

Obligations

La fin de la rétroactivité, entre réalisation et défaillance de la condition suspensive : y aurait-il un angle mort ?

« La condition est suspensive lorsque sa réalisation rend l'obligation exigible », énonce l'article 5.139, al. 2, du Code civil.

Nous trouvons là, comme chacun sait, la consécration légale d'une décision de la Cour de cassation qui, dans un arrêt de principe du 5 juin 1981, a modifié la conception classique de la condition suspensive, à savoir : un événement futur et incertain dont l'effet principal n'est plus de reporter la naissance, mais seulement l'exigibilité d'une obligation. La différence subsistante entre le terme et la condition suspensifs tient donc à la certitude ou à l'incertitude de l'événement futur. Il n'est certes pas incongru de douter de cette analogie¹ : d'une obligation dont on ne sait pas si elle devra jamais être exécutée, n'y a-t-il pas de bonnes raisons de considérer qu'elle n'est pas née : *interim nihil debetur*, « entretemps rien n'est dû », comme dit Marcien dans le *Digeste*². Évidemment, que rien ne soit dû ne signifie pas l'absence d'un lien de droit. Il ne fait tout d'abord aucun doute que le contrat, lui, est entièrement et valablement conclu ; aussi, puisqu'il faut bien qu'il ait un objet, celui-ci ne peut-il être qu'en devenir : voici l'« espoir d'une obligation future » de la tradition romaniste, énoncé dans les *Institutes* de Justinien et que reprendra Pothier³. Cet espoir est donc tout sauf un « néant juridique » (Gérard) : l'obligation en attente de sa perfection est suffisamment engendrée pour soutenir le contrat ; entre autres effets, elle est transmissible aux héritiers et fonde le créancier à prendre toute mesure conservatoire de son *droit*⁴.

L'entrée en vigueur du livre 5 nous donne l'occasion de revenir sur une jurisprudence qui fit date⁵. Dans cette affaire, il s'agissait de rencontrer les effets nécessairement attachés, selon la conception classique, à la défaillance de la condition : la disparition du contrat pour le passé, avec une conséquence imparable : l'impossibilité de mettre en cause la responsabilité contractuelle des parties pour manquement à la bonne foi pendant la période d'attente. Mais est-il pertinent de parler ici de rétroactivité attachée à la défaillance de la condition, selon une position constante jusque dans les travaux préparatoires du livre 5⁶ ? Où elle est de fait supprimée : « La défaillance de la condition suspensive éteint l'obligation pour l'avenir »⁷. Loin de recomposer le temps autrement qu'il ne s'est effectivement déroulé, comme le permet la fiction, on se contente en effet de jeter un regard rétrospectif sur le passé : l'objet en devenir n'ayant pu atteindre sa perfection, il apparaît *maintenant* que le contrat est sans objet depuis le jour de sa conclusion, donc nul.

D'autre part, attachée cette fois à la réalisation de la condition suspensive, la rétroactivité a été supprimée, sauf convention contraire, dans le livre 5⁸, solution jugée plus moderne, dont le principe consacré par Pothier à partir

¹ Y. HANNEQUART, « La condition », *Les Nouvelles*, T. IV, vol. II, Bruxelles, 1958, p. 351, n° 9ter ; Ph. GERARD, « Vers une définition nouvelle de l'obligation sous condition suspensive ? », note sous Cass., 15 mai 1986, R.C.J.B., 1990, p. 128, n° 17.

² Dig. 20.1.13.5.

³ Inst. Just. 3.15.4 ; R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, t. Ier, Paris, Siffrein, 1821, n° 218, p. 223.

⁴ Cod. Nap., art. 1179 & 1180 ; C. civ., art. 5.146, §3.

⁵ Cass., 5 juin 1981, Pas., 1981, I, p. 1149, R.W., 1981-1982, col. 245, avec les conclusions de M. le procureur général Lenaerts, alors avocat général, R.C.J.B., 1983, p. 199, note J. Herbots, A.P.T., 1984, p. 145, note X. Dieux. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat. Étude d'une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d'égalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 332, n° 166.

⁶ « Conférer un effet rétroactif à cette défaillance ne présenterait [...] aucun intérêt pratique ». Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, doc. parl, ch., sess. extraord. 2019, n° 55- 0174/001, p. 173.

⁷ Cod. Civ., art. 5.148.

⁸ Cod. Civ., art. 5.147.

de sources romaines empiriques et non uniformes⁹ n'avait pas été repris par le Code civil allemand¹⁰, et qui fut adoptée depuis en droit suisse¹¹, français¹², néerlandais¹³, ainsi que dans le DCFR¹⁴ et les PICC¹⁵ ».

Envisageons à présent le paiement réalisé par le débiteur *pendente condicione*. Selon la conception classique, puisque l'obligation n'est pas encore née, la répétition du paiement ne pose aucun problème. Selon la conception nouvelle, la justification est moins aisée. Et les auteurs d'arguer de l'incertitude de l'événement futur pour justifier le maintien de l'action en répétition de l'indu. Mais l'argument est à double tranchant... À bien y regarder, le créancier pourrait aussi bien le retourner à son avantage afin de garder provisoirement ce qu'il a reçu¹⁶, dont il ne devrait opérer la restitution que... si la condition ne se réalise pas ! Position contraire à la solution traditionnelle, assurément, mais que pourrait renforcer la suppression de la rétroactivité, tant la réalisation que la défaillance étant désormais réputées produire leurs effets pour l'avenir. Par rapport au terme, l'incertitude de l'événement-condition est certes plus grande, dont il résulte une suspension plus forte des effets de l'obligation¹⁷ ; mais il n'empêche : le créancier ayant reçu son dû, pourquoi aurait-il moins intérêt à le garder que le débiteur à se le faire restituer, en attendant d'être fixés sur un règlement qui n'aura d'effet que pour l'avenir ?...

Annette RUELLE ■
Professeure à l'UCLouvain

⁹ R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, p. 726 s.

¹⁰ BGB § 158

¹¹ CO 151 al. 2

¹² C. civ. fr., art. 1304-6.

¹³ NBW art. 6:22

¹⁴ art. III. – 1:106 (2) et (3).

¹⁵ art. 5.3.2.

¹⁶ Vid. P.-Fr. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1924⁷, p. 497.

¹⁷ R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., p. 335, n° 168, n. 1420.