à compter de celui-ci. Impliquant naturellement un report de son efficacité générale, le testament est un acte juridique qui se forme certes du vivant du *de cuius*, mais dont la finalité se réalise à un moment ultérieur dont son auteur n'a pas la maîtrise. Il n'est donc pas question de contester le caractère définitif de sa formation à raison de son efficacité différée. La forme orale du testament est d'ailleurs prohibée pour cette raison¹⁶²⁰. La parole étant naturellement performative¹⁶²¹, elle s'oppose à une efficacité différée des effets de droit. L'écrit permet au contraire à la volonté du testateur de valoir au-delà de sa mort, jusqu'au moment où l'acte devient parfait, grâce à la conservation de cet écrit¹⁶²². Cela ne signifie toutefois pas nécessairement que le simple décès du testateur suffise à parfaire le legs. Comme nous le verrons, l'ordre des décès (celui du testateur et celui du légataire) s'avère important¹⁶²³. De même,

¹⁶¹⁶ En ce sens Mme Deville note que « la volonté n'est efficace que si elle se fonde dans le moule prévu par le législateur à cet effet », DEVILLE (S.), th. préc., §42.

¹⁶¹⁷ Civ. 1^{ère} 17 septembre 2003, n° 01-11.001, *Bull. civ. I*, n° 182, *D.* 2003, 2986, note M. Nicod ; *AJ famille* 2003, 428, obs. S. D.-B.

¹⁶¹⁸ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Legs », J. HÉRAIL, Q. GUIGUET-SCHIELÉ, 2021, §10.

¹⁶¹⁹ Ce rapport entre la dévolution légale et la dévolution subsidiaire fait toutefois débat. Certains estiment que la dévolution légale est de principe parce qu'elle sera mise en œuvre automatiquement et à défaut de volonté contraire ; d'autres estiment qu'elle n'est que subsidiaire parce que toute personne peut tester. Sur cette querelle, v. : *La dévolution successorale*, 72^{ème} Congrès des notaires de France, Deauville 1975, p. 5 et s.

¹⁶²⁰ La prohibition est implicite puisque l'art. 969 c. civ. ne prévoit que des formes écrites de testament, et qu'il s'agit là d'une liste limitative (si on exclut le testament international, lui aussi nécessairement écrit).

¹⁶²¹ Nous pouvons nous référer à la très belle formule de M. Cornu : «... la parole est acte parce que, dite, elle est nécessairement parfaite. Elle n'est pas, ou elle est accomplie. Elle fait parce qu'elle parfait. Ce qui est dit est dit. Au lieu d'effet performatif on aurait pu parler d'effet perfectif. Le propre de la parole est de tomber – et sans retour – par le seul fait qu'elle est jetée... », CORNU (G), « Réflexion finale », *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, P. AMSELEK (dir.), PUF, 1986, p. 249, spéc. p. 251.

¹⁶²² On pourrait toutefois envisager d'admettre le testament réalisé au moyen d'une vidéo. En ce sens : NICOD (M.), « Plaidoyer pour l'instauration d'un testament vidéo », *Dr. fam.* 2021, n° 12, rep. 11.

¹⁶²³ V. *infra*, n° 778.

l'option dont dispose le légataire est susceptible de prolonger la durée d'imperfection de cet acte. Le décès doit donc, pour l'heure, être entendu largement. Il existe en toute hypothèse une série d'événements ultérieurs à la rédaction du testament et qui en conditionnent la perfection.

541. Une technique imposée – La « manière d'opérer la répartition des biens »¹⁶²⁴, impose donc l'acte juridique adéquat : le testament¹⁶²⁵. L'alinéa 2 de l'article précité énonce en ce sens qu' « *il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament* ». L'opération entre vifs étant accomplie par le moyen d'une donation, l'opération à cause de mort est quant à elle accomplie au moyen du testament. Partant, le législateur fait du testament une véritable « technique intégrée »¹⁶²⁶, capable de réaliser une opération qui ne pourrait pas s'accomplir par d'autres voies. Parce que le legs est une opération à cause de mort, il doit nécessairement être réalisé au moyen d'un acte juridique qui permet une telle efficacité différée. Il en va de même si le testateur entend procéder à une libéralité-partage : alors il aura recours au testament-partage devant lui aussi prendre effet au décès. Toutefois il ne faut pas voir dans le testament un simple *instrumentum*. Il s'agit en réalité d'un « acte juridique substantiel »¹⁶²⁷. En ce sens l'art. 1001 du code civil énonce que « *les formalités auxquelles les divers testaments sont assujettis par les dispositions de la présente section et de la précédente doivent être observées à peine de nullité* ». Le testament est donc le seul outil capable de recueillir les dernières volontés du *de cuius* et de les faire valoir au-delà de sa mort, là où la volonté ne peut plus être directement exprimée. La jurisprudence y veille très strictement¹⁶²⁸.

542. Une technique exclusive ? – Dans ce débat – pour ou contre la multiplication des voies de réalisation du legs – deux conceptions s'opposent, l'une favorisant l'autonomie de la volonté et l'autre, la technique juridique. La première conception vise à défendre la liberté des formes pour permettre toute opération que les individus jugeraient utile. La technique juridique étant au service de la volonté, il faudrait favoriser les opérations socialement utiles et reconnaître qu'il existe divers moyens de procéder à un legs. À cet égard Perrot estime que « la volonté saine possède une force créatrice qui doit « pouvoir » juridiquement ce qu'elle a conçu »¹⁶²⁹. La seconde conception vise au contraire à maintenir une réglementation stricte des modes de réalisation des legs, au détriment de la volonté des individus. Cette seconde approche est selon nous préférable. Si l'on devait admettre l'efficacité de tout procédé pour la réalisation du legs dès lors qu'une intention libérale peut être identifiée, cela reviendrait progressivement à admettre qu'il n'existe plus de modes consacrés de réalisation des libéralités. Les juges saisis d'un différend quant à la volonté de l'auteur de l'acte seraient donc obligés de rechercher au cas par cas la volonté de tester. À terme il y aurait

¹⁶²⁴ SÉRIAUX (A.), *Les successions, les libéralités, op. cit.*, §30.

¹⁶²⁵ À l'exception des contrats successoraux, admis très restrictivement par la loi.

¹⁶²⁶ PERROT (R.), th. préc., §10 et §76.

¹⁶²⁷ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Testament », préc., §2.

¹⁶²⁸ La remise d'un chèque n'est pas un testament : Civ. 1^{ère} 5 février 2002, n° 99-18.578, *Bull. civ. I*, n° 39.

¹⁶²⁹ PERROT (R.), th. préc., §59. En ce sens égal. : ROUBIER (P.), « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *ADP*, Sirey, 1957, p. 1, spéc. p. 69.

certainement un délitement des catégories juridiques. À l'inverse, la forme garantit la sincérité de la volonté exprimée, voire sa clarté lorsque le testament est rédigé en la forme authentique¹⁶³⁰. Il est donc plus satisfaisant de maintenir des modèles stricts de réalisation du legs. Aujourd'hui il ne fait aucun doute que quiconque entend disposer de ses biens et droits à cause de mort sait que la voie testamentaire doit être empruntée¹⁶³¹. Par ailleurs, la technique de la conversion permet de sauver un certain nombre de testaments de la nullité, ce qui atténue les inconvénients du formalisme¹⁶³². En définitive, un formalisme infléchi au besoin vaut mieux qu'une absence de forme¹⁶³³.

543. Le testament est donc l'acte adéquat pour réaliser un legs. Cette imbrication entre l'opération et l'acte ne fait que renforcer l'idée que le testament est un acte juridique au service de la réalisation d'un legs¹⁶³⁴. Nous sommes donc face à un acte dont la formation et la perfection ne sont pas concomitantes, la rédaction du testament ne suffisant pas à réaliser le legs. Cette dissociation peut également être mise en évidence pour le contrat de mariage.

B - Le contrat de mariage, acte de prédétermination du régime matrimonial

544. Contrat de mariage et régime matrimonial – Le contrat de mariage (2) se présente comme l'outil adéquat pour la réalisation de l'opération juridique que constitue le choix de régime matrimonial par les futurs époux (1).

1 - Le régime matrimonial comme opération juridique

545. L'opération principale : choix d'un régime matrimonial – Comme le testament, le contrat de mariage constitue à première vue un acte-cadre¹⁶³⁵. Sa finalité est relativement large puisqu'il doit permettre

¹⁶³⁰ MALAURIE (Ph.), BRENNER (C.), *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, Lextenso, 8^{ème} éd., 2018, §535 : « le formalisme joue en la matière une fonction de garantie : (...) l'efficacité des dernières volontés est restreinte à celles-là seules qui sont exprimées dans les formes légales ».

¹⁶³¹ DEVILLE (S.), th. préc., §43.

¹⁶³² La conversion intervient « sans réduction », parce qu'elle ne sacrifie rien à l'efficacité de l'acte, les formes étant équivalentes. Par exemple, le testament en la forme internationale, créé par la Convention de Washington du 26 octobre 1973, permet souvent de sauver des testaments authentiques irréguliers, à condition d'en respecter les formes : Civ. 1^{ère} 12 juin 2014, n° 13-18.383, *Bull. civ. I*, n° 109.

¹⁶³³ En ce sens : NICOD (M.), *Le formalisme en droit des libéralités*, Coll. de thèses, Doctorat et notariat, Imp. La Mouette, 2000, §451 et s.

¹⁶³⁴ MAURY (J.), *Successions et libéralités*, Coll. Objectif Droit, Lexis Nexis, 9^{ème} éd. 2016, §249.

¹⁶³⁵ On lit parfois que le contrat de mariage est un « acte complexe » pour exprimer la diversité de son contenu : *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Contrat de mariage », A. COLOMER, Ch. VERNIÈRES, 2019, §83 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), PETERKA (N.), *op. cit.*, §95. Nous préférons la formule « acte-cadre » afin de réserver celle d'« acte complexe » à l'acte exigeant l'intervention d'autres entités que ses auteurs pour sa formation (v. *supra*, n° 238).

aux époux d'aménager leurs rapports en vue du mariage¹⁶³⁶. Comme pour le testament, on distingue toutefois une opération principale, qui ne peut être réalisée que par la voie du contrat de mariage, et des opérations secondaires qui peuvent être certes être réalisées au moyen du contrat de mariage, mais qui peuvent aussi l'être par des actes distincts. C'est le cas par exemple de la reconnaissance d'enfant ou encore des libéralités, dont la loi permet l'accomplissement par un contrat de mariage (institution contractuelle). Au contraire, le choix du régime matrimonial constitue la finalité naturelle de cet acte, qui est la technique exclusive de sa réalisation. Là encore on peut donc distinguer l'acte juridique d'une part, et l'opération d'autre part. L'opération de désignation à laquelle procèdent les futurs époux par le contrat de mariage se comprend comme un « *corpus* spécifique qui détermine le statut patrimonial des mariés »¹⁶³⁷. Le régime matrimonial n'est en effet rien d'autre qu'un corps de règles, une charte, ayant vocation à régir les rapports pécuniaires entre époux¹⁶³⁸. Le contrat de mariage présente donc un caractère statutaire¹⁶³⁹. Jossierand l'avait bien remarqué, notant que « si le contrat de mariage est un contrat, c'est un contrat à grande envergure, une sorte d'acte réglementaire, dont la fonction est d'instituer un statut plutôt que de créer des obligations entre les parties »¹⁶⁴⁰. La question se pose toutefois de savoir si la fonction de l'acte peut être étendue au-delà de cette opération.

546. Les opérations secondaires – En choisissant leur régime matrimonial, les époux peuvent vouloir avantager leur conjoint. Dans ce cas, ils vont opter pour un régime dont le fonctionnement ou la liquidation profitera à l'un d'eux : c'est la technique de l'avantage matrimonial. En tout état de cause, l'avantage ne constitue pas une libéralité, son régime juridique étant différent sur de nombreux points¹⁶⁴¹. Reste à savoir s'il constitue une véritable opération juridique que peut réaliser le testament. La réponse semble négative à la lecture de l'art. 1527 du code civil al. 1^{er}. S'il lui refuse expressément la qualification de libéralité, précisant que les avantages matrimoniaux « ne sont point regardés comme des donations », il énonce néanmoins qu'ils sont retirés « *des clauses de la communauté conventionnelle* ». Comme le note M. Beignier, « la loi ne dit nullement que ces avantages ont une nature différente de l'avantage de base qui

¹⁶³⁶ VERNIÈRES (Ch.), « Formation du contrat de mariage » in : GRIMALDI (M.) (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 8^{ème} éd. 2018-2019, n° 121.09 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, p. 112.

¹⁶³⁷ REVEL (J.), *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Régimes matrimoniaux », 2020, §1.

¹⁶³⁸ CORNU (G.), *Les régimes matrimoniaux*, Thémis Droit privé, 9^{ème} éd. 1997, p. 26 : « Diverses, les règles relatives à la composition et à la gestion des patrimoines *entrent toujours en combinaison pour constituer un tout* qui est précisément le *régime*. Le régime matrimonial ne mérite le nom de « charte », de « statut », de « système », que parce qu'il est un corps de règles cohérentes, un ensemble de dispositions dont les éléments sont en étroite corrélation »

¹⁶³⁹ GRIMALDI (M.) (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 5^{ème} éd. 2015-2016, n° 121.09.

¹⁶⁴⁰ JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil français*, t. 3 : Les régimes matrimoniaux, les successions, les libéralités, Sirey, 1940, §368.

¹⁶⁴¹ L'avantage matrimonial n'obéit pas au régime de la libéralité, à la fois d'un point de vue technique (n'étant pas soumis au mécanisme du rapport, de la réduction ou de l'imputation) et d'un point de vue fiscal (ne donnant pas lieu à la perception de droits de mutation à titre gratuit). Il est certes soumis à l'action en retranchement, mais il s'agit d'un procédé propre à l'avantage matrimonial.

découle du simple partage de la communauté »¹⁶⁴². L'identification de l'avantage matrimonial permet donc simplement de prendre la mesure de l'enrichissement d'un des époux par la communauté conventionnelle, par rapport à ce qu'aurait apporté la communauté légale¹⁶⁴³. Il est vrai toutefois qu'il repose sur une intention participative, les époux ayant expressément choisi non seulement de se marier, mais également de participer tous deux à une communauté plus étendue. Dans les faits, cette communauté avantagera nécessairement l'un d'eux et elle sert donc une intention particulière, qui est souvent le point de départ à l'identification d'une opération juridique¹⁶⁴⁴. Le sort de l'avantage matrimonial en cas de divorce plaide également en faveur de sa reconnaissance comme opération juridique à part entière. L'art. 265 al. 2 du code civil traite en effet l'avantage matrimonial lié à la liquidation du régime matrimonial comme une véritable opération dépendant de la permanence du mariage, ou du moins, de l'absence de dissolution de ce dernier par le divorce. Pour ainsi dire, la réalisation de l'avantage matrimonial ne découle donc pas automatiquement de la liquidation du régime matrimonial, mais dépend des circonstances dans lesquelles cette dissolution intervient. Cela démontre bien que sa finalité n'est pas strictement confondue avec celle poursuivie par les époux lors du choix d'un régime matrimonial et dont la vocation essentielle est de régir les rapports des époux dans le mariage hors toute vocation successorale. S'ajoutent à cela les donations de biens à venir que les époux peuvent s'accorder mutuellement, bien que rarement, par le contrat de mariage, ainsi que les donations de biens présents que des tiers décident de réaliser au profit des époux et qui sont « causées » par le mariage. Cette fois-ci, la qualification de libéralité ne fait pas de doute, de sorte que l'opération est bel et bien distincte de l'opération principale accomplie par le contrat de mariage. À ce stade, il apparaît donc que le contrat de mariage peut accueillir plusieurs opérations juridiques distinctes.

547. Élargissement de la finalité ? – En dépit de l'élargissement de ses finalités, le contrat de mariage dispose encore aujourd'hui d'une fonction relativement restreinte. Le mouvement de contractualisation du droit de la famille incite toutefois à rechercher s'il ne pourrait pas devenir un acte à la vocation plus générale¹⁶⁴⁵. On pourrait par exemple envisager que le contrat de mariage permette aux époux de déterminer plus largement les effets qui seront attachés à la célébration du mariage. Si la finalité du contrat de mariage devait être ainsi élargie, sa procédure de formation devrait être modifiée pour remplacer la célébration devant l'officier d'état civil par une véritable procédure d'homologation par le juge. L'acte imparfait, dont

¹⁶⁴² BEIGNIER (B.), « Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ? », *Mél. Oppetit*, Litec, 2009, p. 33, spéc. p. 38. Plus loin : « L'enrichissement qu'un époux tire de la vie commune est tout simplement lié au mécanisme de la communauté qui découle lui-même de l'exigence de vie commune qui est de l'essence du mariage ».

¹⁶⁴³ CARBONNIER (J.), *Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, thèse Bordeaux, 1932 ; SAUJOT (C.), « Les avantages matrimoniaux. Notion. Nature juridique », *RTD Civ.* 1979. 699 ; LUCET (F.), *Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux*, thèse Paris II, 1987 ; HARTMAN (F.), th. préc., §32-33 ; GUIGUET-SCHIELÉ (Q.), *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux : essai sur une fiction disqualificative*, Nvll. Bibl. de thèses, vol. 143, Dalloz, 2015.

¹⁶⁴⁴ ROUSSEAU (E.), « De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial », *Mél. Champenois*, Defrénois, Lextenso, 2012, p. 711.

¹⁶⁴⁵ Sur cette question, v. : BORILLO (D.), *La famille par contrat, La construction politique de l'alliance et de la parenté*, Coll. Génération libre, PUF, 2018.

la finalité était jusqu'alors suspendue à la célébration du mariage, céderait alors la place à la figure de l'acte en cours de formation. La procédure de formation du mariage intégrerait l'accord des époux, lequel interviendrait à titre de simple condition de formation devant encore passer le filtre d'une homologation. L'accord des époux en amont du mariage n'aurait donc rien d'un acte juridique définitivement formé et simplement suspendu à la célébration effective du mariage. Si le contrat de mariage est un acte juridique imparfait, c'est donc parce qu'il demeure l'instrument de réalisation d'opérations juridiques strictement identifiées. Dans une moindre mesure, on pourrait envisager que le contrat de mariage soit à l'avenir un contrat « de mariage et de divorce »¹⁶⁴⁶. Il deviendrait alors un « acte à tout faire », ayant vocation à régler aussi bien le mariage que le démariage, là où ce sont aujourd'hui des actes juridiques distincts qui le permettent et qui sont formés par des procédures adaptées aux enjeux des opérations considérées. Un tel accord entre époux pour anticiper le divorce avant même de se marier est bien connu du droit américain et plus récemment du droit anglais sous la qualification de *nuptial agreement*¹⁶⁴⁷. Des auteurs défendent les vertus d'un tel accord anticipé en droit français, mais celui-ci y reste hostile¹⁶⁴⁸. Si le choix d'un régime matrimonial est souvent opéré par les époux en intégrant le risque d'un divorce, il ne leur est en effet pas permis de régler par avance les conséquences de celui-ci. Il est vrai que certaines clauses insérées au contrat de mariage permettent d'anticiper le divorce, mais leur finalité reste néanmoins partagée avec un aménagement du régime matrimonial¹⁶⁴⁹. Surtout la quasi-totalité des conséquences du divorce devra être réglée au cours de la procédure de divorce sous le contrôle du juge. C'est en ce sens que l'art. 265-2 du code civil cantonne la possibilité de conclure une convention liquidative à la période d'instance en divorce. Plus largement, l'art. 268 du code civil donne la possibilité aux époux de conclure des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce, mais à la condition de le faire là encore pendant l'instance en divorce et non avant. En somme notre droit reste réfractaire à une trop grande anticipation : les époux ne peuvent pas élargir la finalité du contrat et anticiper l'ensemble des effets d'un divorce.

¹⁶⁴⁶ ESCUDEY (G.), « Faut-il permettre l'insertion de clauses relatives à la désunion dans les contrats de mariage ? », *Dr. Fam.* 2019, n° 12, étude 17, p. 781 ; CHALAS (Ch.), « Contrat de mariage – Contrats de mariage et nuptial agreements : vers une acculturation réciproque ? Regards croisés entre la France et l'Angleterre », *JDI* 2016, n° 3, doct. 7 ; GUIGUET-SCHIELÉ (Q.), BABY (W.), « Les conventions organisant par avance les conséquences d'une rupture », *Dr. Fam.* 2015, dossier 3.

¹⁶⁴⁷ BUTRUILLE-CARDEW (C.), « Les contrats nuptiaux internationaux », *RLDC* 2012/1, p. 75 ; BATAILLARD-SAMUEL (M.), « La pratique des accords nuptiaux outre-Manche », *RLDC* 2012, n° 91, p. 81.

¹⁶⁴⁸ CAHEN (M.), « Pour une convention pré-nuptiale », *Gaz. Pal.* 2001, n° 144, p. 18 ; DEPONDT (A.), « Pour un renouveau des contrats de mariage », *Gaz. Pal.* 2012, n° 77, p. 15.

¹⁶⁴⁹ Ainsi en est-il par exemple de la clause de liquidation alternative du régime matrimonial ou encore de la clause par laquelle les époux sont présumés s'être acquittés des charges du mariage dans la proportion de leurs facultés respectives (la Cour de cassation en a admis la validité, not. : Civ. 1^{ère} 1^{er} avril 2015, n° 14-14.349, n° 14-12.938 et n° 14-13.795 ; *Procédures* 2015, comm. 198, M. Douchy-Oudot ; *D.* 2015, somm. p. 864 et pan. p. 1415, note J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJF* 2015, p. 297, note J. Casey ; *Gaz. Pal.* 2015, 1, p. 13, note A.-L. Casado).

2 - Le contrat de mariage comme acte de réalisation

548. Technique intégrée – Comme pour le testament, le législateur a opté pour une technique intégrée : le contrat de mariage « est l'instrument – et le seul – pour désigner le régime auquel les rapports patrimoniaux seront soumis »¹⁶⁵⁰. La détermination d'un régime matrimonial est donc l'opération juridique principale et le contrat de mariage, l'instrument de son choix¹⁶⁵¹. Autrefois il était d'ailleurs coutume de distinguer le contrat de mariage et la « convention matrimoniale ». L'opération étant un véritable *corpus*, le contrat de mariage est un « acte-règle » ou « acte-normatif », c'est-à-dire un contrat par lequel les parties énoncent les règles – patrimoniales ici – qui leur seront applicables et auxquelles elles devront se conformer. Un tel acte a été défini par un auteur comme « celui dont l'objet comme effet de droit est de créer par voie générale ou individuelle une situation objective nouvelle dans l'ordonnement juridique en vue de constater et de conserver une valeur nouvelle de l'ordre social existant »¹⁶⁵². Le contrat de mariage appartient à cette catégorie dans la mesure où les parties établissent un corps de règles qui ne se confondent pas strictement avec des obligations¹⁶⁵³.

549. Un acte latent jusqu'au mariage – Le choix d'un régime matrimonial est évidemment indissociable de la célébration du mariage en vue duquel le contrat de mariage est formé¹⁶⁵⁴. Si les époux rédigent un tel contrat, c'est parce qu'ils ne souhaitent pas être soumis au régime légal qui leur sera appliqué à compter de la célébration du mariage dans lequel ils se projettent d'ores et déjà. La conclusion d'un tel contrat leur permet de ne pas « abdiquer » devant la loi et d'opter pour un régime matrimonial différent du régime légal. Comme l'indique l'art. 1387 du code civil « *la loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales* ». Néanmoins, à la différence du testament qui ne contient pas nécessairement de legs, le contrat de mariage contient nécessairement le choix d'un régime matrimonial, opération principale et qualifiante de ce contrat. Un régime matrimonial sera en effet appliqué aux époux quoi qu'il arrive. S'ils se marient sans contrat de mariage, ce régime découlera de la loi par l'intermédiaire de l'acte juridique qu'est le mariage. Nous serons dans une hypothèse où le contenu du contrat – en

¹⁶⁵⁰ BLANCHARD (Ch.), *op. cit.*, §267.

¹⁶⁵¹ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, §139 ; CABRILLAC (R.), *Droit des régimes matrimoniaux*, Précis Domat, LGDJ, 12^{ème} éd., 2021, §322 ; VOIRIN (P.), GOUBEAUX (G.), *Droit civil, t. II : Régimes matrimoniaux – Successions – Libéralités*, Coll. Manuel droit privé, LGDJ, 32^{ème} éd., 2022, § 62.

¹⁶⁵² RÉGLADE (M.), « La place de la convention dans une classification des actes juridiques », *APD* 1940, Numéro spécial : le Problème du contrat, Sirey, p. 159, spéc. p. 164.

¹⁶⁵³ M. Revet définit par exemple le « contrat-règles » comme « l'acte conventionnel dont l'objet est d'édicter des prescriptions juridiques assujettissant tous ceux qui se trouvent dans la catégorie désignée par lui » (RENET (Th.), « Le contrat-règles », *Mél. Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 919, spéc. p. 922). Ce n'est pas dans ce sens que nous l'entendons : les règles du régime matrimonial s'imposeront aux seuls époux et leur application aux tiers découlera de la simple opposabilité inhérente à tout contrat.

¹⁶⁵⁴ « Dans son existence même, il est lié à la formation et au maintien du lien conjugal », CORNU (G.), *Les régimes matrimoniaux*, Thémis Droit privé, 9^{ème} éd. 1997, p. 27 ; « Le contrat de mariage n'a de raison d'être qu'à cause de la vie conjugale qui va s'établir », DEMOGUE (R.), « Nature et effets des droits éventuels », *RTD Civ.* 1906. 231, spéc. p. 274.

l'occurrence le mariage, est défini par la loi¹⁶⁵⁵. Ce n'est que si les époux entendent adopter un autre régime matrimonial que le régime légal sera écarté pour un autre. Le contrat de mariage ne produit donc aucun effet caractéristique de sa finalité parce qu'il demeure en attente de réalisation, les futurs époux ayant anticipé par cet acte leurs futurs rapports patrimoniaux au sein du mariage. Le mariage fait entrer les époux dans un rapport juridique nouveau sur le plan personnel, mais aussi patrimonial. Il est donc logique que le règlement du sort de leurs biens soit effectif au moment même où naît la qualité d'époux. Une distinction claire existe donc entre la force obligatoire du contrat et sa perfection qui surviendra au moment du mariage¹⁶⁵⁶.

550. Autres opérations latentes – Nous avons pu constater que le contrat de mariage pouvait accueillir d'autres opérations juridiques, notamment les avantages matrimoniaux et plus rarement, des donations. Le contrat de mariage étant l'instrument de réalisation de ces opérations, on constate une latence entre le moment de leur détermination et celui de leur réalisation. Si l'avantage matrimonial résulte du fonctionnement du régime, il se réalisera de manière successive à compter de la célébration. S'il est constitué par un partage inégal, il se réalisera à un stade encore ultérieur : celui de dissolution du régime matrimonial. Ce mode d'efficacité différée du contrat de mariage permet également d'insérer dans ce dernier des promesses de donation. Les donations de biens à venir entre époux réalisées par le contrat de mariage ne sont en effet rien d'autre que des promesses de donation : les époux consentent à une opération de donation, conditionnée au prédécès de l'époux donateur. Les donations de biens présents consenties aux époux en vue du mariage sont également conditionnées à la célébration du mariage. Ces opérations ne prennent donc pas effet immédiatement, elles demeurent latentes jusqu'à l'accomplissement de la condition qui les a motivées¹⁶⁵⁷.

551. Conclusion de la section 2 – En définitive, les actes étudiés ne réalisent pas leur finalité concomitamment à leur formation, soit parce que l'auteur de l'acte doit anticiper la réalisation de la finalité, soit parce qu'il entend la différer. L'acte acquiert donc seulement force obligatoire au moment de sa formation, sa perfection demeurant en suspens. On aurait même pu songer à étendre cette catégorie à la reconnaissance de paternité anténatale. Depuis 2005, l'art. 316 al. 1^{er} du code civil prévoit en effet que la reconnaissance peut être faite « *avant ou après la naissance* ». C'est le cas également de la reconnaissance de maternité lorsque l'enfant est conçu par une procréation médicalement assistée avec tiers donneur, qui

¹⁶⁵⁵ L'idée d'un contrat tacite ou fictif portant sur l'adoption du régime légal est ancienne : LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, t. 21, 1876. Envisageant l'hypothèse d'une « convention dans la convention » : GUIGUET-SCHIELE (Q.), th. préc., §70.

¹⁶⁵⁶ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Contrat de mariage », préc., §214 : « tout en étant obligatoires pour les parties dès la conclusion du contrat de mariage, puisque celui-ci avant la célébration du mariage ne peut être valablement modifié qu'aux conditions imposées par l'article 1396, les conventions matrimoniales proprement dites ne produisent leurs effets qu'à dater de la célébration du mariage ».

¹⁶⁵⁷ On dit parfois que le mariage est la « cause » de la donation matrimoniale. Il s'agit en réalité d'une condition, suivant la distinction que nous avons réalisée entre la cause, inhérente à l'opération et la condition, qui est extérieure.

est anténatale par principe (art. 342-11 al. 1^{er} c. civ.). Dans les deux cas, l'efficacité de l'acte étant suspendue à la naissance de l'enfant¹⁶⁵⁸, on peut opter pour la qualification d'acte prospectif, car l'acte juridique se forme bien avant le moment auquel il est susceptible de réaliser sa finalité¹⁶⁵⁹. La catégorie pourrait donc éventuellement être étendue à d'autres actes dont l'issue est à la fois future et éventuelle¹⁶⁶⁰.

552. Conclusion du Chapitre 1 – Il convient donc de nuancer le principe de concomitance précédemment mis en évidence entre la formation et la perfection de l'acte juridique. Divers actes juridiques présentent en effet une dissociation entre le moment de leur formation et le moment auquel ils réalisent leur finalité ; dissociation qui a pu être mise en évidence en distinguant très strictement l'acte juridique et sa finalité¹⁶⁶¹. L'offre a pour finalité un contrat qui naîtra uniquement si elle est acceptée. La promesse tend à la réalisation d'une opération à laquelle les parties consentent, mais qui dépend de la levée d'une option ou de l'accomplissement d'une condition. Le testament vise le transfert des biens et droits de son auteur à cause de mort. Le contrat de mariage tend à la mise en œuvre d'un régime matrimonial subordonné à la célébration effective du mariage. Dans chacune de ces hypothèses, l'acte se forme complètement, mais n'atteint pas encore son stade de perfection. On s'éloigne donc du sens courant du mot « acte » qui suppose un mouvement se réalisant en un trait de temps : former un acte juridique, en somme le fait d'agir, n'entraîne pas la réalisation immédiate de l'opération juridique recherchée par le ou les auteurs de l'acte. D'où la qualification de ces actes comme actes « prospectifs », qui concernent l'avenir. La mise en évidence de cette catégorie d'actes juridiques n'est pas une fin en soi. L'acte étant imparfait au moment de sa formation, cela permet d'envisager l'ébauche d'un régime juridique propre à l'acte juridique prospectif.

¹⁶⁵⁸ Civ. 1^{ère} 7 avril 2006, n° 05-11.285, *Bull. Civ. I*, n° 195.

¹⁶⁵⁹ M. Wicker n'hésite pas à qualifier la reconnaissance d'acte imparfait tant que le lien de filiation n'est pas établi, WICKER (G.), th. préc., §290. V. égal. : MAUMONT (B.), th. préc., §839.

¹⁶⁶⁰ Peut-être aurait-il fallu songer également au mandat de protection future.

¹⁶⁶¹ Sur cette distinction, déjà défendue dans la première partie de la thèse, v. *supra*, n° 97 et s.

CHAPITRE 2

Le régime de l'imperfection

553. Notion, régime¹⁶⁶² – L'unité notionnelle de l'acte juridique prospectif doit permettre l'élaboration d'un régime juridique unitaire caractéristique de l'imperfection. Diverses questions peuvent en effet se poser quant à cet acte imparfait, à la fois définitivement formé, mais dont l'opération ne s'est pas encore réalisée. Elles peuvent être regroupées selon deux axes. On peut tout d'abord s'interroger sur les modalités de formation de l'acte : celle-ci subit-elle l'influence d'une discordance entre la formation et la perfection ? On pourrait en effet imaginer que l'acte, parce qu'il ne réalisera peut-être pas l'opération projetée, peut supporter une certaine incomplétude. Nous allons voir qu'il n'en est rien parce que l'acte doit être *apte* à réaliser l'opération projetée dès sa formation. Son auteur a en effet consenti à le former à cette condition. Si l'acte ne réalise pas instantanément sa finalité, on ne saurait donc admettre qu'il soit incomplet et que son ou ses auteurs émettent une volonté fragile ou incomplète¹⁶⁶³. On peut ensuite s'interroger sur les conséquences attachées à l'acte durant cette période d'imperfection : produit-il d'ores et déjà des effets de droit ? Nous avons vu en effet que les actes juridiques avaient généralement pour propriété commune de réaliser immédiatement leur finalité. Lorsque ce n'est pas le cas, on peut légitimement penser que l'acte ne produit strictement aucun effet. Il convient pourtant de voir que l'acte donne tout de même naissance à une *situation juridique* dont la consistance et la durée doivent être précisées.

554. Plan – La réglementation de chacun des actes juridiques imparfaits révèle donc l'existence d'un régime juridique commun. Ce dernier repose doublement sur l'exigence d'aptitude à réaliser l'opération juridique (Section 1) et sur la naissance d'une situation juridique antérieure à la perfection éventuelle (Section 2).

¹⁶⁶² BERGEL (J.-L.), « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, 255 ; ROUVIÈRE (F.), « Le revers du principe "différence de nature (égale) différence de régime" », *Mél. Bergel*, Bruylant, 2013, p. 415.

¹⁶⁶³ En cela, l'acte prospectif se distingue de l'acte performatif au sein duquel il existe un droit de repentir et dont la formation définitive advient malgré la fragilité présumée de la volonté, v. *supra*, n° 180 et s.

Section 1

L'aptitude de l'acte à réaliser l'opération juridique

555. Aptitude – L'acte prospectif ayant vocation à réaliser une opération précise dans le futur, il doit être apte à la réaliser dès le moment de sa formation. On dit en effet d'une chose ou d'une personne qu'elle est « apte », lorsqu'elle a « vocation à »¹⁶⁶⁴. Cette aptitude s'apprécie donc nécessairement au moment de la formation de l'acte, à partir de ses qualités intrinsèques. Elle ne dépend nullement, en revanche, de la condition de perfection qui fait évidemment défaut au moment où l'acte se forme, et dont nous aurons l'occasion de détailler l'identité ultérieurement¹⁶⁶⁵. Pour être apte à réaliser sa finalité, l'acte prospectif doit satisfaire à une double exigence bien connue dans le domaine de l'offre contractuelle, où l'on dit traditionnellement que la volonté de l'offrant doit être ferme et précise¹⁶⁶⁶. Il s'agit selon des auteurs d'un véritable « impératif constitutif »¹⁶⁶⁷, directement lié à l'opération juridique que l'offre a vocation à réaliser¹⁶⁶⁸. Cet impératif dans la constitution de l'offre atteint en réalité l'ensemble des actes étudiés ici, à raison de leur nature prospective. Devant être aptes à réaliser leur finalité, ils doivent satisfaire cumulativement à une exigence de fermeté (§1) et de précision (§2).

§1 - LA FERMETÉ DE LA VOLONTÉ

556. Intention et consentement à l'opération – Quand bien même l'acte prospectif ne réalise pas immédiatement l'opération juridique recherchée, il est nécessaire que son auteur ait d'ores et déjà exprimé une volonté ferme de la réaliser. Il s'agit de la première condition tenant à l'aptitude de l'acte. Elle se décline en deux sous conditions : l'auteur de l'acte doit tout d'abord avoir l'intention de réaliser l'opération finale (A). Il doit ensuite, s'agissant plus spécifiquement de l'offre et de la promesse, avoir la possibilité de donner un consentement par avance (B).

A - L'intention de réaliser l'opération

557. Contrôle de l'intention – Contrairement à ce qu'on pourrait penser au premier abord, l'acte imparfait ne repose pas sur une volonté affaiblie. Bien au contraire, sa fonction prospective lui impose de

¹⁶⁶⁴ En droit, l'aptitude d'un acte correspond plus précisément à une « vocation juridique », Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., « Apté », « Aptitude ».

¹⁶⁶⁵ V. *infra*, n° 654.

¹⁶⁶⁶ CHÉNEDÉ (F.) (dir.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats – Consolidations, innovations, perspectives*, Dalloz référence, 2^{ème} éd. 2018, n° 122.101.

¹⁶⁶⁷ DESHAYES (O.), GENICON (Th.), LAITHIER (Y.-M.), op. cit., p. 117.

¹⁶⁶⁸ Aubert évoquait des « éléments tenant au but poursuivi par l'offre », AUBERT (J.-L.), th. préc. p. 57.

s'appuyer sur une ferme intention de son auteur de réaliser l'opération (1). Faute d'obéir à cette exigence, l'acte encourt une disqualification (2).

1 - Une exigence liée à la nature prospective de l'acte

558. Fermeté de la volonté et nature prospective de l'acte – Pour se former, l'acte prospectif doit recueillir l'assentiment définitif de son ou de ses auteurs pour la réalisation future de l'opération juridique. En ce sens, nous avons déjà vu que la formation de la promesse imposait *a minima* la présence d'un engagement du promettant à la réalisation de l'opération promise. À défaut d'un tel engagement, la qualification de promesse est discutable : on se trouve face à un accord de principe ou à un pacte de préférence, voire, face à un simple projet d'acte¹⁶⁶⁹. S'agissant du contrat de mariage, qui est un acte solennel, le notaire intervient lors de la formation de l'acte pour informer ses clients quant à ses effets, afin de s'assurer que l'auteur de l'acte recherche bien leur production, même si l'acte n'a pas vocation à produire effet immédiatement¹⁶⁷⁰. Là encore, à défaut d'intervention du notaire, la qualification de contrat de mariage est discutable. Chacun de ces actes est donc le témoin de l'imbrication qui existe entre sa nature prospective et la nécessaire fermeté de la volonté de l'auteur de réaliser l'opération. Il convient de nous attarder davantage sur ce phénomène s'agissant de l'offre et du testament, où la fermeté de l'intention correspond à une véritable exigence *qualificative*.

559. Fermeté de la volonté du testateur – Pour se former, l'acte prospectif doit véhiculer une intention définitive de réaliser l'opération juridique. Dans cette optique, le formalisme testamentaire doit notamment garantir la correspondance entre les énonciations contenues dans l'acte et la volonté réelle de son auteur. Cette fonction de la forme a d'ailleurs justifié la critique dirigée à l'encontre du mouvement, aujourd'hui ralenti, de « désolennisation » du testament¹⁶⁷¹. Pour que la volonté du testateur soit fermement exprimée, il ne suffit toutefois pas qu'elle soit contenue dans un testament obéissant aux formes imposées par la loi¹⁶⁷². La volonté de tester doit en effet s'accompagner d'une véritable volonté de léguer les biens et droits, du moins si le testament comprend des legs. Déterminante de la qualification de legs, cette exigence découle directement de la distinction existant entre le consentement à l'acte et l'intention libérale constitutive de la

¹⁶⁶⁹ V. *supra*, n° 289 et n° 519.

¹⁶⁷⁰ Sur le devoir de conseil du notaire, v. not. CHANTEPIE (G.), « L'efficacité attendue du contrat », *RDC* 2010/1, p. 347 ; AYNÈS (L.) (dir.), *L'authenticité*, La documentation française, 2013. Pour une application récente de ce devoir au contrat de mariage : Civ. 1^{ère} 3 octobre 2018, n° 16-19.619, Publié au Bulletin ; *D.* 2018, 2474, note Rousseau ; *AJ fam.* 2018, 621, obs. Hilt ; *RTD Civ.* 2018. 957, obs. Vareille ; *Dr. fam.* 2018, 278, note Torricelli-Chrifi.

¹⁶⁷¹ MONTREDON (J.-F.), *La désolennisation des libéralités*, Bibl. de dr. privé, t. 209, LGDJ, 1989.

¹⁶⁷² Selon Josserand, on commettrait une pétition de principe en énonçant qu'il importe avant tout « de faire sortir effet aux dernières volontés du testateur et que la forme à laquelle il a eu recours n'a qu'une importance secondaire ». JOSSERAND (L.), « La « désolennisation » du testament », *DH.* 1932, p. 73. En réalité, la forme incarne la volonté, dont elle est indissociable : NICOD (M.), th. préc., §169 et s. ; BAHUREL (Ch.), th. préc., §552.

libéralité¹⁶⁷³. Suivant cette même logique, le testament-partage doit nécessairement comporter une volonté d'allotir¹⁶⁷⁴.

560. Fermeté de la volonté de l'offrant – Pour que l'on soit face à une offre de contrat, il faut pareillement que la volonté de conclure soit ferme. C'est ainsi qu'il faut comprendre la formule de l'art. 1114 du code civil lorsqu'il énonce que l'offre « *exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation* ». La Cour de cassation a d'ailleurs rappelé de nombreuses fois qu'« *une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle implique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation* »¹⁶⁷⁵. Cette exigence se comprend par rapport à la finalité de l'offre : ayant vocation à former un contrat sans que l'auteur n'ait à réitérer sa volonté, il faut qu'elle contienne déjà en puissance son consentement au contrat. Aubert précisait en ce sens que « dans tous les cas, ce qui est essentiel, c'est que l'offre soit véritablement prête à former le contrat, c'est-à-dire que celui-ci n'ait pas besoin d'une expression supplémentaire de l'intention des parties »¹⁶⁷⁶. Même si l'offrant n'est pas le maître des effets attachés à l'offre, dans la mesure où le législateur prévoit que l'acceptation formera le contrat, il doit ainsi en rechercher cet effet¹⁶⁷⁷. L'exigence de fermeté peut être satisfaite quel que soit le mode d'extériorisation de l'offre. La manifestation de volonté sur laquelle l'offre repose peut donc aussi bien être un écrit ou une parole, autrement dit une offre expresse, qu'un comportement, autrement dit une offre tacite¹⁶⁷⁸. La démonstration de la volonté d'être lié en cas d'acceptation demande toutefois un examen plus attentif dans la seconde hypothèse, l'offre tacite devant en effet être non équivoque, c'est-à-dire insusceptible d'interprétation. Il faut que le comportement adopté par l'offrant prétendu manifeste une volonté claire d'offrir un contrat. La jurisprudence a progressivement identifié plusieurs types d'offres tacites. On considère ainsi que le locataire qui se maintient dans les lieux après la date de fin du bail d'habitation offre la reconduction de ce bail¹⁶⁷⁹, ou encore que le chauffeur de taxi qui attend à la station de taxis se place en situation « d'offre permanente »¹⁶⁸⁰.

¹⁶⁷³ « On n'a pas voulu seulement un acte qui a pour résultat de vous appauvrir. On a voulu – directement et en soi, cet appauvrissement lui-même », FLOUR (J.), SOULEAU (H.), *Droit civil, Les libéralités*, t. 1, A. Colin, 1988, §42.

¹⁶⁷⁴ Civ. 1^{ère} 5 décembre 1978, n° 77-12.330, *Bull. Civ. I*, n° 376 – Civ. 1^{ère} 13 avril 2022, n° 20-17.199, Publié au Bulletin ; *Dr. fam.* 2022, n° 7-8, comm. 126, M. Nicod ; *Defrénois* 2022, n° 46, p. 46, obs. B. Vareille ; *Gaz. Pal.* 2022, n° 24, p. 65, obs. E. Bonboire-Barthélémy et n° 26, p. 57, obs. M. Gayet ; *D.* 2022, 2063, obs. S. Godechot-Patris ; *JCP N* 2023, n° 18, p. 1083, obs. R. Le Guidec.

¹⁶⁷⁵ Com. 25 septembre 2012, n° 11-23.319, Inédit. V. égal. : Civ. 3^{ème} 7 juillet 2015, n° 14-20.536, Inédit – Com. 6 mars 1990, n° 88-12.477, *Bull. Civ. IV*, n° 74 – Civ. 3^{ème} 13 juin 1972, n° 71-11.455, *Bull. Civ. III*, n° 392 – Civ. 3^{ème} 28 novembre 1968, n° 67-10.935, *Bull. Civ. III*, n° 507.

¹⁶⁷⁶ AUBERT (J.-L.), th. préc., §62.

¹⁶⁷⁷ CHAABAN (R.), th. préc., §261 : « Cet effet déclencheur de l'offre est incontestablement voulu. Il existe dès et à travers la révélation de l'offre ».

¹⁶⁷⁸ Le droit commercial déroge à ce principe : en ce domaine la proposition doit expressément énoncer la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation pour revêtir la qualification d'offre (Com. 6 mars 1990, n° 88-12.477).

¹⁶⁷⁹ Le Code civil consacre expressément cette solution à l'article 1738 : « Si, à l'expiration des baux écrits, le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par l'article relatif aux locations faites sans écrit ». On remarque qu'ici c'est le contrat lui-même qui est tacite car l'offre (le fait de demeurer dans les lieux) et l'acceptation (le fait de ne pas s'y opposer) sont toutes deux tacites.

¹⁶⁸⁰ Civ. 1^{ère} 2 décembre 1969, n° 68-12.439, *Bull. Civ. I*, n° 381.

561. Dans chacune de ces hypothèses, la fermeté de la volonté est intimement liée à la qualification de l'acte, à raison de sa nature prospective. À défaut de fermeté, l'acte encourt donc une disqualification.

2 - Un risque de disqualification de l'acte

562. Disqualification de l'offre – L'offre devant obéir à une exigence de fermeté, elle est disqualifiée en simple proposition de négocier à défaut¹⁶⁸¹. Elle perd évidemment sa fermeté si l'auteur indique dans sa proposition qu'il ne sera pas tenu en cas d'acceptation, ce qui s'apparente à un droit de rétractation¹⁶⁸². L'offre perd également sa fermeté si l'offrant prétendu s'est lui-même placé dans la situation d'un acceptant potentiel : soit parce qu'il a prévu une réserve d'acceptation, soit parce qu'il a prévu une réserve d'autorisation par un de ses organes (dans le cas où l'offrant est une personne morale).

563. La réserve d'acceptation – L'offrant n'est pas nécessairement celui qui fait le premier pas en vue de la conclusion du contrat, mais celui qui, le premier, manifeste sa volonté d'être lié en cas d'acceptation. N'est donc pas « offrant » celui qui propose un contrat et précise qu'il se réserve le droit d'accepter le contrat. En réalité, il se place lui-même dans la position d'un acceptant potentiel. Cette situation est caractéristique de l'appel d'offres, où l'appelant n'est pas un offrant, mais un acceptant potentiel. Elle est également caractéristique de la vente aux enchères, où l'adjudicateur ne fait qu'accepter les offres formulées par les enchérisseurs après qu'un prix de départ ait été fixé comme base des négociations. On la retrouve également en matière commerciale lorsque le vendeur potentiel met des bons de commande à disposition de ses clients, qui sont en réalité des formulaires leur permettant d'émettre des offres qu'il doit encore accepter pour qu'un contrat se forme. La qualification d'offre de contrat tombe d'autant plus facilement que la fermeté de l'offre n'est pas présumée en ce domaine. Dans une affaire bien connue¹⁶⁸³, la Cour de cassation a ainsi rejeté la qualification d'offre parce que le vendeur précisait dans les conditions générales que « *ses offres ne devenaient définitives et ne constituaient un engagement qu'après ratification de sa part, et que toute commande ne serait considérée comme ferme qu'après acceptation par elle* ». On voit toute l'ambiguïté qui se dégage d'une telle formule, le vendeur étant qualifié à la fois d'offrant et d'acceptant. Dès lors qu'une acceptation de la part de celui qui émet le bon de commande est nécessaire à

¹⁶⁸¹ L'art. 1114 c. civ. précise *in fine* qu'à défaut de fermeté et de précision de l'offre, « *il y a seulement invitation à entrer en négociation* ». Il s'agit d'une démonstration supplémentaire de ce qu'elle est un acte juridique unilatéral et non une simple déclaration en vue du contrat. Nous avons en effet pu remarquer que le fait juridique est une catégorie résiduelle par rapport à l'acte juridique. Or, les rapports entre la proposition de négocier et l'offre de contrat obéissent à une telle répartition. En ce sens : DUPRÉ (M.), « L'offre et le mystère de l'acte unilatéral », art. préc.

¹⁶⁸² L'offre avec réserve est ainsi définie comme une « offre assortie d'une faculté de rétractation » (CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadriga, 13^{ème} éd. 2020, « Réserve (offre avec) »).

¹⁶⁸³ Com. 6 mars 1990, n° 88-12.477, *Bull. Civ. IV*, n° 74. Déjà en ce sens : Civ. 1^{ère} 27 avril 1963, *Bull. Civ. I*, n° 225 – Com. 8 décembre 1964, *Bull. Civ. IV*, n° 546.

la formation du contrat, il ne s'agit pas d'une offre, faute de fermeté. Il s'agit d'une simple invitation à formuler une offre¹⁶⁸⁴. C'est la raison pour laquelle on peut saluer la modification apportée par la loi du 14 mars 2016 aux textes portant sur la conclusion d'un contrat de crédit¹⁶⁸⁵. Celle-ci reposait autrefois sur l'émission d'une « offre préalable » par le prêteur, les articles L. 311-15 et L. 311-16 du code de la consommation invitant à distinguer entre l'offre préalable qui « *ne comporte aucune clause selon laquelle le prêteur se réserve le droit d'agréer la personne de l'emprunteur* », et celle qui « *stipule que le prêteur se réserve le droit d'agréer la personne de l'emprunteur* ». Une distinction devait être faite entre l'offre ferme et l'offre non ferme, ce qui avait pour conséquence de faire varier la date de formation du contrat. Si l'offre était ferme, le contrat était formé au moment de l'acceptation par l'emprunteur. Si elle ne l'était pas, le contrat était formé au moment de l'agrément par le prêteur, qui se retrouvait finalement dans la position d'un acceptant. Cette interversion des rôles d'offrant et d'acceptant nuisait à l'intelligibilité du droit dans une matière où la simplicité devrait être de mise pour assurer la protection des parties faibles, d'autant que les positions d'offrant et d'acceptant peuvent encore s'inverser si l'agrément parvient tardivement à l'emprunteur. Dans ce cas le prêteur retrouvait en effet la possibilité d'accepter la proposition qui, en définitive, était devenue une offre du fait de l'agrément¹⁶⁸⁶. Désormais on y voit plus simplement un contrat imparfait, du fait de l'institution d'un droit d'agrément¹⁶⁸⁷.

564. La réserve d'autorisation – Il n'y a pas d'offre non plus, à défaut de fermeté, lorsque l'offrant supposé n'a pas le pouvoir de formuler une offre et soumet son caractère définitif à une autorisation. Cette situation se rencontre fréquemment lorsque la proposition émane de l'organe d'une personne morale qui n'est pas apte à conclure seul le contrat offert. Conscient que la validité de l'offre dépend d'une autorisation, son auteur dénie lui-même toute fermeté à sa proposition en informant le destinataire qu'elle reste soumise à une autorisation. En émettant une telle réserve, il ôte par là même la qualification d'offre à sa proposition, car le consentement est « réservé »¹⁶⁸⁸. Néanmoins une telle réserve pose question lorsque l'autorisation n'est pas imposée pour la validité du contrat projeté. La jurisprudence semble voir cette pratique d'un mauvais œil et retenir la qualification d'offre en dépit d'une telle réserve. Dans un arrêt déjà évoqué, la Cour de cassation a ainsi qualifié d'offre de contrat une « proposition foncière » très détaillée qui précisait toutefois qu'il ne pourrait lui être donné suite qu'après validation d'un comité d'engagement foncier. La solution s'explique semble-t-il par la forte précision de l'offre ainsi que par la simple vocation consultative

¹⁶⁸⁴ Aussi la cour d'appel s'égare en considérant que la clause d'agrément issue des conditions générales « constituait une condition suspensive stipulée au bénéfice du seul vendeur qui n'autorisait pas l'acheteur à revenir sur une vente parfaite par accord des parties sur la chose et sur le prix ».

¹⁶⁸⁵ Désormais, l'art. L. 312-24 c. conso. suspend exceptionnellement la perfection du contrat malgré sa formation. Ce qui n'était qu'une « offre préalable » de l'emprunteur est désormais un contrat imparfait. V. *supra*, n° 181 et s.

¹⁶⁸⁶ Sur cette ultime interversion des rôles d'offrant et d'acceptant, et le déplacement du moment de formation du contrat : Civ. 1^{ère} 7 novembre 2006, n° 04-12.354, *Bull. Civ. I*, n° 465 ; *RTD Com.* 2007. 436, B. Bouloc ; *RTD Com.* 2007. 212, D. Legeais.

¹⁶⁸⁷ V. *supra*, n° 185.

¹⁶⁸⁸ La solution a été retenue lorsque l'autorisation de l'assemblée générale des copropriétaires était requise pour la vente d'un bien en copropriété : Civ. 3^{ème} 9 juillet 2013, n° 12-19.134, Inédit.

du comité¹⁶⁸⁹. Reste que la solution est contestable. D'une part, la précision et la fermeté sont deux critères cumulatifs, de sorte qu'on ne saurait déduire la fermeté d'une proposition de sa précision. D'autre part, l'auteur avait expressément réservé son consentement à l'autorisation d'un de ses organes. En clair, il n'entendait pas être lié par la simple acceptation, ce qui devrait conduire à écarter la qualification d'offre. Si elle est retenue malgré tout, c'est sans doute pour sanctionner une position de déloyauté intelligemment construite par le promoteur immobilier, qui avait volontairement dénié sa fermeté à la proposition, afin d'éviter tout risque de sanction consécutive à la révocation¹⁶⁹⁰. S'agissant d'une simple proposition de contracter, elle était en effet librement rétractable. Dès lors on comprend que la Cour de cassation ait entendu sanctionner le retrait quasi discrétionnaire de la proposition par le promoteur. Mais ne le pouvait-elle pas autrement que par la qualification d'offre ? La précision de la proposition, à défaut de compenser le défaut de fermeté de l'offre, pouvait très bien témoigner de l'avancée très importante des négociations. Or, la jurisprudence prend généralement en compte l'avancée des négociations ainsi que leur durée pour caractériser une rupture fautive des négociations et apprécier sa gravité, ce qui conditionne directement le montant de la réparation consécutive¹⁶⁹¹. De plus, il semble que la jurisprudence tende à requérir un motif justifiant la rupture des pourparlers lorsque ceux-ci sont particulièrement avancés¹⁶⁹². Par conséquent, la rupture de celles-ci au simple motif que le comité d'engagement foncier n'avait pas validé la vente aurait pu être qualifiée de rupture abusive des négociations par le promoteur et donner lieu à un dédommagement équivalent¹⁶⁹³. Ce détour par la rupture abusive des négociations aurait évité de qualifier abusivement cette proposition non ferme d'offre de contrat.

565. Effectivité de la réserve – En toute hypothèse, il convient de noter que l'effectivité de la réserve dépend directement du mode d'extériorisation de l'offre. Si l'offre est tacite, le moindre doute quant à la volonté d'offrir suffit à faire perdre à l'offre sa fermeté, car elle devient par là même équivoque. En revanche, si l'offre est expresse et qu'elle exprime clairement la volonté d'offrir de son auteur, la réserve

¹⁶⁸⁹ BARBIER (H.), « Des offres parfois peu orthodoxes, mais fermes », *RTD civ.* 2015. 864, note sous Civ. 3^{ème} 7 juillet 2015, n° 14-20.536. L'offre détaillait « *le terrain concerné, le prix proposé, les conditions suspensives, les conditions particulières, la prorogation du délai de la promesse de vente en cas de recours sur le permis de construire, le planning prévisionnel, l'indemnité d'immobilisation et la durée de validité de l'offre fixée à trois mois* ».

¹⁶⁹⁰ Sur le caractère fautif de la révocation, v. *infra*, n° 638.

¹⁶⁹¹ Sur la prise en compte de l'avancement des négociations pour la caractérisation de la faute, v. : Com. 11 juillet 2000, n° 97-18.275, Inédit.

¹⁶⁹² Sur la prise en compte des motifs pour la caractérisation de la faute : Com. 7 avril 1998, n° 95-20.361, Inédit ; D. 1999, 514, note Chauvel ; *JCP E* 1999, 579, note Schmidt-Szalewski – Com. 11 juillet 2000, n° 97-18.275, inédit – Civ. 1^{ère} 25 juin 2002, n° 00-17.048, Inédit – Civ. 3^{ème} 27 mai 2003, n° 01-15.099, Inédit – Com. 18 janvier 2011, n° 09-14.617, Inédit.

¹⁶⁹³ L'art. 1112 c. civ. prévoit que la rupture des négociations doit satisfaire aux exigences de bonne foi et que toute faute commise ouvre un droit à réparation du préjudice qui en résulte. À cet égard la jurisprudence retient que si la rupture est libre, c'est « *l'abus dans l'exercice du droit de rompre les pourparlers* » qui peut donner lieu à indemnisation, en ce sens, Com. 16 février 2016, n° 13-28.448, Inédit.

peut être admise à la condition d'être également expresse¹⁶⁹⁴. Dans le cas contraire, l'offrant s'expose à la formation d'un contrat par suite d'une acceptation¹⁶⁹⁵.

566. Disqualification des opérations testamentaires – La forme du testament est si intimement liée à sa qualification que le non-respect des formes testamentaires fait généralement obstacle à son existence même. Le caractère « automatique » de la nullité encourue par l'acte en cas de non-respect du formalisme indique en effet que le testament est plus fondamentalement inexistant. La Cour de cassation entretient d'ailleurs le doute – nullité ou inexistance ? – du fait d'incertitudes terminologiques¹⁶⁹⁶. On remarque également que la déontologie notariale impose au notaire de refuser de recevoir un testament lorsqu'il lui semble que le testateur n'est pas en capacité de tester. C'est bien un obstacle à la formation de l'acte qui est ici dressé. Cette intuition se trouve renforcée par l'impossibilité de prouver l'intention du testateur si le testament est irrégulier, un doute pesant sur sa fiabilité¹⁶⁹⁷. Moins intensément, l'absence d'une volonté de léguer entraîne la disqualification du legs contenu dans le testament. Comme nous l'avons vu, l'identification d'un legs dépend en effet de l'existence d'une volonté de léguer. Si une telle volonté ne peut pas être identifiée, l'opération encourt donc une disqualification. En matière testamentaire il est ainsi fréquent d'identifier de simples « legs précatifs » par lesquels le testateur indique sa volonté sans l'imposer. Si le testateur a exprimé de simples souhaits, lesquels sont *a priori* dépourvus de caractère contraignant, la qualification de testament demeure, car ce dernier n'a pas nécessairement à contenir des legs¹⁶⁹⁸ ; néanmoins l'opération de legs n'apparaît plus dans son contenu. La même disqualification est encourue par le testament, prétendument qualifié de « testament-partage », s'il ne repose pas sur la volonté du testateur de procéder à un véritable partage de ses biens et droits. Dans le cas contraire, le testament-partage est disqualifié¹⁶⁹⁹. La volonté de procéder à un partage devra donc être clairement exprimée pour que la qualification de libéralité-partage soit retenue (la forme notariée pouvant être recommandée pour cette raison). Les juges du fond ont d'ailleurs tendance, en vertu de leur pouvoir souverain d'appréciation, à identifier un testament comportant des legs là où il pourrait y avoir en réalité une volonté de procéder à un partage des biens¹⁷⁰⁰. Le caractère exprès de la volonté sera d'autant plus nécessaire si le testateur a également augmenté la part successorale dévolue à un de ses héritiers, les juges ayant tendance à y voir une simple opération dévolutive, alors que

¹⁶⁹⁴ Civ. 1^{ère} 1 juillet 1998, n° 96-20.605, *Bull. Civ. III*, n° 153. Dans cette affaire la cour d'appel avait jugé que la Commune, émettrice de l'offre, avait assorti l'offre d'une réserve dès lors qu'elle « avait loti et mis en vente dans le but de fixer sur son territoire de nouveaux habitants et que cette considération sur les qualités requises pour contracter étant connue (des acceptants) ». D'après la cour d'appel l'acceptation était donc sans effet car les acceptants n'étaient pas de nouveaux habitants. La Cour de cassation casse l'arrêt au motif que « l'offre publique de vente ne comportait aucune restriction », la réserve n'ayant pas été expressément émise dans l'offre.

¹⁶⁹⁵ Civ. 3^{ème} 2 mai 1978, *D.* 1979, 315, M. Schmidt-Szalevski ; *JCP* 1980, II, 19465, M. Fieschi-Vivet.

¹⁶⁹⁶ Civ. 1^{ère} 31 mars 2016, n° 15-17.039, Publié au Bulletin ; *RTD civ.* 2016. 428, obs. M. Grimaldi ; *RDC* 2016/4, p. 712, obs. S. Gaudemet

¹⁶⁹⁷ BAHUREL (Ch.), th. préc., §556 ; GRIMALDI (M.), *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.*, n° 1376.

¹⁶⁹⁸ V. *supra*, n° 531.

¹⁶⁹⁹ Civ. 1^{ère} 13 avril 2022, n° 20-17.199, Publié au Bulletin.

¹⁷⁰⁰ NICOD (M.), « Les perspectives actuelles du testament-partage », *JCP N*, 2014, n° 1186, spéc. §3 et s.

le testateur peut avoir eu la volonté de réaliser une opération hybride, à la fois de partage et de dévolution¹⁷⁰¹.

567. L'acte prospectif exprime ainsi, dès sa formation, l'intention ferme de son auteur de réaliser l'opération juridique finale. À défaut, l'acte encourt la disqualification, lorsque cette méconnaissance ne l'empêche pas plus fondamentalement de se former. Cette condition s'ajoute, s'agissant de l'offre et de la promesse, à une exigence tenant à la nature contractuelle de l'opération juridique finale : il faut s'assurer que l'auteur a pu consentir par avance à l'opération. Cela pose la question des offres et des promesses de « contrats formels ».

B - La possibilité de consentir par avance

568. Contrôle du consentement – L'offre a pour finalité la formation d'un contrat. Aussi la question se pose de savoir si elle peut porter sur un contrat réel ou formel (1). La question s'étend également à la promesse, une fois admis qu'elle n'est pas distincte d'un « contrat définitif » (2).

1 - Le problème de l'offre de contrat formel

569. Offre et contrat formel – L'offre devant être ferme, il apparaît rapidement que la formation d'un contrat par la rencontre d'une offre et d'une acceptation est un procédé réservé au contrat consensuel. Le recours à l'offre est par exemple possible pour la formation du contrat de vente, l'art. 1583 du code civil énonçant que l'accord sur la chose et le prix suffit à former la vente : la simple acceptation de l'offre d'achat ou de vente suffit à former le contrat de vente¹⁷⁰². À l'inverse, ce procédé de formation du contrat semble inenvisageable pour le contrat auquel on impose des formes particulières : c'est le cas des contrats réels et des contrats solennels. Pourtant certains auteurs estiment que les contrats réel ou solennel peuvent se former au moyen d'une offre et d'une acceptation dans la mesure où « la remise ou la formalité s'ajoute au consentement et ne se substitue pas à lui »¹⁷⁰³. Cette description du processus de formation du contrat par la rencontre de l'offre et de l'acceptation est contestable à double titre. Tout d'abord, parce que l'acceptation de l'offre suffit en principe à former le contrat. L'art. 1119 du code civil énonce en effet que « *le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant* ». Dire que la remise de la chose ou le respect de la solennité doit encore s'y ajouter signifie au contraire que l'acceptation de l'offre n'était pas suffisante pour

¹⁷⁰¹ En ce sens, rejetant la qualification de testament-partage au motif que le testateur a augmenté la part successorale : Civ. 1^{ère} 4 juin 2019, n° 08-13.801, Inédit.

¹⁷⁰² Civ. 3^{ème} 12 novembre 2015, n° 14-17.790, Inédit.

¹⁷⁰³ *JurisClasseur Civil Code*, Contrat, « Formation du contrat – Offre et acceptation », Art. 1113 à 1122, B. PETIT et S. ROUXEL, §3.

former le contrat. Ensuite, parce que cette conception repose sur une confusion entre le consentement entendu comme condition de validité et évidemment requis pour tout acte juridique, et la manifestation de volonté qui peut se voir imposer des formes absolument nécessaires pour la formation de l'acte. Lorsqu'une forme est imposée pour la formation du contrat, l'offre et l'acceptation ne peuvent donc suffire à le former. La fermeté de l'offre trouve donc ses limites face aux contrats qui n'obéissent pas au consensualisme, compris comme le principe de liberté des formes de la manifestation de volonté¹⁷⁰⁴. En somme, elle n'est pas une offre véritable. Néanmoins il faut faire une distinction entre l'offre de contrat réel et l'offre de contrat solennel : les premiers se *forment* par la remise de la chose, les seconds voient simplement leur *validité* subordonnée au respect de certaines formes.

570. L'impossible offre de contrat réel – Si le contrat envisagé est un contrat réel, le mécanisme de l'offre est complètement proscrit parce que la remise de la chose est le mode de *formation* imposé par la loi. Comme nous l'avons vu, si le contrat est qualifié de « contrat réel », c'est parce que la remise de la chose est le seul procédé apte à exprimer la volonté de conclure le contrat : la remise de la chose ne s'ajoute nullement à l'expression de volonté, elle *est* le mode d'expression de la volonté¹⁷⁰⁵. Cela signifie que le contrat doit former par la remise de la chose et ne saurait se former *via* un autre procédé. Par conséquent, l'efficacité de l'offre devant rendre inutile toute réitération de volonté pour la formation du contrat, l'émission d'une offre de contrat réel paraît être un procédé impossible. On pourrait néanmoins être tenté d'assimiler la remise de la chose à une rencontre de l'offre et de l'acceptation. Remettre un bien à quelqu'un sous-tend en effet un double mouvement de délivrance et de réception dans lequel on pourrait être tenté de voir une rencontre entre l'offre et l'acceptation¹⁷⁰⁶. Il s'agirait toutefois d'une offre et d'une acceptation tout à fait particulière, car ne disposant d'aucune autonomie temporelle ou matérielle. Trois remarques permettent d'éprouver cette idée. Tout d'abord, la remise d'une chose suppose une délivrance et une réception concomitantes, ce qui s'oppose au caractère successif traditionnel de l'offre et de l'acceptation. Ensuite, cette même concomitance fait obstacle à la possibilité pour leurs auteurs de les révoquer pour la bonne et simple raison que le contrat s'est formé dans le même temps. Or, nous verrons que l'offre est en toute hypothèse révocable par son auteur avant toute acceptation¹⁷⁰⁷. Enfin, l'offre que l'on prétend identifier ici ne peut jamais être une offre verbale, ce qui s'oppose au principe de liberté des formes de l'extériorisation de la volonté d'offrir. La remise de la chose imposée pour la formation du contrat éclipse donc le procédé de rencontre entre une offre et une acceptation. Cette solution est conforme à la logique déjà étudiée des contrats réels. La forme imposée, bien qu'elle paraisse archaïque, l'est parce qu'elle

¹⁷⁰⁴ Dans sa thèse consacrée à l'offre M. Aubert exclut d'ailleurs tout développement relatif à l'offre de contrat réel et note que « l'analyse de l'accord des volontés propre à donner naissance au contrat, en une offre suivie d'une acceptation, (qui) s'applique à tous les contrats consensuels... », AUBERT (J.-L.), th. préc., §IV.

¹⁷⁰⁵ V. *supra*, n° 207.

¹⁷⁰⁶ M. Lagarde évoque un procédé de « dessaisine-saisine », LAGARDE (X.), « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du code civil », *RTD Civ.* 1997. 25, §8.

¹⁷⁰⁷ V. *infra*, n° 629 et s.

protège efficacement la volonté du déposant. Pour vouloir conclure le contrat, il faut donc l'avoir déjà conclu. Bien au contraire, l'offre de contrat permet de projeter la conclusion d'un contrat. Ces deux logiques sont incompatibles.

571. La possible offre de contrat solennel – Le Code civil ne pose aucune exigence de forme pour la validité de l'offre. On peut toutefois se demander si l'absence de formalisme imposé à l'offre vaut en toute hypothèse, notamment lorsque le contrat offert est un contrat solennel, c'est-à-dire lorsque sa validité est subordonnée au respect de certaines formes. Un tel contrat peut-il être conclu par le procédé de rencontre entre l'offre et l'acceptation ? Deux chemins peuvent être suivis. On peut tout d'abord penser que la forme imposée au contrat doit être respectée dans l'offre et qu'à défaut, l'offre est inapte à former le contrat. La solennité du contrat ferait obstacle à sa formation par le procédé de l'offre et de l'acceptation. Mais ce serait nier la distinction précédemment établie entre la formation et la validité des actes juridiques et cantonner l'efficacité de l'offre à la formation d'un contrat valable¹⁷⁰⁸. En effet, comme l'énonce l'art. 1109 al. 2 du code civil, « *le contrat est solennel lorsque sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi* ». C'est donc un autre principe de solution qui s'impose selon nous : la forme étant imposée pour la seule validité du contrat offert et non pour sa formation, l'offre peut tout à fait concourir à la formation du contrat sans respecter les formes requises pour sa validité. Par exemple, l'offre rédigée sous seing privé peut tout à fait former un contrat dont la validité est soumise à la rédaction d'un acte authentique. Le contrat issu de l'acceptation de cette offre est évidemment invalide. Néanmoins, seul le contrat encourt l'annulation, l'offre ayant déjà épuisé son effet. Le contrat solennel peut donc être formé par le procédé de l'offre et de l'acceptation, mais pour qu'il soit valable, il faut que l'offre ait satisfait aux conditions de forme imposées au contrat. Une difficulté majeure réside alors dans l'identification, au sein des règles formalistes, de celles qui sont imposées par le législateur dans le but de protéger le consentement des parties et plus particulièrement de l'offrant. Celles-ci devront être remplies dès l'émission de l'offre afin qu'elle contienne valablement le consentement de l'offrant au contrat offert.

2 - Le problème de la promesse de contrat formel

572. Opération promise et caractère formel – La promesse ayant pour finalité une opération juridique prédéterminée, et non la conclusion d'un contrat définitif, cela doit nous inciter à réévaluer la question des promesses de contrats solennels et réels. Pour ce faire, il convient d'étudier distinctement la promesse de contrat réel, le caractère réel étant une condition de *formation*, et la promesse de contrat solennel, le caractère solennel étant une exigence de *validité*.

¹⁷⁰⁸ Sur la distinction entre la formation et la validité, v. *supra*, n° 374 et s.

573. La possible promesse de contrat solennel – Lorsque le législateur pose une exigence de solennité pour la validité d'un contrat, c'est souvent en considération des risques inhérents à l'opération contractuelle ou en considération de la position de faiblesse du contractant. En toute logique, cette volonté protectrice se retrouve de la même manière dans la promesse, le consentement à l'opération étant définitivement émis par les deux parties dès sa conclusion. Pour être valable, la promesse doit donc emprunter les mêmes formes que celles requises pour le contrat parfait à peine de nullité¹⁷⁰⁹. La promesse de vente d'immeuble à construire doit par exemple être conclue au moyen d'un acte authentique, s'agissant de la forme imposée à peine de nullité par l'art. L. 216-1 du code de la construction et de l'habitation. Une promesse de donation entre vifs est également envisageable¹⁷¹⁰. Pour être valable, elle doit toutefois être rédigée par acte authentique, s'agissant de la forme imposée à peine de nullité par l'art. 931 du code civil¹⁷¹¹. Enfin, on peut admettre qu'une promesse de sûreté réelle soit constituée. Dès 1860, la chambre des requêtes a en effet retenu qu'« *un débiteur peut s'engager par (un acte sous seing privé) à conférer une hypothèque* »¹⁷¹². Pour être valable, elle doit simplement emprunter les formes imposées par la loi pour la constitution de la sûreté. Bien que potentiellement valable, la promesse de sûreté réelle pose toutefois question quant à son efficacité. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question¹⁷¹³. Dans chacune de ces hypothèses, la promesse de contrat est envisageable. Pour qu'elle soit valable, elle doit simplement respecter le formalisme imposé en fonction de l'opération promise. Cette forme n'étant requise qu'à peine de nullité, sa méconnaissance ne fait pas obstacle à la formation de la promesse. Seule la pérennité du contrat se trouve menacée par une action en nullité, qui peut être exercée dès la conclusion de la promesse. Par ailleurs, il est exclu que l'accomplissement de la forme fasse l'objet d'une exécution forcée, ne s'agissant pas d'un fait d'exécution, mais d'une condition requise pour la validité de l'acte¹⁷¹⁴.

574. L'impossible promesse de contrat réel – S'il est tout à fait envisageable de conclure une promesse de contrat solennel, il est *a priori* impossible de conclure une promesse de contrat réel. Les parties ne peuvent en effet promettre de réaliser une opération portant sur la remise ou la restitution d'une chose qui

¹⁷⁰⁹ En ce sens : RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *op. cit.*, §59 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *op. cit.*, §202.

¹⁷¹⁰ L'*Offre de loi* élaborée sous l'égide de Carbonnier proposait d'ailleurs d'entériner légalement cette possibilité, par l'insertion d'un art. 936 énonçant que « *la promesse de donation est valable* », et d'un art. 937 al. 1^{er} précisant que « *la promesse est faite devant notaire en présence du bénéficiaire qui l'accepte en tant que promesse* ». CARBONNIER (J.), CATALA (P.), DE SAINT AFFRIQUE (J.), MORIN (G.), *Des libéralités, Une offre de loi*, Defrénois, 2003, p. 48.

¹⁷¹¹ Req. 23 mars 1870 ; *DP* 1870, 1, 327 – Civ. 1^{ère} 22 février 2017, n° 16-14.351, Publié au Bulletin ; *RTD civ.* 2017, 466, obs. M. Grimaldi ; *Dr. fam.* 2017, n° 5, comm. 104, M. Nicod ; *LEFP* 2017, n° 4, p. 7, obs. N. Pétroni-Maudière – Civ. 1^{ère} 17 octobre 2018, n° 17-22.021 et 17-26.573, Inédit ; *Dr. fam.* 2018, n° 1, comm. 14, M. Nicod ; *D.* 2019, 2216, obs. S. Godechot-Patris ; *LEFP* 2019, n° 11, p. 4, obs. A. Bateur.

¹⁷¹² Req. 5 novembre 1860 ; *D.* 1861, 1, p. 301 ; *S.* 1861, 1, p. 858. 520.

¹⁷¹³ *V. infra*, n° 690.

¹⁷¹⁴ Comme le remarque un auteur, l'accomplissement des conditions de forme n'est jamais un fait d'exécution dans la mesure où ces formes sont nécessaires pour la formation du contrat, lequel imposera lui-même l'exécution des obligations (PENIN (O.), *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, Contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, Bibl. de dr. privé, t. 535, LGDJ, 2012, §464 s.). Le propos de l'auteur doit toutefois être nuancé, ce dernier estimant que la condition de forme « ne fait que conditionner l'accès de l'accord à la normativité » (§467).

se trouve normalement consentie par *le fait même* de remettre la chose. En imposant la remise de la chose pour la formation du contrat, le législateur empêche par là même que l'on prenne un engagement *en vue de* la remise de la chose. Pour ainsi dire, l'engagement se traduira par la remise du bien ou ne vaudra rien. En somme, les arguments qui s'opposent à l'émission d'une offre de contrat réel sont les mêmes qui s'opposent à la conclusion d'une promesse de contrat réel. Logiquement, la Cour de cassation retient que la promesse de prêt ne peut jamais valoir le prêt, du moins lorsque le prêt est un contrat réel¹⁷¹⁵. Parce qu'il s'agit d'un contrat réel, la remise de la chose constitue « la seule voie offerte aux parties pour exprimer un consentement définitif »¹⁷¹⁶. Néanmoins, il convient de remarquer que lorsque les parties prétendent avoir conclu une promesse d'un contrat réel, la cour condamne malgré tout le promettant à dédommager son contractant. N'est-ce pas l'aveu que la promesse d'un contrat réel peut produire certains effets ? Selon nous c'est surtout l'aveu que l'accord intervenu ne mérite pas le qualificatif de promesse, ce qui expliquerait pourquoi les hauts magistrats se réfèrent à « *un manquement fautif à leur engagement de prêter les fonds* ». Le fondement de la réparation correspond plutôt à un engagement unilatéral, dont on sait qu'il ne permet pas en principe d'obliger son auteur. En allouant des dommages et intérêts, les hauts juges manifestent donc leur volonté de compenser un espoir déçu à défaut de pouvoir donner effet à l'engagement souscrit. Dans cette hypothèse, la force contraignante de l'engagement unilatéral de volonté ne repose pas sur la force de la volonté de son auteur, mais sur l'espérance légitime de son destinataire, qui a ici été trompé sur la teneur de l'engagement souscrit¹⁷¹⁷. On se trouve dans une des rares hypothèses où l'engagement unilatéral de volonté vaut à titre dérogatoire¹⁷¹⁸.

575. Conclusion du §1 – Bien qu'ils demeurent imparfaits, les actes prospectifs obéissent donc à une exigence de fermeté de la volonté pour leur formation. L'auteur de l'acte doit avoir l'intention de réaliser l'opération juridique et il doit d'ores et déjà y avoir consenti selon les formes imposées par la loi. À défaut, l'acte encoure une disqualification, ce qui démontre que son aptitude à réaliser sa finalité participe activement de sa qualification comme acte prospectif. Les conditions de validité obéissent toutefois à un statut différent : leur méconnaissance n'empêche pas l'acte de réaliser sa finalité, mais menace seulement la pérennité des effets à venir. En outre, l'acte prospectif ne peut tolérer une incomplétude de son contenu : sa formation doit s'appuyer sur une détermination précise de l'opération à réaliser.

¹⁷¹⁵ Civ. 1^{ère} 20 juillet 1981, n° 80-12.529, *Bull. civ. I*, n° 267 ; *Gaz. Pal* 1982, p. 83 J. Dupichot ; *RTD Civ.* 1982. 427, Ph. Rémy ; *Defrénois* 1982, p. 1085, J.-L. Aubert ; *GAJC Dalloz*, 11^{ème} éd., F. Terré et Y. Lequette, n° 283.

¹⁷¹⁶ JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif », *RTD Civ.* 1985. 1.

¹⁷¹⁷ En ce sens, bien que prenant pour exemple les loteries publicitaires : SÉRIAUX (A.), « L'engagement unilatéral en droit positif français actuel », art. préc., p. 7.

¹⁷¹⁸ Sur cette question, v. *supra*, n° 56.

§2 - LA PRÉCISION DE L'OPÉRATION

576. Un acte en « ordre de bataille » – La volonté de réaliser une opération juridique étant indissociable de sa détermination, l'auteur de l'acte prospectif doit également satisfaire à une exigence de précision de l'opération. La teneur de cette exigence peut faire l'objet d'une étude détaillée pour chacun des actes prospectifs : l'offre (1), le testament (2), la promesse (3) et le contrat de mariage (4).

1 - Précision de l'offre

577. Précision du contenu contractuel projeté – Vouloir conclure un contrat ne suffit pas à émettre une proposition ayant la valeur d'une offre contractuelle. L'offre doit donc être suffisamment précise pour qu'un simple « oui » suffise à former le contrat. Deux conséquences peuvent être tirées de cette exigence de précision. D'une part, la précision des *éléments essentiels* étant indispensable à la qualification d'offre, leur défaut entraîne la disqualification de l'offre en proposition d'entrer en pourparlers, inapte à former un contrat sur la base d'une acceptation. D'autre part, si le défaut de précision des éléments *non essentiels* n'empêche pas la qualification d'offre, il réduit toutefois le domaine de rencontre entre les volontés.

578. Éléments essentiels – L'art. 1114 du code civil prévoit que l'offre « *comprend les éléments essentiels du contrat envisagé* ». Introduite dans le Code civil par la réforme de 2016, cette exigence est la reprise d'une jurisprudence bien établie¹⁷¹⁹. Outre sa fermeté, l'offre doit donc être précise pour mériter cette qualification. À cet égard, il convient de remarquer que la formulation d'une offre tacite, admise à condition d'être non-équivoque, ne l'empêche pas nécessairement d'être précise. L'offre tacite parvient en effet à être précise soit parce que le comportement est annonciateur des conditions du contrat, c'est le cas lorsque le prix apparaît en vitrine, soit parce que des éléments extrinsèques permettent de l'établir, c'est le cas lorsque le contrat de bail est reconduit par le locataire qui se maintient dans les lieux. Cela étant, la détermination des éléments essentiels sur lesquels l'offrant doit se prononcer pour que la qualification d'offre soit retenue n'est pas toujours aisée. Il s'agit en réalité de savoir quels sont les éléments essentiels pour former le contrat, ce qui ne doit pas surprendre dans la mesure où l'offre a pour finalité le contrat, de sorte que sa précision dépend directement de l'opération contractuelle envisagée. Ainsi, pour être ferme, « il suffit que l'offre comporte les seuls éléments essentiels à la réalisation de l'objet du contrat »¹⁷²⁰. À défaut de précision de ces éléments essentiels, l'offre n'est pas apte à se parfaire par une simple acceptation, elle est donc disqualifiée en simple invitation à entrer en pourparlers. Réciproquement, rien n'oblige l'offrant à détailler l'ensemble des modalités du contrat offert. La qualification d'offre contractuelle repose donc sur une

¹⁷¹⁹ V. not. : Com. 2 juillet 1991, CCC 1991, n° 247, note L. Leveneur – Com. 29 juin 1993, RJDA 1993, n° 1015 – Civ. 1^{ère} 24 novembre 1998, n° 95-21.074, Bull. Civ. I, n° 328.

¹⁷²⁰ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Les obligations, op. cit.*, p. 336, note n° 1.

aptitude à former un contrat « minimal », ce qui pose notamment la question des liens que l'offre entretient avec les conditions générales du contrat offert.

579. Le statut des conditions générales – Dans certains domaines où les contrats sont génériques et innombrables, il est fréquent que l'offrant soumette le contrat offert à des conditions générales. La question se pose dès lors de savoir si les conditions générales sont des éléments essentiels du contrat, de sorte que leur défaut d'annexion à l'offre empêche la formation du contrat, faute pour l'offre de satisfaire à l'exigence de précision ; ou si elles sont des éléments non essentiels, de sorte que le contrat se forme sur la base des éléments contenus dans l'offre, à l'exclusion des conditions générales. Un arrêt récemment rendu par la chambre commerciale suggère qu'il ne s'agit que d'éléments secondaires, dont le défaut n'ôte pas sa précision à l'offre¹⁷²¹. Dans cette affaire, les conditions générales avaient été adressées au destinataire de l'offre ultérieurement à son acceptation. Selon la Cour de cassation, le défaut d'annexion des conditions générales dans l'offre n'empêchait pas cette dernière d'être suffisamment précise pour faire l'objet d'une acceptation. L'aptitude de l'offre à former un contrat étant toutefois dépendante de son contenu, le contrat formé par suite de l'acceptation ne reposait que sur les éléments visés dans l'offre, à l'exception des conditions générales. Cette solution paraît volontairement sévère à l'égard de l'offrant. D'une part, le statut d'élément secondaire des conditions générales est largement artificiel. Dans les faits, le contrat imputé de ses conditions générales est un accord qui ne pourra pas être exécuté tant que les parties n'auront pas passé un nouvel accord portant sur ses modalités d'exécution. La Cour de cassation impose donc une précision véritablement minimale de l'offre, à travers l'exclusion des modalités, seraient-elles importantes en pratique. D'autre part, la sévérité semble volontairement recherchée par les hauts magistrats. En retenant l'inopposabilité des conditions générales, ils incitent les sociétés offrantes à systématiquement annexer celles-ci sous peine que le contrat ne se forme en étant amputé de ces conditions. Pour que les conditions générales soient prises en compte, il faut donc qu'elles apparaissent dans l'offre, au moins par une mention permettant au destinataire d'y accéder et d'en prendre connaissance¹⁷²². C'est à ce prix que les conditions générales intégreront le contenu du futur contrat au moment de parfaire l'offre¹⁷²³.

580. Éléments essentialisés – Si l'accord sur les éléments essentiels suffit à former le contrat, les parties peuvent spécialement exiger qu'un accord soit trouvé sur un élément secondaire. L'élément « essentialisé » devra alors faire l'objet de l'acceptation pour que le contrat se forme. Deux situations doivent être distinguées : celle dans laquelle l'une des parties formule une offre très précise, subordonnant ainsi la

¹⁷²¹ Civ. 3^{ème} 20 avril 2017, n° 16-10.696, Publié au Bulletin ; *D.* 2017. 917 ; *RDI* 2017. 307, obs. P. Dessuet ; *RTD Civ.* 2017. 635, obs. H. Barbier ; *Defrénois* 2017, n° 18, p. 32, obs. J.-B. Seube ; *RGDA* 2017, n° 6, p. 358, obs. A. Pélissier ; *JCP E* 2017, n° 28, 1393, comm. S. Le Gac-Pech et 1358, comm. J.-B. Seube ; *RCA* 2017, n° 7-8, comm. 208, H. Groutel ; *JCP G* 2017, n° 24, act. 668, C. Cousin ; *Constr.-Urb.* 2017, n° 6, comm. 91, M.-L. Pagès-de Varenne.

¹⁷²² En ce sens : LIMBACH (F.), th. préc., §252.

¹⁷²³ À condition bien sûr de faire l'objet d'une acceptation. À défaut, le contrat ne peut pas se former : Civ. 1^{ère} 4 octobre 2017, n° 16-10.411, Inédit.

formation du contrat à l'acceptation de toutes les conditions détaillées ; et la situation dans laquelle l'une des futures parties exprime son attachement à un élément secondaire du contrat dans une offre avec réserve, de sorte que l'acceptation ne suffit pas à former le contrat sans accord sur ce point.

581. Essentialisation par l'offre : la grande précision – L'émission d'une offre très précise est un moyen sûr de subordonner la formation du contrat à un accord sur des éléments non essentiels. En se retrouvant dans l'offre, ces éléments secondaires deviennent automatiquement des conditions auxquelles l'offrant subordonne la formation du contrat. Ainsi, l'offrant place le destinataire face à une alternative : il pourra soit accepter les termes du contrat proposé, de sorte que le contrat conclu correspondra exactement à la volonté de l'offrant, soit les refuser, quitte à formuler une contre-proposition. L'émission d'une offre très détaillée permet donc à l'offrant de se prémunir contre un litige portant sur les modalités du contrat conclu. Toutefois une telle pratique peut s'avérer dangereuse dans des domaines du droit très marqués par la protection de l'acceptant potentiel. C'est le cas notamment en droit social. Dans deux affaires, la Cour de cassation a en effet qualifié de promesses d'embauche, c'est-à-dire de promesses de contrats de travail, ce qui n'était semble-t-il que des offres¹⁷²⁴. À la lecture de la solution qui relève que « *l'écrit qui précise l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction constitue une promesse d'embauche obligeant le promettant envers le bénéficiaire* », on comprend que la Cour de cassation associe la précision de la proposition à la promesse. Cette solution participe d'un mouvement jurisprudentiel favorable au demandeur d'emploi, en position de faiblesse par rapport à l'employeur. Si on peut comprendre un tel rééquilibrage des pouvoirs, il est toutefois contestable d'identifier une promesse, et ce, pour au moins deux raisons. Tout d'abord, car l'offre et la promesse requièrent toutes deux la précision de l'opération contractuelle envisagée, de sorte qu'on ne saurait les distinguer sur ce terrain. Bien que précise, la proposition était une offre d'embauche, c'est-à-dire « une manifestation unilatérale de volonté, qui consiste pour l'employeur à émettre, (...) une proposition de conclure un contrat de travail, à des conditions déterminées ou du moins déterminables »¹⁷²⁵. Ensuite, car cela sous-tend l'idée, fautive en l'occurrence, que l'employeur s'était engagé à embaucher le demandeur d'emploi. Ainsi faut-il saluer le revirement opéré par la chambre sociale de la Cour de cassation¹⁷²⁶. Dans deux arrêts rendus le 21 septembre 2017, elle a en effet clairement marqué la différence entre l'offre et la promesse d'embauche, dans un attendu on ne peut plus clair et expressément fondé sur les modifications apportées par la réforme de 2016 à la définition de l'offre et de la promesse. Elle a ainsi retenu que « *l'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la*

¹⁷²⁴ Soc. 15 décembre 2010, n° 08-42.95, *Bull. Civ. V*, n° 296 ; *D.* 2011, 170 ; *RDT* 2011. 108, obs. G. Auzero ; *RDC* 2011, p. 804, Th. Genicon – Soc. 11 juillet 2012, n° 11-10.486 – Soc. 12 juin 2014, n° 13-14.258. *Bull. Civ. V*, n° 138.

¹⁷²⁵ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Contrat de travail », Y. AUBRÉE, 2020, §313.

¹⁷²⁶ Soc. 21 septembre 2017, n° 16-20.103 et n° 16-20.104, Publié au Bulletin ; *D.* 2017, 2007, note D. Mazeaud ; *D.* 2017, 2289, note B. Bauduin et J. Dubarry ; *RDT* 2017, 715, obs. L. Bento de Carvalho ; *RTD civ.* 2017. 837, obs. H. Barbier ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 34, p. 13, ; *AJ Contrat* 2017, 480, obs. C.-E. Bucher ; *Dalloz actualité*, 11 oct. 2017, obs. Siro ; *RLDC* 2017, n° 153, note F. Buy ; *Sem. soc. Lamy* 2017, n° 1794, P. Gaiardo ; *JS Lamy* 2017, n° 441, M. Hautefort ; *CCC* 2017, n° 238, L. Leveneur ; *JCP S* 2017, 1356, G. Loiseau ; *JCP* 2017. Doctr. 1238, N. Molfessis ; *RJS* 2017. 859, Ch. Mouly ; *Lexbase hebdo, éd. soc.*, 2017, n° 714, Ch. Radé ; *RJDA* 2017. 899, D. Mainguy.

rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation constitue une offre de contrat de travail ». En revanche, « *la promesse unilatérale de contrat de travail est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* ». On comprend donc que la grande précision de l'offre ne suffit plus à la transformer en promesse d'embauche, la distinction se situant bien plutôt sur le terrain de l'engagement. Cette solution peut être saluée parce qu'elle encourage l'émission d'offres plus précises sans faire courir le risque à l'employeur de voir son offre requalifiée en promesse.

582. Essentialisation sans offre véritable : la réserve – Il peut arriver qu'un individu formule une offre avec réserve. Dans ce cas la proposition a l'apparence d'une offre parce qu'elle comporte la volonté de contracter et qu'elle expose les éléments essentiels du contrat, mais son auteur précise qu'il n'entend pas être lié en cas d'acceptation parce qu'un point secondaire du contrat, qu'il juge néanmoins essentiel, reste à débattre. En réservant son consentement à l'accord sur un point secondaire, il en fait expressément un élément essentiel qui, n'étant pas définitivement acquis dans l'offre, conduit à disqualifier celle-ci en simple proposition d'entrer en pourparlers. L'offrant se place donc dans une situation d'acceptant potentiel : une offre précise pourrait lui être adressée et il ne lui restera plus qu'à l'accepter¹⁷²⁷. La Cour de cassation a ainsi retenu que le fait pour les parties de s'accorder sur la chose et le prix ne suffisait pas à la formation d'un contrat de vente si l'acquéreur avait expressément énoncé que les modalités de paiement du prix étaient déterminantes de son consentement¹⁷²⁸. La formulation de telles réserves est donc un bon moyen de s'assurer que le contrat ne sera pas conclu tant qu'un accord n'aura pas été trouvé sur la condition essentialisée. À l'inverse, l'émission de réserves au cours des négociations peut s'avérer insuffisante, car cela ne suffit pas nécessairement à écarter la qualification d'offre par la suite. Si les négociations sont suivies d'une proposition qui reprend les éléments essentiels du contrat envisagé, son auteur pourrait être réputé avoir renoncé à un accord sur l'élément secondaire qu'il tenait autrefois pour déterminant de son consentement. Dans le doute, il appartient au juge de rechercher s'il s'agissait d'une offre ferme ou avec réserve¹⁷²⁹. Si la qualification d'offre est retenue, son auteur assume donc « le risque d'une offre

¹⁷²⁷ Sur ce point v. l'arrêt Civ. 3^{ème} 12 octobre 2014, n° 13-24.380, Inédit. Dans cette affaire, les propriétaires d'un chalet avaient formulé une « offre de vente » indiquant que la date de libération des lieux restait à définir. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir retenu que l'offre d'achat formulée en retour avec une précision sur la date ne suffisait pas à former le contrat car le vendeur devait encore l'accepter.

¹⁷²⁸ Com. 16 avril 1991, n° 89-20.697, *Bull. Civ. IV*, n° 148 ; *D.* 1992, 303, obs. M. Vasseur ; *JCP* 1992, 21871, note Gain ; *RTD Civ.* 1992. 78, obs. J. Mestre ; *RTD Com.* 1992. 214, obs. B. Bouloc.

¹⁷²⁹ Com. 20 mars 1984, n° 82-16.711, Publié au bulletin. Dans cet arrêt la Cour de cassation casse pour défaut de base légale l'arrêt dans lequel la cour d'appel n'avait pas recherché, comme il le lui était demandé et comme il était soutenu, si les modalités de paiement du prix constituaient un des éléments essentiels du contrat.

incomplète »¹⁷³⁰. C'est la raison pour laquelle il est plus sûr d'adopter une position claire : soit en émettant une offre avec réserve expresse, soit en formulant une proposition fortement détaillée.

583. La précision du contenu de l'offre détermine donc son aptitude à former le contrat. Partant, l'offre constitue un outil intéressant entre les mains de son auteur, qui maîtrise les modalités de sa perfection.

2 - Précision du testament

584. Précision des dernières volontés – Les règles de formation du testament sont largement dominées par le fait qu'il produira effet après le décès de son auteur, à un moment où le *de cuius* ne sera plus là pour préciser sa volonté. Le caractère prospectif de l'acte ne laisse donc pas place à l'imprécision. Le testateur doit satisfaire à une double exigence, de précision et de fiabilité, pour que l'acte puisse déployer ses effets sur la seule base de ce qui a déjà été exprimé. Ainsi le legs doit être déterminé quant à son étendue et quant à son bénéficiaire ; étant précisé que le testateur ne saurait déléguer à autrui le soin d'opérer ces précisions.

585. Détermination du légataire – Une triple distinction doit être établie entre la détermination, l'existence (plus largement la capacité) et l'acceptation du légataire. Seule la première nous intéresse à ce stade, car elle repose sur la volonté du testateur. À l'inverse, la capacité et l'acceptation du légataire feront l'objet d'une étude ultérieure, étant nécessaires à la perfection de l'acte¹⁷³¹. Si le légataire doit être déterminé, c'est parce que le transfert des biens et droits opérera à son égard¹⁷³². Par ailleurs, et à la différence de l'offre qui peut être émise sans destinataire déterminé, le legs comporte nécessairement cette désignation, car la satisfaction du testateur l'exige. C'est l'essence même de la gratification. Pour satisfaire à cette exigence, il suffit que le légataire soit identifiable. On retrouve la distinction, classique en droit des contrats, entre détermination et déterminabilité de l'objet : si l'objet n'est pas déterminé, il doit toutefois être déterminable. Le légataire étant un élément à part entière de l'objet du legs, il peut donc être simplement déterminable. Cela signifie que le légataire n'a pas besoin de décliner l'identité du légataire dès lors qu'il donne suffisamment d'éléments permettant de l'identifier. La dénomination est alors indirecte, par exemple si le testateur désigne « sa fille aînée ». L'aptitude du testament à réaliser le legs sera toutefois menacée si le testateur a opéré une désignation imprécise, ou, ce qui est plus grave, s'il a omis de désigner le légataire.

586. Les hypothèses de détermination imprécise – Lorsqu'il est rédigé sans l'assistance d'un notaire, il n'est pas rare que le testament comporte une désignation imprécise ou inexacte du gratifié. Il se peut tout

¹⁷³⁰ SÉRIAUX (A.), LARDEUX (G.), *op. cit.*, §22.

¹⁷³¹ V. *infra*, n° 782 et s.

¹⁷³² « Techniquement, il n'existe pas de droits sans titulaire, surtout lorsqu'il s'agit de droit réel : il faut donc nécessairement un gratifié sur la tête de qui la libéralité repose », MALAURIE (Ph.), BRENNER (C.), *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, Lextenso, 9^{ème} éd., 2020, §235.

d'abord que la désignation soit inexacte, c'est-à-dire que le testateur ait commis une erreur matérielle ou qu'il ait fait une désignation contradictoire¹⁷³³. Dans ce cas les juges ne sauraient s'en tenir à la lettre du testament. Ils doivent rechercher la volonté réelle du testateur en se référant à des éléments extrinsèques au testament, dans le but d'établir l'identité de la personne que le testateur entendait gratifier. Dans cette optique, ils doivent faire prévaloir l'esprit du testament sur sa lettre, comme le précise l'art. 1188 du code civil¹⁷³⁴. Outre une désignation inexacte, le testateur peut également avoir opéré une désignation imprécise, en énonçant par exemple qu'il lègue ses biens et droits au profit d'une cause qu'il entend défendre, par exemple, la lutte contre le cancer. Dans ce cas les juges doivent user de leur pouvoir souverain d'interprétation pour identifier le gratifié, le but étant de sauver le legs de la nullité. La Cour de cassation promeut cet objectif et retient que les juges du fond ne peuvent refuser de donner effet au legs au motif que la volonté du testateur n'est pas facile à établir¹⁷³⁵. En toute hypothèse, il faut préserver la perfection du legs. Dans l'exemple précité, il appartient donc aux juges de donner corps à la bienfaisance du testateur en identifiant un organisme œuvrant pour la lutte contre le cancer¹⁷³⁶.

587. Les hypothèses d'indétermination – Il se peut aussi que la libéralité soit faite sans légataire. Elle est évidemment suspecte car, permettant de gratifier une personne, la libéralité semble difficile à concevoir sans bénéficiaire. En pratique l'indétermination n'est donc bien souvent que relative, le testateur ayant confié à un tiers le pouvoir de désigner le légataire à sa place. La validité du legs avec faculté d'élire n'est toutefois pas admise, le testament étant un acte unilatéral personnel émanant nécessairement *de cujus*. Nulle personne ne saurait donc lui être substituée pour désigner le légataire¹⁷³⁷. Bien que la prohibition soit ancienne¹⁷³⁸, la Cour de cassation l'a rappelée dans un arrêt du 8 novembre 2005¹⁷³⁹. Dans cette affaire le testateur avait confié à son notaire le soin de désigner ses légataires et la cour d'appel avait tenté de sauver l'acte de l'annulation en retenant que le testateur avait entendu léguer ses biens à une commune. Au visa de l'art. 895 du code civil, qui définit le testament comme « *un acte par lequel le testateur dispose* », l'arrêt fut cassé par la Cour de cassation qui jugea « *que le testateur ne peut abandonner à un tiers le choix*

¹⁷³³ Civ. 1^{ère} 8 décembre 1998, n° 96-19.645, *Bull. Civ. I* n° 353 ; *RTD civ.* 2000. 146, obs. J. Patarin ; *D.* 1999. 521, note Y. Dagnorne-Labbe. Le testateur avait légué ses biens à « l'association Sansouire », laquelle était une fondation.

¹⁷³⁴ Cette disposition, comme l'ensemble de celles relatives à l'interprétation des contrats, peut être utilisée pour interpréter un acte unilatéral. La volonté commune des parties prise comme directive d'interprétation devient simplement la volonté du testateur. Le projet de Code civil de 1800 prévoyait une disposition spécifique aux libéralités mais elle fût abandonnée parce que redondante (NICOD (M.), « Condition d'interprétation par le juge du fond, de l'intention du testateur en cas d'obscurité du testament olographe », *D.* 1997 p. 366, note sous Civ. 1^{ère} 5 novembre 1996, n° 94-21.089, *Bull. Civ. I*, n° 384).

¹⁷³⁵ La solution est ancienne : Req. 21 février 1934, *DP* 1934, I, 69.

¹⁷³⁶ PONSARD (A.), « Sur quelques difficultés relatives à l'interprétation des testaments. Le rôle du juge dans la détermination du légataire ou du bénéficiaire d'une charge », *JCP* 1957, I, 1385 ; Civ. 1^{ère} 4 novembre 1952, *JCP* 1953, II, 7554, note A. Ponsard.

¹⁷³⁷ LÉGIER (G.), « La prohibition du legs avec faculté d'élire », *JCP N* 1978, I, p. 87.

¹⁷³⁸ La jurisprudence sanctionne depuis longtemps cette pratique par la nullité absolue : Civ. 12 août 1863, *DP*. 1863, I, 356 – Civ. 1^{ère} 25 novembre 1952 ; *JCP* 1953, II, 7696, note Voirin.

¹⁷³⁹ Civ. 1^{ère} 8 novembre 2005, n° 02-21.177, *Bull. Civ. I*, n° 411 ; *Dr. fam.* 2005, n° 277, note B. Beignier ; *AJ fam.* 2006, p. 37, obs. F. Bicheron.

discrétionnaire du légataire qu'il entend instituer ». La solution relève du bon sens parce qu'elle garantit que le legs est l'œuvre du seul testateur. Elle pourrait être critiquée au motif qu'elle entraîne la disparition de legs socialement utiles. Néanmoins cette critique doit être nuancée dès lors qu'à défaut de testament, la loi prévoit déjà un règlement successoral qui se veut l'expression d'une certaine logique¹⁷⁴⁰. La jurisprudence admet toutefois que le legs « avec faculté d'élire » soit requalifié en libéralité successive, graduelle ou résiduelle¹⁷⁴¹. La charge de la libéralité graduelle peut en effet s'accommoder d'une absence de désignation du second gratifié, même s'il est vrai que cela contredit quelque peu la définition de la charge de retransmettre à quelqu'un. La solution vaut *a fortiori* pour la condition de résidu : le premier gratifié n'étant pas obligé de retransmettre, l'absence de désignation du second gratifié ne paraît pas problématique. Cette requalification du legs change toutefois la portée de la volonté testamentaire : la personne désignée pour choisir le légataire devient elle-même légataire alors qu'en principe la faculté d'élire ne confère pas cette qualité. Cela revient donc à identifier un legs là où il n'y en avait pas initialement.

588. Détermination des biens et droits légués – La formation du testament implique également de déterminer les biens et droits sur lesquels portent les legs. Que le bien-objet de la prestation soit futur n'est qu'une conséquence du mode opératoire de l'acte et non l'inverse : parce que le testateur dispose à cause de mort, il est nécessairement question de biens futurs. C'est dire que, « si l'objet futur est considéré comme une exception du Code (...) il participe de la nature et des caractéristiques structurelles du legs »¹⁷⁴². Pour autant on ne saurait retenir que le testament n'est pas complètement formé parce qu'il porte sur un objet futur¹⁷⁴³. Ce serait confondre l'existence de l'objet et sa détermination, seule nécessaire à la formation de l'acte. Là encore il appartient au testateur de répartir lui-même les biens et droits entre ses légataires. La technique du mandat de répartition, par laquelle le testateur désigne lui-même les légataires mais charge une personne de répartir les biens et droits entre eux, n'est donc pas valable. Ce pouvoir de répartition est en effet un pouvoir d'élection implicite lorsque l'un des légataires est nettement avantagé par rapport à un autre. Il se rapproche ainsi du legs avec faculté d'élire. C'est pourquoi la Cour de cassation, qui l'admettait autrefois, tend aujourd'hui à la prohiber. Elle juge ainsi que l'acte par lequel son auteur confère à un exécuteur testamentaire le pouvoir d'apprécier si le légataire désigné devait recevoir la totalité ou la moitié de son legs, ne constitue pas un legs¹⁷⁴⁴.

¹⁷⁴⁰ Sur la logique qui guide le choix des règles de dévolution par le législateur, v. : LESBATS (Ch.), *La dévolution successorale*, Coll. Pratique notariale, LexisNexis, 2020, §105 et s.

¹⁷⁴¹ Les arrêts ayant procédé à une telle requalification sont pour la plupart très anciens : Civ. 27 juin 1899 (*DP* 1899, 1, p. 592 ; *S.* 1901, 1, p. 271 ; *GAJC*, n° 124 et 125) – Req. 14 janvier 1941 (*JCP* 1941, II, 1699, note P. Voirin ; *DA* 1941, J, p. 102, obs. R. Savatier).

¹⁷⁴² DEVILLE (S.), th. préc., §70.

¹⁷⁴³ *Contra*, BAHUREL (Ch.), th. préc., §442 : « lors de la rédaction du testament, il ne manque qu'un seul élément constitutif de l'acte de dernière volonté : l'objet (la succession future) qui n'existe pas encore et qui n'existera qu'au décès du testateur. L'acte de dernière volonté n'est donc pas parfait au moment de sa rédaction. (...) C'est seulement au décès, lorsque cet objet existe, que l'acte de dernière volonté réunit tous ses éléments constitutifs. Aux éléments déjà présents lors de la rédaction, vient se joindre l'objet ».

¹⁷⁴⁴ Civ. 1^{ère} 6 mars 1984, *Bull. civ. I*, n° 88 ; *D.* 1985. 5, note A. Breton ; *Deffrénois* 1985. 193, note A. Breton ; *RTD civ.* 1985. 431, obs. J. Patarin.

589. Éléments essentiels – Le testateur doit indiquer la quantité et la qualité des biens et droits qu'il entend léguer. S'agissant du *quantum*, il doit préciser l'émolument réalisé pour chacun des légataires. Le testateur ne peut donc se contenter d'approximation en énonçant par exemple que sa petite-fille recevra « une dot très honorable »¹⁷⁴⁵. *A minima*, le montant doit être déterminable. Faisant preuve de souplesse, la Cour de cassation a maintenu un legs rémunérateur dont le montant pouvait être fixé par référence au salaire versé du vivant du testateur¹⁷⁴⁶. Notons qu'il n'est en revanche pas nécessaire que le testateur lègue l'ensemble de son patrimoine, puisque les règles de dévolution légale prendront le relai pour les biens et droits restants¹⁷⁴⁷. S'agissant de la qualité des biens et droits légués, le testateur peut choisir de réaliser un legs alternatif à la condition de définir les termes de l'alternative. La désignation du légataire doit donc s'accompagner d'une précision quant à la quote-part des biens ou quant au bien qui lui est légué. Cette détermination est essentielle pour savoir quel type de legs le testateur a entendu réaliser : particulier, universel ou à titre universel¹⁷⁴⁸. Là encore, la déterminabilité suffit¹⁷⁴⁹.

590. Existence des biens et droits légués (non) – Il convient enfin de savoir si les biens légués doivent exister au moment où le testament est rédigé (existence matérielle) et si le testateur doit avoir des droits sur les biens en question à ce même instant (existence juridique). Il apparaît rapidement que « la validité du legs appréciée au moment de la rédaction du testament n'est en rien conditionnée par l'existence de son objet »¹⁷⁵⁰. Ce n'est que rétrospectivement, lors du règlement de la succession, que l'existence juridique ou matérielle du bien sera importante. Dans ce contexte, on comprend mal pourquoi l'art. 1021 du code civil énonce que le legs de la chose d'autrui est nul et fait ainsi de la propriété du bien légué une condition de validité du legs. Si cette exigence peut se comprendre face à un acte performatif, elle perd toute justification face à un acte prospectif, qui plus est lorsque celui-ci ne contient aucun engagement de la part de son auteur. L'art. 895 du code civil définit certes le testament comme un acte par lequel le testateur dispose de « ses » biens et droits. Néanmoins, la disposition ayant lieu à son décès, c'est seulement à ce moment-là que la propriété des biens et droits devra être requise. Or, nous verrons qu'à ce stade ce n'est plus la validité de l'acte qui est en jeu mais seulement sa perfection¹⁷⁵¹. Cette solution nous semble pertinente eu égard à la fonction naturelle d'anticipation que remplit le testament, qui doit permettre à son auteur de rédiger son testament alors qu'il projette simplement l'acquisition d'un bien. De même, la validité du testament-partage devrait acquiescer même dans l'hypothèse où le testateur n'est pas encore propriétaire des biens¹⁷⁵². Le partage

¹⁷⁴⁵ Civ. 1^{ère} 16 mars 1999, n° 96-22.140, Inédit ; *Dr. fam.* 1999, 47, note B. Beignier.

¹⁷⁴⁶ Civ. 1^{ère} 20 janvier 2004, n° 01-03.799, Inédit ; *D.* 2004, obs. M. Nicod ; *Defrénois* 2005, 224, note B. Gelot.

¹⁷⁴⁷ Civ. 1^{ère} 5 novembre 1996, *Bull. Civ. I*, n° 384, arrêt préc.

