

# DROIT NULLITÉ CONDITION POTESTATIF TERME



PAR  
CORALIE LEVEUEUR  
GROUPE IMMOBILIER



## LA CONDITION « POTESTATIVE » DE L'ARTICLE 1304-2 DU CODE CIVIL

La réforme du droit des contrats et du régime général des obligations a procédé à un véritable remaniement des dispositions consacrées aux modalités de l'obligation : réécrite, mais également significativement réduite (passant de dix-sept à huit articles), la section présente un nouveau visage. Les dispositions relatives aux conditions potestatives font l'objet d'une refonte totale, au point que le terme même de condition « potestative » disparaît du Code civil – mais nous continuerons à l'utiliser dans le présent article pour en faciliter la lecture.

Si les anciens articles 1170, 1171 et 1174 n'avaient pas subi la moindre modification depuis le Code Napoléon, ils n'avaient pas pour autant manqué de susciter de nombreux débats. Il faut dire que les évolutions de la société, du monde des affaires, des pratiques contractuelles sont immenses depuis 1804 et firent couler beaucoup d'encre et naître un certain chaos jurisprudentiel quant à l'application de la nullité prévue par l'article 1174 du Code civil...

Le régime des conditions potestatives était ainsi devenu, avant la promulgation de l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats et le régime général des

obligations, quelque peu ténébreux et source d'inquiétudes récurrentes pour la pratique.

Désormais un unique article leur est consacré : il s'agit de l'article 1304-2 du Code civil, lequel dispose qu'« *Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause.* »

Ce faisant, la réforme opère une clarification du régime qui renoue avec l'esprit initial du Code civil (I). Cependant, elle ne permet pas de lever toute ambiguïté (II).

### 1 – UN RÉGIME CLARIFIÉ

#### ■ Clarification bienvenue

L'article 1304-2 du Code civil n'envisage que le sort de la condition qui dépend de la seule volonté de l'une des parties. En d'autres termes, est uniquement prohibée la condition auparavant qualifiée de « purement potestative ». Quant à la définition générale de la condition potestative, posée par l'ancien article

“  
Est uniquement prohibée  
la condition auparavant qualifiée  
de « purement potestative ».

”

1170<sup>1</sup>, elle est purement et simplement évincée des nouvelles dispositions (à l'instar des conditions casuelle et mixte).

1- Anc. art. 1170 : « La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher » ; art. 1171 : « La condition mixte est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers ».

La réforme opère ainsi une véritable clarification de la matière, mettant fin à des débats doctrinaux et des incertitudes jurisprudentielles sur l'étendue de la nullité prônée par l'ancien article 1174<sup>2</sup> : s'agissait-il uniquement des conditions purement potestatives, ou également des autres conditions potestatives ? Comment combiner les anciens articles 1170 (définition générale) et 1174 (sanction) ?

Désormais, le Code n'aborde donc plus le sujet que sous l'angle de la condition prohibée. Il ne se préoccupe plus des conditions « potestatives » valables, de sorte qu'il est aujourd'hui très clair que toutes les conditions qui ne dépendent pas de la seule volonté du débiteur ne tombent pas sous le coup de la nullité édictée par l'article 1304-2 nouveau du Code civil.

#### ■ Retour aux sources

Cette clarification réalise un véritable retour aux sources ; un rapide plongeon dans l'histoire du droit permet de s'en convaincre aisément.

Ainsi les juristes romains, comme le relève M. Chénéde<sup>3</sup>, « ont toujours considéré que la condition potestative qui vicie l'obligation, est uniquement celle qui dépend du pur et libre arbitre du promettant ».

Pothier allait dans le même sens lorsqu'il énonçait qu'« Il est contraire à l'essence de l'obligation qu'elle dépende de la pure et seule volonté de celui qu'on supposerait l'avoir contractée... comme si je promettais de donner quelque chose à quelqu'un, si cela me plaisait, si j'allois... ».

