AIX MARSEILLE UNIVERSITÉ
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

******

INSTITUT DE DROIT DES AFFAIRES

******

LA PLACE DE L'ANTICIPATION EN DROIT DES CONTRATS

Présenté pour l'obtention
du Master II Droit économique

Préparé sous la direction de Monsieur le Professeur Hugo BARBIER
Directeur du Master II Droit économique

Présenté et soutenu publiquement par
Ninon FORCINA

Année universitaire 2020 – 2021

La Faculté de Droit et de Science politique de l'Université d'Aix-Marseille et l'Institut de Droit des affaires n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions contenues ou émises dans ce mémoire.

Ces opinions doivent être considérées propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont tout d'abord à Monsieur le Professeur Hugo Barbier, mon directeur de mémoire. Qu'il reçoive ici l'expression de ma plus profonde gratitude pour son encadrement, ses conseils et sa bienveillance.

Je tiens également à remercier Monsieur le Professeur Denis Mouralis pour son écoute, sa disponibilité et ses encouragements.

Je remercie encore Monsieur Jean Bruschi, doctorant que j'ai eu le plaisir d'avoir en tant que chargé de travaux dirigés depuis la licence, pour sa patience, sa gentillesse et son soutien.

Enfin, je remercie Madame Anne-Lise Souchay, également doctorante, pour son aide et pour le temps qu'elle m'a consacré.

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE : L'ANTICIPATION DES ÉLÉMENTS ESSENTIELS DU CONTRAT

TITRE PREMIER *: L'anticipation contractuelle des éléments ratione personae*

TITRE SECOND *: L'anticipation contractuelle des éléments ratione materiae*

SECONDE PARTIE : L'ANTICIPATION CONTRACTUELLE DES ALÉAS

TITRE PREMIER : *L'anticipation des aléas positifs, de l'anticipation d'une chance à la chance de succès d'une anticipation*

TITRE SECOND : *L'anticipation des aléas négatifs, de l'anticipation d'un risque dans l'exécution à l'anticipation d'un risque d'inexécution*

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

al.	alinéa
Art.	Article
Anc. Art.	Ancien article
BJS	Bulletin Joly Sociétés
CA	Cour d'appel
Cass., civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass., com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
ch. réun.	Chambres réunies de la Cour de cassation
CE	Conseil d'État
Coll.	Collection
comm.	commentaire
Conv.	Convention
CPC	Code de procédure civile
CPI	Code de propriété intellectuelle
CSP	Code de la santé publique
Def.	Répertoire du notariat Defrénois
dir.	direction
D.	Recueil Dalloz
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
éd.	édition
fasc.	fascicule
Gaz. Pal	Gazette du Palais
Ibid.	*Ibidem*, au même endroit
IFR	Institut fédératif de recherches
JORF	Journal officiel de la République française
JCP G. E.	Juris-Classeur périodique, édition Générale, Entreprise
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Loc. cit.	*Loco citato*, à l'endroit précité
LPA	Les Petites affiches
n°	Numéro
obs.	Observations
Op. cit.	*Opere citato*, dans l'ouvrage cité
p.	Page
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
Rapp.	Rapport
RDI	Revue de droit immobilier
Rep. Civ.	Répertoire civil Dalloz
Rev.	Revue
RFDA	Revue française de droit administratif
RJPF	Revue juridique des personnes et des familles
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
s.	Suivants
t.	Tome
Vol.	Volume
V.	Voyez

INTRODUCTION

« On voudrait connaître l'avenir, on ne le peut pas ; on voudrait dominer le futur, on ne le peut pas ; l'abîme se reconstitue sans cesse devant nous, et pourtant sans cesse nous voulons le combler, ou à tout le moins jeter un pont qui permette de l'enjamber »[1]. Le Droit ne pourrait-il pas être l'instrument nous procurant ces passerelles ? Entendu comme un ensemble de règles devant régir les relations humaines[2], le Droit fournit aux personnes divers moyens afin qu'elles organisent leurs relations dans le présent comme dans l'avenir. Justement, lorsqu'elles souhaitent organiser leurs relations futures, le Droit ne fournirait-il pas un moyen spécifique qui porterait le nom d'anticipation ?

L'idée selon laquelle l'anticipation constituerait l'instrument le plus propice à l'appréhension du futur par les parties se profile. L'anticipation n'est-elle pas l'objet même du droit successoral qui autorise un futur *de cujus* à aménager par avance le règlement de sa succession ? N'est-elle pas l'essence même de la vente de choses futures qui consiste à conclure un contrat de vente sur un objet encore futur ? Encore, ne constitue-t-elle pas le centre d'intérêt des promesses de contrat ? L'anticipation est présente dans notre Droit, c'est certain. Parfois même des mécanismes sont directement qualifiés de mécanismes anticipés. Ne connait-on pas la retraite anticipée ? Les directives anticipées ? La dissolution anticipée d'une société ? L'exception d'inexécution anticipée ? Si l'on réfléchit un instant, il apparaît que les exemples évoqués, loin d'être exhaustifs, confèrent tous aux sujets de droit des possibilités d'anticipation.

Il s'avère donc que les sujets de droit anticipent, mais sont-ils les seuls à en avoir la faculté ? Les autres acteurs de la sphère juridique anticipent-ils ? Le juge anticipe peu, son office se déroule au présent puisqu'il « tranche les litiges conformément aux règles de droit qui lui sont applicables »[3]. Pourtant de manière exceptionnelle il s'avère qu'il peut appliquer une évolution législative de manière anticipée[4] lorsque celle-ci se veut plus douce, plus tolérante que la règle précédente. Quant au législateur qui édicte la loi, n'a-t-il pas pour rôle précis d'organiser l'avenir ? Depuis l'origine, l'article 2 du Code civil prévoit justement que

---

[1] J-C. HALLOUIN, *L'anticipation. Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, th., Poitiers, 1979, p. I.
[2] *Dictionnaire de l'Académie française*, 9e éd. V. « Droit »
[3] CPC. Art. 12
[4] V. par ex. CE, 7e et 2e ch. réun., 15 nov. 2017, n°409728

« la loi ne dispose que pour l'avenir », le législateur a donc pour fonction d'édicter des règles déjà adaptées à l'évolution prévisible de la société. Alors, si la loi est essentiellement tournée vers l'avenir et participe à l'anticipation, pouvons-nous étendre cette observation au contrat ? Puisque l'article 1103 du Code civil énonce que « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits », son rapprochement avec la loi au sens général est aisé. Comme elle, le contrat suppose un devancement du temps dans la mesure où même lorsque tout se passe au présent, il produit des effets pour l'avenir. Alors, le contrat, lui aussi, anticipe.

De prime abord alors, la loi, le contrat, et plus généralement le Droit sont en passe d'anticipation. Mais plusieurs nuances méritent ici d'être apportées puisque nous imaginons aisément que tout ne peut être anticipation. Concrètement, qu'est-ce que l'anticipation ? Si nous l'avons définie jusque-là comme étant un devancement du temps, ce n'est pas suffisant pour en saisir la teneur. Empruntée du latin *anticipare* l'anticipation renvoie à l'idée de présumer l'avenir, de le devancer[5]. Pour l'école épicurienne l'anticipation désigne les idées abstraites dérivées de la sensation, et pour les stoïciens l'anticipation s'applique aux idées générales et nécessaires[6]. En épistémologie, c'est-à-dire la théorie de la connaissance, l'anticipation c'est l'action de se représenter *a priori* ce qui sera ensuite donné *a posteriori*. A la lecture de ces définitions l'anticipation pourrait presque être confondue avec d'autres notions en prise sur le futur alors qu'il n'en est rien. Commençons par étudier ce que l'anticipation n'est pas, pour en déduire ce que l'anticipation est.

Tout d'abord, nous pourrions avoir tendance à assimiler anticipation et prévision comme cela est le cas dans le langage courant. D'ailleurs certains auteurs n'hésitent pas à les relier, considérant que « dans le contexte actuel, les conduites de l'anticipation relèvent davantage de la prévention et de la précaution que de la prospective »[7]. Les deux notions renferment certes bien l'idée d'une avance du temps et se substituent presque l'une à l'autre puisque l'on prévoit pour anticiper et l'on anticipe pour prévoir. Pourtant, elles sont bien distinctes et tout n'est qu'une question de nuances. Il est certain que « le contrat représente […] la tentative 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 »[8]. Le

---

[5] *Dictionnaire de l'Académie française*, op. cit. V. « Anticipation »
[6] P. LAROUSSE*, Grand dictionnaire universel du 19e siècle*, V. « Anticipation »
[7] L. COUTELLEC, P-L. WEIL-DUBUC, *Les figures de l'anticipation ou comment prendre soin du futur*, Rev. française d'éthique appliquée, 2016/2, n° 2 p. 14
[8] M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2e éd. 1916, p. 201, cité par L. MARIGNOL, *La prévisibilité en droit des contrats*, th., Toulouse, 2017 p. 12.

contrat est donc un acte de prévision qui, issu du verbe *praevidere* signifiant littéralement « voir avant », ne semble avoir qu'une valeur déclarative et non créatrice. La prévision n'est qu'une organisation à l'avance d'une action ou de ses conséquences futures. De manière opposée, l'anticipation apparaît comme une notion bien plus radicale par rapport au futur. Lorsque l'on anticipe, on n'organise pas le futur par le biais d'une prévision actuelle, on agit aujourd'hui comme si l'on était déjà demain, comme si ce qui était futur existait déjà.

Ensuite, l'on pourrait parfois confondre l'anticipation et la prévoyance. De la même manière que nous pouvons distinguer la prévision de la prévoyance en ce que cette dernière est une vertu et semble n'être qu'une forme particulière et positive de prévision, nous pouvons également la distinguer de l'anticipation. L'acte de prévoyance vise à se prémunir contre un évènement ou un état qui pourrait l'affecter, il s'agit de mesures de précaution prises aujourd'hui qui produiront leurs effets dans l'avenir. Il ne s'agit pas réellement de devancer le temps mais plutôt de l'aménager. Encore une fois, lorsque nous sommes prévoyants, nous n'agissons pas aujourd'hui comme si le futur existait déjà.

Enfin, prenons comme dernier point de réflexion la rétroactivité et l'anticipation, qui si elles sont loin d'être source de confusion, représentent un excellent point de comparaison puisque la rétroactivité semble être l'antithèse même de l'anticipation. Si l'anticipation « consiste à faire présent ce qui est futur, la rétroactivité [consiste] à faire passé ce qui est présent »[9]. Certains auteurs tels que Monsieur Terré relèvent pourtant que l'anticipation n'est pas toujours l'opération inverse de la rétroactivité puisqu'il reste possible d'envisager à l'avance le jeu d'une rétroactivité de manière conventionnelle.[10]

Si l'anticipation n'est pas la prévision ni la prévoyance et qu'elle contraste souvent avec la rétroactivité, que pouvons-nous en déduire ? Qu'est-ce que l'anticipation, et plus particulièrement l'anticipation contractuelle ? Quel est son objet ? Il est acquis que l'anticipation a pour objet de devancer l'ordre du temps, mais dans quel but ? Monsieur Hallouin considère que « le propre de l'anticipation est de permettre la formation d'une situation juridique tout en faisant que celle-ci a un contenu incomplet parce qu'une de ses conditions normales de formation est encore future »[11]. Selon Monsieur Barbier, l'anticipation est au sens strict du terme « l'accomplissement d'un acte juridique avant que

---

[9] J-C. HALLOUIN, *L'anticipation. Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, th., *op. cit,* p. VIII
[10] F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th., Paris, LGDJ, 1956, p. 39 et s.
[11] J-C. HALLOUIN, *L'anticipation. Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, th., *op. cit,* p. 184

la situation juridique qui ouvre droit à cet acte ne soit constituée »[12]. L'intérêt principal de l'anticipation contractuelle réside donc dans le fait de former des situations juridiques par avance. L'idée d'avance ne pouvant se concevoir que par rapport à un point de référence, il apparait nécessaire de le définir.

La formation d'une situation juridique a pour point d'ancrage le moment où toutes ses conditions de formation sont réunies. Lorsque l'on transpose cela aux contrats, il s'avère que l'article 1128 du Code civil nous renseigne à ce propos en énonçant que « sont nécessaires à la validité d'un contrat : le consentement des parties, leur capacité de contracter, un contenu licite et certain ». Alors, pour que le contrat se forme et que la situation naisse, la réunion de ces trois conditions est essentielle. Or, puisque l'anticipation est la formation par avance d'une situation juridique, elle se présente comme une exception à la formation d'une telle situation. Mais n'est-il pas tout à fait contradictoire de soutenir que la formation de situations juridiques est soumise à la réunion de tous ses éléments essentiels, et qu'il y a une exception à ce principe en vertu de laquelle une situation peut se former alors précisément qu'un des éléments fait défaut ? Il faut bien admettre que si. C'est la raison pour laquelle il faut encore affiner la définition de l'anticipation appliquée au Droit.

L'anticipation ne se résume pas uniquement à la formation d'une situation juridique alors qu'une de ces conditions de formation est absente. L'anticipation affecte *de facto* le contenu de la situation. La situation anticipée est formée, une règle en découle, mais cette dernière n'est pas en mesure de produire immédiatement ses effets juridiques. Selon les hypothèses concernées, certains effets ne peuvent se produire, tant matériellement que logiquement, et ne seront déclenchés que plus tard. La production des effets sera reportée dans le temps au moment où l'évènement encore futur sera *in fine* présent.

En somme, si nous reprenons les différents éléments énoncés, nous pouvons en déduire une définition générale de l'anticipation contractuelle selon laquelle « l'anticipation permet donc la formation par avance de la situation juridique, mais celle-ci, justement parce qu'elle n'a pas été formée normalement, va s'en trouver affectée : elle aura, jusqu'au moment de l'avènement de la condition normale de formation qui pour l'instant fait encore défaut, un contenu incomplet »[13].

---

[12] H. BARBIER, *Le contrat sur une chose indisponible sous condition de sa disponibilité future… éloge de l'anticipation contractuelle*, RTD Civ. 2018 p. 379

[13] J-C. HALLOUIN, *L'anticipation. Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, th., *op. cit,* p. XVIII. À ne pas confondre avec le contrat incomplet puisqu'ici c'est le contenu de la situation qui est incomplet

Forts de ces constats, penchons-nous dès à présent sur l'opportunité d'une telle anticipation dans la pratique contractuelle. « Les contractants ont intérêt à anticiper l'imprévisibilité du futur »[14] selon Madame Lasserre-Kiewsow car par le truchement de l'anticipation, les contractants encadrent l'imprévisibilité des faits futurs pour en diminuer les conséquences et s'assurer ainsi une certaine sécurité. Lorsqu'ils anticipent, les contractants tentent de traiter par avance de faits non encore réalisés, qu'ils soient certains ou non, prévisibles ou non. Monsieur Barbier résume parfaitement cette idée lorsqu'il énonce que « le contrat est certes un instrument de *gestion des risques* non encore advenus, mais il est plus que jamais un instrument *d'anticipation des opportunités* non encore saisissables »[15].

Pour autant, peut-on tout anticiper ? Doit-on tout anticiper ? Si Monsieur Barbier fait l'éloge de l'anticipation contractuelle[16], il s'avère que tout n'est pas propice à anticipation. Certains contrats, certains actes, certaines conventions nécessitent, sous couvert de protection des contractants ou de préservation de l'ordre public, que ses conditions de formation soient présentes ou tout du moins suffisamment identifiables, faisant ainsi barrage à l'anticipation. Toutefois, admettre dans certaines circonstances qu'un bien ou une chose anticipés puissent être matière à engagement est source de diversité, de fluidité, de sécurité. Nous rejoignons ainsi Monsieur Barbier quant à l'opinion favorable que nous avons de l'anticipation.

Nous conclurons cette introduction sur l'objet de l'anticipation. Que peut-on concrètement anticiper dans un contrat ? Si nous avons déjà énoncé que l'anticipation peut porter sur un élément, essentiel ou non, du contrat, il s'avère qu'elle peut également porter sur un évènement. Les contractants sont libres, voire incités, à anticiper les aléas. Notion difficile à appréhender, l'aléa est défini par le Cornu comme étant un « élément de hasard, d'incertitude qui introduit, dans l'économique d'une opération, une chance de gain ou de perte pour les intéressés »[17]. Lorsque les parties à un contrat tentent d'anticiper un aléa, elles anticipent par voie de conséquences un risque, celui de perdre ou de gagner. L'anticipation n'aura pas toujours une issue favorable, puisqu'elle repose sur des éléments incertains lesquels ne peuvent garantir un résultat certain.

---

[14] V. LASSERRE-KIESOW, *L'aléa*, JCP G 2009, p. 182
[15] H. BARBIER, *Le contrat sur une chose indisponible sous condition de sa disponibilité future… éloge de l'anticipation contractuelle, op. cit. loc. cit.*
[16] *Ibid.*
[17] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 13e éd. 2020, V. « Aléa »

Nous tenterons tout au long de cette étude, de répondre à la question générale que pose l'admission de l'anticipation en droit des contrats. Plus précisément, nous nous demanderons quelle place tient l'anticipation contractuelle au sein du droit français et jusqu'où est-elle admise. Afin de répondre au mieux à cette problématique très large, nous nous attacherons à dessiner ses contours tout en définissant ses limites. A cette fin, nous étudierons l'anticipation contractuelle sous deux angles différents : si les sujets de droit peuvent tout d'abord employer la voie de l'anticipation afin de saisir par voie contractuelle des éléments non actuels et incertains qui ne pourraient normalement pas le permettre (première partie), ils ont également le loisir de pouvoir anticiper les évènements aléatoires positifs ou négatifs qui pourraient se réaliser dans le futur (seconde partie).

PREMIERE PARTIE
L'ANTICIPATION DES ÉLÉMENTS ESSENTIELS DU CONTRAT

Si l'article 1101 du Code civil définit le contrat comme étant un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations, il s'avère qu'il permet également « d'anticiper des opportunités non encore saisissables »[18]. En effet, selon la volonté des parties et les circonstances, le contrat peut être conclu alors que certains de ses éléments ne sont pas encore réunis. Les éléments anticipés peuvent même s'avérer être les éléments objectivement essentiels d'un contrat, à savoir le consentement, la capacité et le contenu. Pourtant, l'article 1128 du Code civil prévoit que ces trois éléments sont essentiels à la validité d'un contrat. Alors, comment conclure un contrat alors qu'un de ses éléments essentiels n'est pas présent ? Comment admettre la validité d'un tel contrat ? Nous pourrions penser de prime abord que l'anticipation fait échec à la validité du contrat, pourtant ce n'est pas le toujours le cas. Le législateur et la jurisprudence se montrent tantôt hostiles, tantôt favorables à une telle liberté anticipatoire. Il est certain que selon l'élément anticipé le contrat ne sera pas valable, mais dans la plupart des cas les contrats conclus par anticipation le seront mais ne produiront pas les mêmes effets que les contrats conclus classiquement.

L'objet d'étude de cette première partie portera sur l'opportunité d'anticipation des éléments essentiels du contrat. Si l'anticipation peut porter sur des éléments s'attachant à la personne des contractants (titre premier), elle peut également concerner les éléments matériels du contrat, et plus précisément son contenu (titre second).

[18] H. BARBIER, *Le contrat sur une chose indisponible sous condition de sa disponibilité future… éloge de l'anticipation contractuelle, op. cit. loc. cit.*

TITRE PREMIER
L'ANTICIPATION CONTRACTUELLE DES ÉLEMENTS *RATIONE PERSONAE*

Les deux premiers piliers du contrat érigés par le nouvel article1128 du Code civil sont le consentement des parties ainsi que leur capacité à contracter. On imagine difficilement qu'un contrat puisse être conclu alors qu'un des éléments précités n'est pas actuel. Il s'avère pourtant que l'anticipation peut porter tout à la fois sur le consentement des parties (Chapitre premier), que sur leur capacité à contracter (Chapitre second).

Chapitre premier : L'anticipation du consentement

Que signifie anticiper le consentement d'une partie au contrat ? L'anticipation du consentement signifie que l'on va figer le consentement d'une partie avant la conclusion du contrat et sa prise d'effet. On va, de manière anticipée, recueillir définitivement le consentement d'un contractant au contrat définitif.

Si l'anticipation de son propre consentement est possible (section I), l'anticipation du consentement d'autrui reste bien plus délicate (section II).

Section I : L'anticipation de son propre consentement

L'anticipation de son propre consentement peut être rencontrée dans divers contrats. Si le mécanisme particulier des avant-contrats est spécifiquement dédié à la cristallisation du consentement des parties (§1), des contrats définitifs peuvent également être source d'anticipation, notamment les contrats de cession d'obligations (§2).

§1. Le figement du consentement par le biais des avant-contrats

L'anticipation du consentement à la formation d'un contrat définitif est intrinsèque aux avant-contrats (A), qui sont devenus particulièrement attrayants pour les contractants depuis que la sanction de leur violation peut résider dans l'exécution forcée (B).

A. L'anticipation intrinsèque aux avant-contrats

Les avant-contrats représentent aujourd'hui les instruments d'anticipation contractuelle les plus efficaces pour les cocontractants. Tant le pacte que la promesse permettent d'anticiper la formation d'un contrat définitif. Appréhendés successivement par le Code civil aux articles 1123 et suivants, le pacte de préférence et la promesse unilatérale de contrat permettent de cristalliser contractuellement le consentement d'un cocontractant à un contrat futur et définitif.

S'agissant du pacte de préférence, il est défini dans le Code civil comme étant « le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter

avec lui pour le cas où il déciderait de contracter »[19]. Cette définition issue de l'ordonnance ayant réformé le droit des contrats[20] omet de préciser que le pacte doit nécessairement porter sur un contrat déterminé. L'élément caractéristique de ce pacte réside dans l'engagement du promettant de ne pas conclure ledit contrat avec un tiers sans en avoir au préalable proposé la conclusion au bénéficiaire[21]. Cet avant-contrat confère ainsi une position préférentielle à son bénéficiaire sur le marché pendant toute la durée du pacte ou à défaut de stipulation en ce sens, jusqu'à l'issue de l'écoulement d'un délai raisonnable après sa conclusion. *A contrario*, il fige le consentement du promettant qui sera tenu non pas de contracter, mais de proposer le bien ou service objet du pacte en priorité à son bénéficiaire, alors même qu'il n'y consentirait plus au moment où il déciderait de contracter.

S'agissant de la promesse de contrat, c'est l'article 1124 même Code qui l'appréhende et la définit comme étant « 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 »[22]. A la différence du pacte de préférence, dans une promesse de contrat le promettant donne déjà son consentement au contrat définitif, seule manque la volonté du bénéficiaire de s'engager. De plus, alors que le pacte de préférence peut être conclu sans prix, la promesse de contrat doit contenir l'intégralité des éléments objectivement et subjectivement essentiels du contrat, dont le prix. L'on pourrait ici rapprocher les conditions de validité d'une promesse de celles d'une offre de contracter, laquelle emporte formation du contrat dès qu'elle reçoit une acceptation.

Cet instrument constitutif d'un avant-contrat illustre parfaitement le figement du consentement du promettant au contrat définitif, puisque tous les éléments essentiels du contrat projeté sont déterminés *ab initio* dans la promesse, tous sauf le consentement du bénéficiaire qui pourra choisir d'opter ou non pour la formation dudit contrat. Le promettant ne pourra plus, sauf résiliation de la promesse, la révoquer, puisque cette révocation pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter sera inefficace.