¹⁷⁴⁸ Sur l'incidence catégorique de l'objet du legs, v. : DEVILLE (S.), th. préc., §76 et s.

¹⁷⁴⁹ Civ. 1^{ère} 28 novembre 1972, *Bull. Civ. I*, n° 263.

¹⁷⁵⁰ DEVILLE (S.), th. préc., §70.

¹⁷⁵¹ V. *infra*, n° 717 et 772 et s.

¹⁷⁵² « Ce raisonnement est applicable au testament-partage qui permet à son auteur de disposer des biens dont il n'est pas encore propriétaire, au jour de la rédaction du testament, à la condition qu'il le soit devenu au moment de son

n'intervenant pas avant le décès de son auteur, il n'y a aucune raison d'invalider le procédé, étant entendu que le testateur ne prend là encore aucun engagement de réaliser le partage. L'aptitude à réaliser l'opération juridique implique donc seulement que celle-ci fasse l'objet d'une description suffisamment précise.

3 - Précision de la promesse

591. Précision de l'opération – Pour que la promesse se forme, il faut que l'opération contractuelle promise soit déterminée par un accord des parties, ce qu'on exprime parfois en qualifiant la promesse de « contrat définitif en puissance »¹⁷⁵³. C'est dire qu'elle n'appartient pas à la catégorie des « contrats incomplets »¹⁷⁵⁴, comme on aime nommer parfois la promesse unilatérale pour signifier qu'un consentement (en réalité un engagement) fait encore défaut. Ces éléments constitutifs n'ont toutefois rien de spécifique à la promesse, ce qui incite encore une fois à retenir la qualification de contrat imparfait. Lors de la conclusion du contrat de promesse, les parties doivent en effet s'accorder sur les éléments essentiels de l'opération promise comme elles le feraient pour la conclusion d'un contrat parfait¹⁷⁵⁵. De cette manière, la réalisation de l'opération promise n'est suspendue qu'à la levée de l'option ou à l'accomplissement de la condition suspensive. Comme le résume M. Bénabent à propos de la promesse de vente, « tous les éléments de celle-ci doivent être présents puisqu'il suffira que l'acquéreur lève l'option pour que cette vente soit parfaite »¹⁷⁵⁶. Il est donc inutile de revenir en détail sur la question de l'identification des éléments essentiels qui doivent être déterminés dès la promesse. En toute logique, ils dépendent de l'opération en question. La promesse de vente ou d'achat doit par exemple comporter la détermination des éléments essentiels de cette opération : la chose et le prix¹⁷⁵⁷. En ce sens, l'art. 20 de l'Offre de réforme des contrats spéciaux de l'Association Capitant énonce que « *la promesse de vente, unilatérale ou synallagmatique, est soumise en tant que de raison aux règles applicables à la vente* ». Si l'un de ces éléments fait défaut, la promesse n'est pas nulle mais inexistante, car il s'agit là d'une condition de formation de ce contrat¹⁷⁵⁸. Cela explique pourquoi le cautionnement de dettes futures, qui n'est en réalité qu'une promesse de

décès, date à laquelle le partage se réalise par l'effet du testament devenu effectif », TAUDIN (L.), *Libéralités-partages*, Coll. Pratique notariale, LexisNexis, 2016, §211. En ce sens égal. : TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), GAUDEMET (S.), *op. cit.*, §1285 ; *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Libéralités-partage », F. SAUVAGE, 2022, §175. Paradoxalement, cette affirmation se trouve contredite par la jurisprudence qui refuse à un époux, commun en biens, de procéder à un testament-partage portant sur des biens communs, v. *infra*, n° 781.

¹⁷⁵³ ZENATI-CASTAING (F.), REVET (Th.), *Contrats, Théorie générale, op. cit.*, §76.

¹⁷⁵⁴ GENINET (M.), *Théorie générale des avants-contrats en droit privé*, thèse Paris II, 1985, §70.

¹⁷⁵⁵ *Contra* : BENAC-SCHMIDT (F.), *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, Bibl. de dr. privé, t. 177, LGDJ, 1983, p. 109 et s. L'auteur note que « le contrat d'option de vente se détache totalement du contrat de vente », parce qu'il doit se former à partir d'éléments constitutifs propres. On peine pourtant à distinguer les éléments constitutifs propres à la promesse et distincts du « contrat définitif ».

¹⁷⁵⁶ BÉNABENT (A.), *Droit des contrats civils et commerciaux, op. cit.*, §94.

¹⁷⁵⁷ Civ. 26 oct. 1948, *Gaz. Pal.* 1949, 1, 5 – Civ. 1^{ère} 8 mars 1954, *Bull. civ. I*, n° 87.

¹⁷⁵⁸ *Contra* : Com. 13 janvier 1971, n° 69-12.174, *Bull. Civ. IV*, n° 13 ; *JCP* 1972, II, 17060, note N. Bernard ; *D.* 1971, somm. 100.

cautionnement sous la condition de naissance d'une nouvelle dette, doit porter sur des dettes au moins déterminables au moment de sa conclusion¹⁷⁵⁹.

592. Pratiques rédactionnelles – Parce que l'opération contractuelle doit être complètement déterminée dès la promesse, il serait intéressant de rédiger « l'acte définitif » dès la conclusion du contrat de promesse. La solution est d'autant plus logique si on retient qu'il n'y a qu'un seul et même contrat. C'est une pratique que défendent et appliquent certains notaires sous la dénomination de « contrat cible », dont le contenu « est déjà approuvé comme étant le but à atteindre »¹⁷⁶⁰. Une telle pratique rédactionnelle est également intéressante pour faire évoluer le contenu de l'opération dans le respect de l'engagement du ou des promettants. Très concrètement, si la rédaction de l'acte est effectuée dès l'accord des parties, le mode « suivi des modifications » permet, lors de la réalisation de l'opération, de mettre en évidence les éléments qui auront été modifiés ou complétés. Il se peut en effet que les circonstances de l'opération évoluent suite à la conclusion de la promesse, mais avant sa réalisation. La jurisprudence en a fourni un exemple récent dans une affaire où le bien vendu avait été placé en zone PPRNP (Plan de Prévention des Risques Naturels Prévisibles) avant la réitération par acte authentique¹⁷⁶¹. La loi imposant que l'état des risques soit annexé à la promesse ou à l'acte authentique de vente, le notaire aurait dû mettre à jour le dossier technique.

4 - Précision du contrat de mariage

593. Complétude du régime matrimonial – Le contrat de mariage doit satisfaire à la même exigence de complétude. Si les époux entendent choisir l'un des régimes matrimoniaux détaillés par le Code civil, le contrat reprendra simplement les dispositions légales (art. 1393 c. civ.). En revanche, s'ils souhaitent élaborer un régime adapté à leur situation particulière, il leur faut prévoir en détail leurs futurs rapports patrimoniaux. Comme le rappellent des auteurs, « sous l'apparente liberté de choix d'un régime matrimonial se cache en réalité une obligation qui incombe aux époux : celle d'être soumis à un régime matrimonial »¹⁷⁶². Ce choix implique que le fonctionnement du régime soit détaillé dès la formation du contrat, tant en ce qui concerne la composition des masses de biens, qu'en ce qui concerne les pouvoirs de gestion des époux et les règles de partage ou de liquidation de la communauté s'il en existe une. Toute la difficulté réside alors dans l'anticipation des conflits qui pourraient survenir entre les époux, raison pour

¹⁷⁵⁹ L'exigence de détermination ou de déterminabilité des dettes futures est expressément exigée par l'art. 2288 al. 1^{er} c. civ. Lorsque le cautionnement est souscrit par une personne physique, l'art. 2297 c. civ. impose par ailleurs que la caution précise le montant maximum pour lequel son engagement est souscrit.

¹⁷⁶⁰ En ce sens : HERRNBERGER (O.), LIEVRE (X.), « Et si l'on rédigeait l'acte de vente dès l'avant-contrat ? », *JCP N* 2006 ; HERRNBERGER (O.), « Et si on repensait la *tandem* promesse de vente/vente », *JCP N* 2017, 261.

¹⁷⁶¹ Civ. 3^{ème} 19 septembre 2019, n° 18-16.700, n°18-16.935, n°18-17.562, Publié au Bulletin ; *Deffrénois* 2020, n° 7, 28, H. Lécuyer ; *JCP N* 2020, n° 21-22, p. 1120, G. Durand-Pasquier.

¹⁷⁶² GUIGUET-SCHIELÉ (Q.), BABY (W.), « Les conventions organisant par avance les conséquences d'une rupture », *Dr. Fam* 2015, n° 3, dossier 3, §9.

laquelle le rédacteur d'acte doit être particulièrement attentif à la rédaction des clauses¹⁷⁶³. Néanmoins, parce qu'il s'agit d'un acte notarié, il est rare que cet acte encoure la critique pour son incomplétude ; raison pour laquelle on ne s'attardera pas sur cette question.

594. Conclusion de la section 1 – Définitivement formé, l'acte prospectif n'est donc pas un acte incomplet. Bien au contraire, il est soumis à une exigence de complétude qui lui garantit, dès sa formation, une aptitude à réaliser la finalité qui est la sienne. Bien souvent cette aptitude, que nous entendons volontairement dans un sens général, se confond avec des exigences de formation ou de validité de l'acte. C'est évidemment le cas du contrat de mariage qui est un acte notarié. Mais on remarque surtout que cette aptitude est déterminante de la qualification de l'acte : si l'acte n'est pas apte à réaliser la finalité, il perd sa qualité. L'acte ne peut donc souffrir d'incomplétude au motif qu'il ne réalisera pas l'opération juridique concomitamment à sa formation. Manifestement, un acte peut être formé et apte à produire des effets de droit, sans encore réaliser l'opération juridique qui est sa finalité, raison pour laquelle la perfection ne doit selon nous pas être confondue avec une simple aptitude de l'acte à produire des effets de droit¹⁷⁶⁴. Seule fait logiquement défaut la condition de perfection de l'acte, dont nous détaillerons ultérieurement l'identité. Désormais il convient voir que, sur la base de sa formation complète, l'acte prospectif donne naissance à une situation juridique dont la consistance et la durée doivent être précisées.

Section 2

La situation juridique créée par l'acte

595. Imperfection – Bien qu'il soit imparfait, l'acte prospectif donne naissance à une situation juridique qui ne doit pas être confondue avec l'opération juridique qui constitue sa finalité et qui devra se réaliser au stade de la perfection. Comme l'a remarqué un auteur, « la situation juridique formée par anticipation ne produit pas l'intégralité de ses pleins et entiers effets parce qu'une de ses conditions fait défaut »¹⁷⁶⁵. En conséquence, l'acte prospectif est pour ainsi dire à « double détente ». Dans un premier temps, il produit une situation juridique intermédiaire qui ne se confond pas avec la finalité recherchée (§1). Devant laisser place à la finalité de l'acte dans un second temps, cette situation juridique n'a pas vocation à durer, elle est nécessairement temporaire (§2).

¹⁷⁶³ DEPONDT (A.), « Pour un renouveau des contrats de mariage », *Gaz. Pal.* 2012, n° 77, p. 15.

¹⁷⁶⁴ Sur ce rapprochement entre perfection et aptitude à l'efficacité, v. *supra*, n° 93.

¹⁷⁶⁵ CRESP (M.), th. préc., §141.

§1 - UNE SITUATION JURIDIQUE INTERMÉDIAIRE

596. Simple espérance ou droits éventuels ? – Parce qu’il est définitivement formé, l’acte prospectif donne naissance à une situation juridique intermédiaire. Pour en rendre compte, il est tentant de mobiliser la notion de « droit éventuel », qui revient régulièrement dans les études consacrées aux actes prospectifs. Une stricte distinction doit toutefois être établie entre l’éventualité d’un droit, lequel se réduit alors à une simple expectative, et le véritable « droit éventuel », qui présente une certaine consistance avant de devenir pur et simple. Seule la promesse donne naissance à des droits éventuels en raison de l’engagement souscrit par le promettant (A). En revanche, l’offre, le contrat de mariage et le testament ne donnent lieu qu’à une expectative, les droits futurs n’étant pas protégés en l’absence de tout engagement de l’auteur (B).

A - Lorsque l’acte comporte un engagement : des droits éventuels

597. Droits intermédiaires et droits éventuels – Le droit éventuel est une notion paradoxale : sa nature de droit est affirmée en même temps que son caractère éventuel, ce qui semble incompatible. Dans l’étude qu’il a consacrée à la notion, Verdier est toutefois parvenu à résoudre ce paradoxe en démontrant que les droits ne se forment pas progressivement : ils existent, sont des droits actuels ; ou ils n’existent pas, sont des droits futurs. Partant, le droit éventuel est avant tout un droit futur. S’il mérite la qualification de « droit éventuel », c’est uniquement dans l’hypothèse où, avant sa naissance, des prérogatives sont conférées à son titulaire éventuel pour en assurer la protection. Contrairement à la simple expectative, le droit éventuel est donc « un droit futur dont l’acquisition est d’ores et déjà protégée, voire organisée, par l’octroi d’un droit présent dont il constitue la finalité »¹⁷⁶⁶. Dans cette situation, qui est caractéristique du contrat de promesse, une distinction doit donc être réalisée entre les droits inhérents à l’opération promise, qui sont des droits futurs « éventuels » (1), et les droits intermédiaires, produits par l’acte imparfait dans le but de préserver l’engagement qui a été souscrit, qui sont des droits actuels « intermédiaires » (2).

1 - Des droits futurs éventuels

598. Report global des effets de droit – La promesse ne produit pas les effets inhérents à l’opération promise¹⁷⁶⁷, qu’il s’agisse des obligations ou des effets légaux. Au stade de formation de la promesse, les droits sont donc futurs : ils naissent uniquement si la promesse parvient à la perfection. La tentation de

¹⁷⁶⁶ VERDIER (J.-M.), th. préc., §220.

¹⁷⁶⁷ Même les auteurs se référant à un contrat définitif non encore formé en conviennent : ZENATI-CASTAING (F.), REVET (Th.), *Contrats, Théorie générale, op. cit.*, §75, « les droits et obligations que le contrat définitif, s’il était formé, créerait à la charge et au profit du promettant et du bénéficiaire, n’existent pas encore ».

qualifier ces droits futurs de droits « éventuels » ou « conditionnels », car pouvant advenir si la promesse se parfait, ne doit donc pas conduire à considérer qu'ils se forment progressivement. Ils sont tout simplement inexistantes au cours de la période d'imperfection.

599. Report de la naissance des obligations – La promesse opère une dissociation entre l'engagement des parties et la naissance des obligations correspondantes. Si le ou les promettants sont engagés, les obligations qui forment le contenu de l'opération promise n'existent tout simplement pas au moment où la promesse se forme. La condition suspensive et l'option ont le même effet : elles en reportent la naissance.

600. Par la condition – Les textes du Code civil ne précisent pas quel est l'effet de la condition suspensive sur l'obligation. L'art. 1304 al. 1^{er} du code civil énonce simplement que « *l'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain* ». Seul l'art. 1304-6 al. 3 du code civil semble indiquer que l'obligation conditionnelle est dotée d'une existence primordiale puisqu'il énonce qu' « *en cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé* ». Le recours à la fiction permettant de tenir l'obligation pour inexistante, cela voudrait dire que l'obligation existe en réalité avant la défaillance de la condition suspensive. La solution s'imposerait d'autant plus que la condition est généralement présentée comme une modalité de l'obligation¹⁷⁶⁸. Pourtant, la majorité de la doctrine considère que la condition suspensive reporte la naissance de l'obligation¹⁷⁶⁹, au contraire du terme qui en reporte la seule exigibilité. L'institution d'une condition suspensive doit donc permettre de déroger au principe de naissance immédiate des obligations, au moment de la formation du contrat¹⁷⁷⁰. Cela est logique puisque la condition doit reposer sur un événement incertain. Or, l'obligation n'allant pas sans la certitude qu'elle pourra être exécutée un jour, la condition reporte forcément l'existence même de l'obligation¹⁷⁷¹.

¹⁷⁶⁸ Dans son sens courant la modalité désigne une qualité, une propriété particulière d'une chose, ce qui suppose évidemment l'existence de la chose ainsi affectée.

¹⁷⁶⁹ MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, §821; MALINVAUD (P.), MEKKI (M.), SEUBE (J.-B.), *op. cit.*, 2021, §870; BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Les obligations, op. cit.*, §234; TRANCHANT (L.), ÉGÉA (V.), *Droit des obligations*, Mémentos Dalloz, 26^{ème} éd., 2023, p. 188; FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, t. 1, op. cit.*, §236; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), ANDREU (L.), FORTI (V.), *Droit civil, Les obligations*, t. 3 – Le rapport d'obligation, Coll. Université, Sirey, 20^{ème} éd., 2022, §59; MOUSSERON (P.) RAYNARD (J.) SEUBE (J.-B.), *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 287; FAGES (B.), PLANCKAERT (H.) (dir.), *Droit du contrat*, Lamy, C. Le Gallou, n° 707; FRANÇOIS (J.), *Les obligations – Régime général*, Traité de Droit civil t. 4, Coll. Corpus, Economica, 6^{ème} éd., 2022, §226; SÉRIAUX (A.), LARDEUX (G.), *op. cit.*, §176; FAGES (B.), *op. cit.*, §148; JULIENNE (M.), *op. cit.*, §39 et §64. Comp. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *op. cit.*, §1335 et §1347 qui évoquent tantôt l'existence, tantôt l'exigibilité de l'obligation, et qui ne sont pas réfractaires à l'idée d'un « germe » de droit.

¹⁷⁷⁰ « Tant que celle-ci (la condition suspensive) n'est pas advenue, le contrat n'est pas parfait. Il n'est point efficace. Ses effets, création ou modification, reconnaissance, transfert ou extinction d'un droit réel ou personnel ne se produisent pas. (...) La condition suspensive affectant l'ensemble du contrat dissocie donc le moment de sa conclusion de celui de sa perfection, réalisée seulement lorsque la condition suspensive sera accomplie », PÉTEL (I.), *Les durées d'efficacité du contrat*, th. dactyl. Montpellier-I, 1984, §95.

¹⁷⁷¹ *Contra*, pour qui le « devoir d'exécuter » – qu'il soit certain ou incertain – concerne seulement l'exigibilité de l'obligation : AUDIT (P.-E.), *La « naissance » des créances, Approche critique du conceptualisme juridique*, Nvllle Bibl. de thèses, t. 141, Dalloz, 2015, §542. Sur la critique de cette approche, v. *supra*, n° 123.

Le recours à la fiction juridique dans l'art. 1304-6 al. 3 est donc inutile puisqu'au jour de la promesse, l'engagement existe, mais les obligations sont inexistantes¹⁷⁷².

601. Par l'option – Pendant toute la durée de la promesse unilatérale, le bénéficiaire est titulaire du « droit d'obtenir la création d'une situation juridique nouvelle »¹⁷⁷³. Par définition, les droits inhérents à l'opération promise sont donc futurs et éventuels : ils naîtront si l'option est exercée. Cela signifie-t-il pour autant que l'option reporte la naissance des obligations contractuelles ? La question est importante, car elle conditionne l'analyse unitaire des contrats de promesse. Or, il semble bien que l'option suspende, non pas la formation d'un contrat, mais seulement la naissance des obligations contenues dans l'opération promise. Le pouvoir que détient le bénéficiaire doit en effet lui permettre de faire naître des obligations à la charge du promettant, conformément à l'engagement qu'il a d'ores et déjà pris en concluant une promesse. Pour rappel, le promettant est en effet *engagé*, mais il n'est pas encore *obligé*¹⁷⁷⁴. Ce n'est donc que si l'engagement réciproque est pris par le bénéficiaire au moyen de la levée d'option, que naîtra le rapport d'obligation dont le contenu avait été déterminé lors de la conclusion de la promesse¹⁷⁷⁵. Cette solution est compatible avec le principe de liberté contractuelle, au contraire de l'analyse classique qui consiste à dire que le bénéficiaire dispose du droit unilatéral de former le contrat promis¹⁷⁷⁶. En réalité, son pouvoir se borne à transformer un engagement en une somme d'obligations.

602. Rejet de la qualification d' « obligations imparfaites » – La naissance des obligations étant purement et simplement reportée, cela nous conduit à rejeter toute analyse qui serait fondée sur l'existence d' « obligations imparfaites »¹⁷⁷⁷. Des auteurs retiennent en effet que l'obligation existe, mais demeure

¹⁷⁷² De ce point de vue, l'engagement constitue « une emprise de l'individu sur son avenir réalisée par une promesse saisie par le droit. Ainsi, ce n'est qu'un moyen de parvenir à une fin, à la réalisation d'une prestation dans le futur. Et c'est l'obligation (contraignante) issue de l'engagement, de la promesse, qui crée le lien entre la promesse initiale et la prestation future », GRIMALDI (C.), th. préc., §55.

¹⁷⁷³ BOYER (L.), « Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avants-contrats », art. préc.

¹⁷⁷⁴ V. *supra*, n° 508 et s.

¹⁷⁷⁵ Dans un sens proche, v. WICKER (G.), « L'engagement du promettant : engagement au contrat définitif », art. préc. L'auteur note en particulier (§31) que pour admettre l'idée selon laquelle le promettant a déjà consenti au contrat définitif il « faut également admettre que la réalisation du contrat n'obéit pas à une logique purement linéaire ; que, de la promesse unilatérale au contrat définitif, sa réalisation ne se conçoit pas en mode successif, mais en mode progressif. Et par conséquent que le contrat imparfait est déjà le contrat en germe ».

¹⁷⁷⁶ Dans son étude consacrée au droit d'option M. Najjar note qu'il « s'agit là de l'effet du contrat conclu et non de l'option au sens strict », NAJJAR (I.), th. préc., §312.

¹⁷⁷⁷ La notion d' « obligation imparfaite » participe d'un mouvement plus large tendant à reconnaître dans les effets intermédiaires de l'acte des effets ou des droits *imparfaits*. En ce sens, MERLAND (L.), *Recherche sur le provisoire en droit privé*, PUAM, 2001, §547 : « Le définitif est ce droit parfait, qui épuise les nécessités d'une situation donnée, tandis que le provisoire est son contraire, ce droit imparfait qui pourvoit tant que faire se peut aux nécessités des situations de faits et demeure par conséquent un droit d'attente ». V. égal. CHABAS (F.), *Obligations, Théorie générale*, t. II, vol. 1, Leçons de droit civil, Montchrestien, 9^{ème} éd. 1998, §1029 et s.

imparfaite¹⁷⁷⁸, voire qu'elle existe au moins « en germe »¹⁷⁷⁹. Une telle approche est selon nous contestable, car au moment où la promesse se forme, une incertitude pèse sur la possibilité de demander un jour l'exécution des obligations inhérentes à l'opération finale. Or, on voit mal comment une telle incertitude pourrait peser sur l'exécution de l'obligation sans la menacer dans son existence même, l'obligation étant une prestation en puissance¹⁷⁸⁰. Par conséquent, il ne saurait y avoir d'obligation si le créancier ne détient pas *a minima* un droit à l'exécution, serait-il futur. Réciproquement, s'agissant du statut du débiteur d'une telle obligation, on voit bien qu'il est contestable de dire qu'il est obligé à une époque où l'exigibilité future de l'obligation est incertaine. En réalité, nul n'est formellement obligé tant qu'il n'est pas certain qu'un jour, le créancier de cette obligation aura la possibilité d'en demander l'exécution¹⁷⁸¹. La promesse donne donc naissance à des droits et obligations éventuels, c'est-à-dire futurs. Comme l'a remarqué M. Putman à propos de la promesse synallagmatique de vente, « bien que l'acte générateur soit conclu, l'obligation de transférer la propriété, et celle de payer l'intégralité du prix ne sont pas « nées » à proprement parler, la réalisation des conditions suspensives constituant un second élément générateur, nécessaire à la réalisation effective de la vente »¹⁷⁸².

603. L'absence des effets légaux – L'opération contractuelle ne se réduisant pas à des obligations, il convient de remarquer que la promesse reporte pareillement les divers effets légaux, c'est-à-dire ceux qui ne se produisent pas par le biais d'une obligation. Pourtant, la conception actuelle de la promesse fournit une explication complexe et ce faisant, ambiguë, de ce phénomène de report. La promesse est en effet définie comme un contrat ayant pour objet une option, laquelle serait une « créance originale, que le créancier peut transformer unilatéralement en un droit réel de propriété »¹⁷⁸³. La créance naîtrait donc dès la conclusion de la promesse, mais pourrait se transformer par l'effet de la levée d'option. Outre qu'elle n'est valable que pour la promesse portant sur une opération ayant vocation à réaliser un transfert de propriété, l'analyse est contestable parce qu'elle repose sur l'identification d'une créance imparfaite. Or, on ne saurait identifier un droit de créance tout en affirmant que « ses effets à proprement parler ne commenceront que du jour où la condition ou l'éventualité se réalisera, c'est-à-dire de l'instant où, la situation prévue se produisant, on va vouloir mettre en œuvre les préparatifs que l'on avait faits pour y faire

¹⁷⁷⁸ WICKER (G.), th. préc., §152. C'est d'ailleurs sur ce point que M. Ancel se détache de l'analyse défendue par M. Wicker. Ayant perçu que la promesse avait simplement une force obligatoire à raison de sa formation définitive, il note que « le promettant n'est pas dans la situation d'un débiteur, mais qu'il est, plus fondamentalement, tenu par le contrat », ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel », art. préc., §22.

¹⁷⁷⁹ C'est une idée que l'on retrouve dans la plupart des manuels de droit des obligations (v. les sources préc.) mais aussi dans le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance du 10 février 2016 : « *tant que la condition n'est pas réalisée, l'obligation conditionnelle n'existe qu'en germe, seul l'accomplissement de la condition rend l'obligation pure et simple* ».

¹⁷⁸⁰ V. *supra*, n° 123.

¹⁷⁸¹ Tout en affirmant que l'acte donne naissance à une obligation imparfaite, M. Wicker retient d'ailleurs que cela a pour effet de reporter son exigibilité (th. préc., §294). Autrement dit, l'obligation serait née mais pas encore exigible, ce qui est contraire à l'approche classique de l'efficacité attachée à une condition suspensive.

¹⁷⁸² PUTMAN (E.), th. préc., §14.

¹⁷⁸³ MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, §101.

face »¹⁷⁸⁴. En réalité, aucun droit n'existe avant la levée de l'option ou la réalisation de la condition suspensive. On voit mal en effet comment cet effet pourrait exister « en germe »¹⁷⁸⁵. L'effet légal se produira au moment de perfection de l'acte de sorte que l'option et la condition suspendent cet effet de la même manière qu'ils suspendent la naissance des obligations.

604. Défaut de vigueur de la norme – Au-delà des obligations et du transfert de propriété, sur lesquels on raisonne habituellement, la promesse suspend ainsi l'ensemble des droits subjectifs inhérents à l'opération promise. Quelle que soit la nature de l'opération, la promesse a manifestement pour spécificité de reporter sa réalisation dans son ensemble. Le report affectant tous les effets de droit, qu'il s'agisse de droits de créance ou d'autres droits subjectifs, qu'ils soient l'objet d'une création, extinction, modification ou translation, il en résulte une véritable imperfection de l'acte. C'est donc plus largement la norme issue de l'acte juridique qui voit sa vigueur reportée. Comme l'a remarqué M. Latina, « la condition affecte en réalité l'efficacité même du contrat dans toute sa diversité, c'est-à-dire les normes contractuelles elles-mêmes »¹⁷⁸⁶. Ce raisonnement s'étend à la promesse optionnelle, étant entendu que, comme la condition suspensive, l'option suspend la réalisation de l'opération juridique promise. Du fait de l'imperfection de l'acte, on assiste à une véritable discordance entre le moment où l'acte acquiert la force obligatoire et le moment où la norme entre en vigueur. Si l'on suit Eisenmann, les normes entrent en effet en vigueur dès lors « que ce qu'elles prescrivent doit s'accomplir, ce qu'elles accordent peut être invoqué, en un mot : quand elles sont source d'obligations et de droits »¹⁷⁸⁷. Par le simple fait qu'elle existe, la promesse n'impose donc pas encore l'observation de la norme qui enserme l'opération promise. Cela nous conduit à rejeter fermement l'idée de droits en cours de formation, « en germe » ou « imparfaits », et à opter sans ambiguïté pour la qualification de droits futurs. Cela est encore plus évident lorsque l'opération repose sur la modification, le transfert ou l'extinction d'un droit. Si on pouvait peut-être envisager une naissance progressive du droit, on ne saurait concevoir une modification, un transfert ou une extinction progressive d'un droit.

605. Droits futurs versus droits actuels – Si la promesse diffère donc la réalisation de l'opération juridique, elle comporte en tout état de cause un engagement du promettant, ce qui la singularise au sein de la catégorie des actes prospectifs. C'est ce que nous allons voir en remarquant que la promesse donne

¹⁷⁸⁴ DEMOGUE (R.), « Nature et effets des droits éventuels », *RTD Civ.* 1906. 231, spéc. p. 282.

¹⁷⁸⁵ CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, §760 : « Dirait-on qu'un effet translatif est en germe, c'est-à-dire qu'il existe, mais ne se produit pas ? Il aurait donc été nettement plus juste de prévoir que la condition suspensive affectait la naissance de l'obligation et, plus largement, la production même de l'effet du contrat ».

¹⁷⁸⁶ LATINA (M.), th. préc., §113.

¹⁷⁸⁷ EISENMANN (Ch.), « Le régime des actes administratifs unilatéraux – 1959-1960 », *Cours de droit administratif*, t. II, LGDJ, Lextenso éd., Coll. Anthologie du droit, 2014, p. 673 s., spéc. §2.

naissance à une « situation juridique originale et définitivement constituée »¹⁷⁸⁸, qui doit être strictement distinguée de l'opération juridique future.

2 - Des droits actuels intermédiaires

606. Des droits actuels, mais intermédiaires – Toute promesse comporte *a minima* un engagement : celui du ou des promettants. Par conséquent, la promesse donne immédiatement naissance à des droits qui ont pour fonction de protéger la réalisation future de l'opération juridique, conformément à l'engagement qui a été pris¹⁷⁸⁹. Là encore, on ne saurait dire que la promesse donne naissance à « un droit *imparfait*, préliminaire à la naissance du droit parfait et qui permet à son titulaire d'exercer certaines prérogatives »¹⁷⁹⁰. Les droits et devoirs auxquelles la promesse donne naissance dès sa formation sont en effet distincts des droits et obligations inhérents à l'opération juridique promise. Il s'agit de droits actuels dont la spécificité est d'être intermédiaires. Contrairement aux droits futurs inhérents à la finalité de l'acte, la promesse donne donc naissance à des droits qui sont définitivement constitués¹⁷⁹¹. La somme de ces droits constitue donc une situation juridique, c'est-à-dire un « complexe de droits et de devoirs, de prérogatives et de charges qui se crée autour d'un fait ou d'un état ou d'un acte, lequel engendre des effets juridiques »¹⁷⁹². En l'occurrence, cette situation juridique est porteuse de droits permettant de protéger les droits de la future opération juridique, qualifiés d'éventuels parce que le promettant a d'ores et déjà pris un engagement¹⁷⁹³.

607. La préservation des droits éventuels – La conclusion de la promesse est toujours suivie d'une période d'imperfection, qui donne lieu à la préservation de l'engagement d'ores et déjà souscrit par le promettant. La situation juridique ainsi constituée permet aux parties de s'assurer que l'opération promise pourra se réaliser si toutefois l'acte venait à se parfaire. La consistance de cette situation juridique peut varier selon que la perfection est subordonnée à la réalisation d'une condition ou à la levée de l'option. Lorsque l'acte est conclu sous condition suspensive, la promesse produit une série d'effets censés protéger les parties ou la partie au profit de laquelle la condition suspensive a été instituée. *Pendente conditione*, une

¹⁷⁸⁸ DESHAYES (O.), GENICON (Th.), LAITHIER (Y.-M.), *op. cit.*, p. 180.

¹⁷⁸⁹ VERDIER (J.-M.), th. préc., §248 : « il s'agit d'un *droit présent à l'acquisition d'un droit futur*, plus précisément d'un droit au maintien des éléments nécessaires à son acquisition autres que la réalisation de la condition ».

¹⁷⁹⁰ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Condition », Y. BUFFELAN-LANORE, J.-D. PELLIER, 2020, §92.

¹⁷⁹¹ En ce sens L. Boyer note que du fait de son autonomie la promesse « donne aux parties certains droits, elle les soumet à certaines obligations dont l'existence juridique n'est soumise à aucune éventualité », BOYER (L.), « Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avants-contrats », art. préc.

¹⁷⁹² ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situation juridique*, Dalloz, 1963, p. 138.

¹⁷⁹³ M. Latina, qui rejette comme nous l'idée de droits ou obligations « en germe », justifie les droits *pendente conditione* par le fait que le contrat est déjà né. Il note que « s'il n'y a pas encore de créancier et de débiteur, il y a d'ores et déjà des contractants » (LATINA (M.), « Articles 1304 à 1304-7 : contribution relative aux conditions suspensives et résolutoires », *RDC* 2015/ 3, p. 796, §4). Selon nous c'est plus précisément la présence de l'engagement qui justifie de tels droit intermédiaires. En ce sens également : *JurisClasseur Civil Code*, Fasc. 30, Art. 1304 à 1304-7, J.-J. TAISNE, §4.

série de prérogatives est donc ouverte au titulaire des droits éventuels. Cette solution est aujourd'hui clairement retenue à l'art. 1304-5 du code civil, qui énonce en son alinéa 1^{er} qu' « *avant que la condition suspensive ne soit accomplie, le débiteur doit s'abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l'obligation ; le créancier peut accomplir tout acte conservatoire et attaquer les actes du débiteur accomplis en fraude de ses droits* ». Même si le texte ne vise que la promesse conditionnelle – cette disposition relevant du régime juridique de la condition suspensive – la solution devrait être identique dans le cas d'une promesse optionnelle. Concrètement cela signifie que le débiteur devra s'abstenir de porter atteinte à la constitution future des droits éventuels. On peut y voir une application spécifique du devoir de bonne foi et plus fondamentalement de la force obligatoire, puisque l'engagement en vue de l'opération fonde cette protection. Dans l'exemple classique de la promesse de vente, le vendeur aura donc le devoir d'entretenir le bien comme un propriétaire raisonnable, afin que l'acquéreur prenne finalement possession du bien dans un état similaire à celui dans lequel il se trouvait au jour de conclusion de la promesse. Il devra également s'abstenir de tout acte susceptible d'entraver la réalisation future de l'opération. De son côté, le créancier peut se prévaloir de la promesse pour demander la mise en œuvre de toutes les mesures conservatoires aptes à sauvegarder son droit. C'est ainsi que la qualification de promesse explique le soi-disant effet de garantie existant dans le cautionnement de dettes futures. Reste à savoir si le créancier peut aller au-delà d'une simple conservation de son droit.

608. L'anticipation relative de la finalité – Au-delà de l'attente qu'aménage la promesse, les parties peuvent être tenues par des obligations qui tendent à anticiper la réalisation de l'opération promise sans jamais se confondre avec elle. Aucune exécution anticipée ne saurait en effet advenir sans porter atteinte à l'essence même de l'acte imparfait : la finalité dépend exclusivement d'une condition de perfection. Certains effets attachés à la promesse avant sa plénitude se présentent malgré tout comme une anticipation mesurée des effets à venir. Ils prennent alors une qualification particulière qui sert à marquer leur caractère provisoire. C'est le cas, pour prendre l'exemple le plus évident, de l'indemnité d'immobilisation versée par le bénéficiaire de la promesse unilatérale de vente.

609. L'indemnité d'immobilisation – L'indemnité d'immobilisation versée par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente immobilière est l'effet provisoire le plus emblématique de la situation d'anticipation que réalise cet acte. Conçue comme une contrepartie de l'option conférée au bénéficiaire, c'est-à-dire comme le prix de l'exclusivité, la jurisprudence veille à ce qu'elle ne soit pas confondue avec le prix de la vente¹⁷⁹⁴. Il s'agit donc d'une véritable obligation intermédiaire attachée à la promesse, distincte des obligations inhérentes à la vente que sont le paiement du prix de vente et la livraison de la chose. Pour autant, elle constitue également une avance sur le prix. À la levée de l'option, l'indemnité d'immobilisation

¹⁷⁹⁴ Civ. 1^{ère} 5 décembre 1995, n° 93-19.874, *Bull. Civ. I*, n° 452 : « *L'indemnité d'immobilisation, stipulée dans une promesse unilatérale de vente comme acquise au promettant en cas de défaut de réalisation de la vente, constitue le prix de l'exclusivité consentie au bénéficiaire de la promesse* ».

sera en effet soustraite du montant du prix restant à payer. Cela s'explique simplement. Une fois la vente réalisée, le vendeur trouve satisfaction par la réalisation de l'opération de vente qu'il projetait initialement. Aussi, il ne saurait tirer un avantage supplémentaire de l'immobilisation qu'il a dû réaliser au profit du bénéficiaire de la promesse. Ce prix de l'exclusivité n'avait que pour objet de dédommager le vendeur pour le cas où la vente ne se réaliserait pas. Dès lors qu'elle se réalise, l'indemnité est naturellement retranchée du prix de vente. D'ailleurs l'obligation de verser une indemnité d'immobilisation, dont le bénéficiaire est débiteur, n'a pas pour effet de bilatéraliser la promesse unilatérale¹⁷⁹⁵. Elle est la contrepartie de l'immobilisation, et non de l'engagement de vendre. En somme elle ne participe pas de l'opération contractuelle promise et la promesse reste unilatérale parce que le promettant est le seul à s'être engagé en vue de l'opération finale¹⁷⁹⁶. Seul l'engagement d'acquérir que prendra éventuellement le bénéficiaire fera office de contrepartie lors de la levée de l'option. Avant la levée de l'option, le bénéficiaire n'a pas pris d'engagement, raison pour laquelle l'indemnité d'immobilisation ne saurait d'ailleurs être qualifiée de faculté de dédit¹⁷⁹⁷. Néanmoins, on peut se demander si son montant est susceptible de jouer sur la qualification de l'indemnité d'immobilisation et partant, sur la qualification du contrat lui-même. Si l'indemnité d'immobilisation est d'une importance telle qu'elle équivaut au prix de vente, on pourrait en effet penser que le contrat conclu est un véritable contrat de vente¹⁷⁹⁸. Il est vrai que dans ce cas l'éventualité de réalisation de la vente est moindre, car le bénéficiaire a tout intérêt à lever l'option : s'il ne le fait pas, il perdra une somme équivalente au prix de vente ; s'il le fait, il deviendra propriétaire en contrepartie de la somme versée. Un tel raisonnement est toutefois critiquable car la « quasi » certitude reste une éventualité, aussi forte soit-elle : il y a une véritable différence de nature entre l'intention d'acquérir et l'engagement d'acquérir. Le promettant ne peut donc pas encore compter sur un engagement réciproque. Aujourd'hui la position de la Cour de cassation sur cette question n'est pas totalement tranchée. Alors que la première chambre civile et la chambre commerciale retiennent la qualification de promesse, quel que soit le montant de l'indemnité d'immobilisation¹⁷⁹⁹, la troisième chambre civile juge nécessaire de vérifier que le montant de l'indemnité ne prive pas le bénéficiaire de sa faculté d'acheter¹⁸⁰⁰. L'opposition entre les chambres n'est toutefois qu'apparente, car dans l'un et l'autre cas, la promesse unilatérale n'est pas requalifiée en promesse synallagmatique. Se pose simplement la question de la révision du montant de l'indemnité. Sauf à

¹⁷⁹⁵ Les rares auteurs qui considèrent la promesse comme un contrat synallagmatique, même lorsqu'elle est unilatérale, sont ceux qui défendent une complète autonomie de la promesse par rapport à un contrat définitif : BENAC-SCHMIDT (F.), *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, thèse, LGDJ, 1983, spéc. §74 et s.

¹⁷⁹⁶ En ce sens : Com. 25 avril 1989, *Bull. Civ. IV*, n° 136 ; *Defrénois* 1991, 108, note Dagorne-Labbé.

¹⁷⁹⁷ Le dédit suppose en effet qu'un engagement préalable d'acquérir ait été pris.

¹⁷⁹⁸ En ce sens : Com. 20 novembre 1962 ; *D.* 1963, p. 3 – Com. 13 février 1978, *Bull. Civ. IV*, n°60 – Civ. 3^{ème} 31 mars 1981 ; *Gaz. Pal.* 1981, 2, p. 308.

¹⁷⁹⁹ La Cour de cassation retient que même si l'indemnité d'immobilisation est d'un montant proche du prix de la vente envisagée, cela n'ôte pas sa qualification à la promesse : « *le versement d'un dépôt de garantie d'un montant presque égal au prix de vente ne préjudicie en rien à la qualification de cet acte* » (Civ. 1^{ère} 1^{er} décembre 2010, n° 09-65.673, *Bull. Civ. I*, n° 252). En ce sens déjà : Com. 8 novembre 1972, n°s 71-12.459 et 71-12.479, *Bull. Civ. IV*, n° 280, *JCP G* 1973, II, 17565, note B. Boccara.

¹⁸⁰⁰ Civ. 3^{ème} 26 septembre 2012, n° 10-23.912, Inédit ; *RTD Civ.* 2012, 723, obs. B. Fages ; *RDC* 2013/1, p. 59, obs. Y.-M. Laithier.

démontrer que la clause prévoyant l'indemnité est abusive, il semble que celle-ci ne puisse pas être critiquée, car librement déterminée par les parties.

610. La pratique du « closing » – Que la promesse puisse ainsi faire naître une situation intermédiaire entre les parties devrait nous permettre de prendre position sur la qualification des étapes *signing* et *closing* qui concourent à la conclusion de certains contrats. Il arrive en effet que des contrats, qui donnent lieu à de longues négociations, soient apparemment conclus en deux temps : une première phase permet aux parties de s'accorder sur l'opération à réaliser, c'est le *signing*, puis une seconde phase leur permet de justifier de la réunion d'un certain nombre de conditions, c'est le *closing*. Cette pratique est très courante dans le domaine des opérations de cession et acquisition d'actions de sociétés. Or, la reprise de ces anglicismes est porteuse d'incertitudes. À bien y regarder, il semble toutefois que la succession de ces deux phases permette moins d'échelonner la procédure de formation en elle-même, que de dissocier la date de formation définitive du contrat de la date de sa perfection¹⁸⁰¹. Dans ce cas en effet, bien qu'elles se soient accordées sur l'opération à réaliser et qu'elles se soient engagées en vue de celle-ci, les parties ont subordonné sa réalisation à une série de *Conditions Precedent*, dont nous verrons qu'elles peuvent être qualifiées de conditions suspensives¹⁸⁰². Il s'agit donc d'une promesse, le *closing* faisant office de moment de perfection du contrat¹⁸⁰³. Cette qualification se trouve renforcée une fois remarqué que les obligations qui naissent après l'étape du *signing* constituent des obligations intermédiaires, tout à fait distinctes des conditions suspensives qui diffèrent le moment de perfection. C'est ce qui ressort de l'art. 5.3.1 des Principes Unidroit qui distingue au sein des *Conditions Precedent*, les véritables conditions suspensives d'une part et les « obligations que les parties sont convenues de réaliser avant que l'opération ne soit formellement conclue (et parfaite) ». Rien n'empêche donc de considérer que la promesse donne naissance à des obligations intermédiaires, dont le but est d'anticiper la réalisation éventuelle de l'opération promise, dont la réalisation aura lieu au moment du *closing*.

611. La passivité exigée du créancier – Si la prévision d'obligations intermédiaires est admise, c'est à la condition que cela ne bouleverse pas l'équilibre de l'opération à réaliser. Ainsi, les obligations préalables au *closing* doivent préparer la réalisation de l'opération convenue entre les parties, mais elles ne peuvent en aucun cas conduire à une exécution anticipée. Toute attitude déloyale qui consisterait à modifier l'équilibre de l'opération finale devrait donc être prohibée. Par exemple, l'acquéreur ne doit pas pouvoir réaliser un profit au détriment du vendeur en aménageant par avance la prise de possession du bien promis à la vente. Un arrêt rendu le 19 janvier 2022 par la Cour de cassation en fournit une bonne illustration¹⁸⁰⁴.

¹⁸⁰¹ FONTAINE (M.), « La théorie de la formation du contrat et la pratique du « closing » », *Mél. Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2005, p. 361, §26, pour qui le contrat « est bien conclu à la date du « signing » ».

¹⁸⁰² V. *infra*, n° 737.

¹⁸⁰³ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *op. cit.*, §253.

¹⁸⁰⁴ Civ. 3^{ème} 19 janvier 2022, n° 20-13.951, Inédit ; *JCP* 2022, n° 257, G. Loiseau ; *AJDI* 2022. 309 ; *RTD civ.* 2022. 374, H. Barbier et 414, P.-Y. Gauthier ; *Dalloz actu.* 25 janv. 2022, obs. C. Hélaine ; *Defrénois* 2022, n° 17, p. 27,

Dans cette affaire, les parties avaient conclu une promesse unilatérale de vente portant sur un bien loué. Naturellement, le prix de vente convenu entre les parties était moindre que pour la vente d'un bien libre de toute occupation, ce qui n'avait pas échappé au bénéficiaire de la promesse. Alors que l'option était encore pendante, ce dernier s'était engagé à verser cent mille euros au preneur contre la libération des lieux, dans l'optique de le revendre immédiatement après, pour un prix d'un montant supérieur. Le vendeur ayant appris la libération des lieux dans l'intervalle avait donc assigné l'acquéreur en indemnisation : selon lui le montant du prix devait être révisé à la hausse pour tenir compte de cette libération. Les juges du fond ont fait droit à sa demande et ont condamné l'acquéreur à lui verser trois cent mille euros, montant estimé du manque à gagner pour la vente du bien libéré. La solution est approuvée par la Cour de cassation. Bien que la clarté de la motivation laisse à désirer, on comprend que les hauts magistrats se sont fondés sur l'exigence de bonne foi pour sanctionner l'acquéreur qui avait modifié la valeur du bien vendu entre le jour de conclusion de la promesse et le jour de sa perfection ; affectant l'équilibre de l'opération convenue. Par cet arrêt, les hauts juges exigent donc du créancier qu'il s'abstienne de modifier la valeur du bien en anticipant sa revente. Une certaine passivité de l'acquéreur est donc exigée durant la durée d'imperfection de l'acte, de sorte que l'immobilisation vaut pour les deux parties à l'acte.

612. La présence d'un engagement dans la promesse permet donc de donner naissance à des droits intermédiaires dont la fonction est de protéger les droits futurs, inhérents à l'opération promise. Pour cette raison, les droits futurs méritent la qualification de « droits éventuels ». De tels droits ne sauraient être produits par les autres actes prospectifs, car ils ne comprennent aucun engagement de leur auteur.

B - Lorsque l'acte ne comporte aucun engagement : une simple expectative

613. Droits futurs en l'absence d'engagement – Le contrat de mariage, le testament et l'offre étant également des actes prospectifs, on pourrait penser que les droits inhérents à l'opération qu'ils doivent réaliser méritent la qualification de « droits éventuels ». Toutefois cela reviendrait à confondre une simple « expectative de droits » avec la notion, strictement définie, de droit éventuel. Si la naissance des droits est évidemment incertaine, en faisant des droits futurs, ces derniers ne constituent pas des droits éventuels en l'absence de tout engagement de leur auteur. Nous avons en effet déjà vu longuement que l'offre ne contient aucun engagement de la part de son auteur¹⁸⁰⁵. La raison essentielle tient dans l'autonomie fonctionnelle de l'offre qui perdrait toute spécificité par rapport au contrat si elle était assimilée à un engagement unilatéral de l'offrant. Il en va de même pour le contrat de mariage dans la mesure où les futurs époux ne s'engagent à rien, si ce n'est à respecter le contrat de mariage « si » le mariage s'en suit. La conclusion de ce contrat

obs. M. Bouirat ; *LEDC* 2022, n° 4, p. 2, obs. L. Molina ; *JCP G* 2022, n° 7-8, doct. 257, obs. G. Loiseau ; *JCP N* 2022, n° 19, 1159, obs. M. Mekki.

¹⁸⁰⁵ V. *supra*, n° 491 et s.

ne vaut donc pas engagement au mariage¹⁸⁰⁶. On ne saurait pas davantage voir dans le testament un quelconque engagement du testateur envers ses légataires : disposant de biens à venir et à cause de mort, il ne prend pas un engagement de léguer les biens et droits aux personnes désignées. Or, comme le note M. Putman, « celui qui attend d'être un jour créancier n'est pas créancier, il est dans l'expectative »¹⁸⁰⁷. Les droits futurs, censés découler de l'opération juridique, représentent donc une simple expectative au moment où l'acte se forme. C'est ce que nous allons confirmer en remarquant que les actes, bien que formés, ne donnent naissance ni aux droits inhérents à l'opération finale ni à aucune prérogative destinée à protéger leur réalisation.

614. Absence de droits découlant du contrat de mariage – On qualifie parfois le contrat de mariage de contrat à terme suspensif : formé devant notaire, son exécution serait simplement suspendue jusqu'à la célébration du mariage¹⁸⁰⁸. Pourtant cette qualification est inadéquate parce qu'aucune obligation ne pèse sur les futurs époux avant que le mariage ne soit célébré. Le contrat est donc dépourvu d'effets. Futurs, les effets de droit constituent surtout une simple expectative pour les parties. Les époux n'ayant pas pris un engagement de se marier, on ne saurait protéger les effets à venir. Par conséquent, si l'un des époux nourrit une espérance quant à la prévision qui a lieu par ce contrat, celle-ci n'est pas légitime. Seul fait exception le cas dans lequel l'un des époux commet une fraude en tournant par exemple la qualification d'un bien devant rejoindre la masse des biens communs¹⁸⁰⁹. Mais la qualification comme fraude à la loi signifie bien que les effets du contrat sont reportés à un stade ultérieur à sa formation.

615. Absence de droits découlant de l'offre – Imparfaite, l'offre est également impuissante à faire naître des obligations, la nature « contractuelle » des obligations recherchées impliquant l'existence d'un accord de volontés, c'est-à-dire un contrat. Dire que ces obligations existent d'ores et déjà dans leur forme imparfaite au stade où l'offre est émise est donc tout aussi ambigu que pour la promesse. En toute hypothèse, l'offre se borne à décrire l'obligation future sans lui donner naissance¹⁸¹⁰. Il est donc plus juste de retenir que l'obligation naîtra au jour de formation du contrat, en somme, qu'il s'agit d'un effet futur. Concrètement, l'offre donne seulement naissance à la possibilité de former un contrat par l'acceptation,

¹⁸⁰⁶ Un tel engagement serait d'ailleurs proscrit. Si notre droit n'interdit pas formellement les promesses de mariage, ce à quoi peuvent correspondre les fiançailles, celles-ci n'ont pas la valeur juridique qu'on y attache en principe, leur rupture étant simplement sanctionnée sur le terrain de la responsabilité délictuelle.

¹⁸⁰⁷ PUTMAN (E.), *La formation des créances*, th. dactyl., Aix-Marseille, 1987, §470.

¹⁸⁰⁸ En ce sens : *JCl. Civil Code*, Art. 1394 et 1395 ; *Notarial Répertoire*, « Contrat de mariage », fasc. 30.

¹⁸⁰⁹ V. *infra*, n° 842.

¹⁸¹⁰ *Contra* : WICKER (G.), th. préc., §135 : « Par la publication de l'offre il consent au contrat et à l'obligation qu'il engendre. Mais, parce que l'acceptation n'est pas encore intervenue, les obligations contractuelles ne peuvent recevoir exécution. Il n'en résulte pas pour autant que l'obligation contractuelle du pollicitant soit sans existence. Dans la mesure où il a consenti, à son égard l'obligation existe, en ce sens qu'elle représente la renonciation à une part de son autonomie juridique et de ses prérogatives ».

donc un « droit de choisir »¹⁸¹¹, un « pouvoir de former le contrat par un simple oui »¹⁸¹². À défaut d'engagement de la part de son auteur, cela ne suffit toutefois à pas à retenir qu'il existe un droit éventuel au contrat. Même si l'offrant est « à la merci de l'acceptation du destinataire »¹⁸¹³, ce dernier ne dispose d'aucune prérogative lui permettant de protéger une espérance de contrat. De deux choses l'une : soit il accepte le contrat de sorte que les droits futurs deviennent des droits présents, actuels ; soit il demeure dans une situation passive et ne bénéficie d'aucune prérogative destinée à protéger un droit éventuel¹⁸¹⁴. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence, et désormais la loi (art. 1117 c. civ.), retiennent que l'offre est caduque en cas de décès de son destinataire, parce qu'« aucune créance mobilière ni aucun droit susceptible, comme dans l'hypothèse d'une promesse unilatérale de vente, d'être transférée à ses ayants droit, n'étaient entrés dans son patrimoine »¹⁸¹⁵. Si la Cour prend la peine de viser le cas de la promesse unilatérale, c'est parce que celle-ci fait naître un droit éventuel au contraire de la simple offre de contrat.

616. Droits découlant du testament – Pour prendre la mesure des droits produits par le testament, une distinction s'impose. Bien que demeurant imparfait jusqu'à l'acceptation du legs par le légataire¹⁸¹⁶, le testament produit deux situations juridiques successives : tout d'abord au moment de sa formation, puis au moment du décès de son auteur.

617. Absence initiale de droits – À compter de la formation du testament et jusqu'au décès du testateur, on peut dire que le legs est doté d'une existence virtuelle¹⁸¹⁷. Le testateur ne prend en effet aucun engagement envers les légataires désignés puisqu'il est parfaitement libre de disposer des biens et droits légués de son vivant. Cette solution s'étend à l'institution contractuelle exceptionnellement admise entre époux, dont les effets sont similaires à ceux d'une libéralité à cause de mort. À défaut d'engagement définitif du testateur, l'identification d'un simple terme est donc illusoire¹⁸¹⁸. Elle l'est d'autant plus que la réalisation du legs est subordonnée au prédécès du testateur, qui est un événement incertain. Faute pour le testateur d'avoir pris un engagement au moment de la formation du testament, le légataire ne dispose donc

¹⁸¹¹ NAJJAR (I.), *Le droit d'option : contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Bibl. de dr. privé, t. 85, LGDJ, 1967, §3.

¹⁸¹² *JurisClasseur Civil Code*, Contrat, « Formation du contrat – Offre et acceptation », Art. 1113 à 1122, B. PETIT et S. ROUXEL, §15.

¹⁸¹³ DESHAYES (O.), GENICON (Th.), LAITHIER (Y.-M.), *op. cit.*, p. 117. Selon une autre formule, l'offrant n'a pas besoin de « confirmer » sa volonté de conclure : BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, *op. cit.*, §75.

¹⁸¹⁴ Demogue, qui analysait l'offre comme un engagement unilatéral de son auteur au maintien de sa proposition, estimait logiquement que l'offre fait naître un droit éventuel : DEMOGUE (R.), « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD Civ.* 1905. 723, spéc. p. 763.

¹⁸¹⁵ Civ. 1^{ère} 5 novembre 2008, n° 07-16.505, Inédit.

¹⁸¹⁶ V. *infra*, n° 666-667.

¹⁸¹⁷ Expression empruntée à : SÉRIAUX (A.), *Les successions, les libéralités*, *op. cit.*, p. 59.

¹⁸¹⁸ Tandis que la libéralité de biens présents, même affectée d'un terme, « garantit un transfert de propriété », la libéralité à cause de mort ne l'« assure jamais tant que le disposant est en vie (et qu'elle ne peut assurer pour la raison qu'elle ne porte que sur la succession) », GRIMALDI (M.), *Droit des successions*, *op. cit.*, §284.

d'aucun droit sur les biens de celui-ci, pas même un droit éventuel¹⁸¹⁹. Pas plus que le destinataire de l'offre ou le futur époux lié par contrat de mariage, le légataire ne dispose de « germes de droit »¹⁸²⁰. Les individus qui se savent désignés par le testament ne peuvent donc pas fonder une espérance légitime sur cet acte et ses suites éventuelles, ce qui explique notamment pourquoi le notaire ne peut pas communiquer sur le contenu du testament qu'il a authentifié du vivant du testateur. La solution est identique en présence d'une libéralité-partage : si un légataire se sachant désigné par le testament a fondé une espérance sur ce dernier, elle illégitime et le droit n'y apporte aucune protection.

618. Droits éventuels à compter du décès – À compter du décès du testateur, la situation change. La révocation du testament n'étant par définition plus possible, la simple expectative dont bénéficiait jusqu'alors le légataire se transforme en véritable vocation successorale¹⁸²¹. Il en résulte qu'au décès du testateur, une première condition de perfection s'accomplit, ce qui rend le légataire titulaire de droits éventuels. Même si la réalisation de la finalité attend encore que le légataire ait usé de son droit d'option, ses droits futurs méritent d'ores et déjà protection en raison de leur caractère éventuel. C'est ainsi qu'il faut comprendre le droit pour le légataire d'accomplir des actes conservatoires, de surveillance ou d'administration provisoire dans l'intervalle qui sépare le décès et l'exercice de l'option, et ce, sans que cela n'emporte acceptation de la succession (art. 784 c. civ.). C'est aussi ce qui explique que le légataire puisse, soit être saisi de la succession, soit demander la délivrance de son legs ou l'envoi en possession¹⁸²². Directement fondé sur le caractère « vraisemblable » de son titre successoral, le droit d'obtenir la possession du bien s'explique là encore par le caractère éventuel des droits qui bénéficient au légataire au moment du décès. Alors même que l'acte n'est pas encore devenu parfait, le légataire devient donc titulaire de droits et pouvoirs intermédiaires qui assurent la protection de son espérance légitime de recevoir les biens et droits légués. Cette dissociation temporelle intéresse également les libéralités successives, en cas de prédécès du premier gratifié. Une distinction s'impose toutefois. Le second gratifié d'une libéralité *résiduelle* n'a en effet aucun droit à venir sur les biens légués, que ce soit à l'égard du testateur ou à l'égard du premier gratifié, qui n'est pas tenu de conserver les biens¹⁸²³. Si la condition de résidu s'accomplit, le second gratifié deviendra titulaire d'un droit éventuel à ce moment-là, bénéficiant d'une protection jusqu'à son acceptation éventuelle. Le second gratifié d'une libéralité *graduée* dispose au contraire d'un droit éventuel dès le décès du testateur, à la condition bien sûr que le premier gratifié ait accepté le legs. En acceptant le legs, le premier

¹⁸¹⁹ « Il faut entendre que, dans l'immédiat, le gratifié n'acquiert aucun droit sur l'un quelconque des biens du testateur (ou de l'instituant), et qu'il n'a même pas la certitude d'en acquérir plus tard. La libéralité le pourvoit simplement d'un droit dans la succession du disposant, donc d'un droit sur un ou plusieurs biens que celui-ci laissera à son décès, s'il les laisse », GRIMALDI (M.), *Droit des successions, op. cit.*, §284. En ce sens égal., Carbonnier évoquait une simple « vocation », c'est-à-dire « moins qu'un droit, une simple expectative, une espérance », CARBONNIER (J.), *Droit Civil, Introduction – Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, PUF, Quadrige, 2004, §162.

¹⁸²⁰ *Contra* : TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), GAUDEMET (S.), *op. cit.*, §447.

¹⁸²¹ V. *infra*, n° 717.

¹⁸²² V. *infra*, n° 718.

¹⁸²³ HUDE (L.), BRENNER (C.), « Les libéralités graduelles et résiduelles : du sommeil au réveil ? », *JCP N* 2016. 1196, §31. Ils ajoutent qu'il n'a qu'un « titre providentiel ».

gratifié a en effet nécessairement pris un engagement à l'égard du second gratifié, la charge étant indissociable du legs. Titulaire d'un droit éventuel, le second gratifié peut profiter de la protection afférente à ce droit dès l'acceptation du legs par le premier gratifié.

619. Bilan sur l'expectative – En définitive, faute pour leur auteur d'avoir pris un engagement en vue de la finalité, l'offre, le testament et le contrat de mariage ne donnent naissance qu'à une simple expectative au moment de leur formation. Les droits futurs n'ayant pas la qualité de droits éventuels, aucun droit intermédiaire ne saurait les protéger par avance. Seul le testament déroge partiellement à cette présentation. L'identification de droits intermédiaires à compter du décès du testateur, justifiés par le caractère éventuel des droits à venir, permet ainsi de prendre la mesure du développement temporel de ses effets.

620. Conclusion du §1 – L'acte prospectif donne ainsi naissance à une situation juridique intermédiaire. Elle n'est certes pas homogène, car les actes imparfaits ne se réduisant pas à l'unité du point de vue de leurs effets intermédiaires. La présence d'un engagement en vue de la réalisation de l'opération juridique paraît déterminante. Cette approche pragmatique présente toutefois l'intérêt de relever et d'expliquer les différences de régime entre les différents actes prospectifs durant tout le temps où ils demeurent imparfaits : on peut ainsi distinguer les actes qui donnent naissance à une simple expectative et ceux qui donnent naissance à des droits éventuels. En toute hypothèse, la situation juridique intermédiaire ne se confond jamais avec la finalité de l'acte. Pour cette raison, elle ne saurait durer éternellement. Tôt ou tard, elle devra laisser place à la finalité éventuelle ou disparaître avec l'acte. Cela nous incite à étudier en dernier lieu la durée de la situation juridique née de l'acte prospectif.

§2 - UNE SITUATION JURIDIQUE TEMPORAIRE

621. Un acte en suspens – Du fait de son imperfection, l'acte prospectif est en attente de réalisation. Lorsqu'il contient un engagement de son auteur, ce qui est le cas de toute promesse, cette situation est problématique eu égard à la prohibition des engagements perpétuels portée par l'art. 1210 du code civil¹⁸²⁴. Pour cette raison, divers procédés doivent permettre d'en faire un contrat temporaire, la faculté de résiliation unilatérale ouverte par la loi dans ce cas nous paraissant incompatible avec l'engagement définitif du promettant (A). Quant aux actes prospectifs ne contenant aucun engagement, un droit unilatéral de révocation est ouvert à leur(s) auteur(s) du fait de leur imperfection (B).

¹⁸²⁴ GHESTIN (J.), « Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des engagements perpétuels ? », *Mél. D. Talon*, Société de législation comparée, 1999.

A - La prohibition de l'engagement perpétuel

622. Le problème de la durée de la promesse – Lorsque les parties ont convenu d'une durée pour la réalisation des conditions suspensives ou pour la levée de l'option, voire pour la persistance de la promesse elle-même, elle ne saurait être résiliée par l'une des parties avant l'expiration du délai. Le promettant ou les promettants sont en effet tenus par leurs engagements jusqu'à la survenance de l'événement perfecteur. L'existence du terme extinctif permet alors à la promesse d'échapper au grief de perpétuité de l'engagement souscrit par le ou les promettant(s). Plus délicate est l'hypothèse dans laquelle une promesse a été conclue sans durée expresse, ce qui est possible en l'état des textes¹⁸²⁵. Dans ce cas la promesse contient *a minima* un engagement perpétuel, celui du ou des promettant(s)¹⁸²⁶. La question se pose donc de savoir si les parties peuvent se défaire unilatéralement de la situation juridique créée par la promesse.

623. Un contrat à durée indéterminée ? (non) – Prohibant les engagements perpétuels, l'art. 1210 du code civil précise que si un tel engagement est souscrit, « *chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée déterminée* ». En application de l'art. 1211 du code civil, chacune des parties aurait donc la faculté de résilier unilatéralement le contrat de promesse¹⁸²⁷. Cette solution nous semble problématique dans la mesure où la promesse a précisément pour objet de constater un engagement et de ménager une période de latence à laquelle seules la levée de l'option ou la réalisation de la condition devraient pouvoir mettre fin. Autoriser les parties à mettre fin unilatéralement à ce contrat serait donc contraire à sa fonction. Les modalités de résiliation prévues pour le contrat à durée indéterminée s'avèrent ainsi inadaptées au contrat de promesse, ce qui n'est pas étonnant dans la mesure où il ne s'agit pas d'un contrat à exécution successive. Or, la faculté de résiliation ouverte par l'art. 1211 du code civil ne concerne, de fait, que les contrats à exécution successive. Parler de contrat à durée déterminée ou indéterminée n'est en effet qu'un raccourci par lequel on vise les obligations nées du contrat et non le contrat lui-même¹⁸²⁸. La durée dont il est question dans cette classification concerne donc l'exécution du contrat, lorsque celle-ci est échelonnée¹⁸²⁹. Par la force des choses, elle ne concerne donc que les contrats parfaits, ayant d'ores et déjà donné naissance à des obligations. C'est dire que cette distinction est

¹⁸²⁵ Par exception, les agents d'affaire sont tenus de limiter la durée des promesses et conventions qu'ils concluent (art. 7 de la loi du 2 janvier 1970).

¹⁸²⁶ *Contra* : H. Barbier, *RTD Civ.* 2022. 112, note sous Civ. 3^{ème} 20 octobre 2021, n° 20-18.514, arrêt préc. Selon l'auteur, « le consentement à la vente, pour définitif qu'il soit, n'équivaut pas à un engagement perpétuel ». Selon l'approche que nous avons retenue du contrat de promesse, le consentement du promettant se double d'un engagement de réaliser l'opération promise qui s'avère problématique car il contraint le promettant à une certaine passivité.

¹⁸²⁷ Art. 1211 c. civ. : « *Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable* ».

¹⁸²⁸ En ce sens : LIBCHABER (R.), *Le contrat au XXI^e siècle, L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, LGDJ, Droit des affaires, 2020, §37.

¹⁸²⁹ MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *op. cit.*, §233-234 ; MALINVAUD (Ph.), MEKKI (M.), SEUBE (J.-B.), *op. cit.*, §83.

inapplicable au contrat de promesse puisque, du fait de son imperfection, les obligations inhérentes à l'opération promise ne sont pas encore nées. Assimiler la promesse à un contrat à durée indéterminée pour permettre sa résiliation unilatérale porte donc nécessairement atteinte à la logique de ce contrat¹⁸³⁰. Pour cette raison, on ne saurait qualifier la rétractation du promettant de résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée¹⁸³¹. Dans le cas contraire, on effectuerait un retour contestable à la jurisprudence *Consorts Cruz* qui admettait la révocation unilatérale par el promettant avant le stade de perfection de la promesse.

624. Un contrat temporaire – Si la promesse n'appartient pas à la catégorie des contrats à exécution successive, de sorte qu'on ne saurait lui appliquer la distinction précitée, la volonté d'en faire un contrat à durée déterminée se comprend néanmoins par la nécessité de respecter le principe de prohibition des engagements perpétuels. La promesse comportant au moins un engagement, celui du ou des promettants, on ne saurait admettre qu'elle engage indéfiniment ce(s) dernier(s) le temps que le bénéficiaire lève l'option ou que la condition se réalise : cela n'advient peut-être jamais. Cela est d'autant plus vrai que, tout le temps de son engagement, le promettant est contraint d'observer une certaine passivité destinée à protéger les droits éventuels du bénéficiaire¹⁸³². Pour concilier l'engagement du promettant avec le nécessaire encadrement temporel de la promesse, on pourrait opter pour la création d'une catégorie autonome : celle du contrat temporaire¹⁸³³. Non connue du Code civil, cette qualification pourrait se révéler utile pour tous les contrats imparfaits, ne donnant lieu à aucune exécution avant leur perfection et auquel l'art. 1211 est donc inapplicable, mais qui sont néanmoins susceptibles de durer dans le temps. À défaut de rendre obligatoire la stipulation d'une durée dans le contrat de promesse¹⁸³⁴, le caractère temporaire justifierait la mise en œuvre d'un régime juridique spécifique. Il nous paraît devoir être distinct selon que la promesse est optionnelle ou conditionnelle.

625. Promesse optionnelle – S'agissant de la promesse unilatérale, c'est-à-dire instituant une option, la Cour de cassation a récemment admis l'existence d'un délai d'option implicite bornant la durée du

¹⁸³⁰ Rien n'empêche toutefois les parties de prévoir conventionnellement une faculté de résiliation unilatérale, qui peut évidemment jouer avant la date de réalisation de la condition : Civ. 3^{ème} 14 septembre 2023, n° 22-18.642, Publié au Bulletin.

¹⁸³¹ En ce sens : MAINGUY (P.), « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », art. préc.

¹⁸³² V. *supra*, n° 607.

¹⁸³³ Des auteurs notent que « la promesse est inscrite dans le temps : elle est nécessairement temporaire, car elle est destinée à préparer une vente », MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, §103. Dans le même sens : « Elle est aussi et toujours un contrat temporaire. La durée est inhérente à un contrat qui, par nature, s'inscrit dans le temps. Toute promesse est nécessairement en attente de réalisation », COLLART-DUTILLEUL (F.), « La durée des promesses de contrat », art. préc.

¹⁸³⁴ Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats le proposait toutefois dans sa rédaction de 2015, en énonçant qu'il est possible de consentir une promesse « pendant un certain temps ». En matière immobilière la loi impose de prévoir un tel délai.

contrat¹⁸³⁵. Dans cette affaire les parties n'avaient pas stipulé de délai pour l'exercice de l'option, mais divers indices avaient permis aux juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, de mettre en évidence un délai implicitement convenu par elles, à l'issue duquel l'option ne pouvait plus être levée. Cette solution nous semble toutefois dangereuse pour au moins deux raisons. Tout d'abord, parce qu'elle se fonde sur une volonté « supposée » des parties qui semble difficile à établir. Ensuite, parce qu'elle met fin au contrat automatiquement, sans faire appel aux parties. Or, si un délai d'option n'est pas *expressément* convenu par les parties en amont, il nous semble nécessaire de les faire intervenir au moins en aval pour mettre fin au contrat. Pour répondre à ces deux objections, il serait possible de substituer à la recherche d'un délai implicite et à la caducité consécutive, une procédure fondée temporellement sur le standard du délai raisonnable et matériellement sur une obligation de mise en demeure préalable¹⁸³⁶. Le recours à la mise en demeure présente l'avantage d'imposer au promettant d'enjoindre le bénéficiaire d'exercer un droit qu'il n'est pas question de lui ôter, sans pour autant laisser indéfiniment le sort de la promesse entre ses mains. L'encadrement de la mise en demeure par un délai raisonnable permet par ailleurs de ne pas ruiner l'efficacité de la promesse, en laissant un temps suffisant au bénéficiaire pour apprécier l'opportunité de l'opération. Cependant, rien ne devrait empêcher le juge de rechercher d'éventuels indices témoignant d'une volonté des parties d'encadrer la durée du contrat. Simplement ces indices ne devraient pas servir de base unique pour la détermination du délai raisonnable¹⁸³⁷. Par ailleurs, le standard du délai raisonnable présente l'avantage d'être bien connu des juges du fond qui s'adonnent fréquemment à sa recherche, ce qui favorise la sécurité juridique¹⁸³⁸. En définitive, si les parties au contrat de promesse n'ont pas conféré de durée à leur contrat, cette procédure devrait pouvoir être mise en œuvre pour éviter que le contrat n'encoure le grief de perpétuité. Ce faisant, l'équilibre entre les droits du promettant et ceux du bénéficiaire serait respecté, le premier ne pouvant se dédire trop facilement et le second étant mis en capacité d'opter une dernière fois. Ce n'est qu'en présence d'un délai exprès que la caducité pourrait survenir sans mise en demeure préalable.

¹⁸³⁵ Com. 27 janvier 2021, n° 18-22.492, Inédit ; *RTD Civ.* 2021. 400, H. Barbier ; *D.* 2022, p. 310, obs. M. Mekki ; *Bull. Joly Soc.* 2021 n° 5, p. 7, obs. G. Grundeler ; *RDC* 2021/3, 42, obs. M. Caffin-Moi ; *Gaz. Pal.* 2021, n° 14, p. 26, obs. D. Houtcieff.

¹⁸³⁶ En ce sens : Civ. 10 juin 1941, *D.* 1941, p. 274 – Civ. 3^{ème} 24 avril 1970, *Bull. civ. III*, n° 279, *Deffrénois* 1971, 1049, obs. J.-L. Aubert – Civ. 3^{ème} 17 juillet 1997, *Bull. civ. III*, n° 173. M. Latina proposait d'ailleurs de codifier cette solution dans le cadre de l'offre de réforme des contrats spéciaux de l'association Capitant : LATINA (M.), « Les avant-contrats, Proposition de texte », art. préc., spéc. p. 91. Cette solution a été retenue à l'art. 1589 de l'avant-projet qui énonce que « *si la durée de la promesse unilatérale est indéterminée, le promettant ne peut la résilier qu'après avoir mis le bénéficiaire en demeure de lever l'option dans un délai raisonnable, qu'il fixe lui-même* ».

¹⁸³⁷ Dans l'arrêt précité, l'identification d'un délai implicitement convenu par les parties n'évince pas complètement le standard du délai raisonnable. Les deux semblent même liés, la Cour relevant en effet que les parties « *avaient eu la commune intention de fixer un délai raisonnable pour la levée de l'option* ».

¹⁸³⁸ Sur ce standard juridique, v. not. : LAGELÉE-HEYMANN (M.), « Le « raisonnable » dans le nouveau droit des contrats », *RDC* 2018/3, p. 473.

626. Promesse conditionnelle – S’agissant de la promesse avec condition suspensive, la question est plus délicate, car les parties s’en remettent à des circonstances que, par définition, elles ne maîtrisent pas¹⁸³⁹. Là encore, il est pourtant nécessaire de lutter contre le caractère perpétuel de l’engagement, car il se peut que la condition ne se réalise jamais. Dans ce cas faut-il chercher à enfermer la réalisation de la condition dans un certain délai ? À première vue la recherche d’une volonté des parties d’instituer un tel délai paraît contradictoire parce qu’en s’en remettant à la survenance d’un événement, les parties attendent précisément que celui-ci se réalise. C’est pourquoi la jurisprudence se refuse généralement à rechercher une volonté tacite des parties d’encadrer temporellement la réalisation de la condition¹⁸⁴⁰. Tant que la condition n’a pas défailli, elle demeure pendante¹⁸⁴¹. La solution est une application stricte de l’ancien art. 1176 du code civil *in fine* qui disposait que « *s’il n’y a point de temps fixe, la condition peut toujours être accomplie ; et elle n’est censée défaillie que lorsqu’il est devenu certain que l’événement n’arrivera pas* ». Elle s’étend à l’hypothèse dans laquelle les parties ont prévu une date butoir pour la réitération par acte authentique, cette date ne pouvant être présumée borner la période de réalisation de la condition suspensive¹⁸⁴². Pourtant, un arrêt rendu par la Cour de cassation le 20 mai 2015, a semblé revenir sur cette position¹⁸⁴³. Dans cet arrêt, elle a approuvé des juges du fond ayant identifié un terme implicite encadrant la réalisation de la condition. De sérieux indices témoignaient en effet de la volonté des parties d’encadrer la période de réalisation de la condition. Cette solution s’avère aujourd’hui conforme au droit positif puisque l’art. 1305-1 du code civil énonce que le terme peut être implicite. Elle est confortée par la suppression de l’ancien art. 1176 par l’ordonnance du 10 février 2016 qui faisait autrefois prévaloir la perpétuité de l’engagement à défaut de terme exprès. Les parties ont donc tout intérêt à affecter la condition suspensive d’un terme explicite. Si elles ne le font pas, le juge sera conduit à rechercher un terme implicite encadrant la réalisation de la condition afin de satisfaire à la prohibition des engagements perpétuels.

627. Durée de la promesse de cautionnement – Analysée comme une promesse de cautionnement dont la perfection est subordonnée à la survenance d’une dette à cautionner, le cautionnement de dettes futures

¹⁸³⁹ Nous réservons le cas des conditions suspensives qui intègrent un « délai naturel », lorsque les parties prévoient par exemple qu’après un certain nombre de refus d’accord de prêt, la condition sera réputée défaillie.

¹⁸⁴⁰ Civ. 1^{ère} 4 juin 1991, n° 90-11.295, *Bull. Civ. I*, n° 180 ; *D.* 1992, 170, note. M.-O. Gain et 267, obs. E. Forti ; *RTD Civ.* 1991. 737, obs. J. Mestre ; *Defrénois* 1992, p. 322, obs. J. -L. Aubert – Civ. 3^{ème} 24 juin 1998, n° 96-18.677, *Bull. Civ. III*, n° 139 ; *D.* 1999, 403, note H. Kenfack ; *RDI* 1998, 656, obs. J.-C. Groslière et C. Saint-Alary-Houin, *Defrénois* 1998, p. 1411, obs. D. Mazeaud – Civ. 3^{ème} 4 mai 2000, n° 98-17.948, *Bull. Civ. III*, n° 99 ; *RDI* 2000, 585, obs. J.-C. Groslière ; *RTD civ.* 2000. 572, obs. J. Mestre et B. Fages – Com. 6 mars 2007, *Bull. Civ. IV*, n° 78 ; *Defrénois* 2007, p. 1033, obs. E. Savaux.

¹⁸⁴¹ Civ. 3^{ème} 19 décembre 2001, n° 99-15.682, *Bull. Civ. III*, n° 158 ; *D.* 2002. 1586, note H. Kenfack ; *RTD civ.* 2002. 299, obs. J. Mestre et B. Fages – Com. 6 mai 2003, n° 00-18.915, Inédit.

¹⁸⁴² Civ. 3^{ème} 21 novembre 2012, n° 11-23.382, *Bull. Civ. III*, n° 173 – Civ. 3^{ème} 3 avril 2013, n° 12-15.148, Inédit – Civ. 3^{ème} 15 janvier 2014, n° 12-28.362, Inédit.

¹⁸⁴³ Civ. 3^{ème} 20 mai 2015, n° 14-11.851, *Bull. Civ. III*, n° 51 : « *en l’absence d’indexation du prix et de coefficient de revalorisation, les parties avaient eu la commune intention de fixer un délai raisonnable pour la réalisation de la condition suspensive* » (*RTD Civ.* 2015. 619, note H. Barbier ; *D.* 2015, 1349, note D. Mazeaud ; *AJDI* 2015, 543, note F. Cohet ; *RDC* 2015/4, p. 867, note M. Latina ; *Dr. et patr.* 2016, n° 255, p. 69, obs. Ph. Stoffel-Munck). Un arrêt avait déjà été rendu en ce sens : Civ. 3^{ème} 3 février 1982, n° 80-15.794, *Bull. civ. III*, n° 37.

encourt également le risque de perpétuité de l'engagement. C'est d'ailleurs pour cette raison que la législation consumériste, cherchant à protéger les cautions-personnes physiques contre des engagements excessifs, imposait autrefois l'apposition d'une mention manuscrite ayant pour objet de borner la durée de l'engagement à peine de nullité¹⁸⁴⁴. Le législateur en faisait donc un contrat temporaire par nature et il est regrettable que cette exigence, bien qu'alignée sur le droit commun des promesses, ait été supprimée par la réforme du droit des sûretés récemment entrée en vigueur. Bien que l'art. 2297 du code civil impose toujours l'apposition d'une mention manuscrite, l'indication d'un montant maximal couvert par le cautionnement est seule exigée. Faute pour le législateur d'en faire un contrat temporaire, le promettant peut donc s'engager sous la condition de la naissance de nouvelles dettes, sans limite de durée. Considérant toutefois que la promesse de cautionnement est un cautionnement de dettes futures à exécution successive, le législateur ouvre un droit de résiliation unilatérale qui permet à l'engagement souscrit d'échapper au grief de la perpétuité. L'art. 2315 du code civil énonce en effet que « *lorsqu'un cautionnement de dettes futures est à durée indéterminée, la caution peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable* ». L'existence d'un droit de résiliation unilatérale est admise sans discussion par la doctrine¹⁸⁴⁵. Pourtant, outre que cette solution repose sur la qualification contestable de contrat à exécution successive, elle nous semble excessivement favorable à la caution. Sauf à avoir affecté d'un terme la période de réalisation de la condition¹⁸⁴⁶, la caution devrait en effet être définitivement engagée au cautionnement des dettes futures¹⁸⁴⁷. La solution vaut d'autant plus que deux autres dispositifs permettent de protéger la caution et ses héritiers. D'une part, même si la caution-personne physique n'a pas prévu de terme pour la réalisation de la condition, la nécessité d'indiquer un montant maximal permet de borner son engagement. D'autre part, nous verrons qu'un terme légal tenant au décès de la caution empêche la transmission de l'engagement aux héritiers de la caution¹⁸⁴⁸. Sauf stipulation expresse d'un terme mettant fin à l'engagement de la caution (le promettant), le juge devrait donc procéder à la recherche d'un terme implicite, l'indication d'un montant maximal couvert pouvant éventuellement servir de terme une fois ce montant atteint.

628. Synthèse – Parce qu'elle repose sur l'engagement du promettant, qui se trouve contraint par une situation juridique intermédiaire, la promesse ne peut pas exister sans limite de durée. L'application de l'art.

¹⁸⁴⁴ Art. L. 311-1 c. conso.

¹⁸⁴⁵ AYNÈS (L.), CROCQ (P.), AYNÈS (A.), *Droit des sûretés*, Lextenso, 16^{ème} éd. 2022, §171 et s. ; SEUBE (J.-B.), *Droit des sûretés*, Cours Dalloz, 11^{ème} éd. 2022, §157 ; BOURASSIN (M.), BRÉMOND (V.), *Droit des sûretés*, Coll. Univ., Sirey, 10^{ème} éd., 2022, §403 ; ALBIGES (Ch.), DUMONT (M.-P.), *Droit des sûretés*, Hypercours Dalloz, 8^{ème} éd., 2022, §258.

¹⁸⁴⁶ Ce que les cautions prennent parfois la peine de faire par sécurité, le terme affectant en principe la seule période de couverture et donc, la durée de la promesse. V. par ex. : Com. 22 novembre 2011, n° 10-20.874, Inédit ; *Dr. et patr.* 2012, n° 211, 85, obs. Ph. Dupichot – Civ. 1^{ère} 22 juin 2016, n° 15-19.993, Inédit ; *RDBF* sept.-oct. 2016, comm. 199, obs. A. Cerles ; *Gaz. Pal.* 29 novembre 2016, p. 23, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; *JCP G* 2016, 1224, n° 3, obs. Ph. Simler.

¹⁸⁴⁷ On note avec intérêt que le Professeur Mouly avait identifié la notion d'obligation de couverture dans une section de sa thèse consacrée à la « survenance d'un terme extinctif » : MOULY (Ch.), th. préc., p. 316.

¹⁸⁴⁸ V. *infra*, n° 737.

1211 du code civil n'étant toutefois ni possible, car la promesse n'est pas un contrat à exécution successive, ni souhaitable, la résiliation unilatérale par le promettant contrariant son engagement, il a nous a paru nécessaire de forger la catégorie du contrat *temporaire* afin de donner son effectivité à la prohibition des engagements perpétuels. Le recours à cette qualification permet d'imposer une durée implicite à la promesse conditionnelle et d'imposer une mise en demeure de lever l'option dans la promesse optionnelle.

B - La révocation de l'acte sans engagement

629. Le droit de révoquer l'offre et le testament – Depuis un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 3 février 1919, on retient que l'offre est révocable par nature¹⁸⁴⁹. Par cet arrêt la Cour a en effet jugé qu'une offre « *étant insuffisante pour lier par elle-même celui qui l'a faite, elle peut, en général, être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée valablement* ». La solution est aujourd'hui reprise par l'art. 1116 du code civil qui pose un principe d'efficacité de la révocation, à la condition qu'elle intervienne avant l'acceptation¹⁸⁵⁰. Il en va de même s'agissant du testament, que l'on considère comme librement révocable par le testateur¹⁸⁵¹. Pour l'heure, la doctrine associe volontiers la libre rétractation de l'offre à son statut de simple manifestation de volonté¹⁸⁵², et la libre révocation du testament à son statut de simple projet, distinct de l'acte juridique définitif¹⁸⁵³. Or, nous avons pu démontrer qu'il s'agit d'actes unilatéraux complètement formés, l'offre avant toute acceptation (on peut d'ailleurs regretter que l'art. 1116 emploie le terme de « rétractation »), et le testament avant le décès de son auteur. Cela étant, il nous semble possible de démontrer que ces actes sont librement révocables, non parce qu'il s'agit de simples manifestations de volonté, mais parce qu'il s'agit d'actes juridiques *imparfaits*.

630. La clé de répartition : l'imperfection – Les critères de l'unilatéralité et de la force obligatoire ne sont pas suffisants pour trancher la question de la révocabilité des actes unilatéraux. D'une part, les actes

¹⁸⁴⁹ Civ. 3^{ème} 3 février 1919, *DP* 1923, 1, p. 126.

¹⁸⁵⁰ La solution s'étend à l'offre émise par la voie électronique. L'art. 1127-1 al. 2 c. civ. énonce en effet que « *l'auteur d'une offre reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait* ». Si la référence à un engagement est contestable, l'article confirme que l'offre peut être révoquée. Il précise qu'elle le sera dès qu'elle ne sera plus accessible, en clair, dès qu'elle ne sera plus susceptible d'acceptation. L'offrant étant en position de la rendre inaccessible il s'agit bien d'un droit de révoquer de l'offre.

¹⁸⁵¹ Art. 1035 c. civ. : « Les testaments ne pourront être révoqués, en tout ou en partie, que par un testament postérieur ou par un acte devant notaires portant déclaration du changement de volonté ».

¹⁸⁵² En ce sens : *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Contrat : formation », préc., §48 ; PIMONT (S.), « Article 1117 : la révocation de l'offre – A New French Touch », *RDC* 2015/3, p. 743. Ils évoquent la liberté de l'offrant, lequel ne serait tenu par aucun acte avant l'acceptation.

¹⁸⁵³ M. Grimaldi justifie ainsi le droit de révocation par le fait que « la volonté qui y est exprimée est, jusqu'à l'heure de la mort de son auteur, simple projet, simple intention, dénuée de tout effet juridique », *in* : « Le droit de révoquer un testament est un droit discrétionnaire », *RTD civ.* 2005. 443, note sous Civ. 1^{ère} 30 novembre 2004, n° 02-20.883, *Bull. Civ. I*, n° 297. Dans ce sens égal. : « La possibilité de révoquer le testament provient en réalité de ce qu'il reste à l'état de projet, jusqu'au décès du testateur qui le rendra définitif : instrument de dernières volontés, il ne peut se maintenir face à une détermination qui a encore le temps de changer », MAURY (J.), *Successions et libéralités*, Coll. Objectif Droit, Lexis Nexis, 9^{ème} éd. 2016, §260.

unilatéraux sont majoritairement irrévocables, de sorte que l'unilatéralité ne fonde aucunement un droit de révoquer l'acte ; d'autre part, les actes unilatéraux ont force obligatoire, l'offre et le testament compris, ce qui ne permet pas de distinguer les actes révocables de ceux qui ne le sont pas. Pour comprendre le droit de révoquer l'offre et le testament, il faut donc se concentrer sur ce qui singularise ces actes : leur imperfection. Nous avons vu en effet que tous les actes unilatéraux sont en principe irrévocables parce qu'ils sont parfaits dès leur formation : ayant déjà réalisé leur finalité, leurs auteurs ne sauraient les révoquer sans anéantir une opération qui s'est définitivement réalisée dans l'ordre juridique¹⁸⁵⁴. Au contraire, les actes prospectifs ne sont pas efficaces par eux-mêmes. Ils devraient donc pouvoir être librement révoqués tant qu'ils n'ont pas produit effet¹⁸⁵⁵. L'imperfection en tant que telle ne suffit toutefois pas à assurer la révocabilité de ces actes, car il faut encore vérifier que l'auteur n'a pris aucun engagement. Ce sont donc deux critères cumulatifs qui justifient le droit de révocation. On les retrouve d'ailleurs pour expliquer l'état de libre révocabilité de fait du contrat de mariage. Malgré la nature contractuelle de leur accord, les futurs époux ont en effet la maîtrise partielle de l'événement qui en conditionne les effets. N'étant pas engagés à se marier dès le contrat de mariage, les futurs époux sont libres de renoncer à s'unir. Cela leur ouvre donc un droit de révocation unilatérale « de fait » : en renonçant au projet de mariage, ils peuvent incidemment le révoquer. En définitive, c'est l'imperfection de l'acte associée à une absence d'engagement en vue de la finalité qui justifie le droit de révoquer l'offre (1) et le testament (2).

1 - L'offre

631. Liberté contractuelle et droit de révocation – Parce que l'offrant ne saurait être contraint de conclure un contrat qu'il ne désire plus, il convient de lui ouvrir un droit de révoquer son offre. Le rapport remis au Président de la République avec la réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016 est très clair à ce sujet. Il en ressort que le droit de révocation ouvert à l'offrant « *résulte de la volonté de favoriser la souplesse et la liberté contractuelle dans la formation du contrat* ». La distinction avec la promesse apparaît clairement quant à la présence d'un engagement : « *lorsque les volontés se sont rencontrées par la signature de la promesse, la force de l'engagement doit prévaloir* ». L'offrant étant encore libre de ne pas conclure le contrat, il peut révoquer l'offre. Il en résulte que l'argument selon lequel l'offre ne peut pas être révoquée parce qu'elle épuise son effet par la seule manifestation de volonté de son auteur, doit être écarté¹⁸⁵⁶. Bien au contraire, l'offre demeure un acte imparfait avant toute acceptation, de sorte qu'elle n'épuise pas encore son effet. Cela signifie qu'il *faut* la révoquer pour l'empêcher de produire effet

¹⁸⁵⁴ V. *supra*, n° 330.

¹⁸⁵⁵ MIRABAIL (S.), *La rétractation en droit privé français*, Bibl. de dr. privé, t. 284, LGDJ, 1997.

¹⁸⁵⁶ Sur cet argument : MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Droit civil. Les obligations : les sources*, t. 1, 2^{ème} éd., Sirey, 1988, §356.

632. La révocation est-elle possible en toutes circonstances ? – L'imperfection de l'offre autorise son auteur à la révoquer. Il convient toutefois de rappeler que ce critère n'est pas isolé : l'auteur doit également ne pas avoir pris un engagement en vue de la réalisation de la finalité. Or, si l'offre ne comporte classiquement aucun engagement de l'offrant¹⁸⁵⁷, il est tentant de considérer qu'elle se transforme en engagement unilatéral dans certaines circonstances. Deux éléments sont généralement présentés comme susceptibles de transformer la nature juridique de l'offre : la stipulation d'un délai et la détermination d'un destinataire. Aubert a d'ailleurs forgé une théorie dualiste de l'offre ancrée sur ces critères. Selon lui, les éléments accessoires que sont le délai et le destinataire déterminé « peuvent traduire l'existence d'une volonté plus nettement affirmée de l'offrant », et réciproquement « leur présence au sein de la proposition risque de déterminer chez le tiers destinataire une confiance mieux assurée »¹⁸⁵⁸. En conséquence, l'offre serait révocable, alors que la pollicitation – offre avec délai et à personne déterminée – ne le serait pas¹⁸⁵⁹. Il nous semble toutefois que ces circonstances sont impuissantes à transformer l'offre et permettent simplement de préciser les circonstances dans lesquelles aura lieu sa perfection.

633. Indifférence du destinataire de l'offre – On pourrait tout d'abord penser que lorsque l'offre est faite à personne déterminée, celle-ci se trouve investie du pouvoir de former le contrat ; pouvoir qui ne peut pas lui être unilatéralement retiré après lui avoir été conféré. Dans ces conditions la révocation serait impossible parce que contraire au droit du destinataire et à ses attentes. Pourtant l'offre ne fait naître aucun « droit au contrat », quand bien même elle serait destinée à un individu en particulier. Cette désignation permet simplement de déterminer les circonstances de la perfection, en précisant que le contrat ne se formera qu'entre l'offrant et le destinataire désigné. Quiconque voudrait conclure un tel contrat ne le pourrait donc pas sur la base de cette offre, n'étant pas désigné spécialement par elle. Ainsi, il ne faut pas assimiler la précision de l'offre qui permet de circonscrire le pouvoir d'acceptation, ici par l'institution d'un titulaire précis, à un engagement de l'offrant de maintenir l'offre à l'égard de ce dernier. L'offre n'ouvre aucun droit au destinataire désigné, si ce n'est le pouvoir d'accepter le contrat *tant que l'offre n'est pas révoquée*¹⁸⁶⁰. La réception de l'offre par le destinataire ne justifie ni le maintien de l'offre ni la conclusion forcée du contrat. Seule l'acceptation de l'offre permet à son destinataire de marquer définitivement son attachement à l'intérêt contractuel.

¹⁸⁵⁷ V. *supra*, n° 491 et s.

¹⁸⁵⁸ AUBERT (J.-L.), th. préc., §128. Toutefois l'auteur va bien plus loin et considère que ces éléments accessoires, destinataire et délai déterminé, ont pour effet de changer la nature juridique de l'acte : il s'agira soit d'une pollicitation c'est-à-dire d'un acte juridique, soit d'une offre pure et simple c'est-à-dire d'un fait juridique (pour une synthèse de cette distinction v. §213).

¹⁸⁵⁹ AUBERT (J.-L.), th. préc., §215 et s.

¹⁸⁶⁰ En ce sens, Verdier énonçait que l'offre « n'a de valeur juridique que par le fait qu'elle n'est pas rétractée ; c'est une proposition sans cesse renouvelée ; tout se passe comme si, au moment de l'acceptation, elle venait d'être émise à l'instant même », VERDIER (J.-M.), th. préc., §113.

634. Incidence du délai stipulé dans l'offre – On pourrait également imaginer que le fait pour l'offrant de stipuler une durée d'efficacité de son offre l'oblige à la maintenir. Dans un arrêt du 7 mai 2008, la Cour de cassation a validé cette approche, qui est la sienne depuis plusieurs années. Elle a jugé que « *si une offre d'achat ou de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est engagé à ne pas la retirer* »¹⁸⁶¹. Cette solution a toujours recueilli les faveurs de la doctrine. Elle nous paraît pourtant contestable, quel qu'en soit le fondement.

635. Un engagement unilatéral au maintien (non) – En indiquant un délai, l'offrant se serait engagé à maintenir son offre durant ce laps de temps¹⁸⁶². Il aurait donc pris un engagement unilatéral, ayant fait naître une espérance légitime dans l'esprit du destinataire. En conséquence, l'offre ne pourrait plus être révoquée¹⁸⁶³. On lit ainsi que « la révocabilité de l'offre doit composer avec l'engagement que prend l'offrant de ne pas la rétracter pendant un certain temps, dans l'intérêt du destinataire et sur lequel celui-ci a pu compter »¹⁸⁶⁴. Deux arguments principaux s'opposent selon nous à une telle analyse. Tout d'abord, à bien considérer la psychologie de l'offrant, il semble que la précision d'un délai soit davantage un moyen de circonscrire les modalités d'acceptation, que le signe d'un engagement au maintien. En indiquant un délai, l'offrant entend généralement préciser que l'acceptation ne sera possible que pendant un certain laps de temps, ce qui est d'ailleurs la conception retenue en droit anglo-saxon¹⁸⁶⁵. Rien n'indique au contraire qu'il se soit spécifiquement engagé auprès du destinataire à maintenir son offre. Surtout, la simple stipulation d'un délai semble insuffisante pour retenir que l'offrant a pris un engagement alors qu'une offre n'en contient pas en temps normal. Dire que l'offre est un engagement unilatéral de volonté revient à imposer *in fine* la formation du contrat¹⁸⁶⁶. Or, seule la promesse, donc un contrat véritable, est apte à produire un tel résultat parce qu'elle engage d'ores et déjà le promettant à la réalisation de l'opération finale. On voit d'ailleurs que dans certains arrêts analysant l'offre avec délai comme un engagement unilatéral de la maintenir un certain temps, les juges opèrent une confusion entre l'offre de contrat et la promesse¹⁸⁶⁷.

¹⁸⁶¹ Civ. 3^{ème} 7 mai 2008, n° 07-11.690, *Bull. civ. III*, n° 79 ; *D.* 2008, p. 1480, obs. G. Forest, 2965, obs. S. Amrani-Mekki, et 2009. 440, chron. M.-L. Mathieu-Izorche ; *RTD civ.* 2008. 474, obs. B. Fages ; *RDC* 2008, p. 1109, obs. Th. Genicon ; *CCC* 2008, com. 194, L. Leveneur. Cette solution avait déjà été retenue par le passé : Civ. 3^{ème} 10 mai 1968, n° 66-13.187, *Bull. Civ. III*, n° 209.

¹⁸⁶² En ce sens : WORMS (R.), *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligation en droit romain et en droit français*, thèse, 1891, p. 197-198 ; BAUDRY-LACANTINERIE (G.), BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XII, Des obligations, t. 1, 3^{ème} éd. 1906, §33.

¹⁸⁶³ Dans les divers cas de découverte d'un engagement unilatéral de volonté, la jurisprudence retient en effet que la révocation n'est pas possible : Soc. 4 avril 1990, *Dr. Social* 1990, 806, obs. J. Savatier.

¹⁸⁶⁴ MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *op. cit.*, §291.

¹⁸⁶⁵ TESTU (F.-X.) (dir.), *Contrats d'affaires*, Dalloz référence, Chapitre 21 – Négociation et conclusion des contrats, 2010, n° 21.07 : « Ainsi, en droit anglais comme en droit américain, celui qui offre de vendre un bien pour un certain prix en précisant que son offre est valable huit jours (*firm offer*), veut signifier que son offre tombera d'elle-même au terme de ce délai. Mais cela ne l'empêche nullement de se raviser et rétracter son offre au bout de deux jours ».

¹⁸⁶⁶ LAURENT (F.), *Principes de droit civil*, XV, Bruxelles, 2^{ème} éd. 1876, §469 : « on pourrait certes réclamer au nom de l'équité naturelle, que le pollicitant laisse un délai moral à l'autre partie, afin qu'elle ait le temps de réfléchir et de se décider... mais ce serait restreindre sa liberté qui est de principe ».

¹⁸⁶⁷ Civ. 3^{ème} 10 décembre 1997, n° 95-16.461, *Bull. civ. III*, n° 223 ; *D.* 1999. 9, obs. Ph. Brun.

C'est ce qui incite certains auteurs à voir dans la réception de l'offre un véritable contrat, lequel serait apte à faire naître un engagement.

636. Un contrat tacite obligeant au maintien (non) – Demolombe s'est ainsi fondé sur l'existence d'un contrat tacite en lieu et place du prétendu engagement unilatéral de volonté, pour justifier le maintien de l'offre formulé avec délai¹⁸⁶⁸. Il expliquait que « si la convention elle-même, dont l'offre a été faite, n'a pas été formée dès le moment de la réception de la lettre, il y a une convention pourtant qui a été formée ce moment ; c'est celle par laquelle vous m'avez accordé le droit de faire utilement mon acceptation »¹⁸⁶⁹. Une sorte de convention tacite se serait formée entre le destinataire et l'offrant, faisant naître une obligation de maintien à la charge de ce dernier. Ainsi la précision d'un délai permettrait de distinguer deux choses au sein de l'offre « une proposition primaire qui a pour objet le marché à conclure ; une proposition secondaire qui accorde un délai pour réfléchir »¹⁸⁷⁰. Il ne s'agirait pas d'un engagement unilatéral, mais bien d'un contrat tacitement accepté par le destinataire, contenant cet engagement¹⁸⁷¹. Si cette explication permet de contourner les critiques adressées à l'engagement unilatéral de volonté, l'identification d'un contrat apte à comporter un tel engagement est toutefois artificielle. Outre que cela revient à autonomiser le délai au sein de l'offre, l'acceptation portant sur la seule question du maintien de l'offre, cela revient à identifier une volonté tacite là où il n'y a qu'un intérêt au maintien de l'offre. Or, sauf à admettre que l'intérêt est devenu le critère véritable de l'acte juridique, on ne saurait identifier un contrat entre l'offrant et l'acceptant.

637. La bonne foi comme source d'engagement (non) – La jurisprudence fait parfois appel à la bonne foi, qui s'impose aujourd'hui durant la période précontractuelle, pour contraindre au maintien d'une offre émise pendant un délai raisonnable¹⁸⁷². Cette référence au délai raisonnable est évidemment imprégnée du principe de loyauté qui commande de ne pas porter atteinte aux attentes d'autrui. Il est toutefois surprenant qu'une application du principe de bonne foi en amont d'un contrat conduise *in fine* à imposer sa conclusion. L'atteinte portée à l'exigence de bonne foi devrait simplement ouvrir droit à une réparation pécuniaire, sauf à surclasser le principe de la force obligatoire. Cette solution s'oppose à la communauté – au lieu d'une hiérarchie, existant entre les principes généraux du droit des contrats. L'espérance légitime du destinataire,

¹⁸⁶⁸ À vrai dire la thèse de l'avant-contrat tacite soutenue par Demolombe est antérieure à celle de l'engagement unilatéral de volonté ; mais elle se comprend mieux comme une réponse à la critique émise précédemment à l'encontre de l'engagement unilatéral de volonté.

¹⁸⁶⁹ DEMOLOMBE (Ch.), *Traité des contrats*, t. 1, n° 64-65.

¹⁸⁷⁰ BOUDOT (M.), « La promesse : de l'acte de parole à l'obligation », in : *Promesses et actes unilatéraux*, Poitiers, LGDJ, 2010, p. 69, §15. V. égal. : NERSON (R.), « La volonté de contracter », *Mél. Secrétan*, Université de Lausanne, Imp. Corbaz, Montreux, 1964, p. 209, spéc. p. 213.

¹⁸⁷¹ Dans le même sens : PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, II, 2^{ème} éd. 1902, n° 983 ; CAPITANT (H.), COLIN (A.), CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil*, t. II, 7^{ème} éd. 1932, n° 28 ; BUFNOIR (C.), *Propriété et contrat*, 1900, rééd. LGDJ, 2005, p. 479 ; SALEILLES (R.), *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, 1890, n° 138, p. 138.

¹⁸⁷² Civ. 3^{ème} 16 juin 2016, n° 15-19.134, Inédit – Civ. 3^{ème} 8 octobre 2003, n° 02-11.943, *Bull. Civ. III*, n° 176. Pour l'étude de ces arrêts, v. *infra*, n° 761, note n° 2196.

qui fait confiance à l'offrant, ne devrait donc pas empêcher ce dernier de révoquer l'offre¹⁸⁷³. C'est cette idée que nous semble promouvoir aujourd'hui l'art. 1116 du code civil.

638. Une obligation légale de maintien – L'art. 1116 al. 1^{er} du code civil énonce désormais que l'offre « ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable ». L'offrant semble donc être tenu au maintien de l'offre pendant la durée qu'il a lui-même prévue, et à défaut, pendant un délai raisonnable. Paradoxalement, le droit de révoquer l'offre s'en trouve pourtant consacré puisque l'efficacité de la révocation vaut en tout état de cause. La révocation anticipée s'apparente en effet à une faute, constituée par la violation d'une obligation légale de maintien, qui justifie une réparation pécuniaire. Autrement dit, il s'agit d'un acte juridique irrégulier efficace¹⁸⁷⁴.

639. Un acte juridique irrégulier – Dès lors que la loi impose une obligation de maintien de l'offre pendant un certain délai, la violation de cette obligation légale constitue une faute¹⁸⁷⁵. La faute s'incarne ici dans le phénomène de révocation anticipée. Le législateur a donc choisi d'instaurer une obligation légale, ouvrant la voie à l'identification d'une *faute*, au lieu de consacrer un *droit* de révoquer l'offre, tempéré par l'abus de droit. L'abus de droit est en effet logiquement écarté dans la mesure où la réparation intervient suite à la méconnaissance d'une obligation légale. L'alinéa 2 de l'art. 1116 accrédite cette idée puisqu'il énonce que si la révocation intervient, elle le sera en « violation » d'une « interdiction ». Le choix qui a été fait par le législateur doit être défendu, car la révocation anticipée ne suffit pas à caractériser un abus de droit. Certes, comme l'avait remarqué Martin de la Moutte, « par sa révocation, sans doute parfaitement licite, il (l'offrant) détruit, en considération de son seul intérêt personnel, une situation qu'il avait lui-même créée, et qui intéressait également autrui »¹⁸⁷⁶. Néanmoins, l'exercice d'un droit dégénère en abus de droit à la condition qu'il soit employé dans le seul but de nuire à autrui¹⁸⁷⁷. Pour caractériser un abus, il faudrait donc démontrer que l'offrant n'a jamais eu l'intention de maintenir son offre afin de causer un préjudice à autrui ; ce qui semble difficile à prouver. Cela nous conduit à approuver le choix qui a été fait par le législateur d'instaurer une obligation légale de maintien de l'offre, d'autant que cela permet de sauvegarder le droit de révoquer l'offre en toute hypothèse.

¹⁸⁷³ En ce sens : ANTIPPAS (J.), « De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué », *RTD civ.* 2013. 27, §23, « la bonne foi comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre pendant le délai indiqué doit encore et surtout entraîner la possibilité de révoquer la pollicitation, nonobstant le délai indiqué, même après sa réception ».

¹⁸⁷⁴ FRANÇOIS (C.), *L'acte juridique irrégulier efficace, Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, Bibl. de dr. privé, t. 598, LGDJ, 2020.

¹⁸⁷⁵ À l'inverse, on ne peut faire de la révocation un fait fautif si on n'identifie pas préalablement une obligation de maintien. En ce sens : GRIMALDI (C.), th. préc., §714.

¹⁸⁷⁶ MARTIN DE LA MOUTTE (R.), th. préc., §315.

¹⁸⁷⁷ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *op. cit.*, §969.

640. Un acte juridique efficace – L’art. 1116 du code civil faisant de la révocation anticipée une faute de l’offrant, il faut désormais s’attarder sur les conséquences de cette faute. Les alinéas 2 et 3 précisent que « *la rétractation de l’offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat* » et « *engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l’obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat* ». En clair l’offrant peut toujours révoquer son offre, mais il doit dédommager le destinataire si ce retrait intervient avant l’écoulement du délai. Cela signifie que l’art. 1116 entérine l’efficacité de la révocation de l’offre intervenue après la réception par le destinataire. Autrement dit, la révocation intervenue avant l’écoulement du délai est un acte juridique à la fois irrégulier et efficace¹⁸⁷⁸ : irrégulier parce que réalisé en violation du délai, efficace parce qu’empêchant malgré tout la formation du contrat. Selon nous cette solution est doublement justifiée. D’une part, elle entérine le fait que l’offrant n’a pris aucun engagement de conclure, pas même en précisant un délai. D’autre part, elle permet de sanctionner l’offrant qui omet de maintenir son offre dans un délai raisonnable ou annoncé par lui-même. Reste à savoir en quoi consiste le préjudice subi par le ou les destinataires victimes d’une révocation fautive. Assurément, il ne s’agit que d’un intérêt « négatif » et non de l’intérêt « positif » inhérent au contrat¹⁸⁷⁹. Ouvrir un droit à réparation à hauteur de l’intérêt positif reviendrait incidemment à tenir le contrat pour définitivement conclu entre les parties. Cela serait contraire au principe d’efficacité de la révocation et cela reviendrait à dire que l’offre a pu se parfaire. Le destinataire ne peut donc pas obtenir, selon l’expression de Ripert et Boulanger, le « bénéfice de l’opération »¹⁸⁸⁰. Néanmoins le législateur considère que l’espérance du destinataire est suffisamment légitime pour lui ouvrir un droit à réparation si l’offre est révoquée. Et pour cause : le destinataire a pu compter sur l’obligation légale de maintien de l’offre¹⁸⁸¹. Ce paradoxe apparent, l’acte étant irrégulier et néanmoins efficace, n’en est donc pas un. M. François en a fait la démonstration en opérant une distinction entre la norme habilitante d’une part, qui conditionne l’efficacité de l’acte, et la norme prescriptive d’autre part, qui prévoit la sanction de l’acte non autorisé par le droit¹⁸⁸². En l’occurrence l’art. 1116 pose une norme simplement prescriptive lorsqu’il impose le maintien de l’offre, la sanction prévue en cas de retrait étant la mise en cause de la responsabilité de l’offrant. Par exception, la loi impose parfois le maintien de l’offre pendant un certain délai, au point de frapper d’inefficacité toute révocation fautive¹⁸⁸³. Dans ce cas uniquement, la conclusion du contrat pourra être forcée¹⁸⁸⁴.

641. Synthèse – Avant que l’offre n’atteigne sa perfection, et sauf exceptions légales, sa révocation est donc toujours possible. Même lorsqu’elle est fautive, ce qui ouvre un droit à réparation pour son

¹⁸⁷⁸ FRANÇOIS (C.), th. préc.

¹⁸⁷⁹ Sur cette distinction, v. *supra*, n° 303.