Ce que soulignait avec force Demolombe, célèbre commentateur du Code civil au XIX<sup>e</sup> siècle, qui estimait qu'il n'est « pas douteux que c'est aussi à cette condition purement potestative que les rédacteurs se réfèrent dans l'article 1174 ; car ils ont suivi l'ordre de Pothier, dans la série des définitions qu'ils fournissent des diverses sortes de conditions (...) »<sup>4</sup>.

Ce même Demolombe, figure de la doctrine classique, assurait d'ailleurs qu'on ne pouvait assimiler la condition potestative de l'article 1174 (nulle) à celle de l'article 1170 (valable) « sans méconnaître les principes et sans porter la plus grave atteinte à la liberté des conventions ! ».

La doctrine classique estimait ainsi que la condition sanctionnée à l'article 1174 n'était pas la condition potestative telle que définie de façon générale à l'article 1170, mais uniquement celle qui dépendait de la seule volonté du débiteur.

Ce qui l'avait amenée à distinguer entre la condition purement potestative (interdite) et la condition simplement potestative (autorisée), en utilisant le critère de l'illusoire du lien contractuel. Se trouvaient ainsi sanctionnées uniquement les conditions faisant obstacle à l'existence même de l'obligation.

Mais les lignes se brouillèrent dans la deuxième partie du XX<sup>e</sup> siècle avec l'apparition des contrats de dépendance.

Décisions jurisprudentielles soutenues par certains auteurs mais suscitant un débat doctrinal, flou et difficultés de qualification... la clarté initiale céda la place à une complexité toujours croissante.

La raison tient essentiellement à l'instrumentalisation de l'article 1174, à qui l'on assigna désormais le rôle complémentaire de protéger une partie contre l'arbitraire de l'autre.

Ce glissement aboutit à une sanction large de la potestativité, qui dépasse en réalité les seules conditions potestatives pour englober tous les droits potestatifs... Le contrôle judiciaire évolua corrélativement, passant de la formation du contrat (analyse de la condition) à son exécution (abus dans l'exercice du droit) et conduisant à une véritable confusion des genres<sup>5</sup>. Que l'on songe par exemple aux contrats de distribution réservant au fournisseur la faculté unilatérale et discrétionnaire de résilier le contrat : faut-il y voir une condition potestative prohibée ou un droit potestatif valable ?

Pourquoi, en effet, faire jouer l'article 1174 en dehors de son domaine initial, alors que les comportements abusifs pouvaient être sanctionnés par le jeu de l'ancien article 1178 pour les conditions (« La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement. » ) ou encore par celui de l'ancien article 1134 alinéa 3 imposant la bonne foi dans l'exécution des contrats ? Les magistrats disposaient ainsi de fondements solides pour sanctionner l'exercice abusif d'un droit potestatif, sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'article 1174.

La réforme revient donc aux fondamentaux en restreignant clairement le périmètre de la nullité à la condition qui dépend de la seule volonté du débiteur. On notera à cet égard que l'article 1304-2 du Code civil n'a pas repris la notion de « pouvoir de l'une ou l'autre partie » qui participait de la définition posée par l'ancien article 1170 et prêtait à discussion. Désormais, l'article est limpide de ce point de vue en se concentrant sur la condition qui dépend de la seule volonté du débiteur.

## 2 - UNE CLARIFICATION

### AU GOÛT INACHEVÉ QUI INVITE À LA PRUDENCE

#### A. DISTINCTION ENCORE FLOUE AVEC D'AUTRES FIGURES JURIDIQUES

Si le nouveau texte a le mérite de clore le débat quant à l'étendue de la nullité des conditions potestatives, il n'a pas mis fin pour autant à toutes les interrogations. Il en a même fait resurgir une déjà ancienne, qui va de pair avec la définition restreinte de l'article 1304-2 : quelle utilité de prévoir une telle nullité ?