Il est nécessaire de préciser qu'il est possible de modérer le figement du consentement dans ces avant-contrats en les accompagnant de conditions suspensives, qui, si elles ne se réalisent pas, permettront aux promettants de se délier du pacte et ainsi de

[19] C. Civ., Art. 1123
[20] Ordonnance n°2016-131, 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats
[21] V. pour une étude générale, B. FAGES et P. FLEURY (sous la dir.), *Lamy droit du contrat*, 2019
[22] C. Civ., Art. 1124

retrouver leur liberté de consentir. En l'absence de conditions de ce type, le figement du consentement des parties est efficace, puisqu'elles ne pourront en faire fi, et se verront contraintes de contracter selon les circonstances.

B. L'incontestable efficacité des avant-contrats

L'intérêt que présentent ces mécanismes spécifiques pour leurs bénéficiaires réside dans leur faculté de substitution dans les droits du tiers en cas de violation.

Depuis l'ordonnance du 10 février 2016 le Code civil permet de sanctionner l'irrespect de ces avant-contrats par leur exécution forcée en cas de mauvaise foi du tiers[23], laquelle étant appréciée différemment selon la nature du contrat violé. Codifiant une jurisprudence bien connue de la chambre mixte de la Cour de cassation[24], le Code prévoit aujourd'hui que l'annulation du contrat conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence est subordonnée à la démonstration de la connaissance par ce tiers de l'existence du pacte ainsi que de l'intention pour le bénéficiaire de s'en prévaloir. Plus aisément, le bénéficiaire d'une promesse ayant été violée par son auteur n'aura quant à lui qu'à démontrer que le tiers avait connaissance de l'existence de cet avant-contrat.

Sanctionnés par la sanction la plus efficace du Code civil à savoir l'exécution forcée, ces avant-contrats sont particulièrement « attrayants »[25] pour les contractants. En effet, ils permettent au créancier de l'obligation, à savoir le bénéficiaire de la promesse ou du pacte, d'obtenir pleine satisfaction par le biais de la réalisation de leur contrat lorsque ce dernier n'est pas exécuté correctement par le promettant et que le tiers est de mauvaise foi. D'ailleurs, afin d'éviter ce risque, les tiers sont incités à anticiper l'inopposabilité du contrat qu'ils pourraient conclure avec un promettant, au moyen des actions interrogatoires[26] consacrées par le nouvel article 1123 du Code civil autorisant celui qui pourrait avoir un doute, d'interroger le supposé bénéficiaire sur l'existence du pacte et sur son intention de s'en prévaloir.

---

[23] H. Barbier, *Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016*, RDT Civ. 2016 p. 247
[24] Cass., mixte, 25 mai 2006 n°03-19.376
[25] H. BARBIER, *Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016*, *op. cit.*
[26] *Ibid*.

A côté des contrats préparatifs que constituent les avant-contrats, il s'avère que le législateur a ouvert la porte à l'anticipation dans certains contrats définitifs.

§2. Le figement du consentement dans les opérations de cessions d'obligations

L'anticipation du consentement d'une partie est peu fréquente dans les contrats classiques, mais le législateur l'encourage dans les contrats de cession d'obligations, et plus particulièrement de créances. Qu'il s'agisse d'une créance classique (A) ou professionnelle (B), le consentement anticipé de sa cession semble possible, sous couvert de sa suffisante identification.

A. L'admission du consentement anticipé à une opération sur créance de droit commun

Plusieurs contrats peuvent faire l'objet d'un consentement anticipé, et ce grâce à des prévisions textuelles spécifiques en ce sens. Il s'agit de contrats translatifs de propriété, dont le consentement à ce transfert peut être donné par avance, c'est-à-dire de manière anticipée.

Le mécanisme de la cession de contrat n'était reconnu que dans des hypothèses particulières avant la réforme du droit des contrats. Depuis, est consacrée en droit commun un principe général de cessibilité du contrat, à savoir la faculté pour tout contractant de céder ses contrats à titre autonome. Comme le souligne Monsieur Aynès, « l'incessibilité devient, symétriquement, exceptionnelle »[27]. L'article 1216 du Code civil énonce à cet égard qu'« un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé », l'alinéa suivant précise que l'accord du cédé peut être recueilli de manière anticipée, c'est-à-dire que cette cession de contrat peut valablement être acceptée par avance par le contractant dont la qualité de partie sera cédée à un tiers, le cessionnaire. Autrement dit, le nouvel article 1216 du Code civil consacre le principe selon lequel peut faire l'objet d'une anticipation, le consentement d'une partie à la substitution de sa position contractuelle[28] à un tiers. Cette libération du cédant sera toutefois conditionnée à sa notification ou à sa prise d'acte par le cédé.

---

[27] L. AYNES, *La cession de contrat*, Dr. et Patr., 2016, n°260

[28] O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 462

S'agissant plus particulièrement des cessions de créance de droit commun, l'article 1321 du Code civil les définit comme étant des conventions par lesquelles un créancier transfère à un cessionnaire sa créance contre le débiteur. Or l'alinéa 2 précise que cette cession peut « porter sur une ou plusieurs créances présentes ou futures, déterminées ou déterminables ». Il apparait ainsi qu'un créancier peut consentir à ce que sa créance soit transférée à un cessionnaire alors même qu'elle serait future ou éventuelle, sous réserve qu'elle soit suffisamment identifiée ou identifiable[29]. L'article 1323 dudit Code précisant que « le transfert d'une créance future n'a lieu qu'au jour de sa naissance », permet d'illustrer un exemple d'anticipation puisque le créancier cédant peut consentir à céder sa créance future, cession qui ne pourra produire ses effets que lorsque la situation juridique le permettant sera constituée c'est-à-dire lorsque cette créance sera née[30].

S'agissant ensuite des cessions de dette, l'article 1327 du Code civil autorise le débiteur à céder sa dette sous réserve de l'accord du créancier. L'article suivant précise que le créancier peut accepter cette cession par avance[31]. L'anticipation du consentement du créancier est ainsi également rendue possible, puisque son acceptation est obtenue antérieurement à la réalisation de la cession.

De la même manière, s'agissant de la novation par changement de créancier, à savoir un contrat ayant « pour objet de substituer à une obligation qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée »[32] qui requiert le consentement du débiteur, il est admis que ce dernier puisse accepter de manière anticipée que le nouveau créancier soit désigné par le premier[33].

Enfin, concernant la subrogation, l'alinéa 3 de l'article 1346-1 du Code civil admet que la subrogation conventionnelle puisse être consentie par avance dans un acte antérieur par le subrogeant[34] par lequel il manifeste sa volonté que son cocontractant lui soit subrogé lors du paiement.

En somme, si le législateur se montre favorable à l'anticipation dans les cessions d'obligations, les juges ont à cœur de protéger un débiteur cédé et limitent ainsi les possibilités d'anticipation des cédants et cessionnaires, notamment lorsqu'il s'agit de créances professionnelles.

---

[29] Cass., Com., 20 mars 2001 n°99-14.982
[30] V. *supra* p. 31 et s.
[31] C. Civ., Art.1327-1
[32] C. Civ., Art. 1329
[33] C. Civ., Art. 1333
[34] C. Civ., Art. 1346-1

B. Le rejet du consentement anticipé à une opération sur créance professionnelle

Les cessions de créance de droit commun sont opportunes à une anticipation. Cependant cela n'est pas forcément le cas des cessions de créances professionnelles par bordereau Dailly. La cession Dailly est une forme d'opération juridique dédiée aux entreprises qui ne peut être faite qu'auprès d'établissements de crédit, et ce par le biais de bordereaux éponymes. Ce mécanisme permet aux créanciers de céder leurs créances professionnelles afin de faciliter l'obtention de crédits. Les articles L. 313-23 du Code monétaire et financier régissent cette opération s'appuyant sur une convention qui engage le créancier à transférer sa créance sur un de ses débiteurs à un établissement de crédit.

Il y a quelques années, une intéressante question touchant à la possibilité d'une acceptation anticipée de la cession de créance par le cédé s'était posée à la Cour de cassation[35]. En l'espèce, un sous-traitant avait cédé ses créances à l'égard d'un entrepreneur à une banque et le débiteur cédé avait accepté ces cessions à une date antérieure à celle de l'acte de cession. Cependant, une fois assigné en paiement, le débiteur contesta la validité de ses actes d'acceptation antérieurs et de fait, la demande de paiement des créances. Les juges ayant fait droit à sa demande, le cessionnaire forma un pourvoi. La Cour se trouva alors confrontée à la question de savoir s'il était possible qu'un débiteur cédé accepte par anticipation une cession de créance alors même qu'elle n'était pas encore formée. Elle répondit par la négative en considérant que l'acceptation anticipée d'une cession qui n'a pas encore pris effet est sans portée, mais atténua cette solution en précisant que l'acceptation anticipée d'une cession non encore effective peut être valable si celle-ci est confirmée par « un acte d'acceptation conforme aux dispositions de l'article L. 313-29 du Code monétaire et financier et signé postérieurement à la date mentionnée sur le bordereau de cession ». Autrement dit, même lorsqu'un débiteur cédé accepte spontanément une cession Dailly identifiée au profit d'un cessionnaire déterminé à une date antérieure à cette cession, ce consentement anticipé est nul et sans effet, sauf à ce qu'il ne soit confirmé par la réalisation d'un acte écrit intitulé « Acte d'acceptation de la cession d'une créance professionnelle » postérieurement à la cession.

Monsieur Barbier[36] relève à juste titre que la rigueur de cette solution s'explique certainement par le fait que l'acte d'acceptation d'une cession Dailly est un acte

[35] Cass., com., 3 nov. 2015, n°14-14.373
[36] H. BARBIER, *L'anticipation juridique et la cession de créance*, RDT Civ. 2016 p. 123

particulièrement grave pour le débiteur cédé qui, en acceptant cette cession, accepte par la même de renoncer à invoquer des exceptions personnelles ou inhérentes à la dette.

Une autre justification de la sévérité de la décision de la Cour pour les cédant et cessionnaire réside dans le fait que conformément à l'article 1163 du Code civil, l'obligation objet du contrat doit être déterminée ou déterminable. Or l'acceptation anticipée par le cédé de la cession de sa créance ne lui permet pas de connaitre l'étendue de son acceptation ; des exceptions auxquelles il renonce de manière anticipée pourraient se révéler entre ce moment et celui de l'effectivité de la cession. Accepter que le cédé puisse anticiper son consentement à la cession de créance reviendrait alors peu ou prou à accepter qu'il consente à une obligation qu'il n'est en mesure de déterminer.

En définitive, l'anticipation de son propre consentement est possible mais encadrée. Mais qu'en est-il de l'anticipation du consentement d'autrui ?

Section II : La délicate anticipation du consentement d'autrui

Nous allons nous intéresser à l'anticipation du consentement d'autrui qui, nous pourrions de prime abord le penser, pourrait être figé par contrats tripartites. Pourtant, si la promesse de porte-fort peut-être selon certains auteurs, propice à l'anticipation du consentement d'autrui (§1), il est manifestement impossible qu'une telle anticipation ait sa place dans les simples stipulations pour autrui (§2).

§1. Une part réduite d'anticipation du consentement d'autrui dans le contrat de porte-fort de ratification

L'article 1204 du Code civil prévoit que l'on peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers. La promesse de porte-fort peut être définie comme la convention « par laquelle une personne s'engage envers une autre à obtenir l'approbation d'un tiers à un acte envisagé et s'expose personnellement à une indemnité pour le cas où ce tiers, comme il est libre de le faire, refuserait de ratifier l'acte »[37]. C'est un mécanisme contractuel fort utile lorsqu'une personne passe un acte qu'elle n'a pas le pouvoir de conclure seule.

[37] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.,* V. « Porte-fort »

La doctrine distingue deux types[38] de promesses de porte-fort, à savoir le porte-fort d'exécution ainsi que le porte-fort de ratification. S'agissant de la première hypothèse, il s'agit d'un contrat par lequel le promettant s'engage envers le bénéficiaire à ce qu'un tiers exécute le contrat qui a été conclu entre ce tiers et le bénéficiaire. N'ayant trait à la garantie par avance du consentement d'autrui mais plutôt à la garantie qu'autrui s'exécute, nous ne nous intéresserons pas à cette convention. S'agissant en revanche de la seconde hypothèse à savoir le porte-fort de ratification, il s'agit d'un « engagement personnel autonome d'une personne qui promet à son cocontractant d'obtenir l'engagement d'un tiers à son égard »[39].

A la lecture de cette définition, pouvons-nous considérer que l'obligation du porte-fort d'obtenir le consentement du tiers s'analyse comme une garantie anticipée du consentement d'autrui ? La promesse de porte-fort de ratification recèle-t-elle en elle-même un mécanisme d'anticipation du consentement d'autrui ?

L'on pourrait répondre par la positive à cette intéressante question, comme l'ont fait Messieurs Boulanger[40] et Hallouin[41] considérant que la promesse de porte-fort de ratification s'entend d'un contrat formé qui n'atteindra sa pleine efficacité qu'avec la survenance du consentement du tiers à ratifier l'engagement constitutif de l'évènement futur incertain. Pour ces auteurs, l'acte donne naissance à des situations juridiques qui ne peuvent être individualisées sur la personne qui en fait l'objet en l'absence de sa ratification, et ne pourront ainsi pas produire tous leurs effets puisque le contrat sera inopposable au tiers en l'absence de ratification. La promesse de porte-fort de ratification permet ainsi de réaliser une anticipation dans la mesure où le contrat est tout de même formé par avance bien qu'une condition soit encore future.

Ce raisonnement permet-il pour autant d'en déduire que la promesse de porte-fort constitue une garantie anticipée du consentement d'autrui ? Il semble nécessaire de nuancer ce propos dans la mesure où cette promesse de porte-fort se résume en réalité à une simple obligation de faire comme le souligne Monsieur Barbier[42]. En effet, celui qui se porte fort

---

[38] Le *rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 portant réforme du droit des contrats*, JORF n°0035 du 11 fév. 2016 distingue trois types de porte-fort, en rajoutant le porte-fort de conclusion où lorsque dans un acte le promettant s'engage auprès du bénéficiaire à ce qu'un tiers conclue un autre acte juridique, mais distinction qui ne figure pas dans l'ordonnance

[39] Cass., civ. 1re, 16 avr. 2015 n°14-13.694

[40] J. BOULANGER, *La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui,* th., Caen, 1933, cité par J-C. HALLOUIN, *L'anticipation. Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, th., *op. cit.*, pp. 179 -186.

[41] *Ibid*.

[42] H. BARBIER, obs. sous Cass., 1e civ., 7 mars 2018, RTD Civ. 2018 p. 396

devient débiteur envers son cocontractant d'une obligation de faire, à savoir rapporter le consentement du tiers. Dès lors, il apparait que la promesse de porte-fort n'est pas assimilable à une garantie anticipée du consentement d'autrui, mais à une simple disposition contractuelle par laquelle celui qui se porte fort s'engage à rapporter le consentement d'autrui nécessaire à la constitution d'un rapport de droit déterminé, faute de quoi celui qui s'est porté fort s'exposerait à des dommages et intérêts[43].

Néanmoins, la place pour une part d'anticipation demeure au sein de la promesse de porte-fort dans la mesure où l'engagement personnel du porte-fort témoigne du sérieux de l'opération conclue. Si la ratification par le tiers est trop aléatoire ou quasiment impensable, il n'y a pas lieu de se porter fort. L'on peut alors admettre que l'anticipation joue lorsqu'un sujet de droit contracte pour autrui en se portant fort, mais peut-elle également jouer lorsqu'il s'agit d'une simple stipulation pour autrui sans promesse de porte-fort ?

§2. L'absence d'anticipation du consentement dans une simple stipulation pour autrui

L'article 1205 du Code civil énonce que l'on peut stipuler pour autrui. L'alinéa suivant précise que « l'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire. Ce dernier peut être une personne future mais doit être précisément désigné ou pouvoir être déterminé lors de l'exécution de la promesse ». A la lecture de cet article, nous comprenons qu'il s'agit d'une opération juridique tripartite qui crée un droit direct contre le promettant au profit d'un tiers.

L'on pourrait alors considérer que la stipulation pour autrui permette à son tour de laisser place à l'anticipation du consentement du bénéficiaire à la conclusion du contrat, avant que celle-ci n'ait lieu. Il n'en est rien ! Cela est presque regrettable dans la mesure où tant que le bénéficiaire n'a pas accepté la stipulation, le stipulant peut librement révoquer sa promesse[44]. Cependant, l'on pourrait à nouveau nuancer le propos dans la mesure où il est admis que l'acceptation du bénéficiaire peut être expresse ou tacite[45]. Dès lors, il a été jugé

[43] *Ibid*.
[44] C. Civ., Art. 1206 al. 2
[45] C. Civ., Art. 1208

qu'une acceptation par avance du bénéficiaire peut être valable lorsque celle-ci est par la suite confirmée par des actes ultérieurs traduisant cette acceptation[46].

Le parallèle entre la nécessité de ratification ultérieure de l'acceptation anticipée d'une stipulation pour autrui et celle d'une cession de créance professionnelle[47] est possible, et un raisonnement par analogie paraît le bienvenu. La nécessité d'une acceptation postérieure à la stipulation (notons qu'à la différence de l'hypothèse des cessions Dailly, cet acte d'acceptation peut être tacite), éloigne toute possibilité d'anticipation dans la mesure où tant que la stipulation n'est pas acceptée par le bénéficiaire, le contrat n'a aucune efficacité. Comment arriver faire en sorte que tout se passe comme si cette ratification avait lieu alors qu'elle n'est pas encore présente ? Cela paraît impossible, il n'y a aucun moyen permettant d'engager de force le tiers, on ne peut pas faire comme si la ratification avait eu lieu si cela n'en n'a pas été effectivement le cas.

De plus, l'absence de sanction et de risque pour le stipulant qui aurait pris cette stipulation à la légère, le fait qu'il puisse contracter sans avoir été incité à prendre en compte les chances de ratification ou encore qu'il n'encoure aucune responsabilité conduit encore un peu plus à refuser le jeu de l'anticipation.

En somme, si l'anticipation portant sur le consentement d'une partie à un contrat peut être tantôt acceptée, tantôt incitée, tantôt refusée, qu'en est-il de l'anticipation de la capacité d'un contractant ?

[46] Cass., 1e civ., 26 juin 1961
[47] V. *supra* p. 14 et s.

Chapitre second : L'anticipation de l'(in)capacité

S'agissant des personnes physiques, elles sont autorisées voire incitées à anticiper leur future incapacité (Section I). L'inverse n'est pas possible. En effet, lorsqu'un incapable est autorisé par la loi à conclure un contrat, ce dernier ne déploie pas ses effets une fois la capacité obtenue mais automatiquement alors même qu'il est encore incapable. Il n'y a alors aucune place pour l'anticipation, seule une exception est en jeu.

S'agissant des personnes morales (Section II), la place de l'anticipation de leur capacité est plus large. Elles peuvent tout à la fois anticiper leur future capacité puisqu'une personne morale en formation peut conclure des actes qui seront repris une fois sa capacité obtenue, et anticiper leur future incapacité par le biais de la dissolution anticipée. Pourtant, si l'article 1844-7 du Code civil prévoit expressément qu'une dissolution peut avoir lieu de manière « anticipée », nous n'en traiterons pas ici dans la mesure où l'anticipation est simplement liée au fait que la société sera dissoute avant qu'elle n'arrive à son terme selon ce qui avait été prévu dans les statuts. Il n'y a en réalité par réellement d'anticipation puisque la prise d'effet de la dissolution aura lieu où jour où elle est prononcée par le juge ou l'assemblée générale, et rien ne permet aux associés de se comporter comme si elle était dissoute avant cette date. L'anticipation, au sens de notre étude, n'a pas lieu dans ce cas de figure.

Section I : Des anticipations relatives à l'incapacité des personnes physiques

Le droit peut réduire la portée de l'imprévisibilité du décès ou de l'incapacité future d'une personne, et parfois l'incite même à le faire puisqu'ont été mis en place des dispositifs permettant d'anticiper cette imprévisibilité et les conséquences de la survenance d'une altération des facultés (§1) ou du décès (§2).

§1. Des anticipations relatives à l'imprévisibilité de l'incapacité

Le droit présente actuellement une faveur pour les anticipations individuelles volontaires relatives à la personne. De nos jours, plusieurs dispositifs ont pour objet de régler par avance des questions pour lesquelles le consentement personnel de l'intéressé ne pourra s'exprimer au moment venu. Si plusieurs de ces dispositifs ne sont pas des contrats mais des

actes unilatéraux (A), le mandat de protection future incarne quant à lui toutes les caractéristiques d'un contrat anticipatoire (B).

A. Le recours à des actes unilatéraux extrapatrimoniaux anticipatoires

La législation française régissant la prise en charge d'une personne vulnérable ou incapable a connu de nombreuses évolutions, conduisant à toujours un peu plus à une autonomie de la volonté d'anticipation des intéressés.

Premièrement, la loi Kouchner du 4 mars 2002[48] a intégré à l'article L. 1111-6 du Code de la Santé Publique le premier mécanisme anticipatoire des conséquences d'un éventuel état futur d'incapacité, à savoir la possibilité pour un patient de désigner à l'avance une personne de confiance. Cette faculté réservée à toute personne majeure est intrinsèquement anticipatoire. En effet, comme le souligne Monsieur Mélin, le patient est ainsi autorisé, même encouragé[49], à désigner une personne de confiance « à un moment où il n'était pas encore dans l'incapacité de s'exprimer et où il souhaitait préparer sa relation future avec le corps médical »[50]. Aucun texte ou aucune jurisprudence ne conditionne la validité de cet acte à une suffisante prévisibilité ou probabilité de l'incapacité future du patient, et l'autorise à désigner une personne de confiance qui sera consultée « au cas où [le patient] serait hors d'état d'exprimer sa volonté »[51]. Le texte permet ainsi à une personne capable de donner le pouvoir à une autre pour qu'elle prenne les décisions médicales nécessaires s'il advient par la suite que l'intéressé en devient incapable. Cet engagement n'est pas pour autant figé *ad vitam æternam* puisque la désignation de la personne de confiance susceptible de porter la parole de l'intéressé peut être révisable et révocable à tout moment.

Par la suite, la loi Léonetti du 22 avril 2005[52] a intégré à l'article L. 1111-11 du Code de la Santé Publique, la faculté pour toute personne majeure de rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Par le truchement de cette loi, la prise en considération de la volonté individuelle a été améliorée

---

[48] *Loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, 4 mars 2002 n°2002-303
[49] CSP. Art. L. 1116-6 al. 4 prévoyant que le médecin traitant peut inviter son patient à procéder à une telle désignation si cela n'est pas encore le cas.
[50] F. MELIN, *Les directives anticipées : vers l'admission du testament biologique en droit français ?*, Déf., 2004, n°22, p. 1523
[51] CSP. Art. L.1116-6
[52] *Loi relative aux droits des malades en fin de vie*, 22 avr. 2005 n°2005-370

dans la mesure où tout majeur a la possibilité d'exprimer directement sa volonté par anticipation. Il n'est plus nécessaire de passer par une personne interposée, une personne de confiance. Chaque majeur peut exprimer par avance ses volontés relatives à sa fin de vie. De la même manière que pour la désignation de la personne de confiance, il n'est pas nécessaire que les directives anticipées soient rédigées lorsque la fin de vie est proche ou raisonnablement envisageable. Les directives anticipées permettent à tout un chacun d'anticiper les conséquences d'une future incapacité en offrant l'avantage de fixer la volonté de l'intéressé qui devra la renouveler et/ou les adapter tous les trois ans, la durée de vie des directives étant limitée par cette date butoir.