¹⁸⁸⁰ RIPERT (G.), BOULANGER (J.), *Traité de droit civil d’après le traité de Planiol*, LGDJ, 1956-1959, t. 1, §334.

¹⁸⁸¹ AUBRY (Ch.), RAU (Ch.), *Cours de droit civil français*, t. IV, 1871, §343, p. 292, note 12.

¹⁸⁸² Sur cette distinction : FRANÇOIS (C.), th. préc., §432 s.

¹⁸⁸³ Art. L. 312-18 al. 2 c. conso. pour l’offre de contrat de crédit ; Art. 15-II de la loi du 6 juillet 1989 pour le congé du bail d’habitation valant offre de vente.

¹⁸⁸⁴ Civ. 3^{ème} 19 mai 2010, n° 09-13.474, *Bull. Civ. III*, n° 99.

destinataire, elle est efficace. *In fine*, la liberté contractuelle de son auteur s'en trouve sauvegardée. Ce dernier ne doit en effet pas être considéré comme d'ores et déjà lié par le contrat offert. Il en va de même pour le testament, qui peut toujours être révoqué par son auteur à raison de son imperfection et de l'absence de tout engagement de sa part.

2 - Le testament

642. Liberté testamentaire et droit de révocation – Pour justifier la liberté de révoquer du testateur, il faut rappeler que ce dernier ne prend aucun engagement vis-à-vis des légataires qu'il désigne. Si le testateur s'engageait à léguer les biens, cela voudrait dire qu'il s'engage à les conserver jusqu'à son décès. Or, là n'est pas la fonction du testament qui doit assurer la dévolution selon la volonté du testateur, sans peser sur ses droits de son vivant. La volonté étant susceptible d'évoluer, le droit de révoquer le testament est donc essentiel à la qualification de ce dernier comme acte de dernière volonté¹⁸⁸⁵. « La liberté de tester a pour corollaire nécessaire la liberté de révoquer »¹⁸⁸⁶. Elle ne saurait donc se trouver limitée par les revendications de tiers ayant pris connaissance du testament, ce dernier n'ayant donné naissance à aucun droit, pas même à des droits éventuels¹⁸⁸⁷. Néanmoins nous avons vu s'agissant de l'offre que l'absence d'engagement pris par l'auteur de l'acte ne suffit pas à ouvrir une liberté totale de révocation. Le testament se singularise donc vis-à-vis de l'offre puisque le droit pour son auteur de le révoquer est un « *droit discrétionnaire exclusif de toute action en responsabilité* »¹⁸⁸⁸. En rejetant toute action en responsabilité pour révocation abusive, la Cour de cassation marque sa volonté de préserver la liberté testamentaire et classe donc le droit de révocation dans la catégorie des droits insusceptibles d'abus¹⁸⁸⁹. Par conséquent le légataire ne peut pas demander réparation d'un préjudice qui lui aurait été causé par la révocation du legs. *A fortiori*, il ne peut pas réclamer le bénéfice du legs révoqué par le testateur¹⁸⁹⁰. Même sans un engagement de la part du testateur, on aurait pu penser qu'une telle révocation cause un préjudice au légataire. C'est en

¹⁸⁸⁵ BAHUREL (Ch.), th. préc., §4.

¹⁸⁸⁶ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Testament », préc., §125. Dans le même sens, GRIMALDI (M.), *Droit des successions, op. cit.*, §286 : « Elle est de son essence : le testament portant les *dernières* volontés de son auteur, celui-ci doit pouvoir le modifier jusqu'à son dernier souffle ».

¹⁸⁸⁷ Aussi nous n'approuvons pas la formule de certains auteurs qui estiment que « révoquer un testament, ce n'est pas seulement le priver d'effets ; c'est aussi disposer ou faire renaître indirectement des droits que le testament avait écartés », MALAURIE (Ph.), BRENNER (C.), *Cours de Droit des Successions et des Libéralités*, LGDJ, Lextenso, 8^{ème} éd., 2018, §526. Au moment où la révocation est intervenue, l'acte n'avait ni créé ni écarté de droits.

¹⁸⁸⁸ Civ. 1^{ère} 30 novembre 2004, n° 02-20.883, *Bull. civ. I*, n° 297 ; *D.* 2005, 1621, note J.-Y. Maréchal ; *JCP* 2005, II, 10179, note J.-R. Binet ; *AJ fam.* 2005, p. 24, obs. F. Bicheron ; *Dr. fam.* 2005, n° 16, note B. Beignier ; *RTD Civ.* 2005, 104, obs. J. Hauser et 443, obs. M. Grimaldi ; *RJPF* 2005-2/28 ; *Gaz. Pal.* 2005, n° 123, p. 17.

¹⁸⁸⁹ La distinction avec le droit de rétractation en matière contractuelle est donc claire puisque la deuxième chambre civile de la Cour de cassation estime depuis un arrêt du 19 mai 2016 (n° 15-12.767, Publié au Bulletin) que ce droit est susceptible d'abus, opérant ainsi un revirement (dans deux arrêts antérieurs elle avait en effet jugé qu'il s'agissait d'un droit discrétionnaire : Civ. 2^{ème} 7 mars 2006, n° 05-10.366 et n° 05-12.338, *Bull. Civ. II*, n° 63).

¹⁸⁹⁰ Sur cette question, v. : « Les contradictions légitimes au détriment d'autrui dans le droit patrimonial et extrapatrimonial de la famille », *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, dir. Behar-Touchais, colloque Paris V, Economica, 2001, p. 161, spéc. p. 168-169.

ce sens que l'on admet le droit à réparation consécutif à une rupture fautive des fiançailles : alors qu'aucun engagement n'a été pris (il ne s'agit pas d'une « promesse de mariage »), le fiancé qui rompt les fiançailles de manière fautive est tenu à réparation¹⁸⁹¹. Cela démontre le caractère discrétionnaire du droit de révocation du testament.

643. La préservation de la liberté testamentaire par la technique juridique – Le testament étant librement révocable par son auteur, il préserve sa liberté testamentaire. À l'inverse, les pactes sur successions futures et les testaments conjonctifs sont logiquement prohibés parce qu'ils ne sont pas librement révocables par le testateur et lui interdisent de changer d'avis¹⁸⁹².

644. Prohibition des pactes sur succession future – L'art. 722 du code civil prohibe les « *conventions qui ont pour objet de créer des droits (ou de renoncer à des droits) sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant* »¹⁸⁹³. Selon la formule de Capitant, l'illicéité des pactes sur succession future tient à la sagesse, qui « veut que l'homme ne dispose pas durant sa vie par un contrat, c'est-à-dire d'une façon irrévocable, de sa succession, mais garde entière jusqu'au jour de sa mort sa liberté de disposer »¹⁸⁹⁴. Si la volonté testamentaire est nécessairement enserrée dans un acte unilatéral imparfait, dans lequel le testateur ne prend aucun engagement, c'est donc parce que cette forme d'expression de la volonté ouvre à son auteur un droit de révocation. À l'inverse, les pactes sur succession future sont prohibés, car « *le caractère irrévocable porte atteinte à la liberté de tester* »¹⁸⁹⁵. Ce principe étant bien admis, les divers enseignements que nous avons pu tirer quant aux effets des promesses au stade où elles demeurent imparfaites doivent nous permettre de contester la validité des promesses *post mortem*, qui sont pourtant largement admises. Alors que la Cour de cassation invalidait autrefois le procédé¹⁸⁹⁶, ce dernier a finalement été admis au moyen d'une distinction nette entre la promesse *post mortem* valable et le pacte sur succession future prohibé. Bien qu'elle suive la doctrine majoritaire, cette distinction est selon nous illusoire, car la promesse *post mortem* reprend tous les attributs d'un pacte sur succession future. Si on suit la définition qu'en donne la Cour de cassation, « *ne constitue un pacte sur succession future que la convention qui a*

¹⁸⁹¹ Opérant une telle comparaison : MARECHAL (J.-Y.), « La concubine dépitée et le testateur inconstant », *D.* 2005, p. 1621, §17, note sous Civ. 1^{ère} 30 novembre 2004, arrêt préc.

¹⁸⁹² Des auteurs proposent de remplacer le principe de prohibition par un principe d'autorisation sous la condition d'ouverture d'un droit unilatéral de révocation. En ce sens : PELLET (S.), « Les pactes sur succession future : prohiber ou encadrer ? », *Mél. M. Grimaldi*, Defrénois, Lextenso, 2020, p. 729, spéc. p. 731 ; *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Pacte sur succession future », I. NAJJAR, 2020, §81-82.

¹⁸⁹³ On peut regretter que l'ancien art. 1130 c. civ. ait été supprimé car ce dernier formulait un principe de nullité des pactes sur succession future. L'art. 722 se contente au contraire de prévoir que ces conventions « *ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi* », ce qui est ambigu car même pour le cas où elles sont prohibées, elles produisent tous leurs effets avant leur annulation.

¹⁸⁹⁴ CAPITANT (H.), « La prohibition des pactes sur succession future », *RCLJ*, 1933, p. 86

¹⁸⁹⁵ Civ. 1^{ère} 6 février 1996, n° 94-13.072, *Bull. Civ. I*, n° 67.

¹⁸⁹⁶ Civ. 1^{ère} 20 octobre 1958, *Bull. Civ. I*, n° 437 – Civ. 1^{ère} 11 juillet 1967, *Bull. Civ. I*, n° 257 ; *D.* 1968. 64 – Civ. 1^{ère} 13 juin 1979, n° 78-12.037, *Bull. Civ. I*, n° 180 ; *D.* 1980. 553, note I. Najjar ; *RTD civ.* 1981. 658, note J. Patarin ; *Defrénois* 1980, 32267, note G. Champenois.

pour objet d'attribuer un droit éventuel sur tout ou partie d'une succession non ouverte »¹⁸⁹⁷. En visant un droit éventuel, les hauts magistrats se réfèrent en réalité à la simple expectative qui découle normalement du legs et qui permet classiquement de retenir la qualification de pacte sur succession future¹⁸⁹⁸. La promesse donnant naissance à un droit plus intense à raison de l'engagement déjà souscrit par le promettant, elle ne serait pas un pacte sur succession future, empêchant le promettant de disposer de ses droits non seulement à cause de mort, mais aussi entre vifs. Ce raisonnement, qui permet d'écarter la qualification de pacte sur succession future, nous paraît critiquable.

645. Promesse unilatérale *post mortem* – La promesse unilatérale consentie du vivant du promettant, mais dont l'option ne peut être levée qu'après son décès, est un pacte sur succession future. Plusieurs arguments vont en ce sens. Tout d'abord, les hauts juges reconnaissent eux-mêmes que la promesse « *(engage) la promettante immédiatement et de façon irrévocable* »¹⁸⁹⁹. Cette irrévocabilité justifie classiquement la prohibition du pacte sur succession future, la forme contractuelle le rendant révocable uniquement par un accord des parties. Néanmoins cela ne suffit pas à faire de la promesse un pacte sur succession future. Pour qu'elle prenne cette qualification, il faut encore qu'elle « recule la naissance du droit au jour où s'ouvre la succession »¹⁹⁰⁰. Pour savoir si la promesse *post mortem* constitue un pacte sur succession future, il faut donc rechercher si elle donne naissance à des droits éventuels ou à des droits actuels. Si elle donne naissance à des droits actuels, il s'agit tout simplement d'une donation dont l'irrévocabilité par le seul disposant est de principe. Les termes du débat étant posés, l'analyse retenue pour valider la promesse nous semble contestable. Selon la Cour de cassation, la promesse unilatérale fait « *naître au profit du bénéficiaire un droit actuel pur et simple et dont seule l'exécution (est) différée jusqu'au décès de la promettant* »¹⁹⁰¹. Ce faisant, elle laisse entendre que le bénéficiaire de la promesse est déjà titulaire d'un droit sur le bien, transmis du vivant du promettant, et dont seule l'exécution est différée. Cela en ferait une promesse *post mortem* licite¹⁹⁰². Or, la promesse unilatérale n'a pas simplement pour effet de différer l'effectivité à la levée de l'option. Elle reporte plus fondamentalement la naissance du droit. Il est donc erroné de considérer que l'option ouverte dès le stade de formation de la promesse constitue un

¹⁸⁹⁷ Civ. 1^{ère} 8 mai 1994, n° 92-11.829, *Bull. civ. I*, n° 178 ; *Deffrénois* 1995, p. 175, M.-C. Forgeard ; *D.* 1995, p. 48, obs. M. Grimaldi ; *RTD civ.* 1994, 649, obs. J. Patarin. Visant déjà un « *droit privatif éventuel* » : Civ. 1^{ère} 11 janvier 1933, *DP* 1033, I, p. 10, not H. Capitant ; *GAJ civ.* 12^{ème} éd. 2008, n° 133.

¹⁸⁹⁸ Cette approche du droit éventuel résulte directement de l'ancien art. 791 c. civ. qui énonçait qu' « on ne peut, même par contrat de mariage, renoncer à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession », le droit éventuel n'étant en réalité qu'une expectative.

¹⁸⁹⁹ Civ. 1^{ère} 30 mai 1985, n° 84-11.795, *Bull. civ. I*, n° 173 – Civ. 1^{ère} 5 mai 1986, n° 84-14.235, *Bull. Civ. I*, n° 114 – Civ. 1^{ère} 8 juillet 1986, n° 85-12.878, *Bull. Civ. I*, n° 202.

¹⁹⁰⁰ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Pacte sur succession future », préc., §37.

¹⁹⁰¹ V. les arrêts précités, note n° 1897.

¹⁹⁰² Dans le raisonnement que suivait Capitant, c'est bien le simple report de l'exigibilité dans la promesse *post mortem* qui justifiait sa validité. L'auteur jugeait ainsi valables « les stipulations par lesquelles les parties ont voulu retarder au décès non pas la naissance du droit, mais seulement son exigibilité », CAPITANT (H.), *RTD. Civ.* 1933, 104, §16. Selon cette distinction, la promesse unilatérale *post mortem* n'est donc pas valable. *Contra* : GHESTIN (J.), « La promesse unilatérale de vente dont l'option ne peut être levée qu'après le décès du promettant est-elle un pacte sur succession future ? », *D.* 1970, p. 89, spéc. p. 92.

droit actuel. Il s'agit en réalité d'un pouvoir placé entre les mains du bénéficiaire pour *rendre actuel* le droit inhérent à l'opération promise. La naissance de l'obligation est donc différée au décès du promettant, ce qui signifie qu'elle sera à la charge de la succession. C'est d'ailleurs ce que relevait autrefois la jurisprudence en notant que « *la convention ne créait d'obligation qu'à la charge de la succession sans imposer au stipulant aucune obligation dont la succession n'aurait été tenue que par voie de conséquence* »¹⁹⁰³. Certes, il faut reconnaître que le droit né de la promesse au profit du bénéficiaire est plus intense qu'une expectative¹⁹⁰⁴. Mais cela ne suffit pas à en faire un droit actuel justifiant la qualification de donation de biens présents¹⁹⁰⁵. Si le promettant ne peut plus disposer librement des biens, notamment à cause de mort, ce n'est pas parce qu'un droit actuel est déjà né au profit du bénéficiaire. Comme nous l'avons vu, le droit à terme et le droit conditionnel (ou éventuel) se rejoignent sur le plan de la protection qui leur est attachée. En l'occurrence, le promettant a pris un engagement qui lui interdit de disposer des biens devant être éventuellement transmis au décès. Pourtant le bénéficiaire n'est qu'un créancier éventuel, car tout dépend de l'exercice de l'option, qui peut être levée ou non par le bénéficiaire, et ce, au décès seulement¹⁹⁰⁶. Le droit n'est donc susceptible de devenir actuel qu'au décès, sans que le promettant n'ait le pouvoir ni de revenir sur son engagement ni de disposer autrement des biens¹⁹⁰⁷. C'est ce qui condamne le procédé. D'une part, le promettant ne peut plus disposer des biens à cause de mort, alors même qu'aucune aliénation définitive n'est intervenue de son vivant. D'autre part, il ne peut pas révoquer cet engagement. La promesse unilatérale *post mortem* associe donc les deux critères du pacte sur succession future : l'irrévocabilité et la disposition de biens successoraux. Elle crée donc ni plus ni moins un héritier contractuel.

¹⁹⁰³ Civ. 1^{ère} 13 juin 1979, n° 78-12.037, *Bull. Civ. I*, n° 180.

¹⁹⁰⁴ Alors même que M. Verdier a démontré la particularité du droit éventuel, droit futur bénéficiant d'une protection anticipatoire (v. *supra*, n° 597 et s.), il est encore fréquent de se référer au droit éventuel pour désigner la simple expectative. C'est précisément ce que fait la Cour de cassation et cela nuit évidemment à l'identification des particularités de la promesse *post mortem* par rapport au legs. Sur les difficultés découlant de la notion de « droit éventuel » : *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Pacte sur succession future », I. NAJJAR, 2020, §99 et s.

¹⁹⁰⁵ En ce sens : DEVILLE (S.), th. préc., §502-503. La qualification de « droit actuel » retenue par l'auteur découle de l'approche restrictive du droit éventuel, entendu comme une simple expectative (§482 et s.). Par effet d'opposition, les droits nés de la promesses étant plus intenses qu'une expectative à raison de l'engagement du promettant, l'auteur retient la qualification de droit actuel. En réalité l'interdiction de disposer n'en fait pas un droit actuel pour autant, cette qualité étant incompatible avec le caractère futur et incertain du droit. L'engagement pris par le promettant n'implique donc pas que le droit qui en découle soit un droit actuel.

¹⁹⁰⁶ *Contra* : « L'exécution des obligations est ainsi affectée d'un terme suspensif : le décès. En ce cas, le droit du bénéficiaire existe bien avant l'arrivée du terme, il est donc né et actuel, et seule son exécution est différée », LEROYER (A.-M.), *Droit des successions*, Cours Dalloz, 4^{ème} éd. 2020, §301.

¹⁹⁰⁷ Faute pour le bénéficiaire de la promesse de bénéficier d'un droit actuel avant le décès, ce contrat est bien un pacte sur succession future tel que défini par le règlement « Successions » du 4 juillet 2012, à savoir « *un accord, (...), qui confère, modifie ou retire, avec ou sans contre-prestation, des droits dans la succession future d'une ou plusieurs personnes parties au contrat* » (art. 3).

646. Promesse conditionnelle *post mortem* – Il en va de même pour la promesse conditionnelle, c'est-à-dire conclue sous condition suspensive de prédécès du promettant¹⁹⁰⁸. La jurisprudence a validé le mécanisme en faisant appel aux mêmes arguments inopérants que pour valider la promesse unilatérale *post mortem*. Dans deux affaires ayant donné lieu à la validation du procédé, un prêteur avait stipulé dans l'acte que l'emprunteur n'aurait pas à rembourser les sommes prêtées si jamais il venait à lui survivre. La Cour de cassation a rejeté la qualification de pacte sur succession future prohibé retenue par la cour d'appel et validé ce qui n'était selon elle qu'une promesse *post mortem*¹⁹⁰⁹. Pour opérer cette distinction, les hauts magistrats ont insisté sur le caractère actuel du droit né de la promesse. Dans la première affaire, la solution reposait sur un attendu de principe énonçant que « *ne constitue pas un pacte sur succession future prohibé la convention qui fait naître au profit du bénéficiaire un droit actuel de créance qui s'exercera contre la succession du débiteur* »¹⁹¹⁰. En tenant un tel raisonnement, les hauts juges assimilaient implicitement le droit qui résulte de la condition suspensive de prédécès à un droit actuel, et l'opposaient en même temps à la simple expectative qui résulte normalement du legs. Or, nous savons que la condition suspensive reporte l'existence même de l'obligation, et ce, sans rétroactivité¹⁹¹¹. Tant que la condition est pendante, l'emprunteur n'a donc qu'un droit éventuel, car il ne sait pas encore s'il sera tenu du remboursement. Comme la promesse unilatérale, la promesse conditionnelle *post mortem* associe donc le caractère éventuel du droit et le caractère définitif de l'engagement pris par le promettant de son vivant. Elle associe ainsi les deux caractéristiques du pacte sur succession future : à la fois le caractère irrévocable pour le promettant et la nature successorale du bien transmis. Là encore, le fait que le promettant ne puisse pas disposer du bien de son vivant indique simplement qu'il a pris un engagement qui mérite d'être préservé pour le cas où la condition se réaliserait¹⁹¹². Cela ne signifie aucunement que l'acte a donné naissance à un droit actuel lui permettant d'échapper à la prohibition des pactes sur succession future. La situation est bien différente de l'hypothèse dans laquelle le décès constitue un terme, car le droit est effectivement actuel et pur et simple

¹⁹⁰⁸ Nous verrons ultérieurement qu'au contraire du décès qui constitue un terme, s'agissant d'un événement de réalisation certaine malgré sa date incertaine, le prédécès constitue un événement incertain susceptible d'être institué en condition suspensive, l'ordre des décès ne pouvant pas être connu à l'avance. V. *infra*, n° 674.

¹⁹⁰⁹ Civ. 1^{ère} 9 juillet 2003, n° 00-20.681, *Bull. Civ. I*, n° 169 ; *D.* 2004. 1848, note S. Bouzol ; *JCP N* 2004. 1435, J.-G. Mahinga ; *Deffrénois* 2003. 1566, note R. Libchaber ; *AJ fam.* 2003. 354, obs. S. Déis-Beauquesne ; *Dr. fam.* 2003, n° 136, note B. Beignier – Civ. 1^{ère} 9 juillet 2014, n° 13-10.710, Inédit ; *Deffrénois* 2003. 1566, note R. Libchaber.

¹⁹¹⁰ Civ. 1^{ère} 9 juillet 2003, n° 00-20.681, arrêt préc.

¹⁹¹¹ La rétroactivité attachée à la clause d'accroissement nous semble d'ailleurs être la raison pour laquelle ce mécanisme échappe à la prohibition, la clause faisant naître rétroactivement le droit du vivant du *de cuius*. En ce sens la Cour de cassation a jugé que la clause « *conférait à chacun des acquéreurs la propriété de l'immeuble tout entier à partir du jour de son acquisition, sous condition de prédécès de son cocontractant ; que, dès lors, une telle convention ne pouvait tomber sous la prohibition des pactes sur succession future* » (Ch. Mixte 27 novembre 1970, n° 68-10.452, *Bull. Ch. Mixte*, n° 3 ; *JCP G* 1971, II, 16823, H. Blin ; *D.* 1971, p. 81, R. Lindon ; *Deffrénois* 1971, art. 29786, p. 94, R. Lindon, G. Morin ; *RTD civ.* 1971. 400, R. Savatier et 620, R. Nerson ; *GAJ civ.*, t. 1, n° 133-136.

¹⁹¹² La donation à terme et la donation conditionnelle se rejoignent sous cet aspect, car elles permettent la mise en œuvre de mesures conservatoires. Il faut pourtant les distinguer : la donation à terme fait naître un droit actuel, la créance étant certaine dans son principe (ce qui explique que la donation prenant pour terme le décès soit licite et constitue une simple dette payable au décès), tandis que la donation conditionnelle fait naître un droit éventuel.

au jour du décès du promettant¹⁹¹³. Aussi doit-on accueillir favorablement les arrêts par lesquels la Cour de cassation juge que l'acte ne constitue pas un pacte sur succession future prohibé, ce dernier ne faisant que reporter l'exigibilité d'une obligation au décès du débiteur¹⁹¹⁴. On se trouve en effet face à « une convention qui fait naître immédiatement des droits dans le patrimoine du créancier, mais dont l'exécution forcée ne pourra être imposée qu'au jour du décès du débiteur »¹⁹¹⁵. À l'inverse, lorsque la donation est conditionnelle et non à terme, c'est la qualification de pacte sur succession future qui s'impose¹⁹¹⁶. Cette qualification s'impose d'autant plus lorsque le prédécès est la condition du versement d'une somme qui serait normalement due en l'absence d'intention libérale (autrement dit d'une contrepartie). C'est ce que permet d'illustrer la seconde affaire ayant donné lieu à la validation de la promesse conditionnelle *post mortem*. Dans cette affaire, les hauts magistrats avaient identifié une reconnaissance de dette conclue sous la condition suspensive du prédécès de son auteur¹⁹¹⁷. Or, nous avons déjà remarqué qu'une telle condition suspensive a pour effet de supprimer l'équilibre que les parties cherchent à rétablir au moyen de la reconnaissance de dette¹⁹¹⁸. Si le remboursement de la dette est conditionné au prédécès de l'auteur de la reconnaissance, cela révèle donc forcément une volonté de gratifier ce dernier. L'incertitude qui pèse sur le paiement, le rendant éventuel et pourtant irrévocable, en fait donc un pacte sur succession future prohibé.

647. Prohibition des testaments conjonctifs – Le testament devant pouvoir être librement révoquer par son auteur, la loi soumet le support documentaire accueillant le testament à une double exigence d'unicité : d'une part le testament ne saurait être rédigé en deux parties, sur deux supports distincts, d'autre part le même support documentaire ne saurait accueillir plusieurs testaments. Pour cette raison, les testaments conjonctifs, c'est-à-dire par lesquels deux personnes disposent par un même acte de leurs biens et droits à cause de mort, sont strictement interdits¹⁹¹⁹, comme le prévoit l'art. 968 du code civil. La jurisprudence a

¹⁹¹³ Des auteurs insistent sur le fait que le droit éventuel n'est pas une simple expectative, qu'il est un « germe de droit » (DONNIER (M.), « Remarques sur la conception jurisprudentielle de la prohibition des pactes successoraux », *RTD Civ.* 1956. 627, spéc p. 645) voire un « droit actuel pur et simple » (GHESTIN (J.), « La promesse unilatérale de vente dont l'option ne peut être levée qu'après le décès du promettant est-elle un pacte sur succession future ? », *D.* 1970. 89, spéc. p. 92).

¹⁹¹⁴ Civ. 1^{ère} 22 octobre 2014, n° 13-23.657, *Bull. Civ. I*, n° 175 ; *LPA.* 2015, n° 15, p. 9, J.-G. Mahinga – Civ. 1^{ère} 3 avril 2002, n° 00-10301, *Bull. civ. I*, n° 106 ; *Deffrénois* 2002, p. 1244, obs. R. Libchaber ; *RTD civ.* 2003. 131, obs. J. Patarin ; *Dr. fam.* 2002, comm. 94, obs. B. Beignier ; *D.* 2002, p. 2753, note I. Najjar – Civ. 1^{ère} 11 mars 2009, n° 07-16.087, Inédit ; *RTD civ.* 2009. 557, M. Grimaldi.

¹⁹¹⁵ *JCI Civil Code*, Fasc. 20 : Successions, Pactes du succession future, Art. 721 à 724-1, P. VEAUX-FOURNERIE, D. VEAUX, G. RAOUL-CORMEIL, §70.

¹⁹¹⁶ L'assimilation de la promesse conditionnelle *post mortem* à un pacte sur succession future condamne selon nous le mécanisme de la réversion d'usufruit. Le prédécès du donateur constitue en effet une condition suspensive (Com. 2 décembre 1997, n° 96-10.072, *Bull. Civ. IV*, n° 318), et non un terme (Civ. 1^{ère} 21 octobre 1997, n° 95-19.759, *Bull. Civ. I*, n° 291 – Civ. 3^{ème} 6 novembre 2002, n° 01-00.681, *Bull. Civ. III*, n° 220). Par conséquent, il est contestable d'affirmer que « le droit d'usufruit du bénéficiaire lui (est) définitivement acquis dès le jour de l'acte et que seul l'exercice de ce droit d'usufruit s'en trouve différée au décès du donataire ». Formulant égal. cette critique : ZENATI (F.), « Usufruits successifs », *RTD civ.* 1998. 937.

¹⁹¹⁷ Civ. 1^{ère} 9 juillet 2014, n° 13-10.710, arrêt préc.

¹⁹¹⁸ V. *supra*, n° 203 et n° 274. Si la reconnaissance de dette est souscrite, c'est parce que son bénéficiaire s'est d'ores et déjà acquitté de sa contrepartie.

¹⁹¹⁹ La Cour de cassation a récemment jugé que cette interdiction ne portait pas une atteinte disproportionnée au respect de la vie familiale et au droit au respect des biens tel que garanti par la CEDH, dès lors que ses auteurs peuvent

néanmoins retenu une approche relativement souple de cette disposition en jugeant que le testament n'est pas conjonctif si les deux volontés testamentaires peuvent être distinguées l'une de l'autre. À l'inverse, lorsque les individus ont fait valoir une volonté commune, le procédé est critiquable parce qu'il entremêle deux volontés. Tout d'abord, parce qu'on ne peut pas dissocier la volonté de chacun, de sorte que la révocation d'un seul des testaments semble impossible. Ensuite, parce qu'il existe dans ce cas une sorte d'engagement réciproque tout à fait inadmissible en la matière, de sorte que là encore on peut se demander si la révocation de l'un est possible sans révocation de l'autre¹⁹²⁰. Si un tel testament est prohibé, c'est donc pour préserver la liberté de révocation du testament en toutes circonstances.

648. Conclusion de la section 2 – L'imperfection de l'acte ne l'empêche donc pas de donner naissance à une situation juridique. Néanmoins il faut distinguer selon que l'auteur a pris un engagement en vue de la finalité ou non. Si c'est le cas, l'acte produira des droits éventuels : c'est le cas de la promesse, qu'elle soit optionnelle ou conditionnelle. À l'inverse, si l'auteur n'a pris aucun engagement, l'acte ne donnera pas naissance à des droits éventuels : c'est le cas du contrat de mariage, de l'offre et du testament. Dans tous les cas, l'acte ne saurait perdurer trop longtemps dans l'ordre juridique du fait de son imperfection. Pour cette raison, la promesse doit être considéré comme un contrat temporaire ; cette qualification justifiant de permettre aux parties de provoquer sa perfection. Quant aux autres prospectifs, l'absence d'engagement au sein de ces derniers justifie d'ouvrir un droit de les révoquer.

649. Conclusion du Chapitre 2 – L'identification de la catégorie des actes prospectifs n'était donc pas une fin en soi. Elle a permis d'ébaucher les conséquences de l'imperfection. Nous avons vu tout d'abord que la formation de l'acte prospectif obéit à une exigence de complétude, l'acte devant être apte à réaliser la finalité projetée par l'auteur, ce qui achève de convaincre du fait qu'il est définitivement formé. On aurait pu penser en effet que le défaut de réalisation primaire de la finalité donne la possibilité à l'auteur de former un acte partiel, incomplet. En réalité il n'en est rien : l'acte imparfait est un acte définitivement et complètement formé. Nous avons vu ensuite que l'acte donne naissance à une situation juridique intermédiaire, ce qui permet de nuancer l'idée première selon laquelle l'acte serait dépourvu d'efficacité. En réalité il produit certains effets, mais ceux-ci ne se confondent pas avec l'opération juridique, ce qui achève de convaincre que l'acte n'a pas encore réalisé sa finalité. Temporairement inefficace, il ne saurait enfin perdurer indéfiniment. Pour cette raison, l'auteur de l'acte peut le révoquer ou *a minima*, provoquer sa perfection.

toujours disposer de leurs biens et droits à cause de mort par d'autres moyens : Civ. 1^{ère} 4 juillet 2018, n° 17-22.934, *Bull. Civ. I*, n° 132 ; *Gaz. Pal.* 2018, n° 39, p. 61, note S. Deville ; *Dr. fam.* 2018, n° 10, comm. 244, M. Nicod ; *D.* 2018, p. 2384, obs. S. Godechot-Patris et C. Grare-Didier.

¹⁹²⁰ La question est encore plus complexe lorsque l'un des testateurs entend révoquer son testament alors que l'autre testateur est décédé et que son propre testament a pris effet. Dans cette situation on ne trouve aucune solution satisfaisante : ni l'interdiction de révoquer, ni l'admission de la révocation d'un testament qui était lié aux dispositions testamentaires ayant déjà pris effet.

650. Conclusion du TITRE 1 – Des auteurs ont remarqué que « l’acte juridique ne passe pas toujours immédiatement du stade de sa formation à celui de son efficacité, il peut y avoir une phase de transition au cours de laquelle il acquiert sa perfection »¹⁹²¹. Cette discordance entre formation et perfection de l’acte a pu être mise en évidence par l’identification de la catégorie des actes juridiques prospectifs. Si l’acte mérite cette qualification c’est parce qu’il concerne l’avenir et ne réalise donc pas sa finalité concomitamment à sa formation. Bien qu’il soit définitivement formé par son ou ses auteurs et apte à réaliser l’opération juridique projetée par ces derniers, il demeure imparfait parce que sa finalité ne se réalise pas dans l’immédiat. Une dissociation nette existe donc entre « le caractère obligatoire du contrat (*plus largement de l’acte*) et la plénitude de ses effets »¹⁹²². Cette distinction permet de renouveler certaines questions qui se posaient quant à la nature juridique ou au processus de formation des actes qui appartiennent à cette catégorie. Il apparaît clairement que ces actes sont dotés de force obligatoire bien avant de réaliser leur finalité. Leur mode opératoire est donc tout à fait spécifique puisque c’est seulement leur perfection qui se trouve reportée à un stade ultérieur. Il en résulte un régime juridique particulier. D’une part, l’acte doit être « en ordre de bataille », sa formation définitive impliquant nécessairement qu’il soit apte à réaliser la finalité recherchée. Rétrospectivement, cela confirme que l’aptitude à l’efficacité ne suffit pas à parfaire un acte juridique. D’autre part, l’acte donne naissance à une situation juridique intermédiaire et temporaire tout à fait caractéristique, dans la mesure où elle ne se confond pas avec la finalité projetée. Si l’acte produit certains effets cela ne suffit donc pas à le parfaire. Cette discordance entre formation et perfection de l’acte étant mise en évidence, nous n’avons parcouru que la moitié du chemin. Il faut encore démontrer que la réalisation de la finalité demeure *éventuelle* au stade de la formation, de sorte que l’acte se trouve face à une alternative inédite : il peut tout d’abord se parfaire, et atteindre ainsi son stade de plénitude, ou échouer à se parfaire, et tomber alors en désuétude. C’est à l’étude de cette alternative qu’il convient désormais de procéder.

¹⁹²¹ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Acte juridique », préc., §78.

¹⁹²² MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, §833, (*nous ajoutons*).

TITRE II

UNE ALTERNATIVE ENTRE PERFECTION ET CADUCITÉ

651. Éventualité et alternative – Les actes juridiques prospectifs sont ainsi qualifiés parce qu'ils ne réalisent pas la finalité recherchée par leur auteur concomitamment à l'achèvement du processus de formation. La volonté, d'ores et déjà exprimée et rendue définitive par la formation de l'acte juridique, ne s'épanouit pas encore. Il existe un événement qui conditionne la réalisation de la finalité de sorte que la perfection de l'acte n'est qu'éventuelle, comme en attestent ces quelques formules fréquemment employées à propos des actes étudiés : « La promesse de contrat a pour destin naturel d'aboutir ou de périr »¹⁹²³ ; « L'offre est un contrat en attente de l'acceptation qui peut venir le sceller »¹⁹²⁴ ; « L'efficacité des dispositions insérées dans un contrat de mariage est subordonnée à la célébration du mariage »¹⁹²⁵. Une telle éventualité est par nature porteuse d'une alternative. Comme l'avait remarqué Verdier, « l'événement étant par hypothèse futur et incertain, l'éventualité qu'il constitue est susceptible aussi bien de ne pas se réaliser que de se produire »¹⁹²⁶. Présentant la spécificité d'être formé mais imparfait, l'acte peut donc se parfaire et accomplir la finalité en vue de laquelle il s'était formé ou, à l'inverse, échouer à se parfaire et devenir caduc. Cela accrédite la qualification de l'offre, du contrat de mariage, de la promesse et du testament, tout d'abord comme actes juridiques. La caducité ne peut en effet jamais atteindre un simple fait juridique¹⁹²⁷. Ensuite, comme actes définitivement formés. Ayant pour fonction de faire *tomber* quelque chose¹⁹²⁸, la caducité n'est en effet susceptible d'affecter que les actes définitivement formés¹⁹²⁹. Surtout, la caducité conforte leur qualification d'actes juridiques imparfaits, dès lors que sa fonction réside précisément dans la suppression des actes ayant échoué à se parfaire de l'ordre juridique. En ce sens, Hébraud avait remarqué que la caducité est « complémentaire de l'éventualité »¹⁹³⁰.

¹⁹²³ MARTIN (D. R.), « Des promesses précontractuelles », *Études J. Béguin*, Litec, 2005, p. 487, §9. V. égal. : « En matière de droit d'option, la « situation juridique préexistante » est celle qui précède l'exercice de ce droit. (...) Or dans cette situation juridique préexistante deux éléments se distinguent d'une manière très nette : l'incertitude qui y plane et l'alternative qui en découle par l'effet de la (...) convention » (NAJJAR (I.), th. préc., §30).

¹⁹²⁴ TESTU (F.-X.), *Contrats d'affaires*, Dalloz référence, 2010, n° 21.01.

¹⁹²⁵ CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales*, Paris, I. Pédone, 3^{ème} éd., 1912, p. 311

¹⁹²⁶ VERDIER (J.-M.), th. préc., §192.

¹⁹²⁷ Hébraud notait par exemple que l'offre et le legs « n'acquièrent une valeur propre que par leur érection en actes unilatéraux », ce qui les rend susceptibles d'être frappés par la caducité : Préface de la thèse, BUFFELAN-LANORE (Y.), *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, Bibl. de dr. privé, t. 18, LGDJ, 1963, p. IV.

¹⁹²⁸ Caducité provient du latin *caducus*, dérivé du verbe *cadere*, qui désigne ce qui tombe ou dont la chute est proche.

¹⁹²⁹ WESTER-OUISSÉ (V.), « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », *JCP* 2001, n° 4, I. 290, §4 : « Ne peut donc être caduc qu'un *acte juridique*, opération juridique consistant en une manifestation de volonté, ayant pour objet de créer une conséquence juridique ». Plus loin, §5 : « ... cette définition doit être cantonnée à un acte déjà formé – la caducité d'un acte inexistant n'est guère concevable ».

¹⁹³⁰ HÉBRAUD (P.), « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », art. préc., §27.

652. Plan – La présentation de l’alternative entre la perfection et la caducité de l’acte prospectif (Chapitre 1), précèdera la mise en évidence des modalités de dénouement de l’alternative, dont la précision doit permettre de s’assurer que la perfection et la caducité composent un véritable *tandem* (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

Présentation de l'alternative

653. Sort de l'acte prospectif – À l'issue de sa formation, l'acte prospectif demeure imparfait et donc inefficace. Son imperfection n'ayant pas vocation à durer indéfiniment, parce que l'acte doit réaliser une opération juridique, il peut évoluer dans deux directions opposées : il peut soit se parfaire, soit être atteint par la caducité. Autrement dit, il se trouve face à une alternative : « Ces futurs sont des contradictoires : la réalisation de l'un exclut celle de l'autre. Les scénarios alternatifs qu'ouvre la proposition juridique impliquent donc deux états de choses inactuels, car à venir et, pour l'un d'eux, contrefactuel puisqu'il ne se réalisera pas »¹⁹³¹. Dès lors, si l'acte ne peut pas se parfaire, il sera nécessairement atteint par la caducité ; et inversement. La présentation de cette alternative s'avère donc essentielle, à la fois pour éclairer le mode opératoire de l'acte prospectif, mais aussi pour saisir les effets qu'il est susceptible de produire. Pour ce faire, deux étapes semblent nécessaires. Étant démontré que l'acte prospectif est à la fois formé et apte à réaliser sa finalité, il convient tout d'abord de préciser l'origine de l'alternative, en identifiant plus précisément la condition de sa perfection (Section 1). Ensuite, il convient de procéder à l'étude des branches de cette alternative (Section 2).

Section 1

Origine de l'alternative

654. La condition de perfection : notion – Contrairement à l'acte performatif, la réunion des conditions de formation de l'acte prospectif ne suffit pas à assurer sa perfection. Il existe donc une condition de perfection, qui fait encore défaut lorsque l'acte se forme, qui doit permettre de déclencher la réalisation de l'opération juridique. Selon une acception large, la condition constitue en effet « *un élément indispensable à l'avènement d'une situation ou à la production d'un effet* »¹⁹³². En l'occurrence, la condition qui fait encore défaut au moment où l'acte se forme doit permettre de lui donner sa perfection, à un stade ultérieur à sa formation. Ces conditions de perfection ayant seulement été évoquées implicitement jusqu'alors, il convient désormais de les identifier précisément (§1) et d'exposer les modalités de leur maîtrise par l'auteur de l'acte (§2).

¹⁹³¹ DENQUIN (J.-M.), *Les concepts juridiques, Comment le droit rencontre le monde*, Class. Garnier, Bibl. de la pensée juridique, 2021, p. 14.

¹⁹³² LATINA (M.), « Condition », in : *Dictionnaire du contrat, op. cit.*, n° 61.

§1 - IDENTITÉ DES CONDITIONS DE PERFECTION

655. Entre essentialité et éventualité – L’acte prospectif étant définitivement formé, la condition de perfection doit évidemment être distinguée des conditions de formation. Cela étant, il s’agit malgré tout d’une condition « essentielle », non à la formation, mais à la perfection de l’acte¹⁹³³. L’accomplissement de la condition de perfection permettra en effet à l’acte déjà formé de réaliser sa finalité, confirmant la discordance entre la formation et la perfection (A). Malgré son essentialité, la condition de perfection présente toutefois un caractère « éventuel ». Elle est en effet susceptible aussi bien de s’accomplir que de défaillir, confirmant la vocation incertaine de l’acte à réaliser sa finalité (B).

A - Caractère essentiel de la condition de perfection

656. Cumul des caractères essentiel et adventice – Bien que cela puisse sembler paradoxal au premier abord, une condition peut tout à fait être essentielle à l’efficacité d’un acte sans pour autant participer de sa formation¹⁹³⁴. Le propre de la condition de perfection est en effet de reporter l’ensemble de l’opération juridique sans entraver pour autant la formation de l’acte dont elle constitue la finalité. Par ailleurs, le caractère adventice de la condition n’implique pas qu’elle soit nécessairement accidentelle (l’acte pouvant *théoriquement* produire effet sans elle)¹⁹³⁵. La condition de perfection est ainsi toujours extérieure à l’opération juridique, en étant une simple modalité, mais elle peut tout à fait être imposée par la nature de l’acte dont elle reporte les effets. Ces propriétés particulières de la condition de perfection se retrouvent pour chacun des actes prospectifs identifiés.

657. Promesse – Tout contrat de promesse tire sa qualification, et donc sa nature juridique, soit de la présence d’une condition suspensive globale, soit d’un droit d’option. Il s’agit des conditions de perfection de cet acte dans la mesure où elles reportent toutes deux la réalisation de l’opération promise.

658. La condition suspensive globale – Souvent présentée comme un élément adventice, la condition suspensive globale n’en est pas moins une condition « essentielle ». D’une part, elle donne sa qualification

¹⁹³³ Ce caractère déterminant de l’efficacité incite un auteur à la qualifier de condition de perfection : THÉRON (S.), *La notion de condition : Contribution à l’étude de l’acte administratif*, Coll. Logiques juridiques, L’Harmattan, 2002, p. 339. On contestera simplement le rapprochement que fait l’auteur entre perfection et effectivité dès lors que la condition reporte plus fondamentalement la production des effets de droit.

¹⁹³⁴ En ce sens, un auteur note que « ces éléments de fait représentent tout l’intérêt de l’acte juridique accompli. Parce qu’ils sont en réalité reliés à la cause catégorique de l’acte, ils altèrent le concept de modalité duquel on est pourtant tenté de les rapprocher », MAUMONT (B.), th. préc., §855.

¹⁹³⁵ L’indivision des critères de la condition suspensive par M. Latina est révélatrice de la confusion qui peut exister entre le caractère adventice de la condition et son caractère accidentel : LATINA (M.), th. préc. §130 et s. On ne doit donc pas s’étonner que l’auteur rejette l’analyse conditionnelle du legs et du contrat de mariage.

à l'acte, qui devient alors une simple promesse insusceptible de réaliser sa finalité. D'autre part, elle s'avère déterminante de la réalisation de l'opération juridique. Il convient toutefois d'insister sur le fait que cette condition est essentielle à la seule perfection de l'acte, l'instauration d'une condition suspensive supposant l'existence préalable d'un contrat définitivement formé¹⁹³⁶. Capitant l'avait déjà remarqué en notant que, « tant que la condition suspensive ne s'est pas réalisée, on ne sait pas si l'acte juridique produira l'effet voulu. Mais cet acte est formé ; le rapport de droit auquel il doit donner naissance est, dès à présent, ébauché »¹⁹³⁷. Il en résulte deux conséquences : d'une part, la condition suspensive ne peut pas porter sur un élément de formation du contrat, d'autre part, la condition doit être licite, ayant une incidence sur la validité du contrat qui l'accueille en son sein.

659. Sort de la condition portant sur un élément de formation – Parce que la condition suspensive est instituée par un contrat, elle ne doit pas porter sur un élément nécessaire à sa formation¹⁹³⁸. Tout en revêtant un caractère essentiel, la condition suspensive est donc extérieure au processus de formation de l'acte et il n'est pas possible, pour reprendre les termes de Mme Klein, d'« ériger un élément essentiel manquant encore à l'appel en condition de l'acte afin de rendre immédiatement obligatoire un accord dont la formation n'est pas encore parfaite »¹⁹³⁹. Dans une telle hypothèse, on ne serait plus sur le terrain de la promesse, mais éventuellement d'un accord de principe par lequel les parties « contractent une obligation de faire, coopérer en vue de l'accomplissement de la formalité requise pour la formation du contrat projeté »¹⁹⁴⁰. Or, nous avons vu que la qualification de promesse ne saurait s'appliquer à l'hypothèse dans laquelle les parties ont repoussé la formation de leur contrat : aucun contrat, pas même une promesse, n'a pu se former entre elles. En pratique toutefois, il arrive de rencontrer des actes dénommés « promesses » dans lesquelles les parties prétendent avoir érigé un élément essentiel en « condition suspensive ». D'où la question suivante : qu'advient-il d'un tel accord ? Le problème doit être correctement posé, s'agissant d'une impossibilité technique et non d'une hypothèse de violation de la loi. On ne peut pas retenir, conformément aux dispositions du Code civil, qu'il s'agit d'une condition illicite ou immorale. Ce n'est pas une condition, elle ne suit donc pas son régime juridique¹⁹⁴¹. Reste alors à savoir comment la qualifier.

¹⁹³⁶ Comme nous, Mme Bleusez remarque que « le contrat affecté d'une condition suspensive est un contrat achevé d'être formé et que la condition suspensive n'a pas pour objet la structure du contrat, mais le produit du contrat, ses effets ; peu important leur nature et l'incidence de la condition sur ces effets », BLEUSEZ (M.), *th. préc.*, §244.

¹⁹³⁷ CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales*, Pédone, 3^{ème} éd., 1912, p. 317-318.

¹⁹³⁸ La solution semble unanimement admise : FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), ANDREU (L.), FORTI (V.), *Droit civil, Les obligations*, t. 3 – Le rapport d'obligation, Coll. Université, Sirey, 20^{ème} éd., 2022, §46 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, §830 ; FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, t. 1, op. cit.*, §236 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *op. cit.*, §1336 ; BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Les obligations, op. cit.*, §251. V. toutefois, en ce qu'ils évoquent un report de l'existence même du contrat : BÉNABENT (A.), *Droit des obligations, op. cit.*, §338 ; FAGES (B.), *Droit des obligations, op. cit.*, §148.

¹⁹³⁹ J. Klein, *RDC* 2016/1, p. 31, §4, note sous Civ. 3^{ème} 22 octobre 2015, n° 14-20.096.

¹⁹⁴⁰ Sur cet avant-contrat et les difficultés à l'admettre : LATINA (M.), *th. préc.*, §148 et s.

¹⁹⁴¹ En ce sens : N. Dissaux, *D.* 2015. 2478, note sous Civ. 3^{ème} 22 octobre 2015, n° 14-20.096.

660. Requalification – La Cour de cassation s’est confrontée à cette difficulté dans un arrêt rendu le 22 octobre 2015¹⁹⁴². Dans cette affaire, les parties avaient conclu une promesse de cession de bail. Elles avaient érigé l’accord devant encore intervenir entre le bailleur et le cessionnaire quant aux conditions du bail cédé en condition suspensive de cette promesse. Ce procédé était impossible : pour que la promesse se forme entre le cédant et le cessionnaire, encore fallait-il connaître le contenu du contrat cédé, les conditions du bail cédé faisant partie intégrante de l’opération de cession elle-même. Dans un attendu de solution très clair, la Cour de cassation énonce que « *la clause qui prévoit une condition portant sur un élément essentiel à la formation du contrat doit être réputée non écrite* ». Cette sanction étonne, car le réputé non-écrit est une sanction utilisée par les juges pour rééquilibrer un contrat dont l’économie a été bouleversé par une clause. Mais encore faut-il que ledit contrat existe. Or, c’est précisément ce dont on pouvait douter ici. En supprimant la clause, quel contrat pouvait bien demeurer entre les parties ? Le fait de supprimer la clause qui fait porter la condition sur un élément essentiel ne permettait pas de faire « réapparaître » cet élément, qui continuait donc de manquer. Pour M. Barbier, le contrat cédé était celui qui liait déjà le bailleur et le preneur¹⁹⁴³. Ses conditions devaient donc être reprises dans le contrat cédé liant désormais le cessionnaire et le bailleur. Cette solution n’emporte pas l’approbation parce que le cessionnaire avait érigé la renégociation dudit contrat avec le bailleur en condition déterminante de son consentement. Supprimer la « clause » revenait donc à faire fi de sa volonté tout à fait légitime de subordonner la formation du contrat à cet accord. Dans cette affaire, les juges auraient simplement dû dépasser la qualification maladroite choisie par les parties. En examinant la volonté des parties, on comprend en effet qu’un élément essentiel à la formation du contrat était resté indéterminé. Or, comme le notait Atias, « la stipulation d’une condition n’est pas un remède à la malformation de l’engagement »¹⁹⁴⁴. Il ne s’agissait donc pas d’une véritable condition suspensive. Les parties avaient simplement conclu un accord de principe ; accord par lequel elles étaient convenues d’essentialiser la renégociation du contenu du contrat¹⁹⁴⁵.

661. Sort de la condition illicite – Instituée par la promesse au jour de sa formation, la condition suspensive doit encore être licite. L’art. 1304-1 du code civil énonce en effet que l’obligation conclue sous une condition illicite est nulle. L’étendue de la nullité dépend toutefois de la question de savoir si la condition suspensive était déterminante du consentement. Dans l’affirmative, le contrat doit tomber dans son ensemble. Dans le cas contraire, c’est seulement la clause instituant la condition illicite qui est réputée

¹⁹⁴² Civ. 3^{ème} 22 octobre 2015, n° 14-20.096, *Bull. Civ. III*, n° 350 ; *D.* 2015. 2181 et 2478, note N. Dissaux ; *D.* 2016. 1613, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; *RTD civ.* 2016. 122, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2016. 54, obs. J. Monéger ; *Dalloz actualité*, 12 novembre 2015, obs. N. Kilgus ; *JCP E* 2015, 1620, B. Brignon ; *Dr. et patr.* 2016, n° 255, p. 74, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RDC* 2016/1, p. 31, J. Klein ; *Defrénois* 2016, n° 2, p. 71, J.-B. Seube ; *AJDI* 2016. 81, F. de la Vaissière.

¹⁹⁴³ H. Barbier, *RTD Civ.* 2016. 122, note sous Civ. 3^{ème} 22 octobre 2015.

¹⁹⁴⁴ ATIAS (Ch.), *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, Litec, 5^{ème} éd. 2010, §130.

¹⁹⁴⁵ On notera par ailleurs qu’il n’aurait pas été opportun d’identifier une promesse unilatérale de cession. Bien que la promesse unilatérale permette au bénéficiaire de réserver son engagement, l’engagement du promettant est indissociable de la détermination de l’opération. Le défaut d’un élément essentiel empêche donc la formation du contrat de promesse et ne peut avoir pour effet de réserver simplement l’engagement du cessionnaire.

non écrite, de sorte que l'obligation devient pure et simple. Ces principes de solutions s'imposent d'autant plus, qu'insérée à l'acte par les parties, la condition suspensive est une clause contractuelle comme une autre. Or, l'art. 1184 al. 1^{er} du code civil énonce que « *lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles* ». Reste à savoir si la condition suspensive faisant office de condition de perfection doit être considérée comme un élément déterminant de l'engagement. Il apparaît assez évident que, dès lors que les parties ont conclu une simple promesse, elles ont nécessairement fait de la condition suspensive une condition déterminante de leur engagement. Dans ce cas en effet, la condition suspend l'ensemble des effets qu'elles recherchent. L'illicéité de la condition devrait donc entraîner la nullité de la promesse, sauf dans les cas où la loi prévoit le réputé non-écrit, ce que précise là encore l'art. 1184 du code civil. Le réputé non-écrit est ainsi favorisé par exception, lorsque la condition a pour objet de subordonner la vente au non-exercice de son droit de préemption par la SAFER¹⁹⁴⁶.

662. L'option – La promesse peut aussi tirer sa qualification de l'institution d'un droit d'option qui suspend la réalisation de l'opération promise. Selon l'analyse classique, la levée de l'option permet au bénéficiaire de former le contrat définitif par sa seule volonté¹⁹⁴⁷. Nous avons vu toutefois qu'une telle analyse du mécanisme de l'option résultait d'une confusion entre le consentement et l'engagement. Considérée du point de vue du promettant, la levée de l'option n'a pas pour effet de transformer « l'obligation de faire du promettant en un authentique consentement à la vente »¹⁹⁴⁸. Elle est un simple engagement de réaliser l'opération. L'exercice de l'option constitue ainsi un moyen de parfaire le contrat de promesse¹⁹⁴⁹. Il convient donc d'analyser l'option du bénéficiaire comme une condition de réalisation de l'opération, c'est-à-dire une condition de perfection. Demogue retenait cette analyse en notant que « l'adhésion donnée par la suite à la promesse de contrat apparaît comme quelque chose d'extérieur à cette convention : autrement dit comme une condition »¹⁹⁵⁰. Cette condition a cela de spécial qu'elle dépend du choix du bénéficiaire, qui peut décider discrétionnairement de s'engager ou non.

¹⁹⁴⁶ Art. L. 143-5 c. rur. Application jurisprudentielle : Civ. 3^{ème} 18 octobre 2006, n° 05-17.327, *Bull. Civ. III*, n° 204.

¹⁹⁴⁷ HOUTCIEFF (D.), *op. cit.*, §205 ; FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, t. I, op. cit.*, §395 ; FAGES (B.), *op. cit.*, §60 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, §261 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *op. cit.*, §258.

¹⁹⁴⁸ COLLART-DUTILLEUL (F.), « La durée des promesses de contrat », art. précité.

¹⁹⁴⁹ En ce sens : BOYER (L.), « Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avants-contracts », art. préc., §33 ; RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *op. cit.*, §56, « ... la décision du bénéficiaire de lever l'option (...) emporte perfection de la vente ».

¹⁹⁵⁰ DEMOGUE (R.), « De la nature et des effets du droit éventuel », *RTD Civ.* 1906. 231, spéc. p. 234-235. Sans parler d'engagement, l'auteur pressent une distinction entre le consentement déjà émis et l'adhésion qui survient par le jeu de l'option et que nous nommons engagement. Il remarque ainsi que « ... ce caractère conditionnel qu'on pourrait ainsi vouloir donner à la promesse de contrat aurait quelque chose d'exagéré, car le consentement et l'adhésion émanent de la même personne... », « ... comme il y a toujours une certaine unité dans les états d'esprit successifs d'un même individu, on peut dire jusqu'à un certain point que le consentement ne fait pas complètement défaut ».

663. Offre et acceptation – L’acceptation de l’offre est la condition de sa perfection. Elle conditionne en effet la naissance du contrat et ce faisant, la réalisation de la finalité qu’avait en vue l’offrant. Cette condition présente une triple spécificité : elle ne participe pas de la formation de l’acte qu’elle doit parfaire, l’offre étant évidemment formée avant d’être acceptée ; elle s’avère déterminante de sa perfection, l’acceptation devant permettre au contrat de naître ; et son accomplissement est directement imposé par la nature juridique de l’offre. Ces caractéristiques se déduisent d’une combinaison entre l’art. 1118 du code civil qui énonce que « *l’acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d’être lié dans les termes de l’offre* », et l’art. 1121 du même code qui énonce que « *le contrat est conclu dès que l’acceptation parvient à l’offrant* ». Si l’acceptation est essentielle, c’est tout simplement parce que l’offre ne peut pas former un contrat sans une acceptation corrélative. L’abandon de l’approche restrictive de la condition, qui l’assimile à la condition suspensive des obligations dans le contrat, permet d’expliquer comment cette condition peut tout à la fois parfaire l’offre et contenir le consentement de son auteur au contrat. Comme l’a montré un auteur¹⁹⁵¹, si la condition suspensive ne peut porter sur le consentement en matière contractuelle, c’est parce que le consentement est une condition de formation du contrat. Mais rapporté à l’offre définitivement formée, le consentement de l’acceptant n’est qu’une condition de sa perfection.

664. Contrat de mariage et mariage – Le mariage constitue la condition de perfection du contrat de mariage¹⁹⁵². Pour expliquer le lien de dépendance entre la perfection du contrat de mariage et la célébration, on dit parfois qu’il est conclu *si nuptiae sequantur*, autrement dit sous la condition suspensive de célébration du mariage¹⁹⁵³. Cette qualification est évidemment critiquée par la majorité de la doctrine d’après les critères traditionnels de la condition suspensive. La première critique tient à la non-rétroactivité de la soi-disant condition, le contrat de mariage n’étant efficace qu’à compter de la célébration du mariage¹⁹⁵⁴. Il s’agit toutefois d’une conception datée de la condition suspensive, car la réforme opérée en 2016 a inversé le principe de rétroactivité de la condition. L’art. 1304-6 du code civil énonce désormais que « *l’obligation devient pure et simple à compter de l’accomplissement de la condition suspensive* », avant de préciser que « *les parties peuvent prévoir que l’accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat* ». La seconde critique, plus audible, tient au caractère non accidentel de la condition de célébration du mariage et au fait que la condition suspensive est normalement ajoutée dans un acte pour subordonner sa réalisation à une circonstance particulière. La finalité du contrat de mariage impose au contraire une subordination

¹⁹⁵¹ MORON-PUECH (B.), th. préc., §390, p. 364 : « il est tout à fait envisageable qu’en l’absence d’un contrat, ce qui est le cas de notre hypothèse, une norme soit conditionnée à l’existence d’un autre consentement ».

¹⁹⁵² MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *op. cit.*, §832 : « le mariage est un élément de perfection du contrat » ; BLANCHARD (Ch.), *op. cit.*, §282 : « Lorsque l’union est célébrée, le contrat de mariage devient parfait, puisque l’obstacle l’empêchant de produire effet a disparu ».

¹⁹⁵³ Optant pour cette qualification : Req. 26 janvier 1847, *DP* 1847, 1, p. 67 ; *S.* 1847, 1, p. 147 – Civ. 7 février 1872, *DP* 1873, 1, p. 80 ; *S.* 1872, 1, p. 73 – Civ. 18 décembre 1878, *DP* 1879, 1, p. 441 ; *S.* 1881, 1, p. 373, note Bufnoir. Abandonnant cette qualification : Req. 24 avril 1936, *DH* 1938, 1, p. 11, note Nast ; *S.* 1936, 1, p. 337, note Pilon.

¹⁹⁵⁴ MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), PETERKA (N.), *op. cit.*, §104.

obligatoire de son efficacité à la célébration du mariage. En ce sens, M. Blanchard note que « le lien entre la convention et le mariage ne relève pas de la simple modalité, mais de la nécessité »¹⁹⁵⁵. Pourtant il n'est pas impossible de considérer que la condition est tout à la fois adventice et essentielle. Autrement dit, que le mariage est la condition de perfection du contrat de mariage. On l'admet nécessairement en retenant que « la non-célébration du mariage reçoit plus exactement la qualification de cause de caducité de l'acte »¹⁹⁵⁶, dans la mesure sanctionne l'acte ayant échoué à se parfaire. Lorsque le mariage est célébré, il emporte donc tout à la fois l'entrée en vigueur du régime matrimonial et la prise d'effet des avantages matrimoniaux liés au fonctionnement de ce régime, ayant permis de parfaire le contrat de mariage.

665. Avantages matrimoniaux et non-divorce – La célébration du mariage n'est en revanche pas déterminante de la réalisation des avantages matrimoniaux consentis par contrat de mariage qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime ou au décès de l'un des époux. S'agissant d'opérations juridiques à part entière, leur réalisation est liée à la dissolution du régime. Depuis la loi du 23 juin 2006, elle est plus exactement liée à la permanence de la volonté d'avantager l'autre époux au moment de la dissolution du régime. Là encore, la « révocation de plein droit » évoquée par l'art. 265 al. 2 du code civil en cas de divorce est un indice de cette interdépendance entre la perfection de l'acte et la dissolution du régime autrement que par un divorce. Il s'agit en réalité d'un cas de caducité, faute pour la condition de perfection de s'être accomplie. Il en va de même pour la donation de biens à venir entre époux.

666. Testament et décès du testateur – N'étant pas une condition objective de formation du testament¹⁹⁵⁷, le décès du testateur constitue néanmoins une condition de perfection de cet acte. Vis-à-vis des legs, le décès est donc « la source et la date de leur entrée en vigueur »¹⁹⁵⁸. Cette solution s'étend à l'institution contractuelle entre époux, en vertu de l'art. 1093 du code civil, mais aussi au testament-partage : bien que l'opération réalisée par l'acte ne soit pas identique au legs, l'acte est également à cause de mort. Sa prise d'effet est donc nécessairement liée au décès de son auteur. Au moment du décès du testateur, « l'acte de dernière volonté peut alors déployer tous ses effets : portant désormais sur une chose présente et réelle, la volonté du testateur devient réalisable au sens étymologique du terme »¹⁹⁵⁹. Cette dépendance des effets du testament vis-à-vis du décès est dictée par la loi¹⁹⁶⁰. En l'occurrence, l'art. 720 du code civil énonce que « les successions s'ouvrent par la mort, au dernier domicile du défunt ». Néanmoins nous avons vu que le legs n'était pas une simple opération de dévolution, c'est-à-dire de modification de l'ordre successoral établi par la loi, mais une opération de disposition. Or, la disposition intervient à la

¹⁹⁵⁵ BLANCHARD (Ch.), *op. cit.*, §283. Pour marquer la distinction avec la condition suspensive, il note toutefois que « le mariage est un élément essentiel du contrat et, plus précisément, un élément de sa perfection, qui affecte son efficacité, sa capacité à produire des effets ».

¹⁹⁵⁶ TAISNE (J.-J.), *JurisClasseur Civil Code*, Art. 1304 à 1304-7, Fasc. 10, §74.

¹⁹⁵⁷ V. *supra*, n° 472.

¹⁹⁵⁸ SÉRIAUX (A.), *Les successions, les libéralités*, *op. cit.*, p. 58.

¹⁹⁵⁹ BAHUREL (Ch.), *th. préc.*, §442.

¹⁹⁶⁰ MAUMONT (B.), *th. préc.*, §857.

condition que le légataire accepte le legs. Il en va de même à l'égard du testament-partage : le décès du testateur donne un droit dans le partage, mais le copartageant doit encore accepter le lot élaboré à son profit.

667. Testament et acceptation – Si le décès du testateur est assurément une condition de perfection du testament, sans laquelle l'acte est insusceptible de produire effet, elle ne suffit donc pas. La loi impose une condition cumulative qui réside dans l'acceptation du légataire ou du copartageant. L'art. 770 du code civil impose même un ordre pour l'accomplissement de ces conditions de perfection puisqu'il énonce que « *l'option ne peut être exercée avant l'ouverture de la succession, même par contrat de mariage* ». Acte juridique distinct du testament lui-même, l'acceptation du legs ou du lot est donc une condition de perfection de l'opération, ce que nous aurons l'occasion de justifier plus avant en détaillant les effets respectifs du décès du testateur puis de l'acceptation par le légataire¹⁹⁶¹.

668. Une catégorie englobante – Pour chacun des actes prospectifs, il existe donc une ou plusieurs conditions de perfection qui sont à la fois adventices à l'acte, en ce qu'elles ne participent pas du processus de formation, et pourtant essentielles à ce dernier, en ce qu'elles permettent la réalisation de la finalité. Elles se présentent donc comme des « modalités » de l'opération juridique, dont « l'accomplissement » doit permettre à l'acte prospectif de se parfaire. Nous empruntons volontairement au vocabulaire classique de la condition suspensive parce que la condition de perfection obéit à un procédé similaire. À première vue cela revient à mélanger deux choses très différentes : la condition suspensive d'une part, qui dispose d'un statut aujourd'hui bien affirmé en droit des contrats, où elle permet aux parties de déroger à l'instantanéité des effets du contrat ; et diverses conditions d'autre part, qui n'ont pas un statut particulier parce qu'elles sont liées à la nature et donc à la structure de l'acte prospectif auquel elles se rapportent¹⁹⁶². Pourtant, ces deux types de conditions gagneraient à être rapprochées dans la catégorie englobante des conditions de perfection. Le statut de la condition suspensive insérée dans un contrat de promesse ne paraît en effet pas différent de celui des autres conditions de perfection. En toute hypothèse il existe un événement conditionnel à la survenance (ou la non survenance¹⁹⁶³) duquel la condition de perfection subordonne la réalisation de l'opération juridique. Désormais, il convient de voir que le caractère éventuel de l'accomplissement des conditions de perfection, du fait de l'éventualité de l'événement perfecteur, explique que l'acte soit face à une alternative.

¹⁹⁶¹ V. *infra*, n° 720.

¹⁹⁶² LATINA (M.), th. préc., §130 : « Le caractère accidentel de la condition, tel qu'il est apparu primitivement, s'oppose donc à la reconnaissance d'actes conditionnels par nature ». En ce sens égal. : BLEUSEZ (M.), « Caducité et défaut d'efficacité : la non-survenance des conditions de perfection et des conditions suspensives », *RDC* 2023/2, p. 109, §4.

¹⁹⁶³ Sur cette nuance, v. *infra*, n° 733.

B - Caractère éventuel de l'événement perfecteur

669. Définition de l'éventualité – L'éventualité n'est pas synonyme de hasard. Elle se définit comme « *la situation dans laquelle un événement peut aussi bien advenir que ne pas advenir* »¹⁹⁶⁴. En l'occurrence, il convient de voir que la finalité à laquelle est affecté l'acte prospectif est éventuelle parce qu'elle dépend, soit d'un fait juridique potentiel, soit d'un acte juridique dont la formation est discrétionnaire. Lorsque l'événement perfecteur est un acte, l'éventualité s'explique donc par le principe de liberté qui en gouverne la formation (1). Lorsqu'elle est un fait, elle s'explique par le caractère incertain de sa survenance (2).

1 - La liberté de l'acte perfecteur

670. Acte perfecteur et pouvoir discrétionnaire – La perfection de certains actes prospectifs est subordonnée à la constitution d'un second acte, qui fait office d'acte perfecteur. C'est le cas du contrat de mariage, dont la perfection dépend de la célébration du mariage ; de l'offre, dont la perfection dépend de l'acceptation par le destinataire ; et de la promesse unilatérale et du testament, dont la perfection dépend de l'exercice d'une option. Dans ces hypothèses, l'éventualité dans l'accomplissement de la condition provient du principe de liberté qui gouverne la formation de l'acte perfecteur. La liberté matrimoniale implique en effet que, tant que le mariage n'est pas célébré, les parties au contrat de mariage restent libres de décider de se marier. De la même manière, les époux sont libres de divorcer. Cela explique que les avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux, soient suspendus à l'absence de divorce (art. 265 al. 2 c. civ.). Sauf exception¹⁹⁶⁵, le destinataire d'une offre reste également libre d'accepter celle-ci ou de la refuser¹⁹⁶⁶. Dans ce cas, c'est la liberté contractuelle qui explique le choix discrétionnaire qui lui appartient et ce faisant, l'incertitude qui affecte la naissance du contrat voulu par l'offrant. De la même manière, le bénéficiaire de la promesse unilatérale n'est pas tenu de réaliser l'opération promise, n'ayant encore pris aucun engagement en ce sens. L'option dont il dispose est donc porteuse d'une éventualité, de même que celle dont dispose le légataire, libre d'accepter ou de refuser le legs ou le lot¹⁹⁶⁷. Ainsi, dans chacune des hypothèses étudiées, l'éventualité de la condition de perfection s'explique par le principe de liberté qui gouverne la formation de l'acte perfecteur. Celle-ci étant laissée à la discrétion d'une partie ou d'un tiers, il s'agit d'un droit discrétionnaire. Si les principes de liberté (matrimoniale, contractuelle, testamentaire) peuvent expliquer le droit discrétionnaire de parfaire ces actes, l'existence d'un tel droit dans la promesse unilatérale pose question.

¹⁹⁶⁴ Le Robert, *Dictionnaire de la langue française*, « Éventualité ».

¹⁹⁶⁵ Le refus de vente opposé à un consommateur est illicite : art. L.121-11 C. conso.

¹⁹⁶⁶ BARRET (O.), « Variations autour du refus de contracter », *Mél. J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 5.

¹⁹⁶⁷ L'option successorale est l'exercice d'une liberté : GRIMALDI (M.), *op. cit.*, §511 ; PIÉDELIÈVRE (S.), *op. cit.*, p. 159 et s. ; TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), GAUDEMET (S.), *op. cit.*, §754 et s.

671. Licéité de l'option – Inséré dans un contrat, le pouvoir discrétionnaire de lever l'option constitue, semble-t-il, un droit purement potestatif qui devrait tomber sous la prohibition de l'art. 1304-2 du code civil¹⁹⁶⁸. En apparence seulement, car comme l'avait remarqué Demogue, la potestativité peut être définie comme la possibilité laissée au débiteur de se départir discrétionnairement d'une obligation à sa charge. Or, ce n'est pas selon cette configuration que l'option s'insère dans le contrat de promesse, le bénéficiaire n'étant le créancier d'aucune obligation avant de lever l'option et le promettant n'étant pas encore débiteur à son égard. Lorsqu'une promesse unilatérale a été conclue, la levée de l'option doit en effet rendre les parties à la fois créancières et débitrices au sein de l'opération promise. Aussi n'y a-t-il aucune potestativité dans le fait d'endosser ou de renoncer à cette double qualité¹⁹⁶⁹. N'étant ni un droit réel ni un droit personnel inhérent à une opération juridique¹⁹⁷⁰, l'option suspend simplement la perfection de l'acte : l'opération se réalisera dans son ensemble si le bénéficiaire lève l'option, ou elle ne se réalisera pas. La validité de ce droit ne fait donc aucun doute puisque l'option suspend l'entière perfection de l'opération contractuelle¹⁹⁷¹. Le refus de lever l'option empêchera simplement la promesse d'atteindre la perfection. Il entraînera un retour au *statu quo ante*. Il ne sera donc pas donné effet à l'engagement d'ores et déjà souscrit par le promettant tant que le bénéficiaire n'aura pas levé l'option¹⁹⁷². Ainsi, l'option ne constitue pas un droit potestatif illicite, car elle ne permet pas à une partie d'échapper à l'exécution d'une obligation, alors même qu'elle aurait retiré un bénéfice de l'obligation réciproque exécutée par son cocontractant. Là se situe toute la différence avec la condition purement potestative qui atteint une partie seulement de l'opération. Si l'une des parties peut refuser d'exécuter une obligation dans un contrat synallagmatique, il s'agit d'une condition purement potestative illicite¹⁹⁷³, d'où sa prohibition par l'art. 1304-2 du code civil¹⁹⁷⁴. La perfection de la promesse unilatérale est donc éventuelle, dépendant de la décision discrétionnaire du bénéficiaire de lever l'option.

¹⁹⁶⁸ Sur la qualification de l'option comme droit potestatif : MOLINA (L.), th. préc., §105 et s.

¹⁹⁶⁹ Civ. 3^{ème} 21 janvier 1971, n° 70-11.065, *Bull. Civ. III*, n° 46 : « attendu ensuite qu'une condition purement potestative, nulle de la part de celui qui s'oblige, n'affecte pas la validité d'un contrat synallagmatique, dans lequel les parties sont respectivement créancières et débitrices ». V. égal : Com. 11 mars 1968, *Bull. civ. IV*, n° 101 – Soc. 3 janvier 1952, *Bull. civ. III*, n° 6 – Civ. 1^{ère} 20 octobre 1954, *Bull. civ. I*, n° 250.

¹⁹⁷⁰ MOLINA (L.), th. préc., §95 et s.

¹⁹⁷¹ MOLINA (L.), « L'unité contractuelle de la promesse et de la vente », art. préc. : « le droit d'option comme le droit de repentir ne porte pas sur l'obligation qui est à la charge de son titulaire, mais sur le contrat tout entier ». En ce sens égal. : GOUBEAUX (G.), « Remarques sur la condition suspensive dans l'intérêt exclusif de l'une des parties », *Defrénois* 1979, p. 757, §5 ; MILHAC (O.), *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, thèse Paris I, 1996, §564.

¹⁹⁷² DEMOGUE (R.), « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », art. préc., spéc. p. 757 : « tandis que l'obligation sous condition purement potestative, c'est-à-dire sous la condition « si je veux » ou ses équivalents, est nulle, un contrat est au contraire valablement passé avec la condition « si je veux », à moins que cela n'aboutisse à établir une obligation isolée sous condition purement potestative ».

¹⁹⁷³ Com. 19 janvier 2010, n° 08-19.376, Inédit ; *Rev. sociétés* 2010. 165, note A. Couret. En l'occurrence la réalisation de la condition suspensive portait sur un *complément de prix*, de sorte que la partie qui avait la maîtrise de la condition pouvait moduler la contrepartie selon son bon vouloir. La Cour de cassation retient logiquement la nullité de l'acte.

¹⁹⁷⁴ Ainsi il n'y a pas d'incohérence à valider le droit d'option mais à maintenir la prohibition des conditions suspensives purement potestatives. *Contra* : LATINA (M.), th. préc., §367 et s. ; LATINA (M.), « La condition dans l'ordonnance du 10 février 2016 », *JCP G* 2016, n° 30-35, p. 875. Si une telle condition atteint une partie seulement des effets de l'acte, elle contribue en effet à démanteler l'opération juridique. Lorsqu'elle atteint l'ensemble de l'opération, cette condition doit être requalifiée en droit d'option licite. Sur cette requalification, v. *infra*, n° 681.

672. Ainsi, la liberté qui gouverne la constitution de l'acte perfecteur explique que l'accomplissement de la condition de perfection soit éventuel. La formation de l'acte perfecteur n'étant pas obligatoire, mais discrétionnaire, il n'est pas possible de savoir par avance si la condition s'accomplira.

2 - L'incertitude du fait perfecteur

673. **Fait perfecteur et incertitude** – La perfection de l'acte prospectif peut également dépendre d'un fait juridique. La perfection du testament est caractéristique de cette situation, car elle dépend du prédécès du testateur. De même, la perfection de la promesse conditionnelle dépend de la survenance ou de la non-survenance d'un événement.

674. **Le prédécès du testateur** – Le décès constitue assurément un fait juridique, auquel la loi attache des effets en dépit de la volonté de la personne décédée et des tiers. Son incertitude n'est toutefois que relative. Le décès constitue en effet un événement inéluctable, certain de survenir. En tant que tel, il ne semble donc pas apte à constituer une condition de perfection du testament. Si on considère l'opération principale du testament, le legs, on remarque toutefois que ce n'est pas le simple décès qui importe, mais l'antériorité du décès du testateur par rapport à celui du légataire. Or, l'ordre des décès constitue bien un événement incertain, que les Romains traitaient d'ailleurs comme une véritable condition suspensive, conformément à la règle *Dies incertus conditionem in testamento facit*. L'ordre incertain des décès est donc à l'origine de l'éventualité qui affecte l'accomplissement de la condition de perfection. L'éventualité étant inhérente à la qualification de l'acte, la loi prohibe toute manipulation par le légataire. Il serait en effet choquant d'admettre que le légataire puisse provoquer le décès du testateur pour parfaire le testament à son égard. Outre le caractère immoral de cet acte, il s'agit d'une manipulation de l'événement perfecteur qui ne saurait être admise, car attentatoire à l'éventualité. La révocation judiciaire du legs est donc spécialement prévue pour empêcher le légataire de tirer profit des conséquences de son acte (art. 955 et 1047 c. civ.).

675. **L'événement conditionnel** – La perfection de la promesse conditionnelle dépend de l'accomplissement d'une condition suspensive. Or, par définition, « la condition implique l'incertitude »¹⁹⁷⁵. L'événement conditionnel pouvant aussi bien survenir que ne pas survenir, il est donc à l'origine de l'éventualité caractéristique de la condition de perfection. Cette incertitude étant inhérente à la qualification de l'acte (le « contrat conditionnel » ou promesse) il est impératif que les parties désignent un événement conditionnel incertain. Par ailleurs, on ne saurait admettre que cette incertitude soit supprimée sous l'influence d'une des parties.

¹⁹⁷⁵ FAGES (B.), *op. cit.*, §148.

676. L'incertitude de l'événement – Comme l'énonce l'art. 1304 du code civil, la condition est un « événement incertain ». Derrière cette définition de la condition se trouve une exigence pour les parties : celle de viser un événement conditionnel incertain, sauf à contredire la raison d'être de la condition. Son insertion dans l'accord des parties est en effet « destinée à permettre la réalisation d'opérations juridiques malgré un environnement incertain »¹⁹⁷⁶. Si les parties ont la certitude que l'événement se produira, la qualification de promesse conditionnelle est alors douteuse, car aucune éventualité ne pèse sur la réalisation de l'opération promise. Il s'agit alors d'un contrat parfait comprenant simplement un terme.

677. Le caractère futur de l'événement – L'incertitude qui affecte l'événement ne semble toutefois pas suffisante à la qualification de condition dans la mesure où l'art. 1304 du code civil précise que l'événement doit également être « futur ». À première vue, cette précision vient nettement restreindre le domaine de la condition suspensive, car un événement passé pourrait tout à fait être inconnu des parties et donc, incertain pour elles. En précisant que l'événement doit être « futur », le texte prohibe donc, semble-t-il, la condition portant sur un événement passé ou présent inconnu des parties. La solution est à rebours du droit romain qui admettait l'insertion d'une telle condition. Cette solution avait d'ailleurs été reprise à l'ancien art. 1181 du code civil¹⁹⁷⁷, mais la réforme de 2016 l'a supprimée alors même qu'une partie de la doctrine plaide pour l'admettre au rang des conditions suspensives¹⁹⁷⁸. Les auteurs observent qu'une telle clause pourrait être un outil à la disposition des parties qui souhaitent prendre un engagement, mais qui ne disposent pas encore d'une connaissance précise du contexte dans lequel elles s'accordent. Pourtant il convient de remarquer que le texte ne condamne pas plus qu'avant les conditions portant sur un événement passé et inconnu des parties. Si l'incertitude provient de l'état des connaissances des parties, c'est en effet la connaissance qui constitue l'événement conditionnel et non le fait sur lequel elle porte. Or, la connaissance du « fait passé » ne pourra par définition être révélée qu'à un stade ultérieur à la formation de l'acte. Pour illustrer cette hypothèse, on peut prendre un exemple relativement classique : celui de la pollution d'un terrain à la vente. Il convient de remarquer qu'aucune incertitude n'existe à propos du fait « pollution du terrain » : le terrain est pollué ou ne l'est pas. En toute hypothèse le fait passé n'a donc rien d'incertain. On entend par là qu'il est insusceptible de se produire ou de ne pas se produire : si la pollution intervient après la formation du contrat, le contrat ne devra pas être remis en cause, car la condition devait protéger l'acquéreur contre une pollution déjà survenue sur le terrain. Dans les faits, le soi-disant événement s'est donc déjà produit ou non produit. L'incertitude des parties quant à ce fait ne suffit donc pas à le rendre incertain, l'incertitude de la condition étant censée porter sur la survenance ou la non-survenance d'un événement. Cela démontre bien que l'événement conditionnel ne réside pas dans l'état de pollution du terrain, mais dans sa révélation. Par un raisonnement inductif, les circonstances de réalisation de la

¹⁹⁷⁶ DEROUIN (Ph.), « Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition », *RTD Civ.* 1978. 1, §3.

¹⁹⁷⁷ Ancien art. 1181 al. 1^{er} c. civ. : « L'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties ».

¹⁹⁷⁸ LATINA (M.), th. préc., §228 et s.

condition révèlent l'identité véritable de la condition : il s'agit de l'état des connaissances des parties, seule la délivrance d'un certificat de non-pollution étant apte à dissiper l'incertitude et donc à réaliser la condition¹⁹⁷⁹. Lorsqu'on cherche à appréhender l'incertitude des parties quant à un événement, un glissement se produit donc nécessairement quant à l'identité de l'événement conditionnel : ce dernier ne réside pas dans un fait hypothétique passé, insusceptible de se produire ou de ne pas se produire, mais dans l'état des connaissances des parties. Les parties qui n'ont pas connaissance de l'état de pollution d'un terrain peuvent donc parfaitement décider de conditionner la réalisation de la vente à la délivrance d'un certificat de non-pollution du terrain. Sa délivrance étant incertaine et future, elle constitue la condition véritable de l'opération.

678. La potestativité de la condition – L'événement devant être incertain, on ne saurait admettre que l'une des parties à la promesse ait la maîtrise de sa survenance. L'art. 1304-2 prévoit donc un régime spécifique en présence d'une condition *simplement* potestative, qu'il est au pouvoir d'une partie de faire advenir. Il est contestable en revanche que ce même texte prohibe les conditions *purement* potestatives. Insérées dans une promesse, ces dernières constituent un véritable droit d'option admis par la loi.

679. L'admission de la condition simplement potestative – Par une interprétation *a contrario* de l'art. 1304-2 du code civil, une condition peut être simplement potestative sans encourir l'annulation¹⁹⁸⁰. Elle se distingue de la condition purement potestative (*si voluetur*) en ce qu'elle ne dépend pas discrétionnairement de la volonté d'une des parties, qui en a seulement la maîtrise partielle. L'exemple classique est celui de l'accord de prêt qui suspend l'opération de vente. Dans ce cas en effet, l'événement conditionnel réside strictement dans la décision de la banque d'accorder ou non le prêt. La partie qui a la maîtrise partielle de la condition n'a donc que la maîtrise du *préalable* à l'événement conditionnel, qui correspond ici aux démarches à effectuer auprès de la banque en vue de l'octroi du prêt. Même si elle n'est pas susceptible de faire s'accomplir ou de faire défaillir la condition, elle a donc plus largement le pouvoir de faire obstacle à sa réalisation. Or, même si ce pouvoir existe factuellement, cela ne signifie pas qu'il soit justifié juridiquement. En instituant une condition, les parties ont en effet entendu s'en remettre au hasard. Faire obstacle à la réalisation de la condition est donc un comportement contraire au principe de force obligatoire

¹⁹⁷⁹ Un auteur remarque qu'il est moins efficace de viser la délivrance d'un certificat de non-pollution au titre de la condition, que l'événement « non-pollution » (GRIMALDI (C.), « La prise en considération des concepts du nouveau droit des contrats par le rédacteur d'actes en vue d'en assurer l'efficacité », *Études Ph. Neau-Leduc*, LGDJ, Lextenso, 2018, p. 505, spéc. §9). Il note avec justesse que cette certification n'est pas infaillible. Si le terrain se révèle finalement pollué l'acquéreur ne sera pas protégé car la condition accomplie par la délivrance du certificat ne peut plus défaillir. On voit mal toutefois en quoi l'acquéreur serait davantage protégé s'il visait l'événement « non-pollution du terrain ». En toute hypothèse, cela ne constitue un événement qu'à travers sa révélation et donc sur la base d'un certificat.

¹⁹⁸⁰ Pour un ex. récent : Com. 22 septembre 2021, n° 19-23.958, Inédit, *Rev. sociétés* 2021. 700, P. Pisoni ; *RTD Civ.* 2021. 886, H. Barbier ; *Dr. sociétés* 2022, n° 1, comm. 1, R. Mortier ; *JCP E* 2022, n° 30, 1267, obs. M. Buchberger ; *Gaz. Pal.* 2021, n° 44, p. 61, note A. Rabreau ; *Bull. Joly soc.* 2021, n° 12, p. 17, note C. Barillon ; *RDC* 2022/1, p. 62, note J. Heinich ; *LEDC* 2021, n° 11, p. 4, obs. L. Molina.

attaché au contrat en dépit de son imperfection¹⁹⁸¹. Pour cette raison, l'art. 1304-3 du code civil prévoit que la condition sera réputée accomplie si la partie qui y a intérêt met en œuvre des procédés pour la faire défaillir¹⁹⁸². Notons qu'il s'agit ici d'une obligation négative de ne pas entraver le jeu de la condition, compatible avec le caractère conditionnel de l'engagement. Même si cela implique un comportement positif – tel est le cas pour l'obtention d'un prêt bancaire, la différence avec un engagement ferme se situe dans l'impossibilité d'en forcer l'exécution.

680. Le caractère obligatoire de la condition – Ce n'est donc que si on constate que la partie a mis un obstacle à la réalisation de l'événement conditionnel qu'on pourra réputer la condition accomplie¹⁹⁸³. Ce sera le cas par exemple si l'acquéreur a sollicité un prêt pour un montant supérieur à ce qui était initialement convenu, ayant ainsi amenuisé ses chances de voir la condition se réaliser¹⁹⁸⁴. La loi prévoit toutefois une exception, admise de longue date, pour le cas où la condition aurait défailli quand bien même l'acquéreur aurait amenuisé les chances de la voir se réaliser¹⁹⁸⁵. Les efforts déployés pour faire défaillir la condition n'étant pas liés à sa défaillance effective, ils sont indifférents. Cela étant, on peut s'étonner que la jurisprudence prohibe les promesses de donation comportant une condition simplement potestative¹⁹⁸⁶. L'art. 944 du code civil prévoit en effet la nullité des donations faites « *sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur* ». Si le texte vise les conditions *purement* potestatives, nombre d'auteurs estiment que ce texte englobe les conditions *simplement* potestatives en vertu du principe d'irrévocabilité spéciale des donations. Selon ce principe, le donateur ne devrait pas pouvoir se ménager un droit de revenir sur la donation, pas même en ayant la maîtrise partielle de sa réalisation¹⁹⁸⁷. Néanmoins, force est de constater que si le promettant tente de faire obstacle à la réalisation de la donation, l'art. 1304-3 du code civil permet de réputer que celle-ci s'est accomplie¹⁹⁸⁸. La potestativité de la condition n'est donc pas synonyme d'un droit pour le donateur de revenir sur son engagement. Rendue obligatoire, la condition suspensive simplement potestative est donc licite : la perfection de l'acte demeure éventuelle et son régime

¹⁹⁸¹ FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, §600 ; HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001, §301.

¹⁹⁸² Lorsqu'une condition potestative passe le filtre de qualification de l'art. 1304-2 c. civ., on peut donc contrôler sa réalisation sur le terrain de l'art. 1304-3. En ce sens, se fondant sur les anciens art. 1174 et 1178 c. civ. : DROSS (W.), « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD Civ.* 2007. 701, §29 ; LATINA (M.), th. préc., §350 et s.

¹⁹⁸³ Civ. 3^{ème} 12 novembre 1975, n° 74-12.292, *Bull. civ. III*, n° 328 – Civ. 1^{ère} 25 octobre 1994, n° 92-11.400, Inédit – Civ. 3^{ème} 19 mai 1999, n° 97-14.529, *Bull. civ. III*, n° 120 ; *D.* 2000. 692, note Ardeeff – Com. 23 novembre 1993, n° 91-21.846, *Bull. civ. IV*, n° 422 ; *RTD civ.* 1994. 863, obs. J. Mestre.

¹⁹⁸⁴ Civ. 3^{ème} 20 novembre 2013, n° 12-29.021, *Bull. Civ. III*, n° 150 ; *D.* 2014. 196, note S. Tisseyre ; *D.* 630, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *D.* 1000, chron. A.-L. Collomp, A. Pic, V. Georget et V. Guillaudier ; *AJDI* 2014. 307, obs. F. Cohet ; *RDI* 2014. 99, obs. H. Heugas-Darraspen ; *RTD civ.* 2014. 111, obs. H. Barbier. V. égal. : Civ. 3^{ème} 19 janvier 2017, n° 15-17.145, Inédit ; *AJDI* 2017. 225.

¹⁹⁸⁵ Pour des ex. récents : Civ. 3^{ème} 1^{er} avril 2021, n° 19-25.180, Inédit ; Civ. 3^{ème} 14 janvier 2021, n° 19-24.290, Inédit.

¹⁹⁸⁶ Civ. 1^{ère} 25 novembre 1986, n° 84-12.796, *Bull. Civ. I*, n° 280.

¹⁹⁸⁷ Sur cette approche classique : PIÉDELIÈVRE (S.), *op. cit.*, §507 ; MALAURIE (Ph.), BRENNER (C.), *op. cit.*, §344 ; TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), GAUDEMET (S.), *op. cit.*, §504 et §508.

¹⁹⁸⁸ En ce sens : LATINA (M.), th. préc., §368.

juridique empêche que la partie qui en a la maîtrise partielle « force le hasard »¹⁹⁸⁹. Il faut toutefois se garder de confondre la condition simplement potestative avec la condition purement potestative, prétendument illicite.

681. La requalification de la condition purement potestative – L’art. 1304-2 du code civil énonce que la condition purement potestative est illicite. Pourtant cette illicéité est depuis longtemps critiquée par une partie de la doctrine¹⁹⁹⁰. À bien y regarder, une condition ne saurait en effet à la fois conserver sa qualification de « condition » et être « purement potestative ». La condition purement potestative dépend en effet du bon vouloir d’une partie de réaliser l’opération, ce qui est absolument contraire à la nécessaire objectivité de l’événement conditionnel. Partant, la condition paraît plutôt être un pouvoir potestatif¹⁹⁹¹. C’est donc à partir de cette qualification qu’il convient de régler la question de son admissibilité. Il apparaît tout d’abord qu’un tel pouvoir serait contestable, au mieux contradictoire, s’il appartenait au promettant. Comme nous l’avons vu, le promettant prend un engagement de réaliser l’opération promise. Qu’un pouvoir lui soit accordé pour décider de la réalisation de cette même opération invite donc à douter sérieusement qu’un engagement ait été pris et qu’un contrat de promesse se soit formé¹⁹⁹². En ce sens, on peut douter que la promesse de donation conclue sous une condition purement potestative du donateur soit une véritable promesse de donation, d’où la nullité prévue par l’art. 944 du code civil. La situation est différente si le pouvoir appartient au cocontractant du promettant. Comme nous l’avons vu, le droit d’option n’est en effet rien d’autre qu’un pouvoir purement potestatif de réaliser l’opération promise, c’est-à-dire un droit discrétionnaire d’opter pour la perfection de l’acte. Le soi-disant double engagement de vendre et d’acheter dont la réalisation est subordonnée à la « *confirmation par l’acheteur (...) de sa volonté d’acquérir les biens au prix convenu* »¹⁹⁹³ n’est donc qu’une promesse unilatérale, dans laquelle la maîtrise de la condition par l’un des contractants s’apparente à un véritable droit d’option¹⁹⁹⁴. Or, la loi valide pleinement ce droit à l’art. 1224 du code civil, ce qu’on a pu justifier en remarquant que l’option suspend la réalisation globale de l’opération. Sauf à remettre en cause la licéité du droit d’option dont est titulaire le bénéficiaire de toute promesse unilatérale, le procédé devrait donc être licite et l’accord, requalifié en promesse unilatérale.

¹⁹⁸⁹ TAISNE (J.-J.), *La notion de condition dans les actes juridiques, Contribution à l’étude de l’obligation conditionnelle*, thèse, Lille, 1977, §186.

¹⁹⁹⁰ V. not. : DROSS (W.), « L’introuvable nullité des conditions potestatives », art. préc. ; DONDERO (B.), « De la condition potestative illicite », *RTD Civ.* 2007. 677 ; LATINA (M.), th. préc., §367 s. *Contra* : CHÉNEDÉ (F.), « Charles Demolombe, la condition potestative », *RDC* 2014/1, p. 291 (première partie), *RDC* 2014/3, p. 1131 (deuxième partie).

¹⁹⁹¹ LATINA (M.), th. préc., §359.

¹⁹⁹² En ce sens M. Dross relève « qu’en présence d’une condition qui est purement potestative, aucune partie n’étant alors engagée par la soi-disant promesse, elles n’ont pas dépassé le stade des simples négociations, stade auquel parler de nullité n’a pas de sens », DROSS (W.), « L’introuvable nullité des conditions potestatives », art. préc. §23.

¹⁹⁹³ Civ. 3^{ème} 24 mai 2011, n° 09-68.722, Inédit.

¹⁹⁹⁴ En ce sens : VALORY (S.), « Potestativité et requalification du contrat », *Dr. et patr.* 1999, n° 72, p. 72. Plus récemment, DROSS (W.), « L’introuvable nullité des conditions potestatives », art. préc., §17-18. L’auteur propose une alternative à la nullité qui « consiste à voir dans le contrat affecté d’une condition suspensive potestative une promesse unilatérale de contrat ».

Même si la Cour de cassation ne s'est pas toujours prononcée en ce sens¹⁹⁹⁵, elle a déjà retenu que « *la convention qualifiée "vente", passée sous la condition suspensive que l'acquéreur confirme dans un certain délai son intention définitive d'acquérir, ne peut être analysée, conformément à l'article 1103 du code civil, qu'en une promesse unilatérale* »¹⁹⁹⁶. Cette requalification opérée, la promesse est valable. Sa perfection dépend alors de la levée de l'option et non plus de l'accomplissement d'une condition suspensive.

682. Conclusion du §1 – Dans chacun des actes prospectifs, on a pu constater que l'accomplissement de la condition de perfection est à la fois essentiel à la réalisation de la finalité, qu'il le soit d'après la volonté de l'auteur de l'acte ou d'après la nature de ce dernier, et éventuel, qu'il le soit à raison d'un principe de liberté gouvernant la formation de l'acte perfecteur ou de l'incertitude affectant le fait perfecteur. L'éventualité étant au cœur du mode opératoire de ces actes, elle se trouve préservée par divers mécanismes, au premier rang desquels se trouve le « réputé accompli » de la condition suspensive simplement potestative, prévu par l'art. 1304-2 du code civil. L'identité de la condition de perfection étant précisée, il convient désormais de détailler les modalités de maîtrise de la condition par l'auteur de l'acte prospectif. Cela permettra d'avoir une vision complète de la condition de perfection.

§2 - LA MAÎTRISE DE LA CONDITION PAR L'AUTEUR

683. Entre détermination et simple aménagement – Les conditions de perfection ayant été identifiées pour chacun des actes prospectifs, la question se pose de leur maîtrise par le ou les auteurs de l'acte. Deux situations peuvent être distinguées selon que l'événement perfecteur est choisi par l'auteur de l'acte ou déterminé par la loi. Dans le premier cas, il appartient à l'auteur de l'acte de le définir, ce qui pose la question des événements susceptibles d'être visés (A). Dans le second cas, il est directement visé par la loi, ce qui pose la question de son adaptation par l'auteur de l'acte (B).

A - Sa définition par l'auteur : la condition volontaire

684. L'objet de la condition suspensive – D'un point de vue matériel, la condition suspensive est une clause contractuelle qui permet aux parties d'ériger un événement en condition de réalisation de l'opération promise. Les parties étant libres de déterminer le contenu du contrat, se pose la question de savoir quels

¹⁹⁹⁵ Com. 23 septembre 1982, n° 81-10.131, *Bull. Civ. IV*, n° 284 ; *Defrénois*, 1983, art. 33027, n° 29, p. 401, obs. G. Vermelle. V. égal. : Civ. 3^{ème} 7 juin 1983, n° 82-10.281, *Bull. civ. III*, n° 132 ; *Defrénois*, 1984, art. 33326, n° 48, p. 805, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1984. 713, obs. J. Mestre.

¹⁹⁹⁶ Civ. 3^{ème} 21 novembre 1984, n° 83-13.919, *Bull. Civ. III*, n° 198. Par le passé elle l'avait toutefois refusé, sa jurisprudence s'inscrivant alors dans un mouvement intense de rejet de la potestativité. V. par ex. : Civ. 1^{ère} 20 octobre 1954, *Bull. Civ. I*, n° 294, « *la condition suspensive n'emportait pas, en la cause, l'existence d'une simple promesse unilatérale de vente et ne constituait pas davantage une option au profit de l'acheteur* ».

sont les événements susceptibles d'être visés. On a déjà pu constater que les éléments essentiels à la formation de l'acte ne pouvaient pas être érigés en condition suspensive¹⁹⁹⁷. Il semble toutefois que des éléments essentiels à la seule réalisation de l'opération puissent être érigés en condition suspensive, dans la mesure où la condition joue ici le rôle de condition de perfection (1). Cela nous semble possible à la condition de procéder à certaines adaptations dans le régime actuel de la condition suspensive (2).

1 - De la condition-motif à la condition-obstacle

685. Du motif à l'obstacle – L'événement conditionnel est souvent décrit comme un simple motif extérieur à l'acte et pourtant considéré comme essentiel par une des parties, du fait de son entrée dans le champ contractuel¹⁹⁹⁸. Il nous semble toutefois qu'il n'y a pas de raisons sérieuses de limiter ainsi le champ de la condition suspensive, du moins lorsqu'elle joue le rôle de condition de perfection¹⁹⁹⁹. Tant que la finalité n'advient pas, il n'y a en effet aucune difficulté à admettre qu'elle soit suspendue à la levée d'un véritable obstacle qui existait jusqu'alors pour sa réalisation. L'expression « condition de perfection » est d'ailleurs apparue pour la première fois relativement à cette question, sous la plume de Malaurie, à propos de l'autorisation préfectorale que le régime de Vichy imposait pour la validité de la vente d'immeuble²⁰⁰⁰. Bien qu'étant requise à peine de nullité, la nature de la condition était discutée parce qu'elle semblait nécessaire non pour la prise de l'engagement, mais plutôt pour la réalisation de la vente. La question se posait donc de savoir s'il était possible de conclure une promesse sous la condition suspensive d'obtention de l'autorisation. Après l'abrogation de la loi du 16 novembre 1940 qui imposait cette autorisation, la jurisprudence s'est refusée à valider des promesses conclues sous condition d'obtention d'autorisations semblables, telles que l'autorisation de lotir²⁰⁰¹ ou encore l'autorisation de cession d'un office ministériel²⁰⁰². Cette solution reposait assurément sur un raisonnement binaire : les conditions de validité devant être remplies au jour de formation de l'acte, il fallait reporter sa formation pour différer également le moment d'examen des conditions de validité²⁰⁰³. L'objectif était d'éviter l'annulation du contrat *ab initio*, faute pour ce dernier de satisfaire aux conditions de validité au moment de sa formation.

¹⁹⁹⁷ V. *supra*, n° 659 et 660.

¹⁹⁹⁸ V. *supra*, n° 345 et 346.

¹⁹⁹⁹ Ce statut de la condition suspensive tend d'ailleurs à être de principe. Très souvent en effet, la condition suspensive est insérée dans une promesse, où elle reporte l'ensemble des effets du contrat. Au contraire, lorsqu'elle est une simple modalité de l'obligation, il faut s'assurer qu'elle n'a pas pour effet de démembrer l'opération. Or, cela n'est possible que dans un cas précis. Sur cette question : v. *supra*, n° 278.

²⁰⁰⁰ MALAURIE (Ph.), *D.* 1955, p. 714, note sous Civ. 22 décembre 1954.

²⁰⁰¹ Civ. 3^{ème} 18 mars 1974, *JCP* 1975, II, 17947, note Thuillier. Solution reprise par l'art. L. 442-4 c. urb.

²⁰⁰² Civ. 2^{ème} 11 mai 2000, n° 96-20.413, *Bull. Civ. II*, n° 77.

²⁰⁰³ En ce sens, à propos du droit de préemption, v. : BECQUE-ICKOWICZ (S.), « La condition suspensive de non-préemption : faculté de repentir pour le vendeur ? », *Defrénois* 2011, 1519 ; NUYTEN (B.), « Avant-contrat de vente d'immeubles sous condition suspensive de la purge du droit de préemption urbain », *RDC* 2015/2, p. 503, §23.

686. Le problème de la validité de l'acte – Il nous semble pourtant y avoir une méprise dans cette dernière affirmation. Il convient en effet de rappeler que l'action en nullité permet de contester les effets d'un acte, bien plus que l'acte lui-même²⁰⁰⁴. Tant que l'acte n'a pas réalisé l'effet prohibé et que ce dernier demeure éventuel, précisément subordonné à l'adjonction d'une condition de validité, l'acte ne porte donc pas atteinte à l'intérêt défendu par la condition de validité. L'effet suspensif permet au contraire de subordonner l'efficacité de l'acte à la levée de l'invalidité. En dépit de ce qu'énoncent certains auteurs²⁰⁰⁵, il n'y a donc pas d'incohérence à pouvoir annuler l'acte parfait invalide, mais à valider l'acte imparfait conclu sous la condition suspensive d'adjonction d'une condition de validité. Il convient en effet de ne pas entériner une conception de la validité spécialement élaborée pour l'acte dont la perfection est concomitante à la formation. Lorsque l'acte est prospectif, cette logique ne saurait demeurer intacte sauf à se priver des potentialités dont recèle la promesse pour anticiper une situation future. Les diverses conditions de validité qui concernent la seule réalisation de l'opération²⁰⁰⁶, ne devraient pas invalider la promesse conditionnelle. Elles devraient pouvoir être regroupées dans une catégorie inédite, celle des « conditions-obstacles », par oppositions aux « conditions-motifs », aptes à suspendre la perfection de la promesse. Pour l'admettre, il convient de remarquer que certains éléments traditionnellement requis pour la validité des actes sont en réalité de simples hypothèses d'« indisponibilité ».

687. Une simple indisponibilité – Dans une célèbre étude consacrée à l'incapacité, Houin avait proposé de distinguer strictement la question de la capacité et celle de l'indisponibilité. Il avait envisagé de « réserver le mot incapacité à celles (les prohibitions) qui ont pour but de protéger les intérêts de l'incapable lui-même et qui sont fondées sur une présomption d'insuffisance de volonté », tandis que « les autres prohibitions recevraient un qualificatif différent, celui par exemple d'interdiction ou d'indisponibilité »²⁰⁰⁷. Certaines soi-disant incapacités ne seraient pas des incapacités au sens de l'art. 1128 du code civil. Ne concernant pas la volonté de l'auteur de l'acte, elles auraient simplement pour but de limiter « les effets juridiques qu'il peut atteindre »²⁰⁰⁸. On pourrait donc distinguer l'incapacité, cause de nullité des actes juridiques²⁰⁰⁹, et l'indisponibilité, simple obstacle à la réalisation de l'opération. La capacité serait exigée au moment de la formation, comme c'est le cas par exemple lorsque la loi impose une autorisation, laquelle intervient nécessairement en amont de la formation²⁰¹⁰. Elle ne devrait donc pas pouvoir être érigée en

²⁰⁰⁴ V. *supra*, n° 396 et s.

²⁰⁰⁵ NUYTTEN (B.), « Avant-contrat de vente d'immeubles sous condition suspensive de la purge du droit de préemption urbain », art. préc., §11 : « une vente pure et simple passée au mépris du droit de préemption urbain est incontestablement nulle ; et un contrat nul *ab initio* ne peut pas plus exister conditionnellement que purement et simplement ». V. égal. : LATINA (M.), th. préc., §158.

²⁰⁰⁶ Il y a en effet une « multiplication des réglementations administratives au jeu desquelles se trouve subordonnée l'efficacité ou l'utilité d'un contrat... », FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), ANDREU (L.), FORTI (V.), *Droit civil, Les obligations*, t. 3 – Le rapport d'obligation, Coll. Université, Sirey, 20^{ème} éd., 2022, §44.

²⁰⁰⁷ HOUIN (R.), « Les incapacités », *RTD Civ.* 1947. 383, spéc. p. 386.

²⁰⁰⁸ *Ibid.* p. 394.

²⁰⁰⁹ Sur cette condition et les liens qu'elle entretient avec la volonté, v. *supra*, n° 387.

²⁰¹⁰ En ce sens, THULLIER (B.), *L'autorisation, Étude de droit privé*, Bibl. de dr. privé, t. 252, LGDJ, 1996, §192 : « Lorsque l'interdiction posée par le système d'autorisation est une *incapacité d'exercice*, l'autorisation octroie à

condition suspensive, le législateur exigeant spécialement que la condition soit remplie en amont²⁰¹¹. À l'inverse, l'indisponibilité n'étant pas afférente à la volonté, il n'y aurait aucune raison de l'apprécier au moment de la formation de l'acte. Sa perfection pourrait ainsi être subordonnée à la levée d'une indisponibilité. Encore faut-il toutefois distinguer strictement ces deux hypothèses. À ce sujet, la jurisprudence est parfois hésitante. La Cour de cassation a ainsi affirmé que l'autorisation constitue « *non une modalité conditionnelle de l'accord des parties, mais un élément légal de validité du transfert de propriété* »²⁰¹². Dans des affaires plus récentes, elle a au contraire admis qu'une promesse de vente puisse être conclue sous la condition suspensive d'obtention d'une autorisation administrative²⁰¹³ ou sous la condition suspensive d'obtention d'une autorisation du juge²⁰¹⁴. Du fait de cette instabilité jurisprudentielle, il convient d'identifier les indisponibilités capables d'intégrer la catégorie des « conditions-obstacles ». La chose indisponible peut être définie comme celle « *dont on ne peut disposer* ». Souvent associée à la chose inaliénable, incessible, intransmissible²⁰¹⁵, elle devrait correspondre plus largement à tout obstacle empêchant la réalisation de l'opération. Notons simplement que l'indisponibilité devrait nécessairement être temporaire. Dans le cas contraire, on serait face à une condition impossible prohibée par la loi. Sur cette base, quelques pistes peuvent être exposées.

688. Propriété du bien – Nous avons vu précédemment pourquoi la propriété du bien devait être acquise dès la formation du contrat de vente, l'acte étant parfait dès sa formation²⁰¹⁶. Ce raisonnement ne vaut toutefois que pour l'acte performatif, dans la mesure où les parties doivent avoir la garantie que le transfert pourra avoir lieu. Il devrait au contraire être possible de valider les promesses conclues sous la condition suspensive d'obtention de la propriété, lorsque la propriété est nécessaire à la réalisation de l'opération promise. D'une part, la réalisation de l'opération est conditionnée à l'obtention de la propriété, de sorte que l'acte échappe à la critique du *nemo plus juris*. D'autre part, aucune obligation d'acquiescer ne pèse sur le promettant, de sorte qu'il ne prend pas l'engagement d'exécuter une obligation *juridiquement* impossible. La nécessité d'acquiescer le bien est simplement « captée » par la condition *simplement* potestative, qui impose au promettant de faire les démarches en vue de la vente du bien à son profit. Ce faisant, on ne devrait

l'autorité la capacité d'exercice relativement à un acte. À défaut d'autorisation, l'acte est conclu par une personne frappée d'une incapacité d'exercice. L'acte encourt une nullité relative ».

²⁰¹¹ *Contra* : ATIAS (Ch.), *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, Litec, 5^{ème} éd. 2010, §130 : « ... lorsque la loi pose une exigence particulière (déclaration, autorisation...), rien n'interdit d'en faire une condition conventionnelle ».

²⁰¹² Civ. 3^{ème} 18 juin 1974, *Bull. Civ. III*, n° 256 – Civ. 3^{ème} 8 novembre 1995, n° 93-19.938, Inédit – Civ. 1^{ère} 10 février 1998, n° 96-16.614, Inédit. Comme cela a pu être remarqué, la référence à la « validité du transfert de propriété » est ambiguë. C'est bien de la validité du contrat qu'il est ici question, (COLLART-DUTILLEUL (F.), th. préc., §140).

²⁰¹³ Civ. 3^{ème} 25 mars 2015, n° 13-18.552 et n° 13-19.784, *Bull. Civ. III*, n° 36.

²⁰¹⁴ Com. 23 janvier 2019, n° 17-24.051, Inédit ; *RTD Civ.* 2019. 331, H. Barbier. Déjà en ce sens : Civ. 3^{ème} 5 avril 1995, n° 93-15.572, *Bull. civ. III*, n° 101 ; *D.* 1996, p. 8. O. Tournafond ; *RDI* 1995, 561, J.-C. Groslière ; *Deffrénois* 1995, art. 36145, Ph. Delebecque ; *Dr. et patr.* 1995. P. 56, A. Bénabent.