**Une nullité superflue ?** Une partie de la doctrine voit ainsi dans l'article 1304-2 une disposition superflue, les hypothèses de condition purement potestatives étant rarissimes. Il faut reconnaître que le cas visé est assez caricatural, puisqu'il se résume à cette idée : je m'engage si je veux. Ce qui peut conduire au constat qu'en réalité le débiteur n'a pas émis de véritable consentement et qu'en conséquence la nullité pourrait être recherchée sur le terrain de l'absence de consentement.

C'est ainsi que le premier projet d'ordonnance de réforme du droit des obligations avait, à l'instar des suggestions du projet Terré, proposé de supprimer purement et simplement ce cas de nullité.

Cependant ce raisonnement n'emporte pas l'adhésion unanime de la doctrine, d'autres auteurs estimant au contraire que, bien que peu fréquente, cette condition purement « potestative » existe et qu'elle mérite une sanction<sup>6</sup>. Qu'en somme la rareté de la situation ne doit pas pour autant faire disparaître la règle.

2- Anc. art 1174 : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. »

3- F. Chénéde, Charles Demolombe, la condition potestative (2<sup>ème</sup> partie), Revue des contrats 2013/3 page 1131.

4- Idem.

5- V. en ce sens sur cette question, M. Latina et G. Chantepie, La réforme du droit des obligations, Dalloz 2016, n°771 et suivants.

6- F. Chénéde, art. précité.

## ■ L'influence de l'essor des promesses unilatérales de contrat

Poussant l'analyse, un auteur fait valoir que les conditions qui dépendent de la seule volonté du débiteur cachent en réalité des promesses unilatérales de contrat. Comme le montre M. Dross<sup>7</sup>, les rédacteurs du Code de 1804 n'étaient pas familiers avec cette figure contractuelle, ce qui explique la nullité prévue à l'ancien article 1174. Mais aujourd'hui, ce constat ne tient plus : les promesses unilatérales sont monnaie courante et le législateur de 2016 aurait dû en tirer les conséquences : la nullité de l'article 1304-2 du Code civil ne semble plus opportune...

## ■ La reconnaissance des droits potestatifs

Enfin, certains auteurs<sup>8</sup> soutiennent de façon convaincante que les clauses incriminées sont en réalité des droits potestatifs.

Il ne s'agit pas là de pures élucubrations doctrinales puisque le législateur en a lui-même consacré certains. On peut citer par exemple le réméré, la faculté de résiliation unilatérale, la clause de dédit, le droit de rétractation du consommateur et celui de l'acquéreur immobilier, etc.

Les droits potestatifs sont a priori parfaitement valables ; ils offrent à l'une des parties une totale liberté acceptée par leur cocontractant. Bien entendu, les points cardinaux de la validité d'un engagement doivent être respectés, de sorte que les sanctions prévues à cet effet (*v.infra*) auront vocation à paralyser la clause voire anéantir le contrat.

En suivant ce raisonnement, l'on aboutit à la conclusion prônée par ce courant doctrinal qui estime qu'une condition ne peut jamais dépendre de la seule volonté du débiteur : dans une telle situation, il s'agit

alors d'un droit potestatif et non d'une condition. M. François<sup>9</sup> a ainsi pu proposer une réécriture de l'article 1304-2 venant entériner la différence entre ces deux notions : « *La condition se distingue du droit potestatif en ce que sa réalisation ne peut dépendre de la seule*

*volonté d'une partie au contrat.* »

Il résulte de tous ces développements que la réforme de 2016 aurait pu aller plus loin en abandonnant la nullité de la condition dépendant de la seule volonté du débiteur tout en consacrant la notion de droit potestatif. Mais elle ne l'a pas fait : le couperet de la nullité pèse donc toujours, au moins théoriquement, sur les clauses dépendant de la seule volonté du débiteur...