B. Le mandat de protection future, un contrat anticipatoire

La principale évolution, voire révolution en matière d'anticipation de l'incapacité future des personnes physiques est issue de la loi du 5 mars 2007[53] ayant créé le mandat de protection future. Véritable outil d'anticipation de l'altération des facultés, ce mandat très spécifique permet à toute personne physique d'organiser conventionnellement sa protection en désignant un tiers de confiance chargé de la représenter dans les actes de la vie civile pour le cas où elle ne serait plus capable de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés[54]. Selon Madame Heinich, le mandat de protection future constitue « le mécanisme d'anticipation concernant l'altération des facultés de la personne le plus abouti »[55].

Ce mécanisme permettant de donner pouvoir à un tiers avant la survenance de l'incapacité, constitue lors de sa conclusion un simple mandat et prendra effet dès qu'une altération des facultés de l'intéressé sera constatée médicalement, se transformant ainsi en une mesure de protection judiciaire dès sa mise en œuvre[56].

De manière similaire à celle de la désignation d'une personne de confiance, le mandat de protection future permet à son mandant d'anticiper les conséquences d'une éventuelle incapacité en donnant par avance des instructions à son mandataire. Pour autant, ces instructions ne sont pas figées, puisque le tiers gérera seul la situation et pourra adapter son

---

[53] *Loi portant réforme de la protection juridique des majeurs*, 5 mars 2007 n°2007-308
[54] C. Civ., Art. 477 al. 1
[55] J. HEINICH, *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, th., Aix-en pce, PUAM, 2015 p. 295
[56] L. FABRE E. GRIMOND, F. VANCLEEMPUT, *Le mandat de protection future – bilan de dix ans d'application*, RJPF sept. 2017

action aux circonstances nouvelles. Les actes accomplis par le mandant pourront alors être remis en cause, c'est-à-dire qu'ils pourront être rescindés pour lésion ou réduits en cas d'excès selon l'appréciation des juges.

Bien que rien ne soit précisé dans la loi sur le moment propice à la conclusion du mandat de protection future, Madame Maria relève néanmoins « l'importance d'envisager le mandat de protection future bien avant que les premiers signes d'altération des facultés mentales ou physiques n'apparaissent »[57]. L'anticipation d'une altération imprévisible au moment de la conclusion du mandat est préférable. Chaque personne peut anticiper son incapacité, mais si elle le fait par le truchement du mandat de protection future, il est préférable qu'elle n'attende pas que la survenance de son incapacité soit fortement probable ou proche, le cas échéant les juges pourraient écarter la qualification de mandat et préférer celle de la tutelle[58].

§2. Des anticipations relatives à l'imprévisibilité du décès

L'anticipation successorale offre « la possibilité de formation d'une situation de nature successorale alors que le décès, cause d'ouverture de la succession, est encore futur »[59]. La règle générale est que le décès ouvre la situation successorale, mais des exceptions peuvent exister et l'on peut être conduit à accepter que certains éléments de la succession soient fixés de manière anticipée par le biais de certains contrats. Si cela était totalement proscrit jusqu'à peu (A), il s'avère qu'aujourd'hui de nombreuses exceptions permettent de contourner cette prohibition (B).

A. Le déclin de l'ancestrale prohibition des pactes sur succession future

Le droit des successions se montre réticent à l'anticipation. L'illustration la plus marquée de cette réticence concerne la prohibition des pactes portant sur une succession future, à savoir la prohibition de toute stipulation ayant pour objet d'attribuer un droit sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte, même lorsque la personne objet de la succession y consent.

---

[57] I. MARIA, note sous CA Versailles, 14e ch., 18 janv. 2012, Dr. fam. 2012, n°5
[58] CA Versailles, 14e ch., 18 janv. 2012
[59] J-C. HALLOUIN, *L'anticipation. Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, th., *op. cit.* p. 217

Cependant, cette prohibition générale s'est vue premièrement atténuée par la loi du 23 juin 2006[60] portant réforme des successions et libéralités, laquelle a considérablement étendu les possibilités d'user d'instruments contractuels d'anticipation qui étaient jusqu'alors prohibés[61].

Ensuite, cette prohibition générale n'est aujourd'hui même plus formulée dans le droit des obligations. Alors que l'ancien article 1130 alinéa 2 du Code civil énonçait strictement qu'« on ne peut renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession »[62], depuis le 1e octobre 2016 le nouvel article 1163 dudit Code affirme que l'obligation peut avoir pour objet une prestation future déterminée ou déterminable sans préciser si les conventions portant sur des successions futures sont quant à elles, autorisées. Il faut alors se reporter à l'article 722 du même code selon lequel « 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 ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi »[63].

Forts de ces constats, il apparaît qu'avec le temps la prohibition des pactes sur succession future a décliné, pour laisser place à de nombreuses dérogations ; la prohibition est devenue l'exception.

Comment expliquer ce recul notoire de la prohibition des pactes sur succession future ? La prohibition de ces pactes était traditionnellement justifiée par des considérations d'ordre public. L'on considérait que des conventions successorales encourageaient la mort d'autrui, que la légalisation des pactes sur succession non ouverte contrevenait aux grands principes d'égalité et de liberté successorales, que ces pactes auraient permis l'aliénation de la liberté de tester, ou encore l'on désirait par cette prohibition protéger l'héritier contre le risque d'abus ou de lésion. Il apparait cependant qu'aujourd'hui les fondements précités justifiant l'interdiction de ces pactes sont devenus désuets, ayant été mis à mal par l'évolution de l'origine du patrimoine transmis ou encore par l'évolution des structures familiales nécessitant de laisser place à l'autonomie de la volonté.

---

[60] *Loi portant réforme des successions et libéralités, 23 juin 2006 n° 2006-728*
[61] V. en ce sens N. BAILLON-WIRTZ, *Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? A propos de la loi du 23 juin 2006*, Dr. fam. 2006, n°11, ét. 44.
[62] C. Civ., anc. Art. 1130
[63] C. Civ., Art. 722

Quelle place est aujourd'hui réservée à l'anticipation au sein du droit des successions ?

B. Illustrations de la validité de l'anticipation successorale contractuelle

De nos jours, de nombreuses anticipations concernant l'imprévisibilité des décès sont valables.

S'agissant tout d'abord de l'introduction des pactes renonciatifs à l'action en réduction de la réserve par la loi du 23 juin 2006, il s'avère que place est laissée à l'anticipation contractuelle au sein du droit des successions. La réserve successorale peut depuis lors, faire l'objet d'une renonciation anticipée à l'action visant à sa réduction[64]. Par ce biais, le disposant peut préparer la transmission de son patrimoine à des personnes déterminées de manière anticipée, sans craindre que les donations effectuées de son vivant ne donnent lieu à des litiges après son décès.

Ensuite, diverses clauses permettent à un intéressé d'anticiper les conséquences de son décès futur.

La première clause sur laquelle nous allons porter intérêt est la clause de réversibilité d'usufruit permettant « au donateur de la nue-propriété d'un bien qui s'en était réservé l'usufruit ou le quasi-usufruit d'anticiper les conséquences de son prédécès par rapport à celui de son conjoint ou d'un tiers en conférant à ce tiers survivant un droit de réversibilité intégrale de l'usufruit ou du quasi-usufruit »[65]. Qualifiée par la jurisprudence d'une « donation à terme de bien présent » [66] et non d'une donation de bien à venir, la validité de cette clause a pu être admise et cela est heureux au regard de l'utilité que peut présenter cette mesure[67].

Continuons à nous intéresser aux clauses permettant d'anticiper les conséquences de son décès. La clause de tontine ou donation conditionnelle, constitue un excellent exemple permettant à deux personnes achetant un bien en commun d'en être respectivement propriétaires sous condition suspensive de leur propre survie et sous condition résolutoire de

---

[64] I. NAJJAR, *Pacte sur succession future*, Rép. Civ., 2015, n° 216

[65] M-L. HENRY, *La donation avec réserve de quasi-usufruit*, Dr. et patr. 2008, n°174, p. 54.

[66] Cass. 1e civ. 21 oct. 1997, n°95-19759

[67] V. en ce sens J. HEINICH, *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, th., *op. cit. p.* 307, la clause présente une utilité en matière immobilière ou mobilière notamment dans le cas de la gestion de portefeuille de valeurs mobilières ou de la jouissance de ses fruits qui pourront, grâce à cette clause, être transmises au tiers désigné au décès du donataire pour éviter que le prédécès imprévisible de l'usufruitier ne lèse le conjoint survivant.

leur prédécès. Cette clause permettant d'anticiper les conséquences de l'imprévisibilité de l'ordre de décès des tontiniers a pu contourner la prohibition des pactes sur succession future en se voyant attribuer la qualification de *pacte post mortem* par la Cour de cassation dès 1970[68].

Enfin, prenons comme dernier exemple le cas des clauses commerciales[69] qui permettent cette fois d'anticiper les conséquences de l'imprévisibilité d'un décès dans le but de maintenir l'exploitation d'un fonds de commerce par le conjoint survivant. Depuis 2006, en sus de pouvoir bénéficier de l'attribution préférentielle du fonds de commerce ainsi que de la clientèle civile ou des droits sociaux, le conjoint survivant a la possibilité de se faire consentir un bail portant sur les locaux où est exploitée l'entreprise.

En somme, si les personnes physiques disposent de moyens permettant d'anticiper leur future incapacité ou leur décès, quelle place est laissée à l'anticipation dans la capacité des personnes morales ?

Section II : Des anticipations relatives à la capacité des personnes morales

Il est connu de tous que la capacité d'une personne morale lui est conférée lors de son immatriculation. Pourtant, pendant la période de formation de la société, de nombreux actes sont nécessaires à l'exercice de sa future activité. Dès lors, ces actes peuvent être passés alors que cette société n'est pas encore capable (§1), mais certains sont proscrits, tel que les demandes d'agréments (§2).

§1. L'anticipation de la capacité d'une personne morale en formation

Les associés d'une société en formation peuvent conclure des actes en son nom alors qu'elle est encore incapable (A), ces actes sont pourtant valables comme en témoigne la possibilité de les reprendre pour le compte de la société une fois celle-ci immatriculée (B).

[68] Cass., mixte., 27 nov. 1970 n°68-10452
[69] J. SOUHAMI, *Clause commerciale*, *in* J. MESTRE et J-C. RODA, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso, Les intégrales, 2011, n°286, p. 179

A. L'accomplissement d'actes pour le compte d'une société dépourvue de personnalité morale

L'article 1842 du Code civil prévoit que les sociétés jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation. Or c'est la personnalité morale qui leur permet d'agir en justice, de passer des contrats ou encore d'avoir un patrimoine distinct. Conférer à une société une personnalité morale la rend ainsi capable d'exercer son activité. Cependant, durant le laps de temps compris entre la signature des statuts par les futurs associés et l'immatriculation effective de cette future société, la structure sociale en formation rencontre la nécessité de conclure des actes nécessaires à sa constitution.

Face à ce constat, la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales a instauré la notion de société en formation, notion ayant permis de qualifier l'état de la future personne morale avant son immatriculation. Le régime applicable à cette notion est difficile à établir car il nécessite que soient protégés les intérêts des futurs associés, ceux des tiers amenés à contracter avec eux ou encore celui de l'intérêt de la future société.

Mais alors comment permettre à une société en formation de passer les actes nécessaires à sa constitution alors que cette dernière est incapable ? L'article 1843 du Code civil permet de répondre à cette question en énonçant que « les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis ». L'article L210-6 du Code de commerce précise à son tour que « les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenus solidairement et indéfiniment responsables des actes ainsi accomplis, à moins que la société, après avoir été régulièrement constituée et immatriculée, ne reprenne les engagements souscrits ». En somme, lorsqu'une société est en formation, ce sont les futurs associés qui vont agir au nom et pour le compte de cette société, car s'il arrivait que la société contracte elle-même, l'acte passé serait annulé pour défaut de capacité et ne pourrait par la suite être confirmé lorsqu'immatriculation serait faite.

A la lecture de ces observations, nous nous demandons où l'anticipation pourrait-elle bien se loger dans ce mécanisme d'accomplissement d'actes au nom d'autrui. La réponse se situe en aval, dans la reprise possible par cette société des actes qui ont été conclus alors même qu'elle en était incapable.

B. La reprise des actes par la société immatriculée

La société régulièrement immatriculée peut reprendre des actes conclus dans son intérêt avant sa formation. Les articles 1843 du Code civil et L. 210-6 du Code de commerce prévoient en effet qu'après immatriculation de la société les actes accomplis par les fondateurs au nom de cette société seront repris et ces derniers seront alors réputés avoir été souscrits dès l'origine par ladite société.

Pour que cette reprise des engagements juridiques soit effective et valable, les actes doivent avoir été expressément souscrits par des personnes ayant agi au nom de ladite société, et doivent être juridiques c'est-à-dire qu'ils doivent impliquer des liens de droit. Si les conditions de reprise tenant aux personnes ayant contracté ainsi que celles tenant à la nature des engagement souscrits sont respectés, alors lesdits actes sont susceptibles d'être repris par la société immatriculée.

La reprise par la société fraichement constituée des engagements souscrits au cours de sa période de formation peut s'effectuer selon trois procédures. La société nouvellement immatriculée peut reprendre automatiquement des actes accomplis en vertu d'un mandat donné par les futurs associés à l'un d'entre eux pour agir pour le compte de la société à la condition que les actes visés par le mandat respectent des modalités fixées par décret. Ensuite, la reprise des actes peut résulter de la signature des statuts dès lors qu'un état de ces actes est annexé aux statuts. Enfin, postérieurement à l'immatriculation de la société, la reprise des actes peut résulter d'une décision expresse des associés prise à la majorité.

Mentionnons qu'à ce propos, une décision récente de la chambre commerciale de la Cour de cassation a énoncé qu'un contrat conclu par une société en formation ne pouvait être repris par la société immatriculée que s'il mentionne que les fondateurs ont agi pour le compte de la société[70].

En somme, le mécanisme de reprise des actes des sociétés en formation témoigne de la possibilité offerte aux personnes morales encore incapables de contracter dans la mesure où l'avènement de leur capacité est prévisible. Les sociétés encore immatriculées anticipent leur propre existence juridique, et partant, leur capacité à contracter[71].

---

[70] Cass., com., 10 juin 2020 n°18-16.441

[71] V. en ce sens H. BARBIER, obs. sous CE, 7e et 2e ch. réun. 15 nov. 2017, *op. cit. loc. cit*.

Néanmoins, l'anticipation de la capacité des personnes morales reste cantonnée à l'accomplissement d'actes juridiques, puisqu'il semble que la société en formation ne puisse pas faire l'objet d'un agrément.

§2. L'anticipation impossible de la capacité d'une personne morale candidate à une demande d'agrément

Une société en formation peut-elle être agréée alors qu'elle n'existe pas encore juridiquement ? La réponse est négative (A) et justifiée par son insuffisante identification (B).

A. L'impossible agrément d'une société en formation

Comme nous venons de l'étudier, les fondateurs d'une société en formation sont autorisés à passer des actes en son nom, lesquels seront repris à la suite de l'immatriculation de celle-ci. Pouvons-nous pour autant en déduire qu'une société en formation puisse être agréée de manière anticipée lorsqu'elle se porte candidate à l'acquisition de titres sociaux ?

Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en date du 22 septembre 2015[72] nous permet de répondre par la négative à cette intéressante question. En l'espèce, l'actionnaire d'une société anonyme souhaitait céder ses actions à un nouvel actionnaire, lequel devait être au préalable soumis à une procédure d'agrément du directoire de la société. Ce qui rendait cette affaire si particulière, était le fait qu'il s'avérait en réalité que le candidat à l'acquisition n'était autre qu'une société en formation dépourvue de ce fait, de personnalité morale. En d'autres termes, le cessionnaire était encore inexistant juridiquement au moment de la demande d'agrément.

Se fondant sur l'article L. 228-24 du Code de commerce énumérant les mentions nécessaires à l'identification du candidat, la société objet de la cession argua du fait que l'absence de personnalité juridique d'une société en formation est de nature à rendre impossible son identification précise, de sorte qu'il n'était pas possible que cette dernière soit agréée.

[72] Paris, 22 sept. 2015, ch. 5-8, n°14/16486, B. c/ SA Octo finances

Cette solution nous parait bienvenue, car certes la reprise d'actes par une société immatriculée est autorisée, mais en l'espèce ce moyen est inopérant dans la mesure où « la validité de la demande d'agrément doit s'apprécier à sa date de présentation » et non au moment où la société sera immatriculée au registre du commerce et des sociétés.

B. Une impossibilité justifiée par l'absence d'identification de l'opération et du candidat

Monsieur Barbier relève que la justification de cette solution donnée par les juges réside sans doute dans la nécessité d'une suffisante identification de l'opération projetée et de la personne cessionnaire[73] pour que celle-ci soit valable.

Une cession de titres entraine le transfert de propriété de ceux-ci. Même si les cessions d'actions demeurent libres, il n'en reste pas moins qu'elles constituent un acte important pour la société et les associés restants dans la mesure où l'associé entrant acquiert un droit de participer aux décisions collectives. De plus, dans l'affaire qui fait l'objet de cette réflexion, les statuts de la société soumettaient cette cession à une clause d'agrément, laquelle permet aux associés restants de consentir ou non à l'entrée du candidat cessionnaire au sein de la société. La présence de cette clause démontre que les fondateurs de la société désiraient garder le contrôle sur les personnes entrant dans cette dernière. A cette fin, encore fallait-il pouvoir identifier suffisamment le candidat à l'acquisition des titres, or les juges considérèrent que cela était rendu impossible du fait de l'absence d'existence juridique de la société encore en formation. S'il a été fait valoir que la circonstance que la société n'était pas immatriculée aurait été indifférente dans la mesure où les informations nécessaires (nom, prénom, adresse du cessionnaire) figuraient dans la demande, cet argument n'a pas été retenu par les juges ayant considéré que la société candidate était dépourvue de personnalité juridique, et partant, que les indications fournies étaient impropres à l'identifier.

En somme, l'anticipation de la capacité d'une personne morale demeure tout à fait possible pour la conclusion de certains actes, mais cette possibilité reste cantonnée à des actes ne nécessitant pas qu'une identification particulière de la personne morale soit prévue par les textes. Or, l'agrément du débiteur cédé impose justement que le cessionnaire soit suffisamment identifié, et partant, nécessairement existant juridiquement.

[73] H. BARBIER, *L'anticipation juridique et la cession de créance*, *op cit. loc. cit*

TITRE SECOND

L'ANTICIPATION CONTRACTUELLE DES ÉLÉMENTS *RATIONE MATERIAE*

Outre le consentement et la capacité, le troisième pilier du contrat concerne son contenu, qui doit être licite et certain. C'est ce dernier élément essentiel qui est le plus souvent objet à anticipation. Cette possibilité d'anticipation est louable dans la mesure où elle permet de diversifier les objets des contrats, lesquels peuvent ainsi porter sur des choses encore inexistantes (Chapitre premier), inaliénables ou indisponibles (Chapitre second).

Chapitre premier : L'anticipation de l'existence même de l'objet du contrat

Qu'il s'agisse de contrats portant sur des choses futures (section I), de contrats portant sur des contrats futurs (section II) ou encore de contrats portant sur des droits futurs (section III), l'anticipation porte sur l'objet même du contrat. Dans ces types de contrats, leur objet n'est pas encore pourvu des qualités essentielles permettant normalement de le rendre matière à engagement. Pourtant, ces contrats sont fréquents dans la vie des affaires.

Section I : Les contrats translatifs de propriété portant sur des choses futures

Les contrats sur des choses futures sont possibles, comme le prévoit le nouvel article 1163 du Code civil en énonçant que l'obligation peut avoir pour objet une prestation future. Nous allons tout particulièrement nous intéresser aux contrats translatifs de propriété, les plus fréquents en pratique, qu'ils soient des contrats de vente (§1) ou de cession (§2) de choses futures.

§1. Les contrats de vente de choses futures

L'anticipation peut porter sur la formation d'un contrat translatif de propriété où la condition de formation faisant défaut est celle dont l'existence est requise pour que le transfert puisse avoir lieu. Dans ce cas, le contrat produira un effet obligatoire mais non un effet translatif dans la mesure où le transfert de la chose ne pourra avoir lieu. L'exemple le plus typique de contrat translatif de propriété étant le contrat de vente, c'est celui-ci qui retiendra notre attention en premier. La vente de choses futures est largement utilisée en pratique puisque les ventes d'immeubles à construire, les ventes de meubles à fabriquer ou encore les ventes de produits naturels à venir sont courantes dans la vie des affaires.

S'agissant de la vente d'immeuble à construire, à savoir une vente par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un certain délai[74], il s'avère qu'elle est un exemple parlant d'un contrat anticipé, contrat formé avant même que la chose objet de ce dernier ne soit réalisée. En effet à la lecture de cette définition légale, il apparaît que l'immeuble ne doit pas avoir été déjà construit et doit être futur, mais surtout que le vendeur

[74] C. civ., Art. 1601-1

s'engage dès la conclusion du contrat à édifier l'immeuble dans un délai imparti. Dès lors, si l'immeuble n'arrive pas à existence, s'il n'est finalement pas réalisé, cela signifie que le vendeur a défailli à son obligation et a inexécuté le contrat. Ce dernier n'en sera pas pour autant anéanti ou ne sera pas réputé ne jamais avoir existé, au contraire ! L'acquéreur de l'immeuble à construire pourra demander l'exécution forcée du contrat à son vendeur, et partant la réalisation de la chose. L'effet obligatoire de la vente est donc produit alors que la chose est future, le contrat de vente existe donc pleinement avant la réalisation de l'immeuble. Seul l'effet translatif de propriété est retardé, mais rien n'est édicté dans le code à ce sujet. Il est clair que le transfert de propriété ne peut intervenir lors de la conclusion du contrat car cela est matériellement impossible, il sera donc reporté dans le temps. Le moment du transfert sera ainsi décalé soit au moment de la constatation de l'achèvement de la construction par le biais d'un acte authentique, et l'on parlera alors d'une vente conclue à terme, soit au fur et à mesure de l'exécution des constructions et l'on parlera dans ce cas d'une vente en l'état futur d'achèvement.

S'agissant de la vente de meubles à fabriquer rencontrée dans de nombreuses ventes commerciales, il s'agit également d'une vente de chose future dans la mesure où la chose n'est pas encore fabriquée. De la même manière, lorsqu'un industriel vend ses productions futures, il s'engage dès la formation du contrat à réaliser la chose pour la livrer. L'obligation de délivrer une chose conforme préexiste donc à l'existence-même de cette chose. Le contrat sur une vente de meuble à fabriquer produit donc des effets bien que la chose objet du contrat soit encore future. L'obligation de délivrance nait dès la conclusion du contrat, mais le moment du transfert de propriété pose quelques difficultés. Il est certain que le transfert de propriété ne peut avoir lieu en même temps puisque la chose n'existe pas encore. Mais à la différence de la vente d'immeubles à construire, la nature des choses objet de la vente va influer sur le moment du transfert de propriété. En effet, à défaut de stipulations contractuelles réglant la question du transfert de propriété[75], il est nécessaire de distinguer les corps certains des choses de genre[76]. Concernant les ventes de corps certains, le transfert de propriété intervient généralement lors de l'achèvement de la chose, c'est-à-dire lors de l'avènement de son existence. Concernant les ventes de choses de genre, il ne suffit pas que

[75] Cass., civ., 20 mars 1872 concernant l'hypothèse d'une vente de navire à construire dont le contrat stipulait expressément que la propriété de la chose était transmise à l'acquéreur au fur et à mesure de la fabrication de cette dernière.
[76] V. en ce sens, O. BARRET, P. BRUN, Rép. Civ., *Vente : effets, moment du transfert de la propriété et des risques*, 2020

la chose soit fabriquée pour que le transfert ait lieu, il faut également que la chose soit individualisée[77].