²⁰¹⁵ Assoc. Henri Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, « Indisponible ».

²⁰¹⁶ *V. supra*, n° 315 et s.

pas invalider cette promesse sur le terrain de la potestativité²⁰¹⁷. Bien qu'elle ait déjà admis la validité de la promesse de vente conclue sous la condition d'obtention de la propriété, la Cour de cassation en a restreint le domaine à l'hypothèse dans laquelle le promettant dispose déjà d'un « droit conditionnel » sur le bien, avec toutes les incertitudes que cette expression emporte quant à l'identification d'un tel droit. Dans un arrêt du 20 juin 1973, elle a ainsi retenu que « *la vente de la chose sur laquelle le vendeur ne possède qu'un droit conditionnel n'est pas la vente de la chose d'autrui, (...) elle est seulement soumise à la même condition que le droit du vendeur* »²⁰¹⁸. Pourtant, il n'y a aucune raison de limiter ainsi le domaine de la promesse de vente conditionnelle. Dès lors que la perfection de la promesse dépend de l'obtention de la pleine propriété du bien par le promettant, il importe peu que celui-ci ait déjà un droit à venir au moment de la formation de la promesse. Ce qui importe c'est que la réalisation ne dépende pas seulement de sa volonté. Or, dans les deux cas, qu'il s'agisse de consolider ou d'acquérir la pleine propriété, il s'agit d'un événement qui dépend partiellement de la volonté d'un tiers. Il faut donc admettre pleinement la validité de la promesse de vente portant sur le bien d'autrui, du moins tant que l'événement conditionnel réside dans l'acquisition de cette propriété. La Cour de cassation a d'ailleurs récemment validé une promesse unilatérale d'achat consentie à un non-proprétaire²⁰¹⁹. Titulaire d'une option, le bénéficiaire de la promesse d'achat n'avait logiquement pris aucun engagement de vendre. On ne pouvait donc pas lui reprocher d'avoir pris un engagement qu'il était incapable d'exécuter. Suivant cette logique, la promesse conditionnée à l'obtention de la propriété par le promettant devrait également être admise.

689. Aliénabilité du bien – *A fortiori* il devrait être admis que l'aliénabilité du bien soit érigée en condition suspensive. La jurisprudence administrativiste est pionnière en la matière. Dans un arrêt rendu le 15 novembre 2017, le Conseil d'État a en effet admis la validité d'une promesse de vente d'un bien sous la condition de son déclassement²⁰²⁰. Selon les juges administratifs, le recours à la condition suspensive permettait de suspendre la vente au déclassement du bien et partant, à la levée du seul obstacle à sa réalisation, qui consistait ici dans l'appartenance du bien au domaine public. Grâce à l'insertion de la condition, la promesse était valable *ab initio* puisque sa réalisation ne devait pas intervenir avant le

²⁰¹⁷ Cela étant, les arrêts ayant invalidés de telles promesses sur le terrain de la potestativité de la condition, peuvent être critiquées. V. par ex., Civ. 3^{ème} 13 octobre 1993, n° 91-15.424, *Bull. Civ. III*, n° 121 : « *la condition d'acquisition du bien, sous laquelle l'obligation de vente avait été contractée, condition dont la défaillance ne retirait au vendeur aucun des avantages stipulés en sa faveur, était purement potestative et, partant, nulle* ».

²⁰¹⁸ Civ. 3^{ème} 20 juin 1973, n° 72-12.719, *Bull. Civ. III*, n° 433.

²⁰¹⁹ Civ. 3^{ème} 10 septembre 2020, n° 19-13.818, Inédit : « *la capacité du bénéficiaire d'une promesse unilatérale d'achat à conclure le contrat définitif doit être appréciée au jour où il lève l'option* » (*AJDI* 2021 p. 388, F. Cohet). On regrettera simplement que la Cour raisonne en termes de formation du contrat définitif et non en termes de réalisation de l'opération promise. C'est ce qui l'incite à régler la question sur le terrain de la capacité du bénéficiaire.

²⁰²⁰ CE 15 novembre 2017, n° 409728, Lebon ; *RTD Civ.* 2018. 379, H. Barbier ; *AJDA* 2017. 2222 ; *D.* 2018. 785, F. Lombard ; *RDI* 2018. 106, N. Foulquier ; *AJCT* 2018. 168, S. Hul. La solution avait déjà été admise par le TA de Paris dans un jugement rendu le 19 décembre 2011 (*Association Accomplir*, n° 1100847), et par la CAA de Lyon dans un arrêt du 20 octobre 2011 (*Société Eiffage immobilier Centre Est*, n° 10LY01089 ; *AJDA* 2011. 2541).

déclassement éventuel du bien²⁰²¹. Le législateur a même permis expressément cette pratique par une ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, laquelle autorise désormais les promesses de vente des biens domaniaux sous condition de leur déclassement²⁰²². La jurisprudence judiciaire a récemment repris ce raisonnement. Dans un arrêt rendu le 30 janvier 2020, la Cour de cassation a validé une promesse de vente conditionnelle portant sur un bien inaliénable²⁰²³. Dans cette affaire, le propriétaire d'un bien reçu par donation de ses parents et affecté d'une clause d'inaliénabilité avec droit de retour au dernier vivant, avait conclu une promesse de vente de celui-ci. Le procédé présentait évidemment l'intérêt de permettre au propriétaire de s'engager à vendre sans attendre de savoir si le bien retournerait aux donateurs. La Cour de cassation a conclu à sa validité en raison de l'insertion d'une condition suspensive de levée de l'inaliénabilité. D'un point de vue technique, la solution est justifiée par le fait que l'indisponibilité ne fait pas obstacle à la formation de l'acte mais seulement à la réalisation de l'opération. « Au moment de la promesse, le vendeur ne peut effectivement transférer la propriété du bien puisqu'il a l'obligation de conserver le bien dans son patrimoine. Mais cela ne signifie pas qu'il ne pourra jamais le faire »²⁰²⁴. La Cour note ainsi que l'inaliénabilité du bien n'était qu'un « *obstacle juridique à sa régularisation par acte authentique* », obstacle qui avait « *disparu du fait du décès antérieur du dernier des parents* (du promettant) ». Ainsi, et contrairement à ce qu'affirme une partie de la doctrine, le contrat ne devient pas valable par la levée de l'inaliénabilité²⁰²⁵. L'acte est tout à fait valable dès sa formation précisément parce que la condition suspend les effets prohibés et empêche ainsi toute réalisation de l'opération tant que l'inaliénabilité n'est pas levée²⁰²⁶. Dès lors que les parties ont connaissance de l'inaliénabilité temporaire²⁰²⁷, elles doivent pouvoir valablement conclure une promesse de vente d'un bien sous la condition suspensive de levée de l'inaliénabilité. La condition résolutoire est à l'inverse insusceptible d'assurer la validité de l'acte. Elle permet certes d'anéantir le contrat si le droit de retour est

²⁰²¹ Contrairement à ce qu'on pourrait penser au premier abord la condition n'est pas purement potestative puisque la sortie du domaine public n'est pas subordonnée au bon vouloir de l'administration mais à l'absence d'un motif tiré de la continuité des services publics ou de la protection des libertés. Or, il s'agit d'un fait incertain, qu'il n'est pas au pouvoir de l'administration de faire advenir.

²⁰²² Ord. n° 2017-562, citée dans la décision précitée du Conseil d'État bien que non applicable aux faits de l'espèce.

²⁰²³ Civ. 3^{ème} 30 janvier 2020, n° 18-25.381, Inédit ; *RDC* 2020/2, p. 120, A. Tadros ; *RDC* 2020/2, p. 10, M. Latina ; *Gaz. Pal.* 2020, n° 14, p. 33, D. Houtcieff ; *Gaz. Pal.* 2020, n° 25, p. 86, A. Depret ; *D.* 2020, 282 et 2206, S. Godechot-Patris et C. Grare-Didier ; *D.* 2021, 310, R. Boffa ; *RTD Civ.* 2020. 369, H. Barbier ; *RTD Civ.* 2020. 410, P.-Y. Gautier ; *AJDI* 2020. 704, F. Cohet ; *AJ fam.* 2020. 256, N. Levillain ; *JCP* 2020, n°210, G. Loiseau.

²⁰²⁴ A. Tadros, note précitée, *RDC* 2020/2, p. 120. En ce sens égal., M. Boffa note que la levée de l'inaliénabilité « ne fait que permettre la réitération de la promesse, qui était bloquée dans sa seule perfection jusqu'alors », *D.* 2021. 310, note sous le même arrêt.

²⁰²⁵ M. Latina, *RDC* 2020/2, p. 10, note préc. : « Qui ne voit le paradoxe d'un contrat liant les parties alors qu'il n'est pas encore valable ? ».

²⁰²⁶ En ce sens : AYNÈS (L.), FATOME (D.), RAUNET (M.), « Les promesses de vente de bien du domaine public sous condition suspensive de déclassement », *AJDA* 2014. 961.

²⁰²⁷ PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, 8^{ème} éd., 2019, Dalloz, §234 ; COLLART-DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (Ph.), *op. cit.*, §132 ; AYNÈS (L.), FATOME (D.) RAUNET (M.), « Les promesses de vente de bien du domaine public sous condition suspensive de déclassement », *AJDA* 2014. 961.

actionné, mais le contrat produisant l'effet prohibé dès sa formation, il est annulable en raison de l'inaliénabilité du bien²⁰²⁸.

690. Promesse de sûreté réelle – La question de l'inaliénabilité du bien doit être traitée différemment s'agissant de la promesse d'une sûreté et plus particulièrement, de la promesse d'hypothèque. Comme nous l'avons vu, la validité d'une telle promesse est assurée dès lors qu'elle obéit aux formes solennelles imposées pour la constitution de l'hypothèque²⁰²⁹. Cela étant précisé, on peut s'interroger sur son efficacité potentielle. La question nous semble largement perturbée par l'admission implicite d'un glissement dans le mode opératoire de la promesse de contrat, qui conduit à s'interroger sur les effets d'une « hypothèque conditionnelle » au lieu de s'interroger sur les effets d'une véritable « promesse d'hypothèque », autrement dit de l'efficacité d'un contrat par lequel on *promet de constituer* une hypothèque. La Cour de cassation refuse logiquement d'admettre que l'on puisse constituer une hypothèque sur un bien inaliénable, même sous la condition de levée de l'inaliénabilité²⁰³⁰ : s'agissant d'une charge réelle grevant un bien, on voit mal ce que pourrait-être une « charge conditionnelle ». Soit celle-ci grève le bien immédiatement, soit elle n'existe pas. Néanmoins, un tel montage ne mérite pas la qualification de promesse d'hypothèque, dès lors qu'il emporte d'ores et déjà la constitution d'une hypothèque conditionnelle. Pour le comprendre, il suffit d'en revenir à la finalité du contrat d'hypothèque, c'est-à-dire, à l'*opération* qui doit être promise. Le contrat d'hypothèque réalise une opération constitutive. Il vise donc à constituer la sûreté. Ce qui relève de l'inscription de la sûreté correspond donc déjà à l'exécution de ce contrat²⁰³¹. C'est cette logique qui commande d'ailleurs de voir dans l'inscription de l'hypothèque un commencement d'exécution du contrat d'hypothèque²⁰³². Partant, le fait même d'inscrire une « hypothèque conditionnelle » revient d'ores et déjà à la constituer. Simplement promise, l'opération d'hypothèque ne devrait donner lieu à aucune inscription, sauf à parfaire cette promesse avant l'accomplissement de la condition suspensive. Le promettant qui s'engage dès la promesse s'engage donc seulement à constituer une hypothèque. On peut ainsi envisager la formation d'une promesse d'hypothèque, dont la réalisation – c'est-à-dire l'effet constitutif d'une sûreté, sera reporté. La Cour de cassation considère qu'il s'agit d'une « promesse d'affectation hypothécaire » et que si cette promesse vient à se parfaire, le promettant est tenu d'une obligation de constituer la sûreté, puisque là est l'opération promise²⁰³³. Le débat étant ainsi situé, il apparaît que la promesse de sûreté est toujours possible, mais qu'elle présente peu d'intérêt. Par essence, l'opération de garantie doit permettre de

²⁰²⁸ *Contra* : P.-Y. Gautier, *RTD Civ.* 2020. 410, note sous l'arrêt préc. Il note qu'« un texte peu connu, eût été parfaitement adapté, l'article 1584, qui vise les ventes sous condition résolutoire expresse ».

²⁰²⁹ *V. supra*, n° 573.

²⁰³⁰ Civ. 1^{ère} 23 février 2012, n° 09-13.113, *Bull. civ. I*, n° 39

²⁰³¹ On retrouve ici la nécessaire distinction entre la réalisation entendue comme la production des effets de droit et la réalisation entendue comme leur effectivité. La question est ici largement obscurcie par l'usage particulier qui est fait de l'expression « réalisation de la sûreté ». *V. supra*, n° 126.

²⁰³² Civ. 3^{ème} 9 mars 2017, n° 16-11.728, Publié au Bulletin.

²⁰³³ Civ. 3^{ème} 29 mai 2002, n° 99-21.018, *Bull. Civ. III*, n° 118.

lutter contre l'incertitude du paiement par le débiteur. Simplement promise, la sûreté n'a pas l'effet escompté. Le mode opératoire de la promesse paraît inconciliable avec la finalité recherchée.

691. Droit de préemption – La jurisprudence admet depuis longtemps que l'on puisse conclure une promesse de vente sous condition de renonciation d'un tiers à son droit de préférence²⁰³⁴. La question reste toutefois discutée lorsque la préférence est conférée par un texte de loi, c'est-à-dire lorsqu'il existe un droit de préemption. À première vue cet engagement ne contrarie pas le droit du tiers, dans la mesure où le promettant prend un engagement conditionnel : la vente ne se fera avec le bénéficiaire de la promesse, qu'à la condition que le tiers décide de ne pas l'acquérir²⁰³⁵. La purge du droit de préemption devenant une simple « condition d'efficacité de l'acte »²⁰³⁶, le droit de préemption est donc respecté. La situation serait différente si la promesse n'était pas conclue sous condition suspensive, ne réservant pas au tiers la possibilité de préempter. Mais étant entendu qu'il a un droit préférentiel pour la *réalisation* de l'opération, la promesse conditionnelle ne méconnaît pas son droit. Il en ressort que le droit à l'aliénation n'est pas nécessairement un droit *précontractuel*²⁰³⁷. La technique de la promesse, qui reporte la réalisation de la vente, est respectueuse du droit de préemption qui doit intervenir avant la réalisation, *ante rem venditam*²⁰³⁸. La Cour de cassation reconnaît ainsi la validité de la promesse de vente sous la condition suspensive de non exercice de la préemption²⁰³⁹. Des auteurs ont toutefois remarqué qu'à admettre ce procédé, le préempteur n'a aucune chance de devenir propriétaire : le refus de préempter entraîne la perfection de la vente à l'égard du bénéficiaire de la promesse, mais sa préemption ne le rend pas propriétaire pour autant, la promesse devenant caduque par le fait même de sa préemption²⁰⁴⁰. Cela génère donc une situation de blocage pour le promettant, qui peut renoncer à la vente mais est obligé de conserver son bien à défaut d'avoir purgé le droit de préemption, et pour le tiers, qui ne peut pas acquérir le bien. Toutefois cela ne suffit pas à

²⁰³⁴ Civ. 3^{ème} 16 juin 1999, n° 97-16.764, *Bull. Civ. III*, n° 142 ; *JCP G* 1999, IV, n° 2514 – Civ. 1^{ère} 7 juillet 1998 ; *CCC* 1998, 157, obs. L. Leveneur.

²⁰³⁵ En ce sens, M. Barbier note que « dès lors qu'une condition suspensive incluse dans la promesse ménage le droit de préemption, aucune raison ne justifie d'interdire une promesse de vente », H. Barbier, *RTD Civ.* 2021, 877, note sous Civ. 3^{ème} 23 septembre 2021, n° 20-17.799, Publié au Bulletin.

²⁰³⁶ J.-L. Aubert, *Defrénois* 1971, art. 29861, p. 505, spéc. p. 513, note sous Civ. 3^{ème} 21 janvier 1971, n° 70-11.065, préc. ; VIGNAL (Th.), « La nature juridique de la condition suspensive de non exercice du droit de préemption », *Defrénois*, 1996, n° 18, p. 1041, §14.

²⁰³⁷ La confusion est fréquente. V. par ex. : SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Approche conceptuelle du droit de préemption », *JCP N* 2011, n° 40, 1260, §4, « La question est simple : le droit de préemption s'exerce-t-il avant l'aliénation ou après celle-ci ? Est-ce un droit précontractuel d'acquisition ou, au contraire, post-contractuel ? ».

²⁰³⁸ Cette idée ressort expressément d'une réponse ministérielle par laquelle il a été précisé que la « promesse synallagmatique sous la condition suspensive de non-exercice du droit de préemption peut être légalement consentie avant que le titulaire du droit de préemption ait renoncé à l'exercice de ce droit ou est réputé y avoir renoncé en raison de son silence pendant un délai de deux mois », étant entendu que la condition permet de déroger au principe selon lequel la vente se réalise dès l'accord sur la chose et le prix (JOAN, 29 octobre 1990, p. 5062).

²⁰³⁹ Civ. 3^{ème} 22 novembre 2018, n° 17-14.712, Inédit, *AJDI* 2019, 78 ; *RTD civ.* 2019, 96, H. Barbier – Civ. 3^{ème} 23 septembre 2021, n° 20-17.799, Publié au Bulletin ; *RTD Civ.* 2021, 877, obs. H. Barbier et 910, obs. P.-Y. Gautier ; *AJDI* 2022, p. 199, obs. J.-P. Blatter ; *D.* 2022, p. 310, obs. R. Boffa ; *Defrénois* 2021, n° 44, p. 31, note P. Vignalou ; *Constr.-Urb.* 2021, n° 12, comm. 133, Ch. Sizaire ; *JCP E* 2022, n° 2, 1013, note I. Boismery ; *JCP N* 2022, n° 12, 1123, chron. S. Piédelièvre et n° 19, 1159, chron. M. Mekki.

²⁰⁴⁰ La défaillance de la condition intervient en effet par la décision de préempter.

condamner le procédé, car la loi entend conférer une simple priorité au tiers et non un droit à la réalisation de l'opération²⁰⁴¹. L'objectif poursuivi n'est pas la circulation des biens, mais leur attribution à des personnes déterminées. Or, quelle que soit la décision du tiers, la priorité est respectée, car le bien sera vendu au bénéficiaire avec son accord ou ne le sera pas. Cela vaut d'autant plus que s'il décide finalement de vendre, il devra forcément le faire dans le respect du droit de préemption, ce dernier n'ayant pas été purgé. Si la loi impose positivement un acquéreur, elle n'interdit pas au propriétaire de renoncer à vendre à celui-ci²⁰⁴². Sauf à dissocier artificiellement les différentes branches de la liberté contractuelle, l'existence d'un droit de préemption ne devrait donc pas interdire au propriétaire de renoncer à l'opération par impossibilité de vendre à la personne qu'il désire voir acquérir le bien.

692. Exception : droit spécial d'acquisition – Si le législateur entend ménager un droit d'acquérir au profit du tiers, il doit donc instituer bien plus qu'un droit de préemption : soit en prévoyant la sanction du réputé non-écrit à l'égard de la condition suspensive, ce qui est le cas pour le droit de préemption de la SAFER²⁰⁴³ ; soit en prévoyant que la déclaration d'intention d'aliéner faite au tiers vaut offre à son égard²⁰⁴⁴. Ces solutions doivent toutefois être expressément prévues, car elles contiennent une limite à la liberté de choisir son cocontractant²⁰⁴⁵. Il faut néanmoins remarquer que la qualification d'office de la déclaration d'intention d'aliéner en véritable offre de contrat n'interdit pas de recourir à une promesse sous condition suspensive de purge du droit de préemption. La préemption ne peut en effet se comprendre que par rapport à un acquéreur « pressenti », auquel une proposition suffisamment ferme et précise doit avoir été faite. La conclusion d'une promesse cumulativement à l'émission d'une offre au profit du titulaire du droit de préemption permet ainsi de mettre ce dernier en concurrence avec l'acquéreur pressenti, ce qui est tout à fait conforme à l'essence de la préemption²⁰⁴⁶. Si le tiers n'accepte pas l'offre, la promesse sera parfaite et aura donc permis de figer l'engagement du vendeur avant d'avoir proposé le bien au tiers. Le vendeur devra seulement être conscient du fait que le tiers a la possibilité d'accepter son offre. L'attention du professionnel par l'intermédiaire duquel la promesse a été conclue devra également être attirée sur le fait que son droit à rémunération pourrait être menacé si le contrat est finalement conclu avec le tiers

²⁰⁴¹ Le droit de préemption « ne confère pas un droit d'acquisition forcée indépendant d'une volonté de vendre », SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Le droit de préemption*, Bibl. de dr. privé, t. 164, LGDJ, 1979, §18.

²⁰⁴² Ce « résultat négatif » peut d'ailleurs correspondre à l'objectif poursuivi par le droit de préemption. On pense par exemple au droit de préemption institué par la loi du 18 juillet 1985, destiné à la protection des « espaces naturels sensibles » destiné à préserver la qualité des sites et des paysages.

²⁰⁴³ Art. L.143-5 du code rural.

²⁰⁴⁴ La loi retient expressément la qualification d'offre de vente s'agissant du droit de préemption du preneur à bail rural (art. L. 412-8 c. rur.), du preneur d'un bail d'habitation (art. 15-II de la loi du 6 juillet 1989) et du preneur d'un bail commercial (art. L. 145-46-1 c. com.). En revanche la qualification est incertaine lorsque les textes exigent une « déclaration préalable », par exemple pour le droit de préemption urbain de la commune (art. L. 213-2 c. urb.).

²⁰⁴⁵ La jurisprudence retient en effet que la déclaration d'intention d'aliéner émise pour satisfaire à un droit de préemption ne vaut pas offre de vente par principe : Civ. 1^{ère} 9 février 2011, n° 10-10.759, *RDC* 2011/3, p. 921 – Civ. 3^{ème} 22 septembre 2004 ; *CCC*. 2005, comm. 3, obs. L. Leveneur ; *Defrénois* 2004, p. 1725, obs. R. Libchaber ; *RTD civ.* 2005. 122, obs. J. Mestre et B. Fages.

²⁰⁴⁶ En ce sens : Ch. Gijsbers, *JCP G* 2018, n° 39, 984, note sous Civ. 3^{ème} 28 juin 2018, arrêt préc.

préempteur, alors que la rémunération devait être versée par l'acquéreur. La Cour de cassation retient en effet tantôt que le promettant doit émettre une offre de préemption faisant abstraction des frais de recherche d'un acquéreur, afin de ne pas en faire peser la charge sur le préempteur²⁰⁴⁷ ; tantôt que le paiement des frais sera dû par le tiers préempteur à condition d'être mentionné dans la déclaration d'intention d'aliéner valant offre²⁰⁴⁸. La prudence est donc de mise.

693. Contrariété à l'ordre public – Outre le statut du bien qui doit être cédé, l'indisponibilité peut atteindre l'opération juridique dans son ensemble. Classiquement, la contrariété à l'ordre public est une cause de nullité du contrat (art. 6 et 1162 c. civ.). Néanmoins M. Barbier a récemment proposé d'élargir le champ de la condition suspensive aux différentes prohibitions afférentes à l'ordre public²⁰⁴⁹. Le recours à la promesse conditionnelle permettrait de subordonner la réalisation de l'opération à la levée d'une interdiction posée par la loi à son égard. Cette utilisation de la condition suspensive nous semble mériter une approbation pour au moins deux raisons. Tout d'abord, ce n'est jamais l'acte juridique lui-même qui porte atteinte à l'ordre public, mais l'opération qu'il permet d'accomplir. L'ordre public prohibe bien plus des activités que des manifestations de volonté²⁰⁵⁰. Dès lors que l'activité en question ne se réalise pas, il n'y a donc aucune raison d'annuler l'acte par lequel une partie s'engage à la réaliser, du moins lorsque l'acte suspend expressément sa perfection à la levée de l'interdiction²⁰⁵¹. On comprend incidemment que si la conformité de l'acte juridique à l'ordre public fait classiquement l'objet d'un examen au moment de sa formation, c'est parce que l'acte réalise généralement sa finalité à cet instant. Lorsque ce n'est pas le cas, l'acte n'est pas en lui-même attentatoire à l'ordre public. L'auteur d'une action en nullité n'aurait d'ailleurs aucun intérêt à agir avant le stade de perfection, l'acte ne portant nullement atteinte à l'intérêt protégé avant d'avoir produit des effets. Ensuite, il faut voir que toute prohibition vouée à protéger l'ordre public est susceptible d'évolution dans un avenir plus ou moins proche. Comme il a été maintes fois démontré, l'ordre public est une notion évolutive dans le temps et dans l'espace²⁰⁵². L'illicéité n'est donc que temporaire. Pour l'ensemble de ces raisons, il nous semble donc possible d'admettre que la levée de la prohibition soit érigée en condition suspensive.

²⁰⁴⁷ Civ. 3^{ème} 3 juillet 2013, n° 12-19.442, préc. – Civ. 3^{ème} 28 juin 2018, n° 17-14.605, arrêt préc.

²⁰⁴⁸ Civ. 3^{ème} 12 mai 2021, n° 19-25.226, Publié au Bulletin (droit de préemption urbain).

²⁰⁴⁹ H. Barbier, *RTD Civ.* 2020. 369, note sous l'arrêt préc. Civ. 3^{ème} 30 janvier 2020.

²⁰⁵⁰ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Acte juridique », préc., §113 : « L'effet de droit poursuivi ne doit donc pas être contraire aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

²⁰⁵¹ « Pour apprécier la licéité de l'objet et, par voie de conséquence, l'efficacité du contrat, il faut se placer au moment où l'acte doit être exécuté », HÉRON (J.), « Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé », *Droits*, 1988, n° 7, p. 85, spéc. p. 90.

²⁰⁵² MALAURIE (Ph.), *L'ordre public et le contrat, Étude de droit civil comparé, France, Angleterre, URSS*, éd. Matot-Braine, 1953 ; CATALA (P.), « À propos de l'ordre public », *Mél. P. Drai*, Dalloz, 2000, p. 511 ; *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Ordre public et bonnes mœurs », J.-J. LEMOULAND, G. PIETTE, J. HAUSER, 2021, §1 ; FAUVARQUE-COSSON (B.), « L'ordre public », in : *1804-2004 : Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 473, §8 et s. ; REVET (Th.) (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 1996. Si le contenu de l'ordre public est évolutif, on ne saurait en dire autant, en revanche, des droits fondamentaux. Disposant d'une valeur universelle, il nous semble contestable d'admettre la validité d'une promesse d'une opération portant atteinte à de tels droits.

694. Impossibilité d'exécution – L'art. 1163 du code civil subordonne également la validité du contrat à la possibilité d'exécuter ses obligations²⁰⁵³. L'admission de son statut de condition-obstacle pourrait permettre de subordonner la réalisation de l'opération à la levée d'une impossibilité d'exécution. Le droit allemand admettait autrefois cette solution, lorsque la nullité du contrat était encore la règle de principe. Le §308 al. 1^{er} de l'ancien BGB énonçait en effet que « *l'impossibilité de la prestation ne s'oppose pas à la validité du contrat lorsqu'elle peut être levée et que le contrat a été conclu pour le cas où la prestation devint possible* ». Le contrat portant sur une obligation impossible était ainsi valable à deux conditions : l'obstacle à l'exécution devait être temporaire, ce qui s'infère de la formule « *peut être levé* », et le contrat devait avoir été conclu sous la condition que la prestation devienne possible. Suivant le même raisonnement, on pourrait tout à fait admettre que les parties puissent conclure une promesse sous condition suspensive de levée de l'impossibilité *temporaire* d'exécution. Un tel montage présenterait l'intérêt de garantir au créancier que telle prestation sera exécutée à son profit le jour où elle sera possible ; la possibilité d'exécuter se comprenant ici comme l'accomplissement de la condition suspensive²⁰⁵⁴. Le procédé semble déjà validé dans le cadre des cautionnements de dettes futures. Comme nous l'avons vu, un tel contrat constitue en réalité une promesse de cautionnement. L'obligation de paiement subsidiaire ne pouvant pas porter valablement sur une dette future, le recours à la promesse conditionnelle s'avère nécessaire pour subordonner la naissance de l'obligation à la survenance de la dette qu'on entend cautionner. Celle-ci fait donc office de condition-obstacle.

695. Synthèse sur la condition-obstacle – L'événement conditionnel peut donc correspondre à un véritable obstacle temporaire à la réalisation de l'opération, ce qui présente l'avantage de décupler les potentialités du recours à une promesse conditionnelle. Néanmoins, cet élargissement du domaine de la condition suspensive faisant office de condition de perfection ne peut se faire sans une adaptation de son régime juridique, l'obstacle devant être *impérativement* levé pour que l'opération promise se réalise. Il nous faut donc exposer brièvement les éléments de régime de cette condition.

2 - L'élaboration du régime de la condition-obstacle

696. Les procédés impossibles – Certains éléments du régime de la condition suspensive doivent être adaptés afin d'étendre son domaine aux obstacles à la réalisation de l'opération. Tout d'abord, la condition-obstacle ne devrait pas pouvoir faire l'objet d'une renonciation, son caractère essentiel ne dérivant pas

²⁰⁵³ Sur cette solution et l'opportunité de son abandon en droit français, v. *supra*, n° 310 et s.

²⁰⁵⁴ On notera que la promesse unilatérale au bénéfice du débiteur de la prestation initialement impossible n'est pas à même de produire ce résultat. Dans ce cas, le débiteur ne prend aucun engagement. Par conséquent, si l'exécution devient possible il lui appartient discrétionnairement de lever ou non l'option ; ce qui n'est pas le cas lorsque les parties concluent une promesse conditionnelle et que la condition réside dans la possibilité de la prestation.

exclusivement de la volonté, mais aussi de la technique juridique. Cette adaptation du régime nous semble envisageable parce qu'il n'est pas nécessairement dicté par la qualification de condition suspensive. Dans le domaine classique de la condition, la renonciation n'est en effet possible que pour la partie à laquelle elle profite, précisément parce qu'il s'agit d'un motif entré dans le champ contractuel dans son intérêt. Dès lors que la condition cesse d'être un simple motif, elle ne profite à aucune des parties, de sorte que toute renonciation est logiquement proscrite²⁰⁵⁵. Ensuite, la condition ne devrait pas pouvoir rétroagir à la date de conclusion de la promesse, étant essentielle à la réalisation de l'opération. Aucune adaptation du régime de la condition ne semble toutefois nécessaire sur ce point, la rétroactivité de la condition n'étant plus de principe depuis la réforme de 2016 et devant être expressément prévue. En présence d'une condition-obstacle, cette possibilité serait simplement écartée. Enfin, la sanction du réputé-accomplie ne devrait pas pouvoir être ordonnée si l'une des parties fait obstacle à la réalisation de la condition. Cette hypothèse tend toutefois à demeurer anecdotique, dans la mesure où les parties ont rarement la maîtrise d'une condition-obstacle. Lorsque l'obstacle consiste dans la levée d'une interdiction d'ordre public, il est bien évident que sa réalisation dépend strictement du législateur. Il est donc exclu que les parties en provoquent la défaillance. La question est plus délicate pour la propriété du bien qui constitue bel et bien une condition potestative et dont nous avons défendu le statut de condition-obstacle. Dans ce cas, même si la condition est « réputée accomplie », le promettant ne pourra pas transmettre la propriété du bien, ce dernier n'ayant pas de droit de propriété du bien. Cela ne condamne toutefois pas nécessairement le procédé. L'impossibilité d'exécuter étant le fait du promettant, celui-ci devrait être contraint de verser des dommages et intérêts à son cocontractant.

697. Devoir du notaire – Un mot doit être dit également de l'office du rédacteur d'acte, notamment du notaire, dont on sait qu'il doit assurer à la fois l'efficacité et la validité des actes qu'il instrumente. Ce dernier n'encourt-il pas une mise en jeu de sa responsabilité professionnelle s'il accepte de prêter son concours à la rédaction de telles promesses ? Ce motif légitime de réserve face à l'extension du domaine de la condition peut être rapidement dissipé. Dans la mesure où la validité et l'efficacité de l'acte sont préservées par l'insertion d'une condition suspensive, dont l'effet est précisément de subordonner la réalisation de l'opération à la levée de l'obstacle, l'acte est en effet valable *ab initio* et son aptitude à l'efficacité est également garantie. Le notaire ne court donc pas de risque en prêtant son concours à la rédaction d'un tel acte. Néanmoins, il devra être attentif à plusieurs points. Il devra tout d'abord veiller à rédiger précisément la condition afin d'assurer la validité de l'acte et son aptitude à l'efficacité. Dans cette optique, il devra s'assurer que l'obstacle n'est que temporaire et que la condition ne relève pas de la catégorie des « autorisations » requises en amont de l'acte ou des « homologations obligatoires » requises pour sa formation. Enfin, il devra attirer l'attention des parties sur « l'intensité » de l'interdiction et ses

²⁰⁵⁵ Les rédacteurs d'acte ayant perçu la difficulté liée à l'impossible renonciation précisent parfois qu'il n'est pas possible d'y renoncer parce que la condition est instituée au profit des deux parties.

chances d'être levée à l'avenir. En élargissant ainsi le domaine de la condition, on assiste donc simplement à un déplacement de l'office du rédacteur d'acte, qui se produit par l'élargissement des fonctions que l'on veut bien prêter à la condition suspensive.

698. De la détermination à l'adaptation – Si les parties peuvent ainsi préciser l'événement conditionnel et révéler toutes les potentialités de la promesse conditionnelle, c'est parce que la condition suspensive est d'origine volontaire. Par opposition, la perfection des autres actes prospectifs repose sur une condition légale, ce qui n'empêche pas quelques aménagements.

B - Son adaptation par l'auteur : la condition légale

699. Aménagement de la condition légale – Pour les actes prospectifs qu'il reste à étudier, les conditions de perfection obéissent à une définition légale. Ce faisant il n'est pas nécessaire d'instituer une condition pour suspendre la perfection de l'acte à un événement quelconque. Il est toutefois permis à l'auteur de l'acte d'aménager la condition désignée par la loi, pour la réalisation du legs (1), pour la naissance du contrat (2) et pour la réalisation de l'opération optionnelle (3). Le caractère institutionnel du mariage interdit en revanche tout aménagement conventionnel et justifie une double prohibition : à la fois l'impossibilité de retarder sa prise d'effet à une date ultérieure, mais aussi de l'avancer²⁰⁵⁶.

1 - Pour la réalisation du legs

700. Circonstances du décès – Parce que le testament prend nécessairement effet au décès du testateur, ce dernier n'a pas à viser lui-même son décès comme condition de ses effets. Toutefois, rien ne l'empêche de faire un « testament conditionnel », en précisant dans quelles circonstances il entend donner effet à ses dernières volontés. Bien que peu fréquente, cette situation s'est présentée dans une affaire où le testateur avait précisé léguer « *en cas d'accident mortel* ». L'affaire fût soumise à la Cour d'appel de Paris qui donna effet au testament alors que le testateur était décédé de mort naturelle, jugeant que la précision n'emportait pas une volonté spéciale de léguer dans le cas d'une mort accidentelle²⁰⁵⁷. Cette interprétation favorable à l'efficacité du testament peut s'expliquer par le fait que le testateur a la possibilité de révoquer le legs si les circonstances visées ne se produisent pas. La solution est toutefois contestable, dans la mesure où le testateur croyait certainement dans la caducité de son acte, qui aurait dû intervenir par la défaillance de la condition.

²⁰⁵⁶ Les donations consenties par contrat de mariage ou en vue du mariage étant des promesses de donation, la condition « célébration du mariage » n'est pas une condition légale mais bien une condition volontaire déjà étudiée.

²⁰⁵⁷ CA Paris, 2^{ème} ch. civ. 13 décembre 2001, n° 2000/09778 ; *AJ fam.* 2002, p. 107.

701. Ajout d'une condition suspensive au legs – Plus vraisemblable est l'hypothèse d'un legs conditionnel. L'insertion de la condition suspensive permet alors au testateur de maîtriser les modalités de réalisation du legs, sans évincer pour autant la condition légale que constitue son prédécès. Elle s'ajoute à celle-ci de sorte que la perfection est doublement conditionnée.

702. Cumul avec la condition de prédécès – En ajoutant une condition suspensive à son legs, le testateur subordonne sa réalisation à un événement, outre la survenance de son décès. La condition suspensive ne commence donc à être pendante qu'à compter du décès du testateur et non à compter de la rédaction du testament. Le testateur pouvant révoquer l'acte jusqu'à son décès, c'est en effet à ce moment que la condition pourra jouer, interdisant au légataire de se prévaloir de tout droit éventuel avant le décès du *de cuius*. Au moment du décès, une alternative se dessine : soit la condition s'est déjà accomplie, soit elle ne s'est pas encore accomplie, de sorte que le legs reste pendant jusqu'à son accomplissement à raison de son caractère cumulatif. Le testateur peut également user de cette technique pour réaliser un legs résiduel. Le legs est alors doublement conditionné²⁰⁵⁸ : au prédécès du premier gratifié vis-à-vis du second gratifié, et à la condition de résidu. Là encore, l'ajout d'une condition de résidu n'évince pas la condition de perfection qu'est le décès. Ce n'est donc que si le bien demeure dans le patrimoine du premier gratifié au jour de son décès, survenu en premier, que la libéralité s'accomplira au profit du second gratifié. En toute hypothèse, il est nécessaire que la condition soit expressément prévue par le testateur. L'étude de la jurisprudence démontre en effet que les juges du fond sont peu enclins à identifier des conditions implicites dont l'effet serait de rendre le legs caduc²⁰⁵⁹, alors que le testateur peut toujours révoquer le testament sans avoir à en avancer les raisons²⁰⁶⁰.

703. Condition ou charge ? – En tant qu'outil de modulation de la perfection, la condition doit être distinguée de la charge. Bien qu'étant difficile à raison de l'emploi indifférencié des termes par la jurisprudence²⁰⁶¹, leur distinction repose sur un critère d'extériorité : tandis que la condition suspensive est

²⁰⁵⁸ Civ. 1^{ère} 17 novembre 1971, n° 70-11.907, *Bull. civ. I*, n° 292 : « *sauf indication contraire du disposant, le legs de residuo est soumis à la double condition qu'au décès du premier légataire institué, la chose léguée subsiste et le second légataire survive* » (*D.* 1972. 133, note Breton ; *RTD civ.* 1972. 156, obs. Savatier). Il ne faut pas confondre le legs résiduel, dont la réalisation est doublement conditionnée, et le « double legs conditionnel ». Ce dernier permet de réaliser une substitution par le jeu d'une condition résolutoire et d'une condition suspensive. Le bien sera transmis à un second légataire à la condition (suspensive) que le premier légataire prédécède, et ce même événement fera office de condition résolutoire des droits du premier légataire.

²⁰⁵⁹ Civ. 1^{ère} 15 décembre 2010, n° 09-70.834, *Bull. Civ. I*, n° 270 – Civ. 1^{ère} 15 février 2012, n° 10-23.026, *Bull. Civ. I*, n° 34. Pour une étude plus détaillée de ces arrêts : v. *infra*, n° 795.

²⁰⁶⁰ Cette question est généralement traitée comme une hypothèse de « disparition de la cause du legs », à la fois par la doctrine et la jurisprudence : TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), GAUDEMET (S.), 2017, §459 ; *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Libéralités : consentement et cause », I. NAJJAR, V. BRÉMOND, 2023, §191. Néanmoins nous avons remarqué que le motif qui détermine la réalisation d'une opération s'apparente bien plus à une condition qu'à une cause, celle-ci étant inhérente à l'opération (v. *supra*, n° 113 et n° 345). C'est d'ailleurs ce qui va permettre de distinguer la charge et la condition : v. *infra*, n° 703.

²⁰⁶¹ *Rép. Droit Civil Dalloz*, « Libéralités : conditions et charges », I. NAJJAR, V. BRÉMOND, *op. cit.*, §13 et s.

extérieure à l'acte, subordonnant sa perfection à la survenance d'un événement, la charge correspond à un fait exigé du légataire et donc intrinsèque à l'opération juridique. Une difficulté apparaît toutefois lorsqu'on se trouve face à un événement que le légataire est susceptible de faire advenir, dont il a la maîtrise²⁰⁶² : est-ce une charge ou une condition potestative ? La distinction peut être trouvée par l'examen plus poussé de la relation de dépendance entre l'événement et la perception de l'émolument. La condition suspensive a pour effet de reporter la perfection du legs, ce qui signifie que sa défaillance empêche toute acceptation du legs par le légataire. À l'inverse, la charge est inhérente à l'opération juridique²⁰⁶³. Cela signifie qu'elle ne conditionne pas l'émolument. Devenue une prestation à part entière de l'opération, rien n'indique par ailleurs que la charge doive faire l'objet d'une exécution prioritaire. Parfois il sera même impératif que l'émolument soit versé prioritairement, ce qui est le cas dans le legs à charge de retransmettre, cette obligation ne pouvant pas être imposée avant que le bien ne soit détenu par le premier gratifié. La technique de la condition permet donc au testateur de s'assurer que l'émolument ne sera pas perçu par le légataire avant l'accomplissement de la condition. À l'inverse, si le testateur a prévu une charge et donc une simple contrepartie à l'émolument, le légataire acceptant pourra exiger le versement de l'émolument avant même d'avoir accompli la charge.

2 - Pour la naissance du contrat

704. Maîtrise des modalités de l'acceptation : la réserve – La condition de perfection de l'offre est dictée par la loi : l'offre donnera naissance à un contrat si elle est acceptée par le destinataire. Néanmoins il est permis à l'offrant de procéder à des aménagements lui permettant de subordonner la perfection à des conditions supplémentaires. Il peut notamment émettre des réserves afin de préciser dans quelles circonstances il entend se lier. Les réserves encadrent ainsi « les conditions dans lesquelles sa rencontre avec l'acceptation conduira à la formation du contrat »²⁰⁶⁴. Les modalités de perfection de l'offre ne sont donc pas modifiées, le contrat ne pouvant pas naître à défaut d'acceptation, mais elles sont aménagées. Comme le remarque M. Grimaldi, « c'est la même opération qui, dans un cas comme dans l'autre, est proposée. (...) dans tous les cas, l'acceptation suffira à former le contrat »²⁰⁶⁵. Nous pouvons globalement

²⁰⁶² Sa validité est parfaitement admise. La première chambre civile a récemment jugé qu'« aucune disposition légale ne prohibe l'insertion, dans un testament, d'une condition faisant dépendre le droit d'un des héritiers dans la quotité disponible d'un événement qu'il est du pouvoir de l'autre de faire arriver ou d'empêcher », Civ. 1^{ère} 5 octobre 2016, n° 15-25.459, *Bull. civ. I*, n° 189 ; *AJ fam.* 2016. 550, obs. J. Casey ; *JCP N* 2017. 7-8. 168. note F. Sauvage ; *JCP N* 2017. 2. 1005, comm. M. Nicod ; *Dr. fam.* 2016. 12. comm. 259, M. Nicod ; *LEDC* 2016, n° 10, p. 4, obs. S. Pellet ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 291, p. 61, note A. Depret ; *RDC* 2017/1, p. 95, note C. Goldie-Genicon ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 281, p. 14, comm. S. Valory.

²⁰⁶³ BOUCHARD (V.), « Pour une définition de la notion de charge en droit privé », *LPA* juillet 2002, n° 147, p. 4 évoquant une « obligation accessoire immédiate ».

²⁰⁶⁴ HOUTCIEFF (D.), *op. cit.*, §143.

²⁰⁶⁵ GRIMALDI (C.), *th. préc.*, §722.

distinguer deux types de réserves : celles relatives à l'identité de l'acceptant et celles relatives au moment de l'acceptation²⁰⁶⁶.

705. Quant à l'identité de l'acceptant – L'art. 1114 du code civil visant deux types d'offre, l'offre à personne déterminée et l'offre à personne indéterminée, l'offrant n'est pas tenu de déterminer le destinataire de l'offre. Même si le texte précité n'attache pas de conséquences précises à cette distinction, elle n'est pas inutile²⁰⁶⁷. En effet, selon que l'offre est faite à personne déterminée ou indéterminée, les modalités de sa perfection ne sont pas identiques. Dans le premier cas, seul le destinataire déterminé par l'offre est apte à parfaire l'offre, de sorte que toute acceptation émanant d'une autre personne est dépourvue d'effet²⁰⁶⁸. Dans le second cas, l'offre est parfaite en cas d'acceptation, peu importe la personne dont elle émane. La Cour de cassation retient ainsi que « *l'offre faite au public lie le pollicitant à l'égard du premier acceptant dans les mêmes conditions que l'offre faite à personne déterminée* »²⁰⁶⁹. La précision du destinataire de l'offre constitue donc un moyen d'aménager les circonstances susceptibles de conduire à sa perfection.

706. Quant au moment de l'acceptation – L'offrant peut également affecter son offre d'une certaine durée. Outre la question de savoir si l'offrant est obligé de maintenir son offre pendant le délai prévu²⁰⁷⁰, la prévision d'un délai permet *a minima* d'encadrer le laps de temps pendant lequel l'offre est susceptible d'être acceptée. Si la durée de l'offre est souvent explicite, il se peut également qu'elle soit implicite. On peut prendre l'exemple de l'offre formulée « dans la limite des stocks disponibles ». Toutefois nous allons voir que cette précision revient pour l'offrant, non à émettre une « offre sous condition suspensive » comme le retient parfois la doctrine, mais à émettre une offre de promesse conditionnelle (la condition résidant en effet dans la persistance des stocks).

707. Offre sous condition suspensive ? – Si on peut admettre que l'offrant aménage les modalités de l'acceptation – qui fait office de condition de perfection, il est en revanche proscrit qu'il subordonne doublement la perfection de l'offre à l'accomplissement d'une condition suspensive. Pourtant, la jurisprudence a retenu la qualification d'offre sous condition suspensive dans des hypothèses assez précises. Elle l'a fait à propos d'une offre dont l'efficacité était subordonnée à une cession d'activité par le destinataire de l'offre²⁰⁷¹. Elle l'a fait également en matière sociale, pour une offre d'embauche émise sous

²⁰⁶⁶ La jurisprudence fournit d'autres exemples des modalités qui peuvent être imposées par l'offrant pour que l'acceptation soit efficace. V. par ex., Civ. 3^{ème} 17 février 2022, n° 20-20.238, Inédit : l'acceptation de l'offre de bail était subordonnée à l'envoi par le destinataire d'un document attestant d'une autorisation d'exploitation.

²⁰⁶⁷ *Contra* : *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Contrat : formation », préc., §45.

²⁰⁶⁸ Com. 3 décembre 2003, n° 02-10.221, Inédit (offre faite à destination du public, excluant de ce fait le professionnel concurrent de l'auteur de l'offre).

²⁰⁶⁹ Civ. 3^{ème} 28 novembre 1968, *Bull. Civ. III*, n° 507 – Civ. 3^{ème} 12 février 1975, *Bull. Civ. III*, n° 60.

²⁰⁷⁰ V. *supra*, n° 634.

²⁰⁷¹ Com. 4 juin 1980, n° 78-14.745, *Bull. civ. IV*, n° 240.

condition de la persistance d'une trésorerie suffisante nécessaire à la rémunération de l'employé²⁰⁷². Partant, on pourrait également admettre la validité d'une offre de vente « suspendue » à l'absence de préemption²⁰⁷³. S'il est tentant d'admettre cette qualification en raison de son utilité pratique, il s'avère que de telles « offres » ne sont pas conformes à la définition de l'art. 1114 du code civil. Bien que la volonté de conclure ne disparaisse pas du fait de la condition suspensive, l'offre perd en effet sa fermeté puisque l'acceptation ne suffit plus à former le contrat. L'adjonction d'une condition suspensive a en effet pour conséquence de subordonner la naissance du contrat à l'acceptation du destinataire *et* à l'accomplissement de la condition suspensive. Or, l'art. 1114 énonce que l'offre exprime la volonté d'être lié en cas d'acceptation, sous-entendu à la *seule* condition de l'acceptation²⁰⁷⁴. Plus fondamentalement, le mécanisme de la condition suspensive semble inconciliable avec l'offre de contrat, dans la mesure où l'offrant ne prend aucun engagement²⁰⁷⁵.

708. La véritable qualification : une offre de promesse – La finalité de l'offre étant le contrat, rien n'empêche l'offrant d'émettre une offre de promesse, notamment de promesse conditionnelle²⁰⁷⁶. Tout d'abord, cette offre ne déroge pas à l'exigence de fermeté : elle contient en effet la volonté de l'offrant de former un contrat, en l'occurrence, un contrat de promesse. Ensuite, seul un contrat de promesse est apte à produire le résultat recherché par l'offrant, à savoir la prise d'un engagement conditionnel. La condition suspensive n'est donc pas effective tant que le contrat de promesse n'est pas formé, l'offrant pouvant la révoquer. Cette configuration se retrouve par exemple lorsque le titulaire d'un droit de préemption accepte l'offre de vente qui lui est faite à la condition qu'un prêt lui soit accordé. L'art. 15-II al. 3 de la loi du 6 juillet 1989 créant un droit de préemption au profit du locataire d'un local à usage d'habitation prévoit en effet que « *si, dans sa réponse, il notifie son intention de recourir à un prêt, l'acceptation par le locataire de l'offre de vente est subordonnée à l'obtention du prêt et le délai de réalisation de la vente est porté à quatre mois* ». En réalité il ne s'agit pas d'une acceptation conditionnelle, mais d'une acceptation, nécessairement ferme, d'une offre de promesse conditionnelle. Cela permet de sécuriser le droit du préempteur, qui serait dans une mauvaise position s'il avait seulement le choix entre accepter purement et simplement ou refuser l'offre. Si l'offre est acceptée, une promesse conditionnelle se forme donc entre

²⁰⁷² Soc. 17 décembre 1987, n° 86-12.033, *Bull. civ. V*, n° 768.

²⁰⁷³ *Rép. Droit Immo. Dalloz*, « Préemption et retraits », G. PILLET, 2021, §15. La Cour de cassation juge toutefois qu'elle est illicite : Civ. 3^{ème} 31 mai 2006, n° 05-10.270, *Bull. Civ. III*, n° 136.

²⁰⁷⁴ En ce sens : LE TOURNEAU (Ph.) (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Chapitre 3112 – Contrat et période précontractuelle, Dalloz action, 12^{ème} éd. 2020, n° 3112.105, « normalement, l'offre de contracter suppose chez son auteur la volonté d'être lié en cas d'acceptation : elle doit donc être ferme et précise, de sorte que la seule survenance de l'acceptation suffise à former le contrat ».

²⁰⁷⁵ La doctrine, qui voit dans l'offre un engagement de son auteur, tend néanmoins à lui appliquer le même régime juridique que la promesse, retenant qu'elle peut être affectée d'une condition suspensive : X. Delpech, *D.* 2007, p. 1077, note sous : Com. 6 mars 2007, n° 05-17.546, *Bull. Civ. IV*, n° 78 (« *l'offre de contrat peut être retirée, car devenue caduque, s'il est devenu certain que la réalisation de la condition n'arrivera pas, ou encore s'il s'est écoulé un délai conforme à la commune intention des parties* »).

²⁰⁷⁶ Sur le refus de qualification de l' « offre de promesse » : Civ. 3^{ème} 22 juin 2023, n° 22-16.498, Inédit. Sur son admission : Civ. 3^{ème} 29 septembre 2016, n° 14-26.674, Inédit ; *JCP N* 2017, n° 14-15, 1154 ; *AJDI* 2016 p. 788.

l'offrant et l'acceptant, donnant corps à la volonté du premier de subordonner la réalisation de l'opération à un événement conditionnel. L'opération offerte demeure alors conditionnelle jusqu'à l'accomplissement des conditions, devenues pendantes²⁰⁷⁷. La réalisation de l'opération est ainsi subordonnée, non plus à l'acceptation, mais à l'accomplissement de la condition suspensive²⁰⁷⁸. L'offrant pourrait aussi offrir la conclusion d'une promesse unilatérale par laquelle il entend se réserver un droit d'option. Partant, la « réserve » tenant à son engagement n'aurait pas pour effet de faire perdre sa fermeté à l'offre, mais simplement pour effet de changer son objet, le contrat offert étant une promesse unilatérale.

709. L'offre de promesse comme condition suspensive – Une telle approche de l'offre « sous condition suspensive » pourrait ouvrir des perspectives intéressantes – bien que techniques, lorsque l'offre est elle-même la condition suspensive d'une promesse²⁰⁷⁹. Cette situation quelque peu complexe se retrouve assez fréquemment en pratique puisqu'elle correspond à l'opération de vente immobilière, automatiquement conclue sous la condition suspensive d'obtention d'un prêt par l'acquéreur si ce dernier désire en solliciter un²⁰⁸⁰. La jurisprudence retient de manière constante que l'accomplissement de la condition suspensive d'obtention de prêt n'implique pas nécessairement que le contrat de prêt soit conclu, mais *a minima*, qu'une offre de prêt ait été émise par la banque. Se contentant autrefois de viser une « offre régulière »²⁰⁸¹, elle exige désormais qu'« offre ferme et sans réserve » soit émise pour que la condition s'accomplisse²⁰⁸². La question se pose donc de savoir si les offres de prêt « sous condition » formulées par les établissements bancaires suffisent pour l'accomplissement de la condition. Elle se pose notamment lorsque l'offre de prêt comporte une « réserve d'acceptation à l'assurance des emprunteurs », laquelle est étrangère à la volonté de l'organisme de prêt, ou lorsque l'offre comporte une « réserve de prise de garanties et des assurances ». La Cour de cassation estime qu'il s'agit d'offres fermes, de sorte que la condition suspensive légale d'obtention d'un prêt est accomplie si une offre de prêt sous condition suspensive est accordée à l'acquéreur potentiel²⁰⁸³. La fermeté de cette offre tient selon nous au fait que l'organisme prêteur offre ici la conclusion

²⁰⁷⁷ CHONÉ-GRIMALDI (A.-S.) in : *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, dir. Th. Gouville, Gualino, Lextenso, 2^{ème} éd. 2018, art. 1114, p. 61. L'auteur évoque une « offre contenant des obligations conditionnelles ».

²⁰⁷⁸ Une telle analyse implique d'ailleurs de considérer que si la condition suspensive ne se réalise pas, la promesse devient caduque (v. *infra*, n° 765). Lorsque l'art. 15-II prévoit que « si, à l'expiration de ce délai, la vente n'a pas été réalisée, l'acceptation de l'offre de vente est nulle de plein droit », cette nullité « de plein droit » n'est donc rien d'autre qu'une caducité.

²⁰⁷⁹ Cela donne lieu à un phénomène de « poupées russes » qui rend d'autant plus nécessaire le règlement des modalités de perfection de l'offre.

²⁰⁸⁰ Dans le but de protéger le consommateur, la loi Scrivener (n° 93-949 du 26 juillet 1993) a institué une condition suspensive d'obtention d'un prêt qui est ordre public, au profit de l'emprunteur qui indique que le prix sera payé, au moins partiellement, à l'aide d'un prêt (article L. 313-41 c. conso., anciennement art. L.312-16 du même code).

²⁰⁸¹ Civ. 1^{ère} 9 décembre 1992, n° 91-12.498, *Bull. civ. I*, n° 309 ; *Defrénois* 1993, p. 317, note J.-L. Aubert ; *D.* 1993. 210, obs. A. Penneau.

²⁰⁸² Civ. 3^{ème} 7 novembre 2007, n° 06-17.413, *Bull. civ. III*, n° 200 ; *RDC* 2008/2, p. 356, D. Fenouillet ; *D.* 2007, p. 3002, obs. C. Rondey ; *D.* 2008. 1224, chron. A.-C. Monge et F. Nési ; *RDI* 2008. 262, obs. H. Heugas-Darraspen ; *Defrénois*, 2007. 1744, obs. E. Savaux – Civ. 3^{ème} 27 janvier 2009, n° 06-15.964, Inédit.

²⁰⁸³ Civ. 3^{ème} 23 juin 2010, n° 09-15.963, *Bull. civ. III*, n° 133 ; *CCC* 2010, comm. 221, note L. Leveneur ; *RDC* 2011, p. 131, obs. D. Fenouillet ; *RTD civ.* 2010. 551, obs. B. Fages ; *RTD com.* 2010, p. 765, obs. D. Legeais. La solution

d'une simple promesse conditionnelle. Ce faisant on voit bien que l'offre formulée par l'organisme prêteur ne suffit pas pour parfaire la promesse déjà conclue par l'emprunteur. Tant que ce dernier n'a pas accepté l'offre et que la condition suspensive prévue par l'offre ne s'est pas accomplie, il n'est pas sûr d'obtenir les fonds nécessaires à la réalisation de la vente. C'est pourquoi le contrat offert par l'organisme prêteur doit être un contrat de prêt et non une simple promesse de prêt. Dans le cas contraire, la perfection de la promesse continuerait nécessairement d'être suspendue.

3 - Pour la levée de l'option

710. Modalités de la levée l'option – S'il est inhérent à la qualification de promesse unilatérale, le droit d'option demeure une prérogative contractuelle que les parties ont le pouvoir d'aménager. En principe, la forme de la notification nécessaire à la perfection de la promesse est libre²⁰⁸⁴. La jurisprudence admet même que la levée de l'option puisse être implicite et découler du comportement du bénéficiaire²⁰⁸⁵. Néanmoins les parties peuvent prévoir la forme que devra revêtir la levée d'option²⁰⁸⁶. De même, le législateur peut imposer certaines formes pour protéger l'une des parties²⁰⁸⁷. La perfection de la promesse dépend alors de la levée régulière de l'option, selon les modalités convenues par les parties.

711. Le cas de l'exécution érigée en condition – La possibilité d'user de la liberté contractuelle pour aménager les modalités de la levée de l'option doit également permettre d'éclairer sous un jour nouveau le cas dans lequel les parties ont institué une « condition portant sur l'exécution d'une obligation »²⁰⁸⁸. Mise à part l'hypothèse dans laquelle les parties ont convenu d'un terme, en imposant l'exécution d'une obligation permettant de rendre exigible l'obligation réciproque²⁰⁸⁹, les parties cherchent parfois à subordonner plus fondamentalement la formation d'un contrat à l'exécution de la prestation attendue. Cette présentation repose toutefois sur une contradiction : on voit mal comment la formation d'un contrat pourrait être subordonnée à l'exécution d'une obligation à laquelle il doit lui-même donner naissance. La « prestation » ne pouvant pas être forcée, puisqu'ayant vocation à assurer la formation du contrat, il en résulte qu'elle ne doit pas être regardée comme l'exécution d'une obligation. Il s'agit simplement d'une

avait déjà été retenue mais dans un arrêt non publié : Civ. 1^{ère} 14 janvier 2010, n° 08-21.520, Inédit ; *RTD civ.* 2010. 551, obs. B. Fages.

²⁰⁸⁴ Civ. 3^{ème} 19 décembre 2012, n° 08-14.225, *Bull. Civ. III*, n° 199 ; *AJDI* 2013, 961, F. Cohet ; *JCP N* 2013, 1059, S. Piedelièvre ; *Deffrénois* 2013, n° 7, p. 351, Y. Dagorne-Labbé.

²⁰⁸⁵ Civ. 1^{ère} 13 juin 1961, *Bull. civ. I*, n° 311. Il faut toutefois qu'elle soit non équivoque : Civ. 3^{ème} 25 janvier 2011, n° 10-10.485, Inédit.

²⁰⁸⁶ Com. 10 février 1954, *Bull. civ. III*, n° 48 (consignation du prix) – Com. 26 novembre 1979, n° 78-10.839, *Bull. Civ. IV*, n° 307 (paiement du prix) – Civ. 3^{ème} 7 janvier 1987, n° 85-14.930, *Bull. Civ. III*, n° 7 (LRAC).

²⁰⁸⁷ Art. 1589 al. 2 du code civil : « Si cette promesse s'applique à des terrains déjà lotis ou à lotir, son acceptation et la convention qui en résultera s'établiront par le paiement d'un acompte sur le prix, quel que soit le nom donné à cet acompte, et par la prise de possession du terrain ».

²⁰⁸⁸ BON (P.-A.), « La condition portant sur l'exécution d'une obligation », *LPA* juin 2007, n° 127, p. 3.

²⁰⁸⁹ V. *supra*, n° 288, hypothèse de l'obligation dite « primaire ».

option, dont les parties ont subordonné la levée à l'exécution de l'obligation. La prise de l'engagement au moyen de la levée de l'option est ainsi rendue indissociable de l'exécution prioritaire de l'obligation découlant de cet engagement. Cela permet ni plus ni moins de faire coïncider la perfection de la promesse unilatérale avec son exécution par le bénéficiaire. En matière de vente immobilière, le recours à ce procédé est d'ailleurs quasi systématique, le versement du prix faisant office de levée de l'option²⁰⁹⁰.

712. Conclusion de la section 1 – La réalisation de l'opération juridique constituant la finalité de l'acte prospectif est donc subordonnée à l'accomplissement d'une condition de perfection. Dans la promesse conditionnelle, cette condition s'impose comme un véritable outil d'anticipation contractuelle, car elle peut permettre de suspendre la réalisation de l'opération à la levée d'un obstacle classiquement envisagé comme une condition de validité. Dans l'offre, le testament et la promesse optionnelle, sa maîtrise par l'auteur de l'acte permet de préciser les circonstances qui devront advenir pour que l'opération se réalise. À cet égard, il faut souligner que l'acte prospectif se distingue de l'acte aléatoire en deux points. Tout d'abord, il n'est pas exclu que l'une des parties ait la maîtrise de l'événement perfecteur. Ensuite et surtout, l'éventualité affecte la réalisation de l'opération dans son ensemble et non son équilibre²⁰⁹¹. L'acte prospectif donne ainsi naissance à une alternative inédite incluant la caducité. Si l'événement ne survient pas, l'acte perd tout intérêt, au contraire de l'acte dont l'opération comporte une éventualité substantielle²⁰⁹². La source de l'éventualité étant mieux circonscrite, il convient désormais d'étudier les deux branches de l'alternative à laquelle elle donne naissance.

Section 2

Branches de l'alternative

713. Perfection ou caducité de l'acte prospectif – Ayant identifié l'origine de l'alternative face à laquelle se trouve l'acte prospectif, laquelle tient au caractère éventuel de la condition de perfection, il faut désormais étudier les branches de cette alternative. Bien que cela n'ait jamais fait l'objet d'une démonstration aboutie, Martin de la Moutte avait déjà remarqué que l'acte imparfait donne naissance à « une situation juridique incertaine destinée à disparaître, soit par la caducité, soit par sa perfection définitive »²⁰⁹³. L'acte prospectif peut tout d'abord *se parfaire* si la condition de perfection s'accomplit.

²⁰⁹⁰ Pour un ex. récent : Civ. 3^{ème} 15 octobre 2015, n° 14-20.312, Inédit.

²⁰⁹¹ Nous avons vu précédemment qu'un acte juridique pouvait être parfait et aléatoire dès lors que l'aléa affecte l'équilibre interne de l'opération, conformément à la volonté de l'auteur de l'acte. Cela est différent de l'hypothèse dans laquelle l'opération juridique (quel qu'en soit l'équilibre interne) est conditionnée. La distinction était bien connue du droit romain qui opposait la *venditio spei* (vente d'une espérance) et la *venditio rei speratae* (vente d'une chose espérée).

²⁰⁹² Parce que l'éventualité affecte l'opération dans sa substance, l'absence de réalisation du risque n'entraîne pas la caducité du contrat d'assurance, v. *supra*, n° 218.

²⁰⁹³ MARTIN DE LA MOUTTE (M.), th. préc., §95.

Dans ce cas, l'acte atteint sa plénitude à un stade ultérieur à sa formation, par l'accomplissement de la condition de perfection (§1). Suivant une évolution radicalement différente, il se peut que l'acte prospectif devienne caduc. Dans ce cas la volonté de l'auteur n'aboutit pas à la réalisation du résultat recherché parce que la condition de perfection a défailli. L'acte juridique devient alors une coquille vide et la caducité se justifie par la nécessité de purger l'ordonnement juridique d'un acte devenu inutile, car insusceptible de réaliser la finalité en vue de laquelle il s'était formé. Elle se présente comme la sanction adaptée à l'acte juridique prospectif ayant échoué à se parfaire (§2).

§1 - LA PERFECTION, STADE DE PLÉNITUDE DE L'ACTE PROSPECTIF

714. Perfection de l'acte prospectif – La plénitude caractérise « *ce qui est complet, dans toute sa force* ». Appliquée à l'acte juridique, la plénitude désigne donc le stade auquel l'acte réalise l'opération juridique en vue de laquelle il s'était formé. En somme, le moment auquel l'acte devient parfait²⁰⁹⁴. La perfection intervenant à un stade ultérieur à la formation, cela permet de confirmer qu'« une chose est la vigueur de la norme, une autre son existence »²⁰⁹⁵. Dès sa formation, l'acte a en effet force obligatoire. Il donne naissance à une norme. Néanmoins sa perfection, qui correspond à l'entrée en vigueur de la norme enserrant l'opération, est repoussée à un stade ultérieur. Ainsi, pour que le contrat de mariage soit parfait, le mariage doit être célébré (A). Pour que le testament soit parfait, il faut que le testateur décède avant le légataire et que ce dernier accepte le legs (B). Pour que l'offre soit parfaite, il faut qu'elle soit acceptée par le destinataire (C). Enfin, pour que la promesse soit parfaite, il faut que la condition suspensive s'accomplisse ou que l'option soit levée, selon que la promesse est optionnelle ou conditionnelle (D).

A - Perfection du contrat mariage

715. Entrée en vigueur du régime matrimonial – En vertu de l'art. 1395 du code civil, le régime matrimonial entre en vigueur « *au jour* » de la célébration du mariage. Il serait toutefois plus exact de parler du « moment » de la célébration, le contrat de mariage pouvant être conclu le jour-même sans contrarier la règle d'antériorité²⁰⁹⁶. Les avantages matrimoniaux découlant du fonctionnement du régime matrimonial ainsi que les promesses de donation accomplies dans le contrat de mariage prendront également effet au moment de l'entrée en vigueur du régime matrimonial, c'est-à-dire à compter de la célébration du mariage.

²⁰⁹⁴ Sur la définition de la perfection, v. *supra*, n° 120 et s.

²⁰⁹⁵ MORON-PUECH (B.), th. préc., §274.

²⁰⁹⁶ Il s'agit d'une solution ancienne : Civ. 18 août 1840, D. 1849, 1. 327 ; S. 1840, 2. 171.

716. Réalisation des donations et avantages – Seuls les avantages matrimoniaux découlant de la liquidation du régime matrimonial, ainsi que les donations de biens à venir pouvant valablement intervenir entre époux, deviendront parfaits ultérieurement. La donation de biens à venir sera parfaite lors du décès de l'époux et l'avantage matrimonial sera parfait lors de la liquidation *volontaire* du régime matrimonial.

B - Perfection du testament

717. La dévolution par le décès – Le décès du *de cuius* confère immédiatement la qualité d'héritier, à la fois aux personnes désignées par la loi (héritiers *ab intestat*) et aux personnes désignées spécialement par lui au moyen d'un testament (légataires). À première vue, cela devrait suffire à la perfection du testament, qui doit permettre au *de cuius* de faire valoir sa volonté en lieu et place de la loi²⁰⁹⁷. Mais ce serait avoir une vision réductrice du legs, qui est défini par la loi comme une opération de *disposition* et même de *transmission* des biens et droits²⁰⁹⁸, et non comme une simple opération de *dévolution*. Il faut donc que le légataire recueille personnellement les biens et droits légués pour que le testament soit parfait, car là est l'objectif poursuivi par le testateur. Reste à savoir si cette opération se réalise dès le décès du testateur. On enseigne généralement que la disposition des biens et droits légués intervient « de plein droit » au décès du testateur²⁰⁹⁹. La transmission des biens et droits serait donc concomitante à la dévolution successorale²¹⁰⁰, et l'acceptation jouerait le rôle d'une simple demande d'exécution, intervenant vis-à-vis d'un acte devenu parfait. Cette solution s'avère pourtant inconciliable avec les effets attachés à la saisine, qui se produisent de plein droit au décès du testateur (art. 724 c. civ.).

718. Analyse de la saisine successorale – Il convient d'écarter le principe selon lequel une transmission immédiate des biens et droits se ferait au moyen de la saisine. Quand bien même sa nature juridique et ses effets sont discutés²¹⁰¹, la saisine n'opère elle-même aucun transfert de propriété. Elle constitue plutôt une faculté de *mise en possession* des biens successoraux²¹⁰². Elle correspond donc à une « investiture légale

²⁰⁹⁷ PÉRÈS (C.), VERNIÈRES (Ch.), *Droit des successions*, Thémis droit, PUF, 1^{ère} éd. 2018, §394 : « Le testament, lui (*à l'inverse de la donation*), élude l'ordre légal de dévolution et commande de régler le sort de la succession suivant les dernières volontés du testateur ».

²⁰⁹⁸ NICOD (M.), « La libéralité introuvable », in : *Les affaires de la qualification*, dir. M. Nicod, PU Toulouse 1 Capitole, 2015, p. 185, spéc. §2.

²⁰⁹⁹ TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), GAUDEMET (S.), *op. cit.*, §810 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil : Les obligations*, t. 1, L'acte juridique, Coll. Université, Sirey, 17^{ème} éd. 2022, §889-2 ; PIÉDELIÈVRE (S.), *Successions et libéralités*, *op. cit.*, §156.

²¹⁰⁰ MARTIN DE LA MOUTTE (J.), th. préc., §73 : « le patrimoine du légataire se trouve modifié dès le décès, avant que ce dernier ait manifesté sa volonté ».

²¹⁰¹ Nous n'entendons évidemment pas régler la nature juridique de la saisine, cette question excédant les limites de notre sujet. Nous devons toutefois prendre parti sur les rapports que la saisine entretient avec la transmission des biens et droits, car cela s'avère déterminant pour cerner le moment exact de perfection des legs.

²¹⁰² MALAURIE (Ph.), BRENNER (C.), *Droit des successions et des libéralités*, Coll. Droit civil, LGDJ, 9^{ème} éd. 2020, §120 ; GRIMALDI (M.), *Droit des successions*, *op. cit.*, §424 ; SÉRIAUX (A.), *Les successions, Les libéralités*, *op. cit.*, §110.

conférant inconditionnellement à celui qui en bénéficie la situation et les prérogatives du possesseur »²¹⁰³. Irréductible à un transfert de propriété, elle doit donc permettre aux héritiers et aux légataires d'appréhender la succession de manière provisoire. Intervenant de plein droit au profit des héritiers *ab intestat*, à raison de la certitude de leur titre successoral, elle investit également ces derniers du pouvoir de délivrer les legs afin d'étendre la saisine aux légataires dont le titre semble plus fragile. Comme l'a en effet remarqué M. Dross, « la saisine est au centre du contrôle de la légitimité du titre de ceux qui prétendent à la succession »²¹⁰⁴. Elle ne sert donc pas à conférer la possession au sens propre du terme, mais à vérifier la vocation successorale²¹⁰⁵. Si la saisine ne permet pas de réaliser une transmission des biens et droits légués, la loi traite toutefois la situation qui en résulte comme une indivision, à laquelle il sera mis fin par le partage successoral. Pour ainsi dire, la saisine génère la situation d'indivision qui permet de passer de la simple appréhension de la succession à une véritable propriété partagée. Néanmoins, on ne saurait confondre la quote-part dont bénéficie l'héritier saisi, avec la transmission du bien. L'indivision permet simplement d'entériner le caractère indivisible de la saisine lorsque plusieurs héritiers sont saisis. Une fois le titre successoral vérifié, elle ne se fonde donc pas selon nous sur un transfert de propriété déjà acquis au jour du décès²¹⁰⁶. Elle permet simplement d'éviter que la succession ne se trouve en déshérence tout en ouvrant la gestion des biens successoraux aux détenteurs d'un titre successoral vraisemblable. On précisera néanmoins que le légataire à titre particulier qui demande la délivrance du legs est réputé avoir accepté ce dernier²¹⁰⁷. Dans ce cas, la transmission du bien intervient par le même procédé que la saisine, parce qu'elle *vaut* acceptation.

719. Critique de la transmission immédiate – Si la saisine non plus que l'indivision qui la suit n'assurent la transmission des biens et droits aux légataires, cette dernière pourrait toutefois intervenir par ailleurs, là encore par le seul fait du décès. La Cour de cassation a retenu cette solution tant à l'égard de l'héritier *ab intestat*²¹⁰⁸, qu'à l'égard du légataire²¹⁰⁹. Il en résulte une situation paradoxale où, « la saisine ne coïncidant pas avec la propriété, il est des successeurs qui, tout en acquérant instantanément au jour même du décès la

²¹⁰³ VIALLETON (H.), « La place de la saisine dans le système dévolutif français », *Mél. P. Roubier*, t. 2, 1961, p. 283, spéc. p. 285.

²¹⁰⁴ DROSS (W.), « La saisine successorale », *Deffrénois* 2004, p. 475, §14.

²¹⁰⁵ En témoigne un arrêt récent, par lequel la Cour de cassation a jugé que le légataire à titre particulier détenteur du bien avant le décès du testateur, devait tout de même demander la délivrance de son legs, au risque de perdre sa vocation à recueillir le bien : Civ. 1^{ère} 21 juin 2023, n° 21-20.396, Publié au bulletin.

²¹⁰⁶ Comp. l'analyse de M. Dross, affirmant « l'existence d'un principe successoral selon lequel celui dont les droits dans l'hérédité sont insuffisamment établis, bien qu'il en soit titulaire dès l'instant du décès, ne peut néanmoins pas les exercer avant qu'ils aient été contrôlés » (*Ibid.*, §22). À ce stade, le droit demeure selon nous un simple droit éventuel, le légataire n'ayant pas encore accepté le legs.

²¹⁰⁷ Civ. 1^{ère} 26 septembre 2007, n° 06-15.191, *Bull. civ. I*, n° 309 ; *D.* 2007. 2612 ; *Dr. fam.* 2007, comm. 225, B. Beignier ; *JCP G* 2009, n° 5, I, 109, obs. R. Le Guidec ; *JCP N* 2009, n° 8-9, 1094, obs. R. Le Guidec.

²¹⁰⁸ Civ. 1^{ère} 22 juillet 1987, n° 85-13.907, 85-14.507, *Bull. Civ. I*, n° 258.

²¹⁰⁹ Civ. 1^{ère} 28 janvier 1997, *Bull. Civ. I*, n° 37 : « le légataire à titre universel devient propriétaire des biens légués, de plein droit et du seul fait du décès du testateur ». Dans l'arrêt précité (v. *supra*, n° 718 note n° 2105), rendu le 21 juin 2023, elle a également précisé, conformément à une jurisprudence constante, que le légataire était déjà « propriétaire de la chose léguée » au moment où il devait demander la délivrance du legs.

propriété des biens du défunt, ne sont pas autorisés à les appréhender sans formalités »²¹¹⁰. Pourtant, le principe d'un transfert immédiat au décès du *de cuius* n'est prévu par aucun texte. Il semble même contredit par la règle de rétroactivité de l'exercice de l'option successorale, comme nous le verrons ultérieurement²¹¹¹. En outre, le règlement immédiat de la propriété du bien n'est pas nécessaire pour assurer l'appréhension des biens et droits successoraux par le procédé de la saisine, ni même pour ouvrir une situation d'indivision, celle-ci reposant sur l'attribution de quotes-parts indivises. Enfin, certaines règles légales peuvent être expliquées sans identifier un transfert immédiat de la propriété. C'est le cas, pour ne prendre que cet exemple, de l'art. 1014 al. 1^{er} du code civil qui prévoit que « *tout legs pur et simple donnera au légataire, du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée, droit transmissible à ses héritiers ou ayants cause* ». Généralement interprété comme accréditant le principe d'une transmission immédiate, cet article énonce plutôt selon nous que le prédécès du testateur suffit à conférer au légataire un droit *éventuel* transmissible à ses héritiers. Cela ne signifie pas pour autant qu'il était devenu propriétaire au décès du testateur. Pour ce faire, il doit encore l'accepter, de même que ses ayants droit.

720. La disposition par l'acceptation – À l'instar de M. Jubault, et bien que cette position doctrinale soit minoritaire, il nous semble donc que « la transmission de la propriété ne s'opère pas *de plano*, mais procède de l'exercice de l'option successorale », de sorte que c'est l'acceptation du legs par le légataire qui « rend parfaite » l'opération de disposition²¹¹². Il serait en effet contestable d'imposer une disposition des biens au profit du légataire alors que les droits institués au profit d'autrui par un acte unilatéral ne peuvent pas en principe être imposés à son destinataire. Jusqu'à ce que le droit d'option soit exercé, une éventualité pèse donc sur la réalisation du legs, ce qui donne tout son intérêt à l'option²¹¹³. Il apparaît ainsi que « le sort définitif des dispositions testamentaires ne pourra être fixé avec une absolue certitude que lorsque le légataire aura formulé son choix »²¹¹⁴. Le legs demeure donc imparfait au moment du décès. Dès lors, on comprend pourquoi la prise de possession d'un bien successoral exercée en vertu de la saisine ne constitue pas un commencement d'exécution faisant obstacle au jeu de l'exception de nullité²¹¹⁵. L'exécution n'étant susceptible d'intervenir qu'après la date de perfection²¹¹⁶, l'exécution du legs interviendra donc après que le légataire l'ait accepté, ce qu'il peut refuser de faire. Nous verrons d'ailleurs que l'exercice de l'option par le légataire doit être considéré comme le terme enserrant la réalisation du legs conditionnel²¹¹⁷, dans

²¹¹⁰ TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), GAUDEMET (S.), *op. cit.*, §810.

²¹¹¹ V. *infra*, n° 793-794.

²¹¹² JUBAULT (Ch.), *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Précis Domat, 2^{ème} éd., 2010, LGDJ, §896.

²¹¹³ C'est ce qu'énonçait l'ancien art. 775 c. civ. : « *Nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue* ». Cela ressort aujourd'hui de l'art. 768 c. civ. qui ouvre une option successorale.

²¹¹⁴ MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *th. préc.*, §57.

²¹¹⁵ Civ. 1^{ère} 25 octobre 2017, n° 16-24.766, Publié au Bulletin ; *D.* 2017. 2207, et 2018. 1458, obs. J.-J. Lemouland ; *D.* 2018, 2384, obs. S. Godechot-Patris et C. Grare-Didier ; *AJfam.* 2018. 53, obs. J. Casey ; *RTD civ.* 2018. 192, obs. M. Grimaldi ; *Defrénois* 2018, n° 22, p. 37, obs. D. Noguéro ; *Gaz. Pal.* 2018, n° 1, p. 84, obs. A.-L. Casado et n° 12, p. 77, obs. Q. Guiguet-Schielé ; *LPA* 2018, n° 42, p. 7, note P.-L. Niel ; *Dr. fam.* 2018, n° 2, comm. 41, A. Tani ; *JCP N* 2017, n° 45, act. 936.

²¹¹⁶ Sur ce point, v. *supra*, n° 128.

²¹¹⁷ Sur la caducité du legs par la défaillance de la condition, v. *infra*, n° 795.

l'hypothèse, certes peu fréquente en pratique, où le testateur n'a pas lui-même affecté la condition d'un terme implicite²¹¹⁸. Dans ce cas il faut en effet s'assurer de ne pas prolonger indéfiniment la durée du règlement successoral, raison pour laquelle le légataire devrait pouvoir parfaire le legs par l'acceptation même si la condition est encore pendante. L'acceptation par le légataire ne constitue donc pas une simple approbation qui « confirme et consolide sur sa tête les effets de la transmission légale »²¹¹⁹. L'acceptation opère cette transmission, d'où l'importance d'en étudier les modalités.

721. Acceptation : sens strict – Lorsqu'elle est pure et simple, l'acceptation est souvent un acte exprès : le légataire confirme son titre successoral et accepte de recevoir les biens et droits dans un acte écrit, l'acte oral étant prohibé. Lorsqu'elle est faite à concurrence de l'actif net, elle est nécessairement expresse puisqu'elle obéit à un formalisme strict (art. 788 et s. c. civ.). Conformément à l'art. 782 du code civil, l'acceptation du legs peut également être tacite, à condition d'être pure et simple. L'art. 783 vise en ce sens les actes de cession des biens et droits reçus ainsi que la renonciation *in favorem*. À l'inverse, l'art. 784 précise que les actes « purement conservatoires ou de surveillance et les actes d'administration provisoire » n'emportent pas l'acceptation du legs. Cela est tout à fait logique dès lors qu'ils ont vocation à protéger les droits futurs et néanmoins éventuels du légataire durant la période d'imperfection de l'acte, c'est-à-dire tant que le legs n'a pas été accepté par ce dernier²¹²⁰. Sera également considéré comme acceptant le légataire renonçant au legs au profit d'autrui.

722. Réputé acceptant : le recel – En application de l'art. 778 du code civil, l'héritier qui se rend coupable d'un recel successoral est réputé avoir accepté la succession. La solution s'étend aux légataires dès lors que ceux-ci ont un titre universel qui leur donne droit de prendre part au partage, le recel se comprenant en effet comme une volonté de léser les copartageants. En guise de sanction, les légataires ne pourront pas se voir attribuer les biens recelés lors du partage et seront réputés avoir accepté purement et simplement le legs. Cette sanction s'explique doublement. Tout d'abord par le fait que le recel crée une apparence d'acceptation du legs qui doit être entérinée, le recel reposant en effet sur un détournement de biens ou une dissimulation du legs. Ce n'est évidemment pas une présomption de volonté, puisque le légataire a simplement la volonté de s'attribuer frauduleusement les biens. Ensuite parce qu'il paraît nécessaire d'empêcher celui qui se rend coupable de recel de limiter son implication dans le règlement du passif successoral. En définitive, le recel est sanctionné par une perfection forcée du legs à l'égard du

²¹¹⁸ En pratique le testateur vise souvent une condition qui doit s'être réalisée au décès, en conditionnant par exemple le legs à l'absence de célibat du légataire au moment du décès. On notera d'ailleurs que la condition de résidu caractéristique du legs conditionnel a pour terme naturel le décès du premier gratifié.

²¹¹⁹ PLANIOL (M.), RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. 4, par J. Maury et Vialleton, 1956, LGDJ, §280 ; OULD AKLOUCHE (Y.), *La qualité d'héritier*, Defrénois, Coll. Doctorat & Notariat, t. 56, 2017, §296 ; BILLIAU (M.), *La transmission des créances et des dettes*, Coll. Droit des affaires, LGDJ, 2002, §203.

²¹²⁰ Sur la qualification de droits éventuels au décès du testateur, v. *supra*, n° 616.

receleur. Il faut toutefois remarquer que cette sanction ne peut pas jouer si les autres successibles ont d'ores et déjà accepté la succession, ce qui rend essentielle la détermination de la date de perfection des legs.

723. Opérations particulières – Quelques précisions doivent être apportées à propos des opérations particulières que constituent la libéralité-partage et l'exhérédation. Il apparaît tout d'abord que l'acceptation du lot par le bénéficiaire d'une libéralité-partage est également nécessaire pour que l'opération se réalise à son égard, la vocation qui naît dès le décès du testateur ne suffisant pas à lui donner un droit dans le partage. Sa vocation est d'ailleurs si intimement liée à l'acceptation du lot, qu'il ne peut pas renoncer au lot sans renoncer à ses droits dans la succession (art . 1079 c. civ.). Il convient par ailleurs de remarquer que la perfection de cet acte n'attend pas le moment du partage lui-même, sauf à confondre la question de la perfection avec celle de l'effectivité des droits inhérents à l'opération. Là encore, c'est bien l'acceptation qui permet de parfaire l'acte, en fixant définitivement son droit. Des précisions peuvent aussi être apportées à propos de l'exhérédation. Lorsqu'elle est implicite, sa réalisation dépend de l'acceptation par le légataire institué, seule apte à priver définitivement l'héritier légal de ses droits, sous réserve de la réduction pour atteinte à la réserve. La perfection de l'opération d'exhérédation intervient donc logiquement en même temps que la perfection du legs au moyen duquel il y est procédé. Lorsqu'elle est explicite, c'est-à-dire sans désignation de légataire, il semble en revanche qu'elle se réalise par le simple prédécès du testateur. Elle ne dépend pas en effet de la décision de quiconque d'accepter ou de refuser le legs.

724. Si le décès est absolument nécessaire pour faire naître le droit d'option, inhérent à la qualité de légataire, il est insuffisant pour réaliser le legs. La perfection du legs dépend donc de l'accomplissement de deux conditions cumulatives : le prédécès du testateur et l'acceptation du légataire.

C - Perfection de l'offre

725. La perfection par l'acceptation – Si la nature juridique de l'acceptation n'intéresse pas directement notre étude, elle revêt toutefois un intérêt médiat, car elle permet d'identifier le moment exact de perfection de l'offre. Selon qu'il s'agit d'un acte ou d'un fait, les conditions de l'acceptation seront en effet différentes, l'acte perfecteur devant être complètement formé pour parfaire l'offre. Il convient donc de s'attarder sur cette question. La nature juridique de l'acceptation est discutée. Certains y voient un fait juridique²¹²¹, tandis que d'autres y voient un acte juridique²¹²². D'autres encore, ne se prononcent pas sur sa nature juridique

²¹²¹ AUBERT (J.-L.), th. préc., §331, l'auteur y voit un « fait juridique volontaire, élément d'un contrat ».

²¹²² WORMS (R.), *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligation en droit romain et en droit français*, thèse, 1891, p. 188 ; FAGES (B.), *op. cit.*, §81 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, §213 ; FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations*, t. 1, *op. cit.*, §429 ; FAGES (B.), *op. cit.*, §81 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, §293.

parce que son autonomie par rapport au contrat est difficile à déceler²¹²³. Il est néanmoins possible de démontrer que, comme l'offre, l'acceptation est un acte juridique à part entière. Pour cela il convient de revenir sur les deux obstacles classiquement opposés à cette qualification : à la fois le fait que le contrat ne naît pas de la seule acceptation et le fait que les conséquences de l'acceptation soient déterminées par la loi. Il est fréquent de retenir que l'acceptation n'est pas un acte juridique parce qu'on ne peut pas identifier son effet : si elle forme le contrat, ce n'est pas par elle-même, mais par sa rencontre avec l'offre²¹²⁴. Il s'agit d'une critique sérieuse, sauf une fois admis que tout en étant un acte, l'acceptation est la condition de perfection d'une offre. Comme le note un auteur, l'offre et l'acceptation « ne sont pas indépendantes dans le sens où l'offre n'est faite que pour trouver une acceptation et celle-ci suppose la préexistence de l'offre, elle en est la réponse »²¹²⁵. La finalité de l'acceptation est donc identique à celle de l'offre : « les parties poursuivent le même but, à savoir la conclusion d'un contrat »²¹²⁶. L'analyse de l'acceptation comme acte perfecteur nous paraît d'ailleurs cohérente avec le constat que nous avons pu faire précédemment quant à la nature juridique du contrat issu de la rencontre entre une offre et une acceptation, qui constitue une simple norme individuelle²¹²⁷. Lorsqu'on dit que la rencontre de l'offre et de l'acceptation donne naissance à un contrat, on ne vise donc pas le contrat-acte juridique mais le contrat-norme. Il n'est donc pas nécessaire de dire que l'acceptation produit une nouvelle norme pour retenir sa qualité d'acte juridique²¹²⁸. L'acceptation se contente de parfaire l'offre et ainsi, de donner vigueur à la norme contractuelle élaborée dans l'offre²¹²⁹. Comme une autre critique de cette nature juridique, on relève parfois que l'acceptation produit des effets directement déterminés par la loi²¹³⁰. Pourtant, nous avons vu que la notion d'acte juridique repose sur la nécessité de la volonté, non sur la nécessaire détermination des effets par l'auteur²¹³¹. Que l'acceptant n'ait pas la maîtrise des effets de l'acceptation n'indique donc pas qu'il s'agit d'un simple fait juridique.

²¹²³ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *op. cit.*, §183 ; BÉNABENT (A.), *Droit des obligations, op. cit.*, §76 et s. ; HOUTCIEFF (D.), *op. cit.*, §158.

²¹²⁴ C'est pour cette raison qu'Aubert, dans sa thèse consacrée à l'offre et l'acceptation, étudie l'offre dans une première partie avant d'étudier « la formation du contrat » dans une seconde partie, AUBERT (J.-L.), *th. préc.*, §275.

²¹²⁵ RBII (J.), « L'acte unilatéral réceptice », in : *Métamorphoses de l'Acte Juridique*, dir. M. Nicod, PU Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2011, p. 88, spéc. p. 92.

²¹²⁶ LIMBACH (F.), *th. préc.*, §242.

²¹²⁷ V. *supra*, n° 494.

²¹²⁸ Selon M. Moron-Puech, « les effets de droits par l'acceptation peuvent être analysés soit comme la mise en application de normes déjà créées par l'offre (fait juridique), soit comme la création de nouvelles normes dont la teneur a néanmoins été déjà intégralement fixée par l'offre (acte juridique) », MORON-PUECH (B.), *th. préc.*, §335. La qualification de l'acceptation comme acte perfecteur permet de retenir tout à la fois qu'elle est un acte juridique mais qu'elle se borne à déclencher l'entrée en vigueur la norme élaborée par l'offre.

²¹²⁹ L'acceptation étant la condition de perfection de l'offre, il est vain de chercher à isoler une obligation à la charge de l'offrant pour en cerner les effets. Comme l'a remarqué M. Ancel, « cela ne rend pas bien compte de la situation créée par l'offre, car, si le bénéficiaire accepte, le contrat sera passé automatiquement sans que l'offrant n'ait rien à faire », ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.*, §21.

²¹³⁰ AUBERT (J.-L.), *th. préc.*, §328.

²¹³¹ V. *supra*, n° 60.

726. Conditions de formation de l'acceptation – Il reste alors, s'agissant d'un acte juridique, à en isoler les conditions de formation pour identifier les modalités de perfection de l'offre. L'acceptation repose bien évidemment sur une manifestation de volonté de son auteur, mais cela ne suffit pas pour autant à la former.

727. Extériorisation – La manifestation de volonté de l'offrant doit être extériorisée, s'agissant d'une exigence commune à tous les actes juridiques. Néanmoins, cela ne l'empêche pas d'être tacite dans la mesure où l'art. 1113 al. 2 du code civil prévoit que la manifestation de volonté peut « *résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur* ». Par conséquent, l'acceptation peut être tacite si on perçoit dans le comportement, passif ou actif, de son auteur, une volonté d'accepter l'offre. Toutefois la jurisprudence est allée encore plus loin, admettant que l'acceptation puisse résulter d'un silence circonstancié²¹³². S'il est en effet de jurisprudence constante que le silence ne vaut pas, à lui seul, acceptation²¹³³, certains silences sont suffisamment éloquents pour avoir valeur d'acceptation. La réforme de 2016 a validé cette solution puisque l'art. 1120 du code civil énonce désormais que « *le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières* ». Elle nous paraît justifiée parce que les obstacles dressés à l'admission de l'offre silencieuse ne se retrouvent pas pour l'acceptation, cette dernière étant un simple « oui » émis par le destinataire de l'offre. Il n'est donc pas requis qu'elle reprenne expressément les éléments du contrat envisagé, le silence pouvant tout à fait indiquer une volonté de conclure le contrat dès lors que les circonstances lui donnent valeur d'une approbation sans réserve. La manifestation de volonté étant ainsi entendue, l'acceptation ne déroge donc nullement à l'exigence d'extériorisation.

728. Réception – Pour que l'acceptation se forme définitivement, il faut toutefois que la manifestation de volonté soit réceptionnée. Comme l'offre, elle appartient en effet à la catégorie des actes réceptices, c'est-à-dire des actes qui se forment définitivement un procédé de réception²¹³⁴. L'art. 1118 al. 2 le prévoit implicitement en précisant que, « *tant que l'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétractée, pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation* ». La libre rétractation est en effet une caractéristique de l'acte unilatéral dont la formation définitive n'est pas encore advenue. L'acceptation n'est donc pas formée par la simple émission de la volonté, mais au moment de sa réception par l'offrant²¹³⁵. Partant, l'offre deviendrait parfaite au moment de la réception de l'acceptation

²¹³² Civ. 1^{ère} 24 mai 2005, n° 02-15.188, *Bull. civ. I*, n° 223 ; *D.* 2006, 1025, note Bensamoun ; *RTD civ.* 2005. 588, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2005/4, 1007, obs. D. Mazeaud ; *CCC* 2005, comm. 165, obs. L. Leveneur ; *JCP* 2005, I. 194, note C. Pérès-Dourdou – Civ. 1^{ère} 4 juin 2009, n° 08-14.481, *Bull. civ. I*, n° 113 ; *RTD civ.* 2009. 530, obs. B. Fages ; *D.* 2009, 2137, note Labarthe ; *D.* 2010, 227, obs. S. Amrani-Mekki ; *RDC* 2009/4, 1130, obs. Th. Genicon – Civ. 1^{ère} 28 février 2008, n° 06-12.349, Inédit ; *RDC* 2008/3, 709, obs. Th. Genicon.

²¹³³ Civ. 1^{ère} 16 avril 1996, n° 94-16.528, *Bull. Civ. I*, n° 181 – Civ. 25 mai 1870 ; *GAJ civ.* t. 2, 12^{ème} éd., 2008, n° 146.

²¹³⁴ *Pratiques contractuelles, Ce que change la réforme du droit des obligations*, Éd. législatives, 2^{ème} éd. 2016, p. 37.

²¹³⁵ On ne saurait déduire son caractère réceptice de l'art. 1121 c. civ. qui énonce *in limine* que « *le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant* » (*Contra* : CERQUEIRA (G.), « Le critère de qualification de l'acte juridique réceptice », *Mél. C. Witz*, LexisNexis, 2018, p. 143, §11). En effet, on aurait très bien pu admettre que

par l'offrant²¹³⁶. Cette approche a la faveur des principes Unidroit, du Code Gandolfi et des principes du droit européen des contrats²¹³⁷. Elle était également retenue par la Cour de cassation avant l'entrée en vigueur de la réforme, au terme d'une évolution jurisprudentielle l'ayant tout d'abord conduite à réserver cette question à l'appréciation souveraine des juges du fond, avant de marquer sa faveur pour la théorie de l'émission et finalement pour celle de la réception²¹³⁸. Désormais, cette solution est entérinée par l'art. 1121 du code civil qui énonce que « *le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant* ». La Cour de cassation a d'ores et déjà appliqué cette solution dans une affaire qui dépendait pourtant du droit antérieur²¹³⁹. En l'espèce l'acceptation de l'offre avait été émise à 23h le dernier jour de validité de l'offre, mais avait été reçue par l'offrant le lendemain à 5h, soit, hors du délai d'acceptation institué. La Cour de cassation retient qu' « *ayant constaté que le courriel d'acceptation de l'offre (...) avait été reçu (...) le lendemain du jour de l'expiration de l'offre, devenue caduque, la cour d'appel en a déduit, à bon droit, que cette acceptation ne pouvait produire aucun effet* ».

729. Impuissante à donner vigueur à la norme qu'elle crée, l'offre est imparfaite jusqu'à ce que l'acceptation intervienne, ce qui suppose qu'elle ait été réceptionnée par l'offrant. Elle permet ainsi de parfaire l'offre en donnant vigueur à la norme contractuelle²¹⁴⁰.

D - Perfection de la promesse

730. La promesse étant un acte définitivement formé, l'accomplissement de la condition de perfection (1) permet de parfaire la promesse, c'est-à-dire de réaliser l'opération promise (2).

l'acceptant ne peut plus rétracter sa volonté après son émission – ce qui aurait fait sortir l'acceptation de la catégorie des actes réceptices, et retenir que le contrat se forme par la réception qu'en fait l'offrant.

²¹³⁶ Certes, une chose est de savoir à quel moment l'acceptation se forme définitivement, une autre est de savoir à quel moment elle produit effet. Si les actes réceptices réalisent fréquemment leur finalité aussitôt réceptionnés par leur destinataire, il ne s'agit que d'une concomitance (v. *supra*, Première partie). Pourtant il serait contradictoire de retenir que l'offre est devenue parfaite dès l'émission de l'acceptation alors que cette dernière peut encore être retirée.

²¹³⁷ Art. 2.1.6. §2 Unidroit ; Art. 16.2 Code Gandolfi ; Art. 2:205, §1 PDEC.

²¹³⁸ Sur l'abandon de la question à l'appréciation souveraine des juges du fond : Req. 21 mars 1932, *GAJC*, t. II, 13^{ème} éd. 2015, n° 143 ; *DP*. 1933, 1, 65, note E. Sallé de la Marnière ; *S*. 1932, 1, 278 ; *Gaz. Pal.* 1932, 1, 910. Sur l'adoption de la théorie de l'émission : Com. 7 janvier 1981, n° 79-13.499, *Bull. Civ. IV*, n°14, *GAJC* t. II, 13^{ème} éd. 2015, n° 144 ; *RTD Civ.* 1981. 849, obs. F. Chabas. Sur l'adoption de la théorie de la réception : Civ. 3^{ème} 17 septembre 2014, n° 13-21.824, *Bull. civ. III*, n° 108 ; *AJDA* 2014, 1800 ; *D.* 2014, 1874 ; *D.* 2015, 529, obs. H. Barbier – Civ. 3^{ème} 16 juin 2011, n° 09-72.679, *Bull. Civ. III*, n° 103 ; *D.* 2011, 2260, note N. Dissaux ; *D.* 2012, 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *Gaz. Pal.* 3 novembre 2011, 16, obs. D. Houtcieff ; *JCP N* 2011, 1273, note J.-J. Barbiéri ; *JCP G* 2011, 813, note Y.-M. Sérinet.

²¹³⁹ Civ. 1^{ère} 6 janvier 2021, n° 19-21.071, Inédit ; *RTD civ.* 2021. 402, note H. Barbier ; *D.* 2022. 310, M. Mekki. Comp. : Soc. 9 janvier 2019, n° 17-22.788, Inédit ; *RTD civ.* 2019. 317, obs. H. Barbier.

²¹⁴⁰ M. Moron-Puech finit par retenir que l'acceptation conditionne l'entrée en vigueur de la norme née de l'offre. Il précise toutefois que chacun des actes (l'offre et l'acceptation) crée « une norme dont la *vigueur* est conditionnée à l'*existence* d'autres normes créées par une autre partie au contrat », MORON-PUECH (B.), th. préc., §337, p. 322. On voit mal comment l'acceptation pourrait produire une nouvelle norme alors qu'elle n'est qu'une adhésion à l'offre.

1 - L'accomplissement de la condition de perfection

731. Selon la nature de la promesse en cause – optionnelle ou conditionnelle, la perfection intervient par l'accomplissement de la condition suspensive (a), par la levée de l'option (b), ou par le cumul des deux (c).

a) Accomplissement de la condition suspensive

732. L'accomplissement de la condition : perfection de la promesse – Comme les autres conditions de perfection, la condition suspensive instituée par la promesse a pour effet de reporter la réalisation de l'opération juridique²¹⁴¹. Supposant un contrat formé, mais dont les parties ont entendu suspendre l'efficacité globale, la condition suspensive permet « de cristalliser l'accord définitif des parties tout en réservant la naissance des effets juridiques de cet accord au seul cas où l'événement désigné se produirait »²¹⁴². Par conséquent, l'accomplissement de la condition n'a pas simplement « pour effet de consolider l'obligation »²¹⁴³. Elle la fait naître. C'est en ce sens que se prononce la Cour de cassation lorsqu'elle distingue l'accomplissement de la condition suspensive et l'exécution des obligations²¹⁴⁴. La distinction est importante parce que l'art. 1185 du code civil cantonne l'exercice de l'exception de nullité à l'hypothèse dans laquelle le contrat n'a pas encore connu de commencement d'exécution. L'accomplissement de la condition n'étant pas assimilé à un commencement d'exécution, il n'empêche donc pas de faire jouer l'exception de nullité. Cela vaut pour l'ensemble des effets inhérents à l'opération : leur production est reportée et dépend donc de l'accomplissement de la condition. D'où l'intérêt de savoir dans quelles hypothèses précises la condition est considérée comme accomplie.

733. Accomplissement de la condition : sens strict – Bien que l'art. 1304-6 du code civil se contente d'énoncer que « l'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive », les modalités d'accomplissement de la condition suspensive méritent d'être précisément déterminées. Pour ce faire, il convient de distinguer selon que l'événement conditionnel est un fait positif, dont les parties attendent la survenance pour parfaire l'acte, ou un fait négatif, dont les parties redoutent la survenance et dont nous verrons que la survenance entraîne la caducité de l'acte²¹⁴⁵. Contrairement aux

²¹⁴¹ Des auteurs notent que « la stipulation d'une condition suspensive participe du processus de perfectionnement d'un contrat conclu », ZENATI-CASTAING (F.), REVET (Th.), *Contrats, Théorie générale, op. cit.*, §99.

²¹⁴² DROSS (W.), Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne, 4^{ème} éd., LexisNexis, 2020, « Condition suspensive », p. 152.

²¹⁴³ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Condition », Y. BUFFELAN-LANORE, J.-D. PELLIER, juillet 2020, §17.

²¹⁴⁴ Com. 19 janvier 2022, n° 20-14.010, Publié au Bulletin ; CCC 2022, n° 4, comm. 58, L. Leveneur ; *RTD Civ.* 2022. 134, H. Barbier ; *RTD com.* 2022. 313, A. Lecourt ; *D.* 2022, p. 342 note A. Couret et p. 1875, obs. E. Lamazerolles ; *LEDC* 2022, n° 2, p. 5, obs. L. Molina ; *RDC* 2022/2, p. 19, note F. Dournaux ; *Bull. Joly Soc.* 2022, n° 3, p. 4, note M. Storck ; *JCP G* 2022, n° 7-8, doct. 257, G. Loiseau et n° 12, act. 385, M. Latina ; *JCP E* 2022, n° 14, 1145, note C. Barillon et n° 45, 1463, note J. Valiergue.

²¹⁴⁵ *V. infra*, n° 765.

apparences, l'admission de cette distinction ne revient pas à opérer une confusion entre la condition suspensive et la condition extinctive, dont nous avons vu qu'elle pouvait aussi porter sur un événement positif, désiré par les parties, ou sur un événement négatif, redouté par les parties²¹⁴⁶.

734. La survenance de l'événement positif – L'événement conditionnel *positif* est le plus courant : il permet de subordonner la perfection de la promesse à la survenance d'un événement. Les parties peuvent viser divers événements : l'obtention d'un prêt, l'accord d'un permis de construire ou encore la purge d'un droit de préemption. En visant un événement qui doit se produire, la condition suspensive leur permet d'ancrer leur engagement dans le futur en précisant que l'opération promise ne se réalisera pas tant que l'événement ne se sera pas lui-même produit. Ainsi, elles conditionnent la réalisation de leur opération à certaines circonstances qu'elles veulent voir advenir. *Dans ce cas l'événement doit se produire pour que la condition s'accomplisse*, le prêt doit être obtenu, le permis doit être accordé et le droit de préemption doit être purgé. Dès que l'événement se produit, la condition est accomplie ; la promesse est parfaite. Souvent, les parties affecteront la condition d'un délai et à défaut, la Cour de cassation accepte que les juges du fond recherchent un délai implicite dans l'accord des parties : dans les deux cas, *l'événement devra se produire dans le délai pour que la condition s'accomplisse*.

735. La non-survenance de l'événement négatif – Il se peut aussi que les parties redoutent un événement et qu'elles subordonnent ainsi la perfection de la promesse à la non-survenance de celui-ci. Il s'agit dans ce cas d'un événement *négatif*, dont la pratique fournit diverses illustrations. Il peut s'agir de l'augmentation du cours du prix d'un bien, de la présence de pollution sur un terrain ou encore d'une mutation professionnelle. Dans ce cas *l'événement ne doit pas se produire pour que la condition s'accomplisse*. En se référant à un événement négatif on voit toutefois que la promesse pourrait être considérée comme parfaite dès sa formation. Or, ce n'est assurément pas l'effet recherché par les parties. C'est dire que l'accomplissement de la condition correspond plus précisément à la non-survenance de l'événement dans le délai convenu pour la réalisation de la condition, ou à la certitude que la condition ne se réalisera pas à l'avenir. Tout dépend donc de la prévision d'un délai de réalisation de la condition.

736. Non-survenance dans le délai – Lorsque la perfection de la promesse dépend de la non-survenance d'un événement, la question du délai devient essentielle²¹⁴⁷. Pour l'illustrer, on peut reprendre l'exemple de la mutation professionnelle : un salarié conclut une promesse d'achat d'une maison, à la condition qu'il ne soit pas muté dans une autre région. Il est bien évident que la promesse ne peut pas être considérée comme parfaite au jour de sa formation, au motif que le salarié n'est pas muté. La condition suspensive

²¹⁴⁶ V. *supra*, n° 363.

²¹⁴⁷ Elle le sera également pour la *défaillance* de la condition suspensive si les parties ont visé un événement *positif*. Réciproquement, la « non-survenance » de l'événement entraînera en effet la caducité de la promesse. V. *infra*, n° 767-768.

doit permettre aux parties d'ancrer leurs engagements dans le présent de sorte que l'opération juridique ne se réalisera qu'à la condition que tel événement ne vienne pas déjouer leurs prévisions à l'avenir. Ainsi, la condition ne sera pas réalisée *ab initio*, mais à l'expiration du délai prévu par les parties. En somme, *l'événement ne doit pas se produire d'ici l'expiration du terme pour que la condition s'accomplisse*. Dans l'exemple précité, la promesse deviendra parfaite si le salarié n'a pas été muté à l'issue du délai, toute mutation intervenue par la suite devenant indifférente. Deux autres exemples peuvent être trouvés dans la clause « MAC » et dans le cautionnement de dettes futures *intuitu personae*.

737. Exemples – Les clauses « *Material Adverse Change (MAC)* » prévues dans les contrats d'affaires soumis à une procédure de *signing/closing* sont une bonne illustration des conditions suspensives reposant sur un événement négatif²¹⁴⁸. Permettant aux parties de s'assurer que l'équilibre convenu lors de la conclusion du contrat ne sera pas bouleversé d'ici le jour de réalisation de l'opération, elle « est coulée dans le moule d'une condition suspensive »²¹⁴⁹. Il s'agit plus précisément d'une condition suspensive prenant appui sur une série d'événements négatifs, que les parties redoutent²¹⁵⁰. Pour que la promesse devienne parfaite, les événements redoutés ne doivent donc pas advenir dans le délai prévu pour le *closing*. Une condition suspensive négative peut également être à l'œuvre dans le cautionnement de dettes futures. Outre la naissance de la dette future, qui constitue une véritable condition obstacle, les « clauses de caducité »²¹⁵¹ insérées dans les contrats de cautionnement de dettes futures permettent en effet de conditionner la perfection de la promesse à la persistance de la qualité de la caution, lorsque celle-ci était déterminante de l'engagement pris. Il s'agit d'un événement négatif, redouté par les parties, qui correspond à la perte de la qualité du promettant. Devant être expressément prévue²¹⁵², cette condition peut par exemple permettre à une caution de s'engager à garantir les dettes futures de son époux ou les dettes futures de la société dont elle est dirigeante, à raison de sa qualité d'époux ou de dirigeant. Le terme réside ici dans la naissance de la dette garantie : si la qualité du promettant n'a pas disparu à cette date, l'acte est parfait²¹⁵³. Mais il peut arriver que les parties ne précisent pas un tel délai, ce qui constitue une véritable difficulté face à un événement négatif.

²¹⁴⁸ L'identification d'une condition suspensive permet d'appuyer la qualification de promesse conditionnelle de ces contrats d'affaires. Sur cette qualification, v. *supra*, n° 610.

²¹⁴⁹ FONTAINE (M.), « La théorie de la formation du contrat et la pratique du « *closing* » », art. préc., §23 ; PELISSIER (A.-C.), « La MAC Clause (ou l'art d'appréhender l'adversité pendant la période de réalisation des conditions suspensives) », *RLDC*, avril 2006, p. 5.

²¹⁵⁰ On notera toutefois que l'absence de clause MAC ne dispense pas les parties de préserver l'équilibre de l'opération promise, v. *supra*, n° 611. C'est dire que l'insertion d'une *clause MAC* garantit doublement que la réalisation de l'opération se fera dans les conditions prévues par les parties au moment de conclusion de la promesse.