## B. GRILLE DE LECTURE POUR LES PRATICIENS

Quels enseignements tirer de tout cela pour les praticiens ?

Il est certain que l'article 1304-2 du Code civil a le mérite de rationaliser la matière et de leur permettre de distinguer clairement entre les conditions valables et celles qui ne le sont pas parce qu'elles dépendent de la seule volonté du débiteur.

Mais si l'on tire les conséquences des propositions rappelées ci-dessus, la grille de lecture n'est pas si simpliste.

La volonté des parties devra ainsi être clairement identifiée, soit en amont afin de la traduire dans des clauses claires et dépourvues d'ambiguïté, soit en aval à la lecture du contrat incriminé, afin de répondre aux questions suivantes :

- s'agit-il d'offrir une liberté totale à l'une des parties, de sorte que l'existence de l'obligation puisse dépendre de sa seule volonté ? il conviendra alors de lui conférer un droit potestatif. Que l'on songe par exemple à une faculté de résiliation unilatérale, la faculté de rachat dans la vente à réméré, etc.

À moins qu'il ne s'agisse d'une promesse unilatérale de contrat, qui offre une telle latitude au cocontractant bénéficiaire de l'option. Une prudence accrue dans la rédaction sera de mise, car la frontière avec la condition prohibée

par l'article 1304-2 est tenue - plus exactement, idéologique, de sorte qu'un juge saisi d'une question d'interprétation devra choisir entre la validation d'un droit potestatif et la sanction d'une condition prohibée... Il ne faut donc pas laisser de place à une telle interrogation.

- S'agit-il de lui offrir une liberté limitée, de sorte que la réalisation de l'événement ne dépende pas uniquement de sa volonté ? Il s'agira alors d'une condition dite « potestative » valable, autrefois définie par le Code civil : casuelle, mixte, simplement potestative.

- S'agit-il de faire dépendre l'exécution du contrat de la survenance d'un événement futur et certain pesant ou dépendant de l'une des parties ? Il s'agira alors d'un terme et non d'une condition, notions souvent confondues mais pourtant bien différentes et que la réforme contribue à distinguer en retenant des définitions claires et précises pour chacune.

- S'agit-il enfin de permettre au débiteur d'une obligation une liberté dans le choix des modalités d'exécution de cette obligation ? Il s'agira alors d'opter pour la voie de l'obligation alternative en termes rigoureusement clairs et dépourvus d'ambiguïté. Les juges du fond ont en effet pu confondre une telle modalité avec une condition potestative prohibée, comme en témoigne un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 7 décembre 2004 (n° 03-12032).

Enfin et pour conclure, les praticiens conserveront en mémoire l'arsenal des sanctions proposées par le régime général des obligations et du droit des contrats en vue de protéger le consentement des parties mais aussi de parer aux velléités de comportements abusifs. On songe ainsi à la nullité susvisée de l'article 1304-2 s'il s'agit d'une condition dépendant de la seule volonté du débiteur (si tant est qu'une telle situation puisse se rencontrer, *v.supra* sur les droits potestatifs), à la nullité pour absence de consentement (article 1128), à la nullité pour contrepartie illusoire ou dérisoire de l'article 1169 mais aussi à la sanction du « réputé accompli » ou « réputé défailli » de l'article 1304-3 en cas de comportement abusif ainsi qu'aux clauses réputées non écrites lorsqu'elles privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur (article 1170) ou encore lorsqu'elles créent un déséquilibre significatif dans les contrat d'adhésion (article 1171).

7- W. Dross, L'introuvable nullité des conditions potestatives, RTD civ. 2007 p. 701.

8- V. notamment M. Latina et G. Chantepie, *op.cit.*, n°774 et les auteurs cités en note 1 ; J. François Proposition de modification de l'article 1304-2 du Code civil : la nullité de l'obligation contractée sous une condition purement potestative, Revue des contrats 2016 n° 01 page 195.

9- J. François, *op.cit.*