S'agissant de la vente de produits naturels à récolter, à la différence de la vente d'immeuble à construire ou de meuble à fabriquer, la chose porte bien sur une chose future mais elle doit apparaitre naturellement, c'est-à-dire que l'obligation du vendeur est étrangère à sa volonté. A nouveau, l'on retrouve l'impossibilité matérielle de transférer la propriété de la chose au moment de la conclusion du contrat, toutefois les parties peuvent en convenir ainsi. A défaut de telles stipulations le vendeur restera propriétaire des produits non encore produits jusqu'à l'apparition de ces derniers.

Si l''anticipation tient une place non négligeable dans les contrats de vente, elle peut également être à l'origine d'autres types de contrats translatifs de propriété.

§2. Les contrats de cession de choses futures

S'agissant de la cession de créance future, elle est autorisée par le Code civil à l'alinéa 2 de l'article 1321. Comme nous l'avons étudié dans le chapitre précédant[78], le mécanisme de cession de créance future est propice à une anticipation du consentement des intéressés qui peut être recueilli par avance, mais ce n'est pas le seul élément qui peut être anticipé dans la mesure où l'objet même de ce contrat, à savoir une créance à naître, peut l'être.

A la différence de la vente d'une chose future, la cession de créance future est moins facilement admise puisqu'il est nécessaire que la créance soit déterminée ou déterminable lors de la conclusion du contrat, même si celle-ci est future. A ce propos la jurisprudence retient que « des créances futures ou éventuelles peuvent faire l'objet d'un contrat, sous la réserve de leur suffisante identification »[79]. D'ailleurs un « germe de créance »[80] est parfois requis, cela signifie que plus le caractère futur de la créance est important, moins son montant est déterminable, rendant l'acceptation de la cession non valable puisqu'on ne peut la qualifier de germe de créance. Fort de ce constat, l'on comprend que c'est plutôt le caractère liquide et exigible de la créance qui est anticipé et non tant

[77] Par ex. un client ayant commandé une voiture de série n'accèdera à sa propriété que lorsque la voiture fabriquée sera par la suite individualisée
[78] V. *infra* p. 12
[79] Cass., civ., 20 mars 2001 n°99-14.982
[80] D. JOST, J-M. PEREZ, *La saisie d'une créance en germe*, Def., 15 juin 2003 n°11 p. 746

l'existence même de cette créance. Toutefois, Monsieur Hallouin relève que la jurisprudence n'étant pas homogène « elle n'exige pas toujours l'existence d'un germe de créance, il y a une petite place pour de véritables cessions de créances anticipées »[81]. En réalité, au vu de la pratique des affaires et du nombre important du nombre de cessions de créances futures, les restrictions posées par la jurisprudence sont peu respectées en pratique. Ces considérations particulières étant faites, l'on constate que d'une manière similaire à la vente d'une chose future, le transfert de propriété d'une créance future ne se réalise pas au jour de l'acte mais il est reporté « au jour de sa naissance »[82].

S'agissant de la cession d'œuvres littéraires ou artistiques futures, précisons d'emblée que la cession globale des œuvres futures est nulle[83], mais en pratique cette interdiction est tempérée par les recours aux pactes de préférence autorisés lorsqu'ils portent sur la cession de cinq ouvrages d'un genre déterminé maximum. Toujours est-il que lorsque la cession des œuvres et des droits sur ces dernière n'est pas considérée comme globale, elle est autorisée. C'est notamment le cas dans le cadre de contrats de mécénat ou de commande. Ces contrats ayant pour objet la cession d'œuvres futures sont intéressants à la fois pour l'auteur qui s'assure une certaine rémunération et pour l'acheteur qui aura réalisé une opération fructueuse si les œuvres se révèlent être de qualité.

Il faut cependant relever que tous les actes portant sur des œuvres futures ne réalisent pas une anticipation. Par exemple, s'agissant du contrat de commande précédemment cité, il constitue une variété de contrat de louage de services c'est-à-dire un contrat dans lequel l'existence de l'œuvre n'est pas une condition de formation. S'agissant en revanche des véritables cessions d'œuvres futures, elles sont par essence des cessions anticipées. A la différence cependant de la sanction de l'inexécution d'une chose à fabriquer ou d'un immeuble à construire, il sera impossible pour l'acheteur de demander à son cocontractant une exécution forcée des œuvres futures pourtant prévues, dans la mesure où l'exécution forcée en nature est exclue lorsqu'elle est impossible[84]. En l'espèce, l'impossibilité de demander l'exécution sera de nature morale, puisque l'on ne saurait contraindre l'auteur ou l'artiste à exécuter son obligation de faire, cela serait trop attentatoire à ses libertés individuelles en raison du caractère personnel de l'obligation.

---

[81] J. C. HALLOUIN, *L'anticipation. Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, th., *op. cit,* p. 146
[82] C. Civ., Art. 1323 al. 2
[83] CPI. Art. L. 131-1
[84] C. Civ. Art. 1221

A côté des contrats ayant pour objet des choses futures, peuvent être sujets à anticipation les contrats portant sur des contrats futurs.

Section II : Les contrats sur des contrats futurs

Des contrats classiquement conclus peuvent en anticiper d'autres. Cette anticipation portant sur des contrats futurs est surveillée par les juges qui y sont plutôt réticents (§1), sauf lorsqu'ils ont pour objet la garantie donnée par un dirigeant de société aux cautionnements futurs de cette dernière (§2).

§1. Une réticence aux cautionnements de baux commerciaux futurs

Il est important de distinguer l'hypothèse valable d'un contrat de cautionnement portant sur des dettes futures avec celle du cautionnement d'un contrat futur. Ce second cas de figure est fréquent dans la vie des affaires, où il est parfois requis qu'un cautionnement portant sur un bail commercial soit donné avant la signature dudit bail afin d'offrir une garantie au bailleur en cas de défaillance du futur locataire. Cependant, les juges semblent réticents à l'admission d'une telle anticipation et surveillent de près ces pratiques. D'ailleurs, nombre d'arrêts témoignent de cette méfiance.

A titre d'exemple, dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 8 mars 1988[85] les juges ont considéré que le cautionnement n'était pas valable dans la mesure où il avait été donné avant la signature du bail, antériorité engendrant une indétermination de l'obligation[86]. Cette solution a également été retenue par la Cour de cassation à propos d'associés d'une société civile immobilière qui avaient consenti une garantie et s'étaient portés caution solidaire pour le paiement du loyer et l'exécution du bail commercial. Les juges considérèrent à nouveau que l'engagement souscrit par les associés était si indéterminé qu'il rendait l'acte inopérant, et ce faisant, que rien ne permettait de vérifier que « les signataires aient eu une connaissance suffisante et certaine de la nature et de l'étendue des obligations dont ils s'étaient rendus caution » [87].

La réticence des juges à admettre la possibilité d'anticiper des cautionnements sur des contrats à venir, et donc d'anticiper des contrats futurs, réside sans doute dans la

[85] CA. Paris, 8 mars 1988, D. 1988. IR 105
[86] Droit et pratiques des baux commerciaux, chap. 312 *Garanties conventionnelles*, 2021/2022
[87] Cass., 1e civ. 15 juil. 1981 n°79-16.708

nécessité que l'étendue du cautionnement soit déterminée, comme l'a souligné Monsieur Barbier[88].

Toutefois, des tempéraments pour le cas des dirigeants cautionnant les crédits futurs de leurs sociétés sont acceptés.

§2. Une tolérance aux cautionnements par le dirigeant des crédits futurs de sa société

Les juges ont pu se montrer favorables à l'admission du cautionnement consenti par un dirigeant personne physique garantissant les crédits futurs de sa société envers un professionnel tel qu'une banque.

A titre d'illustration, la Cour de cassation a admis la validité de cette garantie dans une affaire ancienne[89] à propos d'une personne physique s'étant portée caution solidaire d'une société envers une banque. Près de dix ans après la signature de l'acte, alors que la banque avait consenti trois crédits à la société, cette dernière se voit mise en redressement judiciaire et la banque assignait la caution en paiement. Le fond du problème résidait dans le fait que l'acte de cautionnement avait une portée très générale, étant stipulé que ce dernier s'appliquait « au remboursement de toutes sommes… à raison de tous engagements, toutes obligations, toutes opérations ». Cette globalité gêna les juges du fond qui considérèrent qu'en l'absence de stipulations expresses mentionnant que la caution s'engageait envers les dettes de la société résultant de crédits futurs, le cautionnement n'était pas valable car rien n'indiquait que la caution avait connaissance de la teneur des engagements souscrits lors de la signature de l'acte. Cet argument ne fut pas retenu par la Cour de cassation, qui considéra qu'en vertu de la signature de l'acte par la caution, cette dernière avait alors nécessairement connaissance de sa teneur, l'acte était alors valable même s'il avait été signé des années plus tôt.

Cette décision fut rendue bien avant que la loi Dutreuil[90] n'érige la mention manuscrite comme condition de validité du cautionnement[91] ce qui aurait sans doute permis d'éviter tout litige, dans la mesure où cette mention est censée témoigner de la prise de conscience effective de la portée de l'engagement d'une personne physique lorsqu'elle se

---

[88] H. BARBIER, *L'anticipation juridique et la cession de créance*, *op cit. loc. cit*
[89] Cass., com., 26 mai 1999, n°96-17.082
[90] *Loi pour l'initiative économique*, 1e aout 2003, n°2003-721
[91] C. Conso. Art. L. 341-2, L. 341-3

porte caution[92] envers un créancier professionnel. En l'espèce, les juges du fond avaient considéré que le cautionnement ne pouvait être valide dans la mesure où rien n'indiquait que la caution n'avait conscience de l'étendue de son engagement. Cette solution est celle qui est souvent retenue pour écarter la validité des cautionnements de contrats futurs[93]. Pourtant, les juges n'ont pas été sensibles à cet argument, considérant que de par sa position et la signature de l'acte, la caution avait conscience de la teneur et des conséquences de son engagement. En somme, les juges semblent plus enclins à valider les cautionnements des dirigeants pour les crédits futurs de leur société, mais se réservent le droit d'apprécier si l'étendue de cet engagement était suffisamment déterminée pour la caution.

Section III : Les contrats sur des droits futurs

Par le biais des contrats, ou plutôt des actes unilatéraux, les sujets de droit sont autorisés à anticiper leur renonciation au bénéfice de certains droits (§1) mais plus encore, à se rendre titulaires de droits non encore nés ou actuels (§2).

§1. La place réduite de la renonciation anticipée à un droit

Remarquons en premier lieu que les droits extrapatrimoniaux attachés à la personne tels que la capacité ou l'état ne sont jamais susceptibles de renonciation, et partant encore moins de renonciation anticipée. Devons-nous pour autant en déduire que la renonciation anticipée ou non, à un droit patrimonial est autorisée ? La réponse n'est pas totalement positive. En effet, dès lors que le droit auquel on souhaite renoncer est protégé par un ordre public de direction ou de protection, il est impossible d'y renoncer de manière anticipée. En somme, il semble que l'anticipation n'est alors permise que si elle porte sur un droit patrimonial d'intérêt privé.

La prohibition du refus anticipé à un droit d'ordre public s'illustre dans de nombreux exemples tels que l'impossibilité de renoncer par avance à une succession non ouverte sauf dans les cas prévus par la loi[94], l'inefficacité de renoncer par avance à la faculté de demander

[92] P. SIMLER, *Cautionnement, conditions de validité, conditions propres au cautionnement,* J-Cl. Civ., fasc. 25, 2019
[93] V. *infra* p. 35
[94] C. Civ., Art. anc. 1130

une rescision d'une vente pour lésion[95], ou encore l'impossibilité de renoncer à une prescription non acquise[96].

Pour autant, l'auteur J-C. Hallouin relève que l'impossibilité de renoncer de manière anticipée au bénéfice d'un droit est souvent justifiée par la présence d'un droit d'ordre public alors que parfois cela ne semble pas être le cas. Il se demande notamment si l'on peut réellement considérer qu'un droit successoral constitue un droit d'ordre public[97]. Si l'on accepte aujourd'hui que l'ordre public successoral est présent et effectif dans la mesure où il est constitué d'un ensemble de règles venant limiter la volonté individuelle dans le but de protéger le futur défunt et ses héritiers, nous pouvons toutefois affirmer que cet ordre public recule. D'ailleurs, depuis la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités[98], il est possible qu'un successible réservataire renonce de manière anticipée à agir en réduction en cas d'atteinte à sa réserve[99]. Toutefois, l'ordre public continue de jouer son rôle de justificatif à l'interdiction de renonciation anticipée au bénéfice d'un droit, puisque récemment la Cour de cassation a affirmé que la renonciation anticipée au droit de retour légal était impossible[100], c'est-à-dire qu'il est interdit de renoncer au droit de retour légal avant que la succession soit ouverte.

En définitive, la renonciation anticipée à un droit est difficilement admise, l'anticipation ayant une place réduite dans ce type d'actes. Cette affirmation se justifie dans la mesure où la renonciation à un droit est souvent synonyme d'appauvrissement. Dès lors, elle constitue un acte trop grave pour qu'elle soit librement admise, que ce soit de manière actuelle[101] et *a fortiori*, de manière anticipée.

§2. La place réduite de la création anticipée d'un droit

Par opposition aux actes abdicatifs de droits, les actes créateurs de droits ont pour objet de faire naître une relation juridique entre les contractants et ne supposent pas, par définition, l'existence préalable d'un droit. L'on pourrait alors considérer qu'une grande

---

[95] C. Civ., Art. 1674
[96] C. Civ., Art 2250
[97] J-C. HALLOUIN, *L'anticipation. Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, th., *op. cit.,* p. 247 et s.
[98] *Loi portant réforme des successions et libéralités, 23 juin 2006*, *n° 2006-728*
[99] C. Civ., Art. 929
[100] M. GRIMALDI, obs. sous Cass., 1e civ. 21 oct. 2015, RTD civ. 2015. p. 918
[101] V. en ce sens H. BARBIER, obs. sous Cass., com., 25 mars 2020, RTD civ. 2020 p. 617

place soit laissée à l'anticipation, mais en réalité la difficulté inhérente à l'admission d'une telle anticipation réside dans la nature du droit à créer.

S'agissant de la création anticipée d'un droit réel accessoire, nous étudierons l'hypothèse de l'hypothèque portant sur une chose à construire. L'hypothèque de chose à construire peut-elle faire l'objet d'une anticipation créatrice de droits réels ? L'hypothèque portant sur une chose à construire peut concerner des biens futurs, mais ces derniers doivent impérativement être identifiés afin que l'hypothèque crée un droit pour son bénéficiaire. Dans la situation des biens à construire, la chose est déterminée, donc son bénéficiaire peut tout à fait procéder aux formalités de publicité de l'hypothèque et ainsi la rendre opposable à des tiers tout en prenant immédiatement rang. Fort de ces constats, nous pouvons en déduire que l'hypothèque de la chose à construire est le fruit d'une anticipation qui fait naître une situation juridique mais surtout qui fait naître un droit réel au fur et à mesure de la réalisation de la chose[102].

S'agissant de la création anticipée d'un droit personnel, nous étudierons l'hypothèse du contrat de bail portant sur une chose future, à savoir le crédit-bail autrement intitulé le *leasing*. Lorsque le contrat de crédit-bail est conclu, le bailleur n'est pas forcément encore propriétaire de la chose dans la mesure où celle-ci peut être future. Le contrat de crédit-bail peut-il fait l'objet d'une anticipation créatrice de droits personnels ? La réponse est positive, dans le contrat de crédit-bail nous retrouvons toutes les caractéristiques de l'anticipation, à savoir que l'acte existe et va lier le bailleur et son locataire mais les effets du contrat ne seront pas immédiatement produits tant que le bien restera futur.

En somme, si la création anticipée de droits est admise, elle reste assez rare et cantonnée à des hypothèses précises.

[102] J-C. HALLOUIN, *L'anticipation. Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, th., *op. cit.,* pp. 158 à 167

Chapitre second : L'anticipation du statut juridique de l'objet du contrat

Après avoir étudié l'anticipation de l'existence même d'un bien ou d'un droit objet du contrat, intéressons-nous à l'anticipation du changement de statut juridique de ces derniers. Qu'entendons-nous par changement du statut juridique d'un bien ou d'un droit ? Il s'agit du passage de son inaliénabilité à son aliénabilité ou de son indisponibilité à sa disponibilité. Alors, peut-on contracter sur un bien n'ayant pas encore les qualités requises pour le rendre matière à engagement en anticipant son changement futur de statut ? La réponse est positive, nous pouvons tout à la fois anticiper l'aliénabilité future d'un bien (section I) que sa disponibilité future (section II).

Section I : L'anticipation de l'aliénabilité d'un bien

Un bien est inaliénable lorsqu'il n'est pas susceptible de faire l'objet d'un contrat translatif de propriété. L'inaliénabilité peut toucher divers types de biens pour différentes raisons. Si par exemple les biens privés peuvent être rendus inaliénables du fait qu'ils fassent l'objet d'un pacte de préférence ou d'une saisie, l'inaliénabilité des biens publics est quant à elle le principe pouvant être contourné grâce à des autorisations administratives. Qu'il s'agisse de biens privés corporels (§1) ou incorporels (§2) ou bien même de biens publics (§2), l'anticipation de leur future aliénabilité est possible mais encadrée.

§1. L'anticipation de l'aliénabilité d'un bien privé

Un bien est inaliénable par une personne qui n'en n'est pas propriétaire, et pourtant l'anticipation de sa future propriété peut être admise dans certains cas (A). Ensuite, lorsqu'un bien est rendu inaliénable du fait de sa soumission à un pacte de préférence ou à une promesse de vente à un tiers, l'anticipation de l'inaboutissement du pacte ou de la promesse peut également être acceptée (B).

A. La vente de la chose d'autrui

Alors que la vente d'une chose future est possible et se prête à anticipation[103], l'article 1599 du Code civil énonce que la vente de la chose d'autrui est nulle, et partant son anticipation l'est aussi. Il est en effet acquis que nul ne peut disposer d'un bien appartenant à autrui. Le droit de disposer d'une chose appartient à son seul propriétaire et le principe du *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*[104] empêche qu'une personne puisse disposer d'un droit qui ne lui appartient pas. Dans le cadre de la vente de la chose d'autrui, le véritable propriétaire conserve son droit réel sur la chose et bénéficie de l'inopposabilité de l'acte et l'acquéreur peut demander la nullité du contrat de vente[105]. Pourtant, les juges ont depuis longtemps admis que la vente du bien d'autrui était valable lorsque la personne protégée par la nullité relative protégeant cette prohibition n'exerçait pas son droit, mais cette hypothèse ne concerne pas notre étude dans la mesure où elle n'est pas une expression de l'anticipation de la propriété d'un bien. Il en va de même lorsqu'un commissionnaire agit en son nom pour transférer la propriété d'une chose qui n'est pas la sienne. Reste alors que l'anticipation de l'aliénabilité d'un bien appartenant à autrui a pu être validée dans certaines hypothèses par la jurisprudence.

La vente de la chose d'autrui a été admise dans l'hypothèse de la vente des choses de genre qui est reconnu par les tribunaux bien que le vendeur ne soit pas propriétaire des choses qui n'ont pas encore été individualisées au moment où il contracte.

La vente de la chose d'autrui est également admise dans l'hypothèse où le vendeur et l'acheteur s'entendent pour soumettre la vente à une condition suspensive d'acquisition préalable par le vendeur de la chose objet du contrat[106]. Dans ce cas, en plus de s'obliger à vendre le bien à son cocontractant, le vendeur s'oblige simultanément à acquérir la propriété de la chose.

Dans les deux cas, il est aisé d'admettre qu'il y a, dans la vente d'une chose dont le vendeur n'est pas encore propriétaire, anticipation. En effet, puisque l'élément principal d'une vente ordinaire est que le vendeur doit en être propriétaire, la vente du bien d'autrui est un contrat dont au moins une condition essentielle n'est pas présente. En sus de la présence de l'exigence de fond de l'anticipation, la vente de la chose d'autrui produit les

---

[103] V. *infra* p. 31 et s.
[104] Nul ne saurait transmettre plus de droits qu'il n'en n'a lui même
[105] F. LIMBARCH, *L'habilitation à disposer pour autrui*, RTD civ. 2020 p. 45
[106] Cass., civ. 20 juin 1973 n°72-12.719

effets attendus de l'anticipation, dans la mesure où la vente est valable et donc la situation formée, mais elle ne peut pas produire immédiatement ses effets puisque le transfert de propriété sera reporté. Certains auteurs remarquent alors que « les ventes sans effet translatif sont des ventes de la chose d'autrui anticipées »[107].

B. La vente d'un bien objet d'un pacte de préférence

Lorsqu'un bien fait l'objet d'un pacte de préférence, le bénéficiaire du pacte dispose d'un droit de préférence venant modérer la liberté du promettant d'aliéner le bien. Lorsqu'un bien est ainsi rendu inaliénable du fait qu'il fasse l'objet d'un pacte de préférence, peut-on imaginer laisser une place à l'anticipation de la future aliénation du bien à un tiers si le pacte s'éteint ? Autrement dit, peut-on imaginer qu'un bien faisant l'objet d'un pacte de préférence fasse également l'objet d'une promesse unilatérale au bénéfice d'un tiers sous la condition suspensive que le pacte soit purgé ?

Un arrêt récent de la Cour de cassation[108] est venu apporter une réponse à cette question. En l'espèce un pacte de préférence d'une durée de dix ans portant sur des lots immobiliers avait été conclu entre deux particuliers. Quelques jours avant l'expiration du pacte de préférence, le débiteur avait consenti une promesse unilatérale portant sur lesdits biens à un tiers, lequel avait levé l'option une fois le pacte éteint. On l'imagine alors aisément, le bénéficiaire du pacte avait cherché à faire annuler la vente ainsi réalisée en estimant qu'elle avait été conclue en violation du pacte. Les juges du fond rejetèrent sa demande en estimant que la violation du pacte de préférence s'appréciait au jour de la formation de la vente, laquelle intervient au jour de la levée d'option et non au jour de la conclusion de la promesse. La Cour de cassation donna tort aux juges du fond, assimilant les effets d'une vente à ceux d'une promesse de vente puisque le promettant doit donner préférence au bénéficiaire lorsqu'il décide de vendre.

Monsieur Hugo Barbier estime que cette solution est louable dans la mesure où « il aurait inconcevable que, sur le même bien, jouent concurremment deux droits subjectifs, celui du bénéficiaire du pacte et celui du bénéficiaire de la promesse »[109]. Toutefois, il faut nuancer le propos dans la mesure où cette décision ne doit pas remettre en cause la possibilité

---

[107] J-C. HALLOUIN, *L'anticipation. Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, th., *op. cit.,* p. 130.
[108] Cass., 3e civ., 6 déc. 2018, n°17-23.321
[109] H. BARBIER, obs. sous Cass., 3e civ., 6 déc. 2018, RTD civ. 2019 p. 96

d'insérer une condition suspensive portant sur la purge d'un droit rendant un bien inaliénable dans une promesse de vente. La solution donnée par les juges est justifiée par le fait que le bénéficiaire de la promesse avait la possibilité de lever l'option en cours de validité du pacte, mais dès lors qu'une condition suspensive est présente dans la promesse et qu'elle soumet la levée d'option du tiers à la purge du pacte par son bénéficiaire, cette dernière ne peut être pathologique. C'est d'ailleurs ce qu'ont retenu les juges dans un arrêt du 22 novembre 2018 relatif à une promesse de vente d'immeuble consenti sous la condition suspensive de la purge du droit de préemption d'une commune[110].