²¹⁵¹ ALBIGES (Ch.), « La caducité et le contrat de cautionnement, État des lieux et perspectives », *Études Ph. Neau-Leduc*, LGDJ, Lextenso, 2018, p. 1.

²¹⁵² Com. 30 mai 1989, n° 87-17.932, *Bull. Civ. IV*, n° 166 – Com. 29 janvier 2002, n° 99-12.976, *Bull. Civ. IV*, n° 21.

²¹⁵³ C'est semble-t-il en ce sens que Mouly identifiait un « terme sous-jacent » : MOULY (Ch.), th. préc., §294.

738. Certitude de non-survenance – Lorsque les parties n’ont pas affecté la réalisation de la condition suspensive d’un terme, l’incertitude qui affecte le sort de l’acte est susceptible de se poursuivre *ad vitam aeternam*, la Cour de cassation étant peu encline à permettre l’identification d’un terme implicite²¹⁵⁴. *Pour que la condition s’accomplisse sans limite de délai, il faut donc qu’il devienne certain que l’événement n’advient jamais*. Dans l’exemple de la vente subordonnée à une absence de mutation, il doit être certain que le salarié ne sera pas muté pour que la condition soit parfaite. Mais on voit qu’une telle certitude est rare en pratique. C’est pourquoi il est recommandé d’affecter une telle condition d’un terme, afin de garantir que l’incertitude prendra fin à une date déterminée²¹⁵⁵.

739. Accomplissement de la condition : sens large – Deux situations produisent des effets similaires à l’accomplissement de la condition au sens strict : à la fois lorsque la partie qui a la maîtrise partielle de l’événement conditionnel fait obstacle à l’accomplissement de la condition, et lorsque celle au profit de laquelle la condition a été instituée y renonce.

740. Renonciation – Lorsque la condition suspensive a été instituée au profit d’une partie, celle-ci à la possibilité d’y renoncer²¹⁵⁶, ce qui a pour effet de parfaire la promesse²¹⁵⁷. Si la renonciation à la condition encore pendante produit les mêmes effets que son accomplissement, c’est parce qu’elle permet de lever le seul obstacle à la perfection de la promesse. Les parties se sont en effet accordées pour différer la réalisation de l’opération à la survenance ou non-survenance d’un événement, pour satisfaire la volonté de l’une d’entre elles. Dès lors que celle-ci y renonce, elle marque son intention définitive de réaliser l’opération. « Le contrat atteint donc sa pleine efficacité, comme dans l’hypothèse de l’accomplissement de l’événement d’une condition suspensive »²¹⁵⁸. Pour qu’une telle renonciation soit efficace, il faut nécessairement que la condition ait été stipulée au profit d’une partie seulement. On parle parfois de « condition unilatérale » ou plus fréquemment de « condition au bénéfice d’une partie »²¹⁵⁹. De telles conditions se rencontrent souvent en pratique puisque la condition permet l’insertion d’un motif dans le contrat, motif qui est par définition propre à chaque partie. La loi précise parfois d’office que la condition est unilatérale : c’est le cas par exemple de la condition suspensive d’obtention d’un prêt au profit de l’emprunteur²¹⁶⁰. Il faut par ailleurs que la renonciation porte exactement sur l’événement conditionnel, la perfection de l’acte ayant forcément lieu pour le tout. Enfin, la renonciation doit être expresse ou, si elle est implicite, non équivoque. La

²¹⁵⁴ V. *supra*, n° 626.

²¹⁵⁵ Sur les difficultés pratiques résultant de la désignation d’un fait négatif comme événement conditionnel, v. : DROSS (W.), *Clausier, op. cit.*, « Condition suspensive », p. 154.

²¹⁵⁶ Com. 18 décembre 1962, *Bull. Civ. III*, n° 522 – Civ. 3^{ème} 5 février 1970, n° 68-12.710, *Bull. Civ. III*, n° 89 – Com. 2 juillet 1974, n° 72-14.218, *Bull. Civ. IV*, n° 216.

²¹⁵⁷ V. par ex. : Civ. 1^{ère} 30 octobre 2000, n° 99-13.172, Inédit.

²¹⁵⁸ LATINA (M.), th. préc., §505.

²¹⁵⁹ VILLANI (V.A.), « Condizione unilaterale e vincolo contrattuale », *RTD Civ.* 1975. 557.

²¹⁶⁰ Art. L. 312-16 c. com. Pour une application : Civ. 3^{ème} 8 juillet 2014, n° 13-17.386, Inédit ; *JCP N* 2015, n° 14, 1112, obs. M. Mekki ; *JCP N* 2015, n° 14, 1113, F. Collard.

jurisprudence est toutefois relativement souple dans son appréciation des modalités de la renonciation. Lorsque la condition suspensive consistait dans l'obtention d'un accord de prêt par l'acquéreur, on lit souvent que ce dernier y avait renoncé puisqu'il « *avait toujours manifesté sa volonté d'acquérir* »²¹⁶¹. Par ailleurs la Cour de cassation a admis que la volonté de renoncer à la condition puisse résider dans l'exécution spontanée de l'opération promise²¹⁶². Cette solution mérite l'approbation, car la perfection de l'acte doit justement permettre aux parties d'en demander l'exécution.

741. « Réputée accomplie » – L'art. 1304-4 du code civil énonce que la condition est réputée accomplie si la partie qui en a la maîtrise fait obstacle à son accomplissement. Au sens strict la condition ne s'est donc pas accomplie, mais une fiction juridique permet de faire comme si c'était le cas. Cela vaut que l'événement soit positif ou négatif, la fiction juridique produisant ici une inversion de la réalité : l'événement positif non accompli sera réputé être survenu et l'événement négatif accompli sera réputé ne pas être survenu. Un acquéreur qui ferait obstacle à l'obtention d'un prêt pourrait donc être forcé de réaliser la vente, mais la banque ne serait évidemment pas réputée avoir donné son accord pour le prêt.

b) Levée de l'option

742. La levée de l'option : perfection de la promesse – Lorsque la promesse est unilatérale, la levée de l'option permet de parfaire l'acte en donnant naissance aux obligations que préfigurait déjà l'engagement du promettant, ainsi qu'aux obligations afférentes à l'engagement pris par le bénéficiaire en levant l'option. Se pose donc la question, récurrente face aux actes unilatéraux, de savoir si l'acte d'opter est un acte réceptice. Le moment de perfection de la promesse dépend en effet de cette question : si l'acte d'opter est réceptice, il est bien évident qu'il ne pourra pas produire effet au moment de son émission, l'efficacité d'un acte ne pouvant pas précéder sa formation définitive. La perfection de la promesse attendra donc que l'acte d'opter soit signifié au promettant. Pour trancher cette question, deux approches sont concevables. On peut tout d'abord mettre l'accent sur le fait que l'option est un pouvoir du bénéficiaire, de sorte que seule l'émission de sa volonté devrait être déterminante de la levée de l'option. Cela permettrait, à la marge, de marquer la différence entre le pouvoir de droit détenu par le titulaire de l'option et le pouvoir « de fait » détenu par le destinataire d'une offre de contrat. À l'inverse, et sans nier le pouvoir du bénéficiaire, on peut remarquer que la levée de l'option a une incidence directe sur la situation du promettant, de sorte qu'elle gagnerait à être regardée comme un acte réceptice. Cette question n'ayant à notre connaissance jamais été tranchée, il n'est pas possible à l'heure actuelle de savoir si la levée de l'option intervient par son émission ou sa réception. Pourtant, elle revêt une importance pratique majeure lorsque l'option est affectée d'un terme.

²¹⁶¹ Civ. 3^{ème} 26 mars 2008, n° 07-12.937, Inédit.

²¹⁶² Com. 22 janvier 1991, n° 89-16.302, Inédit. Comp. : Civ. 1^{ère} 23 janvier 1996, n° 93-21.118, *Bull. civ. I*, n° 37.

743. Délai d'option – Lorsque l'option est enserrée dans un délai, l'acte d'opter doit être définitivement formé dans ce laps de temps pour que la promesse devienne parfaite. Si l'on retenait le caractère réceptice de l'option, le bénéficiaire serait donc contraint de prendre ses dispositions pour que sa volonté soit non seulement émise, mais aussi réceptionnée par le promettant dans ce délai. Le délai de réflexion laissé au bénéficiaire serait donc amputé, ce dernier devant tenir compte du temps nécessaire à la réception de sa décision par le promettant. Cette circonstance a sans doute déterminé la Cour d'appel de Paris à retenir la solution inverse, en retenant que l'option avait été valablement levée dès lors que le bénéficiaire de la promesse avait émis sa volonté avant l'écoulement du délai laissé pour opter. Comme l'a remarqué M. Barbier, les juges du fond se sont implicitement fondés sur l'idée que le délai d'option constituait un temps laissé au bénéficiaire pour prendre la décision individuelle de s'engager ou non²¹⁶³. Pourtant, il nous semble également nécessaire de tenir compte de la situation d'attente que subit le promettant. En fixant un certain délai pour la levée de l'option, le promettant entend en effet borner la durée d'incertitude quant à l'issue de l'acte. À l'issue de ce délai, le promettant devrait donc être fixé quant au sort de la promesse, ce qui nous incite à plaider pour la nature réceptice de l'acte d'opter. Comme pour l'acceptation de l'offre de contrat²¹⁶⁴, il se doublerait d'un caractère performatif : dès la réception de la levée de l'option, la promesse pourrait donc se parfaire.

c) Cumul de l'option et de la condition suspensive

744. Cumul des conditions – Enfin, la finalité peut être doublement, et donc cumulativement, conditionnée : à la levée de l'option et à l'accomplissement de la condition suspensive. Dans l'hypothèse où la condition suspensive s'accomplit avant la date prévue pour la levée de l'option, il faut donc encore que le bénéficiaire lève l'option pour que l'acte soit parfait. L'accomplissement de la condition ne l'oblige évidemment pas à lever l'option, ce qui ôterait sinon tout intérêt à cette prérogative. En revanche, si la condition est défaillie et qu'elle avait été stipulée à son seul profit, il peut tout à fait y renoncer en levant l'option malgré tout. Réciproquement, dans l'hypothèse où le bénéficiaire lève l'option avant l'accomplissement de la condition, ce qui est rare en pratique, son engagement demeure conditionnel tant que la condition ne s'est pas accomplie²¹⁶⁵. Le bénéficiaire de la promesse peut toutefois renoncer à la condition à l'occasion de la levée de l'option, ce qui ne saurait être présumé²¹⁶⁶.

²¹⁶³ BARBIER (H.), « La levée d'option émise avant la fin du délai de la promesse, mais reçue après, est-elle valable ? De la nature du délai d'option », *RTD Civ.* 2016. 342, note sous CA Paris, 27 oct. 2015, n° 14/14101.

²¹⁶⁴ V. *supra*, n° 728.

²¹⁶⁵ D'après des auteurs, que nous approuvons, la promesse devient conditionnelle par la levée de l'option : RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *op. cit.*, §65, note 255.

²¹⁶⁶ Civ. 3^{ème} 5 mars 2020, n° 19-13.386 et 19-13.717, Inédit.

745. Les hypothèses d’accomplissement de la condition de perfection de la promesse étant identifiées, il convient désormais d’apporter quelques précisions sur les modalités de réalisation de l’opération promise.

2 - La réalisation de l’opération promise

746. **Exécution en nature ou par équivalent ?** – La perfection de la promesse permet au débiteur à l’opération de demander la réalisation – en nature – de l’opération promise. Reste que l’exécution en nature n’est pas d’ordre public, pas plus que pour un acte performatif. Dès la conclusion du contrat de promesse, les parties peuvent donc marquer leur préférence pour la réparation pécuniaire. Il faut alors distinguer la clause qui institue un droit de rétractation au profit du promettant, ce qu’on pourrait aussi appeler une « clause *Consort Cruz* »²¹⁶⁷, et la clause par laquelle les parties renoncent par avance à l’exécution en nature de l’opération promise.

747. **Clause de renonciation à l’exécution en nature** – Selon une approche classique de la promesse unilatérale, qui en fait un avant-contrat, les parties peuvent choisir de renoncer par avance à la « conclusion forcée » du contrat promis. La conséquence directe de ce choix est l’impossibilité de procéder à l’exécution en nature de l’opération promise. Force est de constater que l’on peut parvenir au même résultat tout en qualifiant la promesse de contrat imparfait, en permettant aux parties de marquer leur faveur pour l’indemnisation pécuniaire dès le stade de formation de la promesse. Par une clause, les parties renonceraient donc par avance à l’exécution en nature de l’opération contractuelle²¹⁶⁸. Cette hypothèse doit impérativement être distinguée de l’hypothèse dans laquelle les parties auraient convenu d’une clause de dédit. La renonciation par avance à l’exécution en nature impose en effet le versement de dommages et intérêts d’un montant équivalent à l’avantage attendu du contrat, le préjudice correspondant à l’inexécution de l’opération contractuelle. Au contraire, la clause de dédit est généralement associée à une clause pénale qui impose au promettant de dédommager son cocontractant d’un montant qui n’est en principe pas équivalent à l’intérêt positif inhérent à l’opération promise.

748. **Le pouvoir de rétractation institué (clause de dédit)** – La promesse étant un contrat, les parties ont également la faculté de prévoir conventionnellement une faculté de dédit (art. 1122 c. civ.). Les parties qui souhaitent restées soumises à la jurisprudence *Consorts Cruz*, peuvent donc le faire au moyen d’une clause de dédit au bénéfice du promettant. Non prévue par les parties, toute rétractation de sa part serait un fait juridique illicite, donc inefficace. Prévue par les parties, cette faculté devient un fait d’exécution licite

²¹⁶⁷ L’expression est empruntée à H. Barbier : « La jurisprudence « Consorts Cruz » est morte, vive la clause « Consorts Cruz » ! », note sous Civ. 3^{ème} 23 juin 2021, n° 20-17.554, *RTD Civ.* 2021 p. 630.

²¹⁶⁸ Sur la validité de cette renonciation anticipée à l’exécution en nature : Com. 1^{er} février 1994, n° 92-12.621, Inédit ; *D.* 1996. 290, obs. J.-M. Mousseron ; *RTD com.* 1995. 772, obs. J. Azéma.

reposant sur un pouvoir contractuel²¹⁶⁹. Associée à une clause pénale, cette faculté permet au promettant de se défaire de la promesse contre une indemnisation de son cocontractant. L'institution d'une clause de dédit ne contredit toutefois pas l'analyse de la promesse comme contrat imparfait, car elle intervient relativement au contrat de promesse, l'une des parties retirant exceptionnellement son consentement déjà émis. De fait, cela entraîne l'impossibilité de procéder à l'exécution de l'opération promise. Par ailleurs les caractéristiques générales de la rétractation unilatérale du contrat sont ici respectées : l'ouverture de cette faculté suspend l'exécution du contrat, ce qui est tout à fait classique dans le domaine de la promesse, et sa mise en œuvre ne peut plus intervenir à compter de son exécution, ce qui correspond ici à la perfection de la promesse²¹⁷⁰.

749. Conclusion du §1 – L'accomplissement de la condition de perfection entraîne donc la réalisation de la finalité de l'acte prospectif. Si l'offre est acceptée, elle s'efface devant la finalité recherchée, à savoir la naissance d'un contrat. Il en va de même pour la promesse qui aboutit à la réalisation de l'opération juridique promise, soit par la levée de l'option soit par l'accomplissement de la condition suspensive. Il en va également du testament qui opère la transmission des biens et droits légués si le testateur décède avant le légataire institué et si ce dernier accepte le legs. Il en va ainsi enfin du contrat de mariage, qui entre en vigueur à la condition que le mariage soit célébré. La perfection de l'acte ne constitue toutefois qu'une branche de l'alternative, caractéristique d'un accomplissement de la condition de perfection. Celle-ci peut tout aussi bien défaillir : dans ce cas, l'acte prospectif devient caduc, faute d'avoir pu se parfaire.

§2 - LA CADUCITÉ, SIGNE DE DÉSUÉTUDE DE L'ACTE PROSPECTIF

750. Caducité de l'acte prospectif – Dans son sens courant, la désuétude traduit l'état d'abandon dans lequel se trouve une chose²¹⁷¹. Elle correspond donc à l'extinction d'une chose par son inutilité. L'acte prospectif est exposé à une telle désuétude s'il échoue à se parfaire : il devient alors caduc. Pour chacun des actes considérés, le risque de la caducité est connu. Néanmoins on peut encore douter de certaines hypothèses de caducité : est-il opportun de prévoir la caducité de l'offre en cas d'incapacité de l'offrant survenue après son émission ? La caducité du legs à titre particulier en cas de perte du bien légué ? Ces deux questions ne sont qu'un exemple des incertitudes qui affectent le domaine de la caducité²¹⁷². Il nous

²¹⁶⁹ Sur cette variation de la nature juridique de la rétractation : RANDOUX (N.), « La nouvelle rétractation du promettant », *Defrénois* 2021, n° 202, p. 21, note sous Civ. 3^{ème} 23 juin 2021, n° 20-17.554.

²¹⁷⁰ Sur l'imperfection « exceptionnelle » de l'acte prévoyant un droit de repentir, v. *supra*, n° 181 et s.

²¹⁷¹ *Dictionnaire Larousse, op. cit.*, « Désuétude ».

²¹⁷² Sur la caducité de l'offre : FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil : Les obligations*, t. 1, préc., §210 ; MALINVAUD (Ph.), MEKKI (M.), SEUBE (J.-B.), *op. cit.*, §136 ; SÉRIAUX (A.), LARDEUX (G.), *op. cit.*, §22 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *op. cit.*, §181 ; BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Les obligations, op. cit.*, §1029 ; HOUTCIEFF (D.), *op. cit.*, §154 et s. ; BÉNABENT (A.), *Droit des obligations, op. cit.*, §74 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, §292.

paraît donc essentiel de remarquer que la caducité se présente comme une branche d'une alternative, de sorte que les hypothèses de caducité sont logiquement « en miroir » avec les hypothèses de perfection (B). Ce constat est d'autant plus important qu'il doit permettre d'identifier un domaine de la caducité propre à l'acte prospectif et dont le droit positif ne fait pas explicitement mention (A).

A - Une nouvelle fonction pour la caducité

751. Domaine de la caducité – Étant placé face à une alternative, l'acte prospectif sera atteint par la caducité s'il échoue à se parfaire. La caducité intervient alors vis-à-vis d'un acte imparfait qui n'a pas pu produire effet. « Un acte juridique peut être complet dans sa forme et son contenu, mais son efficacité juridique est subordonnée à un événement ultérieur (...). Si l'événement en vue duquel l'acte est fait se réalise, l'acte juridique devient efficace, mais sans rétroactivité ; s'il ne se produit pas, l'acte est caduc »²¹⁷³. Ce constat doit permettre d'étendre le domaine de la caducité par rapport à sa fonction traditionnelle, mais d'exclure certaines hypothèses qui n'en relèvent pas en réalité.

752. L'extension du domaine – Lorsqu'elle atteint l'acte prospectif, « la caducité se glisse dans l'interstice entre la formation et l'exécution de l'acte »²¹⁷⁴. Elle intervient logiquement avant que l'acte ait produit effet²¹⁷⁵. En somme, elle est une sanction de l'acte prospectif ayant échoué à se parfaire²¹⁷⁶. Cela voudrait dire que le domaine de la caducité présenté par l'art. 1186 du code civil ne suffit pas à épuiser les hypothèses dans lesquelles il est pertinent de recourir à cette sanction. Ayant pour fonction de faire tomber un acte parfait devenu inutile par suite de la disparition d'un élément essentiel à son exécution, ce qui correspond en réalité à une hypothèse d'accomplissement d'une condition extinctive²¹⁷⁷, la caducité pourrait également intervenir vis-à-vis des actes imparfaits qui deviennent inutiles par suite de la défaillance d'une condition de perfection. La différence avec l'acte performatif est ici marquée par le fait que les conditions de formation de l'acte n'ont pas suffi à le parfaire. La caducité permet alors de faire tomber

Sur la caducité du legs : TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), GAUDEMET (S.), *op. cit.*, §456 et s. ; PIÉDELIEVRE (S.), *Successions et libéralités, op. cit.*, §567 ; SÉRIAUX (A.), *Les successions, Les libéralités, op. cit.*, §74-75.

²¹⁷³ HÉBRAUD (P.), *Cours de droit civil*, 1^{ère} année, p. 9, cité par : BUFFELAN-LANORE (Y.), th. préc., p. 8.

²¹⁷⁴ HÉBRAUD (P.), Préface, in : BUFFELAN-LANORE (Y.), *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, LGDJ, 1963, p. IV.

²¹⁷⁵ BUFFELAN-LANORE (Y.), th. préc., p. 155 : « c'est uniquement dans les cas où l'on se trouve en présence d'actes juridiques complets et valables mais dont l'efficacité est subordonnée à un événement ultérieur, que l'on parlera de caducité ». En ce sens égal., v. la thèse de M^{me} Pelletier pour qui la caducité « concerne les actes juridiques valables en eux-mêmes mais dont l'efficacité est subordonnée à la survenance d'un événement ultérieur », PELLETIER (C.), *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, Coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2004, §4.

²¹⁷⁶ LARROUMET (Ch.), BROS (S.), *Le contrat – Les obligations*, préc., §449. Et les auteurs de donner deux exemples : la condition suspensive (§452) et « la promesse non transformée en contrat définitif » (§453).

²¹⁷⁷ V. *supra*, n° 348 et s.

l'acte juridique qui s'était formé, mais auquel une condition faisait encore défaut pour la réalisation de la finalité²¹⁷⁸.

753. Exclusions – Le domaine de la caducité peut aussi être précisé négativement, en distinguant l'acte prospectif d'une part, et l'acte donnant naissance à une obligation aléatoire ou subsidiaire d'autre part. Dans ce cas en effet, l'éventualité affecte la substance même de l'opération et non sa réalisation d'ensemble. L'acte n'est donc aucunement empêché de réaliser l'opération juridique dès sa formation. Il s'agit déjà d'un contrat parfait²¹⁷⁹. C'est en effet le propre des opérations de garanties de reposer sur une éventualité d'exécution. L'absence de réalisation du risque dans le contrat de garantie ne rend donc pas l'acte désuet. Il s'éteint simplement par l'arrivée du terme. Cela vaut pour les deux contrats de garantie que nous avons étudiés. Dans le cautionnement, si le débiteur principal paye la dette cautionnée, la caution est libérée par l'exécution (certes réalisée par le débiteur principal) et non par la caducité. Dans le contrat d'assurance, si aucun sinistre ne survient, l'assureur est libéré par l'arrivée du terme et non pas une quelconque caducité justifiée par l'absence de versement réalisé pour couvrir un risque.

754. Une caducité pour défaillance de la condition de perfection – Véritable alternative de la perfection, la caducité s'impose donc aussi bien face à un acte qui perd un élément de perfection, que face à un acte qui échoue à acquérir sa condition de perfection. Remarquant cette dualité de la notion, M^{me} Chaaban est parvenue à démontrer que la caducité s'impose aussi bien en cas de « disparition d'un élément permanent de validité », domaine classique, qu'en cas de « non-survenance d'un élément ponctuel de validité de l'acte juridique à formation progressive ». Son analyse reste toutefois perfectible parce qu'elle fait de la caducité la sanction d'un échec de formation, découlant « de la non-formation du contrat définitif et des droits et obligations qu'il engendre »²¹⁸⁰. En réalité, l'intervention de la caducité révèle l'existence d'une scission entre la formation et la perfection d'un seul et même acte. Pour aboutir à l'identification de cet autre domaine de la caducité, il fallait admettre qu'un acte juridique puisse être formé sans être parfait. Ce faisant on aurait pu remarquer que c'est le même domaine de la caducité qui intéresse le testament et la promesse conclue sous condition suspensive, qui ne sont manifestement pas des actes à formation successive²¹⁸¹. Une telle application de la caducité est bien connue lorsque la condition suspensive défaille²¹⁸², où elle entraîne un simple « effacement contractuel »²¹⁸³. Dans ce cas, une dissociation

²¹⁷⁸ Des auteurs parlent d'ailleurs de « caducité suspensive » : MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *op. cit.*, *Index*, « Caducité », p. 866.

²¹⁷⁹ V. *supra*, n° 211 et s.

²¹⁸⁰ CHAABAN (R.), *th. préc.*, §218.

²¹⁸¹ LATINA (M.), *th. préc.*, §646 : « il n'existe pas deux actes successifs distincts ».

²¹⁸² Bien que cette application de la caducité ne soit pas expressément admise par le code civil, quelques arrêts récents ont encore admis la caducité de la promesse pour défaillance de la condition suspensive : Civ. 3^{ème} 11 janvier 2023, n° 21-21.982, Inédit – Civ. 3^{ème} 7 septembre 2022, n° 21-17.628, Inédit – Civ. 3^{ème} 14 janvier 2021, n° 20-11.224, Publié au Bulletin – Civ. 3^{ème} 9 mars 2017, n° 15-26.182, Publié au Bulletin.

²¹⁸³ Expression empruntée à : KENFACK (H.), « La défaillance de la condition suspensive », *Deffrénois* 1997, n° 13-14, p. 833.

implicite entre la formation et la perfection est réalisée, la condition prenant appui sur un acte préexistant dont elle a pour effet de reporter les effets. La caducité pour défaillance de la condition suspensive n'est toutefois qu'une application particulière de la caducité d'un acte prospectif. En ce sens, des auteurs remarquent que la caducité peut frapper l'acte auquel un élément de perfection n'est pas venu s'adjoindre²¹⁸⁴. On reconnaît que la caducité peut atteindre un « acte juridique valablement formé, mais attendant encore de l'avenir, pour sa pleine efficacité, un élément de perfection... » et qui « tombe sans valeur sous le coup d'un événement ultérieur du fait que celui-ci, au contraire de lui apporter l'élément attendu, en marque sa défaillance... »²¹⁸⁵. Seule une définition claire de la perfection fait encore défaut pour comprendre que dans ce cas la caducité ne reporte pas la formation de l'acte juridique, mais la réalisation de sa finalité. Elle est justifiée par la défaillance de la condition de perfection. La découverte de cette hypothèse de caducité mérite selon nous une consécration légale. Aussi, on peut regretter que la réforme de 2016 n'ait repris que partiellement l'art. 1186 du projet d'ordonnance de 2015, qui prévoyait que la caducité puisse survenir « *lorsque vient à faire défaut un élément extérieur au contrat, mais nécessaire à son efficacité* »²¹⁸⁶. Par une formule similaire, l'avant-projet de réforme Catala visait la caducité de l'acte par « *défaillance d'un élément extrinsèque auquel était subordonnée son efficacité* » (art. 1131). Une telle consécration aurait permis de consacrer l'alternative qui existe naturellement entre la caducité et la perfection, mais aussi de remarquer que la caducité dispose d'un domaine dual.

755. Un domaine dual pour une sanction unique – La caducité étant l'alternative à la perfection, elle peut survenir tantôt par la disparition d'un élément de perfection nécessaire à la poursuite de l'exécution, tantôt par sa non-apparition ou par son défaut définitif. Il ne faut donc pas voir dans ce second domaine de la caducité une dilution de la notion. Bien au contraire, si l'on fait la synthèse de ces deux cas d'application, il apparaît que la caducité est la sanction adaptée à la désuétude de l'acte. Elle témoigne de l'ancrage de l'acte juridique dans le temps, qu'elle intervienne entre la formation et la perfection ou postérieurement à la perfection, lorsque l'acte doit revenir au néant. Lorsque la caducité intervient consécutivement à la

²¹⁸⁴ GENICON (Th.), « Caducité », in : *Dictionnaire du contrat*, op. cit., n° 22 : « ... la caducité frappe un acte initialement valable dans sa formation (...) qui n'a pas reçu l'élément de perfection qu'il attendait pour intégrer définitivement l'ordre juridique » ; *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Acte juridique », préc., §141, visant « un événement nécessaire à la production de ses effets » ; DESHAYES (O.), GENICON (Th.), LAITHIER (Y.-M.), op. cit., p. 395, pour qui la caducité s'impose en cas de « non-atteinte d'un élément conditionnant la perfection de l'acte, son plein achèvement (c'est l'exemple du contrat de mariage)... ».

²¹⁸⁵ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., « Caducité ». En ce sens égal. : GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., « Caducité », (droit civil). Le propos est parfois moins clair, le contrat atteint par la caducité étant considéré comme inexistant parce qu'inefficace *ab initio* : « Certes, lorsque le contrat est caduc, il peut n'avoir jamais existé dans la mesure où son efficacité est subordonnée à un élément qui ne vient pas à exister. Toutefois, il aura été pendant un certain temps, jusqu'à la constatation de l'absence de cet élément, en attente d'existence en ce qu'il n'était pas encore parfait et, par conséquent, ne pouvait pas produire ses effets » (LARROUMET (Ch.), BROS (S.), *Le contrat – Les obligations*, préc., §447).

²¹⁸⁶ *Contra* : SIMLER (Ph.), « Sanctions », in : *Avant-Projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. Fr. 2006, p. 44, spéc. p. 45. L'auteur défend l'absence de consécration de cette forme de caducité qu'il considère comme « une forme résiduelle d'inefficacité pour toute autre cause que l'absence d'une condition de validité ou l'inexécution ». Selon nous le caractère résiduel de la caducité n'est dû qu'au fait que son domaine n'a pas encore été exactement découvert. Cette difficulté serait donc réglée en remarquant que la caducité atteint l'acte imparfait.

perfection de l'acte par la disparition d'un élément essentiel, nous avons vu qu'elle permet de purger l'ordre juridique d'un acte qui *ne doit plus réaliser sa finalité*. La perte d'une condition de perfection (incarnée techniquement par l'accomplissement d'une condition extinctive) justifie la caducité de l'acte performatif. C'est le domaine classique²¹⁸⁷. Lorsqu'elle intervient postérieurement à sa seule formation, par suite de la non-apparition d'un élément de perfection, elle permet de purger l'ordre juridique d'un acte qui *ne pourra pas réaliser sa finalité*. La condition de perfection ayant défailli, il devient certain que la finalité, qui justifiait jusqu'alors l'existence de l'acte, n'advient jamais. La finalité n'étant plus éventuelle, mais au contraire insusceptible d'advenir, l'acte est devenu inutile. L'intervention de la caducité vis-à-vis de l'acte prospectif est donc tout à fait conforme à la fonction générale de cette notion, qui est de purger l'ordre juridique d'actes insusceptibles de produire leurs effets. Les deux domaines de la caducité sont ainsi liés et révèlent que l'acte juridique est toujours affecté à une finalité par son auteur ou par la loi, et qui, seule, justifie sa persistance dans l'ordre juridique.

756. Distinction avec la caducité procédurale – Partant, la caducité du droit civil est peut-être plus proche de la caducité procédurale qu'on ne voudrait le croire. En ce domaine, la caducité est présentée comme une sanction de l'immobilisme²¹⁸⁸. L'acte de procédure est frappé de caducité en cas d'inaction de son auteur²¹⁸⁹. Derrière cette explication classique, on retrouve toutefois la prise en compte de la finalité de l'acte. En refusant d'agir, l'auteur d'un acte de procédure fait obstacle à l'avancée de l'instance et ce faisant, marque un certain désintérêt pour la finalité qu'il prétend rechercher. Si l'acte est frappé par la caducité c'est donc pour constater le désintérêt de l'auteur de l'acte, traduit par son inaction. La caducité poursuit le même objectif lorsqu'elle affecte l'acte imparfait, sauf que l'inutilité de l'acte ne découle pas d'un aveu de son auteur du fait de son inaction, mais d'un défaut de survenance de l'événement qui conditionnait sa perfection. À la marge, on comprend pourquoi la caducité du droit civil n'est pas une *sanction* à proprement parler, à la différence de la procédure civile. Tandis que la sanction peut être définie dans un sens large comme « *toute mesure – même réparatrice – justifiée par la violation d'une obligation* »²¹⁹⁰, la caducité est un moyen de tenir compte de l'affectation initiale de l'acte à une finalité.

757. Du domaine de la caducité aux cas de caducité – La caducité est donc une véritable alternative à la perfection des actes juridiques. Elle entraîne la disparition de l'acte prospectif ayant échoué à se parfaire. La découverte de ce domaine cohérent d'application de la caducité n'est toutefois pas une fin en soi. Elle doit permettre de circonscrire de manière non arbitraire les hypothèses de caducité des actes prospectifs.

²¹⁸⁷ Sur lequel, v. *supra*, n° 335 et s.

²¹⁸⁸ Sur les différences entre la caducité du droit civil et celle de la procédure civile v. : AUBRY (M.-C.), « Retour sur la caducité en matière contractuelle », *RTD civ.* 2012. 625 ; CHAABAN (R.), th. préc., §29. Sur la caducité en procédure civile : FRICERO-GOUJON (N.), *La caducité en droit judiciaire privé*, th. dactyl., Nice, 1979.

²¹⁸⁹ GUINCHARD (S.), « Le temps dans la procédure civile », in : *Le temps dans la procédure*, XVe colloque des IEJ, Fac de Clermont, 1983, §25.

²¹⁹⁰ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, « Sanction », I, sens général, n° 2.

B - Une caducité pour défaillance de la condition de perfection

758. Le revers de la perfection – Les hypothèses de caducité ne sont pas toujours faciles à circonscrire. Elles apparaissent toutefois avec une plus grande clarté une fois remarqué que, pour chacun des actes prospectifs, les causes de caducité résident dans la défaillance de la condition de perfection. La défaillance signe en effet un véritable échec, une « impossibilité de parfaire »²¹⁹¹. La défaillance interviendra donc à chaque fois qu'un obstacle sera mis à l'accomplissement de la condition de perfection, à la fois pour la promesse (1), pour le legs (2), pour l'offre (3) et pour le contrat de mariage (4).

1 - Caducité de la promesse

759. Le promettant ayant pris un engagement irrévocable en vue de l'opération juridique finale, la caducité de la promesse interviendra logiquement par la défaillance de la condition de perfection : à la fois dans la promesse optionnelle (a) et dans la promesse conditionnelle (b).

a) Promesse optionnelle

760. Option et caducité – La jurisprudence a plusieurs fois retenu que la caducité de la promesse était la sanction adaptée en cas de non-levée de l'option par le bénéficiaire²¹⁹². Le recours à la caducité est le plus souvent justifié par l'analyse classique qui fait de la promesse un contrat préparatoire distinct du contrat définitif et de la levée de l'option une émission du consentement par le bénéficiaire. La caducité s'imposerait en raison de la « non-survenance du consentement » du bénéficiaire²¹⁹³ ou, si on considère que le consentement a déjà été donné, en raison de la « disparition du consentement »²¹⁹⁴. Nous avons vu toutefois qu'il n'y a pas deux contrats, la promesse et le contrat définitif. Si la caducité s'impose, ce n'est donc pas parce que le consentement fait défaut pour la formation d'un contrat définitif, mais parce que l'engagement du bénéficiaire fait défaut pour sa perfection. Trois situations doivent être distinguées afin de circonscrire les cas de caducité. Tout d'abord, la défaillance de la condition au sens strict, lorsque le bénéficiaire refuse de lever l'option, que ce soit par son inaction durant le délai laissé pour ce faire ou par un refus exprès de sa part. Ensuite, l'hypothèse dans laquelle le bénéficiaire a prétendument levé l'option

²¹⁹¹ CHAABAN (R.), th. préc., §218.

²¹⁹² Civ. 3^{ème} 19 octobre 1971, n° 70-11.165, *Bull. civ. III*, n° 499 – Civ. 3^{ème} 17 juillet 1997, n° 95-19.222, *Bull. civ. III*, n° 173 – Civ. 3^{ème} 8 octobre 2003, n° 02-11.953, *Bull. Civ. III*, n° 176.

²¹⁹³ CHAABAN (R.), th. préc., p. 203 et s ; GENINET (M.), *Théorie générale des avants-contrats en droit privé*, thèse, Paris II, 1985, §70.

²¹⁹⁴ WESTER-OUISSE (V.), « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », art. préc., §10 ; GARRON (F.), *La caducité du contrat (Étude de droit privé)*, PUAM, 1999, p. 65.

en ne respectant pas les modalités convenues pour ce faire. Enfin, la défaillance de la condition au sens large, lorsqu'un fait nouveau empêche irrémédiablement le bénéficiaire de lever l'option.

761. Refus de lever l'option – La perfection de la promesse unilatérale étant dépendante de la prise d'un engagement par le bénéficiaire, le refus manifesté par ce dernier de lever l'option entraîne logiquement la caducité de la promesse. Bien que formée, la promesse est donc caduque parce que le bénéficiaire de la promesse a renoncé à s'engager. La caducité permet ainsi de satisfaire à la volonté des parties qui entendaient ne procéder à la réalisation de l'opération qu'à la condition que le bénéficiaire s'engage réciproquement. Un tel refus suffit à rendre la promesse caduque, à la condition de ne pas être équivoque²¹⁹⁵. La caducité provoquée par un refus constitue toutefois une hypothèse d'école. Le plus souvent, elle interviendra par l'expiration du délai dont disposait le bénéficiaire pour lever l'option²¹⁹⁶. Mais encore faut-il pour cela qu'un délai ait été expressément convenu entre les parties, sauf à retenir la caducité de la promesse par expiration d'un délai raisonnable. Or, nous avons vu combien cette dernière solution était contestable²¹⁹⁷ : faute pour les parties d'avoir expressément convenu d'un délai pour opter, on voit mal pourquoi le bénéficiaire serait privé de son droit de lever l'option²¹⁹⁸. Pour éviter que la situation d'imperfection s'éternise, il semble préférable d'imposer au promettant qu'il mette le bénéficiaire en demeure d'exercer l'option. Cette solution présente l'avantage de provoquer le dénouement de l'alternative entre perfection et caducité tout en donnant au bénéficiaire la possibilité d'opter une dernière fois. Si le bénéficiaire est régulièrement mis en demeure d'opter et qu'il ne se décide pas à lever l'option, la promesse devrait donc être caduque par suite du refus de lever l'option.

762. Irrégularité de la levée de l'option – Du refus de lever l'option, il convient de rapprocher l'hypothèse dans laquelle le bénéficiaire qui prétend lever l'option ne le fait pas conformément à ce qui avait été décidé lors de la conclusion de la promesse. La levée de l'option est en effet subordonnée au respect des formes prévues par les parties. Si elles ne sont pas observées, la jurisprudence retient que l'acte n'est pas nul, mais inefficace : il échoue à parfaire la promesse, laquelle devient logiquement caduque²¹⁹⁹. Cette solution présente l'avantage d'évacuer toute difficulté liée à la rétroactivité d'une annulation, laquelle interviendrait ici vis-à-vis d'un acte ayant permis à la promesse de se parfaire. Elle semble dictée par le fait que les formes sont imposées, non par le législateur, seul à même de prévoir des conditions de validité, mais par les parties elles-mêmes. Le non-respect des formes de levée de l'option s'apparente ainsi à un

²¹⁹⁵ Civ. 1^{ère} 28 février 1966, n° 64-14.201, *Bull. Civ. I*, n° 146 – Civ. 3^{ème} 24 avril 1970, n° 68-10.536, *Bull. Civ. III*, n° 279.

²¹⁹⁶ Civ. 3^{ème} 16 juin 2016, n° 15-19.134, Inédit – Civ. 3^{ème} 8 octobre 2003, n° 02-11.943, *Bull. Civ. III*, n° 176 ; *D.* 2004, 2002, Ph. Dupichot ; *RTD Civ.* 2003. 697, J. Mestre et B. Fages ; *JCP* 2003, IV, 2870 ; *CCC* 2004, n° 3, L. Leveneur.

²¹⁹⁷ V. *supra*, n° 625.

²¹⁹⁸ Pour un exemple récent, v. l'arrêt préc. Com. 27 janvier 2021, n° 18-22.492, Inédit.

²¹⁹⁹ Com. 14 octobre 2020, n° 18-19.113, Inédit (lettre adressée à la mauvaise personne) – Civ. 3^{ème} 27 octobre 2016, n° 15-25.949, Inédit (lettre dont la forme n'était pas conforme aux prévisions).

refus de lever l'option, logiquement sanctionné par la caducité. La caducité de la promesse pour irrégularité de la levée de l'option ne vaut toutefois que dans l'hypothèse où le délai laissé pour opter n'est pas épuisé. Si le bénéficiaire a cherché à lever l'option de manière irrégulière, mais qu'il dispose encore de temps pour parfaire l'acte, il devrait donc pouvoir encore lever l'option en respectant les conditions prévues.

763. Incapacité ou décès du bénéficiaire (non) – L'incapacité des parties à la promesse, survenue après sa conclusion, mais avant sa perfection, entraîne-t-elle la caducité de la promesse ? Pour répondre à cette question, il convient de rappeler que la capacité est une condition de validité logiquement requise pour chacune des parties dès la conclusion du contrat de promesse²²⁰⁰. L'incapacité du bénéficiaire, survenue après la conclusion de la promesse, n'entache donc pas sa validité, pas plus que l'incapacité du promettant survenue tardivement. La levée de l'option constitue toutefois un acte unilatéral qui se double d'un engagement à réaliser l'opération juridique. Son titulaire doit donc être resté capable de former un acte juridique et de prendre l'engagement nécessaire à la perfection de la promesse. S'il a perdu sa capacité à former un acte juridique, cela ne devrait toutefois pas constituer un obstacle à la levée de l'option. Si l'incapacité donne lieu à un régime de protection, le bénéficiaire pourra en effet lever l'option grâce à une assistance ou une représentation selon les cas. La promesse pourra donc se parfaire par l'exercice régulier de l'option²²⁰¹. Mais en toute hypothèse, la levée irrégulière de l'option ne devrait pas empêcher la perfection de la promesse, même si la mesure de protection nécessaire n'a pas été mise en place : tant que l'acte d'opter n'est pas annulé, il produit son effet perfecteur²²⁰². La solution doit être étendue au décès du bénéficiaire : sauf à ce que la promesse ait été conclue *intuitu personae*, le droit d'option sera transféré aux héritiers qui pourront à leur tour l'exercer.

b) Promesse conditionnelle

764. Condition suspensive et caducité – L'art. 1304-6 al. 3 du code civil se contente d'énoncer qu' « *en cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé* ». L'assertion est exacte puisque la défaillance de la condition empêche la naissance des obligations. Il est toutefois regrettable que le texte ne précise pas quel est le sort de l'acte dans l'hypothèse où l'ensemble des obligations, et plus largement des effets de l'acte, sont annihilés du fait de la défaillance. La doctrine a en effet nettement mis en évidence les liens entre le jeu de la condition suspensive d'une part, et la caducité

²²⁰⁰ V. *supra*, n° 387.

²²⁰¹ *Contra*, CHAABAN (R.), th. préc., §287, « paralysant toute manifestation régulière de volonté, l'incapacité du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de contrat, constitue une défaillance du consentement générant une caducité de la promesse ».

²²⁰² Cela pose évidemment la question des répercussions de l'annulation de l'acte d'opter sur la promesse. Cette problématique sera détaillée lors de l'étude du principe d'irréversibilité du dénouement de l'alternative. V. *infra*, n° 899.

d'autre part²²⁰³. Par ailleurs, la jurisprudence retient de manière constante que la défaillance de la condition suspensive entraîne la caducité de la promesse²²⁰⁴. Cela permet d'éprouver les limites du cantonnement de la condition suspensive à une modalité de l'obligation, car il serait impropre de parler de « caducité de l'obligation »²²⁰⁵. Lorsque la condition suspensive qui affecte une opération juridique d'ensemble défaille, l'acte qui doit la réaliser devient une « coquille vide ». La caducité s'impose alors comme une sanction adéquate : elle permet de purger l'ordre juridique de cet acte devenu inutile.

765. Défaillance de la condition suspensive – La *défaillance* de la condition suspensive mérite qu'on s'y attarde dans la mesure où le Code civil n'en donne aucune définition. Pour ce faire, il convient de renvoyer à la définition déjà élaborée d'*accomplissement* de la condition suspensive, dont elle constitue logiquement le phénomène inverse²²⁰⁶ : la défaillance de la condition suspensive correspond tantôt à la survenance d'un événement négatif ; tantôt, lorsque l'événement est positif, à sa non-survenance dans le laps de temps prévu par les parties ou à la certitude de sa non-survenance si les parties n'ont pas prévu de délai de réalisation²²⁰⁷.

766. La survenance du fait négatif – Lorsque les parties ont subordonné la perfection à un événement négatif, ne devant pas advenir pour que la condition s'accomplisse, la promesse sera caduque si cet événement survient. La survenance de cet événement, redouté par les parties, entraîne la défaillance de la condition suspensive. Pour reprendre l'exemple de la mutation, la promesse de vente conclue sous la condition de non-mutation du salarié dans une autre ville sera caduque si le salarié est muté. La vente ne sera donc jamais réalisée entre les parties conformément à leur souhait (*a priori* celui de l'acquéreur) de ne pas acquérir le bien en cas de mutation. Cela démontre une fois de plus que le « non-accomplissement » de l'événement conditionnel n'est synonyme de caducité que pour le fait positif, celui qui devait survenir pour entraîner la perfection. À défaut d'un délai prévu pour la réalisation de la condition, et en l'état actuel de la jurisprudence, il sera possible de rechercher un terme implicite dans l'accord des parties pour encadrer le laps de temps dans lequel l'événement doit se produire pour entraîner la caducité de la promesse.

767. L'écoulement du délai encadrant le fait positif – Le plus souvent, la condition suspensive reposera toutefois sur un événement positif, devant advenir pour que l'opération se réalise. Pour que la promesse

²²⁰³ M. Taisne est le premier à avoir défendu le rapprochement entre défaillance de la condition et caducité (TAISNE (J.-J.), th. préc., §302), quand Mme Buffelan-Lanore le rejetait au contraire fermement (th. préc., p. 149).

²²⁰⁴ Par ex. : Civ. 3^{ème} 14 octobre 2009, n° 08-20.152, *Bull. Civ. III*, n° 223 – Civ. 3^{ème} 28 mars 2007, n° 03-14.681, *Bull. Civ. III*, n° 52 – Civ. 3^{ème} 31 mars 2005, n° 04-11.752, *Bull. Civ. III*, n° 82.

²²⁰⁵ C'est toutefois ce que prévoyait l'avant-projet Capitane de réforme des obligations ; art. 1182 : « *En cas de défaillance de l'événement l'obligation est caduque ; elle est réputée n'avoir jamais existé* ».

²²⁰⁶ Il est courant de définir la défaillance comme « *le fait (pour une condition) de ne pas s'être accomplie* » : Assoc. H. Capitane, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, « Défaillance », sens 2 (pour une condition). En ce sens : BÉNABENT (A.), *Droit des obligations, op. cit.*, §344.

²²⁰⁷ Pour rappel, l'accomplissement de la condition suspensive correspond tantôt à la survenance d'un événement positif ; tantôt, lorsque l'événement est négatif, à sa non-survenance dans le laps de temps prévu par les parties ou à la certitude de sa non-survenance si les parties n'ont pas prévu de délai de réalisation.

devienne caduque il faut donc que l'événement attendu ne se produise pas. En pratique, il peut toutefois s'écouler une très longue période avant que le sort de la promesse ne soit réglé. Pour cette raison, il est essentiel que les parties aient enserré la réalisation de la condition suspensive dans un délai. À l'expiration du délai, le défaut de survenance de l'événement entraînera la défaillance de la condition et ce faisant, la caducité de la promesse. Cette règle de bon sens a aujourd'hui disparu du Code civil qui la prévoyait autrefois à l'art. 1176. Malgré sa suppression par la réforme de 2016, la solution devrait perdurer²²⁰⁸. Elle est en effet dictée par la force obligatoire attachée à la promesse : si les parties ont enserré la réalisation de la condition dans un délai, l'expiration de ce dernier sans accomplissement de l'événement conditionnel justifie la caducité de la promesse²²⁰⁹. Si ce n'est les parties, le législateur peut lui-même affecter la réalisation de la condition suspensive d'un terme. Ce constat doit nous permettre d'apporter certaines précisions quant aux hypothèses de caducité de la promesse de cautionnement (ou cautionnement de dettes futures). L'art. 2317 du code civil prévoit en effet que « *les héritiers de la caution ne sont tenus que des dettes nées avant le décès* ». En précisant que l'engagement de cautionner les dettes futures n'est pas transmis aux héritiers, le législateur procède à une consécration légale de l'arrêt Ernault²²¹⁰, sans avoir besoin d'identifier une quelconque obligation ou période de couverture dont la spécificité serait de s'éteindre avec le décès de la caution. La solution est tout simplement fondée sur la qualification de terme légal enserrant la réalisation de la condition suspensive de naissance de la dette à cautionner. D'ailleurs, le Professeur Mouly voyait dans le décès de la caution un simple terme extinctif inhérent à son obligation, justifié par son caractère *intuitu personae*²²¹¹. Si la promesse de cautionnement devient caduque, c'est donc parce qu'un terme légal, qui tient ici dans le décès du promettant, précise que la condition (consistant ici dans la naissance des dettes futures) ne pourra plus se réaliser après le décès du promettant.

768. La certitude de non-survenance du fait positif – La solution présentée précédemment ne vaut évidemment que si la réalisation de la condition était affectée d'un terme. Or, nous avons vu que le terme doit en principe être exprès, la Cour de cassation étant rétive à ce que les juges du fond recherchent l'existence d'un terme implicite²²¹². Si aucun terme n'est prévu, la défaillance correspond donc à la certitude acquise que l'événement conditionnel ne se produira pas. La promesse doit donc perdurer jusqu'à ce qu'il soit devenu certain que l'événement ne se produira pas et ce n'est que s'il est certain que l'événement ne se produira pas que la promesse sera caduque. On peut prendre un exemple pour l'illustrer : si la condition

²²⁰⁸ Pour une application ultérieure à la réforme, mais dans des affaires soumises au droit antérieur : Civ. 3^{ème} 9 mars 2017, n° 15-26.182, préc. – Civ. 3^{ème} 4 février 2021, n° 20-15.913, Inédit ; *RDI* 2021, p. 277, J. Bruttin ; *AJDI* 2021, p. 307 ; *LEDC* mars 2021, p. 3, obs. H. Kassoul.

²²⁰⁹ Il faut réserver le cas de la condition simplement potestative. Si la partie qui a la maîtrise de l'événement conditionnel ne met pas en œuvre des moyens raisonnables pour que la condition se réalise, elle ne peut pas s'abriter derrière l'écoulement du délai pour exciper de la défaillance de la condition.

²²¹⁰ Com. 29 juin 1982, n° 80-14.160, *Bull. Civ. IV*, n° 258 ; *GAJ civ.* t. II, n° 292 ; 1983, p. 360, note Ch. Mouly ; *D.* 1983, inf. rap. p. 189, obs. M. Vasseur ; *Deffrénois* 1983, art. 33027, n° 24, p. 393, obs. J.-L. Aubert ; *Rev. soc.* 1983, p. 86, note R. Cabrillac ; *JCP G* 1984, II, 20148, note P. Bouteiller ; *RTD Civ.* 1983. 354, obs. Ph. Rémy.

²²¹¹ MOULY (Ch.), th. préc., §510 ; *D.* 1983, p. 363, note sous l'arrêt préc. Com. 29 juin 1982.

²²¹² *V. supra*, n° 626.

suspensive consiste dans un accord de prêt, l'accomplissement se comprend comme l'accord de prêt et la défaillance comme un refus d'accord. Seul un refus définitif de la banque est donc susceptible d'entraîner la défaillance de la condition. Cette solution est logique dès lors que la caducité est censée traduire la désuétude de l'acte. Or, ce n'est pas le cas si l'événement conditionnel peut encore se produire. La caducité n'est donc pas de mise tant qu'il n'est pas devenu certain que l'événement ne se produira pas. C'est ainsi que, faute d'avoir prévu un terme, la promesse de donation en vue de mariage ne deviendra jamais caduque dans les faits. En dépit de la précision de l'art. 1088 du code civil, qui prévoit que l'acte sera caduc en cas de non-célébration du mariage²²¹³, l'acte sera rarement atteint par la caducité, sauf véritable impossibilité d'accomplissement de la condition.

769. L'impossibilité de l'accomplissement – La caducité de la promesse conditionnelle s'impose si l'accomplissement de la condition suspensive est impossible *ab initio*, dès la formation du contrat, ou après sa formation, suite à un changement de circonstances. Autrefois le Code civil en faisait une cause de nullité de la convention, mais le choix de cette sanction procédait selon nous d'une confusion entre la condition entendue comme une charge ou une obligation, dont l'impossibilité entraîne la nullité de l'acte en vertu de l'adage « *à l'impossible nul n'est tenu* » ; et la condition-modalité²²¹⁴. La réforme de 2016 a d'ailleurs supprimé l'exigence de possibilité de la condition pour la validité de la promesse et maintenu l'exigence de licéité seulement. Lorsque la condition est licite, mais impossible, c'est la caducité qui doit s'imposer parce que la promesse est définitivement vouée à l'absence de réalisation future. Cela correspond ni plus ni moins à une hypothèse de défaillance de la condition justifiée par la certitude que l'événement conditionnel ne se produira plus. Partant, « l'obligation n'accèdera jamais à une pleine positivité »²²¹⁵. Comme la nullité, la caducité permet aux parties de mettre fin aux mesures conservatoires qui peuvent avoir été mises en œuvre *pendente conditione*. Le fait de préférer la caducité à la nullité permet également de tenir compte du changement de circonstances postérieur à la conclusion de la promesse lorsqu'il est favorable à la réalisation de l'opération promise. Ce sera le cas par exemple si la condition réside dans l'obtention d'un permis de construire sur un terrain inconstructible au jour de conclusion de la promesse et qui devient constructible par la suite. Au demeurant, c'est bien la caducité que prévoit spécialement l'art. 1089 du code civil en cas de prédécès du bénéficiaire d'une promesse de donation en vue du mariage consentie par un tiers²²¹⁶. La

²²¹³ Art. 1088 c. civ. : « *Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque si le mariage ne s'ensuit pas* ».

²²¹⁴ La confusion provient ici du fait que la condition est exclusivement perçue comme une modalité de l'obligation alors que dans le cas de la promesse elle affecte la globalité de l'opération. L'une des parties n'est donc pas « tenue à l'impossible », la condition reportant la naissance-même de l'obligation.

²²¹⁵ JULIENNE (M.), *op. cit.*, §44. En ce sens égal. : CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *op. cit.*, §767 : « Le contrat, dès lors que tous ses effets sont atteints par la condition, est stérile, faute de pouvoir engendrer le moindre effet mais, à proprement parler, ni l'obligation, ni le contrat n'est nul » ; DROSS (W.), *Clausier, op. cit.*, « Condition suspensive », p. 157 : « l'obligation soumise à une condition dont il est impossible qu'elle se réalise sera définitivement privée d'effet, ce qui rend inutile de vouloir l'annuler ».

²²¹⁶ Art. 1089 c. civ. : « *Les donations faites à l'un des époux, dans les termes des articles 1082, 1084 et 1086 ci-dessus, deviendront caduques si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité* ». Le texte vise certes la donation, mais il s'agit en réalité d'une promesse de donation.

condition de célébration du mariage ne peut en effet pas s’accomplir si le donataire précède, d’où la caducité de cette promesse. Partant, il convient selon nous de faire une lecture prudente de l’art. 1092 du code civil, qui retient la solution inverse pour la promesse de donation en vue du mariage consentie entre époux. Cet article énonce en effet que « toute donation entre vifs de biens présents, faite entre époux par contrat de mariage, ne sera point censée faite sous la condition de survie du donataire, si cette condition n’est formellement exprimée ». Tout dépend en réalité du moment du décès : si le donataire décède après la célébration du mariage, la donation ne saurait être caduque, car elle était devenue parfaite par la célébration du mariage, sauf à ce que les parties à la promesse aient ajouté une condition de survie. En revanche, si le décès du bénéficiaire (futur donataire) survient avant le mariage, cela empêche en principe l’accomplissement de la condition « célébration du mariage » nécessaire à la perfection²²¹⁷.

770. Usage impropre : non-accomplissement de la condition de formation – Si la défaillance de la condition suspensive entraîne la caducité de la promesse, il est contestable en revanche, de recourir à la caducité lorsque les parties ont dérogé au principe du consensualisme et subordonné la formation du contrat à un accord en la forme authentique ou à un accord sur un élément en principe non essentiel pour la formation du contrat. La qualification de promesse synallagmatique « ne valant pas le contrat définitif », qui est parfois retenue dans ce cas²²¹⁸, constitue une qualification impropre, car une condition de formation fait encore défaut, de sorte qu’aucune promesse ne s’est formée. Il s’agit au mieux d’un accord de principe. Identifiant néanmoins une promesse, la jurisprudence a tendance à retenir que le défaut de « réitération » de la volonté entraîne sa caducité²²¹⁹. Plus largement elle retient que le non-accomplissement de la condition essentialisée entraîne la caducité de la promesse²²²⁰. C’est d’ailleurs la solution pour laquelle a opté l’avant-projet de réforme des contrats spéciaux de l’Association Capitant²²²¹. Un parallèle est ainsi établi entre le non-accomplissement de la condition suspensive et le non-accomplissement de la condition de formation, ce qui résulte selon nous d’un usage extensif de la qualification de promesse²²²². Il n’est en effet pas nécessaire de prononcer la caducité de l’accord de principe puisque celui-ci n’a pas vocation à se « transformer » en contrat définitif. En essentialisant une condition, il remplit déjà sa fonction préparatoire ; sa finalité se réalise d’ores et déjà. Si les parties ne forment pas le contrat projeté, elles n’auront donc pas à rechercher la caducité de l’accord de principe. Elles sont en effet tout à fait libres de ne pas « réitérer » leur

²²¹⁷ Il est essentiel de distinguer la promesse de donation entre époux étudiée ici et l’institution contractuelle. Cette dernière produit les effets d’un legs, de sorte que la survie du donateur est une cause de caducité, v. *infra* n° 783.

²²¹⁸ V. *supra*, n° 290.

²²¹⁹ Civ. 3^{ème} 2 février 1983, n° 81-12.036, *Bull. Civ. III*, n° 34. On notera que les arrêts plus récents en ce sens n’ont pas été publiés : Civ. 3^{ème} 12 octobre 1994, n° 92-16.061, Inédit ; *Defrénois* 1995, 738, obs. D. Mazeaud – Civ. 3^{ème} 17 juillet 1997, n° 95-22.180, Inédit ; *RJDA* 1997, n° 1475 – Civ. 3^{ème} 12 avril 2018, n° 17-14.187, Inédit ; *AJDI* 2018, 460 – Civ. 3^{ème} 25 mai 2022, n° 21-13.017, Inédit.

²²²⁰ Civ. 3^{ème} 7 février 2012, n° 10-27.939, Inédit.

²²²¹ Art. 1587-1 al. 1^{er} de l’avant-projet : « *Quand la formation de la vente a été expressément subordonnée par les parties soit à la réitération de leur accord, soit à leur accord sur un autre élément que le bien ou le prix, le défaut de réitération ou d’accord rend la promesse caduque* ».

²²²² Sur cet usage de la caducité : *La vente d’immeuble : sécurité et transparence*, 99^{ème} Congrès des notaires de France, Coll. Pratique notariale, LexisNexis, 2003, n° 2098 ; CHAABAN (R.), th. préc., §343 s.

accord, leur manifestation de volonté n'étant pas encore tenue pour définitive. Or, comme nous l'avons vu, la caducité ne saurait atteindre un acte juridique non encore définitivement formé.

771. Cumul des conditions – Enfin, il est tout à fait possible que la promesse associe cumulativement la condition suspensive et l'option. Dans ce cas, sa perfection dépend *cumulativement* de la levée de l'option et de l'accomplissement de la condition. En toute logique, la défaillance d'une seule de ces conditions de perfection devrait donc suffire à rendre la promesse caduque²²²³. Seule fait exception l'hypothèse dans laquelle la condition suspensive a été stipulée dans l'intérêt exclusif du bénéficiaire d'une promesse unilatérale, dont le droit d'option demeure pendant après la défaillance de la condition. En principe, la simple défaillance de la condition devrait entraîner la caducité de la promesse. Toutefois, lorsque la condition bénéficie exclusivement au titulaire d'un droit d'option, la condition se trouve en réalité placée sous la dépendance de l'option, de sorte que le bénéficiaire peut encore renoncer à la condition pour lever l'option. Nous verrons qu'il ne résulte de cette solution aucune entrave au principe d'irréversibilité du dénouement de l'alternative entre perfection et caducité, la défaillance de la condition ne suffisant pas à rendre la promesse caduque²²²⁴. L'inverse ne saurait toutefois être admis : si le bénéficiaire refuse expressément de lever l'option ou qu'il n'est plus en capacité de la lever, l'accomplissement de la condition ne saurait suffire à parfaire la promesse, faute pour le bénéficiaire d'avoir pris un engagement.

2 - Caducité du legs

772. Finalité composite du testament – La caducité a vocation à atteindre seulement les legs que le testament contient. Ce glissement du testament vers le legs apparaît très nettement dans les dispositions du Code civil. Au sein d'une Section 8 intitulée « *De la révocation des testaments et de leur caducité* », on trouve en effet des dispositions relatives à la révocation du testament, puis des dispositions relatives à la caducité du legs. À partir de l'art. 1040 du code civil, on ne vise plus le testament, mais les dispositions testamentaires ou plus simplement les legs. Un tel glissement sémantique et technique s'explique par le fait que la caducité atteint l'acte à raison de l'obstacle mis à la réalisation d'une opération juridique précise. Ce sont ces obstacles qu'il convient d'identifier en distinguant les hypothèses de caducité liées à aux biens et droits objet du legs (a), celles liées au(x) légataire(s) (b) et en fin, celles liées à une volonté spéciale du testateur (c). L'ensemble des causes de caducité n'auront pas vocation à s'appliquer à tous les types de legs,

²²²³ Le plus souvent, la caducité sera consécutive à la non-levée de l'option malgré l'accomplissement de la condition suspensive, v. par ex. : Civ. 3^{ème} 13 mai 1998, n° 96-17.508, *Bull. Civ. III*, n° 103 – Civ. 3^{ème} 22 septembre 2010, n° 09-14.817, *Bull. Civ. III*, n° 171. La situation inverse, caractérisée par une défaillance de la condition suspensive consécutive à la levée de l'option est moins courante car le titulaire de l'option attendra généralement de savoir si la condition s'est réalisée avant de décider de lever l'option.

²²²⁴ V. *infra*, n° 873.

ce qu'il conviendra de préciser²²²⁵. Il faudra également envisager le cas du testament-partage, en particulier pour défendre l'extension des solutions prévues pour le legs.

a) Raisons liées aux biens et droits

773. Caducité ou substitution réelle – Si l'existence juridique ou matérielle du bien légué n'est pas une condition de formation ou de validité du testament²²²⁶, elle est toutefois nécessaire à sa perfection. Cet obstacle est néanmoins propre au legs à titre particulier portant sur un corps certain²²²⁷. Si le legs est universel ou à titre universel, la transmission interviendra en effet sur l'actif du patrimoine successoral. Les hypothèses qui suivent ne concernent donc que le legs à titre particulier, même si le Code civil ne l'indique pas expressément. L'obstacle mis à la transmission du bien sera par ailleurs levé par avance si le testateur avait prévu un mécanisme de subrogation réelle, pour le cas où le bien ne serait pas compris dans la masse successorale. Cela permet de réaliser le legs sur un bien de nature différente, conformément à la volonté du testateur. Dans le cas contraire, le legs est caduc : soit parce que le bien a péri totalement avant le décès du testateur, par destruction ou par perte, soit parce que le testateur n'en a pas fait l'acquisition avant son décès.

774. Perte ou destruction du bien légué – Le legs sera caduc si le bien légué à titre particulier est perdu ou détruit avant le décès du testateur. Cette solution est dictée par l'art. 1042 al. 1^{er} du code civil qui énonce que « *le legs sera caduc, si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur* ». Comme pour l'ensemble des hypothèses de caducité, elle s'explique par l'existence d'un obstacle mis à la réalisation de la finalité, la question se posant toutefois de savoir à quel moment cet obstacle doit être identifié.

775. Un obstacle à la dévolution – La disposition du bien légué ne peut pas s'opérer si le bien a péri, soit par perte soit par destruction. Dans ce cas en effet, le testateur perd son droit de propriété, de sorte qu'il ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en détient lui-même. L'opération ne pouvant plus se réaliser au profit du légataire, le legs est caduc. Trois précisions doivent toutefois être apportées. Tout d'abord, la perte ou la destruction du bien légué ne doit pas être le fait du testateur lui-même, sauf à tomber dans le domaine de la révocation implicite visé par l'art. 1038 du code civil. La caducité s'imposera uniquement si la perte n'est pas recherchée par le testateur. Ce sera le cas par exemple si le *de cuius* est un majeur protégé et que son tuteur vend le bien légué : cette vente est un obstacle à la réalisation du legs, pour autant on ne peut pas

²²²⁵ Nous aurions pu opter pour une présentation des causes de caducité en fonction de l'objet du legs. Néanmoins, nous avons choisi de mettre en avant la nature des obstacles à la perfection. La réduction du domaine de la caducité en fonction de l'objet du legs sera donc précisée au cas par cas.

²²²⁶ V. *supra*, n° 588.

²²²⁷ Civ. 1^{ère} 18 novembre 1986, n° 84-14.793, *Bull. Civ. I*, n° 273 : « *l'article 1038 du Code civil ne s'applique qu'aux legs de corps certain et déterminé et non aux legs portant sur une universalité de biens* ».

y voir un cas de révocation implicite²²²⁸. Ensuite, la caducité s'impose uniquement si le bien a « *totalemment* » péri. Enfin, la caducité sera logiquement écartée si le testateur a prévu que le jeu de la subrogation réelle jouerait dans ce cas. Ces précisions étant apportées, il convient de rapprocher ce cas de figure de celui d'un legs résiduel dont l'objet ne demeure pas dans le patrimoine du premier gratifié au jour de son décès. Dans ce cas, le legs au second gratifié, qui était conditionné à l'existence d'un résidu, est caduc, le legs résiduel n'emportant aucune obligation de conserver le bien. Par ailleurs, la jurisprudence rejette expressément le jeu de la subrogation réelle : le legs résiduel ne se reporte pas sur le fruit de l'aliénation du bien par le premier légataire²²²⁹. Cette solution doit être approuvée, car, dans le cas contraire, la distinction entre la libéralité résiduelle et la libéralité résiduelle serait fortement altérée. Dans chacune des hypothèses relevées, la perte ou la destruction du bien légué entraîne donc la caducité du legs parce qu'il ne se trouve plus dans la masse successorale.

776. Moment d'intervention de l'obstacle – Quant au moment d'appréciation de la perte du bien, deux précisions importantes doivent encore être apportées. Tout d'abord, la caducité s'imposera si la perte ou la destruction est survenue *avant* le décès du testateur, car c'est à ce jour que la dévolution doit se réaliser au profit du légataire. Bien que l'acceptation par le légataire soit encore nécessaire pour parfaire le legs, le legs est donc caduc avant même que l'option ne soit exercée. Toutefois, la disparition *définitive* étant seule susceptible de faire obstacle à la perfection du legs, cette dernière devra nécessairement être appréciée au décès du testateur. Il ne faut donc pas tenir compte des mouvements de sortie du bien du patrimoine du testateur avant son décès²²³⁰. Ces derniers n'entraînent pas la caducité du legs, car ils peuvent encore reparaître et ainsi, être comptés dans la masse successorale²²³¹. L'art. 1042 al. 1^{er} du code civil mériterait donc d'être complété. À la formule, « *le legs sera caduc, si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur* », il conviendrait d'ajouter que « *le caractère définitif du dépérissement est apprécié au jour du décès du testateur* ». C'est uniquement à ce stade que la disparition est irréversible et qu'elle constitue donc un obstacle à la réalisation du legs. Ensuite, si la perte ou la destruction survient *après* le

²²²⁸ Civ. 1^{ère} 7 juin 2006, n° 04-10.612, *Bull. Civ. I*, n° 299 ; *D.* 2008. Pan. 313, obs. J.-J. Lemouland ; *Defrénois* 2006. 1785, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 2006. 805, obs. M. Grimaldi – Civ. 1^{ère} 30 juin 2004, n° 02-13.107, *Bull. Civ. I*, n° 198 ; *D.* 2006. 1570, obs. J.-J. Lemouland et J.-M. Plazy ; *Dr. fam.* 2004, n° 212, note T. Fossier ; *RTD civ.* 2004. 716, obs. J. Hauser. Dans ce second arrêt la cour de cassation écarte le « *motif erroné tiré de la révocation du legs dès lors que l'aliénation effectuée par le gérant de tutelle était impropre à faire présumer la volonté de la personne protégée* ».

²²²⁹ Civ. 1^{ère} 20 février 2008, n° 06-14.704, *Bull. civ. I*, n° 59 ; *AJ fam.* 2008. 217, obs. F. Bicheron ; *RTD civ.* 2008. 345, obs. M. Grimaldi ; *Defrénois* 2008, art. 38754, note Ph. Malaurie ; *JCP E* 2008, n° 13, IV, 1560 ; *JCP N* 2008, n° 11, act. 286 ; *LPA* 2008 n° 153, p. 23, note A. Denizot.

²²³⁰ La perte et la destruction du bien se distinguent donc de l'hypothèse d'aliénation volontaire, qui emporte la révocation implicite du legs. D'après l'art. 1038 c. civ., cette révocation intervient en effet définitivement, v. *supra*, n° 775.

²²³¹ *Contra* : CHAABAN (R.), th. préc., §585 : « Survenant après la rédaction du testament mais avant le décès du testateur, la disparition de la chose léguée emporte caducité du legs ». Plus loin : « Certes la date d'appréciation de l'existence de la chose se situe au moment de l'ouverture de la succession, et si la chose existe à ce moment le legs sera valablement exécuté. Il reste cependant que son *existence* est requise depuis le moment de la rédaction du testament » (§588).

décès du testateur mais avant l'exercice de l'option, la caducité n'est pas de mise. D'une part, le bien était présent dans la masse successorale au décès du testateur. D'autre part, le légataire est encore susceptible d'accepter le legs, la propriété lui étant transmise de manière rétroactive. L'intérêt est alors de lui permettre de rechercher la responsabilité des personnes responsables de la perte ou de la destruction du bien, vraisemblablement survenue durant la période de saisine. En ce sens, l'art. 1042 al. 2 du code civil précise que la caducité est de mise « *si elle (la chose) a péri depuis sa mort, sans le fait et la faute de l'héritier* », « *lorsqu'elle eût également dû périr entre les mains du légataire* ». Il s'infère de cette dernière formule que le bien doit avoir péri sans que la responsabilité de quiconque ne puisse être recherchée.

777. Absence de propriété du bien – L'art. 1021 du code civil est on ne peut plus clair : le legs de la chose d'autrui est nul. La validité d'un acte juridique s'appréciant au jour de sa formation, il faudrait donc que le testateur soit propriétaire du bien au jour de la rédaction du testament. Cette solution nous paraît toutefois contestable : nécessaire à la dévolution successorale, la propriété du bien devrait selon nous être une simple condition de perfection du legs²²³². La dévolution intervient en effet au décès du testateur, lorsque la succession est ouverte. Le legs devrait donc être valable, bien qu'il porte sur un bien qui n'appartient pas au testateur au moment où celui-ci rédige son testament. La nullité de l'acte devrait donc être écartée, sauf à admettre que l'on puisse apprécier une condition de validité – ici la propriété du bien légué – à une époque ultérieure à la formation de l'acte. La caducité paraît plus adaptée, à la fois parce que son examen a lieu ultérieurement à la formation et parce qu'elle est justifiée par une impossibilité de réaliser la finalité. C'est en tout cas la sanction que font prévaloir les juges lorsque le bien légué est en indivision, mais n'est pas attribué au testateur au moment du partage²²³³. D'une part, cela revient à valider le legs de la chose appartenant partiellement à autrui. Sur ce point, il convient toutefois de signaler que l'effet déclaratif du partage permet la validation, l'indivisaire alloti étant rétroactivement considéré comme propriétaire du bien²²³⁴. Pour admettre plus largement le legs de la chose d'autrui, il faudrait donc, comme nous l'appelions de nos vœux, supprimer l'art. 1021 du code civil qui subordonne la validité du legs à la propriété du bien. D'autre part, cela revient à subordonner la perfection du legs à l'obtention ultérieure d'un droit privatif, par l'effet du partage de l'indivision²²³⁵. Il faudrait donc étendre cette hypothèse au legs de la chose d'autrui, en subordonnant sa perfection à l'acquisition pure et simple du bien légué. À défaut d'acquisition du bien par le testateur avant le décès, le legs serait caduc.

²²³² En ce sens : GUIHO (P.), « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », *RTD Civ.* 1954. 1, spéc. §10-11.

²²³³ Dans l'hypothèse bien sûr, où le testateur lègue un bien issu d'une masse indivise et ne se contente pas de léguer sa quote-part, ce qu'il est évidemment en droit de faire.

²²³⁴ Seul le caractère rétroactif du partage justifie d'admettre la validité du legs d'une chose indivise. La jurisprudence se fonde parfois sur une autre nuance, relevant que l'indivisaire a au moins un droit éventuel sur le bien, de sorte que le legs ne porte pas strictement sur la « chose d'autrui » : Civ. 6 juin 1883, *DP* 1864. 1. 33 – Civ. 6 mai 1913, *DP* 1914. 1. 277 – Civ. 1^{ère} 20 février 1957, *Bull. civ. I*, n° 91 ; *Gaz. Pal.* 1957. 1. 423 – Civ. 1^{ère} 28 mai 1968, *JCP* 1969. II. 15174, note M. Dagot. Cela est contestable car en vérité, la vocation de l'indivisaire à la propriété n'est pas plus sûre que celle du testateur qui ne fait qu'envisager d'acquérir la propriété d'un bien. Il s'agit d'une simple expectative.

²²³⁵ La Cour de cassation retient en effet que la perfection du legs dépend du résultat du partage : Civ. 1^{ère} 2 juin 1987, n° 85-16.269, *Bull. Civ. I*, n° 181.

778. Contournement de la règle – Suivant cette logique, l'absence d'acquisition du bien constitue un véritable obstacle à la *perfection* du legs, le testateur ayant entendu léguer un bien à titre particulier. Deux conséquences pratiques devraient donc s'imposer si on venait à reconnaître la validité de cette opération.

779. Critique de la charge d'acquérir pour transmettre – Tout d'abord, on ne saurait retenir que le legs est devenu parfait au décès du testateur, à charge pour les héritiers et légataires institués d'acquérir et de transmettre le bien au légataire désigné. Bien que la jurisprudence l'ait admis dans un arrêt relativement récent²²³⁶, cette solution semble contraire à la définition du legs comme une opération par laquelle le testateur dispose de « *ses* » biens et droits (art. 893 al. 1^{er} c. civ.). Faute de les avoir acquis, le legs devrait être caduc à son décès. La sanction de caducité nous semble d'autant plus adaptée que la loi prévoit expressément un cas de « *révocation implicite* » dans l'hypothèse inverse : celle de la vente du bien légué avant le décès. L'art. 1038 du code civil énonce en effet que « *toute aliénation, celle même par vente avec faculté de rachat ou par échange, que fera le testateur de tout ou de partie de la chose léguée, emportera la révocation du legs pour tout ce qui a été aliéné, encore que l'aliénation postérieure soit nulle, et que l'objet soit rentré dans la main du testateur* ». Cette aliénation est évidemment possible parce que le testateur n'a pris aucun engagement de léguer le bien et donc de le conserver jusqu'à son décès. Il s'est contenté de prévoir sa dévolution *pour le cas où* le bien ferait partie de ses biens successoraux²²³⁷. Si le testateur aliène le bien, il semble indiquer qu'il n'entend plus le léguer, d'où l'existence d'une révocation implicite. De la même manière, le testateur ne peut tout à la fois léguer à titre particulier une chose de genre et ne pas acquérir celle-ci avant son décès : faute de propriété sur le bien, ce dernier ne peut pas être transmis de plein droit à son décès. D'où la caducité du legs qui s'impose selon nous au décès.

780. Solution dérogatoire de l'art. 1423 c. civ. – Ensuite, on ne saurait admettre que le legs soit parfait et que l'absence de propriété fasse simplement obstacle à son *exécution en nature*. Cette solution ne vaut que dans l'hypothèse où un époux lègue un bien de la masse commune qui ne lui est finalement pas attribué. L'art. 1423 du code civil retient en effet que « *si un époux a légué un effet de la communauté, le légataire ne peut le réclamer en nature qu'autant que l'effet, par l'événement du partage, tombe dans le lot des héritiers du testateur ; si l'effet ne tombe point dans le lot de ces héritiers, le légataire a la récompense de la valeur totale de l'effet légué, sur la part, dans la communauté, des héritiers de l'époux testateur et sur les biens personnels de ce dernier* ». Dans cette hypothèse, l'absence de propriété du bien légué ne constitue exceptionnellement pas un obstacle à la perfection du legs d'un bien commun, la caducité n'étant pas de

²²³⁶ Civ. 1^{ère} 28 mars 2006, n° 04-10.596, *Bull. Civ. I*, n° 186.

²²³⁷ C'est d'ailleurs ce qui ressort d'un arrêt ancien de la Cour de cassation, par lequel les hauts juges avaient expressément relevé que « *tout legs ne donne droit à la chose léguée que du jour du décès du testateur* », de sorte que « *les biens qui ont été aliénés pendant la vie du testateur régulièrement et d'une manière légale n'appartiennent pas à la succession* » (Civ. 19 août 1862 ; *D.* 1862, 1. 321).

mise, mais simplement un obstacle à son exécution en nature, le legs pouvant être exécuté en valeur. L'obstacle à sa perfection entraîne donc une conversion du legs à titre particulier en legs de quote-part.

781. Testament-partage – L'ensemble de ces solutions nous semble devoir être étendu au testament-partage. Même si le legs et le partage sont deux opérations distinctes, la réalisation du partage exige pareillement que le testateur soit propriétaire du bien à son décès. Si le bien est perdu ou détruit, cela devrait donc entraîner la caducité du partage décidé par le testateur à l'égard de ce bien. La solution s'impose d'autant plus que le testateur n'est pas obligé de partager l'ensemble de ses biens. Le partage peut donc très bien se réaliser à l'égard des biens compris dans la masse successorale. De même, bien que l'art. 1038 c. civ. ne vise que le legs, toute aliénation volontaire d'un bien compris dans le partage devrait entraîner une révocation implicite²²³⁸. La jurisprudence écarte d'ailleurs la solution prévue par l'art. 1423 du code civil pour le testament-partage, dans la mesure où cet article ne vise que le « légataire » et non le copartageant. La Cour de cassation a en effet retenu la nullité du testament-partage rédigé par un époux et portant sur des biens communs, faute de savoir si le bien en question serait attribué au testateur au moment du partage²²³⁹. Cette solution a récemment été réitérée, la Cour de cassation ayant une nouvelle fois mis l'accent sur le fait qu'en vertu de l'art. 1021, les testaments-partages rédigés par des époux ne peuvent porter que sur des biens « dont chacun d'eux a la propriété et la libre disposition »²²⁴⁰. Si le procédé de l'exécution en valeur est écarté, il nous semble toutefois contestable de prononcer la nullité du testament-partage : la propriété étant une condition de perfection du partage, son absence devrait justifier la caducité.

b) Raisons liées au(x) légataire(s)

782. Caducité ou substitution vulgaire – La situation du légataire est également déterminante de la perfection du legs, dans la mesure où ce dernier a vocation à recevoir le legs. Cela vaut quel que soit l'objet du legs, qu'il soit universel, à titre universel ou à titre particulier. Là encore, il convient toutefois de remarquer qu'un mécanisme de substitution vulgaire permet de parfaire l'acte si le légataire se trouve incapable de recevoir le legs : un légataire substitué recueille alors le bien conformément à la volonté du testateur. À défaut, la caducité du legs s'impose, car, comme le note M. Sériaux, « le legs ne peut produire effet qu'à la condition que le légataire veuille ou puisse vouloir l'accepter »²²⁴¹. La caducité s'imposera

²²³⁸ *Contra* : « Libéralités-partages », F. SAUVAGE, 2022, §181 et §529.

²²³⁹ Civ. 1^{ère} 16 mai 2000, n° 97-20.839, *Bull. Civ. I*, n° 149 ; *RTD civ.* 2000. 883, obs. J. Patarin ; *JCP* 2001, I. 309, obs. Ph. Simler et 366, obs. Le Guidec ; *RJPF* 2000-10/41, note J. Casey – Civ. 1^{ère} 6 mars 2001, n° 99-11.308, *Bull. Civ. I*, n° 53 ; *Dr. fam.* 2001, comm. 62, note B. Beignier ; *JCP* 2001, I. 366, obs. R. Le Guidec ; *JCP N* 2001, 1232, note J. Maury ; *RTD civ.* 2001. 648, obs. B. Vareille.

²²⁴⁰ Civ. 1^{ère} 5 décembre 2018, n° 17-17.493, Publié au Bulletin ; *Deffrénois* 2019 n° 13, p. 27, obs. G. Champenois ; *Deffrénois* 2019, n° 18-20, p. 39, note A. Chamoulaud-Trapiers ; *Gaz. Pal.* 2019, n° 14, p. 74, note A.-L. Casado ; *Dr. Fam.* 2019, n° 3, comm. 59, M. Nicod ; *D. actu.* 23 janvier 2019, obs. M. Jaoul ; *RJPF* 2019, n° 2, G. Drouot ; *AJ fam.* 2019, 37, obs. Levillain ; *JCP N* 2019, n° 1132, note J. Dubarry.

²²⁴¹ SÉRIAUX (A.), *Les successions, les libéralités, op. cit.*, §74.

donc au légataire tantôt malgré lui, c'est-à-dire sans que cela ne soit un choix délibéré de sa part (i), tantôt parce qu'il n'entend pas recueillir le legs (ii).

i) Malgré lui

783. Prédécès du légataire – La caducité du legs s'impose logiquement si le légataire ne survit pas au testateur, dans la mesure où le prédécès de ce dernier est une condition de perfection du legs. La solution résulte de l'art. 1039 du code civil qui énonce que « *toute disposition testamentaire sera caduque si celui en faveur de qui elle est faite n'a pas survécu au testateur* ». En vertu de l'art. 1093 du code civil, cette solution s'étend à l'institution contractuelle entre époux en cas de prédécès du bénéficiaire²²⁴². Elle s'étend également à la libéralité résiduelle ou graduelle lorsque le second gratifié décède avant le premier gratifié²²⁴³. La caducité s'impose d'autant plus que le prédécès du légataire empêche ce dernier d'accepter le legs. Or, la dévolution opérant au décès du testateur, l'option successorale ne saurait être exercée par avance. Dans chacune de ces hypothèses, la caducité du legs est un moyen de respecter la volonté du testateur, présumé avoir disposé de ses biens et droits en considération de la personne du légataire. Au contraire de la représentation qui peut intervenir sans le consentement du testateur, car elle permet l'égalité des héritiers de par la loi (art. 775 c. civ.)²²⁴⁴, la substitution doit en effet être prévue par le testateur, car le legs est une opération *intuitu personae* (art. 898 c. civ.). À défaut de prévision, les descendants du légataire ne pourront donc pas se substituer à lui.

784. Prédécès du copartageant – Insistant sur le fait que le testament-partage ne contient aucun legs, la plupart des auteurs précisent que le prédécès du testateur n'est pas nécessaire à la réalisation du partage²²⁴⁵. En conséquence, le prédécès du copartageant ne devrait pas entraîner la caducité de la libéralité-partage à son égard. Cette solution nous paraît contestable : même si la libéralité produit les effets d'un partage, elle reste une opération à cause de mort. Dès lors, elle devrait être conditionnée au prédécès du testateur. De plus, l'art. 1039 du code civil, qui prévoit la caducité du legs en cas de survie du testateur, vise « *toute disposition testamentaire* », ce qui devrait englober l'opération de partage. Dans la mesure où le testateur n'est pas obligé de partager l'ensemble de ses biens, la caducité à l'égard du copartageant prédécédé ne devrait d'ailleurs pas empêcher le partage de se réaliser au profit des autres copartageants. Il est toutefois

²²⁴² Sur cette solution, v. : *Rép. Droit Civil Dalloz*, « Donation entre époux », V. BRÉMOND, 2021, §197 et s.

²²⁴³ Art. 1056 c. civ. pour la libéralité graduelle ; Art. 1061 c. civ. pour la libéralité résiduelle.

²²⁴⁴ La Cour de cassation juge depuis longtemps que « *la représentation n'existe pas à l'égard des dispositions testamentaires* », Civ. 2 juillet 1924 ; *DP* 1926. I. 102. V. égal., Req. 8 novembre 1921 ; *DP* 1922, I, 183 : « *la règle de l'article 1039 (...), reste sans application lorsque l'intention du testateur d'appeler les descendants du légataire, en ce de prédécès de ce dernier, au bénéfice du legs, résulte clairement, soit des termes de la disposition, soit de l'ensemble des clauses du testament* ».

²²⁴⁵ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Libéralités-partages », F. SAUVAGE, 2019, §181 ; TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), GAUDEMET (S.), *op. cit.*, §1288 ; TAUDIN (L.), *Libéralités-Partages*, préc., §512.

exact de remarquer que le copartageant peut être représenté par ses héritiers²²⁴⁶. Le bénéficiaire du testament-partage étant nécessairement un héritier présomptif, sa représentation devrait donc être admise pour restaurer l'égalité. Reste que la représentation ne devrait pas permettre de restaurer les effets voulus par le testateur dans le testament-partage.

785. Inexistence du légataire – Le prédécès du légataire étant sanctionné par la caducité, il semble logique d'étendre cette solution à l'hypothèse dans laquelle le testateur désigne une personne future qui n'est pas encore née à l'époque de son décès²²⁴⁷.

786. Critique de la nullité – À première vue, il existerait un véritable principe de prohibition des libéralités faites à une personne future. Cette solution est ancienne concernant les légataires-personnes physiques²²⁴⁸. Elle est explicitement retenue par l'art. 906 al. 2 du code civil qui énonce que « *pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur* ». Si l'on réserve pour l'instant l'exception posée par le texte quant à la date de conception du légataire, il apparaît implicitement que l'exigence de principe est que le légataire existe au moment du décès. La solution vaut également pour les personnes morales, qui doivent être constituées au moment du décès du testateur. Lorsque le légataire est incapable de recevoir le legs à l'époque du décès du testateur, il est généralement annulé sur le fondement de l'art. 911 du code civil²²⁴⁹. Alors que la doctrine approuve généralement cette sanction²²⁵⁰, il nous semble que la nullité est inadaptée à ce cas de figure. Elle procède d'un rapprochement regrettable entre l'art. 906 du code civil, qui impose que le légataire soit au moins conçu au décès du testateur pour être capable de recevoir le legs, et les articles 907 et suivants du code civil, qui prévoient un certain nombre d'incapacités de recevoir à titre gratuit et qui justifient seuls la nullité²²⁵¹. L'inexistence du légataire étant appréciée à l'époque du décès du testateur et non au moment de la formation du testament, il ne peut s'agir d'une condition de validité. Par ailleurs, on voit mal pourquoi le testament, qui est un acte unilatéral émanant du *de cuius*, encourrait la nullité alors que c'est le légataire, simple bénéficiaire de l'acte, qui se trouve incapable de le recevoir. Le prédécès du testateur étant une condition de perfection du legs, l'existence du légataire au jour du décès paraît bien plutôt être une condition de perfection du legs.

787. Défense de la caducité – Logiquement, le défaut de conception du légataire désigné au jour du décès du testateur devrait entraîner la caducité du legs. D'une part, l'absence de patrimoine du légataire désigné peut être assimilée à une incapacité de recueillir : sans patrimoine, pas de transmission possible. Or, l'art. 1043 du code civil prévoit que « *la disposition testamentaire sera caduque lorsque l'héritier institué ou le*

²²⁴⁶ TAUDIN (L.), *Libéralités-partages*, préc. §516.

²²⁴⁷ Cela ne dispense pas le testateur de rendre déterminable la personne instituée légataire.

²²⁴⁸ Civ. 1^{ère} 5 avril 1978, n° 76-13347, *Bull. civ. I*, n° 151.

²²⁴⁹ V. l'arrêt préc., rendu au visa de l'art. 911 c. civ. et retenant la nullité du legs.

²²⁵⁰ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Legs », Q. GUIGUET-SCHIELÉ, J. HERAIL, 2021, §27.

²²⁵¹ V. *infra*, n° 788.

légataire (...) se trouvera incapable de la recueillir ». D'autre part, la dévolution successorale est rendue impossible par l'inexistence de la personne désignée. Il s'agit donc d'un obstacle à la réalisation de la finalité, ce qui est le domaine de la caducité. La différence de sanction est importante en pratique, comme en témoigne un arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 avril 2021²²⁵². Dans cette affaire, le testateur avait désigné la Fondation Brigitte Bardot comme légataire universel, à charge pour elle de retransmettre le legs à une autre association. Cette dernière association étant simplement déclarée, mais non encore constituée, la Fondation demandait la nullité de la charge, sur le fondement de l'art. 911 du code civil. Or, si l'art. 911 prévoit la nullité des legs consentis à une personne incapable, même au moyen d'une interposition, la caducité de la charge ne semble pas s'imposer dans ce cas précis. Ce qui importe en effet, c'est que le légataire existe au jour du décès. Or, c'est bien la fondation qui était légataire, et non l'association à qui elle était chargée de transmettre le bien. Peu importait donc que cette dernière ne soit pas encore constituée au décès du testateur. Sous l'empire de l'art. 1043 du code civil, la charge était donc valable²²⁵³. L'adéquation de la caducité à ce cas de figure trouve d'ailleurs confirmation dans la règle dérogatoire portée par l'art. 906 al. 2 du code civil. En exigeant que le légataire soit simplement conçu à l'époque du décès du testateur, cette disposition s'inscrit dans le prolongement de l'art. 725 al. 1^{er} qui énonce que « *pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable* ». La fiction de l'*infans conceptus* permet de doter l'enfant à naître d'un patrimoine, ce qui le rend apte, non seulement à recevoir les biens et droits légués par le testateur, mais surtout à être inclus dans l'opération de dévolution. L'alinéa 3 précise toutefois que « *la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable* ». Si le légataire est conçu au jour du décès du testateur, le sort du legs n'est donc pas définitivement fixé. Il faut encore que l'enfant naisse viable. À défaut, la caducité du legs pourrait de nouveau survenir. La caducité atteindra pareillement le legs consenti à une fondation ou à un fonds de donation non encore constitué au jour du décès du testateur, si la condition d'obtention de la reconnaissance d'utilité publique pour la première ou de la personnalité morale pour la seconde n'est pas remplie par la suite²²⁵⁴. Cette alternative entre perfection du legs et absence d'effet est le signe que la caducité est adaptée au défaut de conception ou d'existence du légataire au jour du décès.

788. Incapacité du légataire ? – Bien qu'*existant ou conçu* au jour du décès, il se peut encore que le légataire soit *incapable* de recevoir à titre gratuit, ces deux hypothèses ayant selon nous vocation à être distinguées. À première vue, la caducité s'impose dans les deux cas, l'art. 1043 du code civil énonçant que « *la disposition testamentaire sera caduque lorsque l'héritier institué ou le légataire (...) se trouvera incapable de la recueillir* ». Pourtant nous allons voir que l'incapacité du légataire au jour du décès du

²²⁵² Civ. 1^{ère} 14 avril 2021, n° 19-19.306, Publié au Bulletin ; *D.* 2021, p. 798 ; *AJ fam.* 2021, p. 438, obs. Levillain ; *JA* 2021, n° 641, p. 11, note X. Delpech ; *Gaz. Pal.* 2021, n° 28, p. 62, obs. S. Pellet ; *Bull. Joly Soc.* 2021, n° 7-8, p. 36, obs. C. Pérès ; *Defrénois*, 2021, n° 18 ; *JCP N* 2021, n° 24, p. 1219, note S. Torricelli-Chrifi ; *Dr. Fam.* 2021, n° 6, comm. 99, obs. A. Tani.

²²⁵³ En ce sens : C. Pérès, obs. préc., sous Civ. 1^{ère} 14 avril 2021, n° 19-19.306.

²²⁵⁴ Art. 18-2 de la loi du 23 juillet 1987 ; Art. 140-IV de la loi du 4 août 2008.

testateur n'est jamais une cause de caducité du legs qui lui est adressé, qu'il s'agisse de l'incapacité de défiance ou de protection. L'art. 1043 du code civil n'aurait vocation à s'appliquer qu'au défaut de conception du légataire au jour du décès du testateur.

789. Incapacité de défiance : nullité du legs – Le légataire peut tout d'abord être atteint par une incapacité de jouissance. Par exemple, le tuteur ne peut pas recevoir une libéralité de son pupille (art. 907 c. civ.). De même, « *les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci* » (art. 909 c. civ.). Si de telles libéralités interviennent, la nullité s'impose. L'art. 911 al. 1^{er} du code civil énonce en effet que « *toute libéralité au profit d'une personne physique ou d'une personne morale, frappée d'une incapacité de recevoir à titre gratuit, est nulle...* ». Il s'agit d'une incapacité de défiance dans la mesure où sa fonction est de protéger une autre personne que l'incapable lui-même. L'incapacité du légataire résulte en effet d'une présomption de captation dont aurait été victime le testateur du fait de sa vulnérabilité²²⁵⁵. Derrière la défiance à l'égard du légataire-incapable, c'est donc la protection du testateur que l'on recherche. C'est d'ailleurs pour cette raison que si la nullité pour incapacité n'est pas encourue, il est toujours possible de demander la nullité du legs sur le fondement de l'art. 901 c. civ. qui prévoit que pour disposer par testament il faut être sain d'esprit²²⁵⁶. La nullité du legs est donc la sanction adaptée à l'objectif poursuivi. Son examen intervient nécessairement au moment de rédaction du testament, à raison de la défiance existant alors à l'égard du légataire, de nature à faire naître un doute sur la sincérité des rapports entretenus. La prohibition doit donc exister au jour de la rédaction du testament pour que l'acte soit annulable, raison pour laquelle la Cour de cassation tient compte de la date de rédaction du testament pour apprécier sa validité, quand bien même l'interdiction de léguer serait entrée en vigueur avant le décès du testateur et donc avant le transfert de propriété au légataire²²⁵⁷.

790. L'impossible validation par écoulement du temps – Parce qu'elle est une cause de nullité et non de caducité, l'incapacité n'est pas susceptible d'évolution jusqu'au décès du testateur. Elle entache la validité du legs *ab initio*. Bien sûr, rien n'empêche le testateur d'attendre que l'incapacité-cause de nullité

²²⁵⁵ La nécessité de protéger le testateur justifie l'atteinte au droit de propriété, comme l'a récemment jugé le Conseil constitutionnel saisi de la constitutionnalité de l'art. 909 c. civ. : « *Eu égard à la nature de la relation entre un professionnel de santé et son patient atteint d'une maladie dont il va décéder, l'interdiction est bien fondée sur la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve le donateur ou le testateur à l'égard de celui qui prodigue des soins* » (pt. 7, décision n° 2022-1005QPC du 29 juillet 2022).

²²⁵⁶ Civ. 1^{ère} 31 mars 2021, n° 19-21.267, Inédit.

²²⁵⁷ Civ. 1^{ère} 23 mars 2022, n° 20-17.663, *Bull. Civ. I*, n° 267 : inapplicabilité de l'art. L.116-4 al. 2 du CASF portant l'interdiction légale de recevoir d'un auxiliaire de vie à domicile, au testament rédigé avant son entrée en vigueur. *Contra* : M. Nicod, *Dr. fam.* 2022 n° 6, comm. 89, qui estime que « c'est au jour du décès du testateur et non pas à celui de l'établissement du testament qu'il convient de se placer pour apprécier la capacité du légataire ».

ait disparu pour consentir la libéralité²²⁵⁸. Mais dès lors que l'incapacité de recevoir existe au jour où le testament est formé, elle entache définitivement la validité de l'acte, qu'il gratifie une personne morale ou une personne physique. L'incapacité de recevoir à titre gratuit d'une personne morale est une incapacité qui n'est pas susceptible de laisser place à la capacité parce qu'elle est liée à son objet social, à sa fonction. Lorsqu'elle atteint la personne physique, l'incapacité est là encore liée à la profession ou au statut qui est le sien au moment où le testateur exprime ses volontés. Si l'incapacité est alléguée, le legs sera donc nul et non caduc. Il ne faut donc pas confondre cette hypothèse avec celle que recouvre l'art. 1043 du code civil, même si le texte vise une incapacité de « *recueillir* » le legs²²⁵⁹.

791. Incapacité de protection : nullité de l'acte d'opter – L'acte d'opter est un acte unilatéral par lequel le titulaire d'un droit d'option déclare son choix²²⁶⁰. Par conséquent, il obéit aux conditions de validité communes à l'ensemble des actes juridiques, notamment de capacité de son auteur. Pour accepter le legs qui lui a été consenti, le légataire doit donc être doté de la capacité de passer un acte de disposition. Dans le cas où le légataire est atteint par une incapacité, cette dernière ne menace toutefois pas nécessairement le sort du legs. Tout d'abord, le légataire pourrait tout à fait accepter le legs dans le respect du régime d'assistance ou de représentation mis en place pour sa protection²²⁶¹. Ensuite, il faut se souvenir que l'annulabilité d'un acte n'est pas synonyme de nullité. Ainsi, même si le légataire accepte le legs en méconnaissance des règles de protection, l'acte annulable produira ses effets jusqu'à ce qu'il soit annulé. Le legs aura été accepté par le légataire et la transmission des biens et droits aura donc pu s'opérer en sa faveur. La question se posera simplement des répercussions d'une telle annulation sur le sort du legs²²⁶².

792. La perfection du legs étant subordonnée au prédécès du testateur, sa survie ou l'absence de conception du légataire au jour du décès justifient donc sa caducité. Cette dernière peut encore survenir si le légataire répudie le legs, la perfection étant cumulativement subordonnée à son acceptation.

ii) *Voulu par lui*

793. La répudiation – Le testateur ne pouvant pas contraindre le légataire à recevoir le bien ou droit qu'il souhaite lui léguer, le légataire peut toujours y renoncer. Les modalités de la renonciation sont en apparence

²²⁵⁸ Civ. 1^{ère} 24 octobre 2000, n° 98-17.341, *Bull. Civ. I*, n° 270 : « ... qu'ayant constaté que, lors de la rédaction du testament litigieux, (la testatrice) n'était plus hébergée dans la clinique dirigée par (le légataire)..., mais était rentrée à son domicile où elle avait repris la direction de ses affaires, la cour d'appel en a, à bon droit, déduit que la présomption de captation invoquée ne pouvait recevoir application en la cause... ».

²²⁵⁹ *Testament et legs*, Dossiers pratiques, Ed. Francis Lefebvre, 2009, n° 2502, évoquant la « survenance d'une incapacité de jouissance du légataire ».

²²⁶⁰ NAJJAR (I.), th. préc., §202.

²²⁶¹ TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), GAUDEMET (S.), *op. cit.*, §752.

²²⁶² V. *infra*, n° 899.

assez souples, cette dernière pouvant intervenir de manière expresse ou de manière tacite, mais non équivoque. Il convient toutefois de noter qu'elle devra faire l'objet d'un acte formaliste, déposé au greffe du tribunal judiciaire, pour être opposée aux héritiers. Surtout, elle ne pourra pas être déduite d'une attitude passive du légataire²²⁶³. C'est seulement à l'expiration du délai de dix ans laissé au légataire pour opter que ce dernier sera présumé avoir renoncé au legs²²⁶⁴. Qu'elle soit expresse, tacite ou présumée, la renonciation par le légataire rend l'acte caduc. L'art. 1043 du code civil indique *in limine* que « *la disposition testamentaire sera caduque lorsque l'héritier institué ou le légataire la répudiera (...)* ». La solution s'étend au bénéficiaire d'un testament-partage, qui ne peut refuser le lot sans renoncer à la succession (art. 1079 c. civ.). La caducité de l'acte pouvant aussi bien intervenir par la défaillance d'une condition suspensive que par l'accomplissement d'une condition extinctive, les défenseurs d'une perfection du legs au décès voient toutefois dans cette disposition l'aveu que l'acceptation ne serait qu'un moyen de confirmer ou d'anéantir les effets de l'acte. Parfait dès le décès, le legs deviendrait caduc par l'effet de la répudiation, faisant de l'option du légataire une véritable condition extinctive²²⁶⁵. Comme nous l'avons vu, la qualification de condition suspensive semble pourtant s'imposer²²⁶⁶. En répudiant le legs, le légataire ne ferait donc selon nous que renoncer au titre successoral qui lui avait été attribué au décès du testateur²²⁶⁷.

794. Pour une lecture restrictive de l'art. 805 c. civ. – En répudiant le legs, le légataire refuse donc simplement d'acquérir la propriété des biens et droits légués, d'où sa caducité. En conséquence, il convient de faire une lecture restrictive de l'art. 805 du code civil qui énonce que « *l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier* ». Cette fiction juridique ne porte que sur le titre successoral et non sur la propriété des biens, le légataire n'ayant jamais acquis la qualité de propriétaire. Cette idée trouve, semble-t-il, confirmation dans l'art. 768 al. 1^{er} c. civ. qui énonce que « *l'héritier* » exerce l'option successorale. Ayant été étendue au légataire, cette disposition accrédite l'idée que l'hérédité à laquelle il est renoncé par la répudiation correspond simplement au titre successoral, qui confère le droit d'opter, et non à la propriété des biens. En définitive, la répudiation n'est pas un « abandon de propriété »²²⁶⁸. Elle permet au légataire de renoncer à un droit encore éventuel, son caractère définitif dépendant précisément de son acceptation²²⁶⁹.

²²⁶³ Civ. 1^{ère} 17 mai 2017, n° 16-12.310, Inédit ; *AJ fam.* 2017. 426, obs. N. Levillain ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 304, p. 82, obs. A.-L. Casado – Civ. 1^{ère} 17 octobre 1984, n° 83-12.372, *Bull. civ. I*, n° 270 ; *RTD civ.* 1987. 791, obs. J. Patarin.

²²⁶⁴ Il s'agit de la seule exception à l'art. 804 c. civ. qui énonce que la renonciation à une succession (ou à un legs) ne se présume pas. Pour les successions ouvertes avant le 1^{er} janvier 2007, le délai pour opter reste de trente ans en application des textes antérieurs : Civ. 1^{ère} 12 février 2020, n° 19-11.668, Inédit.

²²⁶⁵ Martin de la Moutte notait en ce sens que « l'hérédité est transmise, non pas sous la condition suspensive de l'acceptation, mais sous la condition résolutoire de la renonciation », MARTIN DE LA MOUTTE (J.), th. préc., §69.

²²⁶⁶ V. *supra*, n° 718.

²²⁶⁷ En ce sens : NAJJAR (I.), th. préc., §38.

²²⁶⁸ *Contra* : ZENATI-CASTAING (F.), REVET (Th.), *Cours de droit civil – Successions*, Coll. Droit fondamental, PUF, 2012, §76.

²²⁶⁹ RAYNAUD (P.), « La renonciation à un droit, Sa nature et son domaine en droit civil », *RTD Civ.* 1936. 763, §32. L'auteur note que s'il n'est pas possible de renoncer à une simple expectative, il est en revanche possible de renoncer à un droit éventuel. V. égal. : DEMOGUE (R.), « Nature et effets du droit éventuel », art. préc.

c) Raisons liées au testateur

795. Hypothèse du legs conditionnel – L’insertion d’une condition suspensive ou extinctive, autrefois traitée sous couvert d’une « évolution de la cause »²²⁷⁰, permet au testateur de subordonner la réalisation du legs à un événement sans évincer pour autant la condition de son prédécès²²⁷¹. La jurisprudence est toutefois peu encline à identifier de telles conditions en raison du pouvoir de révocation du testateur. Comme le note M. Grimaldi, « la recherche de la volonté d’un mort présente un caractère aléatoire, divinatoire même, qui justifie que l’on s’en dispense lorsque le testateur s’est tu : va pour rechercher le sens de ses paroles, non pour faire parler ses silences »²²⁷². Le testateur devra donc révoquer le legs en cas de disparition du motif qui l’avait déterminé²²⁷³. Ce n’est que si un doute pèse sur la capacité du testateur à révoquer lui-même le testament, qu’il pourra être tenu compte de la disparition de la cause pour frapper l’acte de caducité (art. 476 al. 4 c. civ.). Le testateur peut toutefois instituer expressément une condition suspensive, dont la défaillance devrait suffire à entraîner la caducité du legs. Deux précisions doivent être apportées quant aux modalités de la défaillance. Tout d’abord, la condition devrait pouvoir défaillir du vivant du testateur. Certes, il est vrai que la condition présente un intérêt plus grand après le décès du testateur, car elle permet à ce dernier de revenir sur une opération qu’il ne peut évidemment plus révoquer²²⁷⁴. Néanmoins, le testateur devrait pouvoir compter sur la caducité du legs de son vivant pour se dispenser de le révoquer. Ensuite, la particularité de cette condition, qui s’ajoute à des conditions « légales » de perfection, justifie que l’exercice de l’option par le légataire en constitue le terme. La condition suspensive devrait donc être considérée comme accomplie si le légataire lève l’option sans que l’événement conditionnel ne se soit produit (ou soit devenu certain de ne pas se produire). C’est ce que confirme selon nous implicitement l’art. 1040 du code civil. En précisant que le décès du légataire survenu avant l’accomplissement de la condition entraîne la caducité du legs, le texte lie le sort du legs conditionnel à l’exercice de l’option par le légataire, terme naturel de la condition ainsi défaillie. Par ailleurs, le legs étant devenu parfait par l’acceptation du légataire, toute évolution ultérieure des circonstances devrait être indifférente.

²²⁷⁰ VOIRIN (P.), « Évolution de la cause des libéralités postérieurement à la donation ou au testament », art. préc., spéc. p. 896.

²²⁷¹ V. *supra*, n° 701.

²²⁷² M. Grimaldi, note sous Civ. 1^{ère} 15 décembre 2010, préc., *RTD Civ.* 2011. 165.

²²⁷³ Civ. 1^{ère} 15 décembre 2010, n° 09-70.834, *Bull. Civ. I*, n° 270 ; *AJ fam.* 2011. 109, Ch. Vernières ; *D.* 2011. 795, note E. Naudin ; *RTD civ.* 2011. 165, M. Grimaldi ; *JCP N* 2011, 1087, note Rivière ; *Deffrénois* 2011, 684, obs. A. Rabreau – Civ. 1^{ère} 15 février 2012, n° 10-23.026, *Bull. Civ. I*, n° 34 ; *JCP N* 2012, 1256, note E. Naudin ; *JCP G* 2012, 734, note S. Le Normand ; *Deffrénois* 2012, 459, obs. H. Lécuyer ; *AJ fam.* 2012, 236, obs. A. Bonnet ; *RDC* 2012/4, p. 1287, obs. C. Goldie-Genicon ; *RJPF* 2012/4, obs. J.-B. Donnier ; *LPA* 22 juin 2012, p. 15, note J.-G. Mahinga.

²²⁷⁴ En ce sens : TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), GAUDEMET (S.), *op. cit.*, §459.

3 - Caducité de l'offre

796. Deux cas de figure – Le contrat offert sera formé grâce à la concordance de l'offre et de l'acceptation. En toute logique, l'offre sera donc caduque soit parce que la volonté de l'offrant n'a pas pu se maintenir (a), soit parce que l'acceptation n'a pas pu intervenir (b).

a) Par disparition réelle ou supposée de la volonté d'offrir

797. Décès et perte de capacité de l'offrant – Lorsque l'offrant est devenu incapable d'exprimer sa volonté sainement ou de l'exprimer tout court, l'offre devient caduque. En ce sens, l'art. 1117 al. 2 du code civil énonce que l'offre est caduque « *en cas d'incapacité ou de décès de son auteur* ». Cette disposition est conforme à la jurisprudence antérieure à la réforme, du moins en ce qui concerne le décès de l'offrant.

798. Décès – Dans des arrêts anciens, la Cour de cassation avait admis la caducité de l'offre suite au décès de l'offrant, au motif qu'elle n'était plus portée par la volonté de son auteur²²⁷⁵. Si elle semblait avoir opéré un revirement de jurisprudence en 1983²²⁷⁶, elle était par la suite revenue à cette solution²²⁷⁷. Néanmoins, la question de la caducité de l'offre prêtait toujours à débat dans l'hypothèse particulière où l'offrant avait stipulé un délai, des auteurs soutenant que cela avait pour effet de transformer l'offre en engagement unilatéral de volonté²²⁷⁸. Dès lors, la caducité ne pouvait pas atteindre l'offre suite au décès de l'offrant, ce dernier s'étant engagé à la maintenir. La Cour de cassation a été sensible à cet argument et la solution s'est imposée : en présence d'un délai, l'offre devait être maintenue et transmise aux héritiers suite au décès de l'offrant²²⁷⁹. La solution a encore été implicitement retenue par la Cour de cassation, peu avant l'adoption de la réforme du droit des contrats. Dans un arrêt rendu le 25 juin 2014, elle a en effet jugé que « *l'offre qui n'est pas assortie d'un délai est caduque par le décès de celui dont elle émane avant qu'elle ait été acceptée* »²²⁸⁰. Reposant sur une analyse dualiste de l'offre, cette solution n'a toutefois pas été reprise par

²²⁷⁵ Soc. 14 avril 1961, *Bull. Civ. IV*, n° 441 : « *cette offre devient caduque par le décès du pollicitant (...) ses héritiers ne sauraient être liés par la simple pollicitation de leur auteur* », (*JCP* 1961, II, n° 12, 260 ; *RTD Civ.* 1962. 349, obs. Cornu ; *D.* 1961, 535).

²²⁷⁶ Civ. 3^{ème} 9 novembre 1983, n° 82-12.996, *Bull. Civ. III*, n° 222 ; *RTD Civ.* 1985. p. 154, obs. Mestre.

²²⁷⁷ Civ. 3^{ème} 10 mai 1989, n° 87-18.130, *Bull. Civ. III*, n° 109 ; *D.* 1990, 365, note G. Virassamy, *RTD civ.* 1990. 69, obs. J. Mestre.

²²⁷⁸ AUBERT (J.-L.), th. préc., §130 et s.

²²⁷⁹ Civ. 3^{ème} 10 décembre 1997, n° 95-16.461, *Bull. Civ. III*, n° 109 ; *D.* 1990, p. 365, note G. Virassamy ; *RTD Civ.* 1990. 69, Obs. J. Mestre. À la lecture des faits, les parties semblaient avoir conclu une promesse unilatérale, le « *maintien de l'offre* » étant dès lors davantage justifié par la qualification de promesse.

²²⁸⁰ Civ. 1^{ère} 25 juin 2014, n° 13-16.529, *Bull. civ. I*, n° 117 ; *D.* 2014. 1574, note A. Tadros, 1715 et chron. I. Guyon-Renard ; *D.* 2015. 529, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *AJfamille* 2014. 509, obs. C. Vernières ; *RTD civ.* 2014. 877, obs. H. Barbier ; *JCP* 2014. 960, note J. Antippas ; *RDC* 2014/4, p. 601, Y.-M. Laithier ; *RDC* 2015/1, p. 33, R. Libchaber ; *Gaz. Pal.* 2014, n°191, p. 27, C. Berlaud et n° 289, p. 5, D. Houtcieff ; *Defrénois* 2014, n° 19, p. 1019, J.-B. Seube ; *LPA* 2014, n° 196, p. 16, P.-L. Niel ; *LEDC* 2014, n° 8, p. 1, M. Latina.

l'art. 1117 du code civil qui ne distingue pas selon que l'offre est ou non assortie d'un délai. En toute hypothèse, l'offre deviendrait donc caduque au décès de l'offrant. Cette solution est bienvenue parce que la caducité systématique de l'offre est nécessaire pour préserver sa liberté contractuelle jusqu'à l'ultime moment de formation du contrat. Il ne s'agit pas de dire que l'offrant ne peut plus consentir au contrat : par définition il a déjà émis un consentement, lequel est contenu dans l'offre²²⁸¹. Il s'agit de tenir compte des circonstances nouvelles qui l'empêchent de révoquer l'offre. Le principe de liberté contractuelle, qui doit être préservé jusqu'au tout dernier moment, commande en effet de frapper l'offre de caducité dès lors que l'offrant n'est plus libre, en pratique, de la révoquer. Par ailleurs, nous avons déjà remarqué que le fait pour l'offrant de donner une certaine durée d'efficacité à son offre n'est qu'un moyen de circonscrire dans lesquelles celle-ci peut être acceptée. Cela est en revanche insuffisant à transformer l'offre en engagement unilatéral de volonté insusceptible d'être caduc²²⁸². La solution s'étend d'ailleurs à l'offre de donation, l'art. 936 al. 2 du code civil énonçant en effet que « l'acceptation pourra être faite du vivant du donateur par un acte postérieur et authentique », l'acceptation après le décès du donateur n'étant donc plus possible²²⁸³.

799. Incapacité – L'art. 1117 du code civil vise également l'incapacité de l'offrant. Le législateur a manifestement choisi d'étendre la solution prévue en cas de décès de l'offrant à la simple incapacité. C'est ici la finalité de l'offre, « former un contrat », qui commande sans doute cette solution pragmatique, la capacité de l'offrant étant appréciée au moment de la formation du contrat qui n'est, à cette date, pas encore intervenue. Reste que le défaut de capacité devrait entraîner l'annulabilité de l'acte, non sa caducité. Par ailleurs, l'incapacité est susceptible de degrés²²⁸⁴. Toute incapacité de l'offrant survenue après la formation de l'offre ne fait donc pas nécessairement obstacle à la possibilité de la révoquer, l'offrant pouvant éventuellement bénéficier d'une mesure d'assistance ou de protection. Il a donc été fait le choix de frapper l'offre de caducité, plutôt que d'ouvrir un droit d'agir en nullité contre le contrat issu de l'acceptation. Quoiqu'il en soit, la solution ne doit pas être étendue à l'hypothèse de changement dans la personne de l'offrant, notamment s'il s'agit d'une personne morale dont les organes représentatifs subissent des modifications après émission de l'offre. Dans ce cas en effet, le pouvoir d'émettre une offre n'est pas contestable et il n'est pas non plus fait obstacle à sa libre révocation. Aussi le destinataire qui accepte l'offre ne saurait se prévaloir de sa caducité pour dénier tout effet à son acceptation²²⁸⁵.

²²⁸¹ Comp. : LE TOURNEAU (Ph.) (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 12^{ème} éd. 2020, n° 3112.107, « prévoir le contraire reviendrait à permettre à une personne, pourtant incapable de s'engager, de conclure, malgré tout, un contrat ».

²²⁸² V. *supra*, n° 634.

²²⁸³ L'art. 1055 al. 2 c. civ. prévoit toutefois une exception s'agissant de la donation graduelle, qui peut encore être acceptée par le second donataire après le décès du donateur. Mais on peut douter qu'il s'agisse d'une simple offre. Bien que l'al. 1^{er} accreditte cette idée, le donateur pouvant « révoquer la donation » à l'égard du donataire avant toute acceptation de sa part, ce qui est caractéristique du régime de l'offre, la donation se réalise au moyen d'une charge d'ores et déjà acceptée par le premier donataire. Elle paraît donc être une seconde opération autonome de donation.

²²⁸⁴ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil : Les obligations*, t. 1 – L'acte juridique, Coll. Université, Sirey, 17^{ème} éd. 2022, §211, p. 274.

²²⁸⁵ Soc. 30 mai 2018, n° 17-10.888 et n° 17-11.072, Publié au Bulletin.

800. Expiration du délai prévu – Si la présence d'un délai est insusceptible d'assurer le maintien de l'offre après le décès ou la perte de capacité de l'offrant, elle justifie néanmoins sa caducité dès lors que le délai est écoulé. L'art. 1117 al. 1^{er} du code civil prévoit en effet que « *l'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable* ». Lorsque le délai est fixé par l'offrant, la caducité se justifie évidemment par la nécessité de respecter sa volonté, l'offrant ayant entendu circonscrire le laps de temps pendant lequel le contrat serait susceptible de se former. Lorsque l'offrant n'a pas précisé la durée de son offre, le standard du délai raisonnable prend le relais pour éteindre l'offre automatiquement, partant du principe que l'offrant n'envisage plus sérieusement le contrat au bout d'un certain temps²²⁸⁶. La Cour de cassation a d'ailleurs rappelé qu'il s'agissait bien d'un cas de caducité, ce qui signifie que l'offrant n'a pas à révoquer son offre²²⁸⁷. La question se pose toutefois de savoir si le standard du délai raisonnable est susceptible d'étendre la durée de validité d'une offre si l'offrant encadre lui-même son offre par un délai déraisonnable. À l'heure actuelle, cette question n'est pas tranchée par le Code civil puisque le standard du délai raisonnable permet simplement de dédommager le destinataire suite à la révocation abusive de l'offre. La question se pose donc de savoir si l'expiration du délai entraîne la caducité de l'offre, ou si au contraire, l'acceptation demeure possible à l'issue du délai fixé. La Cour de cassation a opté pour cette dernière solution²²⁸⁸. Dans une affaire où l'offrant avait émis une offre mentionnant « *réponse immédiate souhaitée* », elle a approuvé le raisonnement de la cour d'appel qui avait déduit de cette mention « *que l'offre avait été faite sans stipulation de terme* ». Elle a donc fait abstraction du délai fixé par l'offrant à raison de son caractère déraisonnable. L'offre étant maintenue, elle pouvait toujours être acceptée. Cette solution doit selon nous être abandonnée suite à la réforme de 2016. Nous avons vu en effet que la formation du contrat ne peut pas être forcée même si la révocation de l'offrant intervient en violation de l'obligation de maintien de l'offre pendant un délai raisonnable. Or, l'offrant qui précise un délai pour la validité de son offre, aussi déraisonnable soit-il, entend ne plus conclure le contrat à son issue. C'est dire que ce dernier croit légitimement à la caducité de l'offre par expiration du délai. Assimiler la mention d'un tel délai à une absence de délai revient donc à maintenir l'offre malgré une volonté contraire expresse de l'offrant²²⁸⁹. C'est donc porter directement atteinte à son droit de la révoquer et plus largement, à sa liberté contractuelle. Seule la promesse unilatérale a vocation à ouvrir à son bénéficiaire un temps de réflexion quant à l'opportunité du contrat tout en lui garantissant sa conclusion, le promettant prenant un engagement.

²²⁸⁶ Civ. 3^{ème} 20 mai 2009, n° 08-13.230, *Bull. civ. III*, n° 118 ; *D.* 2009. 1537 ; *AJDI* 2009. 898, obs. F. Cohet-Cordey ; *RTD civ.* 2009. 524, obs. B. Fages ; *CCC* 2009. 214, obs. L. Leveneur ; *RDC* 2009/4, p. 1325, obs. Y.-M. Laithier.

²²⁸⁷ Com. 27 avril 2011, n° 10-17.177, Inédit.

²²⁸⁸ Civ. 3^{ème} 25 mai 2005, n° 03-19.411, *Bull. Civ. III*, n° 117 ; *RTD civ.* 2005. 772, J. Mestre et B. Fages ; *D.* 2005. 2836, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *JCP* 2005, n° 172, p. 1747, obs. P. Grosser. La solution avait déjà été retenue par le passé : Civ. 3^{ème} 20 mai 1992, n° 90-17.647, *Bull. civ. III*, n° 164 – Civ. 3^{ème} 21 octobre 1975, n° 74-11.599, *Bull. Civ. III*, n° 302 – Com. 6 février 1973, n° 72-10.140, *Bull. Civ. IV*, n° 65.

²²⁸⁹ Un auteur s'est d'ailleurs étonné que la Cour de cassation se soit rangée, dans l'arrêt précité, à l'appréciation souveraine des juges du fond. Un délai ayant été expressément stipulé, il n'aurait pas dû y avoir de marge d'interprétation (*JCP* 2005, n° 172, p. 1747, obs. P. Grosser).

À l'inverse, l'offrant ne prend aucun engagement et la possibilité d'encadrer son offre dans un court délai fait donc partie intégrante de sa liberté contractuelle. Il se peut en effet que l'offrant éprouve le besoin légitime de conclure un contrat rapidement ou à défaut, de ne pas le conclure du tout. L'expiration du délai devrait donc entraîner la caducité de l'offre, fondée sur sa volonté réelle ou présumée de ne plus conclure²²⁹⁰. On ajoutera enfin que la caducité qui intervient par expiration d'un court délai ne devrait pas ouvrir un droit à réparation similaire à celui existant suite à la révocation abusive de l'offre. Pour le comprendre, il faut en revenir à la logique de cette réparation : elle permet de dédommager le destinataire qui croyait pouvoir former le contrat. Or, dès qu'il reçoit l'offre encadrée par un court délai, le destinataire est par là même informé du fait que son acceptation devra intervenir rapidement pour conclure le contrat. La caducité de l'offre ne lui cause donc aucun préjudice réparable.

801. Qu'il s'agisse d'une volonté pleinement affirmée (hypothèse du délai exprès), d'une volonté supposée (hypothèse du délai raisonnable) ou d'une perte de volonté supposée (hypothèse de l'incapacité et du décès), la caducité est en définitive toujours justifiée par la nécessité de respecter la volonté de l'auteur de l'acte. Il se peut également que ce soit l'attitude du destinataire qui entraîne la caducité de l'offre.

b) Par disparition de la possibilité ou de la volonté d'accepter

802. Les causes de caducité afférentes à la volonté du destinataire de l'offre se répartissent en deux catégories : celles qui surviennent malgré lui (i) et celles qui surviennent à cause de lui (ii).

i) Malgré lui

803. Décès du destinataire – Le décès du destinataire d'une offre entraîne-t-il sa caducité ? Cette question est importante en pratique parce que la possibilité pour les héritiers du destinataire d'accepter l'offre faite à leur auteur en dépend. La question n'a pourtant pas été réglée par l'ordonnance du 10 février 2016, alors même que la jurisprudence antérieure à la réforme retenait la caducité de l'offre en cas de décès du destinataire²²⁹¹. Pour pallier cette carence, l'alinéa 2 de l'art. 1117 du code civil a été amendé par la loi du 20 avril 2018 portant ratification de l'ordonnance. Il précise désormais que l'offre est caduque en cas de

²²⁹⁰ *Contra*, ANTIPPAS (J.), « De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué », *RTD civ.* 2013. 27. §23. Dans cet article, antérieur à la réforme, l'auteur explique que l'obligation de maintien de l'offre est fondée sur l'exigence de bonne foi dans la période précontractuelle. Par conséquent il estime que, bien que la révocation puisse intervenir en violation du délai prévu par l'offrant, l'offre doit être « maintenue encore durant un délai raisonnable, lequel supplanterait alors le délai initialement indiqué ». Dès lors que l'art. 1116 c. civ. n'opère aucune distinction, selon que la révocation intervient dans un délai raisonnable ou non, elle doit être efficace en toute hypothèse.

²²⁹¹ Civ. 1^{ère} 5 novembre 2008, n° 07-16.505, Inédit ; *D.* 2010. 226, obs. S. Amrani-Mekki.

décès de son destinataire. La raison avancée pour justifier cet amendement lors des débats entourant l'adoption de la loi de ratification devant le Sénat était la volonté de promouvoir des solutions simples²²⁹². L'offre étant caduque en cas de décès de l'offrant, il devrait en aller de même en cas de décès du destinataire. Toutefois un tel argument ne saurait convaincre de la pertinence de cette disposition. Tout d'abord parce que la simplicité n'est pas en soi un fondement des règles juridiques. Ensuite, parce qu'à promouvoir la simplicité, il aurait également fallu retenir que l'offre est caduque en cas d'incapacité du destinataire, ce qui aurait permis d'aller au bout du parallélisme recherché entre le statut de l'offrant et celui du destinataire. La solution promue par la loi de ratification au nom de la simplicité peine donc à être justifiée.

804. La fin d'un pouvoir de fait – Certains auteurs soutiennent que la caducité de l'offre en cas de décès du destinataire aurait dû être cantonnée aux offres faites *intuitu personae*²²⁹³. Selon cette approche, seule la volonté spéciale de contracter à raison de la personnalité du destinataire devrait justifier la caducité de l'offre en cas de décès de ce dernier : étant émise à son seul bénéficiaire, il aurait seul le pouvoir de l'accepter ou de la refuser. Le caractère *intuitu personae* de l'offre ne suffit pourtant pas à la transformer en engagement au maintien. Comme nous l'avons vu, l'offre donne en toute hypothèse naissance à un simple pouvoir de fait et non à un véritable « droit au contrat » qui serait entré dans le patrimoine du destinataire. Que l'offre soit *intuitu personae* ou simplement faite à une personne déterminée, il est donc logique que le décès du destinataire, qui met fin à la situation juridique qui s'est constituée entre ce dernier et l'offrant, entraîne la caducité de l'offre. Seules les offres faites au public sont insusceptibles d'être caduques, faute de destinataire déterminée. Certes, on voit l'intérêt qu'il y aurait à maintenir une offre émise au profit d'une personne déterminée. Imaginons une entreprise qui émet une offre en vue de la conclusion d'un contrat de rénovation d'un local d'habitation, ce qui est à n'en pas douter, une offre à personne déterminée²²⁹⁴. Les tiers, en particulier les héritiers du propriétaire, peuvent avoir intérêt à accepter l'offre qui a été faite à leur ascendant, en particulier ceux qui ont vocation à recevoir le bien dans la succession. Pourtant la caducité a l'avantage de sécuriser la position de l'offrant : dès lors que le destinataire de l'offre décède, il est à l'abri que l'offre soit acceptée par des héritiers dont il ne connaît vraisemblablement pas l'identité. Par ailleurs, rien ne l'empêche d'émettre une nouvelle offre, voire d'accepter à son tour une offre qui serait formulée par les héritiers.

805. Cas particulier de l'offre de donation – La donation étant un contrat, elle constitue une simple « offre de donation » avant toute acceptation par le légataire. Dès lors, elle obéit à l'art. 1117 du code civil

²²⁹² MEKKI (M.), « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », *D.* 2018. 900, §27.

²²⁹³ *Ibid.* ; PELLET (S.), « La formation du contrat », *AJ contrat* 2018, 254 ; MAZEAUD (D.), « Quelques mots sur la réforme du droit des contrats », *D.* 2018, 912, n° 10 ; DESHAYES (O.), GENICON (Th.), LAITHIER (Y.-M.), « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 », *JCP* 2018, n° 18, doct. 529, §21.

²²⁹⁴ On remarque par ailleurs qu'elle n'est pas *intuitu personae*, sauf volonté spécialement exprimée par l'offrant : ce qui importe c'est que la prestation porte sur le local désigné.

et devient caduque en cas de décès de son destinataire, c'est-à-dire en cas de décès du donataire désigné, intervenu avant toute acceptation de sa part. Si cette hypothèse particulière mérite d'être traitée, c'est parce qu'elle permet d'apporter des précisions sur l'art. 906 al. 1^{er} du code civil qui énonce que « *pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation* ». Cette disposition présente selon nous deux défauts. Tout d'abord, elle qualifie de donation ce qui n'est en réalité qu'une offre de donation, le donataire simplement conçu n'étant en effet qu'un acceptant potentiel de la donation. Surtout, elle ne précise pas la sanction attachée à l'offre de donation qui serait formulée à l'égard d'une personne non encore conçue, ou à l'égard d'une personne effectivement conçue au jour de l'offre, mais qui n'est finalement pas née viable. L'alinéa 3 du même article se contente de préciser que « *la donation ou le testament n'auront d'effet qu'autant que l'enfant sera né viable* ». À la lumière des conclusions tirées précédemment pour le testament²²⁹⁵, il convient de remarquer que la sanction qui s'impose est la caducité. Outre que le texte vise l'« *effet* » de la donation qui ne peut survenir, il apparaît que si une offre de donation est formulée à l'égard d'une personne non viable, la présomption d'existence ne peut pas jouer dans ce cas. Par conséquent, le pouvoir de fait censé naître au profit du destinataire ne saurait se constituer. Si l'offre est formulée à l'égard d'une personne viable en revanche, la présomption de l'*infans conceptus* permet de lui conférer le pouvoir d'accepter la donation²²⁹⁶. La caducité s'imposera seulement si l'enfant ne naît pas viable, le destinataire n'étant pas susceptible d'accepter l'offre. Ces précisions sur la sanction sont importantes, car les régimes juridiques de la nullité et de la caducité pourront être distingués²²⁹⁷.

806. Incapacité du destinataire (non) – Le silence de l'art. 1117 du code civil s'oppose en revanche à ce qu'on étende la caducité au cas d'incapacité du destinataire. Cela vaut d'autant plus que l'incapacité du destinataire empêche simplement ce dernier d'accepter *valablement* l'offre qui lui a été faite. En principe, l'acceptation reste donc possible malgré l'incapacité. Si le destinataire de l'offre est atteint par une incapacité, il s'agira en effet d'une incapacité *ab initio*, dès l'émission de l'acceptation. La formation du contrat interviendra dès sa réception par l'offrant, de sorte qu'il pourra simplement être annulé conformément à l'art. 1145 du code civil qui exige la capacité des parties. L'incapacité du destinataire ne suffit donc pas à rendre l'offre caduque. Bien au contraire, elle s'est parfaite par la conclusion du contrat, qui encourt seul la nullité. Par ailleurs, l'acceptation peut être valablement émise si les règles de protection prévues par la loi sont remplies. Cela ressort très clairement des textes prévus pour l'offre de donation, le Code civil détaillant précisément les conditions devant permettre au donataire de l'accepter valablement (art. 933 à 937 c. civ.).

²²⁹⁵ V. *supra*, n° 785.

²²⁹⁶ Si la fiction de l'*infans conceptus* permet de doter l'enfant conçu d'un patrimoine, apte à recevoir des biens et droits, elle permet *a fortiori* de lui attribuer un pouvoir de fait, celui d'accepter l'offre en l'occurrence.

²²⁹⁷ V. *infra*, n° 824.

ii) Volu par lui

807. Refus exprès du destinataire – L’offre devient également caduque lorsque, émise à destination d’une personne déterminée, celle-ci la refuse²²⁹⁸. En indiquant qu’il refuse de contracter, le destinataire de l’offre fait en effet disparaître l’éventualité : le contrat ne se formera pas. La question se pose toutefois de savoir si le destinataire peut rétracter son refus. Pour le savoir il est essentiel de rechercher si l’acte de refus est un acte unilatéral réceptice ou non réceptice : dans le premier cas seulement il sera permis au destinataire de rétracter son refus, à la condition toutefois que la rétractation parvienne à l’offrant avant l’acte de refus. C’est la solution qui doit prévaloir. Si elle n’est pas explicitement retenue par le Code civil, elle est directement calquée sur la solution prévue par les textes en cas de rétractation de l’acceptation. Nous avons vu en effet que l’acceptation pouvait être rétractée à condition que l’acte de rétractation parvienne à l’offrant avant l’acceptation précédemment émise²²⁹⁹. En toute logique, le destinataire est donc également libre de rétracter son refus tant que l’acte de rétractation parvient à l’offrant avant le refus précédemment émis. Une fois le refus réceptionné par l’offrant une telle rétractation ne semble en revanche plus possible parce que l’acte unilatéral de refus est définitivement formé et a déjà produit effet. C’est dire que le refus partage une autre caractéristique avec l’acceptation : son caractère performatif, produisant son effet extinctif dès sa réception par l’offrant, c’est-à-dire dès sa formation définitive²³⁰⁰. En principe, le destinataire ne peut donc plus changer d’avis et accepter l’offre. La sécurité juridique commande d’admettre que le refus de contracter entraîne la caducité de l’offre²³⁰¹, dont nous verrons qu’elle a pour propriété d’être définitive. D’où la nécessité pour le destinataire d’être très prudent lorsqu’il refuse une offre, comme l’illustre d’ailleurs le contentieux pléthorique concernant le refus d’une offre d’indemnisation formulée par l’assureur suite à un sinistre.

808. Refus implicite : la contre-proposition – Si l’offre réceptionnée ne convient pas au destinataire, ce dernier peut formuler une acceptation avec réserves. Il est toutefois plus judicieux de la qualifier de « contre-offre » ou de « contre-proposition » : d’une part, le destinataire n’accepte pas la proposition qui lui est faite, de sorte qu’il ne s’agit pas d’une acceptation ; d’autre part, il propose un accord différent, ce qui revient à émettre une offre²³⁰². Dans ce cas, il se produit une inversion des rôles, le destinataire initial

²²⁹⁸ Civ. 1^{ère} 6 janvier 2011, n° 09-71.201, *Bull. Civ. I*, n° 4 ; *D.* 2011. 238, I. Gallmeister ; *D.* 2011. 2565, A. Laude ; *D.* 2012. 47, O. Gout.

²²⁹⁹ *V. supra*, n° 728.

²³⁰⁰ Art. 2.5 Unidroit : « *L’offre prend fin lorsque son rejet parvient à son auteur* » ; Art. 2:203 PDEC : « *L’offre prend fin lorsque son rejet parvient à l’offrant* ».

²³⁰¹ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *op. cit.*, §215 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *op. cit.*, §181.

²³⁰² Si l’acceptation non conforme peut valoir comme contre-proposition, l’art. 1118 al. 3 du code civil reconnaît toutefois implicitement que ce n’est pas le cas systématiquement, puisqu’il énonce que « *l’acceptation non conforme à l’offre est dépourvue d’effet, sauf à constituer une offre nouvelle* ». Pour valoir offre, la proposition doit donc répondre aux exigences de formation de l’offre.

devenant offrant. Cela pose la question de la permanence de la première offre : l'émission d'une contre-proposition a-t-elle pour effet de rendre l'offre antérieure caduque ? Certains auteurs l'affirment clairement²³⁰³ et il s'agit de la solution retenue par la *Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises*²³⁰⁴. La solution ne s'impose toutefois pas avec évidence. On pourrait en effet penser que l'offre initiale se maintient malgré la formulation d'une contre-proposition, la conséquence pratique étant que l'offre initiale peut encore être acceptée par le destinataire²³⁰⁵. Pour savoir quelle solution retenir, caducité ou permanence de l'offre initiale, il convient de savoir si l'offre nouvelle comporte un refus, dont on sait qu'il fait obstacle à la perfection de l'offre. La Cour de cassation semble avoir retenu cette solution, ayant approuvé une cour d'appel d'avoir retenu que « *la vente ne s'était pas formée et que l'offre était devenue caduque* » suite à l'émission de la contre-proposition²³⁰⁶. Un refus implicite serait donc contenu dans toute contre-proposition : en modifiant les éléments essentiels de l'offre initiale, le destinataire exprimerait nécessairement son refus²³⁰⁷. L'offre initiale serait donc caduque, ce qui présente l'avantage d'interdire les revirements de volonté multiples et attentatoires à la sécurité juridique de l'offrant ; ce dernier devant pouvoir compter sur la parole du destinataire, qu'il soit acceptant ou devenu offrant.

4 – Caducité du contrat de mariage

809. Obstacle au mariage et régime matrimonial – L'entrée en vigueur du régime matrimonial étant indissociable de la naissance du lien matrimonial, le contrat de mariage perd toute raison d'être si le mariage n'est pas célébré. Le contrat de mariage devrait donc devenir caduc si le mariage ne s'en suit pas²³⁰⁸. En pratique, la non-célébration du mariage ne suffit toutefois pas à faire défaillir la condition de perfection dans la mesure où il s'agit d'un non-événement. Pour que le contrat soit caduc, il faudrait donc identifier un terme qui enserré l'accomplissement de la condition de perfection. À première vue, un terme semble pouvoir être décelé dans la date de célébration du mariage, dont la fixation est imposée par la loi notamment pour satisfaire aux obligations de publicité préalable (art. 163 c. civ.). L'absence de célébration du mariage à la date convenue pourrait ainsi entraîner la défaillance de la condition²³⁰⁹. Il faut toutefois reconnaître que l'interprétation des textes n'incite pas à retenir cette solution. L'art. 65 du code civil prévoit en effet que «

²³⁰³ AUBERT (J.-L.), th. préc., §297 ; FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, t. I, op. cit.*, §434 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *op. cit.*, §183, note n° 1.

²³⁰⁴ Art. 19. 1 de la Convention du 11 avril 1980 : « *Une réponse qui tend à l'acceptation d'une offre, mais qui contient des additions, des limitations ou d'autres modifications, est un rejet de l'offre et constitue une offre nouvelle* ».

²³⁰⁵ En ce sens : Civ. 3 février 1919, *DP*, 1923, I, 126 – Civ. 1^{ère} 28 mai 1952, *Bull. Civ. I*, n° 183 – Civ. 3^{ème} 4 février 1973 ; *D.* 1973, 663 ; *Defrénois* 1974, art. 30547, p. 289, obs. J.-L. Aubert.

²³⁰⁶ Civ. 3^{ème} 17 novembre 2009, n° 08-20.770, Inédit. V. égal. : Civ. 3^{ème} 13 octobre 2009, n° 08-18.172, Inédit.

²³⁰⁷ CERQUEIRA (G.), « Le critère de qualification de l'acte juridique réceptice », art. préc., §39, p. 173.

²³⁰⁸ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Contrat de mariage », préc., §225 ; CABRILLAC (R.), *Droit des régimes matrimoniaux, op. cit.*, §325 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, §149 et §195 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *op. cit.*, §832 ; REVEL (J.), *Les régimes matrimoniaux*, Cours Dalloz, 10^{ème} éd., 2020, §108 ; VOIRIN (P.), GOUBEUX (G.), *Droit civil, t. II, op. cit.*, §70.

²³⁰⁹ Selon certains auteurs on peut considérer dans ce cas, que « le projet de mariage est rompu », VOIRIN (P.), GOUBEUX (G.), *Droit civil, t. II, op. cit.*, §70.

si le mariage n'a pas été célébré dans l'année, à compter de l'expiration du délai de la publication, il ne pourra plus être célébré qu'après une nouvelle publication faite dans la forme ci-dessus ». Sauf à ce qu'un terme exprès ait été prévu, le simple fait de procéder à une nouvelle publication devrait donc suffire à assurer la reprise du contrat de mariage, ce dernier n'étant pas devenu caduc par le simple dépassement de la date. La caducité du contrat de mariage pourrait toutefois survenir suite à une impossibilité véritable de le parfaire, la célébration du mariage étant proscrite. Deux hypothèses peuvent être envisagées : à la fois le décès d'un des futurs époux, le mariage *post mortem* étant prohibé²³¹⁰, mais aussi le mariage d'une des parties au contrat de mariage avec une autre personne, l'obstacle de la polygamie faisant obstacle au mariage. Dans ces deux situations, le contrat de mariage deviendrait caduc en raison de l'obstacle à sa perfection²³¹¹.

810. Divorce et sort des avantages matrimoniaux ou donations – L'opération réalisée par le contrat de mariage ne saurait toutefois être réduite au choix d'un régime matrimonial. Même si cette opération lui est intimement liée, la volonté d'avantager un époux lors de la liquidation du régime matrimonial constitue également une opération que l'on nomme « avantage matrimonial » et dont la réalisation dépend de la dissolution du régime matrimonial. Il peut s'agir par exemple d'une clause de partage inégal ou d'une clause de préciput, ces clauses étant destinées à avantager un des époux au moment de la liquidation du régime matrimonial. Pour que cette opération se réalise, la dissolution ne doit toutefois pas intervenir par le divorce des époux, car ce dernier fait nécessairement disparaître la volonté d'avantager l'autre époux. En ce sens, l'art. 265 al. 2 du code civil retient que « *le divorce emporte révocation de plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux* ». Même si le texte évoque une révocation de plein droit, nous avons constaté qu'il s'agissait d'une hypothèse de caducité²³¹². Elle intervient ici en raison de l'obstacle mis à la perfection de l'acte : l'opération ne peut pas s'accomplir, sa réalisation ayant été suspendue à la dissolution du régime matrimonial autrement que par un divorce. La solution s'étend aux donations à cause de mort (« au dernier vivant ») en application de l'art. 1096 al 1^{er} du code civil. Par exception au principe d'irrévocabilité des donations déjà rencontré²³¹³, l'acte peut être atteint par la caducité précisément parce qu'il est un acte imparfait. L'opération ne s'étant pas encore réalisée et n'étant plus motivée, le divorce prononcé fait obstacle au perfectionnement. Toutefois cette volonté présumée peut tomber si l'époux qui a consenti l'avantage décide de le maintenir malgré le divorce (art. 265 al. 2 c. civ.). Une exception existe également pour la clause dite « alsacienne », qui permet à l'époux de reprendre les biens apportés à la communauté au moment du divorce (art. 265 al. 3 c. civ.).

²³¹⁰ Paris, 1^{ère} ch. civ. 14 décembre 1999, *JurisData* n° 104435.

²³¹¹ La caducité ne devrait toutefois pas s'étendre aux opérations effectuées dans le contrat de mariage par pure opportunité. N'étant pas justifiées par le mariage à venir (sauf indication expresse contraire), elles devraient être maintenues selon une jurisprudence ancienne et constante (CHAMPION (J.), *Patrimoine du couple*, Ed. Delmas, 13^{ème} éd. 2011-2012, n° 31.14).

²³¹² C'est ce que confirmera ultérieurement son intervention de plein droit, sur laquelle v. *infra*, n° 817.

²³¹³ V. *supra*, n° 367.

Mis à part ces cas particuliers, le divorce constitue un obstacle à la réalisation de l'opération, justifiant la caducité.

811. Conclusion du §2 – En définitive, il apparaît que la défaillance de la condition de perfection justifie la caducité de l'acte. L'offre, la promesse, le testament et le contrat de mariage seront caducs si un obstacle est mis à la réalisation de la finalité, ou au contraire, si l'obstacle qui était mis à la réalisation de l'opération ne peut pas être levé. Les cas de caducité sont donc la réciproque exacte des conditions de perfection de l'acte, ce qui donne une cohérence certaine à la matière.

812. Conclusion de la section 2 – Définitivement formé, l'acte prospectif se trouve donc face à une véritable alternative quant à son devenir. Cette alternative est intimement liée à son imperfection et au fait qu'une condition de perfection, qui est par définition adventice à sa formation, fait encore défaut pour la réalisation de sa finalité. Sa réalisation étant éventuelle, l'acte peut aussi bien se parfaire si la condition de perfection s'accomplit, qu'être caduc si la condition de perfection défaille. L'identification de la condition de perfection a donc permis de cerner plus exactement le moment auquel l'acte prospectif devient parfait. Elle a aussi permis de dresser un inventaire des cas de caducité de cet acte, certains d'entre eux étant parfois discutés faute d'avoir remarqué que la perfection et la caducité constituent un véritable tandem.

813. Conclusion du Chapitre 1 – L'existence d'une alternative entre la perfection et la caducité renforce ainsi la discordance précédemment mise en évidence entre la formation de l'acte et sa perfection. Elle permet également de renforcer le lien étroit qui unit la notion de perfection à celle de caducité. Ayant remarqué qu'un acte juridique parfait dès sa formation pouvait devenir caduc par suite de l'accomplissement d'une condition extinctive, ce que l'art. 1186 du code civil qualifie de « *disparition d'un élément essentiel* »²³¹⁴, on remarque désormais qu'un acte imparfait peut devenir caduc faute de s'être parfait. La mise en évidence de cette alternative paraît véritablement bénéfique, car elle permet de circonscrire avec une plus grande précision les hypothèses de perfection et de caducité de l'acte. Elle permet également de détailler le régime de la condition de perfection, en remarquant notamment que la condition suspensive n'est pas la seule modalité susceptible de suspendre la réalisation d'une opération juridique. En toute hypothèse, c'est-à-dire, quelle que soit la branche de l'alternative à s'accomplir – perfection ou caducité – le sort de l'acte sera scellé ultérieurement à sa formation. C'est ce qu'il convient désormais de préciser par l'étude des modalités du dénouement de l'alternative.

²³¹⁴ V. *supra*, n° 336 et s.

CHAPITRE 2

Dénouement de l'alternative

814. Règlement du sort de l'acte prospectif – Les deux branches de l'alternative face à laquelle se trouve l'acte prospectif étant précisées, il convient désormais de nous attarder sur son dénouement. D'une part, il apparaît que la perfection et la caducité constituent un véritable « tandem », et ce, malgré l'opposition radicale de leurs effets. Comme tout acte juridique, l'acte prospectif établit en effet une relation de dépendance entre l'opération juridique finale et une condition de perfection. D'autre part, et bien qu'intervenant de manière différée, ce dénouement obéit aux mêmes propriétés que l'acte performatif. L'étude des modalités du dénouement de l'alternative permet en effet de démontrer que les propriétés attachées à la perfection de l'acte juridique performatif se retrouvent pour l'acte prospectif : le dénouement de l'alternative se fera de manière *immédiate* et *définitive*, que l'acte soit caduc ou parfait²³¹⁵. Selon nous, ces deux caractères du dénouement de l'alternative doivent être défendus. Parce qu'il s'agit en effet de sceller le sort d'un acte sur la base d'un présupposé établi lors de sa formation et en principe connu de ses auteurs, le dénouement de l'alternative doit intervenir de plein droit (Section 1). Parce qu'il s'agit également de mettre fin à une période d'incertitude qui a suffisamment duré, le dénouement de l'alternative doit intervenir de manière définitive (Section 2).

Section 1

Un dénouement de plein droit

815. Le plein droit « différé » – Le plein droit est un élément caractéristique de la notion de perfection. Simplement, tandis que l'acte performatif réalise l'opération juridique par le fait même de sa formation, l'acte prospectif réalise cette opération lorsque la condition de perfection s'accomplit. L'acte formé constitue donc un présupposé sur la base duquel l'opération pourra se réaliser de plein droit dès lors que la condition de perfection se sera elle-même accomplie. Il en va de même dans l'hypothèse inverse, si la condition de perfection défaille. Là encore, la conséquence ne se fait pas attendre, l'acte étant caduc de plein droit. L'alternative entre la caducité et la perfection est donc tranchée de plein droit à l'issue de la période d'imperfection, c'est-à-dire automatiquement (§1) et sans rétroactivité (§2).

²³¹⁵ Sur le caractère immédiat et définitif de la perfection au moment de la formation de l'acte performatif, v. *supra*, n° 265.

§1 - L'AUTOMATICITÉ

816. Effet (ou non-effet) automatique – Le plein droit est souvent associé à l'automaticité²³¹⁶. En l'occurrence, l'automaticité caractérise très largement le mode opératoire de l'acte prospectif puisqu'elle atteint chacune des branches de l'alternative dès lors que la condition de perfection s'accomplit ou défaille : dans le premier cas, l'acte devient parfait et les effets inhérents à sa finalité se produisent (A), dans le second cas l'acte est caduc et les effets potentiels sont alors assurés de ne pas se produire (B). Cette automaticité, dont nous verrons qu'elle a parfois été critiquée²³¹⁷, doit selon nous être défendue, car elle permet ni plus ni moins de respecter la force obligatoire attachée à l'acte dès sa formation.

A - La perfection ou le déclenchement des effets potentiels

817. Déclenchement automatique des effets – L'automaticité est souvent présentée comme un trait classique du jeu de la condition suspensive²³¹⁸. En réalité elle s'étend à l'ensemble des conditions de perfection. Si la réalisation de l'opération intervient automatiquement, c'est essentiellement parce que les modalités de perfection, de même que les effets inhérents à l'opération, sont connus par avance. Ce faisant, elle ne s'appuie pas seulement sur une approche conceptuelle du droit, de sorte qu'elle devrait s'effacer devant une approche réaliste du droit²³¹⁹. Un principe essentiel du droit des contrats – et plus largement des actes juridiques, commande le maintien de l'automaticité : la force obligatoire de l'acte.

818. Prédétermination des effets de l'opération – Comme l'a remarqué un auteur, « l'effet de plein droit ne renvoie pas à la conséquence produite sur le droit, mais au procédé qui y conduit »²³²⁰. La remarque est importante parce qu'elle indique que la condition de perfection joue un rôle de déclenchement des effets que l'acte avait déjà l'aptitude de produire²³²¹. Partant, l'automaticité de la condition est justifiée par le fait qu'elle constitue le seul élément manquant pour la perfection de l'acte. Prenons l'exemple d'une promesse, qu'elle soit conditionnelle ou optionnelle. Si l'opération promise est une vente immobilière, le spectre des obligations comprendra les obligations inhérentes à la vente. S'il s'agit plus précisément d'une vente immobilière, les parties devront également concourir à l'établissement de l'acte authentique, qui est un

²³¹⁶ V. *supra*, n° 267.

²³¹⁷ V. *infra*, n° 825, sur le caractère « relatif » de la caducité.

²³¹⁸ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *op. cit.*, §1345 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *op. cit.*, §844.

²³¹⁹ TIREL (M.), *L'effet de plein droit*, Nvll. bibl. de thèses, vol. 178, Dalloz, 2018, §414.

²³²⁰ TIREL (M.), th. préc., §11.

²³²¹ La remarque sera également importante pour comprendre que la caducité, qui correspond à une « inefficacité » et donc à une absence d'effet, puisse intervenir de plein droit. Simple procédé de déclenchement, sa défaillance justifie alors l'absence d'effets de droit comme règlement du sort de l'acte. V. *infra*, n° 824.

« aspect de l'obligation de délivrance »²³²². Les parties ayant consenti à l'opération dès la formation de l'acte, il semble logique que ces obligations naissent automatiquement. Le raisonnement doit être étendu à l'ensemble des actes prospectifs. Dans le cas de l'offre par exemple, l'acceptation nécessaire à sa perfection permettra simplement à la norme contractuelle d'ores et déjà élaborée par l'offrant d'entrer en vigueur. L'acceptation constitue donc un acte déclaratif dont l'effet normatif n'est qu'indirect²³²³.

819. Prédétermination des modalités de la perfection – Cela vaut d'autant plus que le consentement à l'acte vaut consentement aux modalités de sa perfection. Pour reprendre le cas de la promesse, les parties consentent tout autant à l'opération promise qu'à la condition suspensive ou à l'option. Le raisonnement est identique lorsque la condition de perfection est prévue par la loi. L'auteur d'un acte est en effet présumé savoir dans quelles conditions l'acte prospectif prendra effet. En application de l'art. 1114 du code civil, l'offrant doit ainsi savoir que l'acceptation emportera la naissance du contrat défini dans l'offre. Comme le note un auteur, « la force de cet acte unilatéral est que, s'il embrasse les termes de l'offre, il oblige nécessairement »²³²⁴. De la même manière, les parties au contrat de mariage sont réputées savoir que ce dernier entrera en vigueur au moment de la célébration du mariage, en application de l'art. 1395 du code civil. Cette automaticité s'impose d'ailleurs également pour le régime légal, qui sera appliqué de plein droit aux époux n'ayant pas conclu de contrat de mariage, comme le prévoit cette fois-ci l'art. 226 du code civil en visant « *le seul effet du mariage* ». De même, la dévolution voulue par le testateur vaudra immédiatement à son décès, en application de l'art. 720 du code civil qui énonce *in limine* que les successions s'ouvrent par la mort. L'art. 1014 du code civil étend expressément cette solution au legs en énonçant que « *tout legs pur et simple donnera au légataire, du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée, droit transmissible à ses héritiers ou ayants cause* ». L'art. 721 du code civil qui ouvre un droit d'option, fondera par ailleurs le droit pour le légataire de parfaire le legs en l'acceptant. Dans chacune de ces hypothèses, la perfection de l'acte dépend ainsi d'un fait *objectif* connu à l'avance. Partant, il est logique que les effets se déclenchent dès sa survenance. D'où on voit qu'il ne faut pas nécessairement opposer le mode opératoire de l'acte juridique et celui du fait juridique : comme le fait, l'acte prospectif déclenche des effets sur la base d'une « règle à contenu conditionnel ("si... alors...") qui attache une certaine conséquence (en l'occurrence, la naissance d'une obligation) à une certaine condition »²³²⁵.

²³²² MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, §120.

²³²³ En ce sens M. Amselek a remarqué que les actes déclaratifs, s'ils ne donnent pas naissance à une nouvelle norme, permettent toutefois de donner effet à une norme préexistante. « ... on peut assimiler, d'une certaine manière, les actes déclaratifs à des actes directifs de conduite au second degré, des actes en quelque sorte de directivité indirecte : en déclenchant le jeu de certaines dispositions de la réglementation juridique, on aboutit indirectement à commander la conduite de ceux qui sont visés par ces dispositions », AMSELEK (P.), *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, 2012, rééd. 2022, Ed. Panthéon-Assas, « Itinéraire II : « Qu'appelle-t-on édicter des règles juridiques » ?, Théorie des actes de langage et théorie du droit », p. 332.

²³²⁴ PIMONT (S.), « Entre promesses et actes unilatéraux, les théories de la formation du contrat », in : *Promesses et actes unilatéraux*, Poitiers, LGDJ, 2010, p. 83, spéc. p. 96.

²³²⁵ AMSELEK (P.), « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », in : *La pensée de Charles Eisenmann*, PUAM, 1986, p. 31, spéc. p. 36. Amselek décrit ici le mode opératoire du décès, qui lui paraît caractéristique du fait juridique, par opposition à l'acte juridique qui produit effet à raison de la volonté de son auteur.

820. Conséquences de l'automatisme – Du fait de l'automatisme, toute incursion de la volonté du juge ou des personnes intéressées à l'acte²³²⁶ entre l'accomplissement de la condition et la perfection de l'acte, aurait pour effet de diminuer sa force obligatoire. Pour cette raison, la perfection intervient de manière extravolontaire et extrajudiciaire.

821. L'absence d'appréciation volontaire – À raison de son automatisme, le dénouement de l'alternative intervient de manière extravolontaire. Il se peut évidemment que l'une des personnes intéressées à l'acte ait la maîtrise de l'acte perfecteur, comme c'est le cas par exemple du titulaire de l'option dans la promesse unilatérale. Une nette distinction doit toutefois être réalisée entre le fait volontaire érigé en condition de perfection, que nous avons nommé « fait perfecteur », et l'appréciation volontaire de la perfection. Cette distinction étant opérée, le caractère extravolontaire interdit aux personnes intéressées à l'acte d'avoir une prise sur le dénouement de l'alternative, en l'éclipsant par avance ou en y faisant obstacle²³²⁷. Le caractère extravolontaire se justifie pleinement par l'objectivité de l'événement conditionnel, que les parties l'aient librement convenu entre elles²³²⁸, ou que la loi l'ait elle-même précisé de sorte que l'auteur de l'acte est censé le connaître. Celui qui conclut une promesse optionnelle ne peut donc pas faire obstacle à la levée de l'option par le bénéficiaire. Il ne peut davantage ignorer la perfection de l'acte intervenue par la levée régulière de l'option. Cet automatisme se mesure à l'aune de la dispense de procéder à une mise en demeure, que l'acte soit devenu parfait par l'accomplissement de la condition²³²⁹ ou par la levée de l'option²³³⁰. De même, celui qui émet une offre ne peut empêcher le destinataire de l'accepter et ignorer qu'un contrat est né consécutivement à l'acceptation. À ce stade il convient de rappeler que la perfection de l'acte juridique ne se confond pas avec son effectivité. Ainsi, le fait que les parties soient liées par la perfection de l'acte ne signifie pas pour autant qu'il soit inutile de s'en prévaloir²³³¹. Il est bien évident que si l'acte est devenu parfait mais que le bénéficiaire ne s'en prévaut jamais, il restera lettre morte en pratique. Cela relevant de l'effectivité des effets, il n'est toutefois pas porté atteinte à la perfection de l'acte. C'est même la perfection

²³²⁶ L'expression « personnes intéressées à l'acte » peut sembler maladroite. Elle permet toutefois de viser aussi bien les parties au contrat que le destinataire de l'acte unilatéral.

²³²⁷ Sur la définition du caractère extravolontaire, bien que l'auteur réfute sa réalité : TIREL (M.), th. préc., §324 et s. L'auteur réfute également l'irréversibilité de l'effet de plein droit, qu'elle considère comme un aspect du caractère extravolontaire (§422 et s.). Nous l'étudierons ultérieurement en remarquant qu'un principe d'irréversibilité existe bel et bien et s'explique par la nécessité de mettre définitivement fin à la période d'imperfection. V. *infra*, n° 858 et s.

²³²⁸ En ce sens, proposant de modifier la rédaction de certaines clauses de condition suspensive afin de préserver leur objectivité : BRENAC (Ch.), THIOYE (M.), « Heurs et malheurs d'une condition suspensive de pratique courante : plaider pour un retour à une lecture rigoureuse de la loi », *AJDI* 2019. 614.

²³²⁹ Civ. 3^{ème} 10 juin 1971, n° 69-14.008, *Bull. Civ. III*, n° 375 – Civ. 3^{ème} 9 janvier 1980, n° 78-13.720, *Bull. Civ. III*, n° 12 (pour une condition résolutoire)

²³³⁰ Sauf dans l'hypothèse où la promesse n'était affectée d'aucun terme. Dans ce cas il nous semble préférable d'imposer la mise en demeure de lever l'option, pour respecter l'équilibre des droits des parties, v. *supra*, n°

²³³¹ La technologie des *smart contracts* pourrait servir à automatiser la réalisation des contrats imparfaits, par avance. L'accomplissement de la condition de perfection suffirait à déclencher l'exécution des obligations convenues entre les parties. En ce sens, M. Roda estime faisable « un smart contract au soutien d'une promesse unilatérale de vente d'immeuble : dès lors que l'acheteur lève l'option dans les délais, le programme entérine la vente », RODA (J.-C.), « Smart contracts, dumb contracts ? », *Dalloz IP/IT*, p. 397. Sur les *smarts contracts*, v. *supra*, n° 301 et s.

automatique qui permet aux bénéficiaires de l'acte d'en demander l'observation. Ainsi, lorsque la promesse devient parfaite, l'étape de signature définitive qui suit, classiquement appréhendée comme un procédé permettant de former un contrat définitif, constitue une formalité ayant « pour seul objet de constater le bon dénouement de l'opération »²³³².

822. L'absence d'appréciation judiciaire – Le caractère extrajudiciaire de la perfection participe aussi de son automaticité, ce qui n'est là encore pas synonyme d'absence totale d'intervention d'un juge. Aussi automatique soit-elle, la perfection peut en effet donner lieu à un litige. Cela est bien connu en présence d'une condition suspensive, le juge étant souvent amené à vérifier que l'événement conditionnel s'est produit. Dans ce cas, il lui appartient de vérifier la « réalité de la dissipation de l'incertitude »²³³³. Il peut également être amené à interpréter la volonté des parties pour pallier la description imprécise de l'événement conditionnel et remédier éventuellement à son absence d'objectivité. Dans chacune de ces hypothèses, il n'est pourtant pas porté atteinte au caractère extrajudiciaire de la perfection²³³⁴. Ce dernier implique en effet deux choses : d'une part, il ne doit pas être nécessaire de saisir le juge pour qu'il prononce la perfection, d'autre part, ce dernier ne doit avoir aucune marge d'appréciation quant à l'opportunité de la perfection s'il est saisi d'un litige. Cela étant, la perfection intervient bel et bien extrajudiciairement. Il n'est en effet pas nécessaire d'avoir recours au juge pour réaliser la condition de perfection ; celle-ci se réalise d'elle-même, *ipso jure*. Par ailleurs, même si le juge est saisi d'un litige, il ne peut pas apprécier l'opportunité de l'issue à donner à l'acte, la perfection étant intervenue en amont de sa saisine. Là encore, le juge, qui tire toutes les conséquences de l'accomplissement d'une condition, « fait application (active) de la force obligatoire du contrat »²³³⁵. Cela n'est évidemment pas sans rappeler la reconnaissance par le juge de la perfection d'un acte performatif, dès lors que les conditions de sa formation sont réunies²³³⁶. Le jugement de perfection est donc déclaratif, le juge se bornant à constater que l'acte est devenu parfait avant son intervention²³³⁷.

823. L'acte prospectif sera donc parfait automatiquement, dès l'accomplissement de la condition de perfection. Cette automaticité se retrouve dans l'autre branche de l'alternative, c'est-à-dire lorsque l'acte prospectif est atteint par la caducité.

²³³² HERRNBERGER (O.), « Et si on repensait le *tandem* promesse de vente/vente », *JCP N* 2017, 261.

²³³³ LATINA (M.), th. préc., p. 393.

²³³⁴ Sur la nécessité de reformuler le caractère extrajudiciaire de l'effet de plein droit : LATINA (M.), th. préc., p. 455 ; TIREL (M.), th. préc., p. 261 et s. *Contra*, faisant une lecture stricte du caractère extrajudiciaire : CHAABAN (R.), th. préc., p. 439.

²³³⁵ LEVACHER (R.), *La règle contractuelle dans l'ordre juridique : contribution à l'analyse normative du contrat*, th. dactyl., Nantes, 2007, p. 323. Le raisonnement peut évidemment être étendu à l'acte unilatéral, l'efficacité normative étudiée par l'auteur n'étant pas l'apanage du contrat.

²³³⁶ V. *supra*, n° 411 et s.

²³³⁷ MAZEAUD (L.), « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs », *RTD Civ.* 1929. 17.

B - La caducité ou la destruction de la potentialité des effets

824. Annihilation automatique des effets – À l'inverse de la perfection, la caducité permet de faire « tomber » un acte, d'entraîner sa « chute ». Elle est une « inefficacité « de droit » »²³³⁸, qui emporte la destruction de la potentialité des effets d'un acte prospectif. L'acte atteint par la caducité reste donc lettre morte : les droits inhérents à cette opération sont « mort-nés », avec toute l'ambiguïté que cette formule induit, la condition de perfection qui en suspendait la naissance ayant défailli. Bien que ce résultat soit radicalement opposé à celui qu'entraîne l'accomplissement de la condition de perfection, il survient selon les mêmes modalités. L'automatisme est en effet considérée depuis longtemps comme « un caractère technique essentiel et spécifique de la caducité »²³³⁹. Cette automatisme peut sembler anachronique à l'heure où les sanctions contractuelles sont manifestement atteintes par un mouvement d'assouplissement et de rationalisation²³⁴⁰. Sauf à maintenir une approche datée des sanctions contractuelles, le prononcé systématique de la caducité devrait donc être proscrit²³⁴¹. Ce mouvement d'assouplissement des sanctions ne doit toutefois pas être étendu à la caducité sans rechercher ce qui le commande par ailleurs. Le mouvement contemporain d'atténuation des sanctions contractuelles s'explique en effet, non par une volonté d'assouplir le droit *per se*, mais par la redécouverte du fondement de certaines règles de droit, à commencer par la nullité. Étant désormais admis que la nullité permet avant tout de protéger un intérêt méconnu, il convient d'éviter son prononcé si l'examen attentif des faits permet de démontrer que l'intérêt qui commandait l'instauration de la condition de validité n'a pas été méconnu²³⁴². Or, un tel raisonnement ne saurait être transposé à la caducité qui, bien qu'étant souvent présentée aux côtés de la nullité, n'a rien d'une sanction contractuelle au sens propre du terme. N'étant pas justifiée par la méconnaissance d'une règle quelconque, elle intervient en réalité parce que l'acte a force obligatoire.

825. Une conséquence de la force obligatoire – Comme la perfection, la caducité de l'acte juridique ayant échoué à se parfaire se justifie par la force obligatoire attachée à l'acte²³⁴³. Cette affirmation peut sembler paradoxale puisque la caducité a pour effet d'annihiler la production des effets par l'acte. Pourtant, elle intervient en toute hypothèse pour assurer le respect de la volonté de l'auteur de l'acte qui a consenti à ce que la perfection de l'acte soit éventuelle, que ce soit expressément en instituant la condition de

²³³⁸ CHAABAN (R.), th. préc., §30.

²³³⁹ HÉBRAUD (P.), « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », art. préc., §27 ; BUFFELAN-LANORE (Y.), th. préc., p. 158 ; GARRON (F.), th. préc., §153 ; PELLETIER (C.), th. préc., §258 et s.

²³⁴⁰ V. not. : COLLART DUTILLEUL (F.), COULON (C.) (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, Coll. Ét. juridiques, t. 28, 2007 ; CHAINAIS (C.), FENOUILLET (F.) (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1 : La sanction, entre technique et politique, Dalloz, L'Esprit du droit, 2012 et vol. 2 : La motivation des sanctions prononcées en justice, Dalloz, L'Esprit du droit, 2013 ; THIBIERGE (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.* 1997. 357.

²³⁴¹ Mme Tirel a remarqué que le mouvement d'assouplissement des inefficacités tendait à s'étendre à la caducité : TIREL (M.), th. préc., §462 et s.

²³⁴² V. *supra*, n° 382 et s.

²³⁴³ BÉNABENT (A.), *Droit des obligations, op. cit.*, §335.

perfection ou implicitement, en consentant à un acte dont la nature impose cette condition. À cet égard, un auteur a remarqué que « c'est parfois donner plein effet à la volonté des parties que de ne pas donner effet à l'acte qu'elles ont conclu »²³⁴⁴. Même si la caducité intervient sans que l'auteur de l'acte n'ait besoin de déclarer sa volonté, elle est tout de même fondée sur une volonté précédemment émise, la nature prospective de l'acte le plaçant sous la dépendance d'une condition de perfection dès l'instant de sa formation. En cherchant à assouplir le mode opératoire de la caducité, on risque donc d'affaiblir la force obligatoire de l'acte. Pour cette raison, l'automaticité de la caducité doit selon nous être sauvegardée. Comme pour la perfection, cela passe par l'exclusion de toute appréciation volontaire ou judiciaire²³⁴⁵.

826. L'absence d'appréciation volontaire – La caducité constitue un « effet réflexe » attaché à l'imperfection irrémédiable de l'acte prospectif. La volonté des personnes intéressées par l'acte ne peut donc pas avoir de prise sur la caducité. Il en résulte deux conséquences : d'une part, l'acte prospectif devient caduc sans que les parties ne puissent éclipser ce résultat ; d'autre part, elles n'ont pas à s'en prévaloir.

827. L'impossibilité de l'éclipser – Lorsque la condition de perfection a défailli, l'acte devient caduc sans que quiconque ne puisse y faire obstacle. Cela vaut pour chacun des actes prospectifs étudiés. La solution vaut notamment pour les avantages matrimoniaux ainsi qu'aux dispositions à cause de mort qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux : ils deviennent caducs automatiquement en cas de divorce. La seule dérogation paraît résider dans la possibilité laissée à l'époux de les maintenir en dépit du divorce (art. 265 al. 2). Il ne s'agit toutefois pas d'une véritable exception car la volonté dérogoire doit être émise par convention ou devant le juge avant le prononcé ou la prise d'effet du divorce.

828. L'absence de nécessité de s'en prévaloir – La caducité de l'acte s'impose également sans qu'il soit nécessaire pour les personnes intéressées à l'acte de s'en prévaloir. Si on l'exigeait, cela voudrait dire qu'à défaut d'avoir revendiqué la caducité de l'acte, l'acte serait maintenu dans son imperfection. Or, ce résultat paraît inadmissible, car cela reviendrait à prolonger une incertitude à laquelle l'auteur de l'acte a implicitement ou explicitement consenti à mettre fin en cas de défaillance de la condition de perfection. S'il est exact que le droit positif prohibe généralement l'immobilisme, comme en témoigne par exemple la création récente de trois actions interrogatoires en matière contractuelle²³⁴⁶, leur refuser la caducité de l'acte alors même que la condition de perfection a défailli serait déraisonnable. Cette question paraît toutefois très obscurcie en présence d'une promesse ou d'une offre, à propos desquelles on retient parfois que la condition de perfection ne profite qu'à certaines personnes, de sorte que la caducité serait relative.

²³⁴⁴ BONNET (D.), th. préc., § 138.

²³⁴⁵ En ce sens égal. : AUBRY (M.-C.), « Retour sur la caducité en matière contractuelle », art. préc.

²³⁴⁶ L'action interrogatoire est en effet un moyen de lutte contre l'immobilisme et ce faisant, contre l'abstention dilatoire du titulaire d'un droit. Elle permet de hâter sa mise en œuvre.

829. Condition « unilatérale » et caducité de la promesse – Lorsqu’une promesse conditionnelle est conclue, il n’est pas rare que la condition suspensive soit « unilatérale », c’est-à-dire qu’elle ne profite qu’à une seule des parties. Par le passé, la Cour de cassation en a parfois déduit que la partie au profit de qui la condition a été instituée devait confirmer son attachement à la condition pour que sa défaillance entraîne la caducité²³⁴⁷. Cela revenait donc à conditionner la caducité à une manifestation de volonté de s’en prévaloir et à admettre que la caducité puisse être éclipsée malgré la défaillance de la condition, faute pour le titulaire de s’en être prévalue. Manifestement contraire à l’automaticité de la caducité, cette solution devrait toutefois disparaître à l’avenir. Les dispositions issues de la réforme de 2016 prévoient en effet que, si la renonciation à la condition est possible en présence d’une condition unilatérale, elle doit toutefois intervenir *avant* sa réalisation²³⁴⁸. Par conséquent, le fait de ne pas se prévaloir de la caducité au moment de la défaillance de la condition ne devrait pas suffire à l’éclipser. Partant, il serait tout à fait impossible de constater la perfection de la promesse, faute pour la bénéficiaire de la condition unilatérale d’avoir « *rempli les formalités nécessaires à la mise en œuvre de la caducité* »²³⁴⁹. Seule pourrait être condamnée la partie à la promesse ayant la maîtrise de la condition suspensive et ayant omis de porter sa défaillance à la connaissance de son cocontractant, ce qui n’évince pas la caducité de l’acte pour autant.

830. Condition « unilatérale » et caducité de l’offre – L’absence de nécessité de se prévaloir de la caducité de l’acte s’étend également au cas de l’offre contractuelle, même si la jurisprudence entretient là encore un certain trouble. Un arrêt récemment rendu par la Cour de cassation permet en effet de remarquer qu’en dépit des apparences, la caducité s’impose automatiquement par la défaillance de la condition de perfection²³⁵⁰. Dans cette affaire, le destinataire d’une offre contractuelle demandait à voir constatée sa caducité après l’avoir accepté. Selon lui, un changement dans la gouvernance de la société offrante et un écoulement du délai laissé pour accepter avaient entraîné la caducité de l’offre, de sorte que son acceptation avait échoué à parfaire la promesse. Les hauts magistrats ont toutefois refusé de constater la caducité de l’offre au motif que « *seul l’offrant (peut) se prévaloir d’un délai d’expiration de l’offre ou de l’absence de pouvoir du mandataire* ». Cette formulation laissait à penser que l’offrant pouvait seul se prévaloir de la caducité de l’offre et que faute pour ce dernier de l’avoir fait, l’offre était devenue parfaite dès l’acceptation. Plusieurs remarques doivent être faites. S’agissant tout d’abord du changement de gouvernance de la société

²³⁴⁷ Civ. 3^{ème} 26 juin 1996, n° 94-18.525, *Bull. Civ. III*, n° 163 – Civ. 3^{ème} 7 octobre 1997, n° 95-20.918, Inédit – Civ. 3^{ème} 26 mars 2008, n° 07-12.937, Inédit – Civ. 3^{ème} 15 novembre 2011, n° 10-25.347, Inédit – Civ. 1^{ère} 17 octobre 2012, n° 11-16.951, n° 11-17.650, n° 11-24.510, Inédit.

²³⁴⁸ V. *infra*, n° 869.

²³⁴⁹ Civ. 3^{ème} 9 mars 2017, n° 15-26.182, Publié au Bulletin ; *D.* 2018, 371, M. Mekki ; *RTD Civ.* 2017. 393, H. Barbier ; *RDI* 2017, 286, H. Heugas-Darraspen ; *Deffrénois* 2017, n° 18, p. 33, H. Lécuyer ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 13, p. 46, C. Berlaud ; *Constr. Urb.* 2017, n° 5, 76, C. Sizaire ; *JCP E* 2017, n° 13-14, p. 1188 ; *AJ Contrat* 2017, 226, obs. Dagorne-Labbe.

²³⁵⁰ Soc. 30 mai 2018, arrêt préc., v. *supra*, n° 799, note n° 2285.

offrante, nous avons vu qu'il ne s'agissait pas d'un cas de caducité²³⁵¹. D'où l'affirmation logique, et néanmoins ambiguë, selon laquelle l'offrant pouvait seul s'en prévaloir, non pas pour que l'offre soit déclarée caduque, mais pour la *révoquer*. S'agissant ensuite de l'écoulement du délai, il s'agissait bel et bien d'une cause de caducité qui aurait dû empêcher l'acceptation. Cela signifiait-il pour autant que l'offrant devait s'en prévaloir pour que l'offre soit caduque ? En refusant de constater la caducité de l'offre par écoulement du délai, dont « *seul l'offrant* » pouvait se prévaloir, la Cour de cassation juge en ce sens. Pourtant cela nous paraît contestable. Si la caducité pouvait être écartée en l'espèce, c'est uniquement parce que le défendeur n'apportait aucune preuve que l'offre eut été affectée d'un délai. La caducité pouvait donc être écartée par les juges, non parce que l'offrant n'avait pas soulevé la caducité, mais parce que la preuve du délai n'était pas rapportée en l'espèce. Les juges avaient donc convenablement exercé leur office, qui consistait à vérifier la réalité de défaillance de la condition en cas de litige.

831. L'absence d'appréciation judiciaire – L'automaticité signifie surtout qu'il ne sera pas nécessaire de recourir au juge pour prononcer la caducité et que ce dernier, saisi d'un litige, ne pourra pas apprécier l'opportunité de la caducité.

832. Absence de saisine obligatoire – Étant admis qu'il n'est pas nécessaire de se prévaloir extrajudiciairement de la caducité pour que celle-ci se produise²³⁵², il n'est pas davantage requis de saisir le juge pour qu'il la prononce. Une action « déclaratoire de caducité » pourrait s'avérer utile, mais elle ne devrait en aucun cas être obligatoire²³⁵³. Le prononcé judiciaire de la caducité n'étant pas nécessaire, il est donc contestable de faire de la caducité une sanction, laquelle suppose en principe une intervention extérieure comme c'est le cas traditionnellement pour annuler un acte juridique²³⁵⁴. L'acte sera caduc de plein droit sans qu'il ne soit nécessaire de recourir au juge pour qu'il prononce la caducité²³⁵⁵.

833. Absence d'appréciation en opportunité – Au mieux, le juge pourra donc être saisi si un litige s'élève entre les parties quant à la réalité de la défaillance. Le caractère extrajudiciaire de la caducité s'exprime alors dans l'impossibilité pour le juge d'écarter la caducité : le constat de la défaillance de la condition de perfection devrait obliger ce dernier à constater la caducité sans appréciation de son opportunité. Et pour cause : il s'agit simplement de tirer toutes les conséquences de la force obligatoire attachée à l'acte. La Cour de cassation l'a expressément admis à propos d'une promesse unilatérale, en retenant que « *l'acte était de plein droit devenu caduc* », l'acheteur n'ayant pas confirmé sa volonté

²³⁵¹ V. *supra*, n° 799.

²³⁵² V. *supra*, n° 828.

²³⁵³ CAYROL (N.), « Aspects procéduraux du contentieux de la caducité du contrat », *RDC* 2023/2, p. 129, §8 et s.

²³⁵⁴ Le caractère émanent de la nullité tend toutefois à s'atténuer puisque l'art. 1178 c. civ. al. 1^{er} énonce désormais que « *la nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord* ».

²³⁵⁵ LATINA (M.), th. préc., §511.

d'acquérir (ce qui correspondait en l'espèce à une absence de levée de l'option)²³⁵⁶. Pourtant un auteur a dénoncé la « fausseté » de l'effet de plein droit de la caducité²³⁵⁷. Comme la nullité, la caducité serait « de droit », le juge ne pouvant pas ignorer ni la cause de nullité ni la défaillance de la condition de perfection, mais elle ne se produirait pas « de plein droit », le juge n'étant pas tenu d'annuler l'acte ou de prononcer la caducité. Ce rapprochement entre la nullité et la caducité nous paraît toutefois contestable. Il est certes exact de remarquer que le juge, lorsqu'il est confronté à un acte annulable, dispose d'un pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de l'annulation. Il existe donc une véritable alternative entre sanction et remède, entre disparition et sauvetage de l'acte. L'intervention du juge est ainsi décisive et la nullité n'est pas de plein droit, sauf à confondre annulabilité et nullité²³⁵⁸. Mais cela ne signifie pas qu'il doive en aller de même en matière de caducité, en particulier une fois remarqué que la caducité de l'acte est commandée par le respect de la volonté de l'auteur qui a, *a minima*, connaissance de l'existence d'une condition de perfection²³⁵⁹. Contrairement à la nullité, la caducité doit donc intervenir de plein droit, non seulement parce que le juge ne peut pas ignorer la défaillance de la condition de perfection, mais surtout, parce que le juge qui constate que la condition de perfection a défailli ne peut *que* constater la caducité de l'acte. La solution inverse serait largement inadmissible, car le juge irait à l'encontre de la volonté de l'auteur de l'acte, voire, à l'encontre de la volonté du législateur. On peut d'ailleurs penser que si la réforme de 2016 est venue fixer les hypothèses de caducité de l'offre, c'est pour mettre fin à une jurisprudence fluctuante et confirmer l'automatisme de la caducité. Le jugement par lequel le juge constate la caducité de l'acte est donc nécessairement un jugement déclaratif, comme l'est le jugement constatant la perfection de l'acte. Comme le note un auteur, le juge « n'opère pas lui-même la dissolution de l'acte juridique, puisqu'il ne fait que constater une extinction qui existait déjà par le seul fait de la réalisation du fait générateur de caducité »²³⁶⁰. Finalement, le caractère de plein droit réside dans le lien nécessaire qui existe entre la cause, c'est-à-dire la défaillance de la condition de perfection, et l'effet, c'est-à-dire la caducité.

834. Une sanction-état – Une fois admis que le juge ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de la caducité, il convient d'aller plus loin en remarquant que la caducité n'est pas une véritable sanction. La distinction qu'il est parfois possible de faire entre l'état de l'acte et les suites à lui apporter, qu'il s'agisse d'une sanction ou d'un remède, s'avère en effet illusoire s'agissant de l'acte caduc. Un acte n'est jamais « susceptible de caducité » comme l'acte est susceptible de nullité²³⁶¹. Si la théorie de la nullité-état a pu être dépassée, parce qu'elle n'était pas adaptée aux enjeux de la sanction, il n'en va donc pas de même pour la caducité où la théorie de la sanction-état s'impose logiquement. La caducité est en

²³⁵⁶ Civ. 3^{ème} 24 mai 2011, n° 09-68.722, Inédit. En ce sens égal. : Civ. 3^{ème} 25 mars 2011, n° 10-10.377, Inédit.

²³⁵⁷ CHAABAN (R.), th. préc., p. 439.

²³⁵⁸ V. *supra*, n° 401 et s.

²³⁵⁹ Sur les limites de l'analogie entre la nullité et la caducité, v. : STOFFEL-MUNCK (Ph.), « La caducité : observations en guise de synthèse », *RDC* 2023/2, p. 140, §30 et s.

²³⁶⁰ PELLETIER (C.), th. préc., §298. En ce sens égal. : GARRON (F.), th. préc., §156.

²³⁶¹ *Contra*, CHAABAN (R.), th. préc., §519, « Avant la décision de justice, l'acte est seulement susceptible de caducité, de même que l'acte entaché de nullité est seulement annulable ».

effet insurmontable parce qu'elle signe l'échec de l'action volontaire. Il n'y a donc « plus rien à sauver », la caducité ayant révélé l'inutilité de l'acte, voire une impossibilité de le parfaire²³⁶². Pour conclure sur ce point, il faut préciser que l'échec de la condition de perfection doit s'entendre strictement. Cela permet de remarquer que les apparentes hypothèses d'« interventionnisme judiciaire dans la caducité »²³⁶³ sont en réalité de fausses exceptions au caractère de plein droit de la caducité. Il en va ainsi lorsque le juge estime que la condition de perfection a pu se réaliser parce qu'un délai jugé raisonnable s'était écoulé depuis la formation de la promesse. Dans ce cas l'appréciation judiciaire ne concerne que la démonstration du fait à l'origine de la caducité, ce qui ne contredit pas le caractère de plein droit de celle-ci. Il convient par ailleurs d'identifier précisément quelle est la sanction en jeu : nullité ou caducité. Lorsque le juge requalifie le legs avec faculté d'élire en legs à charge de retransmettre, nous ne sommes pas face à une exception puisque c'est en effet la nullité du legs qui est contournée, non sa caducité. On en revient donc à la distinction précédemment mise en évidence entre caducité et nullité, la seconde faisant naturellement l'objet d'une appréciation judiciaire par référence à l'intérêt que le législateur entendait protéger.

835. Conclusion du §1 – Le dénouement de l'alternative intervient donc toujours de manière automatique. Cela est logique puisque la perfection de l'acte repose sur une condition de perfection connue de son auteur, soit qu'il ait lui-même institué la condition de perfection, soit que la loi, qu'il est censé connaître, l'ait institué à raison de la qualification de l'acte. Par conséquent, l'acte sera caduc ou parfait automatiquement, sans que ni le juge ni les parties ne puissent faire obstacle à ce dénouement. Constituant le point de départ des effets ou le moment de caducité de l'acte, la rétroactivité est également proscrite lors du règlement du sort de l'acte prospectif.

§2 - L'ABSENCE DE RÉTROACTIVITÉ

836. Effets (ou non-effet) immédiat – Le dénouement de l'alternative intervenant de plein droit, le sort de l'acte est logiquement réglé au jour de réalisation de la condition de perfection. L'immédiateté des effets de l'acte (ou de l'annihilation de ses effets), s'oppose ainsi à l'admission de la rétroactivité. En principe, il ne se produit donc aucun « *report dans le passé des effets* »²³⁶⁴. Le recours à la rétroactivité s'avère inutile, que l'acte devienne parfait (A) ou caduc (B).

²³⁶² Pour contester le caractère de plein droit de la caducité, Mme Chaaban se fonde sur des hypothèses de caducité pour « disparition d'un élément essentiel », qui sont en réalité des cas de résolution pour inexécution, qu'il s'agisse de la disparition de la chose louée ou de l'impossibilité d'exécution (CHAABAN (R.), th. préc., §524 et s.).

²³⁶³ CHAABAN (R.), th. préc., §537 s.

²³⁶⁴ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, « Rétroactivité », sens général.

A - La perfection ou le point de départ des effets

837. Une efficacité différée – Suspendre les effets c'est en différer la production. Par conséquent l'accomplissement de la condition de perfection, qui met fin à cet effet suspensif, devrait logiquement entraîner la production des effets de droit à compter de ce moment. Le moment d'accomplissement de la condition de perfection constituerait ainsi le point de départ des effets recherchés par l'auteur, la norme juridique entrant en vigueur à cet instant. Dans le cas contraire cela reviendrait à faire abstraction du caractère essentiel de la condition de perfection. La solution paraît évidente pour la plupart des actes prospectifs. Pour l'offre tout d'abord : sa finalité étant la formation d'un contrat, on voit mal comment cet effet pourrait rétroagir à une époque où le destinataire de l'offre n'avait encore émis aucun consentement. La perfection de l'offre intervient donc par son acceptation, sans rétroactivité. Pour la promesse optionnelle, le raisonnement est similaire : on voit mal comment les effets pourraient remonter à une époque où le bénéficiaire avait certes consenti au contrat, mais n'avait encore pris aucun engagement. La réalisation de l'opération juridique promise intervient donc par la levée de l'option et ne saurait remonter à la date de conclusion du contrat²³⁶⁵. Pour le contrat de mariage, l'absence de rétroactivité n'est jamais véritablement discutée. Elle s'impose en raison du lien nécessaire qui unit l'entrée en vigueur du régime matrimonial et la naissance du lien matrimonial, qui ne saurait évidemment rétroagir au jour du contrat de mariage. Dans chacune de ces hypothèses, la rétroactivité est donc proscrite.

838. Le recours ponctuel à la rétroactivité – La perfection rétroactive peut toutefois intervenir dans deux cas. Tout d'abord, si les parties à la promesse conditionnelle ont décidé de lui faire produire un effet rétroactif. Bien qu'apparemment favorable à la rétroactivité, cette solution marque en réalité son recul puisque l'ancien art. 1179 du code civil prévoyait la rétroactivité de la condition suspensive accomplie en toute hypothèse. La promesse était réputée avoir produit ses effets de plein droit « *au jour où l'engagement a été contracté* ». La solution étant désormais inversée, ce n'est que si les parties ont marqué leur volonté de faire rétroagir l'opération au moment de conclusion de la promesse, que le contrat pourra être réputé parfait *ab initio*. La rétroactivité de la condition tend donc à devenir exceptionnelle. Cela ne doit pas étonner, car la nature prospective de l'acte ne commande pas la rétroactivité. Comme nous l'avons vu, la conclusion de la promesse doit permettre aux parties de reporter la réalisation de l'opération sans renoncer pour autant au cadre sécurisant de la relation contractuelle, le promettant étant d'ores et déjà engagé. Partant, il nous semble inexact d'affirmer que « si les parties n'avaient pas cherché à se lier immédiatement, elles auraient sans doute attendu l'avènement de la condition pour contracter »²³⁶⁶. Le choix dérogatoire de la rétroactivité permet aux parties de donner une fonction supplémentaire à l'acte prospectif, en faisant

²³⁶⁵ Selon l'approche classique la promesse disparaît et laisse place au « contrat définitif ». BARRY (S.), th. préc., §419 : « La fonction préparatoire de l'avant-contrat conduit inévitablement à l'extinction de cette convention. N'étant qu'une étape dans le processus de formation d'un contrat, l'avant-contrat s'éteindra dès sa mission achevée ».

²³⁶⁶ MERCOLI (S.), th. préc., §389.

remonter ses effets normaux au jour de leur accord, mais cela ne va pas nécessairement de soi. Ensuite, la rétroactivité peut intervenir lorsque le legs devient parfait, c'est-à-dire lors de son acceptation par le légataire. Il convient toutefois de remarquer que, si la rétroactivité est de principe, elle n'est pas totale, car elle ne permet pas de remonter au jour de rédaction du testament. Le legs rétroagit simplement au jour du décès du testateur, donc au jour d'accomplissement de la première condition de perfection. Cette solution s'impose à la lecture de l'art. 776 du code civil qui énonce en effet que « *l'option exercée a un effet rétroactif au jour de l'ouverture de la succession* », de sorte que « *tout se passe comme si l'héritier avait pris parti au jour du décès* ».

839. L'utilité de la rétroactivité en question – Bien que diminuée dans son domaine et dans ses effets, la rétroactivité n'est donc pas complètement absente du processus de perfection des actes prospectifs. Pourtant, un retour à la définition et à la fonction de la rétroactivité permet de constater que celle-ci présente une utilité restreinte face à un acte prospectif devenu parfait.

840. La fiction inutile : justification des droits éventuels – La rétroactivité étant tout à la fois une fiction juridique²³⁶⁷ et une notion fonctionnelle²³⁶⁸, son utilité doit être mesurée à l'aune de ces deux caractéristiques. En tant que fiction, la rétroactivité permet une « réécriture » du passé, *a minima* une « relecture » de ce dernier²³⁶⁹. En tant que notion fonctionnelle, l'intérêt de la rétroactivité est de faire « comme si » certains effets de droit s'étaient produits alors que manifestement, ils ne l'ont pas été. Elle devrait donc s'imposer uniquement si une modification fictive du passé paraît devoir intervenir. Cela étant, le recours à la rétroactivité n'apparaît pas justifié au moment de parfaire une promesse conditionnelle ou un legs. La rétroactivité n'est en effet nécessaire ni pour fonder le recours aux mesures conservatoires ni pour assurer la transmissibilité des droits durant la période intermédiaire. En présence d'une promesse conditionnelle, l'ensemble de ces effets s'impose en raison du caractère éventuel des droits découlant de l'engagement souscrit par les parties²³⁷⁰. Dès lors, il est inutile de faire « comme si l'obligation existait » dès la formation de la promesse, la naissance de l'obligation n'étant pas nécessaire pour que des effets intermédiaires se produisent lorsque la condition est pendante. L'existence de l'acte à l'état imparfait, ce dernier contenant d'ores et déjà l'engagement du promettant, justifie déjà la naissance de ces droits²³⁷¹. Le même raisonnement conduit à exclure toute intervention de la rétroactivité au moment où le légataire

²³⁶⁷ GALLET (A.), *Étude sur la fiction de rétroactivité dans le Droit français*, th. Poitiers, 1903 ; BERNARD (L.), *L'acte conditionnel envisagé dans ses effets rétroactifs*, th. Aix, 1909 ; DEPREZ (J.), *La rétroactivité des actes juridiques*, th. dactyl., 1953, p. 54 ; WICKER (G.), th. préc., §272.

²³⁶⁸ DEPREZ (J.), th. préc., p. 591 ; JAMBU-MERLIN (R.), « Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques », *RTD Civ.* 1948. 271, spéc. p. 285.

²³⁶⁹ La formule est empruntée à M. Revet : REVET (Th.), « La prise d'effets du contrat », art. préc.

²³⁷⁰ V. *supra*, n° 606 et s.

²³⁷¹ Adoptant une analyse relativement proche, M. Wicker critique le recours à la fiction juridique de rétroactivité. Selon lui « l'obligation suspendue par la condition est une obligation contractuelle imparfaite », de sorte que « son opposabilité recouvre la période d'incertitude », WICKER (G.), th. préc., §289.

accepte le legs. Classiquement, la rétroactivité est vue comme un procédé nécessaire pour valider les actes accomplis par le légataire au cours de la période de saisine successorale. Pourtant, les actes accomplis afin de conserver et d'administrer les biens du défunt n'ont pas besoin d'être justifiés rétrospectivement. Accomplis sur le fondement de la saisine, ils sont pleinement justifiés dès le décès du testateur. En définitive, la rétroactivité ne paraît pas nécessaire. Si elle demeure « l'apanage de toutes les situations juridiques dont l'état de perfection et de pleine efficacité se trouve provisoirement suspendu ou paralysé pendant une période intermédiaire »²³⁷², elle n'intervient qu'à l'égard de situations « juridiquement « inorganisés » ». Or, tel n'est pas le cas de l'acte imparfait. Au mieux, la rétroactivité pourrait servir à valider rétrospectivement les actes accomplis avant la perfection de l'acte en dépassement des pouvoirs conférés par le caractère éventuel du droit.

841. L'utilité symbolique de la rétroactivité – Les effets de la rétroactivité étant ainsi rationalisés, il apparaît que le procédé n'est pleinement justifié qu'en matière successorale, lorsque le légataire accepte le legs. L'effet rétroactif attaché à l'acceptation permet en effet de préserver le principe de continuation de la personne du défunt pour ce qui est de la propriété des biens et droits (la saisine permettant d'instaurer une continuité dans la possession). L'acceptation produisant un effet rétroactif, cela permet de faire « comme si » le légataire était propriétaire depuis le décès ; qualité qui n'était manifestement pas la sienne jusqu'alors. Cela confirme l'interprétation restrictive de l'art. 805 du code civil, que nous appelions déjà de nos vœux²³⁷³. Cet article énonce en effet que « *l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier* ». Applicable au légataire, cette disposition pourrait laisser à penser que le renonçant était déjà propriétaire des biens, la renonciation permettant ainsi d'effacer rétroactivement la propriété. Cela reviendrait toutefois à instituer une double fiction – d'acquisition au jour du décès si le légataire accepte le legs et d'absence d'acquisition au jour du décès si le légataire répudie le legs – qui est intenable. De deux choses l'une : soit le légataire est immédiatement propriétaire et la renonciation permet de faire comme s'il ne l'avait jamais été, soit il n'est pas immédiatement propriétaire et l'acceptation permet de faire comme s'il l'avait toujours été. En l'occurrence, la seconde solution s'impose : l'acceptation permet au légataire de devenir propriétaire, cette propriété étant fictivement considérée comme ayant été acquise dès le décès. L'art. 805 du code civil pose donc une simple fiction relative au titre successoral, la renonciation permettant de faire « comme si » le légataire n'avait jamais été héritier. La rétroactivité trouve ici naturellement à s'appliquer, car elle permet d'imposer une lecture différente de la réalité.

²³⁷² DEPREZ (J.), th. préc., §37. Il ajoute que « le cœur du problème de la rétroactivité est constitué par la période intermédiaire organisée. (...) Si le droit positif assure la protection du copartagent dès le décès, et celle du propriétaire sous condition suspensive dès le contrat, la rétroactivité devient inutile, puisqu'en vertu de l'organisation prévue, aucun droit n'a pu se constituer qui puisse gêner la réalisation future du droit indivis ou du droit suspendu » (§38).

²³⁷³ V. *supra*, n° 794.

842. « L'exception » de la fraude – Le contrat de mariage entrant en vigueur au moment de la célébration du mariage, la répartition des biens intervient « *au jour du mariage* »²³⁷⁴. Cette règle s'avère essentielle si les époux ont fait le choix d'un régime communautaire, les meubles n'étant pas censés tomber dans la communauté s'ils ont été acquis par les époux avant la célébration du mariage. L'art. 1498 al. 3 du code civil précise toutefois que, lorsque les époux ont opté pour un régime de communauté de meubles et d'acquêts, l'immeuble acquis par l'un des époux *après* la conclusion du contrat de mariage, mais *avant* la célébration du mariage, tombe dans la masse des biens communs. À première vue, il s'agit d'une exception au principe selon lequel le contrat de mariage ne se parfait pas de manière rétroactive. Cette qualification doit toutefois être écartée une fois remarqué que la règle ne repose pas sur une fiction, mais constitue un moyen de prévenir la fraude²³⁷⁵. Lorsque les époux ont opté pour la communauté des meubles et acquêts, l'un des époux pourrait en effet être tenté de transformer ses meubles en immeubles, afin de sortir une partie de son patrimoine de la communauté à venir. L'objectif de cette disposition est d'éviter que les époux ne convertissent leur fortune mobilière en fortune immobilière pour l'exclure de la communauté²³⁷⁶.

843. Point de départ des effets de droit, la perfection ne saurait donc rétroagir au jour de formation de cet acte. Assez logiquement, il en va de même pour la caducité qui est l'autre branche de l'alternative face à laquelle se trouve l'acte prospectif.

B - La caducité ou l'inefficacité irrémédiable de l'acte

844. L'inutilité de la rétroactivité – La non-rétroactivité est une caractéristique logique de la caducité atteignant l'acte prospectif : ce dernier ne produisant aucun effet inhérent à la finalité recherchée avant que le dénouement de l'alternative intervienne, il n'y a tout simplement aucun effet à faire disparaître si la condition défaille. L'acte n'ayant pas donné naissance aux droits subjectifs inhérents à la finalité recherchée, il n'y a rien à anéantir. À cet égard, il convient de rappeler que le décès du testateur ne suffit pas à parfaire le legs, l'acceptation pouvant seule assurer la transmission des biens et droits à son profit. Partant, le recours à la rétroactivité n'est d'aucune utilité si le légataire renonce au legs²³⁷⁷. La rétroactivité

²³⁷⁴ L'art. 1498 al. 1^{er} c. civ. énonce par exemple que lorsque les époux ont opté pour la communauté de meubles et acquêts, « *l'actif commun comprend, outre les biens qui en feraient partie sous le régime de la communauté légale, les biens meubles dont les époux avaient la propriété ou la possession au jour du mariage* » (nous soulignons).

²³⁷⁵ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), *op. cit.* §197.

²³⁷⁶ Hors ce cas précis la règle présente peu d'intérêt car les immeubles suivent le sort des meubles : si les époux ont opté pour la communauté réduite aux acquêts les meubles comme les immeubles acquis avant le mariage seront exclus de la communauté ; s'ils ont opté pour la communauté universelle les meubles comme les immeubles acquis avant le mariage entreront dans la communauté.

²³⁷⁷ *Contra* : CHAABAN (R.), th. préc., §369, « Soutenir aujourd'hui que la caducité des legs pour renonciation du bénéficiaire est dépourvue d'effet rétroactif, semble relever d'un pendant pour l'archaïsme. (...) La qualité de propriétaire étant acquise au légataire dès le jour du décès du disposant, celle-ci est rétroactivement effacée par une renonciation ultérieure ». La position de l'auteur s'explique par la défense d'une propriété pleinement acquise au décès du testateur, nécessairement anéantie rétroactivement par l'effet de la répudiation.

de la caducité est « surabondante », « théoriquement superflue dans la mesure où les droits et obligations définitifs n'existent pas avant la survenance de l'événement conditionnel »²³⁷⁸.

845. Le maintien des effets intermédiaires – Il se pourrait toutefois que la rétroactivité soit nécessaire pour effacer les effets intermédiaires qui se sont produits après la formation de l'acte. Cette interrogation ne concerne que deux actes aptes à donner naissance à des droits intermédiaires : la promesse durant sa période d'imperfection, et le legs, entre le décès du testateur et l'exercice de l'option par le testateur. Pour savoir si la caducité doit produire des effets rétroactifs à l'égard de ces effets, il convient de s'interroger sur la nécessité de les anéantir.

846. De la promesse – Selon toute vraisemblance, les effets intermédiaires de la promesse ne doivent pas être anéantis rétroactivement, dès lors que leur production était jusqu'alors justifiée par l'existence de l'acte à l'état imparfait. En ce sens, M. Latina note que l'acte « a été valablement formé et permet d'expliquer la situation particulière dans laquelle se sont trouvées les parties »²³⁷⁹. Il en irait différemment si la fonction des effets intermédiaires était de produire la finalité de l'acte de manière anticipée. Dans ce cas ils devraient disparaître rétroactivement, l'acte étant tombé en désuétude. Or, il n'en est rien : les effets intermédiaires sont simplement destinés à protéger une espérance légitime, lorsque celle-ci existe. Même si l'acte échoue à se parfaire, il n'est donc pas nécessaire de corriger *a posteriori* la réduction des pouvoirs du propriétaire. Par ailleurs, l'indemnité d'immobilisation est définitivement acquise au promettant puisqu'elle constituait la contrepartie de l'immobilisation²³⁸⁰.

847. Du legs – La même position doit être adoptée concernant les actes réalisés par le légataire au titre de la saisine avant qu'il ne renonce au legs. Même si la saisine repose sur la vraisemblance d'un titre successoral, lequel se trouve anéanti rétroactivement en application de l'art. 805 du code civil, elle devait simplement permettre la gestion provisoire des biens successoraux sans préjuger de l'option qui serait finalement exercée. Même si le légataire renonce finalement au legs, les actes accomplis au titre de la saisine sont donc pleinement justifiés. Par conséquent, leur disparition rétroactive ne paraît pas nécessaire²³⁸¹. On ne devrait donc pas revenir sur l'administration et la conservation des biens, réalisées avant l'exercice de l'option (art. 808 c. civ.). À cet égard, la nécessité de recourir parfois à des restitutions ne doit pas faire douter trop rapidement de la non-rétroactivité de la caducité. Le légataire qui a administré

²³⁷⁸ CHAABAN (R.), th. préc., §396.

²³⁷⁹ LATINA, th. préc., §618.

²³⁸⁰ Civ. 1^{ère} 5 décembre 1995, *Bull. Civ. I*, n° 452 ; *Defrénois* 1996, art. 36354, p. 757, obs. D. Mazeaud et art. 36358, p. 814, obs. A. Bénabent ; *LPA* 3 juillet 1996, p. 38, Y. Dagonne-Labbé.

²³⁸¹ *Contra*, BAILLON-WRITZ (N.), « Le statut juridique du renonçant », *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, dir. C. Pérès, *Defrénois*, 2017, p. 205, spéc. §266 : « le résultat recherché (par la rétroactivité) est de permettre à la saisine des autres héritiers de produire pleinement ses effets. Si la renonciation n'était pas rétroactive, les actes accomplis par le renonçant seraient opposables aux héritiers appelés à la suite de sa renonciation. Son effacement pur et simple de la sphère successorale est donc cohérent au regard de la solution désirée ».

le bien pendant la période de saisine est évidemment tenu de restituer le bien s'il n'accepte pas le legs. Il s'agit toutefois d'un effet immédiat de la renonciation et non d'un effet rétroactif susceptible de remettre en cause les opérations réalisées sur le bien restitué.

848. Une purge de l'ordre juridique – Lorsque l'acte prospectif est atteint par la caducité, l'enjeu de sa disparition ne réside donc pas dans la nécessité de l'effacer ou d'effacer ses effets, mais plutôt dans la nécessité de tirer toutes les conséquences attachées à sa désuétude. Comme le notait déjà Perrot, « si la caducité provient du défaut d'accomplissement d'un fait destiné à parfaire la formation d'un acte isolé et à lui donner sa pleine efficacité (...), on peut comprendre qu'il ne reste rien du passé : l'acte n'a pas pu atteindre sa perfection et l'on est sûr qu'il ne l'atteindra jamais ; pour cette raison, il retourne au néant »²³⁸². L'acte étant devenu insusceptible de produire le moindre effet à l'avenir, sa disparition est « moins le résultat direct de la défaillance de l'événement, que la conséquence de la stérilité totale et définitive du lien contractuel entraînée par la défaillance de la condition suspensive »²³⁸³. Ainsi, l'effacement de l'acte par la caducité consiste bien plus dans une absence irrémédiable de ses effets potentiels, que dans une disparition au sens matériel du terme.

849. Contours du rétablissement des effets légaux – Une attention spéciale doit être portée à la caducité du legs, quant aux effets qui doivent éventuellement subsister ou « renaître » en vertu de la loi. La libéralité ayant pour fonction de déroger aux règles légales de dévolution de la succession, la caducité du legs entraîne logiquement le retour à la succession de la part qui était dévolue au légataire, la représentation du légataire renonçant n'étant pas admise²³⁸⁴. Le legs répudié est donc réparti entre les héritiers et légataires acceptants qui auraient été débiteurs du legs. Il ne s'agit pas d'un effet subsistant du legs devenu caduc, mais bien d'un retour à la dévolution légale, éventuellement aménagée par le testateur au moyen de legs ayant produit leurs effets²³⁸⁵. La seule exception à ce principe réside dans l'hypothèse où le testateur a réalisé des legs conjoints²³⁸⁶. Comme le prévoit l'art. 1044 du code civil, si l'un des légataires répudie le legs, le legs fait conjointement profite aux légataires acceptants par un mécanisme d'accroissement²³⁸⁷. En cas de

²³⁸² PERROT (R.), « Caducité : produit-elle un effet rétroactif ? », *RTD civ.* 2011. 591.

²³⁸³ LATINA (M.), *th. préc.*, §619.

²³⁸⁴ La représentation étant destinée à préserver l'égalité entre les souches, l'art. 754 al. 1^{er} c. civ. est inapplicable au légataire.

²³⁸⁵ En ce sens : RAYNAUD (P.), « La renonciation à un droit », *art. préc.*, §22.

²³⁸⁶ On pourrait songer également à la « renonciation au profit d'autrui », qui entraîne la perfection du legs à l'égard du bénéficiaire de la renonciation. En réalité il s'agit toutefois d'une acceptation, d'où la perfection. Faute pour le « renonçant » d'avoir expressément désigné un bénéficiaire, la renonciation profite donc à l'ensemble des héritiers : *Civ. 1^{ère}* 8 juillet 2010, n° 09-65.007, *Bull. civ. I*, n° 171.

²³⁸⁷ Contrairement au procédé de substitution réelle ou vulgaire, qui permet de parfaire le legs au profit d'une autre personne ou vis-à-vis d'un autre bien, l'accroissement repose sur la caducité préalable du legs. Tandis que la substitution permet de parfaire l'acte grâce à la disparition de l'obstacle tenant à l'identité du légataire ou du bien légué ; l'accroissement permet un « retour » à la volonté du testateur (manifestée par le caractère conjoint du legs), selon le même mécanisme qui permet un retour à la succession légale en l'absence d'accroissement. En ce sens : TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), GAUDEMET (S.), *op. cit.*, §463.

renonciation, et mise à part l'hypothèse particulière du legs conjoint, des difficultés peuvent toutefois survenir, dans deux cas essentiellement : lorsque le legs a pour effet indirect de diminuer ou de priver de sa part successorale un héritier de par la loi, et lorsque le légataire qui répudie le legs est également héritier de par la loi. Dans le premier cas, la question se pose de savoir si la caducité du legs a pour effet de rétablir la part de l'héritier exhérédié ou au contraire, si l'exhérédation vaut malgré tout. Sur ce point la jurisprudence se prête à un examen attentif de la volonté du testateur. Si l'intention libérale était doublée d'une volonté d'exhérer, l'exhérédation doit être maintenue malgré la caducité du legs. Si le testateur entendait simplement réaliser un legs sans exhérédation, la part successorale de l'héritier doit être rétablie²³⁸⁸. Dans le second cas, la question se pose de la persistance des droits légaux du légataire qui répudie le legs : conserve-t-il sa qualité d'héritier de par la loi ? « Au cas d'inefficacité du legs, rien ne s'oppose, en principe, à ce que l'héritier légataire puisse se prévaloir de sa qualité d'héritier et exercer ses droits dans la succession en cette qualité »²³⁸⁹. La solution est logique, la qualité de légataire n'évinçant pas celle d'héritier *ab intestat* et l'exhérédation ne se présument pas²³⁹⁰.

850. Conclusion de la section 1 – Quelle que soit l'issue de l'alternative – perfection ou caducité de l'acte, celle-ci se produit donc de plein droit par l'accomplissement ou la défaillance de la condition de perfection. L'effet est tout d'abord automatique. Le juge et les personnes intéressées par l'acte sont donc tenus par le dénouement de l'alternative. Il se produit également sans rétroactivité, c'est-à-dire sans remonter au jour de formation de l'acte. Le moment de perfection de l'acte se trouve donc tout simplement reporté à un moment ultérieur, l'acte prospectif étant véritablement à « double détente ». Il reste à démontrer que ce dénouement intervient de manière définitive, ayant en effet vocation à mettre fin à l'éventualité qui caractérisait l'acte jusqu'alors.

Section 2

Un dénouement définitif

851. La fin d'une éventualité – Lorsque la finalité d'un acte est incertaine, comme c'est le cas naturellement de l'acte prospectif, il apparaît nécessaire de ne pas laisser perdurer cette incertitude. L'éventualité doit laisser place à un résultat sur lequel il sera désormais possible de compter. Quelle que soit la voie empruntée – perfection ou caducité de l'acte, elle doit donc être définitivement acquise par l'accomplissement ou la défaillance de la condition de perfection. Pour cette raison, le dénouement intervient nécessairement au moyen d'un procédé pur et simple (§1) et de manière irréversible (§2).

²³⁸⁸ Civ. 1^{ère} 12 juillet 1960, *Bull. Civ. I*, n° 391 ; *D.* 1960. 558 – Req. 19 novembre 1906, *DP* 1907. 1. 288.

²³⁸⁹ GUERRIERO (M.-A.), « L'héritier légataire », *Mél. P. Hébraud*, 1981, p. 441, n° 22.

²³⁹⁰ Civ. 1^{ère} 1^{er} juillet 2003, n° 01-00.373, *Bull. Civ. I*, n° 156.

§1 - LE CARACTÈRE PUR ET SIMPLE

852. L'absence de voie médiane – Aucune voie médiane ne saurait être admise au moment de régler le sort de l'acte prospectif. Ce dernier ayant été affecté à la réalisation d'une opération prédéterminée, selon des modalités prédéfinies, il doit se parfaire ou devenir caduc de manière « pure et simple », c'est-à-dire « sans réserve » et « sans modalités »²³⁹¹. Partant, le dénouement est assuré de se produire de manière définitive : la prohibition des réserves assure un règlement complet des effets, tandis que la prohibition des modalités assure un règlement final des effets.

853. Rejet du dénouement partiel – Il n'est pas possible, ni de parfaire l'acte partiellement, ni de faire partiellement échec à sa perfection. On ne saurait en effet admettre que l'opération qui a recueilli le consentement de l'auteur au stade de la formation de l'acte se trouve démembrée au stade de sa perfection. Réciproquement, la caducité ne saurait atteindre certains aspects de l'opération à réaliser. Là encore, la solution est justifiée par la nécessité de respecter la volonté de l'auteur ou des auteurs de l'acte qui ont envisagé l'opération juridique comme un tout, de sorte que la défaillance de la condition doit signer l'échec global de l'action. Par exemple, la caducité du legs emporte la caducité de la charge qui en constitue la contrepartie²³⁹². Rien n'empêche toutefois la caducité d'atteindre une partie seulement de l'acte juridique, dès lors que ce dernier accueille plusieurs opérations en son sein. Ainsi, la caducité du legs laisse en principe intactes les opérations accomplies par le testament qui ne dépendent pas d'une condition de perfection. Le dénouement partiel étant ainsi proscrit, il en résulte des conséquences pratiques importantes s'agissant de l'acceptation de l'offre et du legs.

854. L'exemple de l'offre – Le destinataire d'une offre qui entend accepter celle-ci ne peut pas le faire partiellement, en y ajoutant ou en y retranchant des éléments (art. 1118 al. 3 c. civ.). Par exemple, il ne peut pas subordonner son acceptation à une diminution du prix : cela revient nécessairement à refuser l'offre qui lui a été faite²³⁹³. Une exception existe apparemment lorsqu'une disposition légale d'ordre public impose l'émission d'une offre dont elle détermine le contenu. Pourtant l'exception n'est qu'apparente. Un arrêt récent en fournit une illustration²³⁹⁴. Dans cette affaire, l'offrant avait conclu une promesse de vente sous

²³⁹¹ Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., « Pur et simple », sens 1 et 2.

²³⁹² Civ. 1^{ère} 19 septembre 2007, n° 06-18.082, Inédit ; *RTD civ.* 2008. 342, obs. M. Grimaldi – Civ. 1^{ère} 1^{er} juillet 2003, n° 01-00.373, *Bull. Civ. I*, n° 156 ; *D.* 2003, 2031, note Beignier ; *JCP* 2004. II. 10161, note Mahinga ; *JCP I*. 155, n° 5, obs. Le Guidec ; *Gaz. Pal.* 2003. 3798, concl. Sainte-Rose ; *AJ fam.* 2003. 389, obs. S. D.-B.

²³⁹³ Civ. 3^{ème} 20 juin 1990, n° 88-20.106, *Bull. Civ. III*, n° 151.

²³⁹⁴ Civ. 3^{ème} 28 juin 2018, n° 17-14.605, *Bull. Civ. III*, n° 76 ; *RTD Civ.* 2018. 875, H. Barbier ; *D.* 2018. 1736, avis F. Burgaud, 1740, note P. Viudès et F. Roussel, 2435, chron. A.-L. Collomp, et 2019. 1511, obs. M.-P. Dumont ; *RTD com.* 2018. 605, obs. F. Kendérian ; *AJDI* 2019. 122, obs. J.-P. Blatter ; *JCP G* 2018, n° 39, 984, Ch. Gijssbers.

Solution déjà retenue pour le droit de préférence existant au profit du preneur d'un bail d'habitation : Civ. 3^{ème} 3 juillet 2013, n° 12-19.442 ; *D.* 2013. 1747, obs. Y. Rouquet ; *D.* 2014. 1221, obs. N. Damas ; *AJDI* 2014. 206, obs. N. Damas – Civ. 3^{ème} 8 octobre 2015, n° 14-20.666, *D.* 2015. 2074, obs. Y. Rouquet ; *D.* 2198, chron. A.-L. Méano, V. Georget et A.-L. Collomp ; *D.* 2016. 1102, obs. N. Damas ; *AJDI* 2016. 514, obs. N. Damas.

la condition suspensive de la purge du droit de préemption prévu par l'art. L.145-46-1 du code de commerce au profit du preneur d'un bail commercial. Ayant fait appel à un intermédiaire pour la négociation du contrat de promesse, il avait intégré dans l'offre de préemption le montant des honoraires dû à ce dernier. Le preneur avait accepté l'offre à l'exclusion des honoraires. Le négociateur soutenait donc que le preneur avait formulé une contre-proposition en évinçant le paiement de ses honoraires, de sorte que le contrat de vente n'avait pas pu se former entre le vendeur et le preneur. La Cour de cassation approuve néanmoins les juges du fond d'avoir retenu que l'offre avait été acceptée « *purement et simplement* ». Si l'acceptation devait être considérée comme pure et simple, c'est simplement parce que le recours implicite au réputé non-écrit avait permis aux juges de réduire en amont le contenu de l'offre. Partant, l'acceptation était en tous points conforme à l'offre. Il ne s'agissait nullement d'une acceptation partielle.

855. L'exemple du legs – Comme l'acceptation, la levée de l'option ne peut être qu'un « choix fermé ». Le légataire doit en conséquence faire un choix entre les différentes branches de l'option successorale sans jamais pouvoir les mélanger, cela par respect du principe d'indivisibilité de l'option énoncé par l'art. 769 al. 1^{er} du code civil. Ce serait en effet porter atteinte à la volonté du testateur que d'ajouter une branche à l'option, cette dernière devant simplement permettre au légataire « de confirmer ou d'infirmer » la transmission voulue par le testateur²³⁹⁵. La même logique commande d'imposer au bénéficiaire d'une libéralité-partage qu'il renonce à sa part dans la succession s'il souhaite renoncer au lot prévu par le testateur, ce dernier ayant entendu procéder lui-même au partage. Reste à savoir si le fait pour le légataire d'accepter le legs à concurrence de l'actif net remet en question le principe d'une perfection totale de l'acte juridique prospectif. À première vue il s'agit en effet d'un moyen terme entre la perfection et la caducité du legs. Selon l'ancienne formule, le légataire accepte en effet « sous bénéfice d'inventaire ». Pourtant l'acceptation à concurrence de l'actif net constitue davantage une « sous-branche » de l'acceptation, qu'une branche à part entière de l'option susceptible de rompre avec l'idée d'une alternative entre perfection et caducité²³⁹⁶. Pour cette raison, l'acceptation à concurrence de l'actif net dégénère automatiquement en acceptation pure et simple si le légataire ne va pas au bout de sa démarche et omet de déposer l'inventaire dans les deux mois qui suivent la déclaration d'acceptation à concurrence de l'actif net. En définitive, seul l'art. 1002-1 du code civil déroge véritablement au caractère pur et simple de l'option puisqu'il ouvre une faculté de cantonnement permettant au légataire de réduire l'émolument auquel le legs lui donne vocation²³⁹⁷. En pratique, il s'agit toutefois d'un procédé rarement utilisé par les légataires qui ne sont pas

²³⁹⁵ SOUM (H.), *La transmission de la succession testamentaire*, Bibl. de dr. privé, t. 8, LGDJ, 1957, §343.

²³⁹⁶ M. Sériaux y voit « deux options successives à deux branches chacune », SÉRIAUX (A.), *Les successions, les libéralités*, *op. cit.*, §113.

²³⁹⁷ Selon un auteur, le cantonnement ne porte pas atteinte au caractère indivisible de l'option en ce qu'il constitue lui-même une quatrième voie, une nouvelle branche de l'option successorale : GIRAY (M.), « Le cantonnement de l'émolument du conjoint survivant par le nouvel article 1094-1, alinéa 2, du Code civil », *RFN* 2006, Étude 15, §14.

héritiers légaux par ailleurs²³⁹⁸ et le testateur peut choisir de l'exclure. De plus, l'exercice de la faculté de cantonnement est irrévocable, ce qui permet de préserver le caractère définitif de l'option exercée²³⁹⁹.

856. Rejet du dénouement conditionnel – L'ajout de modalités lors du règlement du sort de l'acte, qui aurait pour conséquence de rendre la perfection et la caducité conditionnelles, est également proscrit. La prohibition des modalités est justifiée par la force obligatoire de l'acte prospectif, qui suspend la perfection de l'acte à un événement qui se doit d'être conforme à ce qui a été déterminé en amont. La prohibition est d'autant plus justifiée que l'ajout d'une modalité aurait pour effet de faire naître une nouvelle éventualité au moment de régler le sort de l'acte, prolongeant ainsi la durée d'imperfection. Ce faisant, l'acceptation de l'offre ne peut être qu'une approbation, un « agrément pur et simple » de l'offre²⁴⁰⁰. De même, le titulaire de l'option ne dispose pas d'autre choix que lever ou ne pas lever l'option²⁴⁰¹. Comme l'a noté M. Najjar, « la modalité éventuelle n'est pas contenue dans les prérogatives conférées par le droit d'option »²⁴⁰². En dehors du domaine contractuel, le législateur est d'ailleurs conscient de la nécessité de régler définitivement le sort de l'acte prospectif. Pour cette raison, il proscrit toute conditionnalité dans l'exercice de l'option. L'art. 768 al. 2 du code civil énonce en effet qu'est « *nulle l'option conditionnelle ou à terme* ».

857. Conclusion du §1 – Le caractère définitif du dénouement de l'alternative ne tolère donc aucune « demi-mesure ». L'opération permettant de saisir la globalité des effets de droit recherchés par l'auteur de l'acte, elle se doit d'être une réussite ou un échec. En conséquence, la perfection ne peut qu'être complète et la caducité, totale. Voyons désormais que ce résultat est irréversible, ce qui achève de convaincre du caractère définitif du dénouement de l'alternative entre la perfection et la caducité.