En somme, le mécanisme de la condition suspensive est l'outil le plus adapté pour permettre d'anticiper la future aliénabilité d'un bien qui est encore inaliénable au moment de la conclusion du contrat comportant cette condition.

§2. L'anticipation de l'aliénabilité d'un bien privé incorporel

L'article L. 144-3 du Code commerce prévoit qu'un fonds de commerce ne peut être mis en location-gérance que si le loueur a exploité ce fonds pendant minimum deux ans ou, selon l'article suivant, s'il a obtenu une dispense judiciaire. Peut-on à nouveau imaginer que l'on puisse anticiper l'obtention de cette dispense judiciaire et conclure un contrat de location-gérance dudit fonds ?

Un arrêt récent rendu par la Cour de cassation en date du 23 janvier 2019[111] répond à cette question. En l'espèce un contrat de location-gérance d'un fonds de commerce avait été conclu quelques mois avant que le loueur n'obtienne la dispose judiciaire. Pour ce faire, le contrat comportait une condition suspensive reportant les effets du contrat au jour de l'obtention de ladite dispense. L'apport principal de cet arrêt en ce qui concerne notre sujet qu'est l'anticipation, réside dans le fait que les juges ont considéré que ce contrat était valable dans la mesure où il soumettait la production de ses effets à la réalisation d'une condition suspensive. Cet arrêt consacre le fait que les contractants peuvent anticiper une dispense judiciaire dans un contrat au moyen de la stipulation d'une condition suspensive. Cette solution s'inscrit donc dans une tendance favorable à l'anticipation contractuelle et « facilite l'appréhension du futur par les parties qui peuvent ainsi devancer dans les

[110] Cass., 3e civ., 22 nov. 2018, n°17-14.712
[111] Cass., com., 23 janv. 2019, n°17-24.051

meilleures conditions la prochaine valorisation économique d'un bien, sans être soumises à l'avènement d'un présent qui se fait attendre »[112].

§3. L'anticipation de l'aliénabilité d'un bien public sous condition de déclassement

L'article L. 3111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques pose le principe de l'inaliénabilité des biens du domaine public. Ce principe s'oppose à toute cession d'un bien du domaine public avant sa désaffectation ou son déclassement[113]. Pour autant pouvons-nous imaginer que l'on puisse anticiper le changement de statut juridique d'un bien public encore inaliénable afin de le rendre susceptible d'engagement ? Le cas échéant, quel mécanisme pourrait permettre une telle anticipation ?

Un arrêt fort intéressant du Conseil d'État en date du 15 novembre 2017[114] apporte des réponses à ces questions. En l'espèce, la commune d'Aix-en-Provence avait conclu diverses conventions de délégation de service public avec une société d'économie mixte du Pays d'Aix visant à lui confier la gestion de parkings publics. Plusieurs années plus tard, les parties conclurent une promesse de vente desdits parkings comprenant une condition suspensive de leur déclassement, ce qui aurait eu pour effet de les faire sortir du domaine public et ainsi les rendre cessibles. En somme, la promesse de vente conclue avait pour objet d'anticiper la future et conditionnelle aliénabilité des parkings. Or, alors qu'une délibération du conseil municipal de la ville avait été adoptée en vue de procéder au déclassement des biens, le préfet décida de s'opposer à cette opération, ce qui fut accordé par le Tribunal administratif ainsi que par la Cour administrative d'appel. La commune décida alors de saisir le Conseil d'État, qui lui donna raison. Pour cela, le Conseil appliqua de manière anticipée une évolution législative puisqu'une ordonnance[115] non applicable aux faits d'espèce, consacrait la validité les promesses de vente des biens domaniaux sous condition suspensive de leur déclassement. En somme, le Conseil d'État considéra que les biens du domaine public étaient bien cessibles sous condition suspensive de leur déclassement et, partant de leur aliénabilité.

---

[112] H. BARBIER, obs. sous Cass., com., 23 janv. 2019, RTD Civ. 2019 p. 331
[113] V. pour un autre mécanisme permettant de rendre aliénable un bien public qui n'est pas encore déclassé, P-M. MURGUE-VAROCLIER, *Les angles morts du déclassement anticipé*, RFDA 2020 p. 1029
[114] CE, 7e et 2e ch. réun., 15 nov. 2017, *op. cit. loc. cit.*
[115] Ord. Relative à la propriété des personnes publiques, 19 avr. 2017, n°2017-592

Cette solution donnée à propos des biens publics laisse place à l'anticipation contractuelle, puisque le contrat est réellement formé mais ses effets, à savoir le transfert de propriété, sont reportés au jour de la réalisation de la condition suspensive. La promesse est jugée valable et licite, mais elle ne fait pas naître une obligation d'aliénation *ab initio*, soumettant la naissance de cette obligation au succès de la condition suspensive[116].

Section II : L'anticipation de la disponibilité d'un bien

Un bien est indisponible lorsqu'il s'avère qu'il ne peut faire l'objet d'aucun acte de disposition, lorsqu'il ne peut être au centre d'une quelconque convention. Ici encore, l'anticipation de sa future disponibilité peut être admise dans certaines hypothèses, notamment lorsque le bien fait l'objet d'une saisie (§1) ou encore qu'il est raisonnable de penser qu'il pourrait entrer prochainement dans le commerce (§2).

§1. La promesse de vente sous condition suspensive portant sur un bien saisi

Conformément à l'article L. 141-2 du Code des procédures civiles d'exécution, l'acte de saisie d'un bien a pour effet de le rendre indisponible. Décliné en matière immobilière c'est l'article L. 321-2 du même code qui prévoit que la saisie d'un bien immobilier le rend indisponible et restreint les droits de jouissance et d'administration du propriétaire saisi. Pourtant, ne pourrait-on pas admettre que des biens faisant l'objet d'une saisie puissent être vendus à la condition suspensive de la mainlevée de la saisie ? Autrement dit, ne pourrait-on pas anticiper la future disponibilité d'un bien afin qu'il puisse faire l'objet d'un contrat ?

Les juges se montrent généralement assez réticents à l'admission d'une telle anticipation et refusent souvent la validité de ces opérations, comme cela a été le cas des plusieurs affaires de 2011[117] et 2012[118]. S'agissant de la deuxième affaire à laquelle nous venons de faire référence, il s'agissait d'une société ayant mis en œuvre une procédure de saisie immobilière à l'encontre d'une autre, ayant débouchée sur une vente par adjudication. Or il s'avéra que la veille de la vente, la société propriétaire du bien saisi décida de conclure une promesse de vente avec une autre société, promesse assortie d'une condition suspensive

[116] V. en ce sens H. BARBIER, *Le contrat sur une chose indisponible sous condition de sa disponibilité future… éloge de l'anticipation contractuelle*, RTD Civ. 2018 p. 379
[117] CA. Dijon, 17 janv. 2011, n°10/01347
[118] CA Aix-en-Pce, 6 déc. 2012, n°2012/736

de mainlevée de la saisie. Les juges ayant par la suite été invités à se prononcer sur la validité d'une telle promesse, ces derniers ont répondu par la négative, déduisant la nullité de la promesse de l'indisponibilité du bien qui en faisait l'objet. En somme, la présence d'une condition suspensive portant sur la disponibilité du bien ne permettait pas de valider le contrat de promesse dans la mesure où lorsque cette condition a été stipulée dans l'engagement de vendre, le bien est indisponible. Monsieur Barbier estime que le raisonnement tenu par les juges du fond ne semble pas être le bon dans la mesure où la validité d'une promesse de vente doit être appréciée lors de la conclusion du contrat, or à cet instant aucun transfert de propriété n'est encore réalisé puisqu'il est soumis à la réalisation d'une condition suspensive[119]. Pourtant, cette solution a été confirmée par la Cour de cassation en 2015[120] alors que selon plusieurs auteurs considèrent également qu'il devrait être possible d'ériger la disponibilité future d'un bien en modalité de vente[121].

A la faveur de ces observations précédentes, la Cour de cassation semble parfois avoir toléré qu'une condition suspensive de mainlevée de la saisie permette de contracter alors même que le bien demeure indisponible lors de l'engagement. En effet, dans une décision en date du 7 décembre 2017[122], une société avait consenti deux promesses de vente de lots immobiliers pourtant visés par une saisie. Les juges n'ont pas considéré que la nullité de la promesse de vente sous condition suspensive de la mainlevée de la saisie était automatique, et a rappelé le principe selon lequel le débiteur promettant ne pouvait valablement se prévaloir de l'indisponibilité du bien pour refuser de signer les actes authentiques de vente. Précisant seulement que la nullité de ce type de promesses ne pouvait être demandée par le promettant ou débiteur, la Cour semble avoir laissé la porte ouverte à ce type de conditions suspensives permettant d'anticiper la disponibilité d'un bien encore indisponible lors de la contractualisation d'un engagement[123].

§2. L'anticipation de la disponibilité d'un bien hors commerce

Les biens hors commerce sont indisponibles, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une convention puisqu'ils sont contraires à la loi, à l'ordre

---

[119] H. BARBIER, obs. sous CA. Aix-en-ce, 6 déc. 2012, RTD Civ. 2013 p. 367
[120] Cass., 2e civ., 9 avr. 2015, n°14-16.878
[121] V. en ce sens C. BRENNER, P. THERY, *La saisie immobilière n'est pas une idole*, D. 2015 p.1928
[122] Cass., 2e civ., 7 déc. 2017, n°16-21.356
[123] G. PAYAN, *Saisie immobilière : conséquences de l'indisponibilité du bien saisi à l'égard du débiteur*, Dalloz actualité, 3 janv. 2018

public, aux bonnes mœurs, ou plus généralement encore, au Droit. Mais la possibilité, comme nous venons de l'étudier, de contracter sur un bien pourtant inaliénable en passant par le truchement des conditions suspensives ne pourrait-elle pas s'étendre aux biens indisponibles ? Jusqu'à l'ordonnance de 2016 la réponse à cette question était négative car l'ancien article 1128 énonçait que seules les choses dans le commerce pouvaient faire l'objet de conventions. Toutefois, depuis 2016 le nouvel article 1162 du Code civil prévoit simplement que le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations ni par son but, mention n'est plus faite de la nécessité que l'objet d'un contrat soit disponible. Nous pourrions alors sûrement en déduire, comme l'a fait Monsieur Barbier[124], que désormais les choses hors commerce peuvent faire l'objet d'un contrat sous condition suspensive de leur future disponibilité dans la mesure où depuis 2016 il est prévu que le contrat conditionnel ne produit plus ses effets de manière rétroactive mais au jour de la réalisation de la condition. Dès lors, tant que la condition n'est pas réalisée le contrat ne peut produire ses effets et partant, heurter l'ordre public. Mais en réalité, est-ce les effets du contrat qui ne doivent pas heurter l'ordre public ou son existence même ? Nous n'avons pas de réponse précise à ce sujet, cependant en présence d'un vide juridique il est admis que tout ce qui n'est pas interdit est autorisé. Toutefois, une décision récente du 30 septembre 2020[125] semble aller dans ce sens dans la mesure où il a été jugé que l'illicéité d'une société cédée pouvait être purgée lorsque l'activité redevenait régulière par l'effet de la vente. De plus, d'un point de vue économique, permettre à des acteurs d'anticiper la future disponibilité d'un bien serait favorable à la vie des affaires, cela favoriserait le *lobbying* et le développement des *start-up*.

Pourtant, il semble qu'il faille nuancer le propos en fonction de la nature ou catégorie de chose concernée eut égard de leur diversité. Nous pensons par exemple au corps humain ou aux matériaux génétiques, aux produits illicites, aux contrefaçons, aux investitures politiques, aux prestations de services régaliennes, à l'exploitation de ressources ou technologies encore interdites… Il apparaît évident que toutes ces choses ne peuvent pas être traitées de la même manière. S'il va de soi qu'on ne peut spéculer sur le corps humain, constitutionnellement indisponible, d'autres objets semblent pouvoir se prêter à anticipation. Comment distinguer les situations ? Sur quels critères baser notre distinction ? Nous pourrions départager les situations en fonction de divers facteurs, tels que la présence de discussions ou de projets de loi visant à légaliser la chose, sur l'existence ou non de sanctions

[124] H. BARBIER, *Le contrat sur une chose indisponible sous condition de sa disponibilité future… éloge de l'anticipation contractuelle*, RTD Civ. 2018 p. 379
[125] Cass., com. 30 sept. 2020, n°18-18.239

pénales à son propos, sur l'intérêt économique que présenterait sa contractualisation, ou encore sur l'étude du droit comparé et de nos droits voisins. Ainsi, si nous prenons par exemple le cas des drogues, et notamment du cannabis, nous pourrions considérer qu'il soit possible dans certains cas de pouvoir conclure des conventions conditionnelles à son égard. En effet, c'est une substance qui fait l'objet de grands débats doctrinaux, de discussions gouvernementales quant à sa potentielle légalisation prochaine, c'est une substance qui est autorisée dans certains pays, qui présente des vertus thérapeutiques selon certains scientifiques... Alors, il serait peut-être louable que l'on puisse anticiper une évolution législative et permettre aux acteurs de spéculer sur la chose encore illicite.

SECONDE PARTIE
L'ANTICIPATION CONTRACTUELLE DES ALÉAS

L'aléa est un « élément de hasard, d'incertitude qui introduit, dans l'économie d'une opération, une chance de gain ou de perte pour les intéressés »[126]. La lecture de cette définition nous amène à en définir d'autres, en cascade.

Premièrement, qu'est-ce que le hasard ? La définition la plus complète du hasard est sans doute celle de Monsieur Ranzoli selon laquelle le hasard c'est « ce qui est imprévisible, soit à cause de la complexité des causes et des effets, soit à cause de la rencontre de séries indépendantes d'évènements »[127]. On reconnait alors l'imprévisibilité comme critère de reconnaissance. Mais alors, qu'est-ce que l'imprévisibilité ? La réponse à cette question se trouve dans le Cornu. L'imprévisibilité c'est « le caractère de ce qui ne pouvait être prévu par un individu raisonnable et compte tenu des circonstances lors de la conclusion d'un contrat »[128]. Alors, si elle « constitue parfois une chance [(Titre premier)], l'imprévisibilité est le plus souvent présentée sous un jour menaçant, celui du risque [(Titre second)] »[129].

Toujours est-il que l'aléa, entendu comme « la projection de la facticité relative sur le tableau des anticipations »[130], est tantôt apprivoisé, tantôt combattu par le droit.

---

[126] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.,* V. « Aléa »
[127] L. MARIGNOL, *La prévisibilité en droit des contrats*, th., *op.cit*., citant Ranzoli p. 32
[128] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.,* V. « Imprévisbilité »
[129] J. HEINICH, *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, th., *op. cit. loc. cit.*
[130] V. LASSERRE-KIESOW, L'aléa, JCP G 2009, *op cit. loc. cit.*

TITRE PREMIER

L'ANTICIPATION DES ALÉAS POSITIFS :

DE L'ANTICIPATION D'UNE CHANCE À LA CHANCE DE SUCCÈS D'UNE ANTICIPATION

« La chance vient constamment troubler des situations que le droit voudrait fixer, des rapports qu'il voudrait organiser, des évolutions qu'il voudrait ordonner »[131]. Le Droit souhaiterait saisir la chance, l'anticipation le peut. C'est indispensable tant la chance est importante pour le droit, comme en témoigne la possible indemnisation de sa perte.

Or il est certain que la chance dépend du hasard. De ce fait, le résultat de l'anticipation d'une chance en dépend aussi. Et quel est le meilleur moyen pour se prémunir contre le hasard ? Ce sont les conditions suspensives. Les contrats conditionnels sont ainsi les plus propices à l'anticipation d'une chance (chapitre premier), dont le succès dépendra de la réalisation effective de l'évènement jusqu'alors incertain (chapitre second).

[131] A. BENABENT, *La chance et le droit*, th. Paris, LGDJ, 1973 p. 7

Chapitre premier : L'anticipation d'une chance par les contrats conditionnels

La condition est une modalité de contrat qui suggère immédiatement une idée d'avance. La condition suspensive est un moyen de se prémunir contre le hasard car elle permet de mettre en place des dispositions lorsque l'on parie qu'un évènement pourrait advenir. Le hasard ne jouera pas, il ne nous prendra pas au dépourvu (Section I), et l'on s'en félicitera lorsque justement cet évènement incertain et futur se réalisera, emportant les effets qu'on lui avait conférés (Section II).

Section I : L'anticipation au cœur du mécanisme des conditions suspensives

Si l'insertion de conditions suspensives au sein d'un contrat permet d'appréhender un aléa hasardeux pouvant être positif ou négatif (§1), cela rend-il pour autant les contrats conditionnels anticipatoires (§2) ?

§1. L'appréhension d'un aléa positif par les conditions suspensives

Qu'est-ce qu'une condition en droit des contrats ? Le terme condition vient du latin *condere* qui signifie établir, faire qu'une chose existe de telle manière. La condition désigne ainsi les clauses présentes dans les actes ayant pour objet de suspendre, résoudre[132] ou modifier une obligation. S'agissant plus précisément de la condition suspensive, Monsieur Toullier la définit comme étant un évènement futur et incertain duquel on fait dépendre l'accomplissement d'une obligation ou d'une disposition[133] et pour Monsieur Cornu la condition suspensive est une « modalité de l'obligation subordonnant la formation […] de celle-ci à la survenance d'un évènement futur et incertain »[134].

Partant, qu'est-ce qu'un évènement futur et incertain ? Est-ce un évènement qui adviendra de manière hasardeuse ou aléatoire ? Peut-on parler d'une chance de réalisation de l'évènement objet de la clause ? Ces questionnements ont donné lieu à de nombreuses réflexions doctrinales. Selon Lalande, la chance est « l'une des manières dont peut se

[132] V. *supra* p. 67 et s.
[133] C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Paris, Warée, 1824, t. VI, n°468, p. 503 cité par N. DISSAUX, *L'éradication des fausses conditions*, D. 2015 p. 2478
[134] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.,* V. « Condition »

produire un évènement aléatoire »[135], élément qui adviendra suivant le « hasard des circonstances »[136]. Alain Bénabent en déduit alors que « la chance équivaut au hasard »[137]. Mais contrairement au sens forcément positif que nous donnons communément à la chance, elle peut en réalité être bonne ou mauvaise, telle en témoigne d'ailleurs la distinction faite par les anglo-saxons entre « *chance* » et « *luck* »[138] dont la nuance réside dans la nature du résultat positif ou négatif de l'évènement. Enfin, s'agissant de la définition de l'aléa, Monsieur Hallouin le définit comme « un évènement futur et incertain dont dépend, dans son étendue ou son existence, l'obligation d'une des parties à un contrat »[139]. Quant à Madame Lasserre-Kiesox, elle considère que l'aléa est « la projection de la facticité relative sur le tableau des anticipations »[140].

De ces définitions, nous en déduisons que la stipulation d'une condition suspensive dans un contrat permet de soumettre l'exigibilité de l'obligation à la survenance d'un évènement. Or la réalisation de cet évènement est soumise à la chance, au hasard, à l'aléa. Ces trois notions, bien que distinctes, sont liées. D'ailleurs, l'aléa n'est-t-il pas par définition un élément de hasard et d'incertitude qui introduit une chance de gain ou une chance de perte dans une opération juridique[141] ? Cette définition réunit tous les éléments précités. Une condition suspensive permet de soumettre la naissance de l'obligation au hasard, à la chance, à l'aléa. Les conditions suspensives permettent d'anticiper l'apparition de l'engagement. Dès lors, l'insertion de ce type de clauses dans les contrats est fort utile et sont d'ailleurs très souvent utilisées en pratique.

§2. L'anticipation intrinsèque aux divers contrats conditionnels ?

Si certains actes juridiques ne peuvent être assortis de conditions suspensives, tels que les actes touchant à l'état des personnes comme les mariages, les adoptions ou les émancipations, les contrats sont largement ouverts à l'admission de telles conditions. En effet, l'article 1102 du Code civil pose le principe de la liberté contractuelle permettant aux parties de choisir le contenu de leur contrat. Les parties sont libres d'établir une condition et

---

[135] A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3e éd. 2010, V. « Chance »
[136] P. LAROUSSE*, Grand dictionnaire universel du 19e siècle, op. cit.* V. « Chance »
[137] A. BENABENT, *La chance et le droit*, th., *op. cit*. p. 5
[138] « *Chance* » = hasard, « luck » = harsard heureux d'orientation positive.
[139] J-C. HALLOUIN, *L'anticipation. Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, th., *op. cit.* p. 46
[140] V. LASSERRE-KIESOW, *L'aléa, op. cit., loc. cit.*
[141] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.,* V. « Aléa »

de soumettre l'exécution de leur contrat à la réalisation d'un évènement. Elles ont également toute latitude pour définir cet évènement, pour définir ce qu'elles entendent par réalisation ou défaillance de ce dernier, et il reviendra d'ailleurs aux juges d'apprécier les termes de ces définitions lorsqu'ils s'avèreraient ne pas être clairs[142].

Plus précisément, tous types de contrats semblent pouvoir être le berceau de conditions suspensives, tant les contrats préparatoires que les contrats définitifs. En plus de la diversité des types de contrats pouvant accueillir ce type de conditions, ces dernières sont également très diversifiées. A titre d'exemple, et la liste n'étant pas exhaustive puisqu'il serait impossible de relater dans cette étude tous les contrats et toutes les conditions rencontrées dans la vie des affaires, de nombreux avant-contrats contiennent des conditions suspensives tels que les promesses de vente sous condition suspensive de l'acquisition préalable du vendeur, sous condition suspensive de déclassement du bien, sous condition suspensive de la mainlevée d'une saisie. Des pactes de préférence sont également conclus sous condition suspensive de l'obtention d'un prêt ou d'un permis de construire. Des contrats définitifs tels que la vente peuvent aussi contenir des conditions suspensives lorsqu'ils portent sur des choses futures à construire ou à fabriquer.

Cette large admissibilité des conditions suspensives permet aux parties d'appréhender le futur en devançant « la prochaine valorisation économique d'un bien, sans être soumises à l'évènement d'un présent qui se fait attendre »[143].

Si les conditions suspensives permettent d'appréhender le futur, permette-t-elles pour autant de l'anticiper ? La condition suspensive est un évènement futur et incertain faisant obstacle à la formation de la situation. L'anticipation renvoie à l'idée d'une situation formée bien qu'un élément soit encore futur. Une grande différence entre les deux notions apparait, puisque dans un cas la situation n'est pas formée alors que toutes ses conditions sont réunies et dans l'autre la situation est formée alors que toutes ses conditions ne sont pas réunies. Bien que diamétralement opposées, l'anticipation et la condition ont pour point commun de concerner un acte conclu avant que la situation ne naisse. Ainsi, elles permettent de prendre de l'avance sur le déroulement du temps et de se prémunir contre l'incertitude du futur. Dès lors, un contrat conditionnel est le berceau d'une anticipation.

[142] Cass., 3e civ., 30 janv. 2020, n°19-11.967
[143] H. BARBIER, obs. sous Cass., com., 23 janv. 2019, *op. cit., loc. cit.*

Section II : Une admission large mais contrôlée des conditions suspensives

Les conditions suspensives sont souvent utilisées en pratique mais aussi rigoureusement contrôlées. S'il est admis de tous que la condition suspensive ne peut porter sur un élément essentiel du contrat (§1), lorsque tel n'est pas le cas il n'en reste pas moins que plusieurs caractéristiques de la condition sont requises et encadrées (§2).

§1. L'objet des conditions suspensives

Il est généralement admis que la condition suspensive ne peut porter sur un élément essentiel du contrat. L'efficacité d'une condition repose en effet avant tout sur l'existence d'une véritable condition, or tel n'est pas le cas lorsque l'évènement érigé en tant que condition suspensive porte sur un élément essentiel du contrat, même s'il est futur et incertain. Le cas échéant, la condition pourra être réputée non écrite par les juges, comme cela fut le cas dans un arrêt du 22 octobre 2015[144]. Cet arrêt renvoie à la règle selon laquelle la condition n'est qu'une modalité de l'obligation, elle est un élément extérieur au rapport de droit qu'elle affecte et dispose d'un caractère accidentel. Ce faisant, ni la capacité, ni le consentement, ni l'objet ou la cause du contrat ne peuvent faire l'objet d'une stipulation conditionnelle.

Mais comment savoir si une suspensive porte sur un élément essentiel du contrat ? Si lorsque l'on retire cette condition, l'obligation reste valable, alors elle ne porte pas sur un élément essentiel. Dès lors, une condition portant sur le consentement d'un contractant ou sur la capacité d'une partie serait invalide. Pour autant, la question est moins tranchée lorsque la condition porte sur le contenu du contrat. En effet, dans l'affaire précitée[145] il était question d'un contrat de cession de bail sous la condition suspensive qu'un nouvel accord modificatif intervienne. Or, Monsieur Barbier relève que si l'on enlève la condition suspensive de la cession de bail, cette dernière demeure valable dans la mesure où l'objet de la cession de bail sera constitué par le contenu du bail actuel. Dans le même ordre d'idées, l'on pourrait considérer qu'une condition suspensive portant sur une autorisation administrative pourrait être invalidée, et pourtant le Conseil d'État a récemment suivi une autre voie en validant une condition suspensive portant sur le déclassement d'un bien

[144] N. DISSAUX, note sous Cass., 3e civ. 22 oct. 2015, *op cit. loc. cit.*
[145] H. BARBIER, obs. sous Cass., 3e civ., 22 oct. 2015, RTD Civ. 2016 p. 122

public[146]. Cette solution est compréhensible puisqu'une promesse de vente portant sur un bien encore inaliénable et soumettant la vente à la condition suspensive de sa future aliénabilité ne semble pas être une condition portant sur un élément essentiel du contrat dans la mesure où les éléments essentiels d'une promesse de vente sont la capacité, le consentement et la nécessité d'un bien disponible, rien n'exigeant en sus que le bien doit aliénable.

Toujours est-il qu'une condition suspensive ne peut porter sur un élément essentiel au contrat. Autrement dit, elle ne peut ni pallier l'absence d'un élément essentiel, ni remettre en cause la certitude d'un élément essentiel déjà présent. Cette affirmation mérite d'être complétée par une autre tenant au but de la prestation. Monsieur Barbier relève qu'un arrêt du 4 février 2016[147] a permis de répondre à la question de savoir si les éléments constitutifs d'une condition suspensive intégraient l'objet du contrat. En effet, parfois les conditions suspensives expriment le but du contrat, comme cela est le cas d'une condition portant sur l'obtention d'un permis de construire. De manière cohérente avec l'affirmation selon laquelle la condition ne peut porter sur un élément essentiel du contrat, la réponse à cette question est négative car l'insertion d'une condition suspensive ne modifie pas la nature du contrat puisque cette même condition ne peut justement pas porter sur un élément essentiel, alors elle ne pourrait modifier la nature dudit contrat.

§2. Les caractéristiques des conditions suspensives

Les conditions suspensives prévoient l'avènement d'un aléa futur et incertain soumis au hasard (A), pourtant il faut être attentif aux effets qu'elles pourraient induire une fois qu'il se réaliserait (B).

A. L'incertitude de la naissance d'une obligation

Premièrement, cet évènement doit être incertain. Pour cela, l'évènement doit être obligatoirement futur[148] puisqu'un évènement passé ou présent ne peut constituer une

[146] H. BARBIER, *Le contrat sur une chose indisponible sous condition de sa disponibilité future… éloge de l'anticipation contractuelle*, RTD Civ. 2018 p. 379
[147] H. BARBIER, obs. sous Cass., 3e civ., 4 fév. 2016, RTD Civ. 2016 p. 363
[148] L'évènement peut également être présent mais inconnu des parties, ce qui revient au même en pratique

condition. Il en va de même de l'évènement impossible ou nécessaire, qui ne peuvent être érigés en tant que condition dans un contrat. Cette exigence d'incertitude distingue la condition du terme. En effet, un évènement futur et certain constitue un terme n'affectant que l'exigibilité de la créance et non l'existence de l'obligation. A ce propos des divergences jurisprudentielles ont vu le jour, certaines décisions ayant reconnu l'existence de termes incertains lorsque des parties tenaient pour certain un évènement qui ne l'était raisonnablement pas. Pourtant critiquable, cette admission jurisprudentielle a récemment été rééditée dans un arrêt du 7 janvier 2016[149]. D'ailleurs, le législateur est venu ancrer dans le droit positif la notion de terme objectivement incertain à l'article 1601-2 du Code civil qualifiant de vente à terme la vente d'immeuble à construire. De même, cette notion de terme incertain, ou plutôt de terme à échéance indéterminée, se retrouve à l'article 1901 du même code s'agissant de la clause « quand je pourrai ».

Ensuite, l'évènement doit être extérieur à la volonté des parties. Ce dernier caractère est souvent celui qui fait le plus défaut et qui prête le plus à discussion. Pour que l'évènement érigé en tant que condition suspensive ne se voit pas être qualifié de potestatif, il doit être soumis à des circonstances casuelles indépendantes de la volonté des parties. Qu'est-ce qui justifie qu'une condition potestative soit interdite ? La condition potestative désigne un évènement que l'une ou l'autre des parties peut faire arriver ou peut empêcher. Or on ne peut traiter d'un évènement incertain que lorsque ce dernier est incertain pour toutes les parties, c'est une règle renvoyant à l'idée de bonne foi dans la mesure où un contractant informé ne doit pas pouvoir profiter de l'ignorance de l'autre, les parties doivent être à égalité dans leur incertitude. Et alors que l'ancien article 1174 du Code civil prohibait, à peine de nullité, toute condition potestative, le nouvel article 1304-2 dudit code prévoit simplement qu'« une obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur » est nulle.

Comment apprécier si une condition suspensive est potestative ? La jurisprudence sanctionne la potestativité tant au regard des conséquences de l'évènement qu'au regard des facteurs de réalisation de ce dernier. Lorsque la condition porte sur un acte que le débiteur doit accomplir, elle sera considérée comme potestative si cet acte est à son entière discrétion[150]. De manière similaire, la condition sera jugée potestative si le débiteur se trouve

[149] J-J. TAISNE, note sous Cass., 3e civ., 7 janv. 2016, JCP G 2016, p. 217
[150] CA. Toulouse, 12 avr. 2019, n°17-05.132

en « position d'influer de façon déterminante sur la réalisation » de ladite condition[151]. Par opposition, si l'évènement visé par la condition n'est pas à l'entière discrétion du débiteur, et qu'il est soumis à la volonté ou l'autorisation d'un tiers ou d'un partenaire, la condition suspensive reste valable[152] car elle est dans ce cas qualifiée de condition simplement potestative. Cette affirmation permet de laisser une place aux évènements échappant en partie à la volonté du débiteur.

Si une condition à la seule discrétion du débiteur est nulle, qu'en est-il lorsque la réalisation de la condition est soumise à la discrétion du créancier ? Par une lecture *a contrario* de l'article 1304-2 du Code civil il apparait que lorsque la condition porte sur le consentement du créancier elle reste valable. Il semble en aller de même lorsque la condition porte sur une prestation attendue du créancier et qu'elle ne dépend que de son pouvoir. La condition suspensive peut donc être potestative de la part du créancier.

B. La certitude d'une obligation équilibrée

Alors que la définition commune de la condition suspensive retient qu'elle rend incertaine la naissance de l'obligation, il faut être attentif à ce qu'elle ne rende pas incertain l'équilibre entre les parties. L'équilibre entre les droits et obligations des parties ne doit pas être sous la dépendance du hasard. Si l'anticipation de l'avènement d'un évènement laisse place à l'aléa, ce dernier ne saurait jouer dans l'équilibre entre les prestations des parties. Cette remarque nous amène à nous interroger sur la cession de créance future. A la différence de la vente de chose future, la cession de créance future est bien plus encadrée dans la mesure où plus le caractère futur de la créance est intense, moins il est possible de déterminer avec précision son montant, et plus l'équilibre des prestations des cédant et cessionnaire risquera d'être déséquilibré. Or quels sont les types de contrats qui ne recherchent pas un équilibre entre les prestations ? Ce sont les contrats aléatoires, et nous savons que le contrat aléatoire tel que le pari ou le jeu ne fait pas partie de l'anticipation. Mais quelle mesure le contrat purement aléatoire ne fait pas partie de l'anticipation ? Certes un contrat aléatoire laisse place à de l'anticipation puisque le contrat aléatoire porte précisément sur le hasard, l'élément fortuit, futur et incertain devant exister pour la formation même de la situation. Pour autant, il ne peut y avoir anticipation parce que cet évènement futur et incertain pourtant

[151] Cass., 3e civ., 12 déc. 2019, n°18-21.242
[152] CA. Paris, 31 oct. 2018, n°15-13.449

caractéristique de l'anticipation, représente un élément actuel et nécessaire à la formation du contrat aléatoire.

En somme, la stipulation d'une condition suspensive dans un contrat permet de saisir l'avènement d'un évènement encore futur et incertain, mais cette dernière ne peut être source de déséquilibre entre les prestations des parties à défaut de quoi elle reviendrait à former un contrat aléatoire chassant l'anticipation.

Chapitre second : Le succès de l'anticipation fonction de la défaillance ou de l'accomplissement de la condition

L'insertion de conditions suspensives dans un contrat le rend source de doutes et d'incertitudes jusqu'à ce que l'évènement survienne (section I), le cas échéant, alors ces doutes se dissipent pour laisser place à un contrat produisant ses effets de manière classique (section II).

Section I : L'incertitude des parties jusqu'au succès de l'anticipation

Tant que l'évènement qui fait l'objet de la condition suspensive est futur les contractants sont dépendants de l'aléa et de la chance qu'il peut présenter (§1). Le moment venu, leurs doutes se dissiperont et en fonction de la réalisation positive ou négative de l'évènement, on considérera que leur anticipation a été couronnée de succès ou non (§2).

§1. La situation des parties avant la réalisation de l'évènement

Le laps de temps situé entre la conclusion du contrat et la réalisation de l'évènement érigé en tant que condition suspensive laisse place à une période de doutes, d'incertitudes puisque l'évènement est futur et incertain. La situation que nous venons d'évoquer est communément appelée la situation *pendante conditione*. D'ailleurs, le rapport au Président de la République précise qu'« en présence d'une condition suspensive, la naissance de l'obligation est suspendue à l'accomplissement de cette condition : 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 »[153].

Durant la situation *pendente conditione* donc, l'obligation ne semble pas encore exister. Le créancier n'est pas encore en mesure d'exiger l'exécution de l'obligation ni d'engager des poursuites. En réalité le créancier n'est pas encore créancier du débiteur. L'on pourrait alors presque se demander à quoi servirait-t-il de conclure un contrat alors que le créancier n'a pas droit de faire exécuter sa prestation ? Une part de la réponse réside sans doute dans l'alinéa premier du nouvel article 1304-5 du Code civil prévoyant qu' « avant que la condition suspensive ne soit accomplie, le débiteur doit s'abstenir de tout acte qui

[153] *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 portant réforme du droit des contrats*, JORF n°0035 du 11 fév. 2016*, op. cit.*

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 ». En somme, si l'obligation n'existe pas encore, le créancier dispose tout de même de certaines prérogatives.

Durant la situation *pendente conditione* donc, le créancier dispose déjà d'un germe de droit éventuel. Qu'est-ce qu'un droit éventuel ? Il semble qu'il s'agisse d'un droit imparfait qui deviendra parfait lors de la réalisation de la condition suspensive. Le créancier n'est pas encore un créancier, mais il demeure un contractant. Ce statut de contractant lui permet de disposer de certaines prérogatives qui l'avantagent par rapport à un tiers. A cet égard, l'article 1304-5 alinéa premier du Code civil prévoit la possibilité pour ce dernier d'effectuer des actes conservatoires, d'obtenir des garanties de la part de son contractant, ou encore de sanctionner ce dernier s'il advenait qu'il aurait volontairement empêché la réalisation de la condition. En effet, l'article 1304-3 disposant que « la condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement », vient sanctionner la déloyauté du futur débiteur et assure la protection du futur créancier. Enfin, une dernière prérogative appartient au créancier conditionnel, à savoir la possibilité de transmettre son droit éventuel, de le céder ou d'y renoncer.

A la lecture des précédents paragraphes, il apparait que le créancier conditionnel dispose d'un droit éventuel issu d'une obligation non encore réellement présente. Reste alors à vérifier s'il s'agit d'une obligation en germe ou plutôt d'une obligation encore inexistante. Monsieur Barbier relève à ce propos que le nouvel article 1304 du Code civil prévoit que l'accomplissement de la condition rend « l'obligation pure et simple » et que l'article 1304-6 précise qu'en cas de défaillance de la condition cette dernière est « réputée n'avoir jamais existé ». On en déduit que c'est simplement si la condition défaille que l'obligation n'a jamais existé, donc cela suggère que *pendente conditione*, l'obligation suspendue est en germe plutôt qu'inexistante[154]. Qu'elle soit en germe ou inexistante, dans tous les cas tant que la condition suspensive n'advient pas, les effets du contrat sont paralysés, et ne peuvent être contraires ni à l'ordre public, ni à des interdictions législatives, ni à des interdictions contractuelles. Partant, la conclusion de contrats sous condition suspensive permet d'anticiper la naissance d'une obligation alors que cette dernière est pour l'instant impossible, puisque *pendante conditione* aucun effet n'est produit.

[154] H. BARBIER, *Le contrat sur une chose indisponible sous condition de sa disponibilité future… éloge de l'anticipation contractuelle*, RTD Civ. 2018 p. 379

§2. La situation des parties une fois la condition réalisée

L'incertitude du sort de l'obligation prend fin de deux façons, soit la condition est réalisée, soit elle est défaillie. Ce résultat met fin à l'aléa.

Que se passe-t-il lorsque la condition de formation de la situation encore future ne vient finalement pas à existence ? Lorsque la chance de réalisation de la condition s'avère être mauvaise, autrement dit que la condition suspensive est défaillie c'est-à-dire qu'elle n'est pas réalisée dans un temps prévu par les parties ou qu'il est devenu certain que l'évènement n'arrivera pas, l'obligation contractée sous cette condition ne prend pas naissance. Alors, la défaillance de la condition aura pour effet de consolider l'état des choses préexistant, tout se passe comme si le contrat n'avait jamais été conclu, le contrat est rétroactivement effacé, l'engagement est automatiquement remis en cause et devient caduc[155]. Plusieurs arrêts illustrent l'automaticité de la caducité, relevant que la défaillance de la condition suspensive entraine automatiquement la caducité de la vente[156] ou de la promesse de vente[157]. Cependant, il s'avère que d'autres arrêts ont admis qu'il soit possible de renoncer à une condition défaillie[158], ce qui signifie que lorsque la condition suspensive est édictée dans l'intérêt exclusif d'un cocontractant, ce dernier peut renoncer à l'automaticité de la caducité en renonçant à la défaillance de la condition. Le nouvel article 1304-4 du Code civil dispose 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 ». Un cocontractant peut alors renoncer de manière anticipée à se prévaloir d'une condition suspensive ayant pour but d'anticiper le futur avènement d'un évènement. On peut renoncer par anticipation à l'anticipation que l'on avait créé.

Lorsque la chance de la réalisation de la condition s'avère être bonne, et que la condition suspensive se réalise, alors l'acte assorti de la condition devient parfait. Comment apprécier la réalisation de la condition et le succès de l'anticipation ? Il convient de faire une distinction selon la nature de la condition. L'ancien article 1176 du Code civil distinguait selon que la condition était positive ou négative. La condition était positive lorsque les parties avaient convenu qu'un évènement devait se produire et donc sa réalisation emportait perfection du contrat, ou était négative lorsqu'elles avaient convenu que l'évènement ne devait pas se produire et donc c'était son absence de réalisation qui emportait la perfection

---

[155] J-D. PELLIER, *Le sort du contrat en cas de défaillance de la condition suspensive,* LPA 10 avr. 2008, p. 3
[156] Cass., 3e civ., 28 mars 2007, n°03-14.681
[157] Cass. 3e civ., 9 mars 2017, n°15-26.182
[158] Cass. 3e civ., 31 mars 1005, n°04-11.752

du contrat. Outre cette distinction, une condition s'avère être réalisée lorsque le débiteur a commis une faute, car dans ce cas la condition simplement potestative sera considérée comme réalisée à titre de sanction.

Quelles sont les cas où l'on considère qu'une condition s'est réalisée ? Il est impossible de lister l'entièreté des conditions pouvant être couronnées de succès, mais à titre illustratif nous citerons l'obtention d'un permis de construire, l'obtention d'un prêt, l'obtention d'un agrément, l'obtention d'une autorisation administrative, la construction du bien objet du bail, l'absence de préemption d'un tiers, l'acquisition préalable d'une partie…

Section II : Les effets de la réalisation de l'aléa positif anticipé

Partons ici du principe que l'évènement se réalise et que l'anticipation a connu succès. Alors, il n'y a que peu de choses à dire, puisque cette issue marque un retour à la normale, tous les effets juridiques du contrat seront aptes à se produire (§1). Partant, si l'on considère que c'est grâce à la réalisation de l'évènement que les effets de l'obligation peuvent se produire, pouvons-nous alors toujours considérer que ce soit le contrat qui produise ses effets ou est-ce finalement l'évènement réalisé (§2) ?

§1. La production de tous les effets juridiques attachés à la réalisation de la situation

Le succès de l'anticipation trouve son origine dans la réalisation de l'évènement futur érigé en tant que condition pendante. Avec l'arrivée de la dernière condition de formation du contrat, l'ordre normal du temps qui avait été bouleversé par l'anticipation est rétabli. La situation est alors dotée de son entier contenu et produit ses pleins effets. Plus aucun obstacle à la réalisation de la situation n'existe. Par exemple, dans la vente de chose future, la réalisation de la chose en question permet le transfert de propriété.

Au fond, le succès de l'anticipation n'appelle pas à de plus amples commentaires dans la mesure où son succès marque simplement le retour à la normale, ce succès est dans l'ordre des choses car il a été prévu et voulu par les parties. Une fois l'anticipation couronnée de succès, nous retombons dans le droit des contrats, le commun ou le spécial, mais pas l'anticipé. Il n'y aurait aucun intérêt de relater ici les particularités de toutes les situations

normales qui pourraient être formées lorsqu'un contrat anticipé devient par la suite un contrat classique.

Seules quelques remarques à propos des contrats conditionnels seront ici faites. La réalisation de la condition qui faisait jusqu'alors défaut rend l'acte parfait. L'ancien article 1179 du Code civil prévoyait que la réalisation de la condition avait pour effet de transformer l'obligation conditionnelle en obligation pure et simple dès la date de sa conclusion. De fait, une fois la condition réalisée, son caractère rétroactif entrainait la validité des actes accomplis avant cette réalisation. Mais avec l'ordonnance du 10 février 2016, le nouvel article 1304-6 prévoit un principe inverse puisqu'il énonce que « l'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive. Toutefois, les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat ». Justifiant ce retournement, le rapport au président de la République indique que la rétroactivité était inutile dans la mesure où elle ne produisait pas d'effets tant qu'elle était pendante.

En somme, le succès de l'anticipation par l'avènement de la dernière condition de formation de la situation, permet la formation pleine et entière du contrat, lequel produira ses effets de manière normale, sans présenter de particulières spécificités. Les effets du succès de l'anticipation témoignent de tout l'intérêt de conclure un contrat anticipé. Pouvoir conclure un accord avant que tous ses éléments soient réunis présente l'avantage de pouvoir appréhender le futur, et s'il advient par la suite que l'élément requis devient présent, alors cela aura permis aux parties de s'obliger *ab initio* tout en produisant *in fine* les mêmes effets qu'un contrat classique aurait produit. En l'absence de contrat anticipé, rien n'aurait garanti aux parties de conclure ledit contrat une fois l'élément advenu, sauf à passer par la conclusion de pactes et de promesses, lesquels sont également des mécanismes d'anticipation.

§2. Réflexions autour des contrats anticipés translatifs de propriété et de la cause de ce transfert en cas de succès

Lorsque l'on s'intéresse à l'anticipation relative aux contrats translatifs de propriété, et notamment aux contrats de vente, plusieurs réflexions peuvent nous venir à l'esprit quant à la cause de ce transfert. Lorsque la propriété d'une chose n'est pas transférée au moment de la conclusion du contrat mais au moment de sa réalisation ou de son individualisation,

comme cela est le cas concernant les contrats sur des choses futures ou des choses de genre, considère-t-on toujours que c'est le contrat qui la transfère ? Autrement dit, lorsqu'un contrat de vente sur une chose future est conclu par anticipation et que cette chose finit par exister, emportant ainsi transfert de propriété, considère-t-on que le contrat a enfin produit ses effets ou bien que c'est la fabrication de la chose qui a opéré ce transfert en lieu et place du contrat ? Certains pourraient soutenir que ce n'est plus le contrat qui produit ses effets en transférant la propriété, mais ce serait plutôt le fait d'exécuter cette obligation en fabriquant la chose qui opérerait le transfert. Pour la doctrine majoritaire ce n'est pourtant pas le cas, le contrat demeure bien la cause du transfert de propriété et la fabrication de la chose n'est qu'une modalité de l'exécution de l'obligation de fabriquer. Cette affirmation semble préférable pour Monsieur Goût[159], qui considère que d'un point de vue théorique il soit préférable que le transfert de propriété ait une cause unique quelles que soient les figures contractuelles employées, que la vente soit classique ou anticipée. De plus, lorsque le transfert de propriété est différé par la volonté des parties ou par la nature des choses, on peut aisément concevoir qu'il soit toujours opéré par le contrat, même si parfois le législateur lui-même admet que le transfert puisse provenir d'une autre cause que le contrat[160].

En somme, si l'on pouvait se questionner sur la cause des effets d'un transfert de propriété, il semble que nous puissions répondre que cette cause ou cette origine est bien celle du contrat. Lorsqu'un contrat translatif de propriété porte sur une chose future et que cette chose finit par être réalisée, lorsque l'anticipation fonctionne, c'est bien le contrat initial qui produit tous ses effets et forme la situation juridique. Cette solution adoptée par le droit français, italien ou anglais n'a pas été retenue par tous les systèmes juridiques. Par exemple en Espagne, en Suisse ou encore en Allemagne, le transfert de propriété n'est pas induit par la prise d'effet du contrat, mais par un acte ultérieur spécifique[161].

---

[159] E. U. GOUT, *Retour sur un mythe français : le transfert de propriété solo contractu*, LPA 2018, n°140s6, p. 7

[160] C. Com., Art. L. 228-1 « *le transfert de propriété résulte de l'inscription des valeurs mobilières au compte de l'acheteur* »

[161] E. U. GOUT, *Retour sur un mythe français : le transfert de propriété solo contractu, op. cit., loc. cit.*

TITRE SECOND
L'ANTICIPATION DES ALÉAS NEGATIFS : DE L'ANTICIPATION D'UN RISQUE DANS L'ÉXÉCUTION À L'ANTICIPATION D'UN RISQUE D'INÉXÉCUTION

Un risque est un « évènement dommageable dont la survenance est incertaine, quant à sa réalisation ou à la date de cette réalisation »[162]. Bien que sa survenance soit incertaine, nous pouvons l'anticiper. Mais quel risque anticiper ? Les contractants sont invités tant à anticiper des risques inhérents à la survenance ou la non-survenance d'évènements qu'ils auraient préalablement identifiés (chapitre premier), qu'à anticiper l'inexécution même de leur contrat par l'autre partie (chapitre second).