§2 - L'IRRÉVERSIBILITÉ

858. L'impossible retour en arrière – Le caractère définitif du règlement du sort de l'acte s'incarne ensuite dans un principe d'irréversibilité, c'est-à-dire dans un impossible retour à l'alternative une fois celle-ci tranchée²⁴⁰³. Là encore, il s'agit classiquement d'une caractéristique de l'effet de plein droit²⁴⁰⁴. Parce qu'il est essentiel de trancher l'alternative face à laquelle se trouvait l'acte prospectif, l'irréversibilité

²³⁹⁸ VERNIÈRES (Ch.), « La pratique du cantonnement des libéralités », *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, dir. C. Pérès, Defrénois, 2017, p. 169, spéc. §216.

²³⁹⁹ En ce sens : SAUVAGE (F.), « Le cantonnement des libéralités », *Defrénois*, 2010, p. 1027, §22 ; VAREILLE (B.), « Renonciation et cantonnement : abandonner sans donner », *JCP N*, 2016, n° 24, §6.

²⁴⁰⁰ HOUTCIEFF (D.), *op. cit.*, §158.

²⁴⁰¹ En ce sens : DAGOT (M.), « La levée d'option conditionnelle », *JCP N* 1990, n° 28, I, 275.

²⁴⁰² NAJJAR (I.), th. préc., §306 (en italique dans le texte).

²⁴⁰³ Le ROBERT, *Dictionnaire de la langue française, op. cit.*, « Irréversible », « *Qui s'effectue dans une seule direction, sans possibilité de retour en arrière* ».

²⁴⁰⁴ TIREL (M.), th. préc., §425 : « l'effet juridique issu du mécanisme plein droit, une fois réalisé, est définitif : il ne peut être remis en cause, ni par la volonté, ni par la survenance d'un événement objectif ».

du dénouement vaut en toute hypothèse, que l'acte soit devenu caduc ou parfait. Cela ne signifie pas qu'une volonté contraire ne pourra pas être émise pour produire des effets similaires à ceux de l'acte devenu caduc, ou au contraire, pour anéantir l'acte devenu parfait. Un nouvel acte juridique devra toutefois être constitué, le principe d'irréversibilité empêchant tout retour à l'alternative sur la base de l'acte imparfait. En toute hypothèse, l'acte atteint par la caducité ne peut donc plus se parfaire (A) et l'acte parfait ne peut plus être atteint par la caducité (B). Seul le jeu de la nullité atteignant l'acte perfecteur est susceptible de porter atteinte à cette présentation, révélant ainsi les limites du mode opératoire de l'acte prospectif (C).

A - L'impossible perfection de l'acte caduc

859. L'irréversibilité de la caducité – La caducité revêt un aspect définitif. Elle atteint l'acte sans possible retour en arrière et scelle définitivement son sort. *Il ne peut donc pas y avoir de perfection consécutive à la caducité.* Classiquement la solution est justifiée par l'effet destructeur attaché à la caducité. L'acte ayant disparu, il lui serait impossible de produire le moindre effet. Comme le note Mme Pelletier « l'acte caduc ne renaît pas de ses cendres »²⁴⁰⁵. Mais cette approche de la caducité paraît quelque peu dépassée parce qu'elle repose sur une analyse organique de l'acte. En réalité, c'est l'irréversibilité de la caducité qui empêche tout retour en arrière. La condition ne peut donc plus s'accomplir après avoir défailli : sont prohibés à la fois les renversements factuels (1) et les changements d'avis (2).

1 - Prohibition des renversements factuels

860. Irréversibilité du fait perfecteur – La défaillance de la condition suspensive entraîne la caducité définitive de la promesse conditionnelle qui l'instituait : le fait constitutif de la défaillance est irréversible (a) et la partie à qui la condition profitait exclusivement ne peut plus y renoncer (b).

a) L'impossible accomplissement tardif de la condition

861. La défaillance définitive de la condition – Une fois que la condition suspensive a défailli, son accomplissement s'avère tout à fait impossible²⁴⁰⁶. Si l'on passe en revue les deux hypothèses correspondant à la défaillance de la condition suspensive, on remarque en effet qu'elle intervient de manière définitive.

²⁴⁰⁵ PELLETIER (C.), th. préc., p. 342.

²⁴⁰⁶ Civ. 3^{ème} 28 mars 2007, n° 03-14.681, *Bull. Civ. III*, n° 52.

862. L'irréversibilité de la survenance de l'événement négatif – Lorsque les parties ont visé un événement conditionnel négatif, ne devant pas se produire pour que la condition s'accomplisse, sa défaillance consiste dans la survenance de celui-ci. Or, il est évident qu'une fois advenu, ce fait est acquis définitivement. Il ne saurait disparaître après s'être produit. Par exemple, si la vente d'un terrain est suspendue à la délivrance d'un permis de construire, la promesse devient caduque définitivement si le permis est expressément refusé. La question peut toutefois se compliquer si l'événement conditionnel correspond à une manifestation de volonté constitutive d'un acte juridique, ce qui est le cas dans l'exemple précité. On pourrait en effet imaginer que le permis soit finalement délivré. Faut-il retenir que l'acte est finalement devenu parfait ? La jurisprudence répond par la négative. Dans un arrêt du 10 octobre 2012²⁴⁰⁷, la troisième chambre civile a par exemple jugé qu'une promesse était devenue caduque par suite de l'exercice du droit de préemption par la mairie, et ce, définitivement. Peu importait que la mairie ait ultérieurement renoncé à acquérir le bien. Selon les termes de la cour, cette renonciation « *n'anéantissait pas la décision du 19 mars 2007 et n'avait d'effet que pour l'avenir* ». Il en irait différemment si l'acte de préemption avait disparu de manière rétroactive, ce qui pose la question des conséquences d'une annulation ou d'une révocation, dont nous réservons l'étude pour la suite²⁴⁰⁸.

863. La certitude de non-survenance de l'événement positif – Lorsque les parties ont visé un événement conditionnel positif, devant se produire pour que la condition s'accomplisse, deux hypothèses doivent être distinguées. Si sa réalisation n'était pas enserrée dans un délai, la défaillance de la condition survient « lorsqu'on est sûr qu'elle ne se réalisera plus »²⁴⁰⁹. Une fois cette certitude acquise, il est donc bien évident que l'événement conditionnel n'est plus susceptible de survenir. Tout « accomplissement tardif » de la condition suspensive est donc impossible, la certitude permettant d'évincer tout renversement ultérieur des circonstances. Si les parties ont visé un événement conditionnel positif dont elles ont enserré la réalisation dans un délai, la non-survenance de l'événement positif à l'échéance du terme suffit dans ce cas à faire défaillir la condition définitivement²⁴¹⁰. Aucune prolongation de délai ne saurait être accordée après la défaillance. On notera seulement que la jurisprudence fait preuve de souplesse lorsque la condition suspensive est associée à un droit d'option qui se trouve encadré par un délai plus long que celui prévu pour la réalisation de la condition suspensive. Dans un arrêt du 24 septembre 2003, la Cour de cassation a en effet retenu que l'arrivée du terme pour la réalisation de la condition n'avait pas eu pour effet de rendre la promesse caduque, le délai pour lever l'option n'ayant pas encore expiré²⁴¹¹. Dans cette affaire, les bénéficiaires de la promesse avaient donc pu lever l'option alors qu'ils avaient reçu l'offre de prêt 3 jours

²⁴⁰⁷ Civ. 3^{ème} 10 octobre 2012, n° 11-15.473, *Bull. Civ. III*, n° 142 ; *RDC* 2013/2, p. 579, M. Latina ; *Daloz actu.* 23 octobre 2012, obs. Grand ; *JCP N* 2013. 1007, note S. Piedelièvre ; *LPA* 2013, p. 11, note Dutrieux ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 320, p. 26, C. Berlaud.

²⁴⁰⁸ V. *infra*, n° 885 et s.

²⁴⁰⁹ MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *op. cit.*, §846.

²⁴¹⁰ Civ. 3^{ème} 13 juillet 1999, n° 97-20.110, *Bull. Civ. III*, n° 179 ; *Defrénois* 1999, 1331, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 2000, I, 215, obs. J. Rochfeld.

²⁴¹¹ Civ. 3^{ème} 24 septembre 2003, n° 02-11.815, *Bull. Civ. III*, n° 164 ; *RTD Civ.* 2003. 697, obs. J. Mestre et B. Fages.

après la date prévue pour la réalisation de cette condition. Sauf ce cas particulier, dicté notamment par le fait que la condition était d'origine légale et dans l'intérêt exclusif de l'acquéreur, un renversement des circonstances n'est jamais susceptible d'advenir après la défaillance. Celle-ci est donc définitive, de même que la caducité consécutive.

864. Les exceptions apparentes – On peut, semble-t-il, identifier deux exceptions au principe d'irréversibilité de la caducité : à la fois lorsque la condition défaillie est réputée accomplie à titre de sanction, et lorsque l'acte juridique qui constituait l'événement perfecteur est finalement révoqué ou annulé. Pourtant, nous allons voir que ces exceptions ne sont qu'apparentes.

865. La condition réputée accomplie – Lorsque la condition est simplement potestative, le fait pour la partie qui en a la maîtrise partielle de mettre obstacle à son accomplissement justifie de réputer celle-ci accomplie (art. 1304-3 al. 1^{er}c. civ.). À première vue, il pourrait s'agir d'une exception au principe d'irréversibilité de la caducité. Pour ce faire il faudrait toutefois que la condition ait *préalablement* *défailli* et donc entraîné la caducité de la promesse, avant d'être *réputée accomplie*. Or, rien n'est moins sûr. Pour s'en convaincre, on peut prendre l'exemple de la condition suspensive de purge du droit de préemption, dont la réalisation dépend partiellement de l'action du promettant, ce dernier devant formuler une offre au titulaire du droit de préemption. En s'abstenant de notifier le tiers, le promettant fait évidemment obstacle à l'accomplissement de la condition. Il ne fait toutefois qu'empêcher l'événement conditionnel de se produire, sans la faire défaillir pour autant. La réalisation de la condition suspensive exige en effet la *purge* du droit de préemption, laquelle peut être définie comme l'« opération tendant à libérer un bien d'une charge qui le grève »²⁴¹². Seule une prise de décision du tiers est donc susceptible d'entraîner l'opération de purge, soit par le fait de préempter, soit par le fait de renoncer à ce droit²⁴¹³. Si le promettant s'abstient de notifier le tiers, cette situation de blocage volontaire ne fait donc pas défaillir la condition. L'acte demeure imparfait en raison de l'immobilisme du promettant. Ce faisant, le « réputé accompli » permet de parfaire la promesse à un stade où la caducité n'était pas encore intervenue. Il ne se produit donc aucun retour en arrière susceptible de faire revivre l'acte atteint par la caducité²⁴¹⁴. En l'occurrence, le réputé accompli sanctionne une attitude d'évitement et permet de trancher l'alternative entre perfection et caducité en faveur de la perfection. Il met ainsi fin à la période d'imperfection de l'acte, dont la prolongation n'était due qu'à l'attitude déloyale d'une partie. Le caractère irréversible du dénouement est également préservé

²⁴¹² Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., « Purge ».

²⁴¹³ C'est d'ailleurs pour cette raison que la promesse conclue sous condition de la notification au tiers, l'événement conditionnel résidant simplement dans une notification, a été jugée comme illicite : Com. 20 avril 1982, n° 81-10.916, *Bull. Civ. IV*, n° 100.

²⁴¹⁴ On retrouve ici une caractéristique de l'effet de plein droit. Un auteur a en effet remarqué que, si « la réalisation d'un effet de plein droit peut être indirectement déjouée » – ce qui correspond ici à l'accomplissement de la condition suspensive, c'est « en évitant (...) la situation juridique génératrice d'automaticité », TIREL (M.), th. préc., §333.

si le cocontractant décide de se prévaloir de la caducité. Le choix de la caducité évince en effet le prononcé de la sanction, qui n'est pas automatique ; il ne fait donc pas suite à la perfection de la promesse²⁴¹⁵.

866. L'annulation de l'acte de défaillance – Si la défaillance de la condition rend en principe impossible tout renversement des circonstances, il peut en aller différemment lorsque l'événement perfecteur est un acte juridique (mutation de l'acquéreur décidée par l'employeur, accord d'un prêt par la banque, etc.). L'acte étant susceptible d'annulation ou de révocation, cela pose la question de savoir si la condition peut s'accomplir après avoir défailli, leur effet étant rétroactif. Si on devait l'admettre, il devrait se produire une forme de « régularisation » par l'accomplissement tardif de la condition²⁴¹⁶.

867. Une perfection consécutive à la caducité ? – Un salarié peut par exemple avoir conclu une promesse de vente sous condition de sa non-mutation et obtenir, ultérieurement à sa mutation, l'annulation de cette décision. Ce renversement des circonstances constitue-t-il un accomplissement tardif de la condition susceptible de parfaire l'acte ? Cela ne paraît pas illogique parce que la caducité qui a atteint la promesse n'est plus justifiée. Cette question pratique est également susceptible de se présenter lorsque la réalisation de la vente est suspendue à une décision de préemption. La décision de préempter entraînant la défaillance de la condition et partant, la caducité de la promesse, la question se pose là encore de savoir si l'annulation de cette décision a pour effet de « réactiver le contrat originel souscrit entre le vendeur et l'acquéreur évincé »²⁴¹⁷. Dans deux arrêts de 2005, la Cour de cassation a admis une telle régularisation²⁴¹⁸. Dans chacune de ces affaires, une commune avait exercé son droit de préemption urbain, mais l'arrêt municipal pris à cet effet avait finalement été annulé. Les juges du fond avaient refusé de déclarer la vente parfaite entre les parties initiales, au motif que la promesse était devenue caduque par l'exercice de la préemption. Les arrêts furent cassés par la Cour de cassation au motif que « l'annulation de la décision de préemption étant rétroactive, la commune était censée avoir renoncé à préempter ». Ainsi, « la condition (était) réputée s'être réalisée, et l'accord conclu avec le vendeur (était) parfait »²⁴¹⁹, après avoir été caduc.

868. Le choix d'une « caducité définitive » – La solution inverse semble désormais prévaloir même si la jurisprudence en la matière paraît instable. Dans un arrêt plus récent, la Cour de cassation a en effet retenu la caducité définitive de la promesse malgré l'annulation de l'acte de préemption²⁴²⁰. Le juge

²⁴¹⁵ V. l'arrêt cité plus loin (*infra*, n° 869, note n° 2434) : Civ. 3^{ème} 1^{er} avril 2021, n° 20-14.194, Inédit.

²⁴¹⁶ BERNARD (A.), « L'autorisation administrative et le contrat en droit privé », *RTD Com.* 1987, 1.

²⁴¹⁷ HOSTIOU (R.), STRUILLLOU (J.-F.), *Expropriation et préemption*, Coll. Droit et professionnels, LexisNexis, 6^{ème} éd., 2020, §1487.

²⁴¹⁸ Civ. 3^{ème} 25 mai 2005, n° 01-14.398, Inédit ; *AJDI* 2005. 939, F. Cohet-Cordey – Civ. 3^{ème} 22 juin 2005, n° 03-20.473, *Bull. Civ. III*, n° 142 ; *AJDI* 2005. 939, obs. F. Cohet-Cordey ; *JCP N* 2005, p. 1972, obs. H. Kenfack ; *JCP N* 2006, p. 1056, obs. L. Leveneur ; *Defrénois* 2005, n° 21, p. 1708, obs. J.-Ph. Meng ; *DAUH* 2006, n° 10, p. 437, chron. J.-F. Struillou.

²⁴¹⁹ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Le vendeur, l'acheteur et le préempteur... de quelques effets d'une préemption irrégulière », *Études Malinvaud*, Litec, 2007, p. 509, §11.

²⁴²⁰ Civ. 3^{ème} 13 janvier 2010, n° 09-11.057, Inédit.

administratif favorise également cette solution depuis 2003. A la différence du juge judiciaire, il retient toutefois que l'annulation de la préemption impose au préempteur irrégulier de revendre le bien à l'acquéreur évincé²⁴²¹. Cette solution est manifestement contraire aux effets normaux de l'annulation²⁴²², qui devrait entraîner le retour du bien au vendeur, le préempteur étant tenu de restituer le bien acquis sur la base d'une décision annulée²⁴²³. L'annulation de l'acte de préemption laisse donc intacts les effets de la préemption, mais aussi le droit éventuel du bénéficiaire à l'acquisition du bien, le préempteur étant tenu de proposer la revente du bien au bénéficiaire évincé²⁴²⁴. Malgré la caducité de la promesse, la réalisation de l'opération est donc permise. L'art. L. 213-11-1 du code de l'urbanisme, issu de la loi ALUR du 24 mars 2014, impose désormais cette solution, à la différence majeure que le préempteur doit proposer la revente du bien au promettant – c'est-à-dire le propriétaire initial, et non au bénéficiaire de la promesse – c'est-à-dire l'acquéreur évincé²⁴²⁵. Le législateur favorise donc le retour au *statu quo ante* au détriment de la réalisation de l'opération, ce qui revient à donner son plein effet à la caducité de la promesse, en anéantissant définitivement les droits du bénéficiaire évincé²⁴²⁶. Cette solution est toutefois critiquable eu égard à l'intérêt à agir en justice que le juge judiciaire reconnaît à l'acquéreur évincé, soucieux d'obtenir la nullité de la décision de préemption irrégulière²⁴²⁷. On voit mal pourquoi l'acquéreur évincé rechercherait la nullité de la décision de préemption si cette action ne lui permet pas de récupérer le bien *in fine*. Aussi peut-on saluer un arrêt rendu par la Cour administrative d'appel de Lyon, ayant récemment refusé toute interprétation littérale de la disposition précitée et ayant par conséquent autorisé le préempteur irrégulier à proposer le bien en priorité à l'acquéreur évincé²⁴²⁸. Cette solution équilibrée permet tout à la fois de préserver l'irréversibilité de la caducité et de réaliser l'opération au profit de l'acquéreur évincé sur la base d'un acte juridique ; donc malgré la caducité de la promesse.

²⁴²¹ CE 26 février 2003, *M et Mme Bour* ; *Pub. Lebon* 2003 ; *AJDA* 14 avril 2003, 737, Donnat et Casa ; *Deffrénois* 2003, 1337, J.-Ph. Meng ; *Constr.-Urb.* 2003, n° 138, obs. Ph. Benoit-Cattin – CE 23 juillet 2003, *Deffrénois* 2004, 671, J.-Ph. Meng ; *AJDA* 19 janvier 2004, 102, J.-P. Demouveau.

²⁴²² Les conseillers d'État imposent au contraire au préempteur irrégulier, qu'il « *prenne toute mesure afin de mettre fin aux effets de la décision annulée ; (...)* ; qu'il doit en outre proposer à l'acquéreur évincé puis, le cas échéant, au propriétaire initial d'acquiescer le bien », CE 26 février 2003, préc.

²⁴²³ On rejoint ici la démonstration faite par M. François, qui a constaté que la nullité des actes juridiques était parfois écartée en vue de la préservation de la sécurité juridique : FRANÇOIS (C.), th, préc., p. 310 et s.

²⁴²⁴ En ce sens, le Conseil d'État a décidé que la caducité de la promesse provoquée par l'exercice du droit de préemption ne faisait pas obstacle à ce que le préempteur irrégulier propose le bien au bénéficiaire de la promesse : CE 26 février 2010, *Sté. d'Études Promotions Réalisation immobilière*, n° 328410, Inédit.

²⁴²⁵ Art. L. 213-11-1 al. 1 c. urb. : « *Lorsque, après que le transfert de propriété a été effectué, la décision de préemption est annulée ou déclarée illégale par la juridiction administrative, le titulaire du droit de préemption propose aux anciens propriétaires ou à leurs ayants cause universels ou à titre universel l'acquisition du bien en priorité* ».

²⁴²⁶ Pour une application récente de ce texte : Civ. 3^{ème} 7 septembre 2022, n° 21-12.114, Publié au bulletin.

²⁴²⁷ Civ. 3^{ème} 20 novembre 2002, n° 01-13.534, *Bull. Civ. III*, n° 234.

²⁴²⁸ La condition posée étant toutefois que l'identité de l'acquéreur évincé soit indiquée dans la déclaration d'intention d'aliéner : CAA Lyon, 18 juin 2019, n° 18LY04015, *Commune de Montagny-lès-Beaune*.

b) L'impossible renonciation à la condition défaillie

869. La renonciation tardive en question – Le caractère définitif de la caducité de la promesse justifie également que la partie à qui elle profite exclusivement ne puisse plus renoncer à la condition après sa défaillance. S'agissant de renoncer au « jeu » de la condition et non à son « effet », la renonciation doit en effet intervenir avant toute défaillance de la condition. En ce sens, l'art 1304-4 du code civil énonce qu'« *une partie est libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif, tant que celle-ci n'est pas accomplie ou n'a pas défailli* ». Cette ultime précision a d'ailleurs été ajoutée par la loi de 2018 afin d'aligner le texte sur la volonté du législateur²⁴²⁹, dans la mesure où le rapport remis au Président de la République précisait qu'« *une renonciation ne peut intervenir après la défaillance de la condition suspensive* ». La renonciation à la condition est donc possible uniquement lorsque celle-ci est encore pendante, conformément au principe d'irréversibilité de la caducité. On peut toutefois regretter la maladresse rédactionnelle de la disposition précitée, qui confond la question de la réalisation de la condition – qui peut s'accomplir ou défaillir, et celle de la survenance de l'événement conditionnel – qui peut survenir ou ne pas survenir²⁴³⁰. La renonciation à une condition accomplie constitue en effet un procédé impossible, la promesse étant déjà devenue parfaite²⁴³¹. Il est donc bien évident qu'on ne peut plus y renoncer après son accomplissement. En visant la condition « défaillie » ou « accomplie », le législateur entend semble-t-il proscrire la renonciation à la condition *défaillante*, que celle-ci soit positive (portant sur un événement devant survenir) ou négative (portant sur un événement ne devant pas survenir)²⁴³². La loi de ratification de 2018 aurait donc dû viser la condition « défaillie » en lieu et place de la condition « accomplie », et non associer ces deux hypothèses²⁴³³. La renonciation est donc proscrire après que la condition ait défailli. Cette prohibition est justifiée par le principe d'irréversibilité de la caducité et a d'ores et déjà été appliquée dans un arrêt récent²⁴³⁴. Dans cette affaire, la condition d'obtention d'un permis de construire avait défailli parce que l'acquéreur, à qui profitait la condition suspensive, avait omis de procéder à la demande du permis. Ce dernier demandait toutefois la réalisation de la vente, estimant pouvoir renoncer à la condition ; tandis que l'autre partie s'estimait libérée du fait de la caducité de la promesse. La cour d'appel avait refusé d'ordonner la réalisation de la vente au motif que la promesse était devenue caduque. La solution est approuvée par la Cour de cassation : faute pour l'acquéreur d'avoir expressément renoncé à la condition suspensive avant sa défaillance, ce qui ne pouvait pas se déduire d'une absence de demande de permis de construire, la promesse était devenue caduque. La renonciation à la condition ne pouvait donc plus intervenir.

²⁴²⁹ HONTEBEYRIE (A.), « Proposition de modification de l'article 1304-4 du Code civil : la condition et la renonciation », *RDC* 2017/1, p. 197 ; HAMELIN (J.-F.), « La renonciation à la condition après la loi de ratification du 20 avril 2018 », *Defrénois* 2018, n° 35, p. 19.

²⁴³⁰ Sur cette distinction, v. *supra*, n° 733.

²⁴³¹ V. *infra*, n° 888.

²⁴³² TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *op. cit.*, §1350.

²⁴³³ *Contra* : JULIENNE (M.), *op. cit.*, §60-61.

²⁴³⁴ Civ. 3^{ème} 1^{er} avril 2021, n° 20-14.194, Inédit. V. égal. : Soc. 29 novembre 2023, n° 22-11.398, Publié au Bulletin.

870. Critique de l'efficacité de la renonciation tardive – Bien qu'expressément proscrite par la loi, la possibilité de renoncer à la caducité est défendue par une partie de la doctrine, qui juge nécessaire de tempérer l'automatisme du jeu de la condition²⁴³⁵. Cette possibilité n'a toutefois jamais été pleinement admise par la jurisprudence, car elle présente des risques pour la sécurité juridique.

871. Une jurisprudence fluctuante et imprécise – La jurisprudence n'ayant jamais été parfaitement claire quant à la possibilité de renoncer à la condition défaillie, les parties ont parfois été incitées à prendre les devants et à préciser dans la promesse que la défaillance de la condition entraînerait la caducité de la promesse sans possibilité de renonciation²⁴³⁶. Il faut néanmoins remarquer que la jurisprudence était à la fois fluctuante et imprécise. Il ne s'agit pas de nier que certains arrêts ont admis la renonciation tardive, parfois de manière très explicite²⁴³⁷, plus souvent en affirmant que seule la partie dans l'intérêt exclusif de laquelle la condition avait été instituée pouvait s'en prévaloir²⁴³⁸. Mais il faut remarquer que le mouvement d'approbation jurisprudentielle n'était pas aussi étendu qu'on voudrait le croire. D'une part, la jurisprudence la plus récente refusait d'admettre la renonciation intervenue après la défaillance de la condition²⁴³⁹. D'autre part, certains arrêts présentés comme admettant la renonciation tardive à la défaillance de la condition suspensive ne valident pas aussi clairement l'efficacité du procédé, comme nous allons le voir du cas de la renonciation consentie ou justifiée par l'existence d'un droit d'option.

872. La renonciation consentie – La renonciation étant un acte unilatéral, elle ne nécessite pas le consentement d'autrui²⁴⁴⁰. Lorsque la défaillance de la condition est surmontée grâce à un accord des parties, il n'y a donc aucune renonciation tardive à la condition et partant, aucune entrave à la règle de l'irréversibilité de la caducité²⁴⁴¹. Comme le note un auteur, « s'il est certes impossible de ressusciter les obligations éteintes de plein droit, l'extinction automatique de l'acte n'empêche pas de reconnaître

²⁴³⁵ V. not. : WITTMAN (V.), « La renonciation unilatérale à la défaillance de la condition suspensive dans les promesses de vente : à la recherche d'un équilibre contractuel », *D.* 2012, 301 ; NUYTEN (B.), « La renonciation à la condition suspensive : quand c'est le mécanisme qui défaille », *RDC* 2008/3, p. 959.

²⁴³⁶ V. par ex. : Civ. 3^{ème} 9 juin 2009, n° 07-15.421, Inédit – Civ. 3^{ème} 5 décembre 2007, n° 06-17.605, Inédit.

²⁴³⁷ Civ. 3^{ème} 22 mai 1970, n° 60-10.970, *Bull. Civ. III*, n° 357 – Civ. 1^{ère} 4 mai 1994, n° 92-18.633, Inédit – Civ. 3^{ème} 12 janvier 2010, n° 08-18.624, *Bull. Civ. III*, n° 6.

²⁴³⁸ Civ. 2^{ème} 27 octobre 2016, n° 15-23.727, Inédit – Civ. 3^{ème} 8 juillet 2014, n° 13-17.386, préc.

²⁴³⁹ Civ. 3^{ème} 20 mai 2015, n° 14-11.851, arrêt préc. – Civ. 3^{ème} 29 mai 2013, n° 12-17.077, *Bull. Civ. III*, n° 69 – Civ. 3^{ème} 29 mars 2011, n° 10-14.664, Inédit – Civ. 3^{ème} 17 décembre 2008, n° 07-18.062, *Bull. civ. III*, n° 211 ; *Defrénois* 2008. 1949, obs. R. Libchaber.

²⁴⁴⁰ Civ. 2^{ème} 2 février 2017, n° 16-13.521, Publié au Bulletin : « la renonciation à un droit est un acte unilatéral » (*D.* 2017. 350 ; *Daloz actualité*, 22 février 2017, obs. de Ravel d'Esclapon). V. égal. : *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Renonciation », D. HOUTCIEFF, 2021, §1 et §8.

²⁴⁴¹ Civ. 1^{ère} 24 octobre 1978, n° 76-13.811, *Bull. civ. I*, n° 321. Dans le même sens : Civ. 3^{ème} 28 avril 1971, n° 69-13.165, *Bull. Civ. III*, n° 270 – Civ. 1^{ère} 18 janvier 1983, n° 81-14.611, *Bull. Civ. I*, n° 26 – Civ. 1^{ère} 17 mars 1998, n° 96-13.972 ; *Bull. Civ. I*, n° 120 ; *JCP* 1998, II, 10148, note S. Piedelièvre ; *JCP* 1998, IV, 2097 ; *Defrénois* 1998, p. 749, n°75, obs. J.-L. Aubert – Com. 23 octobre 2012, n°11-23.663, Inédit.

l'existence d'une relation contractuelle tacite entre les parties »²⁴⁴². Ayant défailli, la condition a d'ores et déjà disparu en même temps que la promesse qui lui donnait effet. À l'inverse, « la logique qui permet aux parties ayant renoncé à la défaillance de la condition suspensive de poursuivre le contrat initial est nettement incompatible avec celle de l'approche conceptuelle de l'effet de plein droit »²⁴⁴³. Même si par le passé la Cour de cassation avait parfois jugé dans le sens d'une « renaissance » du contrat par suite d'une renonciation à la défaillance²⁴⁴⁴, cette solution ne devrait plus pouvoir être retenue, la réforme de 2016 ayant largement consacré l'automatisme du jeu de la condition sur ce point. Le rapport de présentation de l'ordonnance de 2016 est dans ce sens puisqu'il énonce que « *la partie qui avait intérêt à la condition pourra toujours y renoncer après cette défaillance si elle obtient l'accord de son cocontractant* ». Selon nous, l'accord du contractant n'est rien de moins qu'un consentement à un nouveau contrat, même si le texte évoque une renonciation. Pour renoncer à la condition défailliée, les parties n'ont donc pas d'autre choix que de passer un nouveau contrat²⁴⁴⁵. Les parties peuvent aussi avoir prévu qu'elles pourraient renoncer à la défaillance de la condition. S'agissant d'une prérogative contractuelle prévue dès la formation de la promesse, l'effet de plein droit n'est pas contrarié, car il s'agit de respecter la volonté des parties.

873. La persistance d'un droit d'option – La renonciation semble ensuite avoir été admise dans un arrêt non publié rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 13 octobre 1999²⁴⁴⁶. En l'espèce, une promesse de cession d'un droit à la sous-location avait été conclue sous la condition suspensive du renouvellement du contrat de sous-location et de l'autorisation d'exercer dans les lieux loués une activité de confiserie. La condition ayant défailli, le promettant s'estimait libéré et avait cédé le droit à un tiers. Pour demander l'annulation du contrat passé avec le tiers, son cocontractant prétendait avoir renoncé à la défaillance de la condition, cette dernière ayant été stipulée dans son intérêt exclusif. La demande fut accueillie par la cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation. Selon le pourvoi, la défaillance de la condition aurait dû entraîner la caducité de la promesse, son accomplissement étant cumulativement requis à la levée de l'option. Mais c'était faire fi du fait que la condition avait été stipulée dans l'intérêt du bénéficiaire de la promesse. Dans ce cas en effet, l'option atténue nécessairement l'automatisme du jeu de la condition. Stipulée dans l'intérêt exclusif du bénéficiaire de la promesse, qui dispose par ailleurs d'un droit d'option, la condition suspensive s'insère dans une période de potestativité qui l'empêche d'éteindre

²⁴⁴² TIREL (M.), th. préc., §457. V. égal. : PELLETIER (C.), th. préc., §268 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, §846 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *op. cit.*, §1350 ; JULIENNE (M.), *op. cit.*, §61.

²⁴⁴³ TIREL (M.), th. préc., §458.

²⁴⁴⁴ Com. 6 février 1996, n° 93-12.868, *Bull. Civ. IV*, n° 44 ; *JCP E* 1996, 841, note B. Petit ; *RTD Civ.* 1996. 613, obs. J. Mestre ; *RJDA* 1996, n° 480 ; *RTD Com.* 1996. 445, J. Derruppé et 514, B. Bouloc.

²⁴⁴⁵ BRENAC (Ch.), THIOYE (M.), « Heurs et malheurs d'une condition suspensive de pratique courante : plaider pour un retour à une lecture rigoureuse de la loi », art. préc. : « La « résurrection » de l'opération initiale doit être considérée comme devenue impossible, de sorte que, si les (anciennes) parties souhaitent toujours « transformer l'essai » nonobstant la défaillance de la condition suspensive, il leur sera indispensable de bâtir, sur les cendres plus ou moins chaudes de leur contrat devenu caduc, un nouveau contrat « clone », à l'instar de ce que feraient des parties qui, face à la nullité de leur contrat, procéderaient à une réfection de celui-ci ».

²⁴⁴⁶ Civ. 3^{ème} 13 octobre 1999, n° 97-21.682, Inédit ; *JCP* 2000. I. 237, obs. J. Rochfeld.

la promesse tant que le droit d'opter demeure pendant. Or, la promesse avait été conclue pour une durée supérieure à celle prévue pour la réalisation des conditions suspensives. Si la renonciation à la condition était encore permise après sa défaillance, c'est donc parce que le bénéficiaire de la promesse disposait encore d'un délai pour opter. C'est ce que confirme la lecture de l'arrêt puisque la Cour affirme « *qu'ayant souverainement retenu que la condition suspensive avait été stipulée dans l'intérêt des époux Y..., la cour d'appel, qui a relevé que ceux-ci pouvaient dès lors y renoncer et valablement lever l'option le 27 janvier 1995, la promesse étant maintenue jusqu'au 12 février suivant, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision* ». La renonciation était donc bel et bien intervenue après la défaillance de la condition, mais cette dernière n'ayant pas entraîné la caducité de la promesse, aucune atteinte n'avait été portée au principe d'irréversibilité de la caducité.

874. Une faculté dangereuse – Quelle qu'ait été la jurisprudence antérieure à la réforme, la solution aujourd'hui portée par l'art. 1304-4 du code civil mérite approbation parce que plusieurs critiques sérieuses peuvent être formulées à l'encontre de la faculté de renonciation à la défaillance. C'est d'ailleurs ce qui nous incite à regretter qu'un arrêt récemment rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation ait admis que la partie au profit de laquelle la condition suspensive avait été instituée puisse y renoncer après sa défaillance²⁴⁴⁷. Bien que les faits aient été soumis au droit antérieur à la réforme, il aurait été préférable que les hauts magistrats règlent cette question à la lumière des nouveaux textes.

875. Un droit d'option implicite – L'admission de la renonciation tardive présente tout d'abord le défaut de ménager une option au profit du bénéficiaire alors que la promesse est synallagmatique. La renonciation se présente en effet comme un droit potestatif ayant pour effet de parfaire l'acte. Cette définition correspond en tous points au « droit d'option » admis par l'art. 1124 du code civil et inhérent à la qualification de la promesse unilatérale²⁴⁴⁸. Il est donc fortement contestable d'attribuer un droit d'option en dépit de l'engagement réciproque des parties. De deux choses l'une : soit la perfection dépend de la levée de l'option, soit elle dépend de l'accomplissement de la condition. Elle peut éventuellement dépendre du cumul des deux. Mais, quelle que soit la configuration choisie par les parties, l'option ne doit pas être confondue avec la faculté de renonciation à la défaillance qui serait inhérente à la « condition unilatérale ». Il est nécessaire de distinguer strictement le pouvoir unilatéral de lever l'option et la condition suspensive, cette dernière ouvrant un droit d'y renoncer *uniquement* avant la défaillance, quand bien même elle aurait été stipulée au bénéfice exclusif d'une partie. Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 23 février 2017 est

²⁴⁴⁷ Civ. 1^{ère} 5 janvier 2022, n° 19-17.200, Publié au Bulletin ; *D.* 2022. 68 et 1724, obs. J.-J. Ansault et Ch. Gijsbers ; *AJDI* 2022. 290 ; *RDC* 2022/2, p. 37, note A. Hontebeyrie ; *JCP E* 2022. 1129, note D. Legeais ; *JCP G* 2022, doct. 467, n° 7, obs. Ph. Simler.

²⁴⁴⁸ Comme l'a d'ailleurs remarqué M. Latina, la Cour de cassation procédait autrefois à la requalification de la promesse apparemment conditionnelle en promesse optionnelle à chaque fois que les parties avaient prévu que l'une d'elle pourrait renoncer à la défaillance de la condition. V. LATINA (M.), th. préc., §573 (Civ. 21 novembre 1949, *JCP* 1950, II, 5255, obs. R. Cavarroc – Civ. 8 novembre 1950 ; *S.* 1951, I, p. 125, G. Cornu ; *RTD Civ.* 1951. p. 93, J. Carbonnier ; *JCP* 50, I, 5870, R. Cavarroc).

symptomatique de cette idée²⁴⁴⁹. Dans cette affaire, les parties avaient conclu une promesse synallagmatique de vente conditionnée à la délivrance d'un diagnostic garantissant l'absence d'amiante. La condition suspensive ayant défailli, elle aurait dû conduire à la caducité de la promesse. Pourtant les hauts magistrats ont approuvé les juges du fond d'avoir constaté la perfection de la vente dans la mesure où la condition était dans l'intérêt exclusif de l'acquéreur et que celui-ci avait renoncé au bénéfice de la condition dans le laps de temps prévu avant la réitération par acte authentique. Sous couvert de l'exclusivité de la condition, la cour a donc institué un droit de renoncer à la condition. Cela revenait donc à conférer à l'acquéreur un véritable droit d'option : réaliser la vente malgré la présence d'amiante ou y renoncer. Or, cela est contestable : si les parties entendent conférer à l'une d'elles le pouvoir de parfaire l'acte malgré les circonstances, de façon arbitraire, elles doivent le faire de manière explicite en instituant un droit d'option, sauf à brouiller les frontières entre la promesse conditionnelle et la promesse optionnelle²⁴⁵⁰.

876. Une entrave à la sécurité des conventions – Par ailleurs il faut bien voir que l'admission de la renonciation tardive porte doublement atteinte à la sécurité de la convention conclue entre les parties. Tout d'abord, parce qu'elle installe différents niveaux d'intensité normative au sein du contrat. D'une part, on donnerait *plein effet* à la perfection, en prohibant la renonciation à la condition accomplie²⁴⁵¹. D'autre part, on donnerait un *effet relatif* à la caducité en retenant qu'il peut être renoncé à la condition défailliée. Or, la force obligatoire attachée à la promesse implique que l'on respecte l'alternative qui a été instituée par les parties. Cela impose que la caducité se produise selon les mêmes modalités que la perfection, selon le sens de réalisation de la condition : si la condition s'accomplit, le contrat est parfait ; si elle défaille, le contrat est caduc. Ensuite, il paraît indispensable de respecter les attentes légitimes du cocontractant qui comptait sur la caducité. Chacune des parties doit en effet pouvoir tirer toutes les conséquences de la défaillance de la condition. Si elles s'estiment libérées, c'est tout à fait légitimement parce que la force obligatoire attachée à la promesse commande la caducité de l'acte. Pour pallier la critique, certains auteurs ont proposé d'enserrer la faculté de renonciation dans un délai raisonnable²⁴⁵². Cet aménagement de la faculté de renonciation nous semble toutefois insuffisant. Il ne faut pas oublier qu'un certain temps s'est déjà écoulé, au cours duquel la partie autorisée à renoncer au jeu de la condition avait eu le temps de le faire valablement. Comme le note un auteur, « il n'est pas satisfaisant qu'à l'incertitude – acceptée par les parties – sur le sort du contrat *pendente conditione*, succède une autre incertitude, celle-là liée au seul bon vouloir de l'une d'elles »²⁴⁵³. D'autant que rien n'empêche les parties de reprendre le contenu de leur accord pour former

²⁴⁴⁹ Civ. 3^{ème} 23 février 2017, n° 16-10.185, Inédit ; *D.* 2018, 371, obs. M. Mekki.

²⁴⁵⁰ Bien que la promesse conditionnelle ne soit pas définie par les textes, la promesse optionnelle (ou unilatérale) l'est en revanche. Il est donc contestable de l'associer à la promesse qui contient une condition suspensive unilatérale.

²⁴⁵¹ C'est ce que nous verrons ultérieurement, la perfection revêtant un caractère définitif. V. *infra*, n° 883 et s.

²⁴⁵² CHAABAN (R.), th. préc., §597.

²⁴⁵³ NUYTEN (B.), « La renonciation à la condition suspensive : quand c'est le mécanisme qui défaille », *RDC* 2008/3, p. 959. Dans le même sens, LATINA (M.), th. préc., §593, « la faculté de renonciation offerte au bénéficiaire de la condition ajoute, entre la période d'attente et la période d'efficacité du contrat, une période intermédiaire au cours de laquelle la convention devrait être considérée comme caduque en vertu de l'effet de plein droit de la

un nouveau contrat. L'obstacle existant pour la réalisation de l'opération promise ayant disparu, elles peuvent tout à fait s'entendre pour conclure un nouveau contrat pour surmonter la défaillance de la condition suspensive. En somme, elles peuvent conclure un contrat parfait.

877. L'étude générale des modalités de perfection de la promesse conditionnelle démontre que le caractère définitif de la caducité a été préservé par la réforme. Il faut saluer cette approche du jeu de la condition car il assure une meilleure prévisibilité des solutions et s'avère respectueux de l'accord initial des parties.

2 - Prohibition des changements d'avis

878. L'impossible acceptation tardive de l'opération – La perfection de l'acte prospectif dépend parfois d'un acte perfecteur : c'est le cas de la promesse optionnelle et du legs, qui doivent se parfaire au moyen de la levée de l'option conférée à leur bénéficiaire, mais aussi de l'offre, qui doit se parfaire au moyen de l'acceptation du destinataire. Si ces derniers refusent de parfaire l'acte, la caducité de ce dernier s'impose en principe de manière définitive, ce qui implique que tout changement d'avis ultérieur soit prohibé.

879. Acceptation tardive et promesse optionnelle – La caducité qui atteint la promesse optionnelle est définitive. Si le bénéficiaire manifeste son refus de lever l'option, il ne lui est donc pas possible de changer d'avis par la suite. Aucun retour à l'alternative n'est possible : l'acte de refus est irrévocable. Il en va de même s'il entend « lever l'option » tardivement, après expiration du délai. Cela aura l'effet d'un coup d'épée dans l'eau, le jeu de l'option n'étant plus possible dès lors que le bénéficiaire n'est plus titulaire de ce droit par suite de la caducité de la promesse. Il se peut toutefois que le promettant lui accorde le droit de lever l'option. Il se produit alors une prorogation du délai laissé pour opter qui a incidemment pour effet de maintenir le contrat en dépit de sa caducité. Néanmoins cette exception à l'irréversibilité n'est que relative : d'une part, la prolongation repose sur un accord des parties, d'autre part, le procédé paraît possible parce que la caducité ne doit plus être vue comme un procédé permettant « d'anéantir » l'acte, de le faire tomber.

880. Acceptation tardive du legs – Si le légataire précède, le legs est définitivement caduc dans la mesure où ce fait est irréversible. Mais nous savons que même dans l'hypothèse d'un prédécès du testateur, le legs est encore susceptible d'être atteint par la caducité, le légataire ayant la faculté d'y renoncer. Partant, si la caducité du legs n'est pas déjà survenue par le prédécès du testateur, elle intervient en principe au moment de la renonciation du légataire. Une fois l'option exercée, celle-ci est normalement définitive : le légataire renonçant ne peut plus accepter le legs. Du moins en principe. Alors que l'acceptation de la succession est irrévocable, la renonciation à la succession peut en effet être révoquée. Prévue par l'ancien

défaillance de la condition » ; JULIENNE (M.), *op. cit.*, §63, « ... à l'incertitude inhérente à l'existence d'une condition succède l'incertitude affectant l'attitude que choisira finalement d'adopter celui au profit duquel elle a été stipulée ».

art. 790 du code civil à propos de la succession *ab intestat*, cette solution a été étendue à la succession testamentaire par la jurisprudence²⁴⁵⁴. Il convient toutefois de remarquer que le législateur, attentif au règlement définitif de la succession, dote la révocation d'un régime particulier. En premier lieu, il lui confère une efficacité particulièrement intense. Généralement dotée d'un simple effet extinctif, la révocation a ici un effet constitutif : elle vaut acceptation. Elle ne permet donc pas au légataire de revenir à la situation antérieure à l'exercice de l'option, mais lui permet d'opter pour l'acceptation. Cette solution présente évidemment l'avantage de fixer définitivement la situation du légataire. En second lieu, le législateur cantonne la révocation à l'hypothèse dans laquelle aucun autre héritier n'a accepté la succession entre temps (art. 786 c. civ.). Cela démontre les limites d'une approche purement individuelle de l'option. S'il est indéniable que l'option appartient personnellement au légataire, il ne doit pas pouvoir modifier la part successorale des héritiers acceptants. Limitée dans le temps et par les circonstances, la révocation de la renonciation ne porte donc pas directement atteinte au principe d'irréversibilité de la caducité.

881. Acceptation tardive de l'offre – Enfin, le refus exprès de l'offre ou l'expiration du délai laissé pour accepter entraîne la caducité définitive de l'offre. Cela signifie en principe que l'acceptation ne peut plus survenir. Cette solution est un gage de sécurité pour l'offrant, car elle lui évite d'avoir à subir les revirements de volonté du destinataire et lui assure de pouvoir compter sur le refus opposé par ce dernier. Suite au refus, le destinataire de l'offre ne peut donc pas changer d'avis soit en se rétractant, soit en acceptant l'offre qui lui a été faite. Ce revirement de volonté ne peut pas être pris en compte. La question est bien connue du droit des assurances, où la victime d'un accident est parfois tentée de refuser une offre d'indemnisation formulée par l'assureur dans l'espoir d'en recevoir une meilleure. Ce refus entraînant la caducité de l'offre, cela lui est évidemment dommageable parce que l'assureur n'est pas tenu de formuler une offre meilleure. C'est dans ce contexte que la victime entend parfois accepter l'offre tardivement. Mais la caducité de l'offre étant survenue, l'assureur n'est aucunement tenu d'honorer celle-ci tant dans son principe que dans son montant, les deux allant de pair. La Cour de cassation a récemment rappelé cette solution²⁴⁵⁵. La caducité de l'offre est donc bel et bien définitive. Si un contrat se forme, se sera donc sur la base d'une nouvelle offre émise, soit par l'offrant initial, soit par le destinataire l'ayant refusée.

882. Devenu caduc, l'acte prospectif est donc insusceptible de se parfaire. Sauf à de rares exceptions qui reposent sur un accord des parties en présence ou sur un encadrement temporel et matériel, la caducité est donc définitive. Voyons désormais que la réciproque se vérifie également : l'acte parfait est insusceptible d'être atteint par la caducité.

²⁴⁵⁴ Civ. 1^{er} février 1955, n° 55-02.067, *Bull. Civ. I*, n° 51 ; *JCP* 1955, n° 2, 8646, E. Becqué ; *RTD Civ.* 1955. 344, M. Savatier.

²⁴⁵⁵ Civ. 2^{ème} 8 juin 2017, n° 16-17.767, Publié au Bulletin : la Cour casse l'arrêt d'appel ayant condamné l'assureur à indemniser la victime et retient que l'offre « ne peut engager l'assureur que si elle est acceptée par la victime ou ses ayants droit », (*RGDA* 2017, n° 7, p. 422, J. Landel ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 35, p. 66, M. Ehrenfeld).

B - L'impossible caducité de l'acte parfait

883. L'irréversibilité de la perfection – Lorsque l'acte prospectif devient parfait, il l'est définitivement. *Il ne peut donc pas y avoir de caducité consécutive à la perfection.* Du moins, l'acte prospectif devenu parfait n'est pas susceptible d'être atteint par la caducité « par défaillance de la condition de perfection ». En tant qu'acte parfait, il peut toutefois devenir caduc par suite de la « disparition d'une condition de perfection »²⁴⁵⁶. Ce sera le cas par exemple si la promesse conditionnelle prévoit tout à la fois une condition suspensive, rendant l'acte imparfait, et une condition extinctive réciproque. On imagine par exemple le cas d'une promesse de vente sous condition d'obtention d'un permis, dans laquelle les parties auraient également inséré une condition extinctive, pour le cas où le permis viendrait à être retiré après la perfection de l'acte. Cette hypothèse mise à part, la condition accomplie ne peut plus défaillir : les renversements factuels (1) de même que les changements d'avis sont là aussi prohibés (2).

1 - Prohibition des renversements factuels

884. Perfection définitive de la promesse – Comme nous l'avons déjà remarqué à propos de la condition défaillie, le jeu de la condition « ne saurait être remis en cause ni par le renversement des circonstances (...), ni par la volonté des parties »²⁴⁵⁷. Il est donc logique que cette solution soit reprise lorsque la condition s'est accomplie. Dans ce cas la promesse est définitivement parfaite, empêchant toute défaillance tardive de la condition (a). En principe, il ne devrait pas être question d'étudier une quelconque « renonciation à la condition accomplie », la renonciation à la condition devant parfaire la promesse dans des circonstances où elle aurait normalement dû être atteinte par la caducité. Pourtant, un arrêt récemment rendu par la Cour de cassation semble avoir implicitement admis cette possibilité, ce qui justifie d'en faire l'étude (b).

a) L'impossible défaillance tardive de la condition

885. Impossibilité de la défaillance tardive – Une fois la condition suspensive accomplie, celle-ci ne saurait défaillir. Cette solution s'impose logiquement après avoir remarqué que l'accomplissement de la condition suspensive correspond tantôt à la survenance d'un événement conditionnel positif, tantôt à la certitude de non-survenance d'un événement conditionnel négatif. Lorsque l'événement est positif, c'est-à-dire attendu par les parties pour la perfection, il est bien évident qu'une fois survenu il ne peut plus « ne

²⁴⁵⁶ Comme nous l'avons vu, un acte parfait peut tout à fait devenir caduc après sa prise d'effet. Toutefois sa caducité s'explique par l'accomplissement d'une condition extinctive et non par la défaillance d'une condition de perfection : v. *supra*, n° 360 et s.

²⁴⁵⁷ LATINA (M.), th. préc., §546.

pas se produire ». Si un salarié subordonne la vente d'une maison à sa mutation, la décision de sa mutation parfait définitivement la promesse. Lorsque l'événement est négatif, la certitude que celui-ci ne s'accomplira plus intervient également de manière définitive. En toute hypothèse, le caractère définitif de l'accomplissement de la condition évince donc la potentialité d'une défaillance tardive et ce faisant, le risque d'une caducité consécutive à la perfection. Deux situations relativement proches peuvent toutefois poser des difficultés : il s'agit du cas dans lequel l'accomplissement de la condition suspensive repose sur la formation d'un acte juridique – comme un accord de prêt, la délivrance d'un permis de construire ou encore la décision de mutation prise pour exemple précédemment, qui sont susceptibles d'être révoqués ou annulés.

886. La révocation de l'acte conditionnel – La potentielle révocation de l'acte ayant permis l'accomplissement de la condition suspensive menace très certainement le caractère définitif de la perfection. On peut prendre l'exemple d'une vente subordonnée à un accord de prêt : l'émission d'une offre suffit en principe à parfaire la promesse, par l'accomplissement de la condition suspensive, mais le prêteur pourrait décider de révoquer son offre. Dans cette situation, la jurisprudence a déjà retenu que la condition suspensive d'accord de prêt avait défailli après s'être accomplie, entraînant la caducité de la promesse²⁴⁵⁸. Pour éviter cette réversibilité de la perfection, la faculté de révocation est donc parfois spécialement écartée par la loi. Cette solution vaut désormais dans l'exemple évoqué : l'organisme prêteur est soumis à un devoir de maintien tout à fait exceptionnel de l'offre de prêt formulée en vue de la conclusion d'un contrat de crédit immobilier, qu'il ne peut plus révoquer pendant le délai laissé pour accepter²⁴⁵⁹. La simple émission de l'offre suffit donc à accomplir la condition suspensive d'obtention du prêt sans qu'il y ait un risque de revirement intempestif de la volonté. La difficulté est toutefois plus sérieuse lorsque l'acte encourt l'annulation.

887. L'annulation de l'acte conditionnel – L'acte ayant permis à la promesse de se parfaire peut être annulé. Prenons l'exemple fréquent d'une promesse de vente immobilière dont la réalisation est subordonnée à la délivrance d'un permis de construire. La délivrance du permis suffit en principe à parfaire la vente, mais s'agissant d'un acte juridique, il est susceptible d'être annulé. L'annulation du permis de construire, dont la délivrance avait permis à la condition suspensive de s'accomplir et à la promesse de se parfaire, pourrait donc être considérée comme une forme de défaillance tardive de la condition, justifiant la caducité de la promesse. En cas d'annulation, l'événement perfecteur serait « réputé n'être pas survenu »²⁴⁶⁰. La Cour de cassation a retenu cette solution pragmatique dans un arrêt du 24 mai 2000²⁴⁶¹.

²⁴⁵⁸ Civ. 1^{ère} 20 janvier 1993, n° 90-14.214, *Bull. Civ. I*, n° 30 ; *Defrénois* 1993, 1382, obs. J.-L. Aubert ; *CCC* 1993, p. 16, obs. L. Leveneur ; *JCP N* 1993. II. 121, note A. Gourio.

²⁴⁵⁹ Art. L.313-34 al. 1^{er} c. conso. : « *L'envoi de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de trente jours à compter de sa réception par l'emprunteur* ».

²⁴⁶⁰ BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, op. cit., p. 290, note n° 120.

²⁴⁶¹ Civ. 3^{ème} 24 mai 2000, n° 98-15.499, *Bull. Civ. III*, n° 115 ; *LPA* 2002, n° 64, p. 16, note D. R. Martin.

Dans cette affaire, la condition suspensive consistant dans l'obtention d'une autorisation préfectorale s'était accomplie. Néanmoins l'autorisation avait finalement été annulée. L'acquéreur demandait donc à ce que soit constatée la caducité de la promesse et que lui soit restituée l'indemnité d'immobilisation. La demande fut rejetée par la cour d'appel au motif qu'au jour de levée de l'option la condition était accomplie et que « *la promesse ne subordonne nullement la réalisation de la condition suspensive au caractère définitif d'une telle autorisation* ». L'arrêt est cassé par la Cour de cassation qui retient que « *l'arrêté du préfet ayant été annulé était réputé n'être jamais intervenu* ». On comprend le raisonnement de la cour qui consiste à tenir compte de la nécessité de l'autorisation pour mener à bien le projet de l'acquéreur. Cela revient toutefois à présumer que les parties ont institué une double condition : une condition suspensive tenant à la délivrance de l'autorisation et une condition extinctive tenant à l'annulation de l'autorisation. Or, cela ne saurait être présumé. Une fois la condition accomplie, il est en effet question pour les parties d'assumer un risque, celui de l'annulation de l'autorisation. Si les parties craignent que l'autorisation ne soit finalement retirée, il leur appartient donc de faire un choix : soit l'acquéreur supporte le risque de l'annulation, la vente étant définitivement parfaite dès que l'autorisation est accordée ; soit il refuse de supporter un tel risque et subordonne le maintien du contrat à la persistance de cette autorisation. Pour ce faire, l'insertion d'une condition extinctive est absolument nécessaire, car la condition suspensive ne saurait produire un tel effet : une fois accomplie, la promesse est parfaite par épuisement du jeu de la condition. Cette situation pose toutefois de plus grandes difficultés dans l'hypothèse d'une promesse d'une opération reposant sur une intention libérale. Si des futurs époux se sont consentis des promesses de donation conditionnées par le mariage, l'annulation du mariage devrait justifier la caducité (nécessairement rétroactive) des donations²⁴⁶².

b) L'impossible renonciation à la condition accomplie

888. Une situation paradoxale – Dès lors que la condition constitue un obstacle à la réalisation de l'opération, la renonciation à la condition permet de supprimer cet obstacle et de parfaire la promesse en dépit de sa caducité. Partant, la renonciation à la condition est naturellement proscrite si celle-ci s'est accomplie. Il serait en effet illogique de retenir que la renonciation à la condition accomplie a entraîné la caducité de la promesse²⁴⁶³. C'est pourtant à ce résultat, selon nous contestable, qu'est récemment parvenue la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 14 décembre 2022²⁴⁶⁴. Dans cette affaire, une promesse

²⁴⁶² En ce sens : *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Donation entre époux », préc., §193.

²⁴⁶³ LATINA (M.), th. préc., §570 : « s'il est concevable de permettre le maintien des effets du contrat en dépit de l'absence du contexte contractuel exigé par une partie si celle-ci le désire, il est au contraire impossible de lui permettre de faire obstacle à la production des effets du contrat puisque cela reviendrait à autoriser la négation du consentement irrévocablement donné ».

²⁴⁶⁴ Civ. 3^{ème} 14 décembre 2022, n° 21-24.539, Publié au Bulletin ; *D.* 2023, 254, obs. M. Mekki et 488, obs. S. François ; *D. actu.* 23 janvier 2023, obs. F. Garcia ; *Gaz. Pal.* 2023, n° 2, p. 67, M. Parmentier ; *Defrénois* 2023, n° 2, p. 14 ; *LEDC*, 2023, n° 1, p. 2, H. Kassoul ; *LEDB*, 2023, n° 3, p. 4, J. Lasserre Capdeville ; *JCP N* 2023, n° 6, 1028, L. Leveneur ; *CCC* 2023, n° 2, comm. 20, L. Leveneur ; *CU* 2023, n° 1, comm. 8, Ch. Sizaire ; *RDI* 2023, p. 232, J. Bruttin.

synallagmatique de vente avait été conclue sous la condition suspensive d'obtention d'un prêt, dont le montant maximal avait été déterminé par les parties. La banque avait toutefois formulé une offre d'un montant moindre. À première vue, la question se posait de savoir si l'émission de cette offre avait entraîné l'accomplissement ou la défaillance de la condition suspensive. C'est en effet sur ce terrain que répond la Cour de cassation. Elle retient tout d'abord que « *l'indication, dans la promesse, d'un montant maximal du prêt n'est pas de nature à contraindre les acquéreurs à accepter toute offre d'un montant inférieur* », avant de préciser que « *la défaillance de la condition n'étant pas imputable aux acquéreurs, la promesse était devenue caduque* ». Ainsi fondée, cette solution est fortement critiquable, car elle sous-tend non seulement que l'offre doit convenir aux emprunteurs, en dépit de ce que prévoyait la condition suspensive, mais aussi que l'offre doit être acceptée pour que la condition s'accomplisse. Cela en fait un double revirement d'une jurisprudence fermement établie de la Cour de cassation consistant à retenir que la simple formulation d'une offre²⁴⁶⁵, même pour un montant inférieur au montant maximal²⁴⁶⁶, suffit à accomplir la condition suspensive d'accord de prêt. Il semble donc, et c'est ce qui justifie de faire ici la critique de cet arrêt, que la Cour de cassation ait indirectement consacré un droit de renoncer à une condition accomplie dans la mesure où celle-ci était au bénéfice exclusif d'une partie. En écartant la perfection au profit de la caducité, la Cour opère un rapprochement dangereux entre le régime de la condition « unilatérale » et l'option caractéristique de la promesse unilatérale. Le fait d'autoriser un emprunteur à refuser l'offre de prêt qui ne lui convient pas revient en effet à lui conférer un droit d'option : accepter le prêt et acquérir le bien, ou refuser le prêt et renoncer à l'acquisition²⁴⁶⁷. Or, nous avons déjà remarqué que l'objectivité de l'événement conditionnel s'oppose à tout rapprochement entre la condition et l'option. La simple exclusivité dans le bénéfice de la condition ne devrait donc pas ouvrir un droit de renoncer à la condition après son accomplissement. En toute hypothèse, la renonciation à une condition accomplie ne devrait avoir aucune incidence et seule la promesse optionnelle devrait permettre à une partie de rendre la promesse caduque par le refus de procéder à la réalisation de l'opération.

2 - Prohibition des changements d'avis

889. L'impossible renonciation tardive à l'opération – Lorsque l'acte est devenu parfait au moyen d'un acte perfecteur, tout changement d'avis est également prohibé, l'acte étant devenu parfait définitivement.

²⁴⁶⁵ Civ. 1^{ère} 9 décembre 1992, n° 91-12.498, *Bull. Civ. I*, n° 309 ; *D.* 1993. 210, obs. A. Penneau ; *RDI* 1993. 305, étude F. Steinmetz ; *CCC* 1993. comm. 43, note L. Leveneur – Civ. 3^{ème} 7 novembre 2007, n° 06-17.413, *Bull. Civ. III*, n° 200 ; *D.* 2007. 3002, obs. C. Rondey, et 2008. 1224, chron. A.-C. Monge et F. Nézi ; *RDI* 2008. 262, obs. H. Heugas-Darraspen ; Defrénois 2007. 1744, obs. E. Savaux ; *JCP N* 2008. 1197, obs. S. Piédelièvre.

²⁴⁶⁶ Civ. 3^{ème} 14 janvier 2021, n° 20-11.224, Publié au Bulletin : « *un prêt accordé à un montant inférieur au montant maximal prévu est conforme aux stipulations contractuelles* » ; *D.* 2021. 134, et 2022. 310, obs. M. Mekki ; *AJDI* 2021. 624, obs. F. Cohet ; *RTD civ.* 2021. 408, obs. H. Barbier ; *D. actu.* 8 février 2021, obs. A. Cayol ; *Defrénois*, 2021, n° 19-20, p. 25, M. Bouirat ; *Gaz. Pal.* 2021, n° 14, p. 32, D. Houtcieff ; *LEDC* 2021, n° 3, p. 3, M. Latina.

²⁴⁶⁷ En ce sens : M. Mekki, *D.* 2023, 254, note sous Civ. 3^{ème} 14 décembre 2022, arrêt préc.

890. Levée définitive de l'option – Une fois levée, l'option est irrévocable. Cela vaut tout d'abord dans le cadre d'une promesse optionnelle. Le bénéficiaire s'étant engagé à réaliser l'opération par la levée de l'option, un refus de sa part ne devrait plus être possible, son cocontractant devant pouvoir compter sur le caractère définitif de l'engagement. Il peut évidemment rétracter sa volonté en mettant en jeu une clause de dédit instituée à son profit. Mais le dédit intervient alors après la perfection de la promesse. Cela vaut ensuite en matière successorale : l'acceptation du legs rend le légataire « définitivement héritier »²⁴⁶⁸. Cela signifie donc qu'il est définitivement tenu par son choix (art. 786 al. 1^{er} c. civ.)²⁴⁶⁹. L'irrévocabilité est une manifestation concrète de l'adage *semel heres, semper heres* (une fois héritier, toujours héritier), qui s'applique aussi bien à l'héritier *ab intestat* qu'au légataire qui a accepté de recevoir les biens et droits du testateur. Cette solution se comprend aisément dans la mesure où l'acceptation a des répercussions sur les tiers, en particulier sur les autres successibles. La possibilité lui est simplement offerte d'accepter purement et simplement la succession s'il l'avait acceptée à concurrence de l'actif net, car cela ne portant pas atteinte aux autres héritiers. C'est même l'inverse qui se produit puisque le légataire est alors tenu du passif au-delà du montant de l'actif. En revanche, il ne lui est plus permis de refuser le legs après l'avoir accepté, que ce soit purement et simplement ou à concurrence de l'actif net²⁴⁷⁰. La réforme du 23 juin 2006 a toutefois apporté une limite au caractère définitif de l'acceptation, en permettant au légataire d'être déchargé du paiement en tout ou partie d'une dette successorale dont il ignorait l'existence. L'art. 786 du code civil en restreint le domaine aux dettes qui ont pour effet « *d'obérer gravement son patrimoine personnel* ». Cette limite n'est pas une exception au principe d'irrévocabilité parce qu'elle ne permet pas au légataire d'opter tardivement pour la renonciation. La décharge éventuellement accordée par le juge ne modifiera donc pas le sort du legs et réduira seulement la part de la dette dont est tenu le légataire.

891. Acceptation définitive de l'offre – L'acceptation de l'offre est définitive, ce qui interdit toute révocation de l'acceptation une fois le contrat formé. L'explication traditionnelle de cette solution repose évidemment sur la force obligatoire du contrat, dont on sait qu'il ne peut en principe être révoqué que d'un commun accord des parties une fois définitivement formé. Une autre explication s'y superpose et tient au caractère performatif de l'acceptation : celle-ci étant parfaite dès sa réception par l'offrant, il n'est plus possible pour son auteur de la révoquer sans porter atteinte à la situation juridique de l'offrant²⁴⁷¹. Étant désormais partie au contrat, l'acceptant ne saurait émettre un refus de contracter ou une contre-proposition efficace. Dans certaines circonstances l'acceptant et l'offrant peuvent toutefois rétracter leur consentement alors même que le contrat s'est définitivement formé, en usant d'un droit de repentir. Mais comme nous

²⁴⁶⁸ SÉRIAUX (A.), *Les successions, les libéralités*, op. cit., §128-129.

²⁴⁶⁹ Pour une application, v. : Civ. 1^{ère} 26 septembre 2007, n° 06-15.191, *Bull. Civ. I*, n° 309.

²⁴⁷⁰ Civ. 1^{ère} 18 octobre 1994, n° 92-21.692, *Bull. Civ. I*, n° 301.

²⁴⁷¹ Nous avons vu en effet que l'acte unilatéral n'a généralement pas un effet relatif. D'où la limite du droit pour son auteur de le révoquer une fois qu'il est devenu parfait. V. *supra*, n° 330 et s.

l'avons vu, la rétractation intervient alors vis-à-vis du contrat et non de l'acceptation ou de l'offre, qui ont déjà épuisé leur effet en formant le contrat²⁴⁷². C'est d'ailleurs la naissance du contrat qui fonde ce droit de rétractation exceptionnel, soit que les parties en aient convenu, soit que la loi ouvre ce droit en fonction de la qualification de l'acte. On doit donc compter sur la perfection de l'offre, et incidemment sur l'existence du contrat, pour admettre ce procédé de destruction. Nous ne sommes donc pas face à une exception au principe d'irréversibilité de la perfection. Enfin, il convient de remarquer que le caractère définitif de l'acceptation rayonne parfois à l'égard des tiers. L'acceptation d'une offre faite au public empêche ainsi la formation du contrat à l'égard d'autrui, car elle était implicitement limitée par un critère de disponibilité.

892. Entrée en vigueur définitive du contrat de mariage – Enfin, l'irréversibilité de la perfection atteint également le contrat de mariage. Une fois mariés, les époux sont donc définitivement soumis au régime matrimonial choisi. La célébration du mariage a pour effet de rendre irrévocable leur choix. S'il est vrai que les époux peuvent changer de régime matrimonial en cours de mariage, ce changement ultérieur n'est pas une exception au caractère définitif de la perfection puisqu'il devra avoir lieu d'un commun accord et qu'il entrera en vigueur sans rétroactivité. Le régime matrimonial entrant en vigueur de manière définitive au jour de la célébration du mariage, cela signifie également que les avantages matrimoniaux qui résultent du fonctionnement d'un régime conventionnel sont définitivement acquis par la célébration du mariage. L'art. 265 du code civil précise en ce sens que « *le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage* ». Néanmoins la loi du 23 juin 2006 a permis aux époux de déroger à cette règle. L'alinéa 3 de l'article précité précise désormais que « *si le contrat de mariage le prévoit, les époux pourront toujours reprendre les biens qu'ils auront apportés à la communauté* ». La licéité de la clause de reprise des apports est donc une exception au principe de l'irréversibilité de la perfection. La clause devant être expressément prévue par les parties, son effet constitue donc une exception relative au principe d'irréversibilité.

893. Le droit positif préserve donc largement l'irréversibilité du dénouement de l'alternative. Caduc, l'acte prospectif ne peut plus se parfaire. Parfait, il ne peut plus être atteint par la caducité. Son sort est donc définitivement scellé. Cette présentation fait toutefois apparaître une difficulté lorsque la condition de perfection constitue un acte juridique, lequel est susceptible d'être annulé.

C - Les limites induites par le jeu de la nullité

894. La rétroactivité de la nullité – Lorsque la perfection de l'acte prospectif dépend de la formation d'un acte perfecteur, ce dernier obéit naturellement au régime des actes juridiques. Partant, il est soumis à

²⁴⁷² V. *supra*, n° 182.

des conditions de validité et à ce titre, il est susceptible d'annulation. Cette situation doit être distinguée de l'hypothèse dans laquelle la réalisation de la condition suspensive dépend d'un acte juridique (l'offre de prêt par exemple). Dans ce cas en effet, ce n'est pas la condition suspensive qui constitue un acte juridique, mais l'événement conditionnel. D'où sa soumission au principe d'irréversibilité, par la prohibition du renversement des circonstances factuelles²⁴⁷³. Cette précision étant faite, il est permis de se demander quelle doit être l'incidence de la nullité de l'acte perfecteur sur l'acte prospectif. La nullité produisant des effets rétroactif, elle est en effet susceptible de remettre en cause le dénouement de l'alternative, qu'elle soit consécutive à la caducité (1) ou à la perfection de l'acte prospectif (2).

1 - La nullité consécutive à la caducité

895. Annulation du refus de lever l'option – L'acte d'opter étant un acte juridique unilatéral, il obéit aux conditions de validité énoncées par l'art. 1128 du code civil. Partant, il est susceptible d'être annulé si le titulaire de l'option est victime d'un vice du consentement ou est frappé d'une incapacité au moment où il manifeste son refus de lever l'option. La situation se présente lorsque le bénéficiaire d'une promesse conditionnelle refuse de lever l'option. Elle se présente aussi lorsque le légataire renonce à la succession, la potentialité de l'annulation de cet acte étant d'ailleurs expressément prévue²⁴⁷⁴. L'art. 777 al. 1^{er} du code civil prévoit en effet que « *l'erreur, le dol ou la violence est une cause de nullité de l'option exercée par l'héritier* ». Il pourrait également être annulé en cas d'incapacité du légataire²⁴⁷⁵. Dès lors, *quid* d'une annulation de l'acte d'opter après la caducité de l'acte prospectif ?

896. Le retour exceptionnel à l'alternative – On pourrait tout d'abord retenir que la caducité de l'acte est définitivement acquise. Cela aurait toutefois pour défaut majeur de priver l'auteur de l'acte d'opter de son droit légitime de le faire annuler. Si l'annulation devait intervenir, elle devrait donc entraîner la disparition de l'acte d'opter et surtout, de ses effets. La disparition étant rétroactive, il se produirait donc un retour au *statu quo ante*. Par conséquent, l'acte prospectif serait de nouveau face à une alternative entre la caducité et la perfection. Des auteurs défendent cette solution et estiment que le légataire doit recouvrer son droit d'option, quitte à être assisté dans l'exercice de son choix²⁴⁷⁶. Dans ce cas en effet, « le successible va se retrouver dans une situation identique à celle qu'il occupait avant sa première prise de parti » et « il

²⁴⁷³ V. *supra*, n° 860 et n° 884.

²⁴⁷⁴ MARTIN (L.), « La rétractation des acceptations et des renonciations en matière de successions », *JCP N*, 1988, I, doctr. p. 339.

²⁴⁷⁵ V. par ex. : Civ. 1^{ère} 22 février 2007, n° 06-14.029, Inédit (nullité de l'acte d'opter pour défaut de délégation de pouvoir du maire à son adjoint).

²⁴⁷⁶ *Rép. Droit Civ. Dalloz*, « Succession : transmission », R. LE GUIDEC, G. CHABOT, 2021, §142 ; VERNIÈRES (Ch.), « Option successorale : droit d'option », in : *Droit patrimonial de la famille*, dir. M. Grimaldi, Dalloz Action, 7^{ème} éd. 2021, n° 241.102.

recouvre donc intégralement son option, qu'il pourra exercer à nouveau dans le sens voulu par lui »²⁴⁷⁷. La situation du bénéficiaire de la promesse étant similaire, ce dernier recouvrerait également son droit d'option. L'acte pourrait se parfaire après avoir été atteint par la caducité. Cette exception est évidemment dommageable pour le promettant, qui croyait être libéré suite au refus du bénéficiaire, et pour les héritiers acceptants, qui croyaient pouvoir compter sur l'attribution définitive de leur part successorale. Elle est toutefois justifiée par le droit de faire annuler l'acte perfecteur, mais aussi par le droit éventuel dont disposait le titulaire du droit d'option pour la réalisation de l'opération avant de la refuser. Il semble donc logique qu'il retrouve son droit de parfaire la promesse ou le legs.

897. Le nécessaire encadrement temporel – Ce retour exceptionnel à l'alternative pose toutefois la question du délai dans lequel il est susceptible d'intervenir. En principe, la « nouvelle option » ne devrait plus être ouverte en dépassement du délai pour opter. Deux intérêts légitimes entrent toutefois en contradiction ici : d'une part la nécessité de respecter le délai prévu initialement pour le règlement du sort de l'acte, d'autre part, la nécessité de respecter le délai prévu pour agir en nullité. Le délai pour opter devrait ainsi être prorogé, sauf à méconnaître le délai dont dispose l'auteur de tout acte pour demander sa nullité. Tant que court le délai pour agir en nullité de l'acte perfecteur, le sort de l'acte prospectif n'est donc pas définitivement réglé. Dans ce contexte, le recours à l'action interrogatoire prévue par l'art. 1183 du code civil devrait toutefois permettre de le raccourcir.

898. Le retour à l'alternative consécutivement à la caducité est donc doublement justifié. Il l'est par le droit à l'annulation d'un acte invalide. Il l'est également par le droit éventuel dont disposait antérieurement l'auteur de l'acte d'opter. La perfection de l'acte prospectif pourrait donc intervenir consécutivement à la caducité. En revanche, l'inverse ne saurait selon nous être admis aussi largement.

2 - La nullité consécutive à la perfection

899. Annulation de la levée d'option – L'annulation de l'acte perfecteur peut également intervenir après la perfection de l'acte prospectif. Là encore, la question du sort de l'acte parfait se pose : *quid* des effets d'une telle annulation ? Selon toute vraisemblance, la nullité de l'acte perfecteur ne devrait pas entraîner la *nullité* de l'acte prospectif. On aurait en effet pu imaginer que la promesse optionnelle devienne - suite à la levée irrégulière de l'option. Or, il n'en est rien, cet acte étant définitivement formé bien avant la levée de l'option et l'acte d'opter étant un acte juridique distinct. Faut-il dès lors considérer qu'il se produit un retour à l'alternative, de sorte que l'acte peut finalement être atteint par la *caducité* ? On pourrait défendre ce parallélisme des solutions, ayant remarqué que l'acte caduc pouvait finalement se parfaire. Le bénéficiaire

²⁴⁷⁷ SOUM (H.), th. préc., §375.

de la promesse unilatérale pourrait ainsi recouvrer l'option après l'avoir levée, de même que le légataire, après avoir accepté le legs. Selon il faudrait toutefois limiter le retour à l'alternative, en exigeant du bénéficiaire de la promesse et du légataire qu'ils démontrent en quoi la levée de l'option leur causait un préjudice. Dans le cas contraire, le principe d'irréversibilité commanderait de maintenir la perfection de l'acte prospectif en dépit de l'invalidité de l'acte ayant entraîné la perfection.

900. Annulation du contrat de mariage – Il convient enfin d'étudier spécialement l'hypothèse dans laquelle le mariage, dont la célébration avait permis la perfection du contrat de mariage, serait annulé par la suite. En principe, son annulation devrait entraîner la disparition des effets attachés au mariage, mais aussi de ceux attachés au contrat de mariage²⁴⁷⁸. On sait toutefois que le mariage est un acte juridique particulier, en raison du caractère personnel des effets qu'il emporte. C'est pourquoi la disparition rétroactive n'est véritablement rigoureuse que pour les donations faites en vue du mariage, les biens déjà reçus devant être restitués²⁴⁷⁹. Pour le reste, la théorie du mariage putatif permet de protéger le ou les époux de bonne foi des effets de l'annulation, ceux-ci se produisant uniquement pour l'avenir en vertu des art. 201 et 202 du code civil. Par conséquent les effets du mariage qui se sont déjà produits ne seront pas anéantis²⁴⁸⁰. On peut penser que le maintien des effets du mariage justifie également le maintien des effets du contrat dans le mariage, dans la mesure où les époux ont légitimement pu croire à la validité de la célébration du mariage et ce faisant, à l'entrée en vigueur du contrat. Des auteurs ayant remarqué que la putativité du mariage tendait à devenir la norme²⁴⁸¹, cela semble renforcer le principe d'une irréversibilité de la perfection de ce contrat en cas d'annulation du mariage.

901. Conclusion de la section 2 – Le dénouement de l'alternative intervient donc en principe définitivement par la défaillance ou par l'accomplissement de la condition suspensive. Un règlement complet des effets de droits projetés s'avère en effet nécessaire pour ne pas faire perdurer la période d'incertitude à laquelle l'acte a donné naissance du fait de son imperfection. Les parties ayant préféré recourir à un acte prospectif plutôt qu'à un acte performatif, il est logique que le mode opératoire de cet acte soit préservé. Le caractère définitif s'accommode toutefois difficilement de l'efficacité immédiate de l'acte perfecteur invalide. L'invalidité n'empêchant pas l'acte perfecteur de produire effet, la rétroactivité de la nullité imposera en effet de revenir au *statu quo*, c'est-à-dire à l'alternative entre caducité et perfection.

902. Conclusion du Chapitre 2 – L'étude des modalités du dénouement de l'alternative – perfection ou caducité – a permis de démontrer que le sort de l'acte juridique prospectif est en tout état de cause réglé à

²⁴⁷⁸ VOIRIN (P.), GOUBEUX (G.), *Droit civil, t. II, op. cit.*, §70.

²⁴⁷⁹ LAMARCHE (M.), « Nullités, sanctions pénales et civiles pour violation des conditions de formation du mariage » (Chapitre 115), in : *Dalloz Action Droit de la famille*, dir. P. Murat, 2020-2021, n° 115.253.

²⁴⁸⁰ Un auteur y voit ainsi une hypothèse d'« acte juridique irrégulier efficace » : FRANÇOIS (C.), th. préc., §238 s.

²⁴⁸¹ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), *Droit civil, La famille*, Dalloz, 9^{ème} éd. 2018, §150 ; COURBE (P.), GOUTENOIRE (A.), *Droit de la famille*, Sirey, 6^{ème} éd. 2013, §302.

l'issue de la situation juridique intermédiaire à laquelle il donne naissance. Quelle que soit la voie empruntée, son sort est définitivement et automatiquement réglé, même si l'annulabilité de l'acte perfecteur invite à nuancer le caractère définitif de ce dénouement. *In fine*, la scène performative finit donc par opérer, mais à un stade ultérieur à sa formation, ce qui finit de convaincre de la spécificité du mode opératoire des actes juridiques prospectifs.

903. Conclusion du TITRE II – À l'issue de ces développements, il apparaît donc que l'acte prospectif, du fait de la discordance entre sa formation et sa perfection, se trouve face à une alternative entre la perfection et la caducité. Les cas de caducité, qui sont parfois difficiles à identifier, apparaissent avec une plus grande clarté une fois remarqué que la caducité a pour fonction d'atteindre un acte devenu irrémédiablement inutile. Si la condition de perfection n'advient pas, alors même qu'elle est déterminante pour la réalisation de la finalité, il n'est en effet plus justifié de maintenir l'acte dans l'ordre juridique. Il doit disparaître conformément à la volonté de son auteur qui a consenti à le former dans certaines circonstances. En revanche, si la condition s'accomplit l'acte devient parfait selon un procédé tout à fait similaire à l'acte performatif. Ainsi, même si l'acte prospectif ne devient parfait qu'à l'issue d'une période intermédiaire dont l'issue est incertaine, la perfection intervient là encore de plein droit : elle est automatique et en principe, définitivement acquise.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

904. Une discordance entre formation et perfection – Rétrospectivement, il est donc clair que la formation et la perfection ne sont pas des synonymes et qu'il existe au mieux une simple concomitance entre les deux notions. Et pour cause : pour les quatre actes juridiques que nous avons identifiés – l'offre contractuelle, la promesse conditionnelle ou optionnelle, le testament et le contrat de mariage, le processus de formation est définitivement achevé sans que l'on ne puisse constater la réalisation de l'opération juridique finale. L'acte se forme dans un premier temps, ce que démontrent tout à la fois le déclenchement de la force obligatoire et la nécessaire réunion des conditions de validité, traditionnellement requises au moment de la formation de l'acte juridique. Le stade du projet d'acte est donc dépassé, mais l'acte est en suspens, il demeure imparfait, car il ne réalise pas encore sa finalité. L'imperfection n'est pas toutefois un défaut de l'acte, mais une manière de traduire son état premier et plus encore, son mode opératoire. Cela signifie que l'acte obéit à une exigence de complétude, car il doit permettre la réalisation de la finalité. Il se trouve donc, pour ainsi dire, en « ordre de bataille ». Il permet par ailleurs à son auteur de conditionner la réalisation de la finalité à une condition de perfection, non encore acquise, et de satisfaire par là même à un besoin de projection ou d'anticipation. L'efficacité immédiate de l'acte au moment de la formation tombe en même temps que le postulat d'utilité immédiate de l'acte, qui caractérise l'acte performatif, mais non l'acte prospectif. L'opération déterminée et consentie au moment de la formation ne se réalisera donc que si la condition de perfection s'accomplit.

905. À l'origine d'une alternative – L'accomplissement de la condition de perfection étant éventuel, soit parce que le fait perfecteur est incertain, soit parce que l'acte perfecteur est purement discrétionnaire, l'acte prospectif se trouve face à une alternative inédite. Si la condition s'accomplit, l'acte devient parfait à l'issue d'une période d'imperfection. Il réalise alors sa finalité automatiquement, dans les mêmes conditions que l'acte performatif au moment de sa formation. Si la condition défaille, il échoue à se parfaire et il devient certain qu'il ne pourra pas réaliser l'opération juridique qui avait été déterminée au moment de sa formation. Dans cette seconde hypothèse, l'acte juridique doit disparaître. Il apparaît ainsi que la caducité peut aussi survenir avant même que l'acte n'ait pris effet. La défaillance de la condition de perfection est donc à mettre en relation avec la disparition de la condition « essentielle à l'exécution » de l'acte, dont on a pu remarquer qu'elle jouait un rôle identique pour la permanence des effets de l'acte performatif²⁴⁸². Dans les deux cas, l'acte tombe parce qu'il devient inutile pour son auteur qui l'avait formé en vue d'une finalité qui ne peut finalement pas advenir. Cela permet aussi de renforcer l'idée selon laquelle l'acte se forme

²⁴⁸² V. *supra*, n° 348 et s.

toujours en vue d'une finalité qui lui donne sa raison d'être. En l'occurrence, l'acte ayant échoué à se parfaire est caduc, ce qui permet de purger l'ordre juridique d'un acte devenu désuet. La mise en évidence de cette alternative inédite pourrait même, à l'avenir, permettre de compléter la catégorie des actes prospectifs au gré de la découverte de nouvelles causes de caducité des actes.

CONCLUSION GÉNÉRALE

906. L'acte juridique parfait – Au terme de cette étude, divers enseignements peuvent être tirés de l'identification de la notion d'acte juridique parfait et, plus précisément, de l'existence d'une *summa divisio* des actes selon le moment où ils deviennent parfaits. Ces enseignements peuvent servir de modeste contribution à la théorie générale de l'acte juridique, en ce qu'ils permettent d'« ordonner un secteur du droit qui paraissait complètement éclaté, tant en législation qu'en jurisprudence et en doctrine »²⁴⁸³.

907. Moment de perfection et mode opératoire – Pour que la notion de perfection soit pleinement comprise, il a tout d'abord été nécessaire d'opérer une distinction entre la question de la formation de l'acte et la question de sa perfection, quand bien même les termes étaient autrefois majoritairement tenus pour synonymes²⁴⁸⁴. Il est ainsi apparu que la perfection pouvait s'entendre de la réalisation par l'acte de l'opération juridique qui constitue sa finalité, parfois aussi appelée le *negotium*. Prise en ce sens, la notion de perfection a permis de saisir la fonction générale de l'acte, le but poursuivi par son auteur²⁴⁸⁵. L'attention portée plus précisément au moment de perfection de l'acte a permis de présenter la question de l'efficacité juridique sous un jour nouveau : ce ne sont pas les effets de droit eux-mêmes qui ont été étudiés, mais le procédé par lequel l'acte parvient à produire des effets de droit. Comme cela a été remarqué, « l'efficacité est le but même de la technique juridique, ce qui ne saurait étonner puisque la fonction du droit, en général, est de se réaliser »²⁴⁸⁶. Véritable instrument au service d'une opération juridique, l'acte répond donc également à cet objectif. L'étude des conditions de perfection a ainsi permis de détailler le mode opératoire des actes juridiques, c'est-à-dire de procéder à une « *description détaillée des actions nécessaires à l'obtention d'un résultat* »²⁴⁸⁷. Il en ressort que les actes juridiques peuvent être classés en deux catégories, selon une *summa divisio*²⁴⁸⁸.

908. L'acte performatif – La première catégorie est celle des actes performatifs²⁴⁸⁹. Conformément à l'usage qu'en faisait son inventeur, J. L. Austin, un acte est dit performatif lorsqu'il « *fait en même temps qu'il est* »²⁴⁹⁰. En l'occurrence il a pu être démontré que la plupart des actes sont des performatifs, le

²⁴⁸³ JESTAZ (Ph.), « Qu'est-ce qu'un résultat en droit ? », *Études Malinvaud*, Litec, 2007, p. 293, spéc. p. 301.

²⁴⁸⁴ V. *supra*, n° 44 et s. À cet égard, on peut se féliciter que la réforme de 2016 ait largement rejeté cette synonymie, ignorant le terme « parfait » ou « perfection » lorsqu'il était en réalité question de la seule formation de l'acte. On peut aussi saluer la suppression de la plupart des occurrences du terme par l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux.

²⁴⁸⁵ V. *supra*, n° 95 et s.

²⁴⁸⁶ TIREL (M.), *L'effet de plein droit*, Nvllé. Bibl. de thèses, vol. 178, Dalloz, 2018, §13.

²⁴⁸⁷ *Dictionnaire Larousse*, « Mode opératoire ».

²⁴⁸⁸ La référence à une *summa divisio* n'indique pas que cette division a vocation à être une classification « suprême » des actes, au point d'éclipser toutes les autres, mais plus simplement, qu'elle a vocation à englober la totalité des actes : un acte est soit performatif, soit prospectif, selon qu'il réalise sa finalité immédiatement ou éventuellement.

²⁴⁸⁹ V. *supra*, n° 142 et s.

²⁴⁹⁰ AUSTIN (J.), *How to do things with words*, Coll. Essais, Seuil, Paris, 1991.

moment de leur perfection étant concomitant avec celui de leur formation. Cela signifie que la réunion des conditions imposées par l'ordre juridique pour la formation de l'acte suffit pour qu'il réalise sa finalité. Il existe ainsi un véritable principe d'implication entre la formation et la perfection de l'acte²⁴⁹¹. Il a pu être justifié par le fait que, le processus de formation permettant d'opérer une synthèse entre des éléments objectifs et des éléments subjectifs nécessaires à la production des effets de droit, il n'existe pas de raison de suspendre l'efficacité de l'acte²⁴⁹². Ce principe de perfection immédiate souffre de quelques exceptions qui permettent de mieux saisir l'incidence du droit de repentir, mais aussi du conflit entre actes quant à leur efficacité²⁴⁹³. Leur statut d'exceptions permet toutefois de renforcer le principe d'une perfection immédiate, dans la mesure où la suspension des effets se justifie par le caractère exceptionnellement inadéquat d'une efficacité primaire de l'acte. Dès que sa formation est achevée, l'acte performatif modifie donc l'ordre juridique conformément à ce qu'impose la substance de l'opération. Le contrat donne lieu à une véritable « présentation », ressortant immédiatement tous ses effets²⁴⁹⁴. Cela vaut notamment pour les contrats de restitution et pour les contrats de garantie, à propos desquels on doute parfois du principe de naissance immédiate des obligations. Dans les contrats de garantie par exemple, qu'il s'agisse du cautionnement ou de l'assurance, la naissance d'une obligation de nature particulière permet de « capter » l'éventualité qui existe naturellement dans ces contrats : une obligation subsidiaire pour le premier, une obligation aléatoire pour le second. L'acte unilatéral se présente quant à lui comme une véritable « action juridique efficace » dotée d'effets par l'ordre juridique²⁴⁹⁵. Selon qu'il est réceptice ou non-réceptice, ses effets se produiront tantôt au moment de l'émission de la manifestation de volonté, tantôt au moment de sa réception. Même lorsque l'acte juridique obéit à un processus de formation complexe, faisant intervenir des entités différentes du ou des auteurs de l'acte, leur intervention s'avère intimement liée à la production des effets de droit. Dès lors, l'acte se présente comme une véritable « opération à procédure », qui produit logiquement tous ses effets à la condition d'être menée à son terme²⁴⁹⁶.

909. Conséquences opératoires – Du fait de sa perfection immédiate, l'acte ne peut souffrir d'aucune éventualité dans la production de ses effets. Les effets à venir doivent donc être garantis afin d'être inéluctables. Pour cette raison, l'usage de la condition suspensive, qui repose nécessairement sur un événement incertain, s'en trouve fortement restreint en pratique. Elle ne doit pas permettre de démanteler la substance de l'opération juridique, ce qui s'avère contradictoire avec la présentation qu'en fait le Code civil, à savoir une modalité d'une ou plusieurs obligations au sein d'une opération juridique. Au contraire, le terme se présente comme un outil privilégié pour différer l'effectivité d'une partie ou de la totalité des

²⁴⁹¹ V. *supra*, n° 171 et s.

²⁴⁹² Dès sa formation, les effets sont présumés être recherchés par le ou les auteurs de l'acte qui ont manifesté leur volonté en ce sens. Par ailleurs, les effets sont présumés servir leurs intérêts parce que la formation de l'acte repose sur la détermination d'une opération juridique à accomplir.

²⁴⁹³ V. *supra*, n° 180 et s.

²⁴⁹⁴ V. *supra*, n° 198 et s.

²⁴⁹⁵ V. *supra*, n° 226 et s.

²⁴⁹⁶ V. *supra*, n° 238 et s.

effets de droit, sans porter atteinte à la perfection de l'acte juridique²⁴⁹⁷. L'auteur de l'acte doit en effet pouvoir compter sur l'efficacité de l'acte formé. Pour la même raison, l'ordre juridique prohibe la formation d'actes à l'efficacité impossible ; que cette impossibilité atteigne l'exécution d'une obligation ou le déclenchement d'un effet légal (la vente de la chose d'autrui en étant un exemple)²⁴⁹⁸. Réciproquement, les effets produits s'imposent définitivement : déjà inscrits dans l'ordre juridique au moment de la formation de l'acte, ils ne peuvent plus disparaître. L'acte parfait a donc la force d'un véritable « fait accompli ». On a ainsi pu remarquer que le droit de révoquer l'acte juridique n'est pas fonction de la force obligatoire de l'acte - tout acte révocable ou irrévocable ayant nécessairement force obligatoire, mais de la substance de l'opération. Du fait de sa perfection, l'acte est révocable si l'opération accomplie dispose d'un effet relatif, ce qui est le cas du contrat mais non de l'acte unilatéral²⁴⁹⁹. On comprend ainsi pourquoi la quasi-totalité des actes unilatéraux sont irrévocables par leur auteur, tandis que le contrat est toujours révocable du commun accord des parties.

910. L'acte prospectif – La seconde catégorie est celle des actes prospectifs²⁵⁰⁰. Elle regroupe des actes juridiques qui présentent la spécificité de se former dans un premier temps sans être assurés de devenir parfaits un jour. En cela, cette catégorie se distingue très nettement de celle des actes performatifs. Il s'agit d'une catégorie résiduelle, pouvant accueillir l'offre de contrat, le contrat de promesse, le contrat de mariage et le testament. De ce point de vue, elle paraît être une exception au sein de la *summa divisio*, même si elle regroupe des actes dont les applications pratiques sont très nombreuses²⁵⁰¹. Sa mise en évidence a permis de formuler diverses distinctions. À la suite de M. Ancel, qui avait démontré que la force obligatoire du contrat ne doit pas être confondue avec les obligations²⁵⁰², il a pu être démontré que la force obligatoire de l'acte juridique doit plus largement être dissociée de sa perfection. Cette distinction est importante en pratique. Elle indique que l'acte se forme, n'étant plus un simple projet ; s'impose à son auteur, n'étant plus rétractable mais simplement révocable ; et doit obéir aux conditions de validité, n'étant pas à formation successive, et ce, bien avant que l'on sache s'il pourra se parfaire²⁵⁰³. Cette discordance entre la formation et la perfection de l'acte juridique entraîne des conséquences importantes qu'il nous faut rappeler brièvement.

911. Conséquences opératoires – Formé et destiné à réaliser une opération juridique dans le futur, l'acte prospectif obéit manifestement à une exigence de complétude : la volonté de l'auteur doit être ferme et l'opération juridique, précisément déterminée. L'acte apparaît ainsi en « ordre de bataille », apte à

²⁴⁹⁷ Sur cette distribution des rôles du terme et de la condition, v. *supra*, n° 271 et s.

²⁴⁹⁸ V. *supra*, n° 309 et s.

²⁴⁹⁹ Sur cette comparaison entre l'acte unilatéral parfait et le contrat parfait : v. *supra*, n° 326 et s.

²⁵⁰⁰ V. *supra*, n° 433 et s.

²⁵⁰¹ Le principe et l'exception forment en effet une *summa divisio* au sens où nous l'entendons : pour toute règle donnée, chaque application relève soit du principe, soit de l'exception.

²⁵⁰² ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD Civ.* 1999, 771.

²⁵⁰³ V. *supra*, n° 442 et s.

l'efficacité et pourtant imparfait²⁵⁰⁴. Cette nécessaire aptitude à l'efficacité est telle qu'à défaut, l'acte encourent un risque de disqualification : l'offre avec réserve n'est qu'une invitation à entrer en pourparlers, le simple souhait émis par le testateur n'est qu'un legs précatif, la « promesse ne valant pas le contrat » n'est qu'un projet d'acte, etc.²⁵⁰⁵. Simple apte à produire effet, l'acte prospectif n'est toutefois pas dénué de tout effet. Bien au contraire, il donne naissance à une situation juridique *intermédiaire* dont la consistance dépend de la présence d'un engagement²⁵⁰⁶. Si l'auteur de l'acte, outre qu'il a consenti à l'acte, s'est déjà engagé à réaliser l'opération, l'acte donne naissance à des droits intermédiaires permettant de protéger les droits futurs et éventuels. En revanche, si l'auteur de l'acte n'a pris aucun engagement, l'acte ne donne naissance qu'à une simple expectative. Cette approche pragmatique de l'acte imparfait, qui tient compte d'un autre critère, permet de remarquer que le régime de l'acte prospectif n'est pas unitaire. En outre, et dans tous les cas, on ne saurait admettre que cette situation dure trop longtemps. Pour cette raison, l'offre et le testament peuvent être librement révoqués par leur auteur avant d'avoir atteint le stade de perfection. Cela confirme que la perfection de l'acte est le critère de sa révocation : généralement parfait dès sa formation, l'acte unilatéral est en principe irrévocable ; nécessairement imparfaits au moment de leur formation, l'offre et le testament sont révocables avant de se parfaire. Quant à la promesse, elle se présente nécessairement comme un contrat *temporaire*, puisqu'elle contient *a minima* un engagement (celui du promettant) dont le caractère perpétuel est prohibé²⁵⁰⁷. Enfin, la mise en évidence de cette discordance entre la formation et la perfection de l'acte prospectif permet de remarquer que sa perfection demeure subordonnée à l'accomplissement d'une condition de perfection²⁵⁰⁸. Présentant la spécificité d'être à la fois *essentielle* pour la réalisation de la finalité mais *adventice* à l'acte, elle suspend la réalisation de l'opération juridique. Étant par ailleurs d'accomplissement *éventuel*, elle confirme la vocation incertaine de l'acte à devenir parfait, malgré son aptitude à produire des effets.

912. Obstacles à la perfection – À l'issue de cette étude il est donc possible de dresser un inventaire des obstacles à la perfection des actes juridiques. S'agissant de l'acte performatif, la perfection intervient de plein droit au moment de la formation. Par conséquent, toute inefficacité de l'acte correspond nécessairement à une inexistence de ce dernier²⁵⁰⁹. N'ayant pu se former dans l'ordre juridique, il ne peut produire aucun effet de droit. Bien que cette affirmation puisse sembler relever de l'évidence, elle mérite toutefois d'être développée dans la mesure où la doctrine est majoritairement hostile à la notion

²⁵⁰⁴ V. *supra*, n° 555 et s. Cette dissociation, entre l'aptitude de l'acte à l'efficacité et son efficacité, est le résultat du choix de définition de la perfection comme renvoyant à la réalisation de l'opération juridique par l'acte. Pour une définition différente de la perfection, afférente à la seule aptitude à l'efficacité, v. : BLEUSEZ (M.), *La perfection du contrat*, thèse Paris II, 2021, publication à venir.

²⁵⁰⁵ Sur cette disqualification encourue par l'acte prospectif incomplet : v. *supra*, n° 562 et s.

²⁵⁰⁶ V. *supra*, n° 596 et s.

²⁵⁰⁷ V. *supra*, n° 622 et s.

²⁵⁰⁸ V. *supra*, n° 654 et s.

²⁵⁰⁹ À l'exception toutefois des deux situations particulières que sont le conflit entre actes juridiques et le droit de repentir, qui constituent des exceptions à la perfection immédiate de l'acte.

d'inexistence, qu'on peine à distinguer de la nullité²⁵¹⁰. On a pourtant pu démontrer que les deux notions sont distinctes, de même que leurs régimes juridiques. La différence principale tient dans le fait que l'acte invalide, qui n'obéit pas aux conditions de validité, produit ses effets de plein droit, sa formation étant acquise. Cela nous permet donc d'affirmer qu'un acte peut tout à la fois être invalide et parfait, en dépit de ce que pourrait laisser penser l'adage « *quod nullum est, nullum producit effectum* ». Autrement dit, l'invalidité n'est *pas* un obstacle à la perfection de l'acte²⁵¹¹. En revanche, de véritables obstacles à la perfection de l'acte ont pu être identifiés s'agissant de l'acte prospectif, sa perfection étant subordonnée à l'adjonction d'une condition de perfection. L'identité de cette condition ayant été précisée pour chacun de ces actes, il est apparu que ses potentialités n'étaient pas complètement exploitées s'agissant de la promesse conditionnelle²⁵¹². L'efficacité de l'acte étant suspendue par l'effet de la condition suspensive, rien n'empêche en effet de faire porter celle-ci sur un véritable « obstacle » à la perfection. Par exemple, on pourrait tout à fait admettre les promesses de vente conditionnées à l'obtention de la propriété par le vendeur ou encore les promesses d'une opération illicite subordonnées à la levée de cette illicéité.

913. Rapport de l'acte juridique à l'opération – Par ailleurs, la *summa divisio* identifiée mettant en évidence le rapport qu'entretient chaque acte avec l'opération qu'il a vocation à réaliser, elle ouvre la voie à la construction d'un véritable régime général de l'opération juridique, alors que le Code civil ne connaît qu'un régime général de l'obligation. Outre que le contrat (et plus largement l'acte juridique) ne donne pas seulement naissance à des obligations, il apparaît que les effets de droit peuvent être saisis comme une opération globale²⁵¹³. En considérant cette opération juridique, dont la réalisation donne sa perfection à l'acte, on a pu identifier la notion qui constitue le « pendant » de la caducité. Comme nous le remarquons déjà en introduction²⁵¹⁴, la caducité constitue en effet une notion juridique « orpheline », car on peine à savoir ce qu'elle sanctionne. Une invalidité ? Un défaut de formation complète ? La perte d'un élément nécessaire à l'exécution ? Cette question donne encore lieu à de vastes débats doctrinaux²⁵¹⁵, et l'art. 1186 du code civil ne précise nullement l'identité des « *éléments essentiels* » dont la disparition est susceptible d'entraîner la caducité de l'acte. À l'issue de cette étude, il apparaît que la caducité est une véritable alternative à la perfection de l'acte juridique. Elle a pour fonction de purger l'ordre juridique des actes performatifs ayant perdu une condition de perfection, et des actes prospectifs ayant échoué à acquérir la condition de perfection qui leur faisait défaut. En clair, la caducité sanctionne l'imperfection irrémédiable de l'acte juridique. Un domaine cohérent de la caducité apparaît donc : l'acte performatif est atteint par la

²⁵¹⁰ V. *supra*, n° 374 et s.

²⁵¹¹ V. *supra*, n° 400 et s.

²⁵¹² V. *supra*, n° 684 et s.

²⁵¹³ Déjà en ce sens : LUCAS-PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, Bibl. de dr. privé, t. 441, LGDJ, 2005. L'auteur avait toutefois volontairement restreint son étude à l'objet du contrat (v. sa thèse §46-47). Au terme de notre étude, on peut donc affirmer que la notion – prise dans le sens de l'opération juridique recherchée par l'auteur de l'acte, a vocation à s'étendre à l'ensemble des actes juridiques, notamment les actes unilatéraux.

²⁵¹⁴ V. *supra*, n° 24.

²⁵¹⁵ V. le dossier récemment consacrée à la notion par la *Revue des Contrats* : « La caducité du contrat », *RDC* 2023/2.

caducité si la condition extinctive de l'opération s'accomplit²⁵¹⁶ ; l'acte prospectif est atteint par la caducité si la condition de perfection défaille²⁵¹⁷. Bien sûr, le succès de cette consécration dépend en grande partie de la réception de la notion de perfection par le Code civil, dont elle paraît indissociable. C'est pourquoi la notion de perfection nous paraît devoir être consacrée dans le Code civil, comme le pendant de la caducité.

914. Moment de perfection et philosophie de l'action – Ce faisant, les réflexions menées sur l'acte juridique parfait invitent plus largement à la défense de la notion *générale* d'acte juridique, encore trop souvent relayée au second plan, derrière le contrat. L'examen des conditions de perfection a en effet permis de démontrer que la théorie générale de l'acte juridique est toute ordonnée autour du rôle dévolu à la volonté par l'ordre juridique. L'identification du moment et des conditions de perfection de l'acte juridique est alors un enjeu majeur, car il révèle nécessairement une philosophie sous-jacente, comme on pouvait déjà le pressentir dès l'introduction de cette étude²⁵¹⁸. Comme l'a remarqué M. Jestaz, la spécificité du droit pris comme un langage se révèle « avec les deux notions – liées – de pouvoir organisé et de langage technique »²⁵¹⁹. Saisi comme un acte de langage, l'acte juridique mobilise sans surprise ces deux notions. Son mode opératoire repose sur une technique imposée par l'ordre juridique qui l'institue et il met ainsi en jeu un pouvoir conféré à son auteur pour produire des effets de droit. Si l'acte juridique peut produire effet, c'est *parce que* l'ordre juridique l'institue comme mode d'action volontaire. Il serait donc nécessaire de modifier en substance la définition récemment consacrée par le législateur de l'acte juridique, afin d'appuyer sa dépendance vis-à-vis de l'ordre juridique. La définition la plus exacte de la notion nous paraît être celle de Durma, qui proposait de définir l'acte juridique comme « une action juridique, déterminée par le droit objectif, par laquelle la volonté des parties peut produire des effets de droit privé servant leurs intérêts »²⁵²⁰. Étant institué par l'ordre juridique, l'acte juridique fonctionne à la manière d'un « acte social ». De même qu'il existe des « règles constitutives sous-jacentes aux actes de langage »²⁵²¹, la théorie générale des actes juridiques contient donc des règles de perfection de l'acte.

²⁵¹⁶ V. *supra*, n° 335 et s.

²⁵¹⁷ V. *supra*, n° 751 et s.

²⁵¹⁸ V. *supra*, n° 37.

²⁵¹⁹ JESTAZ (Ph.), *Autour du droit civil, Écrits dispersés – Idées convergentes*, Dalloz, 2005, p. 34.

²⁵²⁰ DURMA (M.), th. préc., §7, p. 7-8. Puis : « L'acte juridique est une institution juridique que le droit positif met à la disposition des individus pour la production d'effets juridiques voulus (...) qui représentent la réalisation d'un but social », §14.

²⁵²¹ SEARLE (J.), *Les actes de langage*, trad. H. Pauchard, Hermann, 1972, p. 77.