[162] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.,* V. « Risque »

Chapitre premier : L'anticipation du risque par les contrats conditionnels

Quels sont les outils dont disposent les contractants qui souhaitent anticiper un risque ? Le plus significatif est le mécanisme des conditions résolutoires. En effet, par ce biais ils peuvent ménager une porte de sortie à leur obligation en s'autorisant, selon les circonstances, à retourner à une situation antérieure si besoin est (section I). Puisqu'elle fait directement dépendre de l'évènement incertain l'existence même du contrat, lorsqu'elle se réalise, la condition résolutoire produit des effets radicaux (section II).

Section I : L'anticipation au cœur du mécanisme des conditions résolutoires

Qui dit liberté contractuelle dit liberté de prendre des risques[163] mais dit aussi liberté de les anticiper. Les contractants, libres de prévoir des conditions résolutoires dans leurs contrats (§1), seront mutuellement tenus d'exécuter leurs prestations respectives tout en étant maintenus dans une certaine incertitude (§2).

§1. L'appréhension d'un aléa négatif par les conditions résolutoires

Diamétralement opposée à la condition suspensive, la condition résolutoire n'empêche ni la formation du contrat, ni son exécution. Le rapport au Président de la République énonce en ce sens 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 ».

Tout l'intérêt d'insérer des conditions résolutoires dans un contrat réside dans le fait que l'on peut anticiper l'avènement d'un risque. Les parties peuvent subordonner la disparition de leur obligation à la réalisation d'un évènement dont elles déterminent la teneur *ab initio*, en pariant que ce dernier est susceptible de se réaliser. Le cas échant, le contrat sera anéanti automatiquement, sans qu'il soit nécessaire de le modifier ou de l'adapter. En effet, l'article 1304 alinéa 3 du Code civil définit la condition résolutoire comme étant une condition dont l'accomplissement « entraine l'anéantissement de l'obligation ».

[163] V. pour une étude générale, H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, th. Aix-en-pce, PUAM, 2010

A la différence d'une clause résolutoire qui peut également être insérée dans un contrat à la volonté des parties, la condition résolutoire ne vise pas le cas d'une inexécution contractuelle. La condition vise un évènement qui peut parfois être complétement extérieur aux parties. Par exemple, lorsqu'un compromis de vente immobilière est conclu entre les parties, il peut l'être sous condition résolutoire que le voisin de l'immeuble acheté ne vende pas son propre terrain à l'acheteur. Mais alors quelle est la différence entre conclure un contrat sous condition résolutoire que le voisin ne cède pas son bien à l'acheteur et conclure un contrat sous condition suspensive que le voisin ne cède pas son bien à l'acheteur ? C'est surtout la situation *pendente conditione* sera totalement différente en fonction de la nature de la condition stipulée. Si un compromis de vente est conclu sous condition suspensive de l'absence de vente du bien voisin à l'acheteur, le transfert de propriété sera suspendu jusqu'à ce qu'il soit certain que le bien voisin sera vendu à un tiers, et partant l'acheteur ne jouira pas du bien car il n'en sera pas encore propriétaire. En revanche, si le compromis de vente est conclu sous condition résolutoire que le bien voisin ne lui soit pas également cédé, l'acheteur initial jouira de la pleine propriété de l'immeuble de manière classique, et en cas de réalisation de la condition la vente pourra être résolue.

En somme, par le truchement des conditions résolutoires, les parties à un contrat peuvent anticiper la survenance d'un risque et en faire une condition de résolution du contrat. Lors de la rédaction du contrat et de l'échange des consentements, les parties peuvent décider de lier l'existence de leur contrat à la non-survenance d'un aléa négatif, d'un risque. Si l'aléa négatif finit par se réaliser, l'anticipation aura fonctionné, le contrat sera résolu. Pour autant, si l'anticipation sera couronnée de succès, le contrat aura pourtant échoué.

§2. La situation des parties avant la réalisation de l'évènement

Pendente conditione, le créancier de l'obligation peut s'exécuter immédiatement, il n'est pas différent d'un créancier classique. Il peut agir par voie oblique ou paulienne, diligenter des poursuites, exiger l'exécution forcée de son débiteur. Il peut également perdre ses droits par effet de la prescription extinctive s'il n'agit pas. Dans le cas des ventes immobilières, domaine où les conditions résolutoires sont souvent très présentes, le propriétaire sous condition résolutoire est assimilé à un propriétaire pur et simple. Il a tous les droits sur la chose, peut l'aliéner, la modifier, la transmettre… *A contrario*, il a le devoir de supporter les risques de la chose durant toute la période de l'incertitude.

Le créancier sous condition résolutoire accepte dès la conclusion du contrat, le risque d'une remise en état sous la dépendance du hasard. Il a pris un engagement qui permet de faire entrer un droit au bénéfice de la résolution en cas de survenance de l'évènement dans le patrimoine de son débiteur[164].

En somme, entre la conclusion du contrat et la réalisation éventuelle de la condition, les cocontractants restent suspendus à l'incertitude, ils restent dépendants du risque que le créancier a accepté de prendre lorsque le débiteur l'avait anticipé. Si l'on parvient aisément à comprendre l'intérêt que présente l'insertion de conditions résolutoires dans les contrats, ces dernières ne doivent pas pour autant être irréfléchies, car en pratique l'acceptation pour un créancier de courir le risque de voir les obligations réciproques restituées est souvent le résultat d'âpres négociations. En effet, pour que ce dernier accepte cette condition, le débiteur devra certainement en contrepartie payer une somme plus importante, car il anticipe un risque et se prémunit contre ses effets qui pourraient lui être néfastes.

Section II : Les effets de la réalisation de l'aléa négatif anticipé

Lorsqu'une condition résolutoire est mise en œuvre car l'évènement qu'elle vise se réalise, nous pouvons voir les choses de deux manières. Premièrement nous pouvons considérer que l'anticipation des risques a fonctionné puisque l'élément que l'on redoutait et contre lequel on souhaitait se prévaloir est arrivé à existence, emportant l'anéantissement du contrat. D'un côté alors nous pouvons considérer que l'anticipation a été un succès. Cependant, et nous retiendrons cette analyse, puisque par la réalisation de la condition résolutoire le contrat échoue et est résolu (§1), nous considèrerons que ce n'est pas un succès puisque le contrat n'est plus. On a anticipé un aléa négatif, l'anticipation a porté ses fruits, mais elle est surtout à l'origine de la disparition du contrat, bien que certains de ses effets auront vocation à perdurer (§2).

§1. L'anéantissement rétroactif du contrat

Que se passe-t-il si la condition résolutoire ne se réalise pas ? Lorsque le risque de résolution lié à la survenance de l'évènement objet de la condition est écarté, l'obligation devient pure et simple et le droit de résolution disparait. L'acquéreur voit sa situation

[164] V. pour une étude générale J-J. TAISNE, *Obligations conditionnelles*, J-Cl. Civ. fasc. 40., 2021

consolidée. En cas de non-réalisation de l'évènement, la situation redevient normale et l'aléa auquel elle était soumise se dissipe. Cette situation n'appelle pas à plus de développements dans cette étude, puisque cela signifie que l'anticipation du risque ne s'est finalement pas avérée utile mais simplement sécuritaire.

Que se passe-t-il lorsque la condition résolutoire se réalise ? L'article 1304-7 du Code civil énonce que « l'accomplissement de la condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation ». Dans ce cas, tout l'intérêt de l'anticipation de la résolution du contrat apparait. En effet, la réalisation de la condition résolutoire anéantit automatiquement les droits engendrés par le contrat, il n'est nullement nécessaire de mettre en demeure l'acquéreur ou de faire prononcer une résolution judiciaire. L'accomplissement de la condition résolutoire efface la dette, les obligations réciproques, il y a une restitution réciproque *inter partes* et la rétroactivité opère également de plein droit à l'égard des tiers. En somme, l'anticipation a fonctionné, la partie ayant anticipé qu'un risque avait de grandes chances d'advenir voit son pari se vérifier.

§2. La survivance de certains effets non frappés de rétroactivité

Bien que la réalisation de la condition résolutoire ait un effet rétroactif sur le contrat, des limites sont prévues et permettent la survivance de certains effets. Tout d'abord, la rétroactivité peut être écartée par un commun accord des parties. Ensuite, il s'avère que les actes conservatoires et les actes d'administration qui ont été conclus avant la réalisation de la condition ne sont pas affectés par cette rétroactivité et demeurent ainsi valides. Ainsi par exemple lorsqu'un contrat de vente est conclu sous condition résolutoire et que l'acquéreur réalise ce type d'actes entre la conclusion du contrat et la réalisation de la condition, ces actes demeurent valables.

De la même manière, le texte prévoit une autre exception au principe de rétroactivité calquée cette-fois sur les effets de la résolution du contrat pour inexécution. En effet, l'article 1304-7 du Code civil prévoit que « si les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat » la réalisation de la condition met fin au contrat uniquement pour l'avenir. Cette formule n'est guère satisfaisante car elle n'exclut pas pouvoir s'appliquer à des contrats à exécution instantanée comme le contrat de vente. Cela induirait alors que si la propriété a été transférée à l'acquéreur et que ce dernier a payé le prix, alors les prestations échangées ont effectivement trouvé leur utilité au fur et à mesure

de l'exécution du contrat, alors dans cette hypothèse la rétroactivité pourrait s'effacer et cela reviendrait à priver de tout intérêt la conclusion d'un contrat de vente sous condition résolutoire. La réalisation de la condition résolutoire n'emporterait aucune conséquence et serait totalement inutile, l'anticipation du risque ne produirait aucun effet. Il s'avère que la formule qui avait été retenue dans l'avant-projet d'ordonnance, à savoir que la rétroactivité n'a pas lieu « si l'économie du contrat le commande » aurait été plus appropriée, ou à défaut aurait été louable la précision selon laquelle cette exception ne s'appliquait qu'aux contrats à exécution successive.

Chapitre second : L'anticipation du risque d'inexécution du contrat

La progression des sanctions contractuelles unilatérales est notable. Désormais, les contractants peuvent résoudre, réduire le prix, remplacer le débiteur ou encore décider de ne plus s'exécuter, et tout cela, de manière unilatérale. Si la mise en œuvre de ces sanctions unilatérales est possible, qu'en est-il de leur mise en œuvre anticipée ? S'il est d'ores et déjà manifeste que le débiteur ne pourra pas s'exécuter ou ne le pourra pas à temps, le créancier de l'obligation peut-il le sanctionner de manière anticipée ? Si la réponse est positive concernant l'exception d'inexécution qui peut être mise en œuvre de manière anticipée alors que l'inexécution n'est pas encore consommée (Chapitre premier), il en va différemment des autres sanctions énoncées (Chapitre second).

Section I : L'anticipation de l'inexécution par la mise en œuvre de l'exception d'inexécution anticipée

A priori, il est curieux de sanctionner un débiteur aujourd'hui pour quelque chose qu'il n'est tenu de réaliser que demain. Cependant, s'il s'avère dès aujourd'hui qu'il ne pourra tenir son engagement demain, la possibilité est ouverte à son créancier de suspendre sa propre exécution. Ce mécanisme sanctionnateur anticipé est prévu par le droit français (§1), mais également par le droit anglais (§2).

§1. L'exception d'inexécution anticipée en droit français

L'ordonnance du 10 février 2016 a renforcé la sécurité des engagements contractuels, mais elle a également protégé les contractants en leur permettant de sanctionner unilatéralement les inexécutions ou retards d'exécution. Plus marquant encore, la réforme a inséré une nouvelle prérogative unilatérale à l'initiative du créancier lui permettant d'anticiper un risque d'inexécution. En effet, le nouvel article 1220 du Code civil énonce qu'« une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle ». Qualifiée d'exception d'inexécution anticipée ou préventive (A), cette sanction ouverte au créancier *excipiens* lui permet de cesser immédiatement l'exécution de sa propre prestation alors l'inexécution de la prestation

de son débiteur n'est pas encore consommée mais seulement manifeste (B). Partant, cette prérogative lui permet également d'éviter de devoir supporter l'aléa des restitutions consécutives à une résolution ou une annulation.

A. Les conditions de la mise en œuvre de l'exception d'inexécution anticipée

Cette sanction unilatérale est plus risquée que l'exception d'inexécution classique prévue par l'article précédent du Code civil puisqu'une partie est autorisée à suspendre l'exécution de ses obligations si elle estime que son cocontractant ne s'exécutera pas. Certes il est indispensable que l'inexécution du débiteur soit manifeste, mais il s'agit d'une anticipation, et l'anticipation est forcément sujette à une part de hasard. Comment apprécier qu'un risque d'inexécution soit manifeste alors que par définition l'inexécution n'est pas encore avérée ? Celui qui use de cette exception anticipée doit être en mesure de justifier sa décision devant les tribunaux car l'autre partie pourrait saisir un juge afin de voir suspendre la suspension de l'exécution de son partenaire. Pour éviter cela, le créancier arrêtant son exécution de manière anticipée doit disposer de divers indices objectifs pouvant effectivement laisser supposer que l'autre partie sera fort probablement ou certainement défaillante d'ici peu. Ces indices peuvent concerner la personne du cocontractant, mais aussi des éléments extérieurs à ce dernier qui seraient de nature à l'empêcher de s'exécuter. L'exécution n'étant pas encore exigible, il est difficile d'appréhender le risque d'inexécution mais l'on pourrait le rapprocher d'un dommage imminent, c'est-à-dire d'un « dommage qui n'est pas encore réalisé, mais qui se produira sûrement si la situation présente doit se perpétuer »[165]. Par exemple, dans le cadre d'une cession de droits sociaux, le cédant qui souhaiterait user de l'exception d'inexécution anticipée pourrait arguer du fait qu'un défaut de paiement s'avère manifeste au regard de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Le caractère manifeste de l'inexécution future peut être envisagé comme une certitude ou comme une forte probabilité.

De manière complémentaire à la nécessite d'une inexécution future manifeste, le texte requiert que le risque d'exécution induise des conséquences suffisamment graves. Mais alors la même question apparait, à savoir comment apprécier la gravité d'une inexécution alors que celle-ci n'est encore que potentielle ? Premièrement, la gravité de l'inexécution

[165] Cass., com., 13 avril 2010, n°09-14.386

n'a pas besoin d'être appréciée, ce sont ses conséquences préjudiciables qui doivent l'être. Si nous reprenons l'exemple précédent concernant une cession de titres sociaux, le vendeur ne pourra se prévaloir de l'exception d'inexécution anticipée que s'il parvient à établir qu'après s'être lui-même exécuté il ne disposera pas de la possibilité d'obtenir une exécution forcée ou une restitution des titres une fois la vente résolue[166].

Enfin, à côté de ces données substantielles, une condition formelle est nécessaire à la mise en œuvre de cette sanction, à savoir qu'une notification de la suspension dans les meilleurs délais soit transmise au débiteur. En d'autres termes, le créancier doit pouvoir établir qu'il a porté à la connaissance de l'autre partie sa décision de suspendre l'exécution.

B. Les effets de la mise en œuvre de l'exception d'inexécution anticipée

De manière similaire à l'exception d'inexécution classique dont la forme anticipée n'est qu'une modalité, l'effet principal de cette sanction réside dans la suspension du contrat. Le contrat est seulement suspendu et non rompu, les parties n'en sont nullement libérées.

Une fois le contrat suspendu, il est nécessaire de distinguer deux hypothèses dans la mesure où la suspension du contrat ne peut être que temporaire. Soit la mise en œuvre de la sanction anticipée n'entraine pas l'exécution du débiteur, comme cela était prévisible et l'inexécution se révèle être ainsi avérée et non plus seulement potentielle, alors il reviendra au créancier de résoudre le contrat par notification ou encore de demander au juge une exécution forcée. Soit, contrairement à ce qui avait été anticipé, le débiteur finit par s'exécuter, et la situation devient délicate puisqu'il pourrait alors reprocher au créancier d'avoir lui-même refusé de s'exécuter et l'exposera à des dommages et intérêts. Ce risque pourra être écarté si le créancier indique au débiteur les raisons qui le conduisent à exciper de cette exception d'inexécution lors de sa notification.

En réalité, que signifie la suspension d'un contrat ? « La suspension du contrat est une figure originale aux effets variés et subtils »[167] énonçait Monsieur Barbier. En effet, la suspension du contrat n'est jamais entière, certes les obligations contractuelles sont suspendues, mais des obligations comportementales demeurent. Parfois même, certains éléments de l'obligation contractuelle font de même, tels que la durée de l'obligation. En effet, lorsqu'un contrat est suspendu par la mise en œuvre d'une exception d'inexécution, sa

[166] A. REYGROBELLET, *L'exception d'inexécution préventive*, BJS., 2016, n°115k9 p. 544
[167] H. BARBIER, obs. sous Cass., soc., 16 mai 2018, RTD Civ. 2018 p. 894

durée n'en n'est pas affectée, la suspension ne reporte pas le terme du contrat, ce dernier reste intact.

§2. *L'anticipatory breach of contract* en *common law*

Avant toute chose, que signifie le concept de *breach of contract* ? La traduction française de « *breach* » est littéralement « rupture », le *breach of contract* signifie donc la rupture du contrat. On en déduit alors aisément que *l'anticipatory breach of contract* signifie qu'il y a une rupture anticipée du contrat. Nous aurions alors tendance à rapprocher cette rupture anticipée du contrat de l'exception d'inexécution anticipée en droit français. Pourtant, ces deux notions sont très différentes.

La première différence significative entre l'exception d'inexécution anticipée réside dans la manière dont les deux droits les appréhendent. Alors que le mécanisme français est considéré comme étant une sanction de l'inexécution d'un contrat, le droit de la *common law* le considère comme un remède (« *remedies* ») à l'inexécution car il s'agit de rétablir la situation du créancier et non de sanctionner le débiteur.

La seconde différence entre les droit français et anglais face à une inexécution anticipée sont la manière d'y répondre. Alors que le droit français favorise l'exécution du contrat en incitant le débiteur à s'exécuter[168], le droit anglais donne préférence à la rupture du contrat afin de favoriser le remplacement le moins couteux dans les mains d'un tiers. Ainsi, lorsque le débiteur fait clairement comprendre qu'il ne s'exécutera pas ou qu'il agit d'une telle manière qu'il est certain qu'il ne pourra pas exécuter le contrat, le créancier aura le choix entre maintenir le contrat jusqu'à l'exigibilité de l'obligation, et agir immédiatement en inexécution et rompre le contrat pour s'en libérer.

La troisième différence entre ces deux systèmes est celle du degré de certitude de l'inexécution future. En effet, si une convergence est possible quant à l'appréciation de la gravité des conséquences de l'inexécution, tel n'est pas le cas de l'intensité que doit présenter le risque d'inexécution. Alors que le droit français requiert une inexécution manifeste *a minima* probable, potentielle, le droit anglais exige que l'inexécution soit certaine. Il faut que la renonciation ou « *repudiation* » soit claire et non-équivoque.

---

[168] Cass., com., 11 fév. 2003, n°00-11.085 « *l'exception d'inexécution a pour objet de contraindre l'un des cocontractants à exécuter ses propres obligations ou de prévenir un dommage imminent, tel qu'un risque caractérisé d'inexécution* ».

En somme, *l'anticipatory breach of contract* permet également d'anticiper une inexécution contractuelle qui n'est pas encore actuelle, mais ce mécanisme a des effets plus graves qu'en droit français, puisque le contrat sera *breached*, rompu et non seulement suspendu provisoirement[169].

Section II : L'anticipation de l'inexécution par la mise en œuvre d'autres sanctions ?

Si l'on a admis que dans certaines circonstances un créancier puisse anticiper une inexécution contractuelle de la part de son débiteur et suspendre sa propre exécution, pourquoi ne lui permettrions-nous pas de choisir une autre sanction ? En effet, le droit français laissant généralement le choix de la sanction au créancier d'une inexécution lorsqu'elle est consommée, ne serait-il pas logique qu'il en soit de même lorsque l'inexécution est anticipée ? Ne devrait-on pas consacrer une résolution unilatérale anticipée (§1) ou encore une révision ou réduction du prix anticipées (§2) ?

§1. L'opportunité de la consécration d'une résolution unilatérale anticipée ?

La renonciation anticipée à la résolution judiciaire a déjà été jugée valable comme en témoigne un arrêt rendu par la Cour de cassation en date du 3 novembre 2011[170] dans la mesure où il a été retenu que puisque l'ancien article 1184 du Code civil n'était pas d'ordre public, l'on pouvait y renoncer, et ce même de manière anticipée. Il était déjà acquis qu'en connaissance d'une inexécution le créancier puisse renoncer à demander l'anéantissement du contrat. Mais depuis cet arrêt, les doutes quant à cette possibilité de renoncer à l'anéantissement avant tout inexécution ont été levés. Si la résolution par voie judiciaire, ou plutôt la renonciation à cette résolution, laisse porte ouverte à l'anticipation, qu'en est-il de la résolution unilatérale anticipée ?

A la différence du droit anglais[171], le droit français n'accepte pas encore la résolution unilatérale anticipée en cas d'inexécution future. Mais pourquoi le droit français se refuse à admettre une telle résolution ? Une partie de la réponse à cette question a été donnée par un

---

[169] V. pour une étude générale, A. DOWNE, *La gestion des risques contractuels par le contrat : étude du droit français à la lumière du droit anglais*, th., Toulouse, IFR 2020
[170] O. DESHAYES, comm. sous Cass., 3e civ., 3 nov. 2011, RDC n°11 p. 4.
[171] V. *infra* p. 74 et s.

arrêt rendu le 5 février 2020 par la Cour de cassation[172] jugeant qu'un créancier qui constate une inexécution en germe du contrat doit aider son débiteur à la corriger plutôt que de résoudre le contrat de manière anticipée. Monsieur Barbier[173] explique à ce sujet que ce rejet du droit de résolution anticipée se justifie par le devoir de coopération fondé sur l'article 1104 du Code civil. Ce devoir, découlant du devoir de bonne foi, oblige le créancier à prévenir l'inexécution du contrat en plaçant le débiteur dans des conditions favorables pour honorer son engagement.

Justifié par la nécessité d'exécuter un contrat de bonne foi et partant, de manière loyale, le rejet de la résolution unilatérale anticipée l'est également au regard de la force obligatoire des contrats. Si l'insertion d'une telle sanction avait été envisagée par la réforme, tel n'a finalement pas été le cas. En effet, si une telle prérogative à l'initiative du créancier était adoptée, cela détacherait l'exécution forcée en nature de la force obligatoire du contrat qui court dès la conclusion de ce dernier, jusqu'à son échéance. L'appréciation de la bonne ou mauvaise exécution du contrat doit se faire au jour de son exigibilité, et non par avance. Dès lors, le créancier doit attendre que l'inexécution soit avérée et donc que l'obligation soit exigible pour décider de cesser sa propre exécution contractuelle, et ne peut décider de mettre fin au contrat de manière anticipée.