BIBLIOGRAPHIE

I – Ouvrages généraux, traités et manuels

- ALBIGES (Ch.), *Introduction au droit*, Coll. Paradigme, Bruylant, 8^{ème} éd. 2023
- ALBIGES (Ch.), DUMONT-LEFRAND (M.-P.), *Droit des sûretés*, Hypercours Dalloz, 8^{ème} éd. 2022
- ANCEL (P.), *Droit des obligations en 12 thèmes*, Coll. Séquences, Dalloz, 3^{ème} éd. 2022
- AUBERT (J.-L.), COLLART DUTILLEUL (F.), *Le contrat, Droit des obligations*, Coll. Connaissance du droit, 5^{ème} éd., Dalloz, 2017
- AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Coll. Université, Sirey, 18^{ème} éd. 2021
- AYNÈS (L.), CROCQ (P.), AYNÈS (A.), *Droit des sûretés*, Coll. Droit civil, LGDJ, 16^{ème} éd. 2022
- BEIGNIER (B.), BEN HADJ YAHIA (S.), *Droit des assurances*, Précis Domat, LGDJ, 4^{ème} éd., 2021
- BÉNABENT (A.), *Droit de la famille*, Précis Domat, LGDJ, 6^{ème} éd., 2022 ; *Droit des obligations*, Précis Domat, LGDJ, 19^{ème} éd., 2021 ; *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Précis Domat, LGDJ, 14^{ème} éd., 2021
- BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique, Fondamentale et appliquée*, PUF, Thémis droit, 3^{ème} éd. 2018 ; *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd. 2012
- BLANCHARD (Ch.), *Droit des régimes matrimoniaux*, LexisNexis, 2021
- BONNET (V.), *Droit de la famille*, Coll. Paradigme, Bruylant, 9^{ème} éd., 2023
- BOURASSIN (M.), BRÉMOND (V.), *Droit des sûretés*, Coll. Université, Sirey, 7^{ème} éd., 2019
- BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, Coll. Université, Sirey, 18^{ème} éd. 2022 ; *Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille*, Coll. Université, Sirey, 22^{ème} éd., par V. Larribau-Terneyre, 2021
- CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, Cours Dalloz, 15^{ème} éd. 2022 ; *Droit des régimes matrimoniaux*, Précis Domat, LGDJ, 12^{ème} éd., 2021 ; *Introduction générale au droit*, Cours Dalloz, 14^{ème} éd., 2021
- CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.), PÉTEL (Ph.), *Droit des sûretés*, LexisNexis, 11^{ème} éd., 2022
- CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales*, Paris, 1. Pédone, 3^{ème} éd., 1912
- CARBONNIER (J.), *Droit Civil, t. I – Introduction. Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, PUF, Quadrige, 2004 ; *Droit civil, t. II – Les biens. Les obligations*, Quadrige manuels, PUF, 2^{ème} éd., 2017

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Coll. Méthodes du droit, Dalloz, 3^{ème} éd., 2022

COLIN (A.), CAPITANT (H.), JULIOT DE LA MORANDIÈRE (L.), *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 8^{ème} éd. Paris, 1935

COLLART-DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (Ph.), *Droit civil : Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2019

CORNU (G.), *Linguistique juridique*, Précis Domat, LGDJ, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2005

COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), FARGE (M.), *Droit de la famille, Droit interne, européen et international*, Coll. Université, Sirey, 8^{ème} éd., 2021

DAURIAC (I.), *Droit des régimes matrimoniaux et du PACS*, Manuel LGDJ, 5^{ème} éd. 2017

DEMOLOMBE (Ch.), *Cours de Code Napoléon*, Traité des contrats, t. 24, Paris 1881 ; *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, Paris, 1868

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, T. 1 : La règle de droit – Le problème de l'État, 3^{ème} éd., E. Bocard, 1927

ÉGÉA (V.), *Droit de la famille*, 4^{ème} éd., LexisNexis, 2022

EISENMANN (Ch.), *Cours de droit administratif*, t. II, Coll. Anthologie du droit, LGDJ, 2014

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, t. 1 : Contrat et engagement unilatéral*, Thémis droit, PUF, 6^{ème} éd., 2021

FABRE-MAGNAN (M.), BRUNET (F.), *Introduction générale au droit*, Thémis droit, PUF, 2^{ème} éd., 2022

FAGES (B.), *Droit des obligations*, Coll. Manuel droit privé, LGDJ, 12^{ème} éd., 2022

FAGES (B.), PLANCKAERT (H.) (dir.), *Droit du contrat*, Lamy, 2022

FENOUILLET (D.), *Droit de la famille*, Cours Dalloz, 5^{ème} éd., 2022

FERRÉ-ANDRÉ (S.), BERRE (S.), *Successions et libéralités*, Hypercours Dalloz, 9^{ème} éd., 2023

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil : Les obligations*, t. 1 – L'acte juridique, Coll. Université, Sirey, 17^{ème} éd. 2022

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), ANDREU (L.), FORTI (V.), *Droit civil, Les obligations*, t. 3 – Le rapport d'obligation, Coll. Université, Sirey, 20^{ème} éd., 2022

FRANÇOIS (J.), *Les obligations – Régime général*, Traité de Droit civil t. 4, Coll. Corpus, Economica, 6^{ème} éd., 2022

GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, rééd. Dalloz, 2004

GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.), BILLIAU (M.), *Traité de droit civil*, t. 3, Les obligations – Les effets du contrat, LGDJ 3^{ème} éd. 2011

GRIMALDI (M.), *Droit des successions*, LexisNexis, 8^{ème} éd. 2020 ; *Droit civil – Libéralités, partages d’ascendants*, Litec, 2000

GRIMALDI (M.) (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 7^{ème} éd. 2021

HOUTCIEFF (D.), *Droit des contrats*, Coll. Paradigme, Bruylant, 7^{ème} éd. 2022

JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, t. 1, 3^{ème} éd. Sirey, 1938

JULIENNE (M.), *Régime général des obligations*, Hors coll., LGDJ, 4^{ème} éd. 2022

LAMBERT-FAIVRE (Y.), LEVENEUR (L.), *Droit des assurances*, Précis Dalloz, 14^{ème} éd., 2017

LARROUMET (Ch.), AYNÈS (A.), *Introduction à l’étude du droit*, Traité de droit civil, t. 1, Coll. Corpus, Economica, 6^{ème} éd., 2013

LARROUMET (Ch.), BROS (S.), *Les obligations – Le contrat*, Traité de droit civil, t. 3, Coll. Corpus, Economica, 10^{ème} éd., 2021

LASBORDES-de VIRVILLE (V.), *Droit des contrats spéciaux*, 2^{ème} éd., 2021

LEGEAIS (D.), *Droit des sûretés et garanties du crédit*, Coll. Manuel droit privé, LGDJ, 15^{ème} éd, 2022

LEROYER (A.-M.), *Droit des successions*, Cours Dalloz, 4^{ème} éd., 2020

LE TOURNEAU (Ph.) (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d’indemnisation*, Dalloz Action, 12^{ème} éd. 2020

MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, Cours Dalloz, 13^{ème} éd. 2022

MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Droit des contrats spéciaux*, Coll. Droit civil, LGDJ, 12^{ème} éd., 2022

MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), PETERKA (N.), *Droit des régimes matrimoniaux*, Coll. Droit civil, LGDJ, 8^{ème} éd., 2021

MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligations*, Coll. Droit civil, LGDJ, 12^{ème} éd., 2022

MALAURIE (Ph.), BRENNER (C.), *Droit des successions et des libéralités*, Coll. Droit civil, LGDJ, 10^{ème} éd., 2022

MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *Droit de la famille*, Coll. Droit civil, LGDJ, 8^{ème} éd., 2022

MALINVAUD (Ph.), BALAT (N.), *Introduction à l’étude du droit*, LexisNexis, 22^{ème} éd. 2022

MALINVAUD (Ph.), MEKKI (M.), SEUBE (J.-B.), *Droit des obligations*, 16^{ème} éd., LexisNexis, 2021

MAURY (J.), *Successions et libéralités*, Coll. Objectif Droit, LexisNexis, 9^{ème} éd. 2016

MIGNOT (M.), *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, LGDJ, Lextenso, 3^{ème} éd. 2017

PÉRÈS (C.), VERNIÈRES (Ch.), *Droit des successions*, Thémis droit, PUF, 2018

PIÉDELIÈVRE (S.), *Successions et libéralités*, Coll. Paradigme, Bruylant, 4^{ème} éd. 2022 ; *Régimes matrimoniaux*, 4^{ème} éd. 2022

PORCHY-SIMON (S.), *Droit des obligations*, Hypercours Dalloz, 15^{ème} éd., 2022

POTHIER (R.-J.), *Traité des obligations*, t. 1, Paris, 1821, rééd. Dalloz, 2011

RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Droit des contrats spéciaux*, LexisNexis, 10^{ème} éd. 2019

REVEL (J.), *Les régimes matrimoniaux*, Cours Dalloz, 10^{ème} éd., 2020, §108

RIPERT (G.), BOULANGER (J.), *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956-1959, t. 1

SÉRIAUX (A.), *Les successions, Les libéralités*, Ellipses, 2^{ème} éd., 2018

SÉRIAUX (A.), LARDEUX (G.), *Manuel de droit des obligations*, Coll. Droit fondamental, PUF, 5^{ème} éd., 2023

SIMLER (Ph.), *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, Traité LexisNexis, 5^{ème} éd., 2015

SIMLER (Ph.), DELEBECQUE (P.), *Droit civil : Les sûretés, La publicité foncière*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd. 2016

TAFFOREAU (P.), HÉLAINE (C.), *Droit des sûretés, Sûretés personnelles et réelles*, Coll. Paradigme, Bruylant, 2^{ème} éd., 2022

TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (Ch.), FENOUILLET (D.), *Droit civil : La famille*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2018

TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), GAUDEMET (S.), *Droit civil : Les successions, Les libéralités*, Précis Dalloz, 4^{ème} éd. 2013

TERRÉ (F.), MOLFESSIS (N.), *Droit civil : Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 14^{ème} éd. 2022

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *Droit civil : Les obligations*, Précis Dalloz, 13^{ème} éd., 2022

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), *Droit civil : Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2019

TESTU (F.-X.) (dir.), *Contrats d'affaires*, Dalloz référence, 2010/2011

TRANCHANT (L.), ÉGÉA (V.), *Droit des obligations*, Mémentos Dalloz, 26^{ème} éd., 2023

VERGÈS (E.), VIAL (G.), LECLERC (O.), *Droit de la preuve*, Thémis, PUF, 2^{ème} éd. 2022

VOIRIN (P.), GOUBEAUX (G.), *Droit civil, t. I : Introduction au droit – Personnes – Famille – Personnes protégées – Biens – obligations – Sûretés*, Coll. Manuel droit privé, LGDJ, 42^{ème} éd., 2022 ; *Droit civil, t. II : Régimes matrimoniaux – Successions – Libéralités*, Coll. Manuel droit privé, LGDJ, 32^{ème} éd., 2022

ZENATI-CASTAING (F.), REVET (Th.), *Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale – Quasi-contrats*, Coll. Droit fondamental, PUF, 2014 ; *Cours de droit civil, Obligations – Régime*, Coll. Droit fondamental, PUF, 2013 ; *Cours de droit civil – Successions*, Coll. Droit fondamental, PUF, 2012

II – Ouvrages spéciaux

Pratiques contractuelles, Ce que change la réforme du droit des obligations, Éditions législatives, 2^{ème} éd. 2016.

La vente d'immeuble : sécurité et transparence, 99^{ème} Congrès des notaires de France, Coll. Pratique notariale, LexisNexis, 2003

ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Lamy-PUF, 1^{re} éd. 2003

AMSELEK (P.), *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, 2012, rééd. 2022, Ed. Panthéon-Assas ; *Écrits de philosophie du droit*, Ed. Panthéon-Assas, 2019

AMSELEK (P.) (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986

ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1988

ASSOC. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, dir. G. Cornu, Quadrige, PUF, 14^{ème} éd. 2022 ; *Le temps et le droit*, Journées nationales, t. XVIII, Dijon, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014

ATIAS (Ch.), *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, Litec professionnels, 5^{ème} éd. 2010

AUSTIN (J.), *How to do things with words*, Coll. Essais, Seuil, Paris, 1991 ; *La philosophie du droit positif*, trad. et préf. de G. Henry, Paris, 1894

AYNÈS (L.) (dir.), *L'authenticité*, La documentation française, 2013

BALAT (N.), *Les grands articles du Code civil*, Dalloz, 4^{ème} éd. 2022

BARRAUD (B.), *La prospective juridique*, Coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2019

BÉNABENT (A.), GAUDEMET (Y.), *Dictionnaire juridique 2023, Tous les mots du droit*, Hors. coll., LGDJ, 2^{ème} éd., 2022

BUFNOIR (C.), *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivant le droit romain*, Paris, 1866

CABRILLAC (R.) (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Coll. Objectif droit, LexisNexis, 14^{ème} éd., 2022

CAPITANT (H.), *De la cause des obligations (Contrats, engagements unilatéraux, legs)*, 3^{ème} éd. Dalloz, 1927

CAPITANT (H.), TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile (GAJC)*, t. I (Introduction, Personnes – Famille – Biens, Régimes matrimoniaux - Successions), Dalloz, 13^{ème} éd. 2015

CAPITANT (H.), TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile (GAJC)*, t. II (Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés), Dalloz, 13^{ème} éd. 2015

CARBONNIER (J.), *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Coll. Anthologie du droit, LGDJ, 10^{ème} éd. 2014

CARBONNIER (J.), CATALA (P.), DE SAINT AFFRIQUE (J.), MORIN (G.), *Des libéralités, Une offre de loi*, Defrénois, 2003

CARTWRIGHT (J.), FAUVARQUE-COSSON (B.), WHITTAKER (S.) (dir.), *La réécriture du code civil : le droit français des contrats après la réforme de 2016 : avec la traduction en anglais de l'Ordonnance et des modifications introduites en 2018 par la loi de ratification*, Sté. De législation comparée, Droit comparé et européen, vol. 29, 2018

CHAMPION (J.), *Patrimoine du couple*, Ed. Delmas, 13^{ème} éd. 2011-2012

CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018

CHÉNEDÉ (F.) (dir.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats – Consolidations, innovations, perspectives*, Dalloz référence, 2^{ème} éd. 2018

COLLART-DUTILLEUL (F.) (dir.), *Droit de la vente immobilière*, Dalloz référence, 7^{ème} éd., 2019

DAGORNE-LABBE (Y.), *La formation du contrat*, Le droit en question, Ellipses, 2001

DE BÉCHILLON (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, éd. Odile Jacob, 1997

DELMAS (C.), *Les notaires en France, Des officiers de l'authentique entre héritage et modernité*, PUR, 2019.

DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, 1911, Éd. La mémoire du droit, rééd. 2001

DENQUIN (J.-M.), *Les concepts juridiques, Comment le droit rencontre le monde*, Class. Garnier, Bibl. de la pensée juridique, 2021

DESHAYES (O.), GENICON (Th.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016

DOUVILLE (Th.) (dir.), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Gualino, Lextenso, 2^{ème} éd. 2018

DROSS (W.), *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 4^{ème} éd., LexisNexis, 2020

FABRE-MAGNAN (M.), *L'institution de la liberté*, Quadrige, PUF, 2018

FENET (A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13 et t. 14

FROMONT (M.), KNETSCH (J.), *Droit privé allemand, Précis Domat*, GDGJ, 2^{ème} éd., 2017

GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Hors. coll., LGDJ, 2006

GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 30^{ème} éd. 2022-2023

HAYEK (F.-A.), *Droit, législation et liberté*, t. I, II et III, Coll. Libre Échange PUF, 1976

HOSTIOU (R.), STRUILLOU (J.-F.), *Expropriation et préemption*, Coll. Droit et professionnels, LexisNexis, 6^{ème} éd., 2020

JESTAZ (Ph.), *Les sources du droit*, Coll. Connaissance du droit, Dalloz, 3^{ème} éd., 2022 ; *Autour du droit civil, Écrits dispersés – Idées convergentes*, Dalloz, 2005

JHERING (R. Von), *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. IV : Les droits de l'ancien droit privé, trad. O. de Meulenaere, 3^{ème} éd., Lib. A. Marescq, 1878 ; *L'évolution du droit (Zweck im Recht)*, trad. O. de Meulenaere, 3^{ème} éd., Lib. A. Marescq, 1901

JULLIEN (F.), *Traité de l'efficacité*, Grasset & Fasquelle, Biblio Essais, 1996

KASSOUL (H.), GANTSCHNIG (D.) (dir.), *L'offre de réforme des contrats spéciaux, Réflexions libres à partir du projet de l'association Henri Capitant*, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2021

KELSEN (H.), *Théorie générale des normes*, 1979, Coll. Léviathan, PUF, rééd. 1996 ; *Théorie pure du droit*, 1934, trad. de la 2^{ème} éd. de la "Reine Rechtslehre" par Ch. Eisenmann, LGDJ, rééd. 1999

LESBATS (Ch.), *La dévolution successorale*, Coll. Pratique notariale, LexisNexis, 2020 ; *Le droit notarial du divorce*, Coll. Pratique notariale, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2021

LIBCHABER (R.), *Le contrat au XXI^{ème} siècle, L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, LGDJ, Droit des affaires, 2020 ; *L'ordre juridique et le discours du droit, Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, Lextenso, 2013

MacCORMICK (N.), WEINBERGER (O.), *Pour une théorie institutionnelle du droit, Nouvelles approches du positivisme juridique*, La pensée juridique moderne, LGDJ, 1992

MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.), LAROUCHE (P.), PARENT (A.), *Analyse économique du droit*, Coll. Méthodes du droit, Dalloz, 3^{ème} éd., 2021

MAZEAUD (D.), BOFFA (R.), BLANC (N.) (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, Lextenso, 2018

MOUSSERON (P.), RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Technique contractuelle*, dir. J.-M. Mousseron, Ed. Francis Lefebvre, 5^{ème} éd. 2017

MURAT (P.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 7^{ème} éd. 2016-2017

OST (F.), *A quoi sert le droit ? – Usages, fonctions, finalités*, Coll. Penser le droit, Bruylant, 2016

OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? , Pour une approche dialectique du droit*, F.U.S.L., 2010

PIEDELIEVRE (J.), PIEDELIEVRE (S.), *Les promesses de vente et d'achat immobilières*, Defrénois, Lextenso, 2018

RÉCANATI (F.), *Les énoncés performatifs*, Coll. Propositions, Ed. de Minit, 1981

REINACH (A.), *Les fondements a priori du droit civil*, 1913, Vrin, 2004

RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949, Coll. Anthologie du droit, LGDJ, 4^{ème} éd., 2014

ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, PUF, 3^{ème} éd., 2022

ROLAND (H.), *Lexique juridique des expressions latines*, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2016

ROSIER-CATACH (I.), *La parole efficace. Signe, rituel, sacré*, Paris, Seuil, coll. « Des travaux », 2004

ROUVIÈRE (F.), *Le droit civil*, Que-sais-je ?, 2019

SEARLE (R.), *Sens et expression*, trad. J. Proust, Ed. de Minuit, 1982 ; *Les actes de langage*, trad. H. Pauchard, Hermann, 1972

SÉRIAUX (A.), *Le droit comme langage*, LexisNexis, 2020

TAUDIN (L.), *Libéralités-partages*, Coll. Pratique notariale, LexisNexis, 2016

TERRÉ (F.) (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2008

THIBIERGE (C.) et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ et Bruylant, 2009

VERNIÈRES (Ch.) (dir.), *Guide de la rédaction des actes notariés*, Lextenso, Defrénois, 2022

VILLEY (M.), *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 1957, Dalloz, 2^{ème} éd. 2002

VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, 1960, rééd. Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2010

WITTGENSTEIN (L.), *Investigations philosophiques*, 1953, Gallimard, rééd. 1986

WITZ (C.), *Le droit allemand*, Coll. Connaissance du droit, Dalloz, 3^{ème} éd., 2018

III – Thèses et monographies

ALVAREZ (I.), *Essai sur la notion d'exécution contractuelle*, Coll. Logiques Juridiques, L'Harmattan, 2017

ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, Coll. Recherches Juridiques, Economica, 2002

ATTUEL-MENDES (L.), *Consentement et actes juridiques*, Bibl. de dr. de l'entreprise, Litec, 2008

AUBERT (J.-L.), *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Bibl. de dr. privé, t. 109, LGDJ, 1968

AUDIC (O.), *Les fonctions du document en droit privé*, Bibl. de l'IRJS – André Tunc, t. 3, 2004

AUDIT (P.-E.), *La « naissance » des créances, Approche critique du conceptualisme juridique*, Nvll. bibl. de thèses, t. 141, Dalloz, 2015

BAHANS (J.-M.), *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, thèse dactyl., Bordeaux IV, 1998

BAHUREL (Ch.), *Les volontés des morts, Vouloir pour le temps où on ne sera plus*, Bibl. de dr. privé, t. 557, LGDJ, 2014

BARRY (S.), *Le droit du bénéficiaire d'avant-contrats*, PUAM, 2021

BENAC-SCHMIDT (F.), *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, Bibl. de dr. privé, t. 177, LGDJ, 1983

BERTIER-LESTRADE (B.), *Les conflits d'actes juridiques en droit privé*, PUAM, 2003

BLEUSEZ (M.), *La perfection du contrat*, thèse Paris II, 2021, publication à venir

BOISMAIN (C.), *Les contrats relationnels*, PUAM, 2005

BONNET (D.), *Cause et condition dans les actes juridiques*, Bibl. de dr. privé, t. 449, LGDJ, 2005

BRENNER (C.), *L'acte conservatoire*, Bibl. de dr. privé, t. 323, LGDJ, 1999

BRUNAU (G.), *Le contrat à distance au XXIème siècle*, Bibl. de dr. privé, t. 524, LGDJ, 2010

BRUNET (F.), *La normativité en droit*, Bibl. de thèses, Mare et Martin, 2011

BUFFELAN-LANORE (Y.), *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, Bibl. de dr. privé, t. 18, LGDJ, 1963

CABRILLAC (R.), *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, Bibl. de dr. privé, t. 213, LGDJ, 1990

CATTALANO-CLOAREC (G.), *Le contrat de prêt*, Bibl. de dr. privé, t. 564, LGDJ, 2015

CERMOLACCE (A.), *Cause et exécution du contrat*, PUAM, 2001

CHAABAN (R.), *La caducité des actes juridiques, Étude de droit civil*, Bibl. de dr. privé, t. 445, LGDJ, 2006

CHABAS (J.), *De la déclaration de volonté en droit civil français*, Lib. Du Recueil Sirey, Paris, 1931

CHARBONNEL (L.), *La hiérarchie des normes conventionnelles, Contribution à l'analyse normativiste du contrat*, Coll. de thèses, Fond. Varenne, 2012

CHAUVIRÉ (Ph.), *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, Bibl. de dr. privé, t. 547, LGDJ, 2013

CHÉNEDÉ (F.), *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Coll. Recherches juridiques, Economica, 2008

COLLART-DUTILLEUL (F.), *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Coll. Immobilier, droit et gestion, Sirey, 1988

COUMAROS (N.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique (étude critique de la conception classique)*, Lib. du Recueil Sirey, 1931

COUTURIER (G.), *La confirmation des actes nuls*, Bibl. de dr. privé, t. 121, LGDJ, 1972

CRESP (M.), *Le temps juridique en droit privé, Essai d'une théorie générale*, PUAM, 2013

DEPREZ (J.), *La rétroactivité des actes juridiques*, th. dactyl., 1953

DEVILLE (S.), *L'objet de la libéralité*, Coll. Doctorat et notariat, t. 49, Defrénois, Lextenso, 2012

DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Bibl. de dr. privé, t. 485, LGDJ, 2007

DRAPIER (S.), *Les contrats imparfaits*, PUAM, 2001

DUBARRY (J.), *Le transfert conventionnel de propriété, Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, Bibl. de dr. privé, t. 555, LGDJ, 2014

DURMA (M.), *La notification de la volonté, Rôle de la notification dans la formation des actes juridiques*, Lib. du Recueil Sirey, Paris, 1930

DUPRÉ-DALLEMAGNE (A.-S.), *La force contraignante du rapport d'obligation, Recherche sur la notion d'obligation*, PUAM, 2004

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Bibl. de dr. privé, t. 254, LGDJ, 1996

ENGEL-CRÉACH (A.), *Les contrats judiciairement formés*, Coll. Recherches juridiques, Economica, 2002

FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Nvll. bibl. de thèses, vol. 116, Dalloz, 2012

FORRAY (V.), *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Bibl. de dr. privé, t. 480, LGDJ, 2007

FRANÇOIS (C.), *L'acte juridique irrégulier efficace, Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, Bibl. de dr. privé, t. 598, LGDJ, 2020

GAIARDO (P.), *Les théories objective et subjective du contrat, Étude critique et comparative (droits français et américain)*, Bibl. de dr. privé, t. 599, LGDJ, 2020

GALBOIS-LEHALLE (D.), *La notion de contrat, Essai d'une théorie*, Bibl. de dr. privé, t. 603, LGDJ, 2020

GARRON (F.), *La caducité du contrat (Étude de droit privé)*, PUAM, 1999

GAUDEMET (S.), *La clause réputée non-écrite*, Coll. Recherches juridiques, Economica, 2006

GENICON (Th.), *La résolution du contrat pour inexécution*, Bibl. de dr. privé, t. 484, LGDJ, 2007

GODELAIN (S.), *La capacité dans les contrats*, Fond. Varenne, LGDJ, 2007

GOUËZEL (A.), *La subsidiarité en droit privé*, Coll. Recherches juridiques, Economica, 2013

GOUJON-BETHAN (Th.), *L'homologation par le juge, Essai sur une fonction juridictionnelle*, Bibl. de dr. privé, t. 611, LGDJ, 2021

GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Rousseau, Paris, 1912

GOUT (O.), *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM, 1999

GRIMALDI (C.), *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, Coll. Doctorat et Notariat, t. 23, Defrénois, 2007

GRIMONPREZ (B.), *De l'exigibilité en droit des contrats*, Coll. de la faculté de droit et des sciences sociales, LGDJ, 2006

GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, Bibl. de dr. privé, t. 218, LGDJ, 1992

GUERRIERO (M.-A.), *L'acte juridique solennel*, Bibl. de dr. privé, t. 137, LGDJ, 1975

- HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, Éd. Panthéon-Assas, 2017
- HARTMAN (F.), *La notion de libéralité*, Bibl. de l'IRJS – André Tunc, t. 115, 2020
- HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (Contribution à la théorie générale de l'acte juridique)*, Bibl. de dr. privé, t. 117, LGDJ, 1971
- HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, Bibl. de dr. privé, t. 536, LGDJ, 2012
- HOUIN (R.), *La distinction entre les contrats unilatéraux et les contrats synallagmatiques*, Lavergne, Paris, 1937
- IZORCHE (M.-L.), *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, PUAM, 1995
- JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, Éd. La mémoire du droit, rééd. de l'éd. de 1909, Rousseau, Paris, 2017
- JOSSERAND (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Éd. du CNRS, Essais de téléologie juridique II, Dalloz, 1928, rééd. 1984
- JUEN (E.), *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, Bibl. de dr. privé, t. 568, LGDJ, 2016
- JUREDIEU (F.), *Ratification et acte juridique*, Coll. des thèses, n° 81, Fondation Varenne, 2013
- LAITHIER (Y.-M.), *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Bibl. de dr. privé, t. 419, LGDJ, 2004
- LARROUMET (Ch.), *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse dactyl. Bordeaux, 1968
- LATINA (M.), *Essai sur la condition en droit des contrats*, Bibl. de dr. privé, t. 505, LGDJ, 2009
- LAUDE (A.), *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, PUAM, 1992
- LAZARUS (C.), *Les actes juridiques extrapatrimoniaux, Une nouvelle catégorie juridique*, PUAM, 2009
- LEFORT (D.), *La rétractation des actes juridiques en droit privé français, Contribution à l'étude de la formation des actes juridiques*, thèse dactyl., Paris II, 1981
- LEGAULT (G. A.), *La structure performative du langage juridique*, thèse, PU Montréal, 1977
- LEMAY (P.), *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Bibl. de thèses, Mare et Martin, 2014
- LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, Coll. Recherches juridiques, Economica, 2012
- LEVACHER (R.), *La règle contractuelle dans l'ordre juridique : contribution à l'analyse normative du contrat*, thèse dactyl., Nantes, 2007
- LIMBACH (F.), *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, Bibl. de dr. privé, t. 412, LGDJ, 2004

LOUIS-LUCAS (P.), *Volonté et cause, Rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, Lib. du Recueil Sirey, Paris, 1918

LOYER (J.), *Les actes inexistants*, Lib. Recueil Sirey, Paris, 1908

LUCAS-PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, Bibl. de dr. privé, t. 441, LGDJ, 2005

MARCOU (P.), *Les remèdes à l'invalidité contractuelle*, Bibl. de dr. de l'entreprise, t. 94, LexisNexis, 2018

MARTIN DE LA MOUTTE (R.), *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Lib. du Recueil Sirey, Paris, 1951

MAUMONT (B.), *L'acte juridique en droit des personnes et de la famille*, thèse dactyl., Univ. Bordeaux, 2015

MAYER (L.), *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, Bibl. de l'IRJS, André Tunc, t. 20, 2009

MAZEAUD (V.), *L'obligation de couverture*, Bibl. de l'IRJS, André Tunc, t. 27, 2010

MIRABAIL (S.), *La rétractation en droit privé français*, Bibl. de dr. privé, t. 284, LGDJ, 1997

MOLINA (L.), *La prérogative contractuelle*, Bibl. de dr. privé, t. 619, LGDJ, 2022

MOREAU (P.), *L'homologation judiciaire des conventions, Essai d'une théorie générale*, Larcier, 2007

MORON-PUECH (B.), *L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat*, Bibl. de dr. privé, t. 591, LGDJ, 2020

MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Sirey 1948, rééd. Bibl. Dalloz, 2002

MOULY (Ch.), *Les causes d'extinction du cautionnement*, Bibl. de dr. de l'entreprise, Dalloz, 1977

MOUY (G.), *Les effets différés de l'acte juridique*, thèse dactyl., Paris I, 2007

NAJJAR (I.), *Le droit d'option : contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Bibl. de dr. privé, t. 85, LGDJ, 1967

NICOD (M.), *Le formalisme en droit des libéralités*, Coll. de thèses, Doctorat et notariat, Imp. La Mouette, 2000

OULD AKLOUCHE (Y.), *La qualité d'héritier*, Coll. Doctorat et Notariat, t. 56, Defrénois, 2017

PAULIN (Ch.), *La clause résolutoire*, Bibl. de dr. privé, t. 258, LGDJ, 1996

PELLETIER (C.), *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, Coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2004

PELLIER (J.-D.), *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation*, Bibl. de dr. privé, t. 539, LGDJ, 2012

PENIN (O.), *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, Contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, Bibl. de dr. privé, t. 535, LGDJ, 2012

PERROT (R.), *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Lib. du Recueil Sirey, Paris, 1953

PÉTEL (I.), *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse dactyl. Montpellier-I, 1984

PIÉDELIÈVRE (J.), *Des effets produits par les actes nuls : Essai d'une théorie d'ensemble*, Rousseau, Paris, 1911

POSEZ (A.), *L'inexistence du contrat, Un autre regard sur sa formation*, thèse dactyl, Paris 2, 2010

PUTMAN (E.), *La formation des créances*, thèse dactyl. Aix-Marseille, 1987

RAPTOPOULOS (T.), *L'entrée en vigueur de la loi, Contribution à l'étude de la loi*, Nvll. bibl. de thèses, t. 198, Dalloz, 2020

RIEG (A.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Bibl. de dr. privé, t. 19, LGDJ, 1961

ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, Bibl. de dr. privé, t. 311, LGDJ, 1999

ROUHETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse dactyl. Paris, 1965

ROUJOU DE BOUBÉE (G.), *Essai sur l'acte juridique collectif*, Bibl. de dr. privé, t. 27, LGDJ, 1961

ROUJOU DE BOUBÉE (M.-E.), *Essai sur la notion de réparation*, Bibl. de dr. privé, t. 135, LGDJ, 1974

ROUSSEAU (E.), *Mutabilité et cohérence du régime matrimonial*, Bibl. de dr. privé, t. 556, LGDJ, 2014

ROUVIÈRE (F.), *Le contenu du contrat : essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005

SADI (D.), *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, Coll. de thèses, Mare et martin, 2015

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Le droit de préemption*, Bibl. de dr. privé, t. 164, LGDJ, 1979

SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, 1901

SÉVELY-FOURNIÉ (C.), *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé, Contribution à l'étude de l'acte juridique*, Nvll. Bibl. de thèses, vol. 100, Dalloz, 2010

SIMLER (Ph.), *La nullité partielle des actes juridiques*, Bibl. de dr. privé, t. 101, LGDJ, 1969

STANCZAK (R.), *Les promesses de payer, Essai d'une théorie générale*, PUAM, 2018

STOFFEL (J.-N.), *Le projet d'acte juridique (étude de droit privé)*, PUAM, 2020

TAISNE (J.-J.), *La notion de condition dans les actes juridiques, Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse dactyl., Lille, 1977

TERRÉ (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, 1957, rééd. Coll. Anthropologie du droit, LGDJ-Lextenso, 2014

- THÉRON (S.), *La notion de condition : Contribution à l'étude de l'acte administratif*, Coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2002
- THULLIER (B.), *L'autorisation, Étude de droit privé*, Bibl. de dr. privé, t. 252, LGDJ, 1996
- TIREL (M.), *L'effet de plein droit*, Nvll. bibl. de thèses, vol. 178, Dalloz, 2018
- TUSSEAU (G.), *Les normes d'habilitation*, Nvll. bibl. de thèses, vol. 60, Dalloz, 2006
- VALORY (S.), *La potestativité dans les relations contractuelles*, PUAM, 1999
- VERDIER (J.-M.), *Les droits éventuels : contribution à l'étude de la formation successive des droits*, Rousseau, Paris, 1955
- WATRELOT (M.), *L'effet réel du contrat*, thèse dactyl., Bordeaux, 2015
- WÉRY (P.), *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (Essai). Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, Kluwer, Ed. juridiques, coll. scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1993.
- WICKER (G.), *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Bibl. de dr. privé, t. 253, LGDJ, 1997
- WORMS (R.), *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligation en droit romain et en droit français*, Lib. A. Giard, Paris, 1891

IV – Articles de doctrine

- ADIDA-CANAC (H.), « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », in : *Rapport annuel de la Cour de cassation – La Vérité*, 2004, www.courdecassation.fr, p. 105
- AGOSTINI (C.), « Pour une théorie réaliste de la validité », *Mél. Troper*, Economica, 2006, p. 1
- ALBIGES (Ch.), « La caducité et le contrat de cautionnement, État des lieux et perspectives », *Études Ph. Neau-Leduc*, LGDJ, Lextenso, 2018, p. 1
- AMIEL-COSME (L.), « La fonction d'homologation judiciaire », *Rev. Justices* 1997, n° 5, 135
- AMSELEK (P.), « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen », *Études A. Rieg*, Bruylant, 2000, p. 33 ; « Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques », *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1990-3, p. 385 ; « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », in : *La pensée de Charles Eisenmann*, PUAM, 1986, p. 31 ; « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, dir. P. Amselek, PUF, 1986, p. 109
- ANCEL (P.), « La force obligatoire du contrat dans le nouveau droit français des obligations », in : *Mél. G. Pignarre, Un droit en perpétuel mouvement*, LGDJ, 2018, p. 15 ; « Sur une approche nominaliste du contrat », *Mél. Collart-Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 5 ; « Acte juridique et déclaration de volonté : la greffe allemande sur le droit français des obligations », in : *Traditions savantes et codification*, Actes du

VIIème congrès de l'ARISEC, 2005, LGDJ, p. 161 ; « Exécution des contrats et exécution des décisions de justice », in : *L'exécution, XXIIIème Colloque des Instituts d'Études Judiciaires*, Lyon III, éd. L'Harmattan, 2001, p.151 ; « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.* 1999. 771

ANTIPPAS (J.), « Au commencement était le verbe..., À propos de la réglementation de l'offre par le nouveau droit des contrats », *D.* 2016, 1760 ; « De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué », *RTD civ.* 2013. 27

ATIAS (C.), « L'irrévocabilité relative de l'acte unilatéral », *D.* 2013, 1765 ; « De plein droit », *D.* 2013, 2183 ; « Exécution et efficacité des actes juridiques », *D.* 2013, 2288 ; « Qu'est-ce qu'un contrat ? », in : *Droit et économie des contrats*, dir. Ch. Jamin, LGDJ, 2008, p. 3 ; « L'exception d'illégalité d'une clause contractuelle », *D.* 2008, 1013 ; « La constitution des actes juridiques », *D.* 2008. 743 ; « Normatif et non normatif dans la législation récente du droit privé », *RRJ* 1982. 222

ATIAS (C.) STROCK (P.), « Un aspect de la théorie de l'acte juridique : énoncer, décrire, obliger », *Mél. Ph. Le Tourneau*, Dalloz, p. 25

AUBERT DE VINCELLES (C.), « Le processus de conclusion du contrat », *Pour une réforme du droit des contrats*, dir. F. Terré, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 125

AUBRY (M.-C.), « Retour sur la caducité en matière contractuelle », *RTD civ.* 2012. 625

AYNÈS (L.), « À propos de la force obligatoire du contrat », *RDC*, 2003. 323 ; « La contrainte en droit des contrats », in : *La contrainte*, Études juridiques, Economica, 2007, p. 35 ; « Rapport de synthèse », in : *La date de naissance des créances*, *LPA* 2004, n° 224, p. 61 « Rapport introductif », in : *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Economica, coll. Études juridiques, 1999, p. 3

AYNÈS (L.), FATOME (D.), RAUNET (M.), « Les promesses de vente de bien du domaine public sous condition suspensive de déclassement », *AJDA* 2014. 961

BAHUREL (Ch.), « La mort de la Mort », *Mél. M. Grimaldi*, Lextenso, Defrénois 2020, p. 15

BAILLON-WRITZ (N.), « Le statut juridique du renonçant », *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, dir. C. Pérès, Defrénois, 2017, p. 205

BALENSI (I.), « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.* 1978. 42 et 233

BARBIER (H.), « La caducité du contrat pour disparition d'éléments essentiels », *RTD Civ.* 2023. 615 ; « De la raréfaction des nullités », *RTD civ.* 2022. 879 ; « La jurisprudence « Consorts Cruz » est morte, vive la clause « Consorts Cruz » ! », *RTD Civ.* 2021. 630 ; « Peut-on rétracter sa rétractation ? Étude de l'éclipse de volonté », *RTD Civ.* 2020. 611 ; « L'irrévocabilité de la promesse unilatérale de vente est conforme à la Constitution », *RTD Civ.* 2019. 851 ; « Pour la validité de la condition suspensive portant sur la disponibilité de la chose objet de contrat », *RTD civ.* 2019. 331 ; « Le contrat sur une chose indisponible sous condition de sa disponibilité future... éloge de l'anticipation contractuelle », *RTD civ.* 2018. 379 ; « Quand le défaut d'acceptation des conditions générales emporte le défaut de formation du contrat », *RTD civ.* 2018. 100 ; « L'homologation du contrat comme condition de sa formation ou encore

condition suspensive de ses effets », *RTD civ.* 2017. 632 ; « Ébauche d'un régime général du droit de rétractation », *RTD civ.* 2016. 605

BARRET (O.), « Variations autour du refus de contracter », *Mél. J.-L. Aubert*, Dalloz 2005, p. 5

BASTIT (M.), « Suggestions sur les origines philosophiques de l'acte juridique », *Droits*, n° 7, PUF, 1998, p. 11

BECQUE-ICKOWICZ (S.), « La condition suspensive de non-préemption : faculté de repentir pour le vendeur ? », *Deffrénois* 2011, p. 1519

BELLIVIER (F.), SEFTON-GREEN (R.), « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droit français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », *Études Ghestin* 2001, LGDJ, p. 91

BERGEL (J.-L.), « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984. 255.

BERLAUD (C.), « La caducité d'une promesse de vente sous condition suspensive ... indéfiniment », *Gaz. Pal.* 2015, n° 169, 26

BEZIN (G.), « Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe », *Rec. Acad. législ. Toulouse* 1905, p. 289

BIENVENU (J.-J.), « Actes juridiques et classification », *Droits*, n° 7, PUF, 1998, p. 21 ; « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *Droits*, n° 28 : la volonté, 1998, PUF, p. 3

BLEUSEZ (M.), « Caducité et défaut d'efficacité : la non-survenance des conditions de perfection et des conditions suspensives », *RDC* 2023/2, p. 109

BON (P.-A.), « La condition portant sur l'exécution d'une obligation », *LPA* juin 2007, n° 127, p. 3

BORÉ (J.), « Les limites du devoir de conseil du rédacteur d'actes », *Études Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 139

BOUCHARD (V.), « Pour une définition de la notion de charge en droit privé », *LPA* juillet 2002, n° 147, p. 4

BOUDOT (M.), « La promesse : de l'acte de parole à l'obligation », in : *Promesses et actes unilatéraux*, Poitiers, LGDJ, 2010, p. 69

BOURDELOIS (B.), « Retour sur les promesses de vente immobilières », *Études Huet*, LGDJ, Lextenso, 2017, p. 21

BOUVERESSE (J.), « Propos introductifs », *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, dir. P. Amselek, PUF, 1986, p. 7

BOYER (L.), « La clause de de dédit », *Mél. P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 41 ; « Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avant-contrats », *RTD civ.* 1949. 1

BRENAC (Ch.), THIOYE (M.), « Heurs et malheurs d'une condition suspensive de pratique courante : plaider pour un retour à une lecture rigoureuse de la loi », *AJDI* 2019. 614

BRENNER (C.), « Sources des obligations dans le Code civil rénové : passage à l'acte ou acte manqué ? », *JCP* 2016. 524

BROS (S.), « Le dualisme du prêt en question », *Mél. Payet*, Dalloz 2011, p. 102 ; « Les contrats interdépendants : actualité et perspectives », *D.* 2009, 960

BRUN (Ph.), « Le droit de revenir sur son engagement », *Dr. et patr.* 1998, p. 78.

BULYGIN (E.), « Système juridique et ordre juridique », in : *L'architecture du droit*, *Mél. Troper*, *Economica*, 2006, p. 223

BUS (J.-P.), « Le fléchissement du consentement dans les promesses unilatérales de vente : analyse critique », *AJDI* 2012, 249

CAILLÉ (C.), « Quelques aspects modernes de la concurrence entre l'acte juridique et le fait juridique », *Mél. J.-L. Aubert*, Dalloz 2005, p. 55

CASEY (J.), « Le nouveau divorce par consentement mutuel, Une réforme en clair-obscur », *AJ Famille*, 2017 p. 14

CAYLA (O.), « Chronique de linguistique juridique : La pragmatique dans les revues de linguistique », *Droits*, n° 5, PUF, 1987, p. 137 ; « La théorie de la signification de l'acte dans la pensée normativiste », *Droits*, n° 7, PUF, 1988, p. 59

CAYROL (N.), « Aspects procéduraux du contentieux de la caducité du contrat », *RDC* 2023/2, p. 129 ; « De la perfection en art et en droit », *Mél. Ducouloux-Favard*, 2017, p. 75

CAPITANT (H.), « La prohibition des pactes sur succession future », *RCLJ*, 1933, p. 86

CERQUEIRA (G.), « Le critère de qualification de l'acte juridique réceptice », *Mél. C. Witz*, LexisNexis, 2018, p. 143

CHANTEPIE (G.), « L'efficacité attendue du contrat », *RDC* 2010/1, p. 347

CHAZAL (J.-P.), « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil », *RTD civ.* 2001. 265

CHAZAL (J.-P.), VICENTE (S.), « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », *RTD civ.* 2000. 477

CHÉNEDÉ (F.), « Le divorce sans juge : « contrat à terme » et « rétractation », *AJ. Fam.* 2017, 87 ; « Charles Demolombe, la condition potestative », *RDC* 2014/1, p. 291 (première partie), *RDC* 2014/3, p. 1131 (deuxième partie) ; « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative du mythe à la réalité », in : *Droit et philosophie : annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2012, n° 4, p. 155

CHRISTIANOS (V.), « Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs », *D.* 1993, 28

COHET-CORDEY (F.), « Clause de réitération et promesse synallagmatique de vente », *AJDI* 2001, 924

COLLART-DUTILLEUL (F.), « La durée des promesses de contrat », *RDC* 2004/1, p. 15 ; « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ? », in : *La nouvelle crise du contrat*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, Actes, 2003, p. 225

COMBESCURE (F.), « Existe-t-il des contrats réels en droit français ? », *Rev. crit. de législ. et de jurisprudence*, 1903, 477

COMBACAU (J.), « L'acte juridique », *Droits*, t. 7, PUF, 1998, p. 3 ; « Une manière d'être des choses », *Droits*, t. 11-2, 1990, p. 11

COPPENS (P.), « Introduction à l'article de H. Kelsen », *Droit et Société*, 1992, n° 22, p. 553

CORNU (G.), « Les définitions dans la loi », *Mél. J. Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77 ; « Réflexion finale », *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, dir. P. Amselek, PUF, 1986, p. 249 ; « Consentement au mariage et consentement au divorce en trompe-l'œil », *Mél. Meulders-Klein*, Bruylant, 1998, p. 103

COUTANT (C.), « La réitération des promesses synallagmatiques de vente », *AJDI* 1999. 127

DAGOT (M.), « La levée d'option conditionnelle », *JCP N* 1990, n° 28, I, 275

DAURIAC (I.), « Forme, preuve et protection du consentement », *Mél. Gobert*, Economica, 2004, p. 403

DAVEZE (C.), « La faculté de substitution dans les avant-contrats », *Études J. Combret*, Lextenso, Defrénois, 2017, p. 241

DE BERTIER-LESTRADE (B.), « La frontière entre l'acte juridique et le fait juridique », in : *Les affres de la qualification juridique*, dir. M. Nicod, LGDJ, PU Toulouse Capitole 1, 2015, p. 31

DELEBECQUE (P.), « L'anéantissement unilatéral du contrat », in : *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, 1999, Economica, p. 61

DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.), « Le testament, pour quoi faire ? », *Études J. Combret*, Lextenso, Defrénois, 2017, p. 115

DEMOGUE (R.), « Des contrats provisoires », *Études Capitant*, Dalloz, 1938, p. 159 ; « Nature et effets des droits éventuels », *RTD Civ.* 1906. 231 ; « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD Civ.* 1905. 723

DENIS (D.), « La clause de style », *Études. J. Flour*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979

DEROUIN (P.), « Pour une analyse fonctionnelle de la condition », *RTD civ.* 1978. 1

DONDERO (B.), « De la condition potestative illicite », *RTD Civ.* 2007. 677

DONNIER (M.), « Remarques sur la conception jurisprudentielle de la prohibition des pactes successoraux », *RTD Civ.* 1956. 627

DROSS (W.), « La déception contractuelle », *RTD Civ.* 2018. 787 ; « L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ? », *RTD civ.* 2011. 25 ; « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD Civ.* 2007. 701 ; « La saisine successorale », *Defrénois* 2004, p. 475

- DUBARRY (J.), « Du pouvoir de disposer de la chose d'autrui en droit privé français », *Mél. C. Witz*, LexisNexis, 2018, p. 279
- DUGUIT (L.), « Théorie générale de l'acte juridique », *RDP*, 1919, t. XXXVI, p. 313
- DUMONT (F.), « Obligation », *Mél. Ph. Meylan*, Impr. Centrale de Lausanne, 1963, T. 1, p. 77
- DUPUIS (G.), « Définition de l'acte unilatéral », *Mél. Ch. Eisenmann*, Cujas, 1977, p. 205
- DUPRÉ (M.), « L'offre et le mystère de l'acte unilatéral », *Droit et Patrimoine* n° 284, octobre 2018, 11
- DURAND (P.), « Le rôle de la contrainte légale dans la formation du contrat », *RTD. Civ.* 1944. 73
- DURRY (G.), « Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », *Trav. Assoc. H. Capitant*, t. XIV, 1961-1962, Dalloz, p. 611
- DYMANT (M.), « De la nullité des actes vers l'inefficacité relative », *Mél. Buffet*, Montchrestien, 2004, p. 189
- ÉGÉA (V.), « La liberté contractuelle renforcée par le recul de l'homologation judiciaire ? », *Constitutions* 2017, 97
- ETIENNEY-DE SAINTE MARIE (A.), « Le temps et le contrat », *Trav. Assoc. Capitant, Le temps et le droit, Journées nationales*, t. XVIII, Dijon, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2014, p. 43
- FABRE-MAGNAN (M.), « De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente. Dernière plaidoirie avant l'adoption du projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2015, 826 ; « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD Civ.* 1996. 85
- FAGES (B.), « Des offres avec réserves, mais néanmoins... fermes », *RTD Civ.* 2010. 551 ; « Effets du droit de rétractation », *RTD civ.* 2008. 293 ;
- FAIVRE-FAUCOMPRÉ (R.), « Le formalisme de transcription du contrat de vente immobilière au lendemain de la promulgation de la loi du 23 mars 1985 », in : *Le formalisme, Sources et technique en droit privé positif*, Actes du colloque du 20 octobre 2016 à l'Université de Pau et des pays de l'Adour, Lextenso, 2016, p. 127
- FARDET (Ch.), « La notion d'homologation », *Droits*, 1998, p. 181
- FERRE-ANDRE (S.), « Un an de divorce sans juge : vade-mecum controversé d'un processus de divorcialité contractualisé », *AJ Famille* 2018 p. 81
- FLOUR (J.), « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Études G. Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 93
- FONTAINE (M.), « La théorie de la formation du contrat et la pratique du « closing » », *Mél. Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2014, p. 361 ; « Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation du contrat », *Mél. P. Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, p. 115
- FORRAY (V.), « L'offre et l'acceptation dans les projets de réforme du droit français des contrats : remarques sur l'écriture doctrinale du droit des contrats », *RTD Civ.* 2012. 231

- FORTI (V.), « Le terme potestatif », *Mél. P. Ancel*, Larcier, LexisNexis, 2021, p. 349
- FRANCISOT (T.), « Controverse sur la promesse unilatérale de contrat après la réforme du 10 février 2016 », *AJ contrat* 2016, 479
- FRÈMEAUX (S.), « L'avenir de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial », *Defrénois*, n° 9, p. 529
- FRISON-ROCHE (M.-A.), « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995. 573
- GAUDET (S.), « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse », *Revue de droit de McGill*, vol. 40, 1995, p. 291
- GAUDIER (P.), « Quel avenir pour le régime de l'agrément des accords collectifs et conventions collectives de travail dans le secteur social et médico-social ? », *RDSS* 2012, 911
- GAUTIER (P.-Y.), « Boire, manger, stocker, la place des contrats innomés dans l'ordre juridique », *Études J. Huet*, LGDJ, 2017, p. 183
- GENICON (Th.), « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », in : *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, dir. W. Dross, T. Favario, 2014, Mare & Martin, p. 181 ; « De l'irrévocabilité spéciale des donations à l'ordre public des transferts de propriété à titre gratuit », *Mél. Champenois*, Defrénois, Lextenso, 2012, p. 303
- GHESTIN (J.), « L'annulation d'office d'un contrat », *Mél. Draï*, Dalloz, 2000, p. 593 ; « La notion de contrat », *D.* 1990. 147 ; « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil », *Études A. Weill*, Litec, 1983, p. 242 ; « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, p. 1 ; « L'indétermination du prix de vente et la condition potestative », *D.* 1973, p. 293 ; « La promesse unilatérale de vente dont l'option ne peut être levée qu'après le décès du promettant est-elle un pacte sur succession future ? », *D.* 1970, p. 89
- GIJSBERS (Ch.), « Les raisons de préférer la promesse unilatérale de vente immobilière au « compromis » », *Mél. Grimaldi*, Defrénois 2020, p. 441
- GIRARD (A.-L.), « La résonance de la gamme des actes de Charles Eisenmann », *RDP*, 2016, n° 2, p. 355
- GJIDARA (S.), « Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement de l'article 1174 à 1178 du Code civil », *LPA* juin 2000, n° 123, p. 4 et n° 124, p. 4
- GOUËZEL (A.), « La date de naissance de la créance de recours de la caution », *Mél. C. Saint-Alary-Houin*, LGDJ, Lextenso, 2020, p. 229
- GOUT (E.-U.), « Conditions d'existence et conditions de validité : une distinction inutile ? », *LPA*, 28-29 août 2018, n°s 172-173, p. 6
- GRIMALDI (C.), « La prise en considération des concepts du nouveau droit des contrats par le rédacteur d'actes en vue d'en assurer l'efficacité », *Études Ph. Neau-Leduc*, LGDJ, Lextenso, 2018, p. 505 ; « La distinction entre l'acte et le fait juridique », *RDA*, 2013, n° 7, p. 47 ; « La durée de l'offre », *D.* 2013, p. 2871

GRIMALDI (M.), « Le testament et le cyber-notaire », *Études Huet*, LGDJ, Lextenso, 2017, p. 211 ; « Des donations-partages et des testaments-partages au lendemain de la loi du 23 juin 2006 », *JCP E* 2006, n° 46, p. 2622 ; « Les contradictions légitimes au détriment d'autrui dans le droit patrimonial et extrapatrimonial de la famille », *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, colloque Paris V, dir. Behar-Touchais, Economica, 2001, p. 161 ; « Les donations à terme », *Mél. P. Catala*, Litec, 2001, p. 421 ; « Les dernières volontés », in : *Écrits G. Cornu*, PUF, 1994, p. 177

GRUA (F.), « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RTD Civ.* 1983. 263

GRYNBAUM (L.), « La contrainte, garantie de l'accès au droit », in : *La contrainte*, Études juridiques, Economica, 2007, p. 3 ; « La recherche en droit des contrats : entre « essentialisme » et « existentialisme » », *RDC* 2004/2, p. 547

GRZEGORCZYK (Ch.), « Le droit comme interprétation officielle de la réalité », *Droits*, t. 11-2, 1990, p. 31 ; « L'acte juridique dans la philosophie du droit », *Droits*, t. 7, 1988, p. 47 ; « L'impact de la théorie des actes de langage dans le monde juridique : essai de bilan », *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, dir. P. Amserek, PUF, 1986, p. 165.

GUIGUET-SCHIELÉ (Q.), « Du divorce sans juge à la mutabilité incontrôlée du régime matrimonial ? », *Gaz. Pal.* n° 15, p. 54

GUIGUET-SCHIELÉ (Q.), BABY (W.), « Les conventions organisant par avance les conséquences d'une rupture », *Dr. Fam.* 2015, n° 3, dossier 3

GUIHO (P.), « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », *RTD Civ.* 1954. 1

GUILLEMAIN (A.), « Réflexions sur la qualification de l'homologation judiciaire », *Gaz. Pal.* 2012, n° 143, p. 10

HAGE-CHAHINE (F.), « Le rationnel et l'empirique dans la notion d'inexistence en matière d'actes juridiques », *Écrits J. Foyer*, Economica, 2008, p. 529 ; « La notion d'inexistence et ses intérêts pratiques », Proche-Orient, Études juridiques, *Rev. Fac. dr. Univ. Saint-Joseph, Beyrouth*, n° 47, 1994, p. 69 ; « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD Civ.* 1982. 705

HAMELIN (J.-F.), « La renonciation à la condition après la loi de ratification du 20 avril 2018 », *Deffrénois* 2018, n° 35, p. 19

HAUSER (J.), « Le juge homologateur en droit de la famille », in : *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, dir. P. Ancel et M.-C. Rivier, Economica, 2001, p. 114 ; « L'apport du droit économique à la théorie de l'acte juridique », *Mél. Derruppé*, 1991, 1 ; « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique », *Mél. Ellul*, PUF, 1983, p. 503

HÉBRAUD (P.), « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », *Études P. Kayzer*, PUAM, 1979, t. II, p. 1 ; « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », *Mél. J. Maury*, Dalloz, 1960, t. II, p. 420

HEINICH (J.), « Caducité et changement de contexte contractuel : une remise en cause du contrat », *RDC* 2023/2, p. 103

- HERAUD (G.), « La validité juridique », *Mél. Maury*, t. II, 1960, p. 477
- HERON (J.), « Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé », *Droits*, 1988, n° 7, p. 85
- HERRNBERGER (O.), « Et si on repensait le *tandem* promesse de vente/vente », *JCP N* 2017, 261
- HERRNBERGER (O.), LIEVRE (X.), « Et si l'on rédigeait l'acte de vente dès l'avant-contrat ? », *JCP N* 2006, n° 50, 707
- HERVADA (J.), « Le droit dans le réalisme juridique classique », *Droits*, 1989, n° 10-1, p. 31
- HONTEBEYRIE (A.), « Le régime général des obligations et le rôle de la volonté dans l'acte juridique », *Mél. L. Aynès*, LGDJ, Dalloz, 2019, p. 297 ; « Proposition de modification de l'article 1304-4 du Code civil : la condition et la renonciation », *RDC* 2017/1, p. 197
- HOUIN (R.), « Les incapacités », *RTD civ.* 1947. 383
- HOUTCIEFF (D.), « La réactivité en droit contemporain des contrats : des réactions unilatérales au smart contract », *Gaz. Pal.* 2019, hors-série n° 3, p. 9
- HOUSSIER (J.), « De quelques paradoxes du contrat de dépôt », *Dr. et patrimoine*, oct. 2014, p. 28
- HUGON (C.), « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », *LPA* 2003, n° 247, p. 4
- IZORCHE (M.-L.), « Contrats conditionnels et définitifs », *RTD Com.* 1998. 521
- JACQUÉ (J.-P.), « L'acte juridique : réflexions d'un internationaliste », *Droits*, t. 7, 1988, p. 95
- JAMBU-MERLIN (R.), « Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques », *RTD Civ.* 1948. 271
- JAMIN (Ch.), « Éléments d'une théorie réaliste des contrats réels », *Études J. Béguin*, Litec, 2005, p. 381 ; « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », in : *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Actes du colloque de Chambéry, *Droit & Patrimoine*, 1998, n° 58, p.46 ;
- JEAMMAUD (A.), « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, p. 199
- JEAMMAUD (A.), SERVERIN (E.), « Évaluer le droit », *D.* 1992, p. 263
- JESTAZ (Ph.), « Une révolution inaperçue, À propos de l'acte juridique », *RTD Civ.* 2014. 67 ; « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », *Mél. P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 273
- JEULAND (E.), « L'énigme du lien de droit », *RTD Civ.* 2003. 455
- JÈZE (G.), « Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques », *RDP* 1913, 295
- JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif », *RTD Civ.* 1985. 1
- JOSSERAND (L.), « La « désolennisation » du testament », *DH.* 1932, 73

JOURDAIN (P.), « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », *Études Ph. Malinvaud*, LexisNexis, 2007, p. 303.

JUREDIEU (F.), « L'exception de fond », *RTD Civ.* 2023. 795

KANAYAMA (N.), « Donner et garantir – un siècle après ou une autre histoire », *Études Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 473 ; « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » – Donner, faire, ne pas faire ... et garantir ? », *Mél. Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 375

KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 33

KENFACK (H.), « À la recherche des critères d'une promesse de vente qui ne vaut pas vente », *Lamy Dr. civ.* 2006, n° 23 ; « La défaillance de la condition suspensive », *Deffrénois* 1997, n° 13-14, p. 833

KERCKHOVE (E.), « Changement de régime matrimonial et protection des créanciers de la faillite », *D.* 1985, p. 268

KLEIN (J.), « Le sort de la condition portant sur un élément essentiel à la formation du contrat », *RDC* 2016/1, p. 31

LAFAIX (J.-F.), « La régularisation en matière contractuelle », *Contrats et Marchés publics*, n° 8-9, Août 2017, étude 9

LAGARDE (X.), « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du code civil », *RTD Civ.* 1997. 25

LAITHIER (Y.-M.), « Quand peut-on invoquer la caducité du contrat ? », *RDC* 2021/1, p. 161 ; « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC* 2005/1, p. 161

LARDEUX (G.), « Terminologie et traduction des législations relatives au droit des contrats - L'exemple du BGB », *RID comp.* 2012, p. 817 ; « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », in : *L'efficacité du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011, p. 1

LATINA (M.), « L'interdépendance contractuelle depuis la réforme du droit des contrats », *Mél. Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 1007 ; « La condition dans l'ordonnance du 10 février 2016 », *JCP G* 2016, n° 30-35, p. 875 ; « Articles 1304 à 1304-7 : contribution relative aux conditions suspensives et résolutoires », *RDC* 2015/3, p. 796 ; « L'automaticité de la condition en question », *RDC* 2013/2, p. 579

LAUGIER (S.), « Actes de langage et état de choses : Austin et Reinach », *Les études philosophiques*, 2005/1, p. 73 ; « Performativité, normativité et droit », *APD*, 67, 2004

LEAUTÉ (J.), « Les contrats-types », *RTD Civ.* 1953. 449

LÉCUYER (H.), « Défaillance de la condition suspensive et caducité de la promesse », *Deffrénois* 2017, n° 18, p. 33 ; « L'irrévocabilité spéciale des donations », *Mél. P. Catala*, Litec, 2001, p. 405 ; « Le contrat acte de prévision », *Mél. Terré*, PUF, Dalloz, 1999, p. 643 ; « Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 44

LEQUETTE (S.), « La notion de contrat », *RTD Civ.* 2018. 341 ; « Le champ contractuel, Réflexions à partir de la rentabilité économique », *RDC* 2016/1, p. 135

LESAGE (G.), « La genèse de l'acte juridique », *Revue de l'Université d'Ottawa*, 1951, Suppl.

- LEVENEUR (L.), « Classification des contrats : le rétrécissement de la caractère des contrats réels est engagé », *JCP G* 2000, n° 35, p. 1531
- LIBCHABER (R.), « Regrets liés à l'avant-projet de réforme du droit des contrats. Le sort des engagements non bilatéraux », *RDC* 2015/3, p. 634 ; « Réflexions sur les effets du contrat », *Mél. J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211
- LORVELLEC (L.), « Remarques sur le provisoire en droit privé », *Études A. Weill*, Dalloz, Litec, 1983, p. 385
- LUCAS-PUGET (A.-S.), « Clause relative au délai de réalisation de la condition suspensive », *CCC* 2014, n° 10, p. 9
- LUCET (F.), « Consensualisme et formalisme », in : *L'échange des consentements, la remise en cause des principes du droit civil par le droit des affaires*, Rev. Jurisprudence commercial, 1995, n° spéc., p. 42
- MacCORMICK (N.), BANKOWSKI (Z.), « La théorie des actes de langage et la théorie des actes juridiques », *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, dir. P. Amselek, PUF, 1986, p. 195
- MacNEIL (I. R.), « Relational Contract Theory: Challenges and Queries », *Northwestern University Law Review*, 2000, p. 877 ; « Contracts : adjustments of long-term relations under classical, neo-classical and relational contract law », *Northwestern University Law Review*, 1978, vol. 72, p. 854 ; « The Many Futures of Contract », *South California Law Review*. 1974, vol. 47, p. 691
- MAINGUY (D.), « Promesse unilatérale et pacte de préférence : des définitions inopérantes », *Dr. et patrimoine*, 2014, 240 ; « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », *RTD Civ.* 2004. 1
- MALAURIE (Ph.), « Les sanctions en droit privé », *Deffrénois*, 2006, n° 4, p. 316 ; « Changement conventionnel de régime matrimonial et suppression de l'homologation judiciaire », *Deffrénois* 1998, art. 36845
- MARTIN (D. R.), « Des promesses précontractuelles », *Études Béguin*, Litec 2005, p. 487
- MATHIEU (B.), « L'office du juge de l'homologation d'une transaction : du nouveau ? », *D.* 2018. 2220
- MAYER (L.), « Précisions sur le contrôle « léger » exercé par le juge homologateur d'une transaction », *Gaz. Pal.* 2015, n° 167, 12
- MAZEAUD (D.), « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », *Études Ghestin*, LGDJ 2001, p. 637
- MAZEAUD (L.), « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutif de droit », *RTD Civ.* 1929. 17
- MEILLER (E.), « La distinction du formalisme et de la formalité », *D.* 2012, Chron. 160
- MEKKI (M.), « Le divorce par consentement mutuel conventionnel à la lumière du droit commun des contrats. Et si c'était vrai... », *Gaz. Pal.* 2017, n° 12, p. 16 ; « Fiche pratique : la caducité, entre l'excès et le défaut... », *Gaz. Pal.* 2017, n° 6, p. 12 ; « Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours

faire », *RDC* 2006/2, p. 273 ; « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », *RDC* 2006/3, p. 679

MOLFESSIS (N.), « De la prétendue rétractation du promettant dans une promesse unilatérale de vente – Ou pourquoi le mauvais usage d’un concept inadapté doit être banni », *D.* 2012, p. 231

MOLIERE (A.), « Et si le concubinage était un acte juridique ? », *RTD Civ.* 2018. 21

MOLINA (L.), « L’unité contractuelle de la promesse et de la vente », *D.* 2021, 1574

MOORE (B.), « De l’acte et du fait juridique ou d’un critère de distinction incertain », *Rev. Jur. Thémis* 1997, 277

MOUSSERON (J.-M.), « La gestion des risques par le contrat », *RTD Civ.* 1988. 481 ; « La durée dans la formation du contrat », *Mél. Jauffret*, LGDJ, 1974, p. 509

MUIR-WATT (H.), « Les pourparlers : de la confiance trompée à la relation de confiance », in : *Les concepts contractuels français à l’heure des principes du droit européen des contrats*, Actes de colloque, dir. P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2003, p. 53 ; « Du contrat « relationnel », Réponse a François Ost », in : *La relativité du contrat*, Trav. Assoc. H. Capitant, Journées nationales, t. IV, LGDJ, 1999, p. 169

NAJJAR (I.), « Le droit de révocation, Pour un lifting de circonstance », *JCP G* 2018, n° 23, 633 ; « La potestativité », *RTD Civ.* 2012. 601 ; « L’éventuel », *D.* 2012. 758 ; « L’accord de principe », *D.* 1991, 57 ; « Option et substitution dans la promesse unilatérale de contrat », *D.* 1988, 135

NERSON (R.), « La volonté de contracter », in : *Mél. Secrétan*, Université de Lausanne, Imp. Corbaz, Montreux, 1964, p. 209

NEUVILLE (S.), « Promesse de contrat et contrat d’option », in : *Mél. Le Tourneau*, 2007, p. 783

NICOD (M.), « La libéralité introuvable », in : *Les affres de la qualification*, dir. M. Nicod, PU Toulouse 1 Capitole, 2015, p. 185 ; « Les perspectives actuelles du testament-partage », *JCP N* 2014, n° 1186 ; « La fonction de partage de la libéralité-partage », *Deffrénois*, 2014, n° 7, p. 348 ; « De la libéralité selon le Code civil », *Mél. Chabas*, Bruylant 2011, p. 709 ; « La donation entre vifs est-elle toujours un contrat ? », *Mél. Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, 2009, p. 375 ; « Le réveil des libéralités substitutives : les libéralités graduelles et résiduelles du Code civil – À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam* 2006, n° 11, étude 45

NUYTTEN (B.), « Avant-contrat de vente d’immeubles sous condition suspensive de la purge du droit de préemption urbain », *RDC* 2015/2, p. 503 ; « La renonciation à la condition suspensive : quand c’est le mécanisme qui défaille », *RDC* 2008/3, p. 959

OST (F.), « Temps et contrat, critique du pacte faustien », in : *La relativité du contrat*, t. IV, Travaux de l’Assoc. Capitant, Journées nationales, LGDJ, 1999, p. 137 ; « Les multiples temps du droit », in : *Le droit et le futur*, Travaux et recherches de l’université de droit d’économie et de sciences sociales de paris, PUF, 1985, p. 115

PACLO (Y.), MOREAU (E.), « L’inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente », *JCP* 2011 n° 25, 736

- PAULIN (Ch.), « Promesse et préférence », *RTD Com.* 1998. 511
- PELLET (S.), « Les pactes sur succession future : prohiber ou encadrer ? », *Mél. M. Grimaldi*, Defrénois, Lextenso, 2020, p. 729
- PELLIER (J.-D.), « Les conflits de qualification entre le terme et la condition », *RRJ* 2008, 913
- PELTIER (V.), « Contribution à l'étude de la notion d'inexistence en droit privé », *RRJ* 2003-3, 937
- PERRIER (C.), « Les effets d'une clause d'agrément érigée en condition suspensive », *Bull. Joly* 1999, p. 523
- PERROT (R.), « Caducité : produit-elle un effet rétroactif ? », *RTD Civ.* 2011. 591 ; « Nature du jugement portant homologation d'un changement de régime matrimonial », *RTD Civ.* 2008. 725 ; « Du "provisoire" au "définitif" », *Mél. P. Draï*, Paris, Dalloz, 2000, p. 447 ; « L'homologation des transactions (article 1411-4 du nouveau Code de procédure civile) », *Procédures*, 1999, n° 8-9, p. 3
- PFERSMANN (O.), « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits*, n° 28, 1999, p. 99
- PICHONNAZ (P.), « Les deux conceptions du contrat en droit continental et leur concrétisation en droit français », *Mél. P. Ancel*, Larquier, LexisNexis, 2021, p. 491
- PICOD (N.), « La consécration légale de l'exception de nullité : un second souffle pour un adage séculaire ? », *D.* 2020 p. 2076.
- PIEDELIEVRE (A.), « Quelques réflexions sur la maxime « Quod nullum est, nullum producit effectum » », *Mél. Voirin*, 1966, Dalloz, p. 638
- PIMONT (S.), « Article 1117 : la révocation de l'offre – A New French Touch », *RDC* 2015/3, p. 743 ; « Entre promesses et actes unilatéraux, les théories de la formation du contrat », in : *Promesses et actes unilatéraux*, Poitiers, LGDJ, 2010, p. 83
- PLANIOL (M.), « Classification des sources des obligations », *Rev. crit. législ. et jur.* 1904, p. 224 ; « Classification synthétique des contrats », *Rev. crit. de législ. et de jur.* 1904, p. 470
- POSEZ (A.), « La théorie des nullités, Le centenaire d'une mystification », *RTD Civ.* 2011. 647
- POUMARÈDE (M.), « La place de l'acte juridique dans les projets de réforme du droit des obligations » in : *Métamorphoses de l'Acte Juridique*, dir. M. Nicod, PU Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2011, p. 11
- PUIG (P.), « Pour un droit commun spécial des contrats », *Écrits J. Foyer*, Economica, 2008
- PUTMAN (E.), « L'introuvable contrat complet », *RRJ* 2008/5 ; « Le temps et le droit », *Dr. et patrimoine*, janv. 2000, n° 78 , p. 43.
- RABEL (E.), « Origine de la règle impossibilium nulla obligatio », *Mél. Gérardin*, 1907, p. 473
- RAYNAUD (P.), « La renonciation à un droit, Sa nature et son domaine en droit civil », *RTD Civ.* 1936. 763
- RBII (J.), « L'acte unilatéral réceptice », in : *Métamorphoses de l'Acte Juridique*, dir. M. Nicod, PU Toulouse1 Capitole, LGDJ, 2011, p. 88

RÉCANATI (F.), « La pensée d’Austin et son originalité par rapport à la philosophie analytique antérieure », *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, dit. P. Amselek, PUF, 1986, p. 19

RÉGLADE (M.), « La place de la convention dans une classification des actes juridiques », *APD*, 1940, n° spéc. : Le problème du contrat, Sirey, p. 159

RÉMY (Ph.), « Réviser le Titre III du Livre troisième du Code civil ? », *RDC* 2004/4, p. 1169

RÉMY-CORLAY (P.), « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC* 2005/1, p. 13 ; « L’existence du consentement » : *Les concepts contractuels français à l’heure des principes du droit européen des contrats*, Actes de colloque, dir. P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2003, p. 29

REVEL (J.), « Le changement de régime matrimonial : quelle déjudiciarisation ? », *D.* 2006. 2591

REVEL (Th.), « Le contrat Janus ou la dualisation de la théorie du contrat », *Mél. L. Aynès*, LGDJ, Dalloz, 2019, p. 421 ; « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité (II) », *RDC* 2013/1, p. 327 ; « Objectivation ou subjectivation du contrat – Quelle valeur juridique ? », in : *La nouvelle crise du contrat*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Coll. Thèmes et commentaires, Actes, Dalloz, 2012, p. 83 ; « La prise d’effets du contrat », *RDC* 2004/1, p. 29

RIEG (A.), « La « punctuation », Contribution à l’étude de la formation du contrat », *Mél. A. Jauffret*, LGDJ, 1974, p. 593 ; « Le rôle de la volonté dans la formation de l’acte juridique d’après les doctrines allemandes du XIXème siècle », *APD*, Sirey, 1957, p. 125

RIVIERE (G.), « La dictée du testament authentique », *Mél. Champenois*, Defrénois, Lextenso, 2012, p. 701

ROBLOT (R.), « L’agrément des nouveaux actionnaires », *Mél. Bastian*, t. 1 Droit des sociétés, Librairies techniques, 1974, p. 283

ROCHFELD (J.), « Les techniques de prise en considération des motifs dans le contrat en droit français », *RDC* 2013/4, p. 1601 ; « Les modes temporels d’exécution du contrat », *RDC* 2004/1, p. 47 ; « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *Études Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 747

ROUBIER (P.), « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *APD*, Sirey, 1957, p. 1

ROUHETTE (G.), « Regards sur l’avant-projet de réforme du droit des obligations », *RDC* 2007/4, p. 1371 ; « La doctrine de l’acte juridique : sur quelques matériaux récents », *Droits*, n° 7, 1998, p. 29

ROUSSEAU (E.), « La nature contractuelle du changement de régime matrimonial », *Defrénois* 2014, n° 114, 14

ROUVIÈRE (F.), « Les contrats interdépendants, entre analyse économique et technique juridique », *RTD civ.* 2020. 735 ; « Le revers du principe "différence de nature (égale) différence de régime" », *Mél. Bergel*, Bruylant, Penser le droit, 2013, p. 415 ; « Le caractère subsidiaire du cautionnement », *RTD com.* 2011. 689 ; « L’obligation comme garantie », *RTD Civ.* 2011. 1

ROZÈS (L.), « Projets et accords de principe », *RTD Com.* 1998, 501 ; « Le projet de contrat », *Mél. Boyer*, PU Toulouse, 1996, p. 639

SACCO (R.), « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité (I) », *RDC* 2013/1, p. 315 ; « Acte juridique et Rechtsgeschäft : deux voisins qui s'ignorent », *Mél. Xavier Blanc-Jouvan*, SLC, 2005, p. 647

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Approche conceptuelle du droit de préemption », *JCP N* 2011, n° 40, 1260 ; « Le vendeur, l'acheteur et le préempteur... de quelques effets d'une préemption irrégulière », *Études Malinvaud*, Litec, 2007, p. 509 ; « Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière », *Mél. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 733

SALINIÈRE (C.), « La réversibilité des donations », *RTD Civ.* 2004. 21

SAVAUX (E.), « La dilution des catégories », *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, dir. G. Pignarre, Dalloz, 2005, p. 33

SCHMIDT-SZALAWESKI (J.), « La force obligatoire à l'épreuve des avants-contrats », *RTD Civ.* 2000. 25 ; « Le rôle de l'acte authentique dans la vente immobilière », *RDI*, 1989, 147

SEILLER (B.), « L'entrée en vigueur des actes unilatéraux », *AJDA* 2004, 1463

SÉRIAUX (A.), « Conception juridique d'une opération économique : le paiement », *RTD Civ.* 2004. 225 ; « La notion de contrat synallagmatique », *Études Ghestin*, 2001, LGDJ, p. 777 ; « L'engagement unilatéral en droit positif français actuel », in : *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, 1999, Economica, p. 7 ; « Le futur contractuel », in : *Le droit et le futur*, Travaux et recherches de l'université de droit d'économie et de sciences sociales de paris, PUF, 1985, p. 77

SEUBE (J.-B.), « L'article 1186 du projet : la caducité », *RDC* 2015/3, p. 769

SIMONNET (Ch.), « Le legs avec charge, catégorie juridique », *Études F. Gény*, t. 2, p. 128

SIRI (A.), « L'évolution des interprétations du principe de la force obligatoire du contrat de 1804 à l'heure actuelle », *RRJ*, 2008

STOFFEL-MUNCK (Ph.), « La caducité : observations en guise de synthèse », *RDC* 2023/2, p. 140

STORCK (M.), « L'exception de nullité en droit privé », *D.* 1987. chron. 67

SUPIOT (A.), « La relativité du contrat en questions », in : *La relativité du contrat*, t. IV, Journées nationales, Travaux de l'Assoc. H. Capitant, LGDJ, 1999, p. 183

SUR (S.), « Actes, normes et droits », *Droits*, n° 11-2, 1990, p. 59

TERRÉ (F.), « Volonté et qualification », *APD*, Sirey, 1957, p. 99 ; « Les seconds rôles dans l'événement juridique », *Mél. Hauser*, Dalloz, LexisNexis, 2012, p. 1047

THÉRY (P.), « Homologation judiciaire d'un cautionnement : à la croisée de la convention et de la juridiction ou le mariage de l'eau et du feu », *RTD Civ.* 2018. 209

THIBIERGE (C.), « Le droit souple », *RTD civ.* 2003. 599 ; « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.* 1997. 357

TORCK (S.), « La date de naissance des créances en droit civil », *LPA* 2004, n° 224, p. 25

VALORY (S.), « Potestativité et requalification du contrat », *Dr. et patr.* 1999, n° 72, p. 72

- VASSEUR (M.), « Essai sur la présence d'une personne à un acte juridique accompli par d'autres, Contribution à la théorie générale des actes juridiques », *RTD Civ.* 1949. 173
- VATINET (R.), « *Le mutuus dissensus* », *RTD civ.* 1987. 252
- VERNIÈRES (Ch.), « La pratique du cantonnement des libéralités », *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, dir. C. Pérès, Defrénois, 2017, p. 169
- VIDAL (J.), « Les conventions de divorce », *Mél. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 805
- VIGNAL (Th.), « La nature juridique de la condition suspensive de non exercice du droit de préemption », *Defrénois*, 1996, n° 18, p. 1041
- VINCENSINI (F.-X.), « L'exception de nullité d'une convention non autorisée », *LPA*, 1999, n° 95, 13
- VIVANT (M.), « Le fondement juridique des obligations abstraites », *D.* 1978, chron. p. 39
- VOIRIN (P.), « Évolution de la cause des libéralités postérieurement à la donation ou au testament », *Études Capitant*, Dalloz, 1939, p. 895
- VON DANWITZ (T.), « Effets juridiques des directives selon la jurisprudence récente de la Cour de justice », *RTD Eur.* 2007. 575
- WALINE (J.), « Le rôle de la volonté dans la théorie de l'acte administratif unilatéral et dans le droit civil des contrats », *Études A. Rieg*, Bruylant, 2000, p. 869
- WEIL (P.), « Une résurrection : la théorie de l'inexistence en droit administratif », *D.* 1958, 49
- WESTER-OUISSE (V.), « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », *JCP* 2001, n° 4, I, 290 ; « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : fusion des régimes à l'heure internationale », *RTD civ.* 2010. 419
- WICKER (G.), « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », *D.* 2020, p. 1906 ; « L'engagement du promettant : engagement au contrat définitif », *RDC* 2012/2, p. 649.
- WIEDERKHER (G.), « Propos à bâtons rompus sur la notion de régime matrimonial et son évolution », *Mél. D. Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 1994 p. 533
- WITTMANN (V.), « La renonciation unilatérale à la défaillance de la condition suspensive dans les promesses de vente : à la recherche d'un équilibre contractuel », *D.* 2012 p. 301
- WITZ (C.), « L'impossibilité initiale de la prestation doit-elle être sanctionnée par la nullité du contrat ? », *Mél. P. Ancel*, Larcier, LexisNexis, 2021, p. 663 ; « Georges Rouhette et l'acte juridique », *Hommage à G. Rouhette*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 49 ; « Contrat ou acte juridique ? », *in : Pour une réforme du droit des contrats*, dir. F. Terré, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 51 ; « La consécration de l'inexistence par plusieurs instruments d'uniformisation du droit », *Études Ph. Simler*, Dalloz, Lexis Nexis SA, 2006, p. 729
- ZATARA (A.-F.), « L'homologation judiciaire en droit privé », *RRJ*, 2004/1, 85
- ZENATI (F.), « Usufruits successifs », *RTD civ.* 1998. 937

V – Répertoires et encyclopédies

Rép. Cont. Admin. Dalloz :

« Inexistence », J. MOREAU, avril 2002, actual. mars 2013

Rép. Droit Civ. Dalloz :

« Acte juridique », C. BRENNER et S. LEQUETTE, janv. 2013, actual. fév. 2019 ;

« Cause », J. ROCHFELD, sept. 2012, actual. juill. 2022 ;

« Condition », Y. BUFFELAN-LANORE, J.-D. PELLIER, juill. 2020, actual. fév. 2023 ;

« Contrat : effets », G. CHANTEPIE, janv. 2018, actual. avril 2023 ;

« Contrat : formation », N. DISSAUX, avril 2017, actual. juin 2023 ;

« Contrat : généralités », M. LATINA, mai 2017, actual. avril 2023 ;

« Contrat de mariage », A. COLOMER, Ch. VERNIÈRES, mai 2016, actual. avril 2023 ;

« Contrat d'assurance », L. MAYAUX, A. PIMBERT, juill. 2021, actual. juin 2023 ;

« Donation », I. NAJJAR, Q. GUIGUET-SCHIELÉ, janv. 2008, actual. avril 2023 ;

« Donation entre époux », V. BRÉMOND, mars 2013, actual. fév. 2021 ;

« Donation par contrat de mariage », A. COLOMER, V. BRÉMOND, juin 2012 ;

« Engagement unilatéral de volonté », J.-L. AUBERT, S. GAUDEMET, janv. 2018 ;

« Erreur », J. GHESTIN, Y.-M. SÉRINET, juill. 2017, actual. avril 2023 ;

« Legs », J. HÉRAIL, Q. GUIGUET-SCHIELÉ, avril 2021, actual. avril 2023 ;

« Libéralités : conditions et charges », I. NAJJAR, V. BRÉMOND, juin 2011, actual. août 2017 ;

« Libéralités : consentement et cause », I. NAJJAR, V. BRÉMOND, juin 2011, actual. janv. 2023 ;

« Libéralités : détermination et capacité des parties », I. NAJJAR, V. BRÉMOND, juin 2011, actual. nov. 2022 ;

« Libéralités-partages », F. SAUVAGE, sept. 2009, actual. juin 2022 ;

« Libéralités graduelles et résiduelles », F. SAUVAGE, mai 2018 ;

« Nullité », Y. PICOD, juillet 2019, actual. juill. 2023 ;

« Pacte sur succession future », I. NAJJAR, avril 2020 ;

« Promesse de vente », A. DENIZOT, janv. 2023, *anciennement* : « Promesse de vente », O. BARRET, janv. 2011 actual. avr. 2018 ;

« Régimes matrimoniaux », J. REVEL, nov. 2016, actual. sept. 2020 ;

- « Renonciation », D. HOUTCIEFF, déc. 2017, actual. oct. 2021 ;
- « Responsabilité contractuelle », H. BOUCARD, juill. 2018, actual. avril 2023 ;
- « Succession : transmission », R. LE GUIDEDEC, G. CHABOT, sept. 2011, actual. juill. 2022 ;
- « Terme », Ch. HANNOUN, Y. GUENZOU, oct. 2017, actual. avril 2023 ;
- « Testament », M. NICOD, janv. 2016, actual. nov. 2022

Rép. Droit Immo. Dalloz :

- « Prémption et retraits », G. PILLET, mars 2010, actual. juin 2021

JurisClasseur Civil Code :

- Contrat, « Caducité du contrat », Art. 1186 et 1187, Fasc. Unique, J.-B. SEUBE ;
- Contrat, « Formation du contrat – Offre et acceptation », Art. 1113 à 1122, Fasc. unique, B. PETIT et S. ROUXEL ;
- Régime général des obligations, « Modalités de l'obligation », Art. 1304 à 1304-7, Fasc. 10, 20, 30, 40, J.-J. TAISNE ;
- Successions, Pactes de succession future, Art. 721 à 724-1, Fasc. 20, P. VEAUX-FOURNERIE, D. VEAUX, G. RAOUL-CORMEIL

INDEX ALPHABÉTIQUE

(les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Acceptation
de l'offre contractuelle : 663, 670, 725, 854, 881, 891
du legs : 667, 670, 720 et s., 855, 880

Acte juridique
comme source du droit : 1, 11 et s., 48
définition instrumentale : 97 et s.
et contrat : 14 et s., 64
et manifestation de volonté : 60, 322, 383, 451 et s., 481, 629
et ordre juridique : *v. ce mot*
et philosophie de l'action : 16, 37, 174, 914
et fait juridique : 12, 50, 173, 450
complexe : 238 et s., 415, 908
unilatéral : *v. ce mot*

Acte juridique unilatéral
notion : 54, 72, 178, 227
numerus clausus : *v. ce mot*
réceptice : 73, 228 et s., 728

Acte performatif : 34, 155 et s., 908

Acte prospectif : 34, 432, 433 et s., 552, 653, 714, 910

Actes d'état civil : 29

Actes de procédure : 28, 137

Actes de droit public : 27, 176

Aléa : 211 et s., 218, 395-396, 712

Amselek (P.) : 38, 150, 157, 164

Analyse économique du droit : 299, 302-303

Annulabilité de l'acte juridique : 401 et s., 417, 791, 833, 899-900

Aptitude à l'efficacité : 93, 555 et s.

Assurance : 216, 753, 881

Austin (J. L.) : *v. Th. des actes de langage*

Automaticité
notion : 267, 817, 824
et office du juge : 822, 831 et s.
et volonté : 821, 826, 826 et s.

Autonomie de la volonté : 49, 52, 56, 173

Avant-contrat : 108, 438, 497 et s., 509, 519 et s., 747

Avantage matrimonial : 546, 550, 665, 715-716, 810

C

Caducité
notion : 336 et s., 751 et s., 824, 834
et validité : 338 et s., 833-834, 895 et s.
par défaillance de la condition de perfection : 713, 750 et s.
par accomplissement de la condition extinctive : 348 et s.
effet rétroactif : 364 et s., 844 et s.
irréversibilité : 859 et s., 895

Cantonement du legs : 855

Capacité
condition de perfection : 763, 785 et s., 788 et s., 799
condition de validité : 458 et s., 461

Cause de l'engagement
définition : 113 et s.
et charge : 703
et condition : 113, 345

Cautionnement
de dettes présentes : 212 et s.
de dettes futures : 215, 524 et s., 767

Chose d'autrui : 315 et s., 688, 777

Clause de dédit : 190, 748

Clause pénale : 747

Clause MAC (*Material Adverse Change*) : 737

Conflit entre actes juridiques : 192

Condition de perfection
acte perfecteur : 670 et s., 725, 894
fait perfecteur : 673 et s.
notion : 21, 654 et s., 668
légale : 699 et s.
rétroactivité : 838 et s.
volontaire : 684 et s.

Condition extinctive : 348 et s.

Condition suspensive
notion : 346, 351, 685
et démantèlement de l'opération : 275
et report de la perfection : 600, 658, 675, 731 et s., 764
impossible : 769
motif : 344 et s., 353 et s., 685
obstacle : 684 et s.

potestative : 678 et s.
renonciation à la condition : 740, 869 et s., 888
unilatérale (au bénéficiaire exclusif d'une partie) : 740, 829, 869
Conditions générales du contrat : 390, 563, 579
Contrat
à exécution instantanée : 200, 364 et s.
à exécution successive : 221, 368
consensuel : 68, 86, 210
d'adhésion : 495
innomé : 79 et s.
nommé : 76 et s.
réel : 78, 206, 422
solennel : 207, 569 et s.
temporaire : 624
Contrat de mariage
caducité : 809
finalité(s) : 545 et s.
formation : 445-446, 477
perfection : 664, 715-716, 892
validité : 457
Contrat de vente : 24, 44, 67, 77, 86, 126, 131 et s., 140, 202
Contre-proposition : 581, 808, 854, 891
Coopérant à l'acte : 241, 255, 415

D

Date de naissance des obligations : 201, 204, 223
Décès
de l'offrant : 798
de la caution : 627, 767
du bénéficiaire de la promesse : 763
du destinataire de l'offre : 803 et s.
du légataire : 783, 795
du testateur : 540, 666, 674, 700 et s., 717
Désuétude : 750, 755, 848
Disqualification de l'acte prospectif : 562 et s.
Divorce : 247, 263, 665
Dommages et intérêts
fonction : 295 et s., 312
négatifs : 640
positifs : 298-299
Donation entre époux : 23, 367, 716, 809
Droit d'agrément : 185
Droit de préemption : 691-692
Droit de repentir : 20, 90-91, 182 et s.
Droits éventuels : 596 et s., 607, 618, 840

Droits potestatifs : 123, 671, 678
Droits subjectifs : 121 et s.
Durée
de l'offre : 634, 706 et s., 728, 800, 830
de la promesse : 622 et s., 736, 743, 767

E

Effectivité
définition : 126
et perfection : 126, 138, 271 et s., 306, 821
Effets de droit
définition positive : 120
définition négative : 126
et perfection : *v. ce mot*
Efficacité de l'acte juridique : 8 et s., 18, 33, 37, 84, 87, 89 et s., 95 et s., 120 et s., 400 et s.
Efficacité économique : 299, 303
Eisenmann (Ch.) : 48, 150, 159
Éléments essentiels
de formation : 75 et s., 578 et s.
de perfection : 337 et s., 656 et s.
Engagement
et acte juridique : 505
et consentement : 506
et droits en résultant : 597 et s., 613
et obligations : 507
perpétuel : 622 et s.
Engagement unilatéral de volonté : 56, 491, 504 et s., 574, 635
Enregistrement (procédé d') : 259 et s.
Erreur
vice du consentement : 385, 463
erreur-obstacle : 386, 464
Éventualité : 435, 651, 669 et s., 851
Exception de nullité : 419 et s.
Exécution
notion : 128
forcée en nature : 282 et s., 306, 309 et s., 499, 746
par équivalent : 296 et s., 747
Exhérédation : 531, 723, 849
Exigibilité : 128, 201, 272 et s.
Existence de l'acte juridique : *v. Formation de l'acte juridique*
Expectative : 613 et s.

F

Fait juridique : 12, 15, 49-50, 58, 101, 173, 333, 371, 384, 450 et s., 492, 651, 673, 725

Fermeté de la volonté : 556 et s.
Finalité de l'acte juridique : *v. Opération juridique*
Force obligatoire
notion : 160, 468
et perfection : 484, 526, 817, 910
et révocation : *v. ce mot*
Formalisme : 68, 82, 175, 465
Formation de l'acte juridique
notion : 42 et s., 442 et s.
conditions de formation : 46 et s.
distinction avec la validité : 268, 374 et s.
moment de formation : 70, 442
Formation successive : 249, 451, 472-473, 487

G

« Germe de droit » (critique) : 602, 617

H

Habilitation de l'acte par l'ordre juridique : *v. Institutionnalisation de l'acte juridique*
Homologation judiciaire
notion : 252 et s.
facultative : 256
obligatoire : 19, 253 et s.

I

Imperfection de l'acte juridique
notion : 24, 135, 488
exceptionnelle : 180
inhérente à la qualification : 488 et s.
régime : 553 et s., 595 et s., 621 et s., 630

Impossibilité d'exécution
initiale : 310 et s., 694
survenue en cours d'exécution : 340
et condition suspensive : *v. condition-obstacle*
Inaliénabilité : 689
Incapacité
de former un acte juridique : 387
de réaliser l'opération juridique : 788, 799
Indemnité d'immobilisation : 609
Inexistence
notion : 254, 268, 375 et s.
absence d'effets : 413 et s., 422
action en inexistence : 423 et s.

hypothèses d'inexistence : 68, 254, 383 et s., 389 et s.
imprescriptibilité : 426
preuve : 425
Instrumentum : 29 et s., 98, 254, 541
Institutionnalisation de l'acte juridique : 47 et s., 154 et s.
Intention libérale : 115, 534 et s. 559
Interdépendance contractuelle : 355
Intérêt
et acte juridique : 47 et s.
et opération juridique : *v. ce mot*
Invalidité : 268, 311, 315, 378, 384 et s., 396
Irrévocabilité « spéciale » des donations : 318, 328, 367

J

Japiot (R.) : 24, 104, 375, 401, 403
Jhering (R. Von) : 34, 76, 112, 431-432

K

Kelsen (H.) : 51, 154 et s., 173, 308, 518

L

Libéralité
notion : 539 et s.
caducité : 772 et s.
conditionnelle : 701 et s., 795
Liberté contractuelle : 53, 70, 81 et s., 251, 631
Liberté matrimoniale : 630
Liberté testamentaire : 642, 647
Licenciement : 233
Loi ALUR : 868

M

Manifestation de volonté
notion : 60, 444 et s., 451
émission : 232, 475
réception : 235, 475
régime : *v. Rétractation de la manifestation de volonté*
Mariage
perfection du mariage : 246
mariage putatif : 900
Martin de la Moutte (J.) : 24, 50, 55, 229, 713
Mesures conservatoires : 365, 607, 618, 721
Mode opératoire de l'acte juridique : 1, 23, 36-38, 93, 143, 267, 371, 433, 653, 907
Modification de l'acte : *v. Force obligatoire*
Motulsky (H.) : 1, 173

Mutuus dissensus : 263, 327, 421

N

Negotium : v. *Opération juridique*

Norme

et acte juridique : 159 et s., 517

entrée en vigueur : 169, 503, 518, 604,

714

habilitante : 51, 154 et s., 411, 413, 640

validante : 411

Nullité de l'acte juridique : 24, 372 et s., 380, 401 et s., 410

Numerus clausus des actes unilatéraux : 55, 82, 109

O

Objet du contrat : 104 et s.

Obligation

définition : 123, 161

aléatoire : 218

conditionnelle : 213, 217

de couverture : 219, 525-526, 767

de donner : 124, 132, 316

de garantir : 211 et s.

de restituer : 205

subsidaire : 214

Obligation imparfaite : v. « *Germe de droit* » (*critique*)

Office du juge : 424, 822, 831 et s.

Office du notaire : 558, 566, 592, 617, 697

Officier d'état civil : 150, 178, 240, 246 et s., 259 et s., 391, 415

Offre de contrat

avec réserves : 563 et s., 582, 704 et s.

caducité : 796 et s.

finalité : 490 et s., 494

formation : 474 et s.

nature juridique : 450 et s.

offre de contrat formel : 569 et s.

perfection : 725 et s.

ultimatum : 452

validité : 460 et s.

Opération à procédure : 244, 415, 477

Opération juridique

notion : 96 et s., 104

et intérêt : 107 et s.

et finalité de l'acte : 111 et s., 151, 488

et norme : 162

précision : 577, 584, 591, 593, 818

réalisation : v. *ce mot*

Opposabilité des droits : 129

Option

option contractuelle : 501, 601, 662, 671, 681, 710, 742, 760 et s., 873, 879, 890

option successorale : 670, 720-721, 880, 890

Ordre juridique

définition : 16, 26, 52

et acte juridique : 16, 51, 175, 848

modification de l'ordre juridique : v.

Efficacité de l'acte juridique

Ordre public : 245, 393, 693, 696

P

Pacs : 260

Pacte de préférence : 108, 520-521

Pacte sur succession future : 644 et s.

Pérennité des effets de droit : 268, 362, 401

Perfection de l'acte juridique

conditions de perfection : v. *ce mot*

définition : 8, 95 et s., 118 et s., 130

et nullité : 372 et s., 400 et s., 899 et s.

moment de perfection : 22, 32, 39, 135, 140, 198, 231, 360

polysémie : 3 et s., 93

synonymie avec la formation : 42, 44,

63 et s.

abandon de la synonymie avec la formation : 84 et s., 397

Performatif

notion : 148, 170

acte performatif : v. *ce mot*

application à l'acte juridique : 150 et s.

origine de la notion : v. *Th. des actes de langage*

Plein droit : 267-268, 320, 350, 371, 372, 402-404, 815

Plénitude : 9, 38, 93, 136, 138

Potestativité : v. *Droits potestatifs*

Préemption : v. *Droit de préemption*

« Présentation » : 198

Prestation : 123, 128, 161, 220, 295 et s., 302-303, 500, 507

Preuve de l'acte juridique : 30, 68

Principe d'implication entre la formation et la perfection : 172 et s.

Projet d'acte : 108, 254, 290, 447 et s.

Promesse

notion : 289 et s., 478 et s., 497 et s., 508, 657

caducité : 758 et s.
conditionnelle : 135, 279, 513-514,
518, 626, 732
de contrat formel : 572 et s.
finalité : 497 et s., 516 et s.
perfection : 657 et s., 730 et s.
synallagmatique : 513-514, 518
unilatérale (optionnelle) : 511-512,
517, 625, 742
validité : 486
Promesse d'hypothèque : 573, 690
Promesse *post mortem* : 645-646

Q

Qualification
d'acte juridique : 49, 51, 108
formation-qualification de l'acte : 77 et
s., 95, 106, 109, 380, 395

R

Réalisation de l'opération juridique : 118 et s.,
121 et s., 134, 139, 151, 162
Reconnaissance d'enfant : 248
Reconnaissance de dette : 203, 274, 646
Régime matrimonial : 545, 593
Rétération par acte authentique : 287 et s., 479,
770
Réputé non-écrit : 404, 660, 661, 854
Réserve de propriété (clause de) : 285
Résiliation du contrat : 234
Résolution pour inexécution : 340, 350
Responsabilité contractuelle : 298, 312, 341,
357
Rétractation de la manifestation de volonté
principe de liberté : 70, 73, 333
après la formation de l'acte : *v. Droit de
repentir*
Rétroactivité
de la caducité : 365 et s., 844
de la nullité : 372, 396, 402, 410, 894
de la perfection : 839 et s.
Révocation
et force obligatoire : 322 et s., 469
par le promettant (prohibition) : 481 et
s.
de l'acte juridique parfait : 326 et s.,
886
de l'acte juridique imparfait : 621 et s.
des donations : *v. Irrévocabilité
« spéciale » des donations*

S

SAFER : 661, 692
Saisine successorale : 718 et s., 840, 847
Sécurité juridique : 22, 228, 398, 807, 870, 876
Signature : 68, 383, 449, 473, 821
Signing/Closing : 610, 737
Smart contract : 305 et s.
Summa divisio
des actes juridiques selon le moment de
perfection : 33, 34, 907
entre les actes et les faits juridiques : 12,
50, 58, 60, 101

T

Technique juridique : 18, 102, 111, 541-542,
548, 643
Temps : 18, 434, 621 et s.
Terme suspensif : 271, 282 et s.
Testament
finalité : 531 et s., 539 et s.
formation : 447 et s., 472, 538
perfection : 666-667, 700 et s., 717 et s.
validité : 458-459
Testament conditionnel : 700
Testament-partage : 536, 723, 781, 784
Théorie des actes de langage : 37 et s., 142 et
s., 433
Transfert de propriété : 21, 124, 132 et s., 193-
194, 285, 315 et s., 603, 794

U

Unilatéralisme : *v. Acte unilatéral*

V

Validité de l'acte juridique
notion : 378-379
invalidité : *v. ce mot*
conditions de validité : 372, 379, 382 et
s.
moment d'appréciation de la validité :
70, 378 et s., 456 et s.
Ventes à l'agrément : 523
Vices du consentement : 187, 385, 463, 895
Volonté
et acte juridique : 49, 50, 59 et s.
fragilité de la volonté : 181 et s., 333
manifestée : 60, 61, 64 et s., 72, 383
réelle : 384 et s.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	I
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	III
REMARQUES SUR LE MODE DE CITATION	VII
SOMMAIRE	IX
INTRODUCTION	1
§1 - LA PERFECTION : UNE NOTION EN QUÊTE DE SENS	2
§2 - L'ACTE JURIDIQUE : UNE NOTION À MOBILISER	6
§3 - L'ACTE JURIDIQUE PARFAIT	11
A - Intérêt de l'étude	11
B - Domaine de l'étude.....	18
C - Méthode de l'étude	23
PREMIÈRE PARTIE L'ACTE PERFORMATIF : UNE PERFECTION IMMÉDIATE	27
TITRE I UNE CONCOMITANCE ENTRE FORMATION ET PERFECTION	29
CHAPITRE 1 La distinction des notions	31
Section 1 Abandon de la perfection comme marqueur de la formation	32
§1 - LA PERFECTION, MARQUEUR TRADITIONNEL DE LA FORMATION DÉFINITIVE	32
A - L'identification des conditions de formation	33
1 - L'élément objectif : l'intérêt	33
2 - L'élément subjectif : la volonté	42
B - La réunion des conditions de formation	46
1 - L'expression d'une volonté définitive.....	47
a) La formation par la rencontre des manifestations de volonté	47
b) La formation par la réception de la manifestation de volonté	52
2 - La détermination d'un intérêt suffisant	53
§2 - LE DÉCLIN DE LA SYNONYMIE ENTRE FORMATION ET PERFECTION	58
A - La perfection sortie du giron de la formation	58
B - La perfection entrée dans le giron de l'efficacité	60
Section 2 La consécration de la perfection comme marqueur de l'efficacité	64
§1 - L'OPÉRATION JURIDIQUE, FINALITÉ DE L'ACTE	64
A - L'acte juridique comme instrument technique.....	65
B - L'opération juridique comme résultat	68
1 - D'un point de vue statique	69
2 - D'un point de vue dynamique	73
a) Assimilation à la finalité de l'acte	73

b) Distinction avec la cause de l'engagement.....	74
§2 - LA RÉALISATION DE L'OPÉRATION JURIDIQUE, PERFECTION DE L'ACTE	77
A - Sens de l'expression	77
1 - Sens positif : la production des effets de droit.....	77
2 - Sens négatif : l'effectivité des effets.....	82
B - Pertinence de l'expression	84
CHAPITRE 2 La coïncidence des moments	91
Section 1 Le caractère performatif de l'acte juridique	92
§1 - LE PERFORMATIF SAISI PAR LA THÉORIE GÉNÉRALE DES ACTES JURIDIQUES.....	92
A - Exposé de la Théorie des actes de langage	92
1 - Présentation de la théorie.....	92
2 - Aspects juridiques de la théorie	95
B - Rapprochements entre performatif et normatif.....	97
1 - Sur le plan de la formation	98
2 - Sur le plan des effets	101
§2 - LE PRINCIPE D'IMPLICATION ENTRE FORMATION ET PERFECTION	108
A - La formulation du principe.....	108
1 - La formation nécessaire à la perfection	108
2 - La formation suffisante pour la perfection.....	110
B - La justification des exceptions	113
1 - Une exception relative : la fragilité de la volonté.....	113
2 - Une exception absolue : le contexte inadéquat	120
Section 2 La réalisation immédiate de la finalité.....	124
§1 - L'ACCORD DE VOLONTÉS COMME « PRÉSENTIATION ».....	124
A - La réalisation instantanée de l'opération.....	125
1 - Présentation du principe	125
2 - Mise à l'épreuve du principe	127
a) Contrats de restitution	128
b) Contrats de garantie.....	132
B - La réalisation successive de l'opération	139
§2 - LE PROCESSUS DE FORMATION COMME ACTION	141
A - Action individuelle	142
1 - Choix du système : émission ou réception ?	142
2 - Incidence sur le moment de perfection	144
a) La perfection par l'émission de volonté.....	145
b) La perfection par la réception de la volonté.....	147
B - Action coordonnée.....	148
1 - Explication de la complexité.....	148
2 - Incidence sur le moment de perfection	151
a) Opérations à procédure traditionnelles	152
b) Opérations à procédure contemporaines	155
i) Les conventions homologuées.....	155

ii) Les conventions enregistrées.....	162
TITRE II UNE EFFICACITÉ DE PLEIN DROIT	169
CHAPITRE 1 La production automatique des effets	171
Section 1 La garantie des conséquences futures	171
§1 - LA MAÎTRISE DE LA SEULE EFFECTIVITÉ.....	172
A - Fonction du terme suspensif.....	172
B - Incidence du terme suspensif	179
§2 - LES LIMITES INDUITES PAR LES EXCÈS DU NORMATIVISME	187
A - La performativité à l'épreuve de la logique pécuniaire.....	187
1 - La promotion de l'exécution par équivalent	187
2 - Le recours bienvenu aux <i>smart contracts</i>	193
B - La performativité à l'épreuve de la gestion des risques.....	196
1 - Exécution impossible des obligations	196
2 - Production impossible des effets légaux	199
Section 2 L'irréversibilité des effets passés	203
§1 - L'OPÉRATION COMME FAIT ACCOMPLI	203
A - Le débat classique : incidence de la force obligatoire sur le droit de révocation	203
B - Le débat renouvelé : incidence de la perfection sur le droit de révocation	206
1 - Effet relatif du contrat parfait	207
2 - Effet non relatif de l'acte unilatéral parfait	209
§2 - LA LIMITE PERMISE PAR LA MAÎTRISE DU CONTEXTE	212
A - Le contexte saisi par le processus de formation	213
1 - L'indétermination des éléments essentiels de l'art. 1186 du code civil	213
2 - L'identification de la notion de condition extinctive	221
B - L'incidence du contexte sur la perfection	228
CHAPITRE 2 L'examen rétrospectif de la validité	237
Section 1 Distinction entre l'inexistence et l'invalidité	238
§1 - DISTINCTION DES NOTIONS	238
§2 - DISTINCTION DES APPLICATIONS	243
A - La distinction entre la volonté manifestée et la volonté réelle.....	243
B - La distinction entre l'intérêt déterminé et l'intérêt admis.....	248
Section 2 Incidence de la distinction sur le plan de l'efficacité	257
§1 - L'INVALIDITÉ : UNE EFFICACITÉ PRÉCAIRE.....	258
§2 - L'INEXISTENCE : UNE INEFFICACITÉ RADICALE	266
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	277
DEUXIÈME PARTIE L'ACTE PROSPECTIF : UNE PERFECTION ÉVENTUELLE.....	281
TITRE I UNE DISCORDANCE ENTRE FORMATION ET PERFECTION	285
CHAPITRE 1 La démonstration de l'imperfection	287
Section 1 Des actes définitivement formés	287
§1 - LE STADE DU PROJET DÉPASSÉ.....	288

A - La volonté définitivement manifestée	288
1 - Le contrat de mariage.....	288
2 - Le testament.....	289
3 - L'offre de contrat.....	291
B - La réunion des conditions de validité effectuée	295
1 - La validité du contrat de mariage.....	296
2 - La validité du testament.....	296
3 - La validité de l'offre de contrat	298
§2 - LA FORCE OBLIGATOIRE DÉPLOYÉE.....	302
A - Une preuve de la formation de l'acte juridique	302
B - Un signe de la formation des actes prospectifs	304
1 - Force obligatoire des actes unilatéraux prospectifs	304
a) Le testament.....	304
b) L'offre de contrat.....	305
2 - Force obligatoire des contrats prospectifs	307
a) Le contrat de mariage.....	307
b) La promesse de contrat	308
Section 2 Une opération juridique non réalisée	317
§1 - LA VOLONTÉ DE DIFFÉRER L'OPÉRATION	317
A - L'offre, acte d'adhésion à l'opération contractuelle	318
1 - L'adhésion par l'offre.....	318
2 - Le contrat comme finalité	321
B - La promesse, acte d'engagement(s) à l'opération contractuelle	322
1 - Les errements de la promesse avant-contrat	323
2 - L'analyse de la promesse comme contrat imparfait.....	325
a) L'engagement par la promesse.....	326
b) L'opération promise comme finalité	335
§2 - LA NÉCESSITÉ D'ANTICIPER L'OPÉRATION.....	343
A - Le testament, acte d'anticipation successorale	344
1 - Le legs comme opération juridique	344
2 - Le testament comme acte de réalisation	348
B - Le contrat de mariage, acte de prédétermination du régime matrimonial	351
1 - Le régime matrimonial comme opération juridique	351
2 - Le contrat de mariage comme acte de réalisation	355
CHAPITRE 2 Le régime de l'imperfection	359
Section 1 L'aptitude de l'acte à réaliser l'opération juridique	360
§1 - LA FERMETÉ DE LA VOLONTÉ.....	360
A - L'intention de réaliser l'opération.....	360
1 - Une exigence liée à la nature prospective de l'acte	361
2 - Un risque de disqualification de l'acte	363
B - La possibilité de consentir par avance	367
1 - Le problème de l'offre de contrat formel.....	367

2 - Le problème de la promesse de contrat formel	369
§2 - LA PRÉCISION DE L'OPÉRATION	372
1 - Précision de l'offre.....	372
2 - Précision du testament.....	376
3 - Précision de la promesse.....	380
4 - Précision du contrat de mariage.....	381
Section 2 La situation juridique créée par l'acte	382
§1 - UNE SITUATION JURIDIQUE INTERMÉDIAIRE.....	383
A - Lorsque l'acte comporte un engagement : des droits éventuels	383
1 - Des droits futurs éventuels.....	383
2 - Des droits actuels intermédiaires	388
B - Lorsque l'acte ne comporte aucun engagement : une simple expectative	392
§2 - UNE SITUATION JURIDIQUE TEMPORAIRE	396
A - La prohibition de l'engagement perpétuel	397
B - La révocation de l'acte sans engagement	402
1 - L'offre	403
2 - Le testament.....	409
TITRE II UNE ALTERNATIVE ENTRE PERFECTION ET CADUCITÉ	417
CHAPITRE 1 Présentation de l'alternative	419
Section 1 Origine de l'alternative	419
§1 - IDENTITÉ DES CONDITIONS DE PERFECTION	420
A - Caractère essentiel de la condition de perfection	420
B - Caractère éventuel de l'événement perfecteur	427
1 - La liberté de l'acte perfecteur	427
2 - L'incertitude du fait perfecteur	429
§2 - LA MAÎTRISE DE LA CONDITION PAR L'AUTEUR	434
A - Sa définition par l'auteur : la condition volontaire	434
1 - De la condition-motif à la condition-obstacle	435
2 - L'élaboration du régime de la condition-obstacle.....	444
B - Son adaptation par l'auteur : la condition légale	446
1 - Pour la réalisation du legs	446
2 - Pour la naissance du contrat	448
3 - Pour la levée de l'option.....	452
Section 2 Branches de l'alternative	453
§1 - LA PERFECTION, STADE DE PLÉNITUDE DE L'ACTE PROSPECTIF.....	454
A - Perfection du contrat mariage	454
B - Perfection du testament	455
C - Perfection de l'offre	459
D - Perfection de la promesse	462
1 - L'accomplissement de la condition de perfection	463
a) Accomplissement de la condition suspensive	463
b) Levée de l'option	467

c) Cumul de l'option et de la condition suspensive	468
2 - La réalisation de l'opération promise	469
§2 - LA CADUCITÉ, SIGNE DE DÉSUÉTUDE DE L'ACTE PROSPECTIF.....	470
A - Une nouvelle fonction pour la caducité	471
B - Une caducité pour défaillance de la condition de perfection	475
1 - Caducité de la promesse	475
a) Promesse optionnelle	475
b) Promesse conditionnelle	477
2 - Caducité du legs	482
a) Raisons liées aux biens et droits	483
b) Raisons liées au(x) légataire(s)	487
i) Malgré lui	488
ii) Voulu par lui.....	492
c) Raisons liées au testateur	494
3 - Caducité de l'offre	495
a) Par disparition réelle ou supposée de la volonté d'offrir	495
b) Par disparition de la possibilité ou de la volonté d'accepter	498
i) Malgré lui.....	498
ii) Voulu par lui.....	501
CHAPITRE 2 <i>Dénouement de l'alternative</i>	505
Section 1 Un dénouement de plein droit	505
§1 - L'AUTOMATICITÉ.....	506
A - La perfection ou le déclenchement des effets potentiels	506
B - La caducité ou la destruction de la potentialité des effets	510
§2 - L'ABSENCE DE RÉTROACTIVITÉ.....	515
A - La perfection ou le point de départ des effets	516
B - La caducité ou l'inefficacité irrémédiable de l'acte.....	519
Section 2 Un dénouement définitif	522
§1 - LE CARACTÈRE PUR ET SIMPLE	523
§2 - L'IRRÉVERSIBILITÉ.....	525
A - L'impossible perfection de l'acte caduc	526
1 - Prohibition des renversements factuels	526
a) L'impossible accomplissement tardif de la condition	526
b) L'impossible renonciation à la condition défaillie	531
2 - Prohibition des changements d'avis.....	536
B - L'impossible caducité de l'acte parfait	538
1 - Prohibition des renversements factuels	538
a) L'impossible défaillance tardive de la condition	538
b) L'impossible renonciation à la condition accomplie.....	540
2 - Prohibition des changements d'avis.....	541
C - Les limites induites par le jeu de la nullité	543
1 - La nullité consécutive à la caducité	544

2 - La nullité consécutive à la perfection	545
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE	549
CONCLUSION GÉNÉRALE	551
BIBLIOGRAPHIE	559
INDEX ALPHABÉTIQUE	591
TABLE DES MATIÈRES	597