Enfin, si un tel mécanisme était inséré en droit français, il serait incompatible avec notre droit des procédures collectives. En effet, un débiteur sous procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire qui risquerait de voir ses cocontractants rompre leurs contrats de manière anticipée se retrouverait dans une situation encore plus délicate. Les contrats qui pourraient être rompus de manière anticipée représentant pour lui des actifs potentiels lui permettant de poursuivre son activité, il serait contreproductif de permettre de les résilier dans une telle hypothèse[174].

Pourtant, si bien des arguments justifient le rejet du droit de résolution anticipée, ce dernier présenterait certains avantages notables. On conçoit en effet difficilement qu'un créancier constatant des fautes professionnelles, un manque de diligence ou des fautes graves de la part de son débiteur au cours d'un contrat ne puisse s'en défaire. Comment concevoir que l'on reste prisonnier d'un contrat qui ne se réalisera pas ou se réalisera mal ? L'insertion

[172] Cass., com. 5 fév. 2020, n°18-20.722 à propos d'un contrat publicitaire violant les droits de propriété intellectuelle
[173] H. BARBIER, obs. sous Cass., com., 5 fév. 2020, RTD civ. 2020 p. 380
[174] A. JACQUEMONT, R. VABRES, Droit des entreprises en difficulté, 10e éd. LexisNexis 2017, Coll. Manuel, n°371.

de clauses résolutoires dans le contrat permet en effet de se parer contre ce type de risques, mais il serait sûrement bienvenu que l'on puisse y échapper alors même qu'on ne l'a pas anticipé dans le contrat initial. D'ailleurs, plusieurs textes spéciaux français sont favorables à une résiliation unilatérale anticipée, notamment en matière d'affrètement ou de transport[175]. Même le droit de la vente et l'article 1613 du Code civil dispensent le vendeur de livrer le bien lorsqu'il est acquis que l'acheteur ne peut plus le payer. Plus généralement, de nombreux autres systèmes de droit acceptent cette résolution anticipée, que ce soit le droit de la common law[176], les Principes Unidroit déclarant qu'« une partie est fondée à résoudre le contrat si , avant l'échéance, il est manifeste qu'il y aura inexécution essentielle de la part de l'autre partie »[177], les Principes du droit européen du contrat[178], ou encore la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises[179].

§2. L'opportunité de la consécration d'une révision pour imprévision ou d'une réduction anticipée du prix ?

Pourrait-on envisager que l'anticipation dans la mise en œuvre de sanctions à l'inexécution s'étende à toutes les sanctions prévues par le Code civil ? Pourrait-on admettre une révision pour imprévision anticipée ou une réduction du prix anticipée ? Selon Monsieur Barbier[180], lorsqu'un changement de circonstances imprévisible a lieu sans qu'il ait d'effet immédiat sur le contrat mais qu'il s'avère manifeste qu'il en aura et rendra l'exécution de l'obligation manifestement onéreuse dans un avenir proche, il pourrait être opportun que les parties puissent réviser de manière anticipée le contrat. A ce jour, aucune décision de justice n'a encore eu à traiter de cette question, mais il se peut que les juges appliquent ce texte de manière large en admettant sa mise en œuvre anticipée. En effet, la révision pour imprévision est un apport majeur normatif de la réforme qui appelle interprétation[181]. Or, en tant que source primaire du droit, la jurisprudence est un instrument d'interprétation du droit. L'étude des prochaines décisions à venir permettra peut-être de fournir une réponse à cette question.

---

[175] *Décret sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes*, 31 déc. 1966 n°66-1078, Art. 13 et 22
[176] V. *infra* p. 74 et s.
[177] *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, Art. 7.3.3
[178] *Principes du droit européen des contrats*, Art. 9. 304
[179] *Conv. Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Art. 72-1
[180] H. BARBIER, *Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016*, *op. cit. loc. cit.*
[181] F. TERRÉ, *Introduction générale au droit,* 10e ed., Dalloz, 2015, n°577. Adde. H. BARBIER, Propos introductifs, in *Un nouveau droit des contrats au service du droit français des affaires*, Gaz. Pal. 12 juin 2017, n°296, p. 5, n°10 « qui dit loi nouvelle dit exégèse ».

Cependant, si nous serions plutôt favorables à une interprétation souple de la révision pour imprévision, cela n'est pas gagné. A défaut de disposer aujourd'hui d'une interprétation jurisprudentielle française, nous pouvons nous en remettre à la jurisprudence étrangère, en l'occurrence canadienne, qui a refusé d'apprécier cette sanction de manière large en excluant la révision du contrat pour imprévision négative[182]. Si les juges français retiennent l'appréciation quasi stricte des juges canadiens comme cela est possible au regard de la proximité de leurs systèmes de droit[183], il semble peu probable que la forme anticipée de cette sanction soit admise.

Enfin, pourrait-t-on envisager que les parties à un contrat mettent en œuvre une réduction de prix de manière anticipée ? Aucune réponse n'est pour l'instant donnée à cette question, mais de la même manière il semblerait louable que lorsqu'il s'avère manifeste qu'une exécution imparfaite sera obtenue, le créancier puisse réduire proportionnellement le prix du contrat de manière anticipée. D'une certaine manière, l'anticipation est déjà presque admise puisque lorsque le débiteur du prix n'a pas encore payé, c'est-à-dire n'a pas encore exécuté pleinement son obligation, il peut décider de réduire ce prix. Cependant, l'on ne peut pas qualifier cette prérogative de réduction anticipée du prix, puisque dans ce cas c'est l'inexécution de l'obligation du débiteur du prix qui est anticipée, mais pas l'inexécution de l'obligation du créancier du prix. Le débiteur du prix n'anticipe pas l'inexécution de son cocontractant, il la constate au présent et révise sa propre prestation pour qu'elle y soit proportionnelle. Il serait opportun que celui qui doit payer le prix puisse réviser ce dernier avant même qu'il constate l'inexécution ou l'exécution imparfaite de son cocontractant dès lors que celle-ci est manifeste.

[182] Cour suprême du Canada, *Churchill Falls Corp. c/ Hydro-Québec*, 2018 CSC 46
[183] T. GIRARD-GAYMARD, *L'incidence du renouvellement des sources du droit des obligations sur son interprétation*, RTD Civ. 2020 p. 779

CONCLUSION

Pour conclure, répondons à la première question que nous nous étions posée à la lecture de la citation de Monsieur Hallouin. « On voudrait connaître l'avenir, on ne le peut pas ; on voudrait dominer le futur, on ne le peut pas ; l'abîme se reconstitue sans cesse devant nous, et pourtant sans cesse nous voulons le combler, ou à tout le moins jeter un pont qui permette de l'enjamber »[184] : le Droit ne pourrait-il pas être l'instrument nous procurant ces passerelles ? Grâce à l'étude réalisée, nous pouvons maintenant assurément répondre de manière positive.

L'anticipation permet la formation par avance d'une situation juridique. Son rôle est simple et primordial, à savoir accroître les possibilités conférées par le droit. Elle s'exprime au travers de divers actes, que ce soient des contrats préparatifs, définitifs ou encore des actes juridiques unilatéraux.

L'admission de l'anticipation au sein du droit des contrats vient créer des situations exceptionnelles. Là où des éléments matériels sont requis, « la volonté individuelle remplace un élément matériel présent par un élément matériel futur »[185], et l'anticipation vient autoriser la formation de la situation alors que seuls les éléments intellectuels existent. L'anticipation vient ainsi créer un pont entre consensualisme et non consensualisme. Elle vient créer une situation alors qu'aucune remise ou autorisation réelles ne sont intervenues. Pour autant, l'obligation issue du contrat ne disparaît pas, les contractants n'en sont pas dispensés, elle est simplement reportée dans le temps. L'anticipation vient ici alors créer un pont entre effet obligatoire du contrat et effet de l'obligation du contrat. Elle vient combiner ces deux effets, en créant une situation juridique où les contractants s'obligent au présent à une chose à réaliser au futur.

Après avoir brièvement évoqué les diverses anticipations dont on ne peut faire état dans ces propos conclusifs tant elles sont multiples, penchons-nous sur l'anticipation en général. L'anticipation, entendue comme étant un « mode original de formation des situations juridiques qui se caractérise par le fait qu'une situation juridique peut se former alors qu'une de ses conditions normales de formation est encore future, et aussi par le fait

[184] J-C. HALLOUIN, *L'anticipation. Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, th., *op. cit. loc. cit* p. I.
[185] F. TERRE, L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, th. 1956, cité par J-C. HALLOUIN, *L'anticipation. Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, th., *op. cit.* p. 440

que la situation, bien que formée, à un contenu incomplet tant que l'élément futur n'est pas réalisé »[186] est un phénomène qui se manifeste finalement de manière assez courante. Nous en sommes d'ailleurs partisans.

Quelles sont les raisons pour lesquelles nous sommes favorables à cette anticipation contractuelle? Premièrement, il est incontestable qu'elle est un facteur de diversité et de souplesse des situations juridiques. Ensuite, elle apparaît comme un facteur de cohérence du droit permettant de nuancer la législation parfois rigoureuse. En effet, quel effet néfaste pourrions-nous trouver au fait de créer une situation alors que ses éléments seront réunis dans un ordre du temps quelque peu différé de la normale ? Pas grand-chose, tant que l'ordre public ou la sécurité des personnes n'en sont pas heurtés.

La place non négligeable que tient l'anticipation au sein du droit, et précisément du droit des contrats doit-elle alors s'accroître ? Si dans un souci de cohérence du droit il faut de l'anticipation, pour cette même raison il ne faut pas qu'il y en ait trop. Où serait la cohérence dans un droit posant des principes noyés au sein d'un flot d'exceptions ? Monsieur Hallouin explique que le sens de l'anticipation doit tempérer la rigueur du droit sans pour autant remettre en causes ses principes[187], et nous le rejoignons dans cette pensée.

En définitive, l'anticipation est une notion assez floue mais louable. Elle n'est pas clairement définie par le droit mais se déduit des possibilités qu'on lui confère. Elle est vectrice de vertus et de diversité juridique, elle est finalement omniprésente dans nos vies ce dès notre création. En effet, ne conférons-nous pas à un fœtus une capacité qu'il n'est pas encore susceptible d'avoir dès lors que cette dernière lui serait favorable ? La maxime « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodo ejus agitur* »[188] nous renseigne à ce propos. Dès lors, si on accepte aisément qu'un sujet de droit non encore né puisse tirer avantage de l'anticipation de sa situation future, il serait injustifié de s'opposer à cette opportunité lorsqu'elle concerne une personne déjà née.

---

[186] J-C. HALLOUIN, *L'anticipation. Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, th., *op. cit. loc. cit* p. 443
[187] *Ibid*.
[188] L'enfant conçu est réputé né toutes les fois où il en va de son intérêt.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, ENCYCLOPÉDIES ET DICTIONNAIRES

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 13e éd. 2020

FAGES B. et **FLEURY P**. (sous la dir.), *Lamy droit du contrat*, 2019

LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3e éd. 2010

LAROUSSE P., *Grand dictionnaire universel du 19e siècle*

Dictionnaire de l'Académie française, Fayard, 2005

II. OUVRAGES SPÉCIAUX ET THÈSES

BARBIER H., *La liberté de prendre des risques*, th. Aix-en-pce, PUAM, 2010

BENABENT A., *La chance et le droit*, th., Paris, LGDJ, 1973

BOULANGER J., *La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui,* th., Caen, 1933

DOWNE A., *La gestion des risques contractuels par le contrat : étude du droit français à la lumière du droit anglais*, th., Toulouse, IFR, 2020

HALLOUIN J-C., *L'anticipation. Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, th., Poitiers, 1979

HEINICH J., *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, th., Aix-en-pce, PUAM, 2015

JACQUEMONT A. et **VABRES R.**, *Droit des entreprises en difficulté*, 10e éd. LexisNexis 2017, Coll. Manuel, n°371.

MARIGNOL L., *La prévisibilité en droit des contrats*, th., Toulouse, 2017

MESTRE J et **RODA J-C.**, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso, 2011

TERRÉ F., *Introduction générale au droit,* 10e ed., Dalloz, 2015

TERRÉ F., *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th., Paris, LGDJ, 1956

III. ARTICLES, ÉTUDES, ENCYCLOPÉDIES JURIDIQUES

AYNES L., *La cession de contrat*, Dr. et Patr., 2016, n°260

BAILLON-WIRTZ N., *Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? A propos de la loi du 23 juin 2006*, Dr. Fam. 2006, n°11, ét. 44.

BARBIER H. *Le contrat sur une chose indisponible sous condition de sa disponibilité future… éloge de l'anticipation contractuelle*, RTD Civ. 2018 p. 379

BARBIER H., *Propos introductifs*, in *Un nouveau droit des contrats au service du droit français des affaires*, Gaz. Pal. 12 juin 2017, n°296

BARBIER H., *Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016*, RDT Civ. 2016 p.247

BARBIER H. *L'anticipation juridique et la cession de créance*, RTD Civ. 2016 p. 123

BARRET O. et **BRUN P**., *Vente : effets, moment du transfert de la propriété et des risques*, Rep. Civ. 2020.

BRENNER C. et **THERY P**., *La saisie immobilière n'est pas une idole*, D. 2015 p.1928

CHANTEPIE G., *Contrats : effets, devoir d'exécuter le contrat*, Rép. civ. Janvier 2018

COUTELLEC L. et WEIL-DUBUC P-L., *Les figures de l'anticipation ou comment prendre soin du futur*, Rev. française d'éthique appliquée, 2016/2, n° 2 p. 14

DESHAYES O., **GENICON T**. et **LAITHIER Y-M**., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 462

DUMOND-LEFRAND, *Baux commerciaux*, D. 2016, p.1613

FABRE L., **GRIMOND E**. et **VANCLEEMPUT F**., *Le mandat de protection future, bilan de dix ans d'application*, RJPF sept. 2017

GIRARD-GAYMARD T., *L'incidence du renouvellement des sources du droit des obligations sur son interprétation*, RTD Civ. 2020 p. 779

GOUT E. U., *Retour sur un mythe français : le transfert de propriété solo contractu*, LPA 2018, n°140s6, p. 7

HENRY M-L., *La donation avec réserve de quasi-usufruit*, Dr. et patr. 2008, n°174, p. 54.

JOST D. et **PEREZ J-M**., *La saisie d'une créance en germe*, Def., 15 juin 2003 n°11 p. 746

LASSERRE-KIESOW V., *L'aléa*, JCP G 2009, p. 182

LIMBARCH F., *L'habilitation à disposer pour autrui*, RTD civ. 2020 p. 45

MELIN F., *Les directives anticipées : vers l'admission du testament biologique en droit français ?*, Déf. 2004, n°22, p. 1523

MURGUE-VAROCLIER P-M., *Les angles morts du déclassement anticipé*, RFDA 2020

NAJJAR I., *Pacte sur succession future*, Rep. civ., 2015, n° 216

PAYAN G., *Saisie immobilière : conséquences de l'indisponibilité du bien saisi à l'égard du débiteur*, Dalloz actualité, 3 janv. 2018

PELLIER J-D., *Le sort du contrat en cas de défaillance de la condition suspensive,* LPA 10 avr. 2008, p. 3

PINNA A., *L'exception pour risque d'inexécution*, RTD Civ. 2003, p. 31

REYGROBELLET A., *L'exception d'inexécution préventive*, BJS., 2016, n°115k9 p. 544

SIMLER P., *Cautionnement, conditions de validité, conditions propres au cautionnement,* J-Cl. Civ., fasc. 25., 2019

TAISNE J-J., Obligations conditionnelles, J-Cl. Civ. fasc. 40., 2021

IV. NOTES, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS DE JURISPRUDENCE

BARBIER H.

- obs. sous Cass., com., 25 mars 2020, RTD Civ. 2020 p. 617
- obs. sous Cass., com., 5 fév. 2020, RTD Civ. 2020 p. 380
- obs. sous Cass., com., 23 janv. 2019, RTD Civ. 2019 p. 331
- obs. sous Cass., 3e civ., 6 déc. 2018, RTD Civ. 2019 p. 96
- obs. sous Cass., 1e civ., 7 mars 2018, RTD Civ. 2018 p. 396
- obs. sous Cass., soc., 16 mai 2018, RTD Civ. 2018 p. 894
- obs. sous Cass., 3e civ., 22 oct. 2015, RTD Civ. 2016 p. 122
- obs. sous Cass., 3e civ., 4 fév. 2016, RTD Civ. 2016 p. 363
- obs. sous CA. Aix-en-ce, 6 déc. 2012, RTD Civ. 2013 p. 367

DESHAYES O., comm. sous Cass., 3e civ., 3 nov. 2011, RDC n°11 p. 4.

DISSAUX N., note sous Cass., 3e civ. 22 oct. 2015, D. 2015 p. 2478

FOULQUIER N., obs. sous CE, 7e et 2e ch. réun. 15 nov. 2017, RDI 2018, p. 106

GRIMALDI M., obs. sous Cass., 1e civ. 21 oct. 2015, RTD Civ. 2015 p. 918

MARIA I., note sous CA Versailles, 14e ch., 18 janv. 2012, Dr. fam. 2012, n°5

TAISNE J-J., note sous Cass., 3e civ., 7 janv. 2016, JCP G 2016, p. 217

V. RAPPORT

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 portant réforme du droit des contrats, JORF n°0035 du 11 fév. 2016

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION **1**

PREMIERE PARTIE L'ANTICIPATION DES ÉLÉMENTS ESSENTIELS DU CONTRAT **7**

TITRE PREMIER *8*
L'ANTICIPATION CONTRACTUELLE DES ÉLEMENTS RATIONE PERSONAE *8*
Chapitre premier : L'anticipation du consentement 9
Section I : L'anticipation de son propre consentement 9
§1. Le figement du consentement par le biais des avant-contrats 9
A. L'anticipation intrinsèque aux avant-contrats 9
B. L'incontestable efficacité des avant-contrats 11
§2. Le figement du consentement dans les opérations de cessions d'obligations 12
A. L'admission du consentement anticipé à une opération sur créance de droit commun 12
B. Le rejet du consentement anticipé à une opération sur créance professionnelle 14
Section II : La délicate anticipation du consentement d'autrui 15
§1. Une part réduite d'anticipation du consentement d'autrui dans le contrat de porte-fort de ratification 16
§2. L'absence d'anticipation du consentement dans une simple stipulation pour autrui 17
Chapitre second : L'anticipation de l'(in)capacité 19
Section I : Des anticipations relatives à l'incapacité des personnes physiques 19
§1. Des anticipations relatives à l'imprévisibilité de l'incapacité 20
A. Le recours à des actes unilatéraux extrapatrimoniaux anticipatoires 20
B. Le mandat de protection future, un contrat anticipatoire 21
§2. Des anticipations relatives à l'imprévisibilité du décès 22
A. Le déclin de l'ancestrale prohibition des pactes sur succession future 23
B. Illustrations de la validité de l'anticipation successorale contractuelle 24
Section II : Des anticipations relatives à la capacité des personnes morales 26
§1. L'anticipation de la capacité d'une personne morale en formation 26
A. L'accomplissement d'actes pour le compte d'une société dépourvue de personnalité morale 26
B. La reprise des actes par la société immatriculée 27
§2. L'anticipation impossible de la capacité d'une personne morale candidate à une demande d' agrément 28
A. L'impossible agrément d'une société en formation 28
B. Une impossibilité justifiée par l'absence d'identification de l'opération et du candidat 29
TITRE SECOND *30*
L'ANTICIPATION CONTRACTUELLE DES ÉLÉMENTS RATIONE MATERIAE *30*
Chapitre premier : L'anticipation de l'existence même de l'objet du contrat 31
Section I : Les contrats translatifs de propriété portant sur des choses futures 31
§1. Les contrats de vente de choses futures 31
§2. Les contrats de cession de choses futures 33
Section II : Les contrats sur des contrats futurs 35
§1. Une réticence aux cautionnements de baux commerciaux futurs 35
§2. Une tolérance aux cautionnements par le dirigeant des crédits futurs de sa société 36
Section III : Les contrats sur des droits futurs 37
§1. La place réduite de la renonciation anticipée à un droit 38
§2. La place réduite de la création anticipée d'un droit 39
Chapitre second : L'anticipation du statut juridique de l'objet du contrat 40
Section I : L'anticipation de l'aliénabilité d'un bien 40
§1. L'anticipation de l'aliénabilité d'un bien privé 41
A. La vente de la chose d'autrui 41
B. La vente d'un bien objet d'un pacte de préférence 42
§2. L'anticipation de l'aliénabilité d'un bien privé incorporel 43
§3. L'anticipation de l'aliénabilité d'un bien public sous condition de déclassement 44
Section II : L'anticipation de la disponibilité d'un bien 45
§1. La promesse de vente sous condition suspensive portant sur un bien saisi 45
§2. L'anticipation de la disponibilité d'un bien hors commerce 47

SECONDE PARTIE L'ANTICIPATION CONTRACTUELLE DES ALÉAS 49

TITRE PREMIER 50

L'ANTICIPATION DES ALEAS POSITIFS : DE L'ANTICIPATION D'UNE CHANCE À LA CHANCE DE SUCCÈS D'UNE ANTICIPATION 50

Chapitre premier : L'anticipation d'une chance par les contrats conditionnels 51

Section I : L'anticipation au cœur du mécanisme des conditions suspensives 51

§1. L'appréhension d'un aléa positif par les conditions suspensives 52

§2. L'anticipation intrinsèque aux divers contrats conditionnels ? 53

Section II : Une admission large mais contrôlée des conditions suspensives 54

§1. L'objet des conditions suspensives 54

§2. Les caractéristiques des conditions suspensives 56

A. L'incertitude de la naissance d'une obligation 56

B. La certitude d'une obligation équilibrée 58

Chapitre second : Le succès de l'anticipation fonction de la défaillance ou de l'accomplissement de la condition 59

Section I : L'incertitude des parties jusqu'au succès de l'anticipation 59

§1. La situation des parties avant la réalisation de l'évènement 59

§2. La situation des parties une fois la condition réalisée 61

Section II : Les effets de la réalisation de l'aléa positif anticipé 62

§1. La production de tous les effets juridiques attachés à la réalisation de la situation 63

§2. Réflexions autour des contrats anticipés translatifs de propriété et de la cause de ce transfert en cas de succès 64

TITRE SECOND L'ANTICIPATION DES ALEAS NEGATIFS : DE L'ANTICIPATION D'UN RISQUE DANS L'ÉXÉCUTION À L'ANTICIPATION D'UN RISQUE D'INÉXÉCUTION 65

Chapitre premier : L'anticipation du risque par les contrats conditionnels 66

Section I : L'anticipation au cœur du mécanisme des conditions résolutoires 67

§1. L'appréhension d'un aléa négatif par les conditions résolutoires 67

§2. La situation des parties avant la réalisation de l'évènement 68

Section II : Les effets de la réalisation de l'aléa négatif anticipé 69

§1. L'anéantissement rétroactif du contrat 69

§2. La survivance de certains effets non frappés de rétroactivité 70

Chapitre second : L'anticipation du risque d'inexécution du contrat 71

Section I : L'anticipation de l'inexécution par la mise en œuvre de l'exception d'inexécution anticipée 72

§1. L'exception d'inexécution anticipée en droit français 72

A. Les conditions de la mise en œuvre de l'exception d'inexécution anticipée 72

B. Les effets de la mise en œuvre de l'exception d'inexécution anticipée 73

§2. L'anticipatory breach of contract en common law 74

Section II : L'anticipation de l'inexécution par la mise en œuvre d'autres sanctions ? 75

§1. L'opportunité de la consécration d'une résolution unilatérale anticipée ? 76

§2. L'opportunité de la consécration d'une révision pour imprévision ou d'une réduction anticipée du prix ? 78

CONCLUSION 79

BIBLIOGRAPHIE